

**Risultato e discrezionalità indirizzata tra modello teorico e verifiche applicative.
Alcune riflessioni attorno al libro di Sergio Perongini “Le nuove categorie dogmatiche della
discrezionalità amministrativa”.**

SOMMARIO: 1. Dalla discrezionalità alle discrezionalità (al plurale): *Das intendierte Ermessen*. – 2. Il “risultato” nel Codice dei contratti alla luce del modello della discrezionalità “indirizzata”. – 3. Il “risultato” nell’applicazione giurisprudenziale e la guida offerta dalla “*intendierte Ermessen*”. – 4. Discrezionalità indirizzata e prospettive ordinamentali.

1. Dalla discrezionalità alle discrezionalità (al plurale): *Das intendierte Ermessen*

L’ultimo libro di Sergio Perongini¹ ha il raro merito di indagare un tema tradizionale del diritto amministrativo, quale quello della discrezionalità, ma di farlo offrendo strumenti nuovi.

Se, infatti, è già particolarmente arduo, dinanzi a problemi così arati e dibattuti, fornire un qualche apporto realmente innovativo, massimamente difficile è tracciare sue inedite coordinate di pensabilità.

Concepire delle nuove categorie dogmatiche rispetto ad un istituto giuridico vuol dire proprio questo: pensare diversamente l’oggetto della propria ricerca in modo tale che quest’ultimo, pur rimanendo il medesimo, venga investito da una luce intellettuale differente.

Il rischio, tutt’altro che remoto per colui che si cimenti con questo compito, è quello di scivolare in una sterile analisi descrittiva ergendo a categorie quelli che sono meri accidenti di una sostanza che, in realtà, non cambia.

Ciò non è, però, accaduto nel volume che presentiamo.

Siamo, infatti, soliti pensare alla discrezionalità amministrativa come ad una sorte di monolite. Ragioniamo, al più, rispetto ad essa, in termini di maggiore o minore tasso di intensità ma tenendo ferma (e invariabile) la sua struttura.

Il più importante contributo dato dalla monografia di cui discutiamo è, invece, proprio quello di smentire questo assunto dimostrando che quella che consideriamo essere l’unica manifestazione della discrezionalità amministrativa (che il nostro Autore definisce “comparativa” e che potremmo anche chiamare “pura”) altro non è, in realtà, che il suo modello-base atteso che, nell’ordinamento, vivono anche sue declinazioni speciali in grado di acquisire una propria distinta dimensione dogmatica.

Tra queste, in particolare, la discrezionalità “indirizzata”² che non a caso ha rappresentato, come si svela nell’introduzione del volume³, il punto di partenza da cui si è dipanata la ricerca.

Con tale sintagma ci si riferisce a quella *species* di discrezionalità amministrativa che si ha allorché il legislatore individua, come preferenziale secondo l’ordinamento, un esito specifico del giudizio discrezionale comparativo, con possibilità tuttavia, in via di eccezione, di discostarsi da esso⁴.

I tratti di questa “nuova”⁵ categoria dogmatica sono da individuare *per differentiam* muovendo dall’archetipo della discrezionalità “comparativa”. Quest’ultima, nell’impostazione del volume, rispecchia le più consolidate acquisizioni dottrinarie sul tema a partire dal punto di svolta rappresentato dall’opera di Massimo

¹* Il presente saggio costituisce la rielaborazione dell’intervento tenuto nell’ambito del convegno “La discrezionalità amministrativa” organizzato dall’Università degli Studi di Salerno il 19 marzo 2026. Le opinioni di cui al presente contributo sono espresse dall’Autore a titolo personale; esse non impegnano l’Ufficio studi della Giustizia amministrativa, né quest’ultima quale Istituzione

S. PERONGINI, *Le nuove categorie della discrezionalità comparativa. Das intendierte Ermessen, das null Ermessen e la maturazione del potere amministrativo discrezionale*, Torino, 2025.

² La scelta di tradurre come “discrezionalità indirizzata” l’espressione tedesca “*intendierte Ermessen*” è dello stesso Autore che la ha preferita a “discrezionalità intenzionale” ovvero “secondo l’intenzione” (cfr. S. PERONGINI, *Le nuove categorie della discrezionalità comparativa*, cit., 2 sub nota 5). Il lemma “*intendiert*” in tedesco deriva dal latino “*intendere*” con il significato di “volgere” ovvero “dirigere verso”.

³ S. PERONGINI, *Le nuove categorie della discrezionalità comparativa*, cit., 1.

⁴ Per la definizione del concetto cfr. S. PERONGINI, *Le nuove categorie della discrezionalità comparativa*, cit., 296 e ss..

⁵ S. PERONGINI, *Le nuove categorie della discrezionalità comparativa*, cit., 297, ricorda che la categoria è stata coniata in Germania dalla giurisprudenza del Bundesverwaltungsgericht a partire dal 1964 per poi essere affinata anche in dottrina (cfr. M. BOROWSKI, *Intendierte Ermessen*, in D.V.Bl., 2000, 149-160; K. KAFFENBERGER, *Das intendierte Verwaltungsermessen*, München, 2002, 137 e ss.; M. RUDERSDORF, *Das Intendierte Ermessen*, Hamburg, 2012).

Severo Giannini⁶, nel cui solco si sono inserite le principali ricostruzioni successive⁷. L'armamentario teorico di partenza è, quindi, quello tradizionale che vuole la discrezionalità amministrativa come esercizio di un'attività comparativa quanti-qualitativa di diversi interessi (pubblici e privati, essenziali e secondari) e che permette di individuare, da un interesse pubblico astratto, attraverso una sintesi concettuale di tipo selettivo, l'interesse pubblico concreto da soddisfare nella singola vicenda⁸.

È questo il modello generale di discrezionalità "pura" poiché l'attività in cui essa si sostanzia è condotta liberamente dall'amministrazione, salvo il rispetto dei limiti generali della logicità, ragionevolezza, proporzionalità etc.. Essa si snoda attraverso i consueti momenti della verifica dell'esistenza dei presupposti, dell'individuazione degli interessi ed acquisizione al procedimento, della valutazione di questi e della loro comparazione per concludersi, infine, con la scelta della soluzione (e la conseguente determinazione della prescrizione provvedimento).

Il tratto di specialità proprio della discrezionalità indirizzata contraddistingue il frangente compreso tra il penultimo e l'ultimo di tali momenti e, cioè, per riprendere la distinzione che fa Giannini⁹, a valle del momento intellettuale della discrezionalità (*id est* di comprensione e conoscenza del quadro degli interessi) e prima del suo momento volitivo (e cioè di individuazione della scelta).

Ad una prima approssimazione, si potrebbe quindi dire che la discrezionalità "indirizzata" è una sorta di discrezionalità "strutturata". Laddove, infatti, nella discrezionalità "pura" l'attività di comparazione è essenzialmente libera sia nelle modalità che negli esiti, nella *Intendierte Ermessen* il vuoto normativo che sta al centro della discrezionalità trova una sua architettura specifica.

In altri termini, se come nell'insegnamento di Aldo Mazzini Sandulli la distinzione tra attività discrezionale e vincolata passa per l'atteggiarsi concreto del principio di legalità¹⁰ e quindi per il rapporto esistente tra azione amministrativa e legge tra pieni e vuoti normativi¹¹, la discrezionalità indirizzata rappresenta uno stadio "intermedio", che si colloca a metà strada tra piena libertà e azzeramento della discrezionalità¹². In particolare, in essa, lo spazio libero lasciato dal legislatore non è direttamente colmato da questi attraverso una predeterminazione rigida delle scelte¹³ ma è procedimentalizzato. Ad essere procedimentalizzata è, ancor più segnatamente, la conduzione del giudizio comparativo in quanto, attraverso un salto logico, la legge individua *ex ante* il suo esito, ma senza farlo in termini di stretta necessità. L'amministrazione può, infatti, ancora pervenire ad un differente approdo (e, quindi, alla scelta di un'altra soluzione) ma facendosi carico di rovesciare la regola posta dal legislatore, con un conseguente aggravio dal punto di vista prima istruttorio e poi motivazionale.

È evidente, peraltro, che siffatta procedimentalizzazione è il riflesso sul piano procedurale di quella che è, sul piano sostanziale, una gerarchia individuata, in termini astratti e tendenziali, dal legislatore tra i diversi interessi (pubblici e primari) che si agitano attorno all'esercizio di un dato potere autoritativo. Per dirla

⁶ Il riferimento è al fondamentale lavoro di M. S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939 che ruota attorno, come noto, alla configurazione del nucleo della valutazione come giudizio di comparazione tra interessi, isolato da tutte le altre tipologie di giudizio suscettibili di essere utilizzate nell'ambito dell'esercizio dell'attività amministrativa.

⁷ Cfr. S. PERONGINI, *Le nuove categorie della discrezionalità comparativa*, cit., 87 e ss.. Per un'aggiornata e completa disamina dell'evoluzione storico-dottrinale del concetto cfr. A. MOLITERNI, *La discrezionalità dell'amministrazione*, Torino, 2025; quest'ultimo Autore, peraltro, sottopone a critica proprio la tesi dominante che vuole il tratto distintivo della discrezionalità nella ponderazione di una pluralità di interessi mettendone in evidenza i profili di ambiguità (legati in primis alla sfuggevolezza dell'oggetto stesso della ponderazione e alla conseguente incontrollabilità del risultato della relativa scelta – cfr. A. MOLITERNI, *La discrezionalità dell'amministrazione*, cit., 439 e ss.). Accomuna, invece, la discrezionalità amministrativa all'interpretazione riconducendo entrambe nell'ambito delle operazioni ermeneutiche di concretizzazione del dato normativo L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Pisa, ed. 2023, *passim*.

⁸ Ha parlato dell'interesse pubblico concreto come l'esito di una sintesi concettuale selettiva F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, 1967, 327, 334.

⁹ M. S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, cit., 80 e ss.

¹⁰ A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, 591 e ss.

¹¹ Per riprendere l'espressione di A. PRONTERA, *L'agire discrezionale dell'amministrazione tra "vuoti" e "pieni" normativi*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 1602 ss..

¹² L'ulteriore nuova categoria dogmatica della discrezionalità amministrativa che il nostro Autore individua come "*Das null Ermessen*" (S. PERONGINI, *Le nuove categorie della discrezionalità comparativa*, cit., 239 e ss.).

¹³ Nel senso delineato da A. POLICE, *La predeterminazione delle scelte amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere amministrativo*, Napoli, 1997.

diversamente, l'assetto "indirizzato" dato da legislatore a talune ipotesi di discrezionalità rappresenta la proiezione della morfologia del potere e, quindi, in via mediata, dalla causa di quest'ultimo¹⁴.

Da queste prime considerazioni possono trarsi due primi corollari.

Anzitutto, deve ritenersi che, in ossequio al principio di legalità nella sua accezione sostanziale¹⁵, le ipotesi di discrezionalità "indirizzata" sono solo quelle previste da un'espressa previsione di legge e, pertanto, sono solo quelle tipizzate come tali dal legislatore. Ne discende che, a differenza da quanto ritenuto dalla più recente giurisprudenza tedesca¹⁶ non sono ammissibili ipotesi tacite di discrezionalità indirizzata, ricavabili, cioè, in difetto di un'espressa previsione normativa, in via del tutto interpretativa. Un simile approccio pone la figura al riparo da una serie di possibili obiezioni (che il nostro Autore prende pure in considerazione nella parte finale del volume¹⁷), in particolare quelle che paventano il rischio di una sua eccessiva indeterminatezza.

In secondo luogo, la strutturazione del giudizio comparativo che caratterizza la *Intendierte Ermessen* si traduce, all'evidenza, in una regola di validità la cui inosservanza ridonda in termini di illegittimità del provvedimento eventualmente adottato¹⁸. Inoltre, siffatta illegittimità risulta inquadrabile, più che in un'ipotesi di eccesso di potere¹⁹ (come normalmente accade per il caso di tradimento della causa tipica del potere), anche in forza di ciò che si è rilevato poc'anzi rispetto alla necessità di una previsione normativa espressa, in un'ipotesi di violazione di legge a carattere sostanziale (e non procedimentale²⁰).

2. Il "risultato" nel Codice dei contratti alla luce del modello della discrezionalità "indirizzata".

Da quanto detto sinora, la discrezionalità "indirizzata" potrebbe apparire una categoria astratta e puramente teorica.

Essa, invece, vive nell'ordinamento positivo, come si preoccupa di dimostrare il nostro Autore.

Il volume passa all'uopo in rassegna una serie di possibili ipotesi di discrezionalità "indirizzata"²¹.

¹⁴ Sulla discrezionalità come operazione di specificazione dell'interesse pubblico contemplato nella base giuridica della funzione nel passaggio che va da causa del potere a causa dell'atto, cfr. R. MANFRELLOTTI, *La problematica della causa dell'atto nella dottrina della funzione pubblica*, Napoli, 2023, 71 e ss.

¹⁵ Abbracciata da Corte cost., 4 aprile 2011, n. 115, che non ha ritenuto rispettoso del dettato costituzionale un fondamento del potere pubblico solo "formale" nella legge ma ha chiarito che lo stesso deve essere "effettivo, ancorché non dettagliato" e deve investire i suoi presupposti (che non possono essere definiti in termini solo finalistici) e le modalità di spendita (così ponendo non solo la norma di attributiva ma anche quelle regolative). È la legalità "in senso forte" di cui parla E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2007, 42.

¹⁶ In particolare, a partire da B.Verw.G., 25.06.2014, Az. 6 C 10.13 che per la prima volta ha ammesso che l'esistenza di una "*intendierte Ermessen*" in capo all'amministrazione può essere desunta in via interpretativa anche da una disposizione implicita.

¹⁷ S. PERONGINI, *Le nuove categorie della discrezionalità comparativa*, cit., 374 e ss..

¹⁸ Di questa opinione M. TRIMARCHI, *Il raggiungimento del risultato quale possibile paradigma della legittimità dell'azione amministrativa. Osservazioni generali*, su www.giustizia-amministrativa.it, 9, che nel solco di quanto in precedenza già sostenuto in M. TRIMARCHI, *Il risultato dell'amministrazione: un quadro d'insieme*, in *Dir. amm.*, 2025, 803 e ss., ritiene che l'art. 1, comma 4, del d.lgs. n. 36 del 2023 pone una "regola di governo della discrezionalità, sicuramente incidente sul giudizio di legittimità". L'Autore, peraltro, precisa che con ciò il risultato inteso in senso tecnico "non c'entra" perché esso, in quanto prodotto dell'atto amministrativo "inconoscibile a priori" e come tale non predeterminato, non può costituire un parametro di validità (M. TRIMARCHI, *Il raggiungimento del risultato quale possibile paradigma della legittimità dell'azione amministrativa*, cit., 4 che riprende le conclusioni espresse da C. CERULLI IRELLI, *Invalidità e risultato amministrativo*, in AAVV., *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, a cura di M. IMMORDINO, Torino, 2004).

¹⁹ Di diverso avviso M. TRIMARCHI, *Il raggiungimento del risultato quale possibile paradigma della legittimità dell'azione amministrativa*, cit., 9, secondo cui si sarebbe dinanzi ad un "vizio di eccesso di potere per sviamento, certo in una versione aggiornata".

²⁰ Infatti, benché, come detto, la strutturazione del giudizio comparativo si traduca in una sua proceduralizzazione, l'assetto della discrezionalità "indirizzata" discende sul piano sostanziale dalla norma attributiva del potere e dalla causa di quest'ultimo. Da ciò consegue l'inapplicabilità del meccanismo di cui all'art. 21-octies della l. n. 241 del 1990 destinato invece ad operare in relazione a quei vizi che attengono solo alla "forma della funzione" e non all'essenza della medesima.

²¹ S. PERONGINI, *Le nuove categorie della discrezionalità comparativa*, cit., 327 e ss., che spaziano dalla disciplina edilizia ed urbanistica (e segnatamente l'art. 31 del d.P.R. n. 380 del 2001) per giungere ai *golden power*.

Tra tutte queste spicca certamente, per importanza applicativa ed interesse sistematico, quella legata al principio del cd. “risultato”²².

E ciò perché, come si tenterà di evidenziare, il modello della *Intendierte Ermessen* è in grado di meglio inquadrare e spiegare quest’ultimo nonché di costituire, di riflesso, un’utile guida applicativa dello stesso.

In generale, infatti i principi sono materiale normativo da maneggiare con cura perché si pongono sì nello *jus positum* ma lo oltrepassano²³.

Introdurre nuovi principi è, quindi, sempre un’operazione tanto ambiziosa quanto rischiosa²⁴. Essi, infatti, in ragione di una naturale attitudine giuspoietica e del loro contenuto assiologico eccedente²⁵ si prestano a modellare l’ordinamento nel suo complesso ma anche a ridisegnare le fattispecie, a metterle in crisi alimentando una delle dinamiche più discusse della contemporaneità giuridica: il rapporto tra prevedibilità e creatività (creazionismo) giurisprudenziale²⁶.

Se non debitamente incanalati nella loro forza, i principi, più che fungere da intelaiatura di un sistema, più che assicurarne la completezza attraverso l’*analogia iuris*, rischiano di sottoporlo a tensione, di minarne la stabilità.

Quando, invece, vengono da lontano, se hanno una loro storia applicativa, se hanno alle spalle un’elaborazione culturale e scientifica questo rischio è ovviamente molto minore. Ecco perché a fronte di principi “nuovi” l’apporto categorizzante della dogmatica giuridica diviene fondamentale.

Il “risultato”, come notato da molti, non è un concetto inedito nel campo amministrativo²⁷. Lo è, però, nella declinazione che assume nel nuovo Codice dei contratti pubblici.

In proposito, non va trascurato che quest’ultimo viene in rilievo nel d.lgs. n. 36 del 2023 sia in termini di autentico “principio” (all’art. 1, comma 4, che così lo definisce *expressis verbis*) che di criterio generale interpretativo ed applicativo (art. 4).

²² Per un inquadramento generale del principio codicistico del risultato si rinvia a H. SIMONETTI, *Principio del risultato e gerarchia degli interessi nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Judicium*; E. PICOZZA – S. ESPOSITO, *Principio del risultato (art. 1)*, in E. Picozza (a cura di), *Digitalizzazione degli appalti pubblici*, Torino, 2026, in corso di pubblicazione.

²³ In questi termini G. MONTEDORO, *La funzione nomofilattica e ordinante e i principi ispiratori del nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Contratti pubblici. Appalti, concessioni, partenariati*, a cura di G. MONTEDORO, Bari, 2025, 7 e ss..

²⁴ Per un primo bilancio dell’esperienza del nuovo Codice si rinvia a L. CARBONE, *Il Codice dei contratti pubblici: un anno di applicazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 4, 2024, 443.

²⁵ I principi si distinguono dalle altre norme non per il carattere strutturale rappresentato da una maggiore generalità (come

pure sostenuto dai fautori di una distinzione cd. debole tra le due categorie tra cui R. GUASTINI, *Distinguendo: studi di teoria e metateoria del diritto*, Torino, 1996, 115 ss.), ma per un aspetto funzionale, ossia il loro carattere di norme-base e di norme-fondamentali dell’ordinamento giuridico capaci, rispetto, ad un ordinamento giuridico già formato, di rappresentare riassuntivamente il significato essenziale di altre norme particolari. In questo solco si colloca la dottrina oggi prevalente che sembra abbracciare una distinzione “forte” fondata su caratteristiche di tipo qualitativo e sostanziale, quali la “sovraabbondanza” di valori e la funzione giuspoietica propria dei principi (in termini F. MODUGNO, *Appunti dalle lezioni sulle fonti del diritto*, Torino, 2002, 56). Per un quadro di insieme S. BARTOLE, *Principi generali del diritto (diritto*

costituzionale), in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, 494 ss. e, sul piano della teoria generale, N. BOBBIO, *Principi generali del diritto*, in *Nss. dig. it.*, XII, Torino, 1966, 348 ss..

²⁶ Dibattito rivitalizzato, di recente, nel settore amministrativo, dagli scritti di P.L. PORTALURI, *La cambiale di Forsthoff: creazionismo giurisprudenziale e diritto al giudice amministrativo*, Napoli, 2021 e F. SAITTA, *Interprete senza partito? Saggio critico sulla discrezionalità del giudice amministrativo*, Napoli, 2023.

²⁷ L’ “amministrazione di risultato” ha suscitato, a cavallo dello scorso secolo e quello attuale, un notevole interesse in letteratura (L. IANNOTTA, *La considerazione del risultato nel giudizio amministrativo: dall’interesse legittimo al buon diritto*, in *Dir. proc. amm.*, II, 1998, 299 ss.; L. IANNOTTA, *Merito, discrezionalità e risultato nelle decisioni amministrative (l’arte di amministrare)*, in *Dir. proc. amm.*, I, 2005, 1 ss.; R. FERRARA, *Procedimento amministrativo, semplificazione e realizzazione del risultato: dalla “libertà dall’amministrazione” alla “libertà dell’amministrazione”*, in *Dir. soc.*, 2000, 101 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Sulla formula “amministrazione per risultati”*, in *Scritti in onore di Elio Casetta*, Napoli, 2001, 813 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Analisi economica del diritto e “amministrazione di risultato”*, in *Dir. amm.*, 1, 2007, 63, ss.; M.R. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, 2003). Il modello dell’amministrazione di risultato di recente ha ricevuto il suggello della giurisprudenza costituzionale con la nota pronuncia Corte cost., 16 luglio 2024, n. 132 (con il commento di F. CINTIOLI, *La sentenza della Corte costituzionale n. 132 del 2024: dalla responsabilità amministrativa per colpa grave al risultato amministrativo*, in *Federalismi*, 2024, 19 e D. PALUMBO, *La sentenza della Corte costituzionale n. 132/2024: verso un nuovo punto di equilibrio nella ripartizione del rischio tra la P.A. e l’agente pubblico?*, in *Giustizia insieme*, 18 novembre 2024).

Nel caso del “risultato” la distinzione tra queste due dimensioni è messa plasticamente in evidenza dal Codice che tratteggia una diversa forza della due declinazioni: precettiva, da autentica regola, la prima; debole, appunto, ed essenzialmente ermeneutica, la seconda di cui all’art. 4²⁸.

Orbene, la categoria della discrezionalità “indirizzata” è in grado di fornire un inquadramento dogmatico con riguardo alla prima delle due ricordate manifestazioni codicistiche del “risultato”.

Anzi, l’art. 1, comma 4, costituisce un’ipotesi che potremmo definire paradigmatica di *intendierte Ermessen*. Pur con qualche improprietà redazionale (come ad esempio il fatto che ad essere assunto a criterio sia il “principio del risultato” quando probabilmente sarebbe stato meglio assumere a criterio il “perseguimento del risultato”, atteso che un principio, per la sua conformazione logico-giuridica, mal si presta a fungere da parametro in senso tecnico) il contesto teorico-dogmatico in cui si muove il legislatore è proprio quello della discrezionalità indirizzata.

E, infatti, fa espresso riferimento al “potere discrezionale”²⁹ parlando di criterio “prioritario” per il suo esercizio.

Quest’ultima espressione lascia, da un lato, intendere che vi siano altri possibili criteri; dall’altro ricalca il rapporto regola/eccezione che è proprio della *intendierte Ermessen*.

Infine, l’art. 1 comma 4, del Codice dei contratti pubblici accenna alla “regola del caso concreto”, sintagma che evoca il processo di concretizzazione dell’interesse in cura il quale, da astratto, si inverte progressivamente giungendo a coagularsi in una regola (o sarebbe meglio dire in una scelta) specifica.

Si rintracciano, pertanto, nella disposizione in parola tutti i ricordati tratti distintivi della discrezionalità “indirizzata” come *species* della discrezionalità “pura” o “comparativa”.

A fronte di siffatte chiare indicazioni rimane, come è inevitabile che accada con disposizioni così generali, un ampio non detto.

E questo ampio non detto ha, in qualche misura, alimentato le pur comprensibili paure di una parte della dottrina che ha messo in evidenza la portata potenzialmente dirompente e destabilizzante di questa previsione essenzialmente paventando due suoi possibili riflessi applicativi: la dequotazione del principio di legalità e l’impiego di questo meccanismo in chiave essenzialmente reietiva delle domande del privato con conseguente compromissione del valore dell’effettività della tutela³⁰.

Sono, queste, preoccupazioni ed approcci comprensibili – soprattutto a prima lettura – anche perché in un certo senso risentono e vivono, come in una sorta di riflesso incondizionato, della tendenza generale dell’ordinamento a restringere, specie nel campo degli appalti pubblici, i margini di tutela offerti alla parte privata.

Il principale aspetto in ombra della disposizione è dato dall’individuazione degli altri criteri che si affiancano a quello “prioritario” del risultato. È facilmente intuibile, peraltro, come si tratti di aspetto esiziale nel funzionamento del meccanismo del meccanismo dell’art. 1, comma 4 del Codice.

Ad una prima lettura il riferimento potrebbe essere inteso ai criteri “generali” che vengono *naturaliter* in rilievo nella spendita di potestà pubblicistiche discrezionali quali, in particolare, logicità, ragionevolezza, non contraddizione. Si tratterebbe, tuttavia, di una lettura alquanto pericolosa perché potrebbe condurre ad affermare, ove estremizzata, che eventuali profili di irragionevolezza, illogicità, contraddittorietà dell’azione amministrativa andrebbero ritenuti tendenzialmente recessivi dinanzi al perseguimento del risultato. Va da sé

²⁸ Peraltro, la declinazione specifica del comma 4 dell’art.1 si riferisce *expressis verbis* alla sola attività discrezionale; invece, la valenza interpretativa del risultato ha portata generale tanto che l’art. 4 non distingue a seconda della morfologia di attività esercitata (pag. 326 del libro)

²⁹ Pur non specificando se si tratti di discrezionalità “amministrativa” ovvero “tecnica”, il riferimento alla prima categoria è scontato alla luce del prosieguo della disposizione medesima.

³⁰ M. RENNA, *I principi*, in *Il nuovo corso dei contratti pubblici. Principi e regole in cerca di ordine* (d.leg. 31 marzo 2023 n. 36) a cura di S. FANTINI – H. SIMONETTI, in *Foro it. - Gli speciali*, 1, 2023, p. 10 -11, secondo cui si è dinanzi ad un “sistema assiologicamente sbilanciato sul risultato”. L’Autore ha segnalato, da un lato, la sua “attitudine a rappresentare un dispositivo attraverso cui realizzare una transizione massiccia delle scelte pubbliche dall’area del merito a quella della discrezionalità” e, dall’altro, il “latente antagonismo che il legislatore stesso sembra percepire tra il risultato e i principi «limite»” e, segnatamente, quello di legalità (non a caso evocato in chiusura dallo stesso comma 1 dell’art. 1 quasi a “frenare” la “corsa al risultato”). Una posizione nettamente critica è stata espressa da D. CAPOTORTO, *I rischi di derive autoritarie nell’interpretazione del principio del risultato e l’indissolubilità del matrimonio tra buon andamento e imparzialità dell’amministrazione*, in *Federalismi*, 14, 2023, che vede nella proclamazione del principio del risultato e nella separazione tra buon andamento e imparzialità la conferma del riemergere di venature autoritarie. In generale su questi temi v. A.G. OROFINO, *Riflessioni conclusive*, in *Le juge administratif et ses pouvoirs*, a cura di A.G. OROFINO, O. RENAUDIE, Padova, 2024, 141.

che un siffatto approdo ermeneutico, per quanto in teoria consentito dal punto di vista testuale, sarebbe tuttavia inaccettabile nelle sue ricadute.

Viene così, in soccorso il modello teorico della discrezionalità “indirizzata” a spiegare e collocare sistematicamente la disposizione.

Le ipotesi di *intendierter Ermessen*, come abbiamo detto, continuano a rispondere alle dinamiche generali in tema di discrezionalità amministrativa. In particolare, in esse il legislatore, fermo il necessario rispetto dei canoni generali della logicità, coerenza, ragionevolezza, va a normare il momento della comparazione, strutturandolo e procedimentalizzandolo e lo fa, come abbiamo detto, individuando un esito “preferibile” che assurge a regola; esito che corrisponde ad un determinato bilanciamento di interessi in cui, in particolare, uno degli interessi coinvolti (normalmente quello primario) risulta prevalente³¹; bilanciamento che, a sua volta, presuppone l’esistenza di una pluralità di interessi che si agitano nella vicenda e che devono trovare composizione.

Ebbene, tornando all’art. 1, comma 4, del d.lgs. n. 36 del 2023, tutto ciò risulta coerente con quelle che sono le più recenti e condivise acquisizioni circa la natura dell’evidenza pubblica e, in particolare, con il definitivo superamento di una concezione meramente “contabilistica” che guarda, cioè, al mero risparmio di risorse pubbliche. Il legislatore del nuovo Codice è, infatti, pienamente consapevole che nell’ambito delle procedure di affidamento dei contratti pubblici si agitano una pluralità di interessi di natura pubblica e privata. Più segnatamente, a quello primario si affiancano più interessi secondari anche potenzialmente antagonisti e con i quali si può ingenerare un conflitto³².

In questo quadro, come pure è stato notato in dottrina³³, il perseguimento del risultato (dato dall’affidamento e dall’esecuzione del contratto nella maniera più tempestiva e con il miglior rapporto qualità-prezzo possibile) non rappresenta altro che la concretizzazione dell’interesse pubblico primario alla realizzazione dell’opera pubblica, all’espletamento del servizio ovvero al conseguimento della fornitura; interesse pubblico primario che, come detto, è ritenuto dal legislatore come tendenzialmente prevalente sugli altri concorrenti di segno opposto.

Questa prevalenza si traduce in un vincolo (ancorché non assoluto) per l’amministrazione la quale è tenuta a prediligere, di regola, quella specifica scelta che consente la soddisfazione dell’interesse pubblico primario che sottende alla procedura di affidamento.

L’art. 1, comma 4, del d.lgs. n. 36 del 2023 è, dunque, disposizione tutt’altro che superflua perché allarga l’orizzonte che deve essere preso in considerazione dall’amministrazione nel compimento delle sue scelte discrezionali: non più solo quello pubblicistico dell’evidenza pubblica (che costituisce il suo naturale scenario di azione) ma anche il campo dell’esecuzione³⁴ dove il rapporto è paritetico. Ciò implica il superamento dello iato che caratterizza le ricostruzioni dogmatiche tradizionali sulla natura giuridica dell’evidenza pubblica³⁵ e spinge ad accogliere una concezione unitaria che abbraccia, senza tollerare alcuna

³¹ S. PERONGINI, *Le nuove categorie della discrezionalità comparativa*, cit., 353.

³² Come notato anche in giurisprudenza da Cons. Stato, sez. VI, 18.06.2025, n. 5345 secondo cui l’evidenza pubblica è “strumento di tutela di interessi pubblici anche ulteriori e diversi rispetto a quelli tradizionalmente connaturati alla contrattualistica pubblica (interessi ulteriori come, ad esempio, l’ambiente, la tutela delle piccole e medie imprese o, nel caso di specie, l’uguaglianza di genere). Obiettivi, questi, di conformazione del mercato che rientrano nel fuoco allargato del “risultato”, stella polare del nuovo Codice, non a caso espressamente perseguito “nell’interesse della comunità” (comma 3 dell’art. 1)”.

³³ Così M. SPASIANO, *Codificazione di principi e rilevanza del risultato*, in AA.VV., *Studi sui principi del codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2023, 11-41.

³⁴ Per una panoramica della fase della esecuzione del contratto, con le sue indubbie peculiarità, nel nuovo Codice dei contratti pubblici sia consentito rinviare a G. GALLONE, *L’esecuzione*, in *Contratti pubblici. Appalti, concessioni, partenariati*, a cura di G. MONTEDORO, Bari, 2025, 223 e ss.. La dimensione del “risultato” emerge con nettezza rispetto al frangente esecutivo del contratto nell’istituto degli accordi collaborazione introdotto dall’art. 29 del d.lgs. n. 209 del 2024 (il cd. “correttivo” al Codice dei contratti pubblici). Su di esso cfr. G. GALLONE, *Il “nuovo” strumento degli “accordi di collaborazione”*. Note a prima lettura, in *Federalismi*, 16, 2025, 138 e ss..

³⁵ Sul tema della natura giuridica dell’evidenza pubblica ha, per lungo tempo, prevalso una lettura alquanto semplificata del fenomeno secondo cui la stessa si comporrebbe di due sequenze giuridiche distinte, l’una pubblicistica a carattere autoritativo ed a forma procedimentale, l’altra privatistica che troverebbero il loro spartiacque nell’aggiudicazione (è la tesi del c.d. “*doppiaggio*” elaborata da M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1988, II, 363 e ss., cui pure si deve la definizione di “*evidenza pubblica*”). Per l’Autore “i due procedimenti si volgono parallelamente” con la precisazione che ciò va inteso nel senso che “si svolgono per episodi successivi or dell’uno or dell’altro”. Ciò importa la qualificazione dell’aggiudicazione in termini squisitamente pubblicistici, come atto amministrativo a valenza provvedimentale, consistente nell’accertamento, di tipo costitutivo, dell’offerta migliore. Secondo questa impostazione le due fasi che corrono parallelamente, resterebbero assoggettate a statuti giuridici differenti; né vi sarebbe, di

cesura, tanto la fase autoritativa quanto quella negoziale quali spezzoni differenti del medesimo rapporto amministrativo, come frangenti della medesima azione amministrativa che si dispiega nel segno di una comune dimensione funzionale³⁶.

3. Il “risultato” nell’applicazione giurisprudenziale e la guida offerta dalla “*intendierte Ermessen*”.

L’inquadramento dell’art.1, comma 4, del d.lgs. n. 36 del 2023 sotto il modello della discrezionalità indirizzata consente, poi, di sdrammatizzare sensibilmente le preoccupazioni manifestate in dottrina rispetto ad un possibile conflitto tra principio del risultato e principio di legalità (specie nella sua dimensione più formale).

Siamo, infatti, dinanzi ad un’antinomia solo apparente.

L’applicazione del meccanismo di cui al comma 4 dell’art. 1 presuppone e, pertanto, non può prescindere dal pieno rispetto della legalità, né può altrimenti determinarne in alcun modo la dequotazione. Se muoviamo dall’idea che la “*intendierte Ermessen*” è pur sempre *species* della discrezionalità pura, di cui condivide l’impianto di fondo, essa è destinata a schiudersi nel vuoto normativo lasciato dal legislatore e nel rispetto dei criteri generali di ragionevolezza etc., cosicché non v’è alcun rischio, da un punto di vista logico prima giuridico, di un contrasto con la legge.

Per converso, dove invece si rinviene una regola predeterminata (normativa ovvero assunta in autovincolo dall’amministrazione come *lex specialis*), v’è, per dirla con le categorie del nostro Autore, “erosione della discrezionalità”³⁷ e, quindi, di riflesso, non v’è spazio di operatività del principio di risultato.

Non è quindi legittimamente predicabile un indirizzamento della discrezionalità che abbia luogo in violazione delle specifiche norme di legge che presiedono all’esercizio del potere.

La giurisprudenza amministrativa, da par suo, ha inizialmente fornito delle letture del principio del risultato³⁸ di matrice spiccatamente sostanzialistica. Ciò pare legato al fatto che, come accennato, la prima dottrina ha ricondotto tale principio al referente della cd. “amministrazione di risultato”³⁹.

conseguenza, reciproca interdipendenza o condizionamento tra le stesse. Più di recente si sono affermate ricostruzioni capaci di cogliere una continuità sostanziale tra le fasi sulla scorta della unitarietà dell’affare economico - sociale che vi sottende. Spicca tra queste, anche per l’influenza spiegata sul dibattito successivo, la teorica dei c.d. “atti amministrativi negoziali” (G. GRECO, *I contratti dell’amministrazione tra diritto pubblico e privato*, Milano, 1986, 95 e ss.) che predica una duplice e contestuale valenza, negoziale e pubblicistica, degli atti dell’evidenza pubblica con la conseguenza che essi, a partire dal bando sino all’aggiudicazione, si pongono non solo come espressione di una potestà pubblicistica di scelta del contraente ma, al contempo, come momenti della formazione del consenso dell’amministrazione, preludio all’incontro di volontà con il privato. Il suo principale limite risiede, tuttavia, nel rinvenire il raccordo tra provvedimento finale e contratto a livello di volontà, così operando, dal punto di vista teorico, una forzata equiparazione tra la volontà (intesa come “ipostasi” secondo l’insegnamento di M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, cit., 241) che si forma in sede procedimentale, imputabile all’amministrazione, a quella, a dimensione marcatamente psicologica, che deve sorreggere la stipulazione. Per una ricostruzione alternativa dei rapporti esistenti tra seriazione procedimentale e negoziale, sempre nell’ottica della loro sostanziale unitarietà, sia consentito rinviare a G. GALLONE, *Annullamento d’ufficio e sorte del contratto*, Bari, 2016, 145 e ss., ove, partendo dalla considerazione che la c.d. “*deputatio ad finem*” è la cifra caratterizzante tutta l’attività della pubblica amministrazione si è suggerito di rinvenire sul piano funzionale il *trait d’union* tra le due fasi, intese come frangenti del medesimo rapporto giuridico amministrativo, e nella causa del contratto il raccordo tra i due momenti. Più di recente un’analoga ricostruzione è stata offerta da E. GUARNIERI, *Funzionalizzazione e unitarietà della vicenda contrattuale negli appalti pubblici*, Bologna, 2022.

³⁶ Questa impostazione è, ormai, penetrata in giurisprudenza avendo il Supremo Consesso della Giustizia Amministrativa (Cons. Stato, Ad. plen., 2.04.2020, n. 10), con riguardo al tema dell’accesso civico nella fase di esecuzione di un contratto pubblico, affermato con nettezza che “Non rileva, pertanto, che la fase esecutiva del rapporto negoziale sia tendenzialmente disciplinata da disposizioni privatistiche, poiché anche e, si direbbe, soprattutto questa fase rimane ispirata e finalizzata alla cura in concreto di un pubblico interesse, lo stesso che è alla base dell’indizione della gara e/o dell’affidamento della commessa, che anzi trova la sua compiuta realizzazione proprio nella fase di realizzazione dell’opera o del servizio”.

³⁷ S. PERONGINI, *Le nuove categorie della discrezionalità comparativa*, cit., 212.

³⁸ Tra cui Cons. Stato, sez. III, 15.11.2023, n. 9812 in cui si è giunti a ricollegare al principio del risultato una “prevalenza” degli “aspetti sostanziali” rispetto a “quelli puramente formali” – e ciò in quanto “il risultato formalisticamente «corretto» non sempre e necessariamente [...] si identifica con il risultato sostanzialmente giusto”.

³⁹ Così, ad esempio, M. SPASIANO, *Dall’amministrazione di risultato al principio di risultato del Codice dei contratti pubblici: una storia da scrivere*, in *Federalismi*, 9, 2024, 206 e ss. In questo senso anche la giurisprudenza amministrativa ha ritenuto il principio del risultato già immanente al sistema della c.d. amministrazione di risultato (così Cons. Stato, sez. VI, n. 4996 del 2024, con richiamo a Cons. Stato, sez. V, n. 1924 del 2024; Cons. Stato, sez. III, n. 286 del 2024 e 9812 del 2023).

Per contro, quella con l'“amministrazione di risultato” è poco più che un'assonanza terminologica nel senso che il risultato del Codice dei contratti pubblici trova una propria autonoma caratterizzazione dogmatica che è quella appunto, nella sua manifestazione di cui al comma 4 dell'art. 1, della “discrezionalità indirizzata”.

Così correttamente inquadrato tale principio non può segnare una dequotazione delle violazioni formali, fenomeno che invece può scaturire da altre e generali regole dell'azione amministrativa (segnatamente l'art. 21-octies, comma 2, della l. n. 241 del 1990⁴⁰). Del resto, l'orizzonte che si pone l'art. 1, comma 4, del d.lgs. n. 36 del 2023 non è quello della salvaguardia della efficacia dell'azione amministrativa quanto, più a monte, come visto, della sua conformazione finalistica.

La giurisprudenza più matura è così pervenuta ad approdi più saggi e condivisibili che si rivelano perfettamente in linea, per quanto qui interessa, con l'inquadramento del meccanismo di cui all'art. 1, comma 4, in termini di “*intendierte Ermessen*”. Nonostante abbia qualificato, con non poca enfasi, il risultato come “super-principio”, è stato infatti opportunamente precisato che non si può interpretare lo stesso “in maniera antitetica rispetto al principio di legalità” e questo perché, peraltro, ai sensi del comma 1 dell'art. 1 il perseguimento del risultato deve comunque *expressis verbis* avere luogo “nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza”⁴¹.

Ricondurre il principio del risultato, nella sua manifestazione di cui al comma 4 dell'art. 1 del Codice, alla “nuova” categoria della “discrezionalità indirizzata” impedisce, infine, che lo stesso possa tradursi in un abbassamento del livello di tutela assicurato ai privati. Correttamente inteso nel senso proposto dall'Autore come *species* della discrezionalità “pura”, tale meccanismo non si traduce necessariamente in un rafforzamento, in una sorta di “puntello” a sostegno della scelta compiuta dall'amministrazione. Viceversa, la strutturazione/procedimentalizzazione su piano normativo del momento comparativo determina un aumento (anziché una contrazione) dei profili sindacabilità della scelta discrezionale.

A ciò si aggiunga che, come ricordato, il risultato avuto di mira non si risolve nella sola speditezza della procedura ma anche nel perseguimento del miglior rapporto tra qualità e prezzo sicché si potrebbe anche finire con il ritenere in concreto prevalente tale ultimo obiettivo anche a discapito, in tutto o in parte, del primo. Del resto, speditezza e rapporto qualità-prezzo sono collocate, anche dal punto legislativo formale, sul medesimo livello⁴². Essi sono profili di risultato equiordinati⁴³ nell'ottica del legislatore di Codice sicché tra questi (e solo tra questi) ritorna la comparazione nella sua accezione “pura”. La “massima tempestività” ed il “migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo” non vanno intesi termini assoluti ma nel concreto rapporto tra loro richiedendo all'amministrazione il loro bilanciamento. Con maggiore impegno esplicativo può dirsi che se all'esterno il risultato complessivamente inteso è tendenzialmente prevalente sugli altri interessi che si agitano nell'evidenza pubblica, sul fronte interno le sue componenti devono necessariamente dialogare tra loro senza che possa accordarsi una preferenza ad una di esse. Il “risultato” avuto di mira è, così, individuato e costruito in concreto, caso per caso, attraverso una operazione che precede sul piano logico giuridico quella del confronto con gli altri obiettivi della procedura.

Di questa complessità pare oggi maggiormente consapevole anche la giurisprudenza la quale ha condivisibilmente osservato che il significato attribuito alla nozione di risultato dal d. lgs. n. 36 del 2023 “non ha riguardo unicamente alla rapidità e alla economicità, ma anche alla qualità della prestazione”⁴⁴ e che “la «migliore offerta» è dunque quella che presenta le migliori condizioni economiche ma solo a parità di requisiti qualitativi richiesti” da ciò traendo che “il risultato concorre a integrare il paradigma normativo del provvedimento e dunque ad ampliare il perimetro del sindacato giurisdizionale piuttosto che diminuirlo,

⁴⁰ Siffatto fraintendimento teorico è con ogni probabilità legato alla circostanza che il meccanismo dell'art. 21-octies, comma 2, della l. n. 241 del 1990 è stato ricondotto, specie dai sostenitori della natura sostanziale dell'istituto, al concetto, analogo ma diverso, del raggiungimento del cd. scopo dell'atto ex art. 156 c.p.c. (così in giurisprudenza Cons. Stato sez. VI, 28.01.2016, n. 283; Cons. Stato, sez. VI, 2.03.2017, n. 990). M. TRIMARCHI, *Il raggiungimento del risultato quale possibile paradigma della legittimità dell'azione amministrativa*, cit., 4, osserva condivisibilmente che il meccanismo di cui all'art. 21-octies, comma 2, non ha a che fare con il conseguimento del risultato “se per risultato intende qualcosa di diverso dal contenuto del provvedimento”.

⁴¹ Cfr. Cons. Stato, sez. V, 29.01.2026, n. 795 che riprende Cons. Stato, sez. III, 27.05.2024, n. 4701.

⁴² Ciò è confermato dalla scelta di impiegare, al comma 1 dell'art. 1, la congiunzione “e” per legare “massima tempestività” e “migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo”.

⁴³ In termini M. RENNA, *I principi*, cit. 11, secondo cui “rispetto dei tempi” ed “economicità della transazione” sono i due valori in cui si sostanzia il concetto di risultato e non sono posti dal legislatore in ordine di importanza ma sono “a tutti gli effetti equiordinati”.

⁴⁴ Cons. Stato, sez. III, 29.12.2023, n. 11322.

facendo transitare nell'area della legittimità, e quindi della giustiziabilità, opzioni e scelte che sinora si pensava attenessero al merito e fossero come tali insindacabili”⁴⁵.

4. Discrezionalità indirizzata e prospettive ordinamentali.

La prima esperienza applicativa del nuovo Codice dei contratti pubblici ha confermato, ove fosse necessario, che al giudice amministrativo si richiede una particolare cautela ed una grande saggezza nel governare clausole generali e principi.

Specie dinanzi a formulazioni legislative in tutto o in parte inedite, il lavoro giudiziario deve necessariamente alimentarsi di categorie frutto di un pensiero più denso e profondo quale quello che ci ha offerto Sergio Perongini.

Ciò vale non solo per l'oggi ma anche (e soprattutto) per il domani.

Non è, infatti, da escludere che l'evoluzione ordinamentale possa vedere l'introduzione di ulteriori nuove ipotesi espresse di “discrezionalità indirizzata”. Molto dipenderà dalla resa di quelle già vigenti e, quindi, ancora una volta, dal loro concreto inverarsi nella prassi e nella giurisprudenza.

Ma, soprattutto, il modello dogmatico della “*intendierte Ermessen*” potrebbe tornare utile per saggiare la *vis expansiva* del principio del risultato e la sua capacità di travalicare il campo dell'evidenza pubblica facendosi principio generale dell'azione amministrativa. Un tema, quest'ultimo, di sicuro fascino che impone, ancora una volta, di risalire alla teoria generale chiedendosi, in prima battuta, se il perseguimento del “risultato” sia insito in ogni attività funzionalizzata (quale è quella amministrativa ex art. 1, comma 1, della l. n. 241 del 1990) attenendo alla “causa” del potere e, quindi, a valle, quale sia l'eventuale ricaduta di ciò sul piano del regime giuridico.

Giovanni Gallone, Consigliere di Stato

Le opinioni di cui al presente contributo sono espresse dall'Autore a titolo personale; esse non impegnano l'Ufficio studi della Giustizia amministrativa, né quest'ultima quale Istituzione.

⁴⁵ Cons. Stato, sez. V, 11.12.2025, n. 9802, ripresa anche da Cons. Stato, sez. V, 29.01.2026, n. 795.