amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo (Classe A)

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Rivista di Ateneo dell'Università degli Studi di Roma "Foro Italico"

Direzione scientifica
Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei, Julián Espartero Casado

Direttore Responsabile
Gaetano Caputi

Redazione
Giuseppe Egidio Iacovino, Carlo Rizzo

FASCICOLO N. 1/2024

Estratto

Iscritta nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009
ISSN 2036-7821

Comitato scientifico

Annamaria Angiuli, Antonio Barone, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Francesco Cardarelli, Enrico Carloni, Maria Cristina Cavallaro, Guido Clemente di San Luca, Andry Matilla Correa, Chiara Cudia, Gianfranco D'Alessio, Mariaconcetta D'Arienzo, Ambrogio De Siano, Ruggiero Dipace, Luigi Ferrara, Pierpaolo Forte, Gianluca Gardini, Biagio Giliberti, Emanuele Isidori, Bruno Mercurio, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Alberto Palomar Olmeda, Attilio Parisi, Luca Raffaello Perfetti, Fabio Pigozzi, Alessandra Pioggia, Helene Puliat, Francesco Rota, Josè Manuel Ruano de la Fuente, Leonardo J. Sánchez-Mesa Martínez, Ramón Terol Gómez, Antonio Felice Uricchio.

Comitato editoriale

Jesús Avezuela Cárcel, Giuseppe Bettoni, Sveva Bocchini, Salvatore Bonfiglio, Vinicio Brigante, Sonia Caldarelli, Giovanni Cocozza, Andrea Marco Colarusso, Sergio Contessa, Giuseppe Doria, Manuel Delgado Iribarren, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Jakub Handrlica, Margherita Interlandi, Laura Letizia, Giuseppina Lofaro, Federica Lombardi, Gaetano Natullo, Carmen Pérez González, Giovanni Pesce, Marcin Princ, Sara Pugliese, Bianca Nicla Romano, Antonio Saporito, Giuliano Taglianetti, Simona Terracciano, Stefania Terracciano, Salvatore Villani.

Coordinamento del Comitato editoriale

Valerio Sarcone.

ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Tendenze evolutive dell'ordinamento amministrativo: risultato negoziale e principio di legalità nell'amministrazione per contratti

di Franco Sciarretta

(Professore associato di diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Roma UnitelmaSapienza)

Sommario

1. Analisi del contesto e finalità dello studio. – 2. Funzione di committenza e gerarchia degli interessi. – 3. Discrezionalità e logica realizzativa. – 4. Risultato negoziale, interesse pubblico e fiducia nell'apparato. – 5. Spesa pubblica, concorrenza e obiettivo contrattuale. – 6. Risultato e fattispecie normativa. – 7. Operazione economica ed esito amministrativo. – 8. Amministrazione per contratti e commistione di regimi giuridici. – 9. L'*agere iure privatorum* in contesto pubblicistico. – 10. Considerazioni conclusive.

Abstract

Developments in public contract law represent a privileged field for the emergence and recording of trends in the entire system of administrative law. In the era of disciplinary contaminations and the decline of the public-private dichotomy, public contracts are part of the evolutionary processes of administrative law, anticipating its transformations. The new code of public contracts opens with the formulation of the principle of the result that assumes a scope that goes beyond the scope of public contracts. The introduction by law of a principle (which appears) as innovative as the result, which has so far been the subject of theoretical perspectives of a part of the doctrine and of some rare and timid rulings of the administrative and accounting courts, leads us to investigate its foundation in terms of general theory, its scope, its reviewability and how it stands with respect to the principle of legality.

* *Il presente lavoro è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della double blinde peer review*

ISSN 2036-7821

1. Analisi del contesto e finalità dello studio.

Risponde a una prassi ormai invalsa anteporre una serie di principi alle regole di dettaglio delle discipline di settore che trova la sua ragione d'essere, per un verso, nella perdita di coerenza sistematica dell'ordinamento giuridico[1], per altro verso, nell'esigenza di fissare le coordinate ermeneutiche per una lettura organica e omogenea delle norme e degli istituti positivi.

Gli sviluppi del diritto dei contratti pubblici rappresentano un terreno privilegiato di emersione e registrazione delle tendenze dell'intero sistema di diritto amministrativo.

Nell'epoca delle contaminazioni disciplinari[2] e del declino della dicotomia pubblico-privato, la contrattualistica pubblica si iscrive nei processi evolutivi del diritto amministrativo, anticipandone le trasformazioni[3].

Il nuovo codice dei contratti pubblici[4] si apre con la formulazione di principi generali che costituiscono la forza ordinante del nuovo sistema giuridico volta a orientare non solo l'applicazione e l'interpretazione delle singole disposizioni, ma anche il bilanciamento tra i diversi interessi interferenti nelle singole operazioni negoziali e l'esercizio del potere discrezionale dell'amministrazione che contratta[5].

In particolare, i primi dodici articoli esprimono il senso (anche politico) del nuovo codice attraverso il riferimento sintetico ai criteri ispiratori che lo regolano, principi che non soltanto precedono la trama normativa, ma si sovrappongono a essa, orientandone l'interpretazione.

La loro peculiarità è che sono posti direttamente dal legislatore, anziché essere desunti (a cura dell'interprete) dalle disposizioni codicistiche[6], concretandosi in opzioni esegetiche dettate *ex lege*[7].

Questa impostazione è potenziata dal ruolo assegnato al principio del risultato che "*costituisce criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale*" e "*per l'individuazione*

---

[1] G. Vettori, La buona fede nella "nuova" legalità plurale, in PA Persona e Amministrazione, 2/2022, p. 1 ss., p. 6.

[2] La definizione si rinviene in A. Massera, Lo Stato che contratta e che si accorda. Vicende della negoziazione con le PP.AA. tra concorrenza per il mercato e collaborazione con il potere, Pisa, 2011, p. 7.

[3] E. Sticchi Damiani, La nozione di appalto pubblico. Riflessioni in tema di privatizzazione dell'azione amministrativa, Milano, 1999, p. 11.

[4] D.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, *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*, in Gazzetta ufficiale, n. 77 del 31 marzo 2023, supplemento ordinario n. 12.

[5] A. Cioffi, Prima lettura del nuovo Codice dei contratti e dei suoi tre principi fondamentali, consultabile su Apertacontrada.it, 16 gennaio 2023.

[6] Sull'accezione tradizionale dei principi generali, cfr. Corte costituzionale 26 giugno 1956, n. 6, consultabile su www.giurcost.org, secondo cui "si debbono considerare come principii dell'ordinamento giuridico quegli orientamenti e quelle direttive di carattere generale e fondamentale che si possono desumere dalla connessione sistematica, dal coordinamento e dalla intima razionalità delle norme che concorrono a formare, in un dato momento storico, il tessuto dell'ordinamento giuridico vigente".

[7] Sulle ricadute della legislazione per principi, G. Montedoro, La funzione nomofilattica e ordinante e i principi ispiratori del nuovo codice dei contratti pubblici, consultabile su www.giustizia-amministrativa.it, 2023.

ISSN 2036-7821

della regola del caso concreto" – che integra operazione diversa rispetto all'individuazione del significato di una norma – e, al contempo, ai sensi dell'art. 4, è anche canone interpretativo preminente rispetto ai principi della fiducia e dell'accesso al mercato[8].

La natura elastica di questi principi generali si coniuga con l'ampiezza e la frammentazione delle regole che compongono il nuovo assetto normativo, dovendo rappresentare un punto di equilibrio tra scelta legislativa, sottostante all'articolata disciplina positiva, e tecnica giuridica.

Il contenuto dei principi generali formulati nel codice appare anche innovativo, non solo riproduttivo di assiologie già note, ispirato come è ai criteri di semplificazione massima dei procedimenti di evidenza pubblica e all'aderenza costante alle ragioni economiche sottese alle regole.

Il tema così perimetrato consente di porre l'interrogativo di fondo circa la portata e l'efficacia di questi principi generali, vale a dire se si tratti di norme manifesto di carattere *politico* o declamatorio, o di principi che possiedono un preciso valore giuridico.

A rigore, le norme sono il risultato dell'attività di interpretazione e non sono poste dal legislatore.

I principi hanno una valenza diversa quando – inespressi – vengono elaborati dalla dottrina e riconosciuti dalla giurisprudenza nella costruzione del diritto vivente, rispetto a quando sono fissati – in luogo di regole puntuali – in via legislativa.

La fissazione dei principi per legge è spesso il frutto di una certa malcelata diffidenza della politica verso il potere giudiziario, che ha radici antiche, dettata dalla (supposta) invadenza del sindacato del giudice (penale, contabile e amministrativo) sull'attività discrezionale prodromica alla stipula dei contratti pubblici.

Il tema dei principi si risolve nel tema dell'interpretazione, del suo carattere creativo, dei limiti che l'ordinamento le assegna, del rapporto fra diritto e funzione giurisdizionale, della giurisprudenza come formante dell'ordinamento.

Fra i principi generali del codice il principio del risultato riveste assoluta preminenza, assumendo una rilevanza che travalica l'ambito della contrattualistica pubblica.

L'introduzione per legge di un principio (che appare) tanto innovativo quale il risultato, sinora oggetto di prospettazioni teoriche di una parte della dottrina e di alcune rare e timide statuizioni del giudice amministrativo e di quello contabile, induce a indagare il suo fondamento in termini di teoria generale, la sua portata, la sua sindacabilità.

In questa ottica si rende necessario verificare come si pone il risultato rispetto al

[8] F. Fracchia, Lo spazio della pubblica amministrazione. Vecchi territori e nuove frontiere. Un quadro d'insieme, in Il diritto dell'economia, 2/2023, p. 247 ss., p. 279.

ISSN 2036-7821

principio di legalità, vale a dire se esso si colloca all'interno o all'esterno della norma attributiva del potere, anche per superare quelle obiezioni espresse in dottrina, secondo le quali si potrebbe realizzare una sorta di baratto tra legalità ed efficienza[9], ovvero un improprio accostamento della funzione amministrativa alle logiche dell'impresa[10].
L'indagine si sviluppa nell'ambito dell'amministrazione per contratti nella quale l'autonomia negoziale del committente pubblico è invariabilmente funzionalizzata alla cura dell'interesse pubblico, generando una pervasiva commistione di differenti regimi giuridici.

2. Funzione di committenza e gerarchia degli interessi.

Nella prospettiva legislativa, le regole del mercato smettono – attraverso la nuova disciplina declinata secondo i principi generali – di essere un fine e vengono concepite come un semplice mezzo per l'individuazione del migliore contraente privato per conseguire il risultato perseguito.
La filosofia che permea il nuovo impianto normativo si sostanzia nel guidare l'operato dell'amministrazione per il conseguimento dell'obiettivo dell'affidamento del contratto alle condizioni più favorevoli per l'interesse pubblico, nel rispetto della c.d. "*regola del caso*"[11].
Queste finalità risaltano nell'art. 1 del codice dove è affermato il principio del risultato[12] che, unitamente agli altri principi generali espressi negli articoli successivi[13], rappresentano attuazione nel settore dei contratti pubblici del canone costituzionale di buon andamento e dei correlati principi di efficienza, efficacia ed economicità[14].
L'impostazione concettuale rimane quella dell'esercizio del potere e della

[9] Cfr. L. Torchia, L'efficienza della pubblica amministrazione fra ipertrofia legislativa e atrofia dei risultati. Relazione tenuta al 64° Convegno di studi amministrativi su Sviluppo economico, vincoli finanziari e qualità dei servizi: strumenti e garanzie, Varenna, 20-21-22 settembre 2018, in Astrid Rassegna, 11/2019.
[10] R. Ferrara, Procedimento amministrativo, semplificazione e realizzazione del risultato: dalla "libertà dall'amministrazione" alla "libertà dell'amministrazione", in Diritto e società, 1/2000, p. 101 ss., p. 105.
[11] M.R. Spasiano, Principi e discrezionalità nel nuovo codice dei contratti pubblici: primi tentativi di parametrazione del sindacato, in www.federalismi.it, 24/2023, p. 222 ss.
[12] S. Perongini, Il principio del risultato e il principio di concorrenza nello schema definitivo del codice dei contratti pubblici, in G. Corso, M. Immordino (a cura di), Scritti in onore di Filippo Salvia, Napoli, 2023, p. 517 ss.
[13] L'art. 2 introduce il principio della fiducia, l'art. 3 detta il principio di accesso al mercato, l'art. 4 contempla un criterio interpretativo e applicativo. Nell'art. 5 si definiscono i principi di buona fede e di tutela dell'affidamento, all'art. 6 si stabiliscono i principi di solidarietà e di sussidiarietà orizzontale, all'art. 7 si definisce il principio di auto-organizzazione amministrativa, all'art. 8 si disciplina il principio di autonomia contrattuale, all'art. 9 si prevede il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale, all'art. 10 si trovano i principi di tassatività delle cause di esclusione e di massima partecipazione, all'art. 11 si sancisce il principio di applicazione dei contratti collettivi nazionali di settore e all'art. 12 si formula il principio di rinvio esterno.
[14] M.R. Spasiano, Codificazione di principi e rilevanza del risultato, in C. Contessa, P. Del Vecchio (a cura di), Codice dei contratti pubblici, Napoli, 2023, p. 49 ss.

ISSN 2036-7821

discrezionalità amministrativa, in sostanziale continuità con la nostra tradizione giuridica.

Il primato logico-giuridico della funzione di committenza, tuttavia, determina un ribaltamento della gerarchia degli interessi, nel momento in cui le amministrazioni pubbliche si rivolgono al mercato e stipulano contratti per approvvigionarsi di opere, beni e servizi e non per perseguire finalità ulteriori.

Questo primato sembrava smarrito quando con i codici del 2006[15] e 2016[16] [17] sono state recepite le direttive europee sempre più pervasive e dettagliate intervenute in materia, con l'obiettivo di assicurare il funzionamento del mercato e tutelare la concorrenza e le libertà di circolazione[18].

Per esigenze sistematiche la codificazione è andata al di là del mero recepimento delle direttive europee, con alterazione della naturale gerarchia degli interessi protetti, collocando in secondo piano il buon andamento e il risultato dell'operazione negoziale rispetto alle finalità, ritenute preminenti, della tutela della concorrenza e del mercato perseguite attraverso una meticolosa attenzione alla indizione e gestione delle procedure di gara[19].

Queste alterazioni si sono acuite allorché sulla disciplina dei contratti pubblici si è innestata quella di prevenzione e contrasto della corruzione, con attribuzione delle funzioni di vigilanza e controllo sulla sua applicazione all'Autorità nazionale anticorruzione, cui sono stati assegnati anche poteri normativi e regolamentari.

Nella nuova normativa dei contratti pubblici è la funzione di committenza che individua ora gli obiettivi dell'azione pubblica e della disciplina di regolazione.

Il funzionamento del mercato, la tutela della concorrenza e le libertà di circolazione non rappresentano più finalità e valori in sé, ma strumenti a servizio del risultato[20].

Un ribaltamento in grado di produrre effetti profondi che fanno naturalmente discutere anche sul piano politico, confrontandosi da tempo la linea che vuole agganciare strettamente la fisiologia delle regole amministrative dei contratti pubblici all'anticorruzione e la linea opposta che tendenzialmente rifiuta di condizionare la costruzione delle regole con scopi diversi da quelli propri dell'approvvigionamento pubblico.

---

[15] D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, *Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE*, in *Gazzetta ufficiale* n. 100, del 2 maggio 2006, supplemento ordinario n. 107.

[16] D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, Codice dei contratti pubblici, in Gazzetta ufficiale n. 91, del 19 aprile 2016, supplemento ordinario n. 10.

[17] In termini critici sull'instabilità della codificazione del diritto dei contratti pubblici, G. Napolitano, Buona l'ultima? La terza codificazione del diritto dei contratti pubblici alla prova dei risultati, in Giornale di diritto amministrativo, 3/2023, p. 285 s.

[18] G. Napolitano, Committenza pubblica e principio del risultato, Relazione al convegno "Il nuovo codice degli appalti", Avvocatura dello Stato, Roma, 27 gennaio 2023, consultabile su www.astrid-online.it, 2023.

[19] M. Cafagno, Lo Stato banditore. Gare e servizi locali, Milano, 2001.

[20] G. Napolitano, Committenza pubblica e principio del risultato, cit.

ISSN 2036-7821

Senz'altro un compito arduo quello di semplificare il quadro con un nuovo codice, un compito ad alto rischio di fallimento.
Il codice è un testo importante – ovviamente imperfetto come ogni opera umana e nonostante l'apprezzamento che lo circonda – che non deve essere visto come l'unico mezzo per arrivare al risultato del rilancio di una spesa pubblica in grado di determinare la ripresa del Paese attraverso un innalzamento dei volumi, della rapidità di attuazione e dell'efficacia economica della spesa in conto capitale.
La disciplina normativa è soltanto una delle complesse variabili in gioco.
I principi sono il frutto di scelte politiche – fondate sui valori – destinati a orientare la dinamica giuridica.
I principi generali del codice assumono questo valore orientativo per la funzione di committenza.
Regole destinate a guidare l'azione del committente pubblico conferendole certezza e, se male concepite o coordinate, a bloccarla.
Si potrebbe pensare che molte delle regole del codice sono soltanto regole meccanicamente applicabili, secondo una logica, "*all or nothing fashion*" (*i.e.*, si applica o non si applica).
I principi sono il rimedio (o la soluzione) a un ordinamento inevitabilmente complesso e frammentario, a volte tendente anche al nichilismo[21].
L'interrogativo più pressante è quello sull'adeguatezza delle regole alla luce dei principi.
Il codice ha stabilito una gerarchia relativa fra i principi e, quindi, anche fra i valori che essi esprimono.

3. Discrezionalità e logica realizzativa.

La riforma concreta una rivisitazione integrale del codice dei contratti pubblici rispetto al quale, nel corso degli anni, si sono susseguite numerose modifiche, anche attraverso la normazione d'urgenza, che hanno inciso profondamente sull'impianto originario.
L'obiettivo dichiarato è di ridurre drasticamente e razionalizzare le norme in materia, armonizzando ulteriormente la disciplina interna con l'ordinamento europeo[22].
L'intervento normativo rientra, peraltro, tra gli impegni assunti dall'Italia nei confronti dell'Unione europea attraverso il Piano nazionale di ripresa e resilienza

[21] Il nichilismo giuridico appare tratto inevitabile della modernità o della post-modernità, su cui N. Irti, Nichilismo giuridico, Roma-Bari, 2004.
[22] Sulle ragioni e sugli obiettivi della riforma che hanno condotto il Consiglio dei ministri, in data 30 giugno 2021, ad approvare il disegno di legge delega in materia dei contratti pubblici (Senato della Repubblica, atto n. 2330, XVIII legislatura, reperibile su *www.senato.it*), si consulti il dossier del Servizio studi - Dipartimento ambiente, della Camera dei deputati, Delega al Governo in materia di contratti pubblici (AC n. 3514/XVIII, 19 maggio 2022), *www.camera.it*.

ISSN 2036-7821

(PNRR).
Nella disciplina del 2016, benché fossero ravvisabili i tratti di una *dinamica aziendalistica* che mira alla sostanza dell'operazione economica, tendeva a prevalere la convinzione che la legalità sia per sé sola sufficiente ad attestare la convenienza della soluzione e, al tempo stesso, la sua imparzialità e correttezza[23].
Rimaneva al di fuori dalla prospettiva di un procedimento che privilegia, esasperandolo, il controllo di carattere formale, che nessun apporto può fornire a una verifica del risultato[24].
Significativa era la rigida scansione delle fasi procedimentali di affidamento del contratto dettata dal d.lgs. 50/2016 (art. 32), che si poneva in continuità con quello precedente (art. 11) che, a sua volta, si ispirava alla normativa di contabilità generale dello Stato nella cui visione l'interesse pubblico concreto rimaneva recessivo[25].
La pandemia ha avuto il merito di mettere in evidenza, con particolare riguardo all'acquisto di presidi sanitari, i limiti culturali e giuridici di regole stratificatesi nel tempo[26].
I medesimi limiti che sono riaffiorati successivamente per effetto della crisi per l'approvvigionamento di energia e materie prime generata dal conflitto bellico tra Russia e Ucraina.
Nel momento dell'emergenza, le soluzioni adottate hanno messo da parte lacci e lacciuoli, come pure prassi consolidate, puntando in modo deciso alla soddisfazione dell'interesse sotteso al commessa pubblica.
In breve tempo è diventato superfluo tutto ciò che non era strumentale al raggiungimento dell'obiettivo.
L'esigenza di ripensare le regole e il funzionamento del sistema dei contratti pubblici – e, più in generale, del sistema di diritto amministrativo – muove dalla cultura del risultato, concependo la spesa pubblica come investimento e fondando la legalità non su astratti formalismi, ma su garanzie di piena trasparenza declinata in forme di rendicontazione, monitoraggio e accesso.
Nell'attuale trama codicistica il principio del risultato[27], che rappresenta una derivazione evoluta del principio di buon andamento, integra l'interesse pubblico primario, iscrivendosi nella logica dell'amministrazione di risultato e costituendo criterio-guida per l'esercizio del potere discrezionale e l'individuazione della regola

[23] F. Ledda, Per una nuova normativa sulla contrattazione pubblica, in Aa.Vv., Studi in onore di Antonio Amorth, I, Scritti di diritto amministrativo, Milano, 1982, p. 317 ss., p. 328.
[24] *Ibidem*.
[25] F. Ledda, Per una nuova normativa sulla contrattazione pubblica, cit., pp. 328 e 329.
[26] G.M. Racca, voce Salute, in Enciclopedia del diritto, I tematici. III. Funzioni amministrative, Milano, 2022, p. 995 ss.
[27] A. Cioffi, Prima lettura del nuovo Codice e dei suoi tre principi fondamentali, cit.

ISSN 2036-7821

del caso concreto[28].
È un approccio "*manageriale*" per il quale le stazioni appaltanti e gli enti concedenti non soltanto sono responsabili della legittimità del loro operato, ma anche *performance oriented*, cioè responsabili degli esiti delle loro scelte.
Nella riforma appare decisamente sovrastante la logica sostanziale su quella formale, dell'amministrazione per risultati rispetto all'amministrazione per atti[29], sulla scia

[28] A livello legislativo, l'idea di amministrazione di risultato correlata alla soddisfazione dei bisogni dei singoli e della collettività è stata positivizzata dal "decreto Brunetta" (d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150, Attuazione della legge 4 marzo 2009, n. 15, in materia di ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e di efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni, in Gazzetta ufficiale, n. 254 del 31 ottobre 2009, supplemento ordinario n. 197; in particolare artt. 3 e 5).

[29] Sull'amministrazione di risultato, senza pretesa di esaustività, M. Cammelli, Amministrazione di risultato, in Aa.Vv., Annuario Aipda 2002, Milano, 2003, p. 107 ss., ora in Id., Amministrazioni pubbliche e nuovi mondi. Scritti scelti a cura di C. Barbati, M. Dugato, G. Piperata, Bologna, 2019, p. 289 ss.; S. Cassese, Cosa vuol dire amministrazione di risultati, in Giornale di diritto amministrativo, 2004, p. 941 ss.; S. Cognetti, Procedura amministrativa e amministrazione di risultati, in M. Immordino, A. Police (a cura di), Principio di legalità e Amministrazione di risultati, Atti del convegno di Palermo, 27-28 febbraio 2003, Torino, 2004, p. 234 ss.; A. Contieri, Amministrazione consensuale e amministrazione di risultato, ivi, p. 284 ss.; G. Corso, Amministrazione di risultati, in Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo, Annuario 2002. Innovazione del diritto amministrativo e riforma dell'amministrazione, Milano, 2003, p. 127 ss.; F. De Leonardis, Responsabilità dell'amministrazione e risultati, in M. Immordino, A. Police (a cura di), Principio di legalità e Amministrazione di risultati, Atti del convegno di Palermo, 27-28 febbraio 2003, cit., p. 166 ss.; R. Ferrara, Procedimento amministrativo, semplificazione e realizzazione del risultato: dalla "libertà dall'amministrazione" alla libertà dell'amministrazione?, in Diritto e società, 2000, p. 101 ss.; F. Figorilli, Semplificazione amministrativa e amministrazione di risultato, in M. Immordino, A. Police (a cura di), Principio di legalità e Amministrazione di risultati, Atti del convegno di Palermo, 27-28 febbraio 2003, cit., p. 210 ss.; E. Follieri, Attività liberalizzate e amministrazione di risultati, in Il foro amministrativo - Tar, 1/2003, p. 329 ss.; L. Giani, L'operazione amministrativa nella prospettiva del risultato: nel procedimento e nel processo, in Nuove autonomie, 2/2012, p. 197 ss.; Id., L'amministrazione tra appropriatezza dell'organizzazione e risultato: spunti per una rilettura del dialogo tra territorio, autorità e diritti, ivi, 3/2021, p. 551 ss.; R. La Barbera, Amministrazione di risultati e principio di responsabilità, in M. Immordino, A. Police (a cura di), Principio di legalità e Amministrazione di risultati, Atti del convegno di Palermo, 27-28 febbraio 2003, cit., p.140 ss.; F. Ledda, Dal principio di legalità al principio d'infallibilità dell'amministrazione, in Il foro amministrativo, 1997 p. 3303 ss.; F. Merusi, La certezza del risultato nell'amministrazione di mercato, in Diritto amministrativo, 2002, p. 527 ss.; L.R. Perfetti, Analisi economica, amministrazione di risultato e metodo giuridico in Antonio Romano Tassone, in Sudi in memoria di A. Romano Tassone, III, Napoli, 2017, p. 2005 ss.; L. Iannotta, Previsione e realizzazione del risultato nella pubblica Amministrazione: dagli interessi ai beni, in Diritto amministrativo, 1999, p. 57 ss.; Id., Merito, discrezionalità e risultato nelle decisioni amministrative, in M. Immordino, A. Police (a cura di), Principio di legalità e Amministrazione di risultati, Atti del convegno di Palermo, 27-28 febbraio 2003, cit., p. 433 ss.; M. Immordino, Certezza del diritto e amministrazione di risultato, in M. Immordino, A. Police (a cura di), Principio di legalità e Amministrazione di risultati, Atti del convegno di Palermo, 27-28 febbraio 2003, cit., p. 15 ss.; A. Romano Tassone, Analisi economica del diritto e "amministrazione di risultato", in Diritto amministrativo, 2007, p. 63 ss.; Id., Amministrazione "di risultato" e provvedimento amministrativo, in M. Immordino, A. Police (a cura di), Principio di legalità e Amministrazione di risultati, Atti del convegno di Palermo, 27-28 febbraio 2003, cit., p. 1 ss.; S. Perongini, Principio di legalità e risultato amministrativo, ivi, p. 39 ss.; A. Romano Tassone, Sulla formula amministrazione per risultati, in V. Molaschi, C. Videtta (a cura di), Studi in onore di Elio Casetta, II, Torino, 2001, p. 813 ss.; M.R. Spasiano, Funzione amministrativa e legalità di risultato, Torino, 2003; 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, 2017, p. 445 ss.; A. Zito, Il risultato

ISSN 2036-7821

dell'approccio teorico che ha avuto largo seguito a partire dagli ultimi anni '90, accompagnato dall'approdo, anche nel diritto pubblico, all'analisi economica del diritto[30].

Riecheggia in una certa misura l'impostazione propria del *New Public Management* secondo cui anche le organizzazioni pubbliche, al pari di qualunque organizzazione privata, per perseguire i loro scopi devono essere efficienti (contenere le spese, disporre di funzionari qualificati, produrre risultati ecc.), divenendo per esse rilevante la *performance* e dequotandosi la legittimità formale della loro azione[31].

L'idea di fondo è che l'inefficienza amministrativa spesso è la diretta conseguenza del fatto che gli apparati pubblici non prestano sufficiente attenzione ai risultati, concentrandosi sulle regole formali e sui protocolli procedurali, anziché sulla capacità di apportare valore attraverso la loro azione[32].

Un'eccessiva attenzione alla forma può tramutarsi facilmente in un burocratico formalismo, in un ossessivo e sterile ossequio alle regole, in grado di allontanare l'azione pubblica dagli obiettivi sostanziali.

Va ricordato che le teorie del *New Public Management* hanno raccolto molti consensi, ma anche non pochi dissensi in considerazione del rischio che la *managerialità* allontana le organizzazioni pubbliche dalla loro missione che dovrebbe prescindere dall'obiettivo di trarre profitto – traguardo tipicamente privatistico – per perseguire il benessere della collettività amministrata, senza condizionamenti derivanti dalla remuneratività delle iniziative intraprese o dalla facilità di raggiungere i risultati

---

nella teoria dell'azione amministrativa, in M. Immordino, A. Police (a cura di), Principio di legalità e Amministrazione di risultati, Atti del convegno di Palermo, 27-28 febbraio 2003, cit., p. 93 ss.

[30] Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo, Annuario 2006. Analisi economica e diritto amministrativo, Atti del convegno annuale, Venezia, 28-29 settembre 2006, Milano, 2007; G. Napolitano, M. Abrescia, Analisi economica del diritto pubblico, Bologna, 2009; R. Ursi, Le stagioni dell'efficienza. I paradigmi giuridici della buona amministrazione, Santarcangelo di Romagna, 2016.

[31] Questi principi sono alla base delle teorie del New Public Management che hanno avuto ampia diffusione negli Stati Uniti, a partire dai primi anni '90 dello scorso secolo, nell'ambito degli studi sull'organizzazione pubblica. Per un inquadramento su queste teorie D. Osborne, T. Gaebler, Reinventing government: how the entrepreneurial spirit is transforming the public sector, Reading, 1992; L.D. Terry, Why we should abandon the misconceived quest to reconcile public entrepreneurship with democracy, in Public Administration Review, n. 53, 1993, p. 393 ss.; D.F. Kettl, J.J. Diiulio jr., Inside the reinvention machine: appraising government reform, Washington D.C., 1995; D.F. Kettl, The transformation of governance: public administration for the 21st century, Baltimora, 2002; S. Kelman, Unleashing Change. A study of Organizational Renewal in Government, Washington D.C., 2005; D.F. Kettl, The global public management revolution, Washington D.C., 2005. Gli studi appena ricordati, unitamente ad altri ancora, sono richiamati da S. Valaguzza, Procuring for value. Governare per contratto. Creare valore attraverso i contratti pubblici, Napoli, 2018, p. 35 ss.

[32] Il rapporto tra perseguimento degli obiettivi sostanziali dell'agire pubblico e rispetto dei vincoli imposti dall'ordinamento giuridico inerisce alla dinamica che gli studi americani riassumono con la formula "goals versus constraints", su cui, ex multis, S. Eilon, Goals and Constraints in Decision-Making, in Operational Research Quarterly (1970-1977), vol. 23, n. 1, 1972, p. 3 ss.; R. Simons, Control in the age of empowerment, in Harvard Business Review, n. 74, 1995, p. 80 ss. Q.J. Wilson, Bureaucracy: What government agencies do and why the do it, New York, 1989. D'altro canto, soggetti pubblici e privati hanno entrambi sia goals (obiettivi, sostanza) sia constraints (vincoli, forma), ma il modo di approcciarsi agli uni e agli altri è assai differente.

ISSN 2036-7821

attesi, ed essere animata esclusivamente dai valori etici e morali in un'ottica pan-pubblicistica[33].
Le critiche si sono appuntate sul rilievo che non si può sminuire la complessità del settore pubblico, rinvenendosi nelle teorie del *New Public Management* un eccesso di semplificazione, favorito dal consenso scontato attorno all'importanza delle *performances*, senza tenere conto dell'estrema difficoltà di individuare dei parametri di misurazione oggettivi delle *performances* pubbliche (*i.e.*, dei valori pubblici)[34].
Le differenti letture delineatesi sul *New Public Management* appaiono essere state prese in considerazione in sede di revisione della disciplina codicistica, nel momento in cui la logica del risultato si accompagna al rispetto del principio di legalità, in una al principio della fiducia nell'azione legittima e corretta dell'amministrazione pubblica e dei suoi funzionari, che sottintende una virtuosa ed equilibrata relazione tra sostanza e forma che esclude una prevalenza dell'una sull'altra, prospettando un'efficace convivenza tra rispetto dei vincoli (che, nella logica codicistica, dovrebbero darsi per acquisiti) e perseguimento degli obiettivi (che, nell'ottica codicistica, rappresenta il vero traguardo dell'azione pubblica).
Le esigenze che inducono l'acquirente pubblico a reperire un bene sul mercato rappresentano il *prius*, sia dal punto di vista funzionale che logico, dal quale il procedimento di gara si dipana, (procedimento) che è sempre strumento servente il fabbisogno da soddisfare[35].

4. Risultato negoziale, interesse pubblico e fiducia nell'apparato.

Non sembra possa dubitarsi che il risultato negoziale perseguito dall'amministrazione consista nell'interesse a un *buon contratto*, considerato che nell'attuale visione codicistica il mercato e la concorrenza rappresentano un mezzo e non un fine.
La nuova disciplina ristabilisce (o, forse meglio, ha l'ambizione di ristabilire) un equilibrio fondato sull'interesse generale, sull'interesse dell'amministrazione, come espressione dello Stato comunità.
Il riferimento esplicito è al risultato dell'affidamento del contratto e della sua corretta esecuzione, con la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo, nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza.
Una regola di principio già presente nell'impianto della legge generale sul procedimento amministrativo, che nel codice assume una pregranza dichiaratamente più ampia.

[33] S. Valaguzza, Procuring for value. Governare per contratto. Creare valore attraverso i contratti pubblici, cit., p. 38 ss.
[34] B.A. Radin, Challenging the performance movement. Accountability, complexity and democratic values, Washington D.C., 2006.
[35] Consiglio di Stato, terza sezione, 25 novembre 2021, n. 7891, consultabile su www.giustizia-amministrativa.it.

ISSN 2036-7821

Il risultato negoziale è perseguito nell'interesse della collettività e per il conseguimento degli obiettivi indicati dalla normazione europea.
In questa prospettiva si comprende come il principio del risultato, integrando "*criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale*", rappresenta anche criterio per valutare la responsabilità dei funzionari e degli altri soggetti coinvolti nelle diverse fasi della procedura di affidamento ed esecuzione contrattuale.
Questa previsione riveste assoluto rilievo e si collega strettamente ad altre disposizioni del codice (anche relative ai compiti e alle responsabilità del nuovo RUP), facendo riemergere prepotentemente il valore della discrezionalità amministrativa – ormai da lungo tempo temuta e sostanzialmente osteggiata dalla disciplina sui contratti pubblici – che è il solo criterio a potere orientare, nella fattispecie concreta, verso il conseguimento del risultato.
Un concetto apparentemente semplice che vale anche per qualsiasi soggetto privato che faccia i propri interessi solo che in questo caso è possibile che si verifichino anche condotte diseconomiche e/o inefficienti, che non sono ammissibili per l'amministrazione pubblica se non a pena di trasmodare, nei casi più gravi, nell'illecito amministrativo e contabile.
Il risultato negoziale si pone in necessario collegamento con il principio della fiducia.
Se il principio del risultato sembra avere una sicura copertura costituzionale, il principio della fiducia sembra esprimere una più generica – anche se del tutto condivisibile – valenza politica che potrebbe farne un principio recessivo per effetto della "*dommatica dei principi*" di cui si è fatto cenno.
Ponendo in stretta connessione gli artt. 1 e 2 del codice, i rispettivi principi, l'uno funzionale all'altro, possono essere ricondotti nell'alveo dell'art. 97 Cost.
Il principio della fiducia – intimamente connesso al principio del risultato essendo l'ambito valoriale che ispira lo strumentario che ne facilita il conseguimento superando formalismi amministrativi e imponendo una cultura solidaristica dei doveri alle imprese – si invera poi nei principi di buona fede e tutela dell'affidamento[36].
Il principio della fiducia tende a rifondare radicalmente il rapporto tra i funzionari pubblici e gli operatori privati, ma anche e, forse soprattutto, ricostruire la fiducia del sistema nei propri funzionari.
La legge può solo imporre una direttiva volta a improntare alla fiducia e alla leale collaborazione i rapporti fra amministrazione pubblica e mondo delle imprese operanti nel settore dei contratti pubblici.

[36] Positivizzati dall'art. 5 del codice. Il comma 1 impone a stazioni appaltanti, enti concedenti e operatori economici di comportarsi reciprocamente nel rispetto dei principi di buona fede e affidamento. Il comma 2 dispone che "nell'ambito del procedimento di gara, anche prima dell'aggiudicazione, sussiste un affidamento dell'operatore economico sul legittimo esercizio del potere e sulla conformità del comportamento amministrativo al principio di buona fede".

ISSN 2036-7821

Ciò equivale al superamento degli sterili formalismi che connotano talvolta le scelte della P.A. e ostensione chiara e trasparente delle informazioni richieste da parte dei privati e loro corretta partecipazione alle procedure di gara.
Il tutto funzionale al migliore esercizio della discrezionalità amministrativa in quanto *"il principio della fiducia favorisce e valorizza l'iniziativa e l'autonomia decisionale dei funzionari pubblici, con particolare riferimento alle valutazioni e alle scelte per l'acquisizione e l'esecuzione delle prestazioni secondo il principio del risultato"*[37].
Qui (ri)emerge il tema della *"paura della firma"* e della responsabilità amministrativa per colpa grave[38] che proprio questa disposizione mira a superare.
La "*paura della firma*" è parte integrante del fenomeno della c.d. burocrazia difensiva per il quale i funzionari pubblici si astengono dall'assumere decisioni che pur riterrebbero utili per il perseguimento dell'interesse pubblico, preferendo assumerne altre meno impegnative – appiattite su prassi consolidate e anelastiche – o più spesso restare inerti, per il timore di esporsi a possibili addebiti, anche di indole penale[39].
Senza una proporzionata e misurata concezione della colpa grave in relazione a una condotta concretamente esigibile la "*paura della firma*" resta un serio deterrente.
Questa disciplina naturalmente concerne la responsabilità del funzionario e dell'agente pubblico e non la responsabilità dell'amministrazione pubblica che continua a essere regolata dall'art. 2043 codice civile, secondo la complessa evoluzione che muove dal celebre arresto n. 500 del 1999 delle Sezioni unite della Corte di cassazione.
In linea teorica il funzionario pubblico mira al risultato e, per conseguirlo nel caso concreto, esercita la discrezionalità amministrativa e la propria autonomia decisionale, in un clima di fiducia del sistema.
Non vi è dubbio che proprio l'aura di sospetto e la malcelata sfiducia nella correttezza dell'azione amministrativa, unite alla paura dei funzionari di sbagliare seppure perseguendo in buona fede il risultato utile per l'amministrazione pubblica, abbiano generato il fenomeno della c.d. burocrazia difensiva che tanta parte ha avuto e ha nella paralisi di molti interventi e iniziative.
Una riduzione della conflittualità fra P.A. e imprese e una diminuzione significativa del contenzioso implicano una restaurazione della certezza del diritto, che si persegue anche con l'uniformità degli indirizzi giurisprudenziali e i pareri delle autorità competenti, indicati (dall'art. 2, comma 2, del codice) come scriminanti

[37] Art. 2, comma 2, del codice.
[38] A mente dell'art. 2, comma 3, rileva a questo fine la violazione di norme di diritto e degli auto-vincoli amministrativi, nonché la palese violazione di regole di prudenza, perizia e diligenza e l'omissione delle cautele, verifiche e informazioni preventive normalmente richieste nell'attività amministrativa, in quanto esigibili nei confronti dell'agente pubblico in base alle specifiche competenze e in relazione al caso concreto. Non costituisce colpa grave la violazione o l'omissione determinata dal riferimento a indirizzi giurisprudenziali prevalenti o a pareri delle autorità competenti.
[39] Corte costituzionale, 18 gennaio 2022, n. 8, consultabile su www.giurcost.org.

ISSN 2036-7821

dell'illecito contabile.
Rispetto a quest'ultima previsione, seppure appare lodevole l'intento che la anima, è stato segnalato che potrebbero generarsi criticità, da un lato, perché non è sempre facile avere oggettiva certezza di quale sia l'indirizzo giurisprudenziale prevalente, soprattutto nell'iniziale fase di *rodaggio* delle nuove norme, tenuto anche conto di una certa mutevolezza delle posizioni espresse dalla giurisprudenza nel corso del tempo; dall'altro, neppure l'individuazione di quali siano le "*autorità competenti*" si presenta agevole, fermo restando che, seppure venissero individuate, il rischio della "*corsa al parere*" (magari non dato o dato in modo criptico o con ritardo) potrebbe costituire un imprevisto freno all'azione amministrativa[40].
Alla costruzione di un clima di fiducia potrebbe concorrere un processo culturale, ma la "*forza dell'egoismo*" delle nostre società è tale da lasciare poche illusioni[41].

5. Spesa pubblica, concorrenza e obiettivo contrattuale.
Le origini della moderna disciplina di settore rimontano alla normativa di contabilità pubblica[42] e a quella concernente la realizzazione di opere pubbliche[43].
Ai principi fondanti di queste normative si è aggiunto quello della tutela della concorrenza di stampo europeo che ancora permea quasi ogni aspetto delle regole nazionali.
Il codice del 2016 si poneva in continuità con l'impostazione unitaria della disciplina della materia inaugurata dal codice del 2006[44] .
Al pari di quello precedente, il codice del 2016 conteneva una disciplina organica che incideva sull'assetto del mercato delle commesse pubbliche[45], muovendosi sul duplice binario del controllo della spesa pubblica e della tutela della concorrenza.
Collegato alla salvaguardia degli interessi delle imprese private che partecipano alle procedure di affidamento era il principio, che ha acquisito rango costituzionale, della

[40] Così P. Conio, *Codice dei contratti pubblici: i nuovi principi del Procurement* in *https://www.forumpa.it/riforma-pa/codice-dei-contratti-pubblici-i-nuovi-principidelprocurement*.
[41] Cfr. sul tema il dialogo riportato in C. Castoriadis, C. Lasch, *La cultura dell'egoismo*, Milano, 2023.
[42] R.d. 18 novembre 1923, n. 2440, Nuove disposizioni sull'amministrazione del patrimonio e sulla contabilità generale dello Stato (c.d. legge De Stefani), in Gazzetta ufficiale, n. 275 del 23 novembre 1923, nonché r.d. 23 maggio 1924, n. 827, Regolamento per l'amministrazione del patrimonio e per la contabilità generale dello Stato, in Gazzetta ufficiale, n. 130 del 3 giugno 1924.
[43] L. 20 marzo 1865, n. 2248, allegato F.
[44] A. Botto, S. Castrovinci Zenna, Dalla legge Merloni al Codice dei contratti pubblici ed oltre, in Ii.Dd., Diritto e regolazione dei contratti pubblici, Torino, 2020, p. 1 ss.
[45] I primi tre articoli del d.lgs. 50/2016 ne definivano l'ambito di applicazione, i principi, le disposizioni comuni e le esclusioni. Per contratti pubblici rientranti nell'ambito di applicazione del codice si intendevano «i contratti di appalto o di concessione aventi per oggetto l'acquisizione di servizi o di forniture, ovvero all'esecuzione di opere o lavori, posti in essere dalle stazioni appaltanti» (art. 3, comma 1, lett. dd). Per contratti pubblici «di rilevanza europea» sottoposti alla disciplina codicistica si intendevano quelli «il cui valore stimato al netto dell'imposta sul valore aggiunto è pari o superiore alle soglie di cui all'articolo 35 e che non rientrino nei contratti esclusi» (art. 3, comma 1, lett. ee).

ISSN 2036-7821

par condicio degli operatori economici, facendo si che le loro offerte debbano essere valutate con criteri oggettivi, senza ragioni di preferenza, con applicazione di regole procedurali predeterminate poste a presidio dei loro interessi protetti, oltre che degli interessi dei quali è portatrice l'amministrazione aggiudicatrice[46].

La normazione europea ha prodotto un mutamento profondo dell'originaria impostazione «contabilistica», dalla centralità della tutela dell'interesse della pubblica amministrazione a ottenere i migliori risultati contrattuali, alla centralità dell'interesse del mercato degli appalti di lavori, servizi e forniture, alla cui regolazione sono rivolte anche le direttive europee di ultima generazione[47].

Questa impostazione ha generato una disciplina nel suo insieme assai eterogenea, con minuziose norme procedimentali intese a ridurre al minimo la libertà di scelta delle amministrazioni pubbliche, senza garantire l'aggiudicazione dei contratti più idonei per gli interessi delle stesse amministrazioni, anche con riguardo alle modalità e ai tempi delle prestazioni pattuite e, quindi, ai risultati da conseguire a beneficio della collettività.

Nella precedente disciplina codicistica, emergeva l'antica ritrosia a intravedere nella formazione del contratto un'operazione economica, prima ancora che una decisione di spesa o una sequenza di atti e procedimenti[48].

Rispetto alla sostanza economica dell'«*affare*», considerato nella sua materialità (e, quindi, nel rapporto tra oneri e vantaggi)[49], appariva sovrastante il valore ordinante dei classici moduli procedimentali[50].

Dall'ordito codicistico del 2016 traspariva una dialettica tra i due principi fondamentali di imparzialità e buon andamento, nel momento in cui il primo richiede una disciplina che assicuri che nelle procedure di affidamento siano garantiti rigorosamente gli interessi di tutte le parti, facendo sì che ogni violazione determini l'invalidità del procedimento di aggiudicazione; mentre il secondo implica una disciplina che consenta la tempestiva ed efficace realizzazione delle opere, la corretta e continuativa prestazione dei beni, dei servizi e delle forniture[51].

All'interno di questa dialettica si registrava una netta prevalenza del principio di imparzialità, "*nelle sue conseguenze procedimentali e processuali*", che finisce per "*fagocitare il principio del buon andamento*"[52].

---

[46] V. Cerulli Irelli, Le innovazioni normative e i contratti pubblici, in R. Cavallo Perin, M. Lipari, G.M. Racca (a cura di), *Contrati pubblici e innovazioni. Per l'attuazione della legge delega*, Napoli, 2022, p. 45 ss., p. 46.

[47] *Ibidem*.

[48] F. Sciarretta, Il sistema di affidamento ed esecuzione dei contratti pubblici. Tra approccio europeo, logiche pubblicistiche e tecniche privatistiche, Bologna, 2022, p. 47 ss.

[49] F. Ledda, Per una nuova normativa sulla contrattazione pubblica, cit.

[50] G.D. Comporti, La flessibilità nelle negoziazioni pubbliche; questa sconosciuta, in Diritto e società, 2/2017, p. 177 ss., pp. 184-185.

[51] V. Cerulli Irelli, Le innovazioni normative e i contratti pubblici, cit., p. 47.

[52] *Ibidem*, che si riporta a F. Merusi, L'"imbroglio" delle riforme amministrative, Modena, 2016.

ISSN 2036-7821

6. Risultato e fattispecie normativa.

Il tema dell'amministrazione di risultato (o "di risultati" o "per risultati")[53] ha suscitato vasto apprezzamento in dottrina[54], in una alle critiche di altri[55], occupando una stagione particolarmente feconda del dibattito scientifico[56].

Questo tema da anni appariva in declino, scomparso dall'orizzonte del dibattito scientifico, superato dalle dominanti ansie di "sburocratizzazione" e di semplificazione dell'organizzazione e dell'azione pubblica sospinte dagli impegni richiesti all'Italia dall'Unione europea, in un contesto nel quale l'amministrazione pubblica viene annoverata tra le cause di intralcio allo sviluppo economico e sociale del Paese[57].

La logica del risultato poteva costituire un *vulnus* inaccettabile al principio di legalità, barattando uno dei cardini fondamentali dell'ordinamento amministrativo con la logica dell'efficienza, pressoché estranea alla tradizione del sistema amministrativo italiano[58].

L'interesse per il risultato nell'amministrazione pubblica si appuntava prevalentemente sulle prestazioni professionali rese dai funzionari pubblici (nell'ottica della *performance*), le cui modalità di valutazione apparivano (e continuavano ad apparire) del tutto evanescenti[59].

Sulla nozione di risultato amministrativo sono state prospettate diverse ricostruzioni, configurandola in termini aziendalistici, o come soddisfazione materiale della pretesa del cittadino, o come economicità del valore della pretesa del cittadino, o come

---

[53] M. Cammelli, Amministrazione di risultato, cit.

[54] A. Romano Tassone, Sulla formula "amministrazione per risultati", cit.; L. Iannotta, Principio di legalità e amministrazione di risultato, in V. Molaschi, C. Videtta (a cura di), *Scritti in onore di Elio Casetta*, Napoli, 2001, p. 741 ss.

[55] G. Guarino, Quale amministrazione? Il diritto amministrativo degli anni '80, Milano, 1985. Più di recente, S. Cassese, Che cosa vuol dire «amministrazione di risultati», cit., che attribuisce al concetto di amministrazione di risultato una mera valenza ricognitiva, senza alcuna consistenza innovativa, paventando il rischio del sacrificio del principio di legalità insito nella prospettiva del risultato. In senso analogo, L. Torchia, L'efficienza della pubblica amministrazione fra ipertrofia legislativa e atrofia dei risultati, in Astrid Rassegna, 11/2019.

[56] F.G. Scoca, Attività amministrativa, in Enciclopedia del diritto, Aggiornamento, VI, Milano, 2002, p. 10 ss.; M.R. Spasiano, Funzione amministrativa e legalità di risultato, cit. In epoca più di recente, S. Perongini, Il principio del risultato e il principio di concorrenza nello schema definitivo del codice dei contratti pubblici, in G. Corso, M. Immordino (a cura di), Scritti in onore di Filippo Salvia, Atti del Convegno "Quale piano per il futuro dell'urbanistica?", Palermo, 30 novembre 2021, Napoli, 2022, p. 517 ss.; M. Immordino, Amministrazione di risultato. Relazione al convegno di studi in onore del prof. Stefano Cognetti, Università di Macerata, 24 marzo 2023 (in corso di stampa); M. R. Spasiano, Nuove riflessioni in tema di amministrazione di risultato, in Aa.Vv., Studi per Franco Gaetano Scoca, V, Napoli, 2020, p. 4845 ss.; R. Ursi, La giuridificazione del canone dell'efficienza della pubblica amministrazione, cit.

[57] F. Fracchia, L'amministrazione come ostacolo, in Il diritto dell'economia, 2013, p. 357 ss.

[58] A. Massera, I criteri di economicità, efficacia ed efficienza, in M.A. Sandulli (a cura di), Codice dell'azione amministrativa, II^ edizione, Milano, 2017, p. 40 ss.

[59] L. Torchia, La responsabilità dirigenziale, Padova, 2000.

ISSN 2036-7821

soddisfazione delle pretese giuridicamente fondate, o come presa in considerazione di tutti gli interessi in gioco[60].

A ben vedere, l'amministrazione di risultato non si è dissolta nell'ambito del diritto amministrativo, venendo ad assumere un nuovo e più pregnante significato nel momento in cui ispira le riforme amministrative più recenti volte alla *semplificazione*[61] attraverso la creazione di un contesto regolatorio semplice e di minori oneri possibili per cittadini e imprese, ed è esplicitata adesso nel diritto positivo con il principio del risultato ora codificato nella disciplina dei contratti pubblici, che assume una portata generale e non soltanto settoriale[62].

Nel codice dei contratti pubblici il principio del risultato non è cristallizzato in una accezione generica e indeterminata, né tantomeno in un senso economico o di impronta aziendalistica[63].

Il codice lo scandisce in un'accezione specifica: il risultato è dato dall'effettività dell'affidamento del contratto e della sua esecuzione, entrambi fattori a rilevanza sostanziale finalizzati alla soddisfazione dell'interesse pubblico in termini di compiuta realizzazione della commessa pubblica.

Il tentativo di elaborare una nozione dogmatica di risultato amministrativo[64], inteso come bene o servizio attribuito o spettante a ogni entità soggettiva, conduce a configurarlo come l'esito dell'azione amministrativa[65], come il conseguimento dell'obiettivo prefigurato dalla legge o dalla stessa amministrazione, rispetto a una tipologia particolare di azione amministrativa[66].

---

[60] Il rilievo è ripreso da S. Perongini, Il principio del risultato e il principio di concorrenza nello schema definitivo del codice dei contratti pubblici, cit., il quale riporta anche una ricostruzione più elaborata, secondo cui "il risultato - già considerato dalla legge che attribuisce a un centro di competenza l'esercizio di un potere amministrativo, in vista della produzione di un effetto tipizzato dalla stessa disposizione legislativa, pertanto parte integrante della norma - sia il conseguimento di un determinato assetto degli interessi in gioco, che a seguito dell'esercizio del potere assurga da generico bene della vita a bene giuridicamente rilevante".

[61] P. Lazzara, Semplificazione e risultato nei procedimenti della pubblica amministrazione, in Id., Procedimento e semplificazione. Il riparto dei compiti istruttori tra principio inquisitorio e ed autoresponsabilità privata, Roma, 2005.

[62] In questi termini, Consiglio di Stato, quarta sezione, 2 maggio 2023, n. 4422, consultabile su www.giustizia-amministrativa.it.

[63] M.R. Spasiano, Codificazione di principi e rilevanza del risultato, cit.

[64] L'attenzione al risultato non è argomento di riflessione recente per la dottrina giuspubblicistica, già A. Amorth, Il merito dell'atto amministrativo, 1939, in Id., Scritti giuridici, vol. I, 1931-1939, Milano, 1999, p. 370 ss., rinveniva nel "principio di opportunità una misura dell'azione rispetto al suo risultato", ponendo in risalto l'incidenza delle c.d. regole di buona amministrazione sul contenuto dell'azione amministrativa, "nel senso della sua più appropriata adeguatezza al risultato". Sulla considerazione del risultato dell'attività amministrativa, v. pure M.S. Giannini, Il potere discrezionale della pubblica amministrazione: concetto e problemi, Milano, 1939, ora in Id., Scritti, I, Milano, 2000, p. 387 ss.

[65] Sulle variabili della correlazione tra attività amministrativa e obiettivi da raggiungere, A. Romano Tassone, Analisi economica del diritto e amministrazione di risultato, in Aa.Vv., Analisi economica e diritto amministrativo. Atti del convegno annuale AIPDA, Venezia 28-29 settembre 2006, Milano, 2007, p. 233 ss.

[66] S. Perongini, Il principio del risultato e il principio di concorrenza nello schema definitivo del codice dei contratti pubblici, cit.,

ISSN 2036-7821

È la fattispecie normativa che qualifica come giuridicamente rilevante il risultato[67].
È sempre la fattispecie normativa che – includendo il risultato nel perimetro della legalità – indica la misura della rilevanza giuridica del risultato e della sua efficacia giuridica.
In questa prospettiva il risultato si colloca nell'ordito della norma attributiva del potere e, quindi, all'interno del principio di legalità, lo connota, gli assegna un significato precipuo.
L'amministrazione pubblica persegue i fini determinati dalla legge e gli effetti giuridici del suo agire risultano già prefigurati nella legge stessa.
Quando una norma attribuisce a un soggetto amministrativo un determinato potere, ciò è in vista della produzione di uno o più effetti già previsti (e tipizzati) dalla stessa norma consistente in un determinato assetto di interessi: un risultato (che già insito nella norma attributiva) ne costituisce parte integrante[68] e consustanziale[69].
Il risultato contemplato dalla norma attributiva del potere non integra un fattore metagiuridico, ma assurge a parametro di riscontro della legittimità dell'esercizio dell'attività (e del successivo sindacato giurisdizionale) dal momento che rappresenta lo scopo, il fattore che giustifica l'attribuzione del potere e lo connota, lo delimita, lo conforma alla fattispecie sulla quale va a incidere[70].
L'antinomia fra legalità e risultato è risolta dalla legge.
L'esercizio della discrezionalità amministrativa completa il processo di adeguamento della norma al caso di specie.
In questi termini appare pertinente il richiamo di quella dottrina[71], secondo cui la rilevanza assunta dal risultato amministrativo rappresenta l'innovazione più profonda del modo di concepire l'attività amministrativa[72], modificando il modo stesso dell'azione amministrativa.
Il rapporto fra risultato e legalità si modifica, nel senso che il risultato amministrativo

[67] A. Falzea, Efficacia giuridica, in Enciclopedia del diritto, XIV, 1965, p. 462 ss.; Id., Rilevanza giuridica, ivi, XL, 1989, p. 900 ss.; N. Irti, Rilevanza giuridica, in Jus, 1967, ora in Id., Norme e fatti. Saggi di teoria generale del diritto, Milano, 1984; F.G. Scoca, Contributo sul tema della fattispecie precettiva, Perugia, 1979; S. Perongini, Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo, Torino, 2016, p. 112 ss.

[68] L. Iannotta, Previsione e realizzazione del risultato nella pubblica amministrazione: dagli interessi ai beni, in Diritto amministrativo, 1/1999, p. 57 ss.

[69] M.R. Spasiano, Codificazione di principi e rilevanza del risultato, cit., p. 67.

[70] Id., Funzione amministrativa e legalità di risultato, cit.

[71] F.G. Scoca, Attività amministrativa, cit.

[72] In proposito può farsi un parallelo con il danno erariale da disservizio elaborato dalla giurisprudenza del giudice contabile (cfr. Corte dei conti, prima sezione giurisdizionale centrale di appello, 5 agosto 2022, n. 402, consultabile su www.corteconti.it), che si integra quando l'azione amministrativa non raggiunge, sotto il profilo qualitativo o di efficienza, le utilità ordinariamente ritraibili dall'impiego di determinate risorse pubbliche, determinandone uno spreco, su cui S. Foà, Nuove tipologie e classificazioni del danno erariale alla luce della giurisprudenza contabile, in M. Andreis, R. Morzenti Pellegrini (a cura di), Cattiva amministrazione e responsabilità amministrativa, Atti dell'incontro preliminare AIPDA, Università degli Studi di Bergamo - 7 giugno 2016, Torino, 2016, p. 25 ss., p. 31 ss.

ISSN 2036-7821

può diventare un elemento della legittimità dell'azione amministrativa e, allo stesso tempo, può diventare un parametro di verifica della legittimità dell'azione amministrativa.
Il sindacato del giudice amministrativo sul risultato, nell'accezione qui accolta, si esplica da tempo nelle forme dell'eccesso di potere soprattutto per sviamento ogni qual volta l'amministrazione persegua un fine diverso da quello conferitole dalla norma attributiva del potere[73].

7. Operazione economica ed esito amministrativo.

Anche anteriormente alla positivizzazione del principio del risultato nel nuovo codice dei contratti pubblici, non si dubitava che questo principio fosse parte integrante dell'ordinamento dei contratti pubblici in ossequio al principio di buona amministrazione di cui all'art. 97 Cost.[74]
Buona amministrazione[75] intesa non già come perseguimento a tutti i costi di un risultato celere ed economicamente vantaggioso – obiettivo che attiene piuttosto alla qualità della prestazione –, ma quale risultato giuridico che si traduce nell'effettività dell'esercizio dell'azione amministrativa attraverso congrui modelli comportamentali[76].
Nell'ambito contrattuale il risultato eleva a un ruolo di primazia la realizzazione dell'interesse pubblico tramite l'esecuzione del contratto, vale a dire con la realizzazione dell'opera, l'espletamento del servizio o il conseguimento del bene.
Nel momento in cui risponde alla soddisfazione di un interesse pubblico, il risultato amministrativo assume valore giuridico e non soltanto economico.
Esso non rappresenta qualcosa che si colloca all'esterno della norma giuridica, ma attribuisce a questa un significato più pregnante, maggiormente coerente con l'esigenza di effettività della tutela degli interessi in vista della quale trovano legittimazione i diversi centri di potere pubblico[77].

---

[73] Nella giurisprudenza consolidata del giudice amministrativo, lo sviamento di potere ricorre allorché il pubblico potere viene esercitato per finalità diverse da quelle enunciate dalla norma attributiva, ovvero quando l'atto è stato determinato da un interesse diverso da quello pubblico (ex multis, di recente, Consiglio di Stato, quarta sezione, 10 maggio 2023, n. 4749; Id., sesta sezione, 4 maggio 2022, n. 3480, entrambe consultabili su www.giustizia-amministrativa.it).

[74] Consiglio di Stato, quinta sezione, 15 novembre 2023, n. 9790, consultabile su www.giustizia-amministrativa.it.

[75] Quale declinazione del principio di buon andamento che attiene "al funzionamento complessivo del sistema amministrativo e a i risultati che esso produce nell'interesse della collettività", V. Cerulli Irelli, Per una politica dell'etica pubblica: controlli e disciplina delle funzioni amministrative, in L. Vandelli (a cura di), Etica pubblica e buona amministrazione. Quale ruolo per i controlli?, Milano, 2009, p. 27 ss.

[76] M. R. Spasiano, Crisi dei mercati e dell'amministrazione democratica, in Aa.Vv., Il giudice delle obbligazioni e dei contratti delle pubbliche amministrazioni, Napoli, 2010, p. 461 ss.

[77] M. R. Spasiano, Il principio del buon andamento: dal metagiuridico alla logica del risultato in senso giuridico. Report annuale - 2011 - Italia, consultabile su www.ius-publicum.com, 2011.

ISSN 2036-7821

Se il risultato è incluso nella norma attributiva del potere, rispetto a esso è ammissibile uno scrutinio di legittimità.
Il risultato individuato dal legislatore in quanto componente sostanziale della prescrizione normativa diviene parametro di legittimità dell'azione amministrativa, impegnando il decisore pubblico a operare scelte e determinazioni coerenti.
La verifica in ordine alla centralità della considerazione del risultato nella decisione dell'amministrazione e della stretta funzionalizzazione allo stesso dell'intera azione amministrativa è sindacabile dal giudice[78].
Nelle procedure a evidenza pubblica il risultato amministrativo è costituito dall'affidamento del contratto all'operatore economico in grado di offrire le condizioni più vantaggiose per l'interesse pubblico definito dalla legge e dal procedimento.
Il principio *realizzativo* finisce per identificarsi con il fine pubblico in ragione del quale l'amministrazione contratta[79].
L'applicazione del principio del risultato può restituire coerenza all'articolata e frammentata disciplina positiva, permeando ogni istituto, fase e scansione procedurale.

8. Amministrazione per contratti e commistione di regimi giuridici.
La commistione di regimi giuridici che è propria dell'amministrazione per contratti si deve alla duplice capacità d'agire, pubblica e privata, della pubblica amministrazione che, nel rispetto delle limitazioni di legge, può esercitare anche l'autonomia negoziale in tutte le sue forme, ovvero concludere contratti tipici o atipici, purché compatibili con l'interesse pubblico perseguito.
Si verte in un istituto di origine privatistica la cui disciplina è condizionata dalla *immanenza* dell'interesse pubblico in ogni momento della vicenda negoziale, che ne spiega le continue interferenze e mescolanze tra il diritto dei privati e il diritto delle amministrazioni pubbliche.
Antiche e nuove problematiche sull'ambito di operatività delle regole civilistiche nel settore dei contratti pubblici si ripropongono alla luce dell'attuale disciplina.
Nell'area degli approvvigionamenti pubblici, intanto, l'operatività delle regole di diritto comune è residuale, nel senso che trovano applicazione in sede di stipulazione del contratto e nella fase di esecuzione, limitatamente a quanto non è espressamente previsto dal codice e a condizione che esse risultino compatibili con l'interesse pubblico che domina l'intera operazione negoziale.
Analogamente a quanto previsto dal d.lgs. 50/2016 (art. 30, comma 8), il nuovo codice

[78] Id., Codificazione di principi e rilevanza del risultato, cit., p. 75.
[79] F. Saitta, I principi generali del nuovo Codice dei contratti pubblici, consultabile su www.giustiziainsieme.it, 8 giugno 2023.

ISSN 2036-7821

(art. 12) contiene un duplice rinvio esterno alla legge generale sul procedimento amministrativo relativamente alla fase precontrattuale a evidenza pubblica e alle disposizioni del codice civile per la parte propriamente negoziale che si apre con la stipula del contratto.

A ciò si aggiunge che la stipula e l'esecuzione del contratto nella loro concreta rispondenza all'assetto degli interessi pubblici in gioco costituisce un fatto di amministrazione in senso tecnico.

Ne consegue che i principi civilistici di stabilità e vincolatività del negozio convivono assai problematicamente con il riconoscimento in capo alla parte pubblica di poteri speciali e di intervento unilaterale sul rapporto contrattuale in essere.

La riforma pone l'esigenza di una ricognizione di ordine sistematico delle logiche della materia e delle reciproche relazioni tra categorie giuridiche fondanti.

Appare indispensabile l'esigenza sistematica di distinguere nelle varie qualificazioni contrattuali e nei differenti momenti della vicenda negoziale tra regime pubblicistico e regime privatistico, stante anche la fisiologica asimmetria[80]che caratterizza la relazione tra committente pubblico e contraente privato[81].

Diversamente dal contratto che costituisce manifestazione di pura autonomia privata, nell'operazione economica di cui è parte l'amministrazione l'interesse pubblico pervade l'intera vicenda contrattuale, in ogni suo tratto.

In questa ottica, il rapporto contrattuale si configura interamente funzionalizzato, potendo essere definito "*non propriamente ed unicamente bilaterale*"[82].

A dispetto del *nomen iuris* di *contratto*, il cui impiego ha proprie ragioni storiche, e a prescindere dalle finalità che possono indurre il legislatore ad accomunare certe figure attorno a taluni tratti del relativo regime giuridico, occorre verificare, di volta in volta, se si è al cospetto di un atto (o di un contratto) di diritto privato o di diritto pubblico[83], in considerazione delle conseguenze giuridiche che derivano dalla soggezione al regime privatistico, o a quello pubblicistico, oppure a entrambi.

In via di prima approssimazione, gli atti e le attività negoziali regolati dalla disciplina pubblicistica integrano attività amministrativa in senso sostanziale sottoposta ai principi di cui all'art. 97 Cost. e configura l'esercizio di *funzione amministrativa*, ai sensi dell'art. 118 Cost., che si esplica attraverso procedure a

[80] F.G. Scoca, Autorità e consenso, in Diritto amministrativo, 2002, p. 431 ss.

[81] In realtà, un problema di eguaglianza sostanziale tra le parti si pone anche nelle relazioni privatistiche cristallizzate negli accordi contrattuali previsti dal codice civile, che possono essere sbilanciate sul piano normativo o quello economico ai danni dell'uno e dell'altro contraente. L'astratto equilibrio o parità tra le parti può non sussistere. Sui principi costituzionali in funzione di riequilibrio sull'autonomia privata, E. Navarretta, Principio di eguaglianza e diritto civile, in www.questionegiustizia.it, 1/2020, p. 23 ss., pp. 25-26.

[82] *Ibidem*.

[83] M. Mazzamuto, Contratti pubblici di diritto privato, in Il diritto dell'economia, 2/2022, p. 11 ss.

ISSN 2036-7821

evidenza pubblica[84]e moduli di diritto privato, questi ultimi fortemente integrati da istituti pubblicistici[85] [86].

La copiosa disciplina speciale che normalmente assiste il momento genetico e quello funzionale del contratto denota la particolare natura del negozio, che non è costituita dall'esservi la pubblica amministrazione quale parte contraente, ma dall'essere la causa e l'oggetto del contratto differentemente conformati, in ragione delle finalità di interesse pubblico perseguite tramite il negozio e il suo adempimento[87].

Sussiste una rilevanza pubblicistica sia della fase di selezione del contraente privato, sia – e, potrebbe dirsi, a maggiore ragione – della fase di esecuzione del contratto, dovuta alla compresenza di fondamentali interessi pubblici, che comporta una disciplina autonoma e parallela rispetto alle disposizioni del codice civile, (disciplina) che si traduce sia nella previsione di disposizioni speciali nell'attuale codice dei contratti pubblici, sia in penetranti controlli da parte delle autorità preposte a prevenire e a sanzionare l'inefficienza, la corruzione e l'infiltrazione mafiosa nello svolgimento del rapporto negoziale[88] [89].

Queste stesse logiche sono presenti nell'ordinamento francese – la cui tradizione, come è noto, ha influito in maniera determinante sul nostro sistema di diritto amministrativo – che possono compendiarsi nell'affermazione che "*la liberté*

[84] In proposito, M.S. Giannini, Diritto amministrativo, I, Milano, 1970, p. 677, ricordava che il contratto a evidenza pubblica è stato introdotto dalla legislazione ottocentesca per una ragione pratica – di porre un freno agli abusi dei fornitori dello Stato, specie militari – e per una ragione di coerenza con il sistema di diritto amministrativo, segnatamente, con il principio di legalità.

[85] V. Cerulli Irelli, Amministrazione pubblica e diritto privato, Torino, 2011, p. 23.

[86] M. Dugato, Atipicità e funzionalizzazione dell'attività amministrativa per contratti, Milano, 1996, p. 48, individua un "minimum pubblicistico intangibile", vale a dire "un'area pubblicistica impermeabile alla contaminazione privatistica". Analogamente, F. Merusi, Il diritto privato della pubblica amministrazione alla luce degli studi di Salvatore Romano, in Diritto amministrativo, 4/2004, p. 649 ss., p. 652, puntualizza che, fermo restando il principio di legalità dell'agire amministrativo, "gli atti della pubblica amministrazione, anche se espressi in forme di diritto privato, non potrebbero essere negozi, cioè atti normativi, bensì atti esecutivi, cioè atti del tutto simili agli atti amministrativi (…)".

[87] In questi termini, Consiglio di Stato, quarta sezione, 19 agosto 2016, n. 3653, consultabile su www.giustizia-amministrativa.it.

[88] Questi rilievi si possono leggere in Consiglio di Stato, adunanza plenaria, 2 aprile 2020, n. 10, consultabile su www.giustizia-amministrativa.it, che puntualizza come l'esecuzione del pubblico contratto o della pubblica concessione, se riguardata anche dal necessario versante del diritto amministrativo e delle norme del codice dei contratti pubblici, che pure la regolano in ossequio ai dettami del diritto europeo, non è una "terra di nessuno", un rapporto rigorosamente privatistico tra la pubblica amministrazione e il contraente privato escludente qualsivoglia altro rapporto o interesse.

[89] Sempre la pronuncia dell'adunanza plenaria 10/2020, cit. evidenzia, altresì, che l'interesse alla corretta esecuzione del contratto assume concretezza e attualità, allorché la fase di esecuzione del contratto non rispecchi più la fase di aggiudicazione o per il manifestarsi di vizi che già in origine rendevano illegittima l'aggiudicazione o per la sopravvenienza di illegittimità che precludano la prosecuzione del rapporto (risoluzione pubblicistica, facoltativa o doverosa) o per inadempimenti che ne determinino l'inefficacia sopravvenuta (risoluzione privatistica).

ISSN 2036-7821

contractuelle des personnes publiques diffère nécessairement de celle des personnes privées"[90].
Nel sistema d'oltralpe[91], "*les contrats administratifs*" costituiscono, "*avec les actes administratifs unilatéraux, le second moyen d'action de l'administration dans ses relations avec les administers*"[92].
I *contrats administratifs* sono caratterizzati, storicamente, dall'essere *cedevoli*, vale a dire che possono subire modifiche o cessare gli effetti per motivi di interesse pubblico[93].
La *mutabilitè* (o cedevolezza) del contratto assurge a principio generale, in ragione dell'interesse pubblico a esso sottostante, assurgendo a connotato che lo contraddistingue rispetto a quello di diritto privato[94].
Le modifiche contrattuali possono derivare dalla volontà unilaterale dell'amministrazione, oppure essere imposte da mutamenti eccezionali e imprevedibili[95].
Questo potere di modifica unilaterale rientra tra le regole generali applicabili a tutti i contratti amministrativi, indipendentemente da una sua previsione espressa[96].

9. L'agere iure privatorum in contesto pubblicistico.
Il nuovo codice dei contratti pubblici[97] conferma la titolarità in capo all'amministrazione pubblica di una capacità negoziale che le consente di concludere qualsiasi contratto nel perseguire le proprie finalità istituzionali, fatti salvi i divieti espressi previsti dalla legge.
Corollario di questa attribuzione è che il principio di tipicità dei provvedimenti amministrativi non si estende ai contratti per i quali vige l'opposto principio di atipicità (art. 1322 c.c.)[98] [99].
La tipicità contrattuale si presenta assai più attenuata rispetto a quella *assoluta* del provvedimento amministrativo[100].

---

[90] L. Richer, F. Lichere, *Introduction*, in Ii.Dd., *Droit des contrats administratifs*, 12^ edition, Paris La Defense, LGDJ, 2021, p. 13 ss., i quali pongono provocatoriamente l'interrogativo se "*les contrats admimnistratif sont-ils vraiment des contrats?*"(p. 48 ss.).
[91] D. Sorace (a cura di), *Amministrazione pubblica dei contratti*, Napoli, 2013.
[92] L. Richer, F. Lichere, *Introduction*, cit., p. 62 ss.
[93] B. Plessix, *Droit admistratif general*, 2^ edition, Paris, LexisNexis, 2018, p. 1232.
[94] M. Ubaud-Bergeron, *Droit des contrats administratifs*, 3^ edition, Paris, LexisNexis, 2017, p. 365 ss.
[95] L. Richer, F. Lichere, *Droit des contrats administratifs*, cit., p. 505 ss.
[96] H. Hoepffner, *Droit des contrats administratifs*, Paris, Dalloz, 2016, p. 381 ss.
[97] Art. 8.
[98] Cfr. Relazione agli articoli e agli allegati dello schema definitivo di Codice dei contratti pubblici del 7 dicembre 2022, cit., sub art. 8.
[99] P. Chirulli, Autonomia pubblica e diritto privato nell'amministrazione, Padova, 2005, p. 253 ss.
[100] B. Cavallo, Tipicità e atipicità nei contratti pubblici fra diritto interno e normativa comunitaria: rilievi procedimentali e sostanziali, in Contratto e impresa, 2006, p. 354 ss.

ISSN 2036-7821

Accanto alla tipicità, esiste (o meglio, può esistere) l'atipicità[101]: l'autonomia negoziale può accontentarsi della prima con la stipula di un contratto tipico, il cui schema negoziale è rispondente a un *tipo legale*, oppure può spingersi al di là dei negozi tipici, realizzando un diverso assetto consensuale degli interessi non regolato da alcuna disciplina particolare[102].

Si ricordato che alle pubbliche amministrazioni è stata sempre riconosciuta (anche) una capacità di diritto privato[103] (non già *speciale*, ma) *generale*, sottoposta però alle limitazioni previste per legge[104].

A esse non è mai stato precluso di impiegare, in una certa misura, strumenti privatistici per lo svolgimento di compiti amministrativi[105].

Nel nostro ordinamento non si è mai approdati a una qualificazione pubblicistica *assoluta* degli atti della pubblica amministrazione, restando sempre aperto uno spazio, più o meno variabile, riservato alle qualificazioni privatistiche.

La capacità giuridica dei soggetti pubblici non è equiparabile a quella riconosciuta ai soggetti di diritto comune in quanto l'*agere iure privatorum* deve essere calato all'interno del sistema pubblicistico e la capacità giuridica (*generale*) di diritto privato incontra una pluralità di vincoli che la rendono più virtuale che reale[106].

Questa impostazione riecheggia anche nella (risalente) previsione del codice civile (art. 11), che è stata oggetto di più interpretazioni, a mente della quale "(…) *gli enti pubblici riconosciuti come persone giuridiche godono dei diritti secondo le leggi e gli usi osservati come diritto pubblico*".

Nel nuovo codice il principio del risultato assurge a vincolo pubblicistico dell'autonomia contrattuale dell'amministrazione committente che è tenuta a operare scelte negoziali capaci di soddisfare l'interesse pubblico (in termini di efficienza, efficacia ed economicità nel rapporto costi/benefici) sottostante all'operazione economica.

In ordine alle limitazioni della capacità giuridica (e, segnatamente, della capacità negoziale) ritraibili dalla normazione positiva, si pone la questione della fungibilità

---

[101] Su questa ampia tematica, si vedano i contributi raccolti in F. Mastragostino (a cura di), Tipicità e atipicità nei contratti pubblici, Bologna, 2006.

[102] In ordine al contratto atipico, M. Dugato, I contratti misti come contratti atipici tra attività e organizzazione amministrativa. Dal global service all'in house providing, in Aa.Vv., Scritti in onore di Vincenzo Spagnuolo Vigorita, Napoli, 2007, p. 427 ss., sottolinea l'inesistenza, nella prassi, di fattispecie contrattuali caratterizzate da atipicità assoluta, essendovi piuttosto o l'introduzione di elementi atipici in schemi sostanzialmente tipici, o l'atipica combinazione di schemi tipici.

[103] F. Merusi, Il diritto privato della pubblica amministrazione alla luce degli studi di Salvatore Romano, in *Diritto amministrativo*, 4/2004, p. 649 ss., p. 653 ss.

[104] Consiglio di Stato, quinta sezione, 13 novembre 2002, n. 6281, in www.giustamm.it, 11/2002.

[105] C. Cammeo, *I contratti della pubblica amministrazione. Capacità e legittimazione a contrattare*, Firenze, 1954 (ristampa).

[106] M. Mazzamuto, *Contratti pubblici di diritto privato*, cit., p. 31.

ISSN 2036-7821

tra strumenti pubblicistici e quelli privatistici[107] in virtù di una scelta discrezionale dell'amministrazione[108].

Se in alcuni casi questa opzione appare sicuramente praticabile, la stessa sembra preclusa ogni qualvolta si rinvengono divieti – non soltanto espressi, ma pure impliciti – dipendenti dalla intrinseca natura pubblicistica del rapporto[109].

In ogni caso, non sembra possa dubitarsi della matrice procedimentale di ogni decisione amministrativa, incluse quelle di carattere consensuale, derivante dal vincolo di funzionalizzazione dell'attività amministrativa.

Si delinea quale principio acquisito quello per cui "*l'attività della pubblica amministrazione risulta costantemente funzionalizzata alla cura, tutela, perseguimento dell'interesse pubblico, sia che a tali fini vengano esercitati poteri pubblicistici ad essa conferiti – e dei quali l'interesse pubblico costituisce, al tempo stesso, la causa dell'attribuzione e la giustificazione dell'esercizio in concreto – sia che vengano utilizzati strumenti propri del diritto privato, in un contesto generale già delineato attraverso l'esercizio di potestà pubbliche*"[110].

Quanto poi alla relazione intercorrente tra causa del contratto e interesse pubblico, nonostante le teorizzazioni per le quali l'interesse pubblico non inerisce al negozio, non ne investe la causa, con corrispondente neutralità del contratto rispetto all'interesse perseguito, nella giurisprudenza amministrativa si rinvengono varie pronunce che attribuiscono rilevanza a questa relazione.

In questi arresti si sottolinea che l'azione amministrativa che utilizza direttamente moduli e strumenti regolati dal diritto privato (in particolare, contratti) partecipa dell'unica ragione di interesse pubblico, che la sorregge e giustifica, rappresentandone la causa in senso giuridico[111].

La finalità di pubblico interesse, per un verso, ""*entra*" *nella definizione di causa sia ove intesa quale funzione obiettiva economico-sociale del negozio, sia ove intesa quale funzione obiettiva giuridica dell'atto; per altro verso, essa conforma l'oggetto del contratto, ossia il contenuto del medesimo; per altro verso ancora può modificare la stessa efficacia della convenzione/contratto, conferendole un ambito di produzione di effetti giuridici più ampio di quello offerto al comune contratto di diritto privato dall'art. 1372 c.c.*"[112].

---

[107] G. Napolitano, *L'attività amministrativa e il diritto privato*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 5/2005, p. 481 ss., p. 483.

[108] Sulla circostanza che, al pari dei moduli consensuali, anche il provvedimento amministrativo è fortemente caratterizzato in senso cooperativo, F. Pubusa, La rilevanza della funzione amministrativa sui contratti pubblici, Torino, 2022, p. 4; nonché S. Tarullo, Il principio di collaborazione procedimentale. Solidarietà e correttezza nella dinamica del potere amministrativo, Torino, 2008.

[109] Cfr. Consiglio di Stato, sesta sezione, 13 dicembre 2011, n. 6509, consultabile su *www.giustizia-amministrativa.it*, concernente l'obbligatorietà della concessione di un bene demaniale mediante gara pubblica.

[110] Consiglio di Stato, adunanza plenaria, 18 febbraio 2020, n. 5, *ivi*.

[111] *Idem*.

[112] Consiglio di Stato, quarta sezione, 15 maggio 2017, n. 2256, consultabile su *www.giustizia-amministrativa.it*, in tema di accordi *ex* art. 11 l. 7 agosto 1990, n. 241, che puntualizza come la finalità di pubblico interesse "*non*

ISSN 2036-7821

La circostanza che l'attività contrattuale della pubblica amministrazione non è espressione di libertà, ma è costantemente funzionalizzata alla cura dell'interesse pubblico[113] implica la formazione pubblicistica della volontà negoziale, (formazione) che non differisce a seconda della natura dell'atto o del modulo decisionale[114].
L'adozione di un atto di diritto privato non dà luogo all'affrancamento dell'amministrazione dal diritto pubblico, lasciando il rapporto sottoposto alla sola disciplina civilistica, come avviene per un comune soggetto privato[115].
Il modulo pubblicistico di formazione della volontà contrattuale si atteggia a modulo generale per la conclusione di qualsiasi negozio privatistico in quanto la volontà dell'amministrazione, quale che sia l'atto finale di costituzione del rapporto cui è rivolta, deve sempre assumere le forme pubblicistiche[116].

10. Considerazioni conclusive.

Conclusa l'epoca delle riforme di privatizzazione (in verità, più nominali che reali) all'insegna delle logiche di mercato e dei modelli aziendalistici che hanno prodotto una massiccia *depubblicizzazione* di enti, apparati, attività e rapporti, la positivizzazione del principio del risultato all'interno del codice dei contratti pubblici pone sotto una nuova luce la discrezionalità della committenza pubblica nel conseguimento dell'obiettivo dell'aggiudicazione del contratto alle condizioni più favorevoli per l'interesse pubblico, nel rispetto di quella che viene definita la "*regola del caso concreto*"[117].
Al di là della sua portata e valenza giuridica, il principio esprime una chiara quanto netta presa di posizione del legislatore a che sia dato corso, senza ritardo (tanto più se riconducibile a fenomeni di "*amministrazione difensiva*"), all'affidamento e all'esecuzione del contratto per la compiuta realizzazione dell'interesse pubblico per

---

costituisce (né lo potrebbe) una "immanenza" esterna alla convenzione/contratto, ma essa – in quanto la Pubblica Amministrazione persegue sempre nella sua azione interessi pubblici, in conformità al principio di legalità, quale che sia il modulo utilizzato – conforma il contratto medesimo, ed in particolare – proprio in ragione delle definizioni che il diritto privato ne offre – gli elementi essenziali della causa e dell'oggetto".

[113] F. Pubusa, *La rilevanza della funzione amministrativa sui contratti pubblici*, cit., pp. 10 e 96 ss., la quale rileva che la matrice procedimentale di ogni decisione amministrativa, anche se di indole consensuale, si deve al vincolo di funzionalizzazione.

[114] G. Falcon, *Le convenzioni pubblicistiche. Ammissibilità e caratteri*, Milano, 1984.

[115] In continuità con la giurisprudenza dello stesso giudice amministrativo, Consiglio di Stato, adunanza plenaria, sentenza 5/2020, cit., puntualizza che nei contratti a evidenza pubblica – nei quali non è presente una regolazione degli aspetti patrimoniali dell'esercizio del potere, ma sono presenti soltanto procedimenti antecedenti al contratto, volti a individuare il contraente privato –, una volta scelto il contraente, il contratto stipulato successivamente alla fase di evidenza pubblica non rifluisce immediatamente nella più generale disciplina del codice civile, atteso che la finalità di pubblico interesse resta *immanente* al contratto e al rapporto così posto in essere.

[116] M. Mazzamuto, *Contratti pubblici di diritto privato*, cit., p. 60.

[117] Art. 1, comma 4, d.lgs. 36/2023. Su tale formula, M.R. Spasiano, Spunti di riflessione in ordine al rapporto tra organizzazione pubblica e principio di legalità: la regola del caso, in Diritto amministrativo, 1/2000, p. 131 ss.

ISSN 2036-7821

il quale non basta il formale ossequio al principio di legalità[118].
Questa preoccupazione è stata propria delle precedenti discipline di settore impostate su meccanismi sempre più automatici, senza facoltà di scelta, con comportamenti vincolati che hanno determinato una rigidità del sistema, privandolo di quella duttilità che consentisse alle amministrazioni pubbliche di portare a termine proficuamente ogni singola operazione contrattuale.
La regola del risultato induce a concepire le amministrazioni pubbliche non più come apparati burocratici, intesi formalisticamente e orientati alla mera produzione di provvedimenti (c.d. "*amministrazione per atti*"), ma come organizzazioni proiettate verso il conseguimento di obiettivi puntuali[119].
Questa visione si pone in linea con la teoria secondo cui il raggiungimento del risultato, la realizzazione dei compiti pubblici, la soddisfazione finale dei bisogni sociali costituiscono elementi fondanti della "*struttura pubblica, nonché la ragione ultima dell'esistenza di un apparato amministrativo*"[120].
Da ciò l'esigenza dell'amministrazione pubblica di operare secondo moduli innovativi, con un rigenerato slancio dell'uso della discrezionalità[121].
Appare sanzionata la fallacia dell'idea per cui lo scopo principale, se non unico, della disciplina delle procedure a evidenza pubblica è quello di contenere la discrezionalità dell'amministrazione nell'individuazione e nella scelta del contraente privato, con irrigidimento dei diversi momenti procedurali per garantire una presunta maggiore legalità dell'azione pubblica e limitare i fenomeni corruttivi[122].
Le procedure di gara *meccaniche* nelle quali vi è una completa predeterminazione di tutti gli elementi rilevanti per la scelta da effettuare non si sono rivelate idonee a dare soluzione alla complessità di molteplici rapporti negoziali per una compiuta realizzazione dell'interesse pubblico[123].
Nel corso dell'evoluzione della stessa normativa di settore, hanno trovato ingresso numerose procedure di scelta del contraente privato che, lungi dal vincolare la scelta discrezionale dell'amministrazione, la esaltano allo scopo di favorire un'azione più efficiente ed efficace, senza pregiudizio alla tutela della concorrenza su cui si è

[118] U. Allegretti, Costituzione interpretata dalla pubblica amministrazione, consultabile su www.costituzionalismo.it, 2/2018, p. 35 ss., p. 38.
[119] Ancora sul modello di "amministrazione per risultati", L. Iannotta, Merito, discrezionalità e risultato nelle decisioni amministrative (l'arte di amministrare), in Diritto processuale amministrativo, 1/2005, p. 1 ss., p. 10, evidenzia che questo modello "appare contraddistinto dal dovere di conseguire […] risultati concreti tecnicamente validi, corrispondenti ai fini determinati dalla legge e agli obiettivi definiti dagli organi di governo della stessa amministrazione (…)".
[120] M. Cammelli, Amministrazione di risultato, cit.
[121] Sullo sfuggente nodo della discrezionalità, G.D. Comporti, Il coraggio di amministrare, in Aa.Vv., Scritti per Franco Gaetano Scoca, II, Napoli, 2020, p. 1101 ss.
[122] G. Serra, Discrezionalità dell'amministrazione nelle procedure a evidenza pubblica: efficienza e legalità (anche penale) alla ricerca di un equilibrio, in Il diritto dell'economia, 3/2021, p. 189 ss., p. 205 ss.
[123] Ivi.

ISSN 2036-7821

fondato l'impianto europeo della materia[124].

Nel principio del risultato esplicitato dal codice in vigore si esprime il riconoscimento che l'obiettivo dell'amministrazione che contratta – e, più in generale, dell'azione amministrativa nel suo complesso – non si concreta nel (mero) rispetto di precetti normativi, (rispetto) che non rappresenta il fine, ma che garantisce effettività del risultato amministrativo insito nel precetto normativo attributivo del potere[125].

In questa prospettiva il suo conseguimento o il suo mancato conseguimento sono suscettibili di essere sottoposti a vaglio (sempre) di legittimità dell'azione amministrativa[126].

Ciò conduce a sindacare l'uso del potere sotto molteplici e inediti profili fondati non più soltanto sulla violazione di specifici precetti normativi, quanto a spingere l'esame, sebbene sempre sotto il profilo della legittimità, in termini di funzionalizzazione al risultato atteso, ossia al raggiungimento del bene della vita perseguito, indicato dal legislatore e conformato dall'amministrazione nel procedimento[127].

Sembra oltrepassata la soglia del tradizionale vaglio di legittimità in termini di coincidenza tra fattispecie concreta e precetto normativo per approdare a un metodo - punto di emersione dell'amministrazione di risultato - nel quale "*la qualificazione di invalidità dipenda più che dalla difformità rispetto ad un parametro normativo, dalla devianza rispetto all'obiettivo il cui solo perseguimento legittima il potere dell'Autorità*"[128].

L'applicazione di parametri normativi di sindacato sostanziale della discrezionalità conduce a traslare molteplici questioni dal versante del merito a quello di legittimità[129].

Anche la Corte di giustizia europea, sempre attenta agli aspetti sostanziali del singolo caso, non ha mai dato seguito ad approcci meramente formalistici, ispirati al

---

[124] M. Cafagno, Risorse decisionali e amministrazione difensiva. Il caso delle procedure contrattuali, in Diritto Amministrativo, 1/2020, p. 35 ss.

[125] M.R. Spasiano, Principi e discrezionalità nel nuovo codice dei contratti pubblici: primi tentativi di perimetrazione del sindacato, cit., p. 228.

[126] Sul punto, A. Romano Tassone, Amministrazione di risultato e provvedimento amministrativo, cit., osserva che il giudice amministrativo è tradizionalmente legato a una rigorosa concezione della legittimità, poco propenso ad approdare sulle sponde di una legalità più ampia, considerata in termini di tutela sostanziale degli interessi sottesi all'azione amministrativa, ossia di nuovo paradigma normativo per l'amministrazione, persino avente valore costituzionale (attraverso il filtro del buon andamento), "un autentico principio istituzionale destinato ad incidere sull'organizzazione e sulla funzione amministrativa, sino a divenire la stessa ragion d'essere degli apparati pubblici".

[127] M.R. Spasiano, Principi e discrezionalità nel nuovo codice dei contratti pubblici: primi tentativi di perimetrazione del sindacato, cit., p. 228.

[128] Nel formante giurisprudenziale, Tar Lombardia, Milano, terza sezione, 8 giugno 2011, n. 1498; nei medesimi termini, Tar Campania, Napoli, settima sezione, 28 luglio 2014, n. 4339; Id., quinta sezione, 17 maggio 2019, n. 2616, tutte consultabili su www.giustizia-amministrativa.it.

[129] Sul risultato tra merito e legittimità, L. Iannotta, Merito, discrezionalità e risultato nelle decisioni amministrative (l'arte di amministrare), cit.

ISSN 2036-7821

solo rispetto della legalità o a una tutela fideistica della concorrenza[130].
Ne discende una diversa impostazione che si pone in asse con il diritto europeo e i principi costituzionali, secondo i quali l'amministrazione pubblica non cura l'interesse pubblico perché il suo obiettivo consiste nella gara, finalità che risulterebbe del tutto irragionevole in quanto nessuna organizzazione potrebbe avere successo preoccupandosi, soprattutto, di rispettare i vincoli senza badare al raggiungimento degli obiettivi[131].
Il conseguimento del risultato amministrativo passa attraverso l'individuazione della "*regola del caso concreto*", un risultato che non implica rinuncia al rispetto della legalità, quanto il suo incremento e consolidamento in termini di effettività di cura degli interessi pubblici mediante la realizzazione degli obiettivi prefissati[132].
L'ingresso del principio realizzativo nel diritto positivo evoca la logica dell'*appropriatezza* nell'azione dei pubblici poteri, intesa come evoluzione della stessa efficacia, riferita non solo allo scopo della norma, ma anche a quegli aspetti sostanziali dell'azione che non possono essere confinati alla sola dimensione normativa o della legalità, ma che devono estendersi alla considerazione degli effetti[133] delle decisioni e dei comportamenti», spostando così in avanti, «*la soglia del giuridico, inglobando in esso il mondo dei fatti, dei fenomeni*»[134].
Ciò implica una lettura del principio di legalità in termini di risultato[135] alla stregua dell'altro principio costituzionale del buon andamento[136], inteso come criterio volto a migliorare il rendimento dell'apparato pubblico, con assimilazione al principio di efficienza dell'attività amministrativa[137].
Questa lettura sembra propria delle ultime riforme legislative di stampo *efficientistico*[138] caratterizzate dall'attenzione agli esiti dell'azione amministrativa, con ampliamento del perimetro del principio di legalità di cui il risultato amministrativo diviene parte integrante.

---

[130] Corte di giustizia UE, 10 luglio 2014, in C-358/12, consultabile su http://curia.europa.eu.
[131] Consiglio di Stato, quarta sezione, 20 aprile 2023, n. 4014, consultabile su www.giustizia-amministrativa.it
[132] M.R. Spasiano, Principi e discrezionalità nel nuovo codice dei contratti pubblici: primi tentativi di perimetrazione del sindacato, cit., p. 238.
[133] L. Giani, L'amministrazione tra appropriatezza dell'organizzazione e risultato: spunti per una rilettura del dialogo tra territorio, autorità e diritti, in Nuove autonomie, 3/2021, p. 551 ss., p. 570.
[134] Il virgolettato è ripreso da L. Iannotta, Merito, discrezionalità e risultato nelle decisioni amministrative (l'arte di amministrare), cit., p. 16.
[135] M. R. Spasiano, Il principio di buon andamento, in M. Renna, F. Saitta (a cura di), Studi sui principi del diritto amministrativo, Milano, 2012, p. 117 ss., p. 133 ss.
[136] R. Ferrara, L'interesse pubblico al buon andamento delle pubbliche amministrazioni: tra forma e sostanza, in Diritto processuale amministrativo, 2010, p. 31 ss.; V. Caputi Jambrenghi, Introduzione al buon andamento della pubblica amministrazione, in Aa.Vv., Studi in memoria di Roberto Marrama, I, Napoli, 2012, p. 113 ss.
[137] A. Massera, I criteri di economicità, efficacia ed efficienza, in M.A. Sandulli (a cura di), Codice dell'azione amministrativa, Milano, 2011, p. 34 ss.
[138] A. Colavecchio, L'obbligo di provvedere tempestivamente, Torino, 2013, p. 24 ss.

ISSN 2036-7821