

Il diritto dell'economia

rivista quadrimestrale
di dottrina, giurisprudenza e documentazione

in collegamento con la
Unione Italiana Camere di Commercio
e con la
Associazione Bancaria Italiana

Promossa da

Università di Bologna
Facoltà di Economia e Commercio;
Giurisprudenza

Università Cattolica di Milano
Facoltà di Giurisprudenza; Economia;
Scienze Bancarie, Finanziarie e Assicurative

**Università Commerciale
Luigi Bocconi di Milano**

Università di Modena e Reggio Emilia
Facoltà di Economia; Giurisprudenza

Università di Camerino
Facoltà di Giurisprudenza

Università di Parma
Facoltà di Giurisprudenza

Università Statale di Milano
Facoltà di Giurisprudenza

Università di Venezia
Facoltà di Economia e Commercio

vol. 30, n. 92 (1-2017)



Mucchi Editore

Il diritto dell'economia

rivista quadrimestrale
di dottrina, giurisprudenza e documentazione

in collegamento con la
Unione Italiana Camere di Commercio
e con la
Associazione Bancaria Italiana

Promossa da

Università di Bologna
Facoltà di Economia e Commercio;
Giurisprudenza

Università Cattolica di Milano
Facoltà di Giurisprudenza; Economia;
Scienze Bancarie, Finanziarie e Assicurative

**Università Commerciale
Luigi Bocconi di Milano**

Università di Modena e Reggio Emilia
Facoltà di Economia; Giurisprudenza

Università di Camerino
Facoltà di Giurisprudenza

Università di Parma
Facoltà di Giurisprudenza

Università Statale di Milano
Facoltà di Giurisprudenza

Università di Venezia
Facoltà di Economia e Commercio

vol. 30, n. 92 (1-2017)



Mucchi Editore

Direttore Responsabile: Prof. Fabrizio Fracchia - Università Commerciale L. Bocconi di Milano, Via Röntgen, 1 - 20136 - Milano - tel. 02.583.652.25

La rivista «Il diritto dell'economia», fondata e diretta dal 1954 al 1987 da Mario Longo, ha ripreso le pubblicazioni a partire dal 1987 su iniziativa di Elio Casetta e Gustavo Vignocchi

issn 1123-3036

© STEM Mucchi Editore, via Emilia est, 1741, 41122, Modena

info@mucchieditore.it

info@pec.mucchieditore.it

www.mucchieditore.it

facebook.com/mucchieditore

twitter.com/mucchieditore

instagram.com/mucchi_editore

Pubblicità inferiore al 45 %

Grafica e impaginazione, STEM Mucchi Editore (MO). Stampa, Editografica (BO)

Finito di stampare nel mese di marzo del 2017

La legge 22 aprile 1941 sulla protezione del diritto d'Autore, modificata dalla legge 18 agosto 2000, tutela la proprietà intellettuale e i diritti connessi al suo esercizio. Senza autorizzazione sono vietate la riproduzione e l'archiviazione, anche parziali, e per uso didattico, con qualsiasi mezzo, del contenuto di quest'opera nella forma editoriale con la quale essa è pubblicata. Fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nel limite del 15% di ciascun volume o fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941 n. 633. Le riproduzioni per uso differente da quello personale potranno avvenire solo a seguito di specifica autorizzazione rilasciata dall'editore o dagli aventi diritto.

Il presente fascicolo è stato pubblicato
con un contributo di

BPER:
Banca

La pubblicazione di articoli e contributi proposti alla rivista è subordinata alla seguente procedura:

- Il lavoro (non superiore a 15.000 parole) è sottoposto a un esame preliminare da parte della direzione (o di un suo componente delegato), per rilevare la sua attinenza alle caratteristiche ed ai temi propri della rivista, nonché l'eventuale presenza di evidenti e grossolane carenze sotto il profilo scientifico.
- Il successivo referaggio consiste nella sottoposizione del lavoro alla valutazione di due professori ordinari esperti nella materia, italiani o stranieri, scelti dalla direzione nell'ambito di un comitato di referees o, in casi eccezionali, inerenti alla specificità dell'argomento trattato, all'esterno dello stesso.
- Il sistema di referaggio è quello cieco previsto dalla normativa vigente: lo scritto è inviato in forma anonima a chi deve procedere alla revisione e all'Autore non è comunicato chi procederà alla stessa. Chi effettua la revisione è vincolato a tenere segreto il proprio operato e si impegna a non divulgare l'opera e le relative informazioni e valutazioni, che sono strettamente confidenziali: l'accettazione preventiva di questo vincolo e di questo impegno è preconditione per assumere il compito di referaggio.
- I nomi dei revisori consultati per la valutazione dei lavori pubblicati dalla rivista nel corso dell'anno sono pubblicati in apposito elenco nell'ultimo fascicolo dell'annata senza riferimento ai lavori valutati.
- I revisori invieranno alla direzione (o al componente delegato), la proposta finale, che può essere di: accettazione dello scritto per la pubblicazione (eventualmente con un lavoro di editing); accettazione subordinata a modifiche migliorative, sommariamente indicate dal revisore (in questi casi lo scritto è restituito all'autore per le modifiche da apportare); non accettazione dello scritto per la pubblicazione.
- I revisori, nel pieno rispetto delle opinioni degli autori e a prescindere dalla condivisione del merito delle tesi da essi sostenute, dovranno tenere in specifica considerazione l'originalità e l'utilità pratica delle idee espresse nel lavoro, nonché la conoscenza delle fonti pertinenti, la consapevolezza culturale, la consistenza critica del percorso argomentativo e la correttezza formale.
- La direzione della rivista (o il componente delegato) ha la responsabilità ultima della decisione di pubblicazione o meno del contributo (in particolare quando si tratti di relazioni di convegni o seminari), ferma restando la esclusiva responsabilità dell'autore per il suo contenuto e le opinioni in esso manifestate.

The publication of articles and contributions in the journal is dependent upon compliance with the following procedure:

- The work (not exceeding 20,000 words) is subject to a preliminary examination on the part of the editors or their delegate to assess its relevance to the journal's characteristics and themes, as well as the possible presence of evident and glaring shortcomings of a scientific nature.
- The subsequent peer review involves submitting the work for review by two full professors (Italian or foreign) who are experts in the relevant field, selected by the editors or their delegate from among a committee of referees or exceptionally from outside the committee, depending on the particular expertise required in relation to the subject matter of the work.
- The peer review system is the so-called blind peer review method provided by law: the text is sent to the reviewer in anonymous form and the Author is not told the name of the reviewer. The reviewers are obliged to keep their task confidential and undertake not to divulge the work or the information and evaluations which are considered strictly confidential: prior acceptance of this obligation and undertaking is a necessary condition for accepting the task of carrying out a peer review.
- The names of the referees consulted for assessment of works to be published by the journal during the year are disclosed in a special list in the last issue of the year, without reference to the works reviewed.
- The referees shall send the editors or their delegate the final proposal, which may be: acceptance of the work for publication (possibility after editing); acceptance subject to improvements, indicated in summary form by the referee (in these cases the work shall be sent back to the author in order to make the necessary changes); not to accept the work for publication.
- Referees must also bear in mind the originality and practicality of the ideas expressed in the work, as well as the cultural awareness and critical constancy of the line of argument.
- The journal's editors is ultimately responsible for the decision whether to publish the proposed contribution or not (in particular when it comes to papers presented at conferences or seminars), without prejudice to the author's responsibility for the contents of the work and for the opinions expressed within it.

Norme per la preparazione degli originali destinati alla rivista «Il diritto dell'economia»

L'originale, completo di testo e note (e/o breve nota finale di riferimenti essenziali), deve essere inviato (in formato .doc o .rtf) per e-mail all'indirizzo del direttore responsabile (fabrizio.fracchia@unibocconi.it).

I riferimenti normativi, giurisprudenziali e dottrinali devono essere conformi alle indicazioni riportate qui sotto ed aggiornati, per quanto possibile, al momento dell'invio alla Direzione.

All'originale deve essere allegato un breve riassunto di 20 righe al massimo, in italiano e in inglese (compreso il titolo), che potrà essere utilizzato a discrezione della Direzione.

Il testo deve essere corretto e completo di titolo e sommario, deve essere suddiviso in paragrafi numerati progressivamente e deve indicare per ogni paragrafo il titolo (da riportare nel sommario con il numero del paragrafo), con gli stessi caratteri (maiuscolo, maiuscoletto, corsivo) utilizzati dalla rivista.

Anche al fine di evitare ritardi nella pubblicazione dei contributi si raccomanda agli AA. la massima cura nella redazione e consegna degli originali in conformità alle presenti indicazioni. Non sono consentite modifiche o nuove versioni dei contributi inviati. La correzione delle bozze avviene di norma in via redazionale.

Nella redazione del testo (e delle note) sono da seguire, di norma, i seguenti criteri:

- evitare di usare, nel testo, abbreviazioni (ad es., è da scrivere: Corte costituzionale, anziché Corte cost., pubblica amministrazione, anziché p.a. ecc.) o acronimi, in specie se inusuali (es. FB in luogo di fondazioni bancarie; AGC, in luogo di autorità per le garanzie delle comunicazioni, ecc.); nel caso di uso di acronimi (soprattutto se non di uso corrente), è sempre bene riportare (almeno la prima volta) anche il testo intero corrispondente: ad es., istituto monetario europeo (IME) etc.;
- per le parole straniere usare il corsivo;
- per i nomi degli AA. usare il maiuscoletto con l'iniziale del nome precedente quella del cognome (es. M. NIGRO);
- per le date (anche dei testi normativi) è da scrivere per lettera il mese, ed in modo completo l'anno di riferimento (es., 16 aprile 1998, anziché 16.4.98; n. 605 del 2000, anziché 605/00);
- per i testi normativi, valgono di norma le seguenti abbreviazioni: l. (per legge); d.l.; d.lgs.; t.u.; d.P.R.; d.p.c.m.; d.m.; cod. civ., cod. pen. (ecc.); Cost.; c. (per comma o commi); numero va abbreviato con n., anziché con n°.

In ogni caso, occorre seguire un criterio di uniformità nel testo e nelle note:

- le note devono essere numerate progressivamente (in corrispondenza del richiamo nel testo);
- deve essere usato il corsivo per il titolo dell'opera citata, nonché per la rivista (abbreviata) o il volume in cui essa è riportato, secondo gli esempi seguenti:

Per le citazioni di dottrina:

E. CASETTA, *Brevi considerazioni sul c.d. diritto amministrativo dell'economia*, in *Dir. econ.*, 1955, 339 ss.;

F. MERUSI, M. PASSARO, *Autorità indipendenti*, in *Enc. dir.*, VI, Agg., Milano, 2002, 143 ss.;

S. CASSESE, *Le basi costituzionali*, in ID. (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, *Dir. amm. gen.*, I, Milano, 2003, 273 ss.;

F. BENVENUTI, *Disegno dell'amministrazione italiana*, Padova, 1996.

Per le opere collettanee:

AA.Vv., *Diritto amministrativo*, a cura di L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA, Bologna, 1999; oppure

E. PALIERO, A. TRAVI, *La sanzione amministrativa*, Milano, 1989.

Per le citazioni successive alla prima, ad es.: E. CASETTA, op. cit., 340; oppure (in caso di più opere dello stesso A.): E. CASETTA, *Brevi considerazioni*, cit., 340.

Per le citazioni di giurisprudenza:

Cons. Stato, Ad. plen., 1 aprile 2000, n. 1, in *Cons. Stato*, 2000, I, 301 ss.;

Corte cost., 15 gennaio 1999, n. 12, in *Foro it.*, 1999, I, 267 ss.;

Cass., SS.UU., 12 marzo 1998, n. 128, in *Giur. it.*, 1999, I, 2, 315 ss.;

Per le abbreviazioni degli altri collegi, ovvero delle riviste e dei periodici, si può fare riferimento, ad es., all'elenco del repertorio generale del Foro italiano o della Giurisprudenza italiana, **sempre secondo criteri di uniformità**.

Lo stesso vale per le altre abbreviazioni delle parole più correnti (es.: v., op. cit., cfr., pp., ss., ecc.).

Sono da indicare in calce al contributo in formato cartaceo o nella mail di accompagnamento:

Cognome, nome, qualifica accademica (con l'indicazione della Facoltà e/o del Dipartimento e della Università di appartenenza) e/o la qualifica professionale; indirizzo (di abitazione e di ufficio), completo di codice postale e numero di telefono; numero di fax e/o recapito di posta elettronica.

Le opinioni espresse nei contributi pubblicati impegnano i soli Autori. La Direzione non assume alcuna responsabilità nemmeno per eventuali errori od omissioni nella correzione delle bozze o per smarrimento degli originali (che, comunque, non vengono restituiti agli Autori).

CONDIZIONI DI ABBONAMENTO (3 numeri):

Abbonamento annuo

Italia € 114,00; Estero € 164,00; Digitale € 98,00

Cartaceo + Digitale (Italia) € 136,00; Cartaceo + Digitale (Estero) € 185,00

Fascicolo cartaceo

€ 39,00 (iva inclusa, spedizione esclusa)

Fascicolo digitale

€ 34,00 (iva inclusa)

Le richieste di abbonamento, le comunicazioni per cambio di indirizzo e gli eventuali reclami per mancato ricevimento di fascicoli vanno indirizzati all'amministrazione presso la Casa editrice:

STEM Mucchi Editore s.r.l.

Via Emilia est, 1741 - 41122 - Modena. Tel. 059.37.40.94

e-mail: info@mucchieditore.it; web: www.mucchieditore.it

L'abbonamento decorre dal 1 gennaio di ogni anno e dà diritto a tutti i numeri dell'annata, compresi quelli già pubblicati. Il pagamento deve essere effettuato direttamente all'editore sul c/c postale n. 11051414, a ricevimento fattura (valido solo per enti e società), mediante carta di credito (sottoscrivendo l'abbonamento on line all'indirizzo www.mucchieditore.it, oppure precisando numero, scadenza e data di nascita). Al fine di assicurare la continuità nell'invio dei fascicoli, gli abbonamenti si intendono rinnovati per l'anno successivo. La disdetta dell'abbonamento va effettuata tramite e-mail alla sede della Casa editrice entro il 31 dicembre dell'annata in corso. I fascicoli non pervenuti all'abbonato devono essere reclamati al ricevimento del fascicolo successivo. Decorso tale termine si spediscono, se disponibili, dietro rimessa dell'importo (prezzo di copertina del fascicolo in oggetto). Le annate arretrate sono in vendita al prezzo della quota di abbonamento dell'anno in corso. Si accordano speciali agevolazioni per l'acquisto di più annate arretrate, anche non consecutive, della stessa rivista. Per l'acquisto di singoli fascicoli della rivista consultare il catalogo *on line* all'indirizzo www.mucchieditore.it. Il cliente ha la facoltà di recedere da eventuali ordini unicamente mediante l'invio di una lettera raccomandata a/r alla sede della Casa editrice, o e-mail (seguita da una raccomandata a/r), entro le successive 48 ore atte a consentire l'identificazione del cliente e dell'ordine revocato (merce, data, luogo, etc.). La revoca dell'ordine deve essere spedita entro e non oltre il 10° giorno successivo alla data di sottoscrizione.

Indice n. 92 (1-2017)

ARTICOLI E SAGGI

<i>Francesco Goisis</i> , L'ente pubblico come investitore privato razionale: natura e lucratività delle società in mano pubblica nel nuovo Testo unico sulle partecipate	pag.	1
<i>Giuseppe Manfredi</i> , La tutela proprietaria dell'immateriale economico nei beni culturali	»	29
<i>Enea Franza</i> , L'informativa sul <i>bail-in</i> nel prospetto informativo e possibile quantificazione del rischio	»	39
<i>Massimo Giavazzi</i> , Il principio di proporzionalità rovesciata: alla ricerca del sinalagma perduto; un problema di buona fede	»	59
<i>Armando Giuffrida</i> , La certificazione di conformità del c.d. <i>Halal Food</i>	»	95
<i>Francesca Nugnes</i> , Le misure di straordinaria e temporanea gestione d'impresa in caso di corruzione negli appalti pubblici. Principali aspetti critici dell'istituto	»	137
<i>Elena Quadri</i> , Demanio costiero e concessioni balneari	»	199
NOTE SUI COLLABORATORI	»	219

Articoli e Saggi

Il principio di proporzionalità rovesciata: alla ricerca del sinallagma perduto; un problema di buona fede

Massimo Giavazzi

SOMMARIO: 1. La prospettiva. – 2. La rinegoziazione dei contratti privati. – 3. Le clausole generali nel diritto amministrativo. – 4 Il sinallagma claudicante dei contratti pubblici. – 5. La discrezionalità amministrativa, l'autonomia negoziale e la buona fede. – 6. Il principio di proporzionalità e la discrezionalità amministrativa. – 7. La discrezionalità amministrativa e la causa. – 8. La buona fede nel diritto pubblico. – 9. La buona fede nei contratti pubblici. – 10. Suggestioni di diritto comparato. – 11. Conclusioni.

1. *La prospettiva.*

Ciò che si vuole indagare è l'interazione di discrezionalità amministrativa, buona fede e proporzionalità su una concreta dinamica dell'esercizio di una pubblica potestà: la rinegoziazione di un accordo amministrativo; che – sol per metafora¹ – si voglia definire contratto pubblico: perché a esso si applicano «i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti in quanto compatibili» (secondo l'ingannevole precetto dell'art. 11 della legge sul procedimento amministrativo).

Non si vuole, ovviamente, così dare per risolto il contrasto dottrinario tra chi sostiene che l'accordo surrogatorio di provvedimento attinga i propri ele-

¹ G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003, 3, sostiene che «potestà amministrativa e contratto sono termini non solo appartenenti a categorie eterogenee ... ma anche difficilmente conciliabili»; in sintonia con quell'assunto, F. CANGELLI, *Riflessioni sul potere discrezionale della pubblica amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2000, 277 ss., sull'abbrivo della constatazione di una «infatuazione privatistica» del nostro legislatore che avrebbe contagiato il diritto amministrativo mediante un «virus consensualistico», afferma che «il termine "contratto" ha ... un preciso significato giuridico, ma con la sua utilizzazione nel contesto pubblicistico tale istituto si carica di un valore simbolico». E, in coerenza con questi assunti dottrinari, la giurisprudenza amministrativa è nel senso che «L'art. 11, l. 7 agosto 1990, n. 241 non rende applicabili agli accordi della Pubblica amministrazione le norme del codice civile in tema di obbligazioni e contratti, bensì i "principi", con ciò stesso presupponendo una non immediata adattabilità ... ad accordi non aventi natura contrattuale ... delle norme valevoli per le espressioni di autonomia privata, ma richiedendo la verifica della applicabilità, in ragione della specifica natura dell'atto bilaterale sottoposto a giudizio, dei "principi" (e di quanto da essi desumibile) in tema di obbligazioni e contratti» (cfr. Consiglio di Stato, Sez. IV, sentenza 3/12/2015, n. 5492).

menti di struttura dal diritto privato dei contratti, essendo costituito dagli «stessi materiali dei quali il contratto si compone»², e chi invece ritiene che il vincolo del perseguimento dell'interesse pubblico imponga di elaborare un modello autonomo di contratto pubblico dove non sia possibile sintetizzare in un sinallagma paritario il suo rapporto con l'interesse privato. L'assunto di partenza (la scelta di campo che qui costituisce – con evidente arbitrio³ – un assioma) è che il contratto privato e l'accordo amministrativo – contratto pubblico sol per metafora – appartengano a due categorie giuridiche ontologicamente differenti, donde l'impossibilità di estendere – per così dire – per osmosi le acquisizioni dottrinarie e giurisprudenziali formatesi sulla clausola generale di buona fede nel diritto privato dei contratti al diritto amministrativo degli accordi⁴. Semplicemente, un differente approccio al tema, che desse conto di ciò che sarebbe della buona fede privata se fosse possibile un suo diretto innesto nel sinallagma dei contratti pubblici per equivalenza di struttura, renderebbe probabilmente superflua l'indagine.

Ebbene, così delineati i confini dell'indagine, due sono le norme del codice civile che si prestano a essere utilizzate a codificare, in termini generali, l'obbligo di rinegoziare le condizioni di un contratto di diritto privato: (i) l'art. 1374 c.c., secondo cui «Il contratto obbliga le parti non solo a quanto è nel medesimo espresso, ma anche a tutte le conseguenze che ne derivano secondo ... l'equità»; (ii) l'art. 1375 c.c., a mente del quale «Il contratto deve essere eseguito secondo buona fede»⁵.

² F. LEDDA, *Note sugli accordi "di diritto pubblico" e su alcuni temi contigui*, in Scritti in onore di G. Guarino, Padova, 1998, 603.

³ Non è qui il caso di riferire di quel contrasto; sicché si rinvia al proposito allo scritto di G. POLI, *Il problema della sinallagmaticità nell'accordo amministrativo. Brevi note sull'eccezione di inadempimento*, in *Dir. amm.*, 2014, 725, ove il tema è affrontato con dovizia di riferimenti dottrinari.

⁴ A tratteggiare il problema dell'innesto dei principi del diritto privato dei contratti nel regime degli accordi di diritto amministrativo è qui sufficiente il richiamo alla difesa svolta dalla Repubblica Italiana nel giudizio per infrazione comunitaria intrapreso nei suoi confronti dalla Commissione dinanzi alla Corte di Giustizia, al proposito della lesività ambientale di quanto convenuto in un accordo di programma, ove appunto si legge: «un accordo di programma non è né un atto che definisce una situazione giuridica, né un atto amministrativo, né un contratto, bensì costituisce un modulo procedurale nel quale soggetti pubblici e privati predeterminano i comportamenti e gli impegni da rispettare per giungere ad un risultato finale» (Corte di Giustizia, 4/10/2007, in C-179/06, Commissione c. Italia). Sulla particolare vicenda degli accordi di programma, nel loro rapporto con la disciplina privatistica dei contratti, così come affrontata in dottrina e in giurisprudenza, e in particolare sui motivi «della tendenziale recalcitranza della giurisprudenza amministrativa ad applicare direttamente le norme del codice civile», si rinvia a S. VALAGUZZA, *L'accordo di programma: peculiarità del modello, impiego dei principi del codice civile e applicazione del metodo tipologico*, in *Dir. amm.*, 2010, 395, la quale suggerisce di risolvere il problema sostituendo il metodo tipologico a quello sussuntivo: ciò che consente di applicare agli accordi amministrativi le norme riguardanti non uno solo ma anche diversi tipi legali contemporaneamente, in tal modo estendendo ai detti accordi anche le norme sui contratti associativi e aggirando così l'ontologica incompatibilità dell'inesauribilità del potere con il principio *pacta sunt servanda* che l'art. 1372 c.c. riserva, invero, ai soli contratti di scambio.

⁵ Al proposito, S. RODOTÀ, *Le clausole generali nel tempo del diritto flessibile*, in *Lezioni sul contratto*, Torino, 2009, 100, ancorché sostenga la funzione omeostatica delle clausole generali, nondimeno, scrive di una

Nel regime dei contratti di diritto privato, equità e buona fede *in executivis* consentono, infatti, di gestire l'invarianza del sinallagma a fronte di sopravvenienze non previste nel regolamento negoziale, imponendo alle parti di cooperare per il raggiungimento delle finalità comuni⁶.

Si tratta, dunque, di svolgere il giudizio di compatibilità che la norma richiede per l'estensione di quei principi agli accordi amministrativi⁷. Nella vicenda d'interesse non vi è, però, da verificare se la buona fede sia compatibile con l'esercizio di una pubblica potestà conformata dal principio di legalità – perché si tratta di una questione oramai superata⁸ –, e si può sostanzialmente ricondurre l'equità, ai fini che c'interessano, alla proporzionalità⁹. V'è, piuttosto, da indagare se l'ibridazione di quelle clausole generali (il loro innesto nel sinallagma di un contratto pubblico) possa, in qualche modo, modificarne il loro codice genetico.

La questione oggetto d'indagine è didascalicamente riassumibile nella formula del principio di proporzionalità rovesciata, in analogia con l'elaborazione dogmatica del sinallagma rovesciato, chiamato appunto a disciplinare la sorte delle attribuzioni patrimoniali effettuate da una o da entrambe le parti di un contratto divenuto inefficace¹⁰.

Invero, il principio di proporzionalità esige che la selezione degli interessi coinvolti nell'esercizio di una pubblica potestà si realizzi attraverso le tappe intermedie della valutazione dell'idoneità, della necessità e della proporzionalità in senso stretto del mezzo al perseguimento dell'obiettivo individuato nella legge attributiva del potere¹¹; al verificarsi di sopravvenienze che incidono sul sinallagma del contratto pubblico, il principio di buona fede esige di rieditare il sillogismo della discrezionalità amministrativa per cercare una nuova sintesi tra i contrapposti interessi, pubblici e privati, conformati da un provvedimento amministrativo da riformare.

«... "utopia contrattuale" che affida interamente il destino del contratto ad una serie di nuovi doveri, in cui la buona fede s'intreccia con la lealtà, la solidarietà, il diritto a rinegoziare».

⁶ A. DI MAJO, *L'esecuzione del contratto*, Milano, 1967, 412.

⁷ G. BOTTINO, *Equità e discrezionalità amministrativa*, Milano, 2004, 164, sostiene che «Occorre, in via preliminare sgombrare il campo da quella che potrebbe apparire una vera e propria tautologia. Che cioè la dimostrazione dell'esistenza di una tale forma di equità amministrativa debba essere data, per così dire, *a fortiori*, proprio al fine di affermarne la compatibilità, con il sistema, delle stesse norme civilistiche che consentono il ricorso all'equità».

⁸ F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni trenta all'alternanza*, Milano, 2001, 3, afferma «Che il principio di buona fede oggettiva sia un principio che informa la legalità della Pubblica Amministrazione è nozione oramai accolta a livello di manuale».

⁹ G. BOTTINO, *op. cit.*, 279.

¹⁰ E. BARGELLI, *Il sinallagma rovesciato*, Milano, 2010.

¹¹ D. U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998, 15. Sulla verifica trifasica del principio di proporzionalità, si veda altresì S. COGNETTI, *Principio di Proporzionalità*, Torino, 2011, 224 ss.

Nella riedizione dell'esercizio del potere per ristabilire l'originario equilibrio tra fine perseguito e sacrificio imposto al privato, il principio di buona fede si sostituisce, dunque, a quello di proporzionalità: essendo i due principi le due facce di una stessa moneta; sicché, il principio di proporzionalità rovesciata altro non è che la clausola generale di buona fede oggettiva nel diritto dei contratti pubblici.

Senza dubbio, quella che si richiede in questi casi alla P.A. di fare è una scelta (in senso lato) discrezionale, perché comporta una valutazione comparativa degli interessi coinvolti nell'esercizio di un potere autoritativo¹². Vi è, però, motivo di dubitare che sia un momento di discrezionalità amministrativa; quantunque s'inserisca – come detto – nel sillogismo della discrezionalità¹³.

Invero, la definizione dei sintagmi indeterminati di buona fede e di proporzionalità non è affidata a indefinite regole di buona amministrazione che si materializzano (secondo tradizione) nell'ipotesi dell'eccesso di potere; bensì si risolve attraverso l'interpretazione di un canone giuridico, quantunque definito attraverso una fattispecie aperta e intenzionalmente indeterminata¹⁴. Sicché, si assiste al «... passaggio dal sintomo, cioè da singolari figure di illogicità, alla ricostruzione completa dell'iter logico, cioè ad una logica che, pur non essendo matematica, appare certamente meno "sfocata" ...»¹⁵. Ovvero: «Il movimento dal sintomo

¹² P. RESCIGNO, *Appunti sulle clausole generali*, in *Riv. dir. comm.*, 1998, 1, sostiene che «... nelle "clausole generali" vi è una delega al giudice, perché attinga a qualcosa di estraneo alla formula legislativa letta nei termini e nelle parole che la compongono, e costruita secondo i criteri che l'ordinamento stesso gli prescrive di seguire ... nelle "clausole generali" opera ... la delega a ricercare "valori" fuori dai rigidi confini dell'ordinamento positivo». C. CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, Milano, 1979, 105, afferma al proposito che «... La clausola generale va perciò definita come concetto elastico, il cui riferimento al caso concreto ai fini dell'applicazione della norma richiede una previa integrazione valutativa ad opera del giudice». Secondo P. CALAMADREI, *Opere giuridiche*, VII, Napoli, 1976, 87, l'interpretazione delle norme elastiche costituisce «la parte più dinamica e attiva della giurisprudenza stessa, che qui, meglio che in ogni altra circostanza, adempie al compito di ringiovanire il diritto obiettivo e di adattarlo alle esigenze moderne».

¹³ Si tratta di un'attività valutativa svolta non già sulla base della comparazione degli interessi in gioco con l'obiettivo del migliore perseguimento dell'interesse pubblico individuato dalla norma attributiva di potere, perciò riservata al soggetto cui è demandata dalla legge la cura di quell'interesse collettivo, bensì di una scelta tra interessi concorrenti realizzata con approccio neutro (non teleologicamente orientato) dalla pubblica amministrazione. Vogliamo, con ciò, riferirci a quella che è stata definita come «attività valutativa non discrezionale» da D. DE PRETIS, in *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995, 244, che nella sua teoria individua, appunto, una situazione intermedia tra l'atto vincolato e l'atto discrezionale, ove «... a fronte di una già predefinita soluzione del valore e del rapporto degli interessi [alla pubblica amministrazione sono attribuiti] compiti di concretizzazione "qualificata" del comando normativo, mediante un'attività di adeguamento della fattispecie astratta alla fattispecie concreta che, pur non involgendo la valutazione degli interessi, tuttavia comporta, di necessità, irrinunciabili apprezzamenti soggettivi».

¹⁴ S. RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, in *Riv. critica dir. priv.*, 1987, 723, ove si legge: «La fattispecie aperta ... ricorre quando si opera un esplicito trasferimento del potere di procedere ad un autonomo apprezzamento della situazione di fatto ed alla concretizzazione della norma».

¹⁵ F. MERUSI, *Ragionevolezza e discrezionalità amministrativa*, Napoli, 2011, 33.

dell'eccesso di potere alla violazione di clausole generali [segna] il definitivo passaggio dalle norme di azione alle norme di relazione»¹⁶.

In altre parole, l'interpretazione di una clausola generale è indubbiamente attività discrezionale; ma non impinge sul merito della scelta amministrativa¹⁷; affermazione questa che agevolmente si spiega nel riferimento all'insegnamento di Benvenuti, che ha inteso deideologizzare il potere discrezionale, facendo riemergere ciò che lo accumuna all'interpretazione e dunque la stretta contiguità tra giurisdizione e amministrazione¹⁸, «tra l'area del merito e quella della legittimità, differenziate dal punto di vista quantitativo ma non qualitativo»¹⁹.

Sicché – è questo che si vuole dimostrare – la rinegoziazione di un contratto pubblico in ragione di sopravvenienze non previste nel regolamento negoziale costituisce atto dovuto; perché discende, senza margine di valutazioni di opportunità in senso lato politica, dall'interpretazione della clausola generale di buona fede nel caso concreto²⁰.

¹⁶ C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Milano, 2008, 253.

¹⁷ G. SALA, *Le clausole generali nell'età della codificazione del diritto amministrativo*, in *Giur. It.*, 2012, 1191 ss., riconduce «la verifica del rispetto dei canoni oggi riconosciuti come clausole generali dell'azione amministrativa nell'ambito della legittimità», e suggerisce poi di utilizzare quale *standard* di concretizzazione della clausola generale l'eccesso di potere, inteso quale razionalità della scelta amministrativa desunta dal rapporto tra gli effetti del provvedimento e interessi su cui viene a incidere, e che è perciò definito come «Un giudizio dunque di regolarità secondo standard socialmente accettabili del risultato dell'esercizio del potere». In modo più audace L.R. PERFETTI, *Per una teoria delle clausole generali in relazione all'esercizio dei pubblici poteri. Il problema dell'equità*, in *Giur. It.*, 2012, 1215, afferma che «Principi e clausole generali consentono di esser colti anche nella prospettiva della loro capacità di riempire l'intero spazio dell'apprezzamento dell'organo pubblico, definendo una fattispecie che assorbe la volizione e la rende solo interpretazione ragionevole...». G. BOTTINO, *Equità e discrezionalità amministrativa*, cit., 81, in modo ancora più risolutivo, sostiene che «costituisce «merito amministrativo» l'area dell'agire discrezionale della Pubblica Amministrazione che non è ancora stato fatto oggetto di sindacato giurisdizionale».

¹⁸ L. BENVENUTI, *Interpretazione e dogmatica nel diritto amministrativo*, Milano, 2002, 89, che pure, più radicalmente, sostiene la «ripulsa della configurabilità in astratto di una categoria circoscritta di apprezzamenti tecnici, oggetto di distinti procedimenti ermeneutici, separata dalle valutazioni oggetto di una reale ponderazione di interessi», in tal modo includendo ciò che qui, invece, si intende escludere dalla discrezionalità; ma nel senso lato di cui infra alla nota seguente.

¹⁹ *Op. ult. cit.*, 95.

²⁰ *Op. ult. cit.*, 68, afferma che «la rinnovata riflessione circa il ruolo del giudice amministrativo ... nella direzione ... di una esaltazione del principio di effettività della giurisdizione [impinge su] l'attitudine della tecnica a preconstituire valutazioni dotate di apparente oggettività, in grado di permettere quell'estensione del sindacato sulla discrezionalità», in tal modo facendo trasparire il suo scetticismo sull'utilità di un simile percorso ermeneutico. Ma la sua è una più generale diffidenza verso ogni approccio al tema della discrezionalità che rincorra esigenze concrete, piuttosto che ambire a una sua definizione dogmatica. Ciò che invece costituisce il dichiarato obiettivo della nostra indagine: affrontare il tema della discrezionalità nella stretta misura in cui ciò sia necessario per risolvere una situazione concreta. Usando le parole di L. BENVENUTI: «prendendo le mosse dall'analisi del fenomeno nella sua concretezza»; ciò che egli appunto, critica, perché «finisce per operare una ricostruzione del medesimo tutta tesa a segnare apoditticamente immaginari steccati» (*op. cit.*, 77). Sennonché, una volta che si superi questo pregiudizio, l'analisi, per così dire, dal basso, deve condurre agli stessi risultati, di quella calata dall'alto.

2. La rinegoziazione dei contratti privati.

Nel diritto privato, l'emersione della rinegoziazione quale istituto della disciplina legale dei contratti è recente; ma, nondimeno, è stata oggetto di un ampio dibattito in dottrina²¹.

Nei limiti di quanto di nostro interesse, al fine di definire una compiuta teoria delle sopravvenienze contrattuali, la letteratura, al di là del richiamo ad alcune fattispecie contingenti o marginali²², ha individuato nella clausola generale di buona fede, la fonte principale dell'obbligo di rinegoziazione²³.

È, invero, largamente riconosciuta nel diritto privato l'esistenza di un obbligo legale di rinegoziazione dei contratti a fronte di un mutamento delle circostanze esterne, ricavato, da un lato, da un'interpretazione estensiva dell'art. 1467 c.c. (sulla risolubilità dei contratti per eccessiva onerosità sopravvenuta e sulla facoltà della parte favorita di evitarla offrendosi di modificare equamente le condizioni del contratto), e, dall'altro, dal principio di buona fede contrattuale²⁴.

La questione ancora aperta è, semmai, quella di individuare il criterio utilizzabile dal giudice per sostituirsi al mancato accordo delle parti nell'adempimento dell'obbligo di rinegoziazione, ritenendosi dai più non eleggibile a clausola generale il criterio della valutazione equitativa di cui all'art. 1467, comma 3, c.c., e comunque obiettandosi difficoltà insormontabili nell'applicazione di un «indecifrabile concetto di equità, certamente sottratto ad ogni controllo di razionalità»²⁵.

A questo proposito, ai fini che direttamente ci coinvolgono, le perplessità di un giudizio equitativo del giudice, a valere quale integrazione valutativa di una clausola generale di buona fede, derivano però dal fatto che nel diritto privato si è esclusa l'esistenza di un principio di proporzionalità suscettibile d'essere concretamente impiegato in giurisprudenza²⁶, così da condurre ad affermare che «l'operatività del principio di adeguamento non implica l'accoglimento del principio di proporzionalità»²⁷.

²¹ Due sono gli autori che si sono distinti, avendo contribuito all'approfondimento del tema con due contributi monografici: P. GALLO, *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Milano, 1992, il cui sunto è nella voce *Revisione del contratto*, in *Digesto Civile*, XVII, 1998, 431 ss.; F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione del contratto*, Milano, 1996.

²² Limitando il richiamo alle sole fattispecie normate nel codice civile: la risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta (art. 1467 c.c.), la revisione del corrispettivo dell'appalto (art. 1664 c.c.), la rideterminazione del canone di affitto per modificazioni sopravvenute del rapporto (art. 1623 c.c.).

²³ G. SICCHIERO, voce *Rinegoziazione* in *Digesto Civile*, 2003, 1204.

²⁴ F. MACARIO, *op. cit.*, 147 ss., in ordine alla rilevanza della buona fede; 264 ss., per il collegamento all'art. 1467 c.c.

²⁵ G. SICCHIERO, *op. cit.*, 1213.

²⁶ S. LE GAC-PECH, *La proportionnalité en droit privé de contrats*, in L.G.D.J., 2000.

²⁷ F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione del contratto*, cit., 146.

Ma sappiamo che diversa sorte ha avuto l'elaborazione dottrina e l'applicazione giurisprudenziale del principio di proporzionalità nell'ambito del diritto pubblico²⁸.

3. Le clausole generali nel diritto amministrativo.

A detta di autorevole dottrina, le clausole generali svolgono una funzione omeostatica, in entrambe le sue prospettive: diacronica e sincronica. Esse, infatti, consentono di gestire l'invecchiamento della norma e di incorporare le diversità, attraverso una tecnica legislativa che, anziché definire la fattispecie in modo analitico, lo fa invece con un concetto volutamente indeterminato, suscettivo di essere completato attraverso il riferimento a principi o a canoni extralegali. Ciò nell'obiettivo di tutela dei diritti fondamentali, che concorrono a definire un sistema di giustizia fondato sui principi di dignità, eguaglianza e solidarietà²⁹.

Nel caso che c'interessa rileva il profilo diacronico della funzione omeostatica delle clausole generali di buona fede e di proporzionalità: perché si tratta, appunto, di consentire all'accordo amministrativo (vuolsi definire contratto pubblico) di «vincere la sua difficile guerra con il tempo e il suo fluire»³⁰, permettendogli, invero, di preservare il sinallagma (nella sua particolare configurazione) dai disequilibri indotti dalle sopravvenienze.

Ancorché sia senza dubbio «*il tempo delle clausole generali*»³¹, il tema è sostanzialmente ancora inesplorato nel diritto amministrativo³²; e, quantunque vi siano stati da ultimo pregevoli approfondimenti dell'argomento³³, non ha ancora trovato una soluzione la questione fondamentale di come la concretizzazione del concetto vago di una clausola generale si ponga rispetto alla discrezionalità ammi-

²⁸ Cfr. *infra* sub 6.

²⁹ S. RODOTÀ, *Le clausole generali nel tempo del diritto flessibile*, cit., 97 ss.

³⁰ S. RODOTÀ, *op. ult. cit.*, 106.

³¹ S. RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, 709 ss.

³² L.R. PERFETTI, *Per una teoria delle clausole generali in relazione all'esercizio dei pubblici poteri. Il problema dell'equità*, cit., 1217, sostiene che «Il discorso intorno alle clausole generali nella scienza del diritto amministrativo è sembrato ritardato da ragioni profondissime che attengono alla sovranità dello Stato ed alla sostanza del potere discrezionale, ch'esse sono, invece, in grado di far descrivere in modo differente rispetto alla tradizione ...». E, in effetti, C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela*, cit., convertendo le classiche figure sintomatiche (ingiustizia manifesta, contraddittorietà, vizi della motivazione, travisamento dei fatti, illogicità manifesta) in clausole generali, definisce il confine tra il merito della scelta e la legittimità del provvedimento in modo assolutamente originale (che ella stessa definisce «la palingenesi delle figure sintomatiche»), assegnando i c.d. principi non scritti di buona amministrazione (che definiscono in positivo le dette figure sintomatiche) alle norme di relazione, la cui esigibilità non è più mediata dal riferimento all'interesse pubblico.

³³ Si veda, tra tutti, l'inserto a cura di A. ANGELETTI, *Le clausole generali nel diritto amministrativo*, pubblicato su *Giur. It.*, 2002, con i preziosi contributi di G. SALA, F. MERUSI, S. COGNETTI, L. PERFETTI e A. ANGELETTI.

nistrativa e alla legalità dell'azione della pubblica amministrazione: ciò che intuitivamente coinvolge la basilare problematica dei limiti del sindacato giurisdizionale sulla c.d. «integrazione valutativa» di una clausola generale³⁴.

Per vero, vi è ancora incertezza finanche sugli elementi che concorrono a caratterizzare una clausola generale e, soprattutto, a distinguerla dai concetti non giuridici indeterminati (gli *unbestimmte Begriffe* della teoria di Jellinek³⁵, la cui individuazione attiene al merito amministrativo³⁶), e a tratteggiare il rapporto tra principi e clausole generali.

Si può, nondimeno, convenire con la definizione di Velluzzi, con la quale del resto si confronta la gran parte di chi ha da ultimo approfondito l'argomento: «La clausola generale è un termine o sintagma di natura valutativa caratterizzato da indeterminatezza, per cui il significato di tali termini o sintagmi non è determinabile (o detto altrimenti le condizioni di applicazione del termine o sintagma non sono individuabili) se non facendo ricorso a criteri, parametri di giudizio, interni e/o esterni al diritto tra loro potenzialmente concorrenti»³⁷.

³⁴ V. VELLUZZI, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano, 2010, individua il tratto caratterizzante delle clausole generali nel rapporto tra indeterminatezza normativa e integrazione valutativa.

³⁵ W. JELLINEK, in *Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung*, Berlino, 1931, assegna gli *unbestimmte Begriffe* al merito dell'azione amministrativa piuttosto che all'interpretazione della norma, a seconda che l'indeterminatezza sia o no voluta dal legislatore: in ciò leggendosi il contenuto tangibile di una volontà del legislatore di riservare alla pubblica amministrazione la valutazione di opportunità sottesa alla sussunzione del caso concreto nella fattispecie normativa. Sicché, ogni qual volta si tratti d'indeterminatezza non voluta dal legislatore, l'interprete dovrebbe individuare l'unico significato della norma (*einzig richtige Entscheidung*), senza farsi condizionare da proprie autonome valutazioni di opportunità. Si tratta, in questi casi, più propriamente degli *unbestimmte Rechtsbegriffe*, così definiti perché soggetti al pieno sindacato di legittimità del giudice. E ciò perché i concetti giuridici indeterminati consentono alla pubblica amministrazione solo di uniformarsi all'«unica decisione giusta» (F. TEZNER, *Zur Lehre von dem freien Ermessen der Verwaltungsbehörden als Grund der Unzuständigkeit der Verwaltungsgerichte*, Vienna, 1888).

³⁶ Si deve a E. BERNATZIK, *Rechtsprechung und materielle Rechtskraft: Verwaltungsrechtliche Studien*, Vienna, 1886, l'originaria riconduzione dei concetti indeterminati alla discrezionalità amministrativa.

La questione è, per vero, assai dibattuta, essendovi sul tema un acceso contrasto dottrinale tra i sostenitori dell'«unica decisione giusta», quelli del *Beurteilungsspielraum*, cioè della teoria dello spazio di valutazione (O. BACHOF, *Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriffe im Verwaltungsrecht*, in *Juristenzeitung*, 1955), e i teorici della *Vertretbarkeit*, ovvero della sostenibilità (C.H. ULE, *Zur Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe im Verwaltungsrecht*, in *Gedächtnisschrift für Walter Jellinek*, Monaco, 1955). Al proposito, per un'approfondita e attenta disamina di quel contrasto dottrinale, si rinvia a D. DE PRETIS, in *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, op. cit., ove si dà conto dell'approccio della dogmatica tedesca agli *unbestimmte Rechtsbegriffe* – tradizionalmente collocati sul versante della fattispecie normativa – tra i quali sono catalogati, peraltro, alcuni sintagmi (ordine pubblico, grave motivo, morale e buon costume) che bene potrebbero assumersi tra le clausole generali come sopra individuate. Ai nostri fini, è probabilmente più proficua, dunque, la distinzione tra *empirische Begriffe* e *normative Begriffe*, essendo solo con riferimento ai concetti indeterminati di tipo normativo attribuita alla pubblica amministrazione la potestà di esprimere un giudizio di valutazione comparativa tra interessi, che molto si avvicina (pure da esso distinguendosi, in ragione del suo carattere inautonomo) all'esercizio di una potestà discrezionale, là dove invece con riferimento ai concetti giuridici indeterminati di tipo empirico-descrittivo vi è solo un accertamento, quantunque opinabile, dei presupposti di fatto che sono chiamati a descrivere la fattispecie.

³⁷ V. VELLUZZI, op. ult. cit., 88.

Ciò che, dunque, caratterizza una clausola generale è la costruzione di una fattispecie aperta intenzionalmente indeterminata; questo perché con essa «si opera un esplicito trasferimento al giudice del potere di procedere ad un autonomo apprezzamento della situazione di fatto ed alla concretizzazione della norma»³⁸. Sicché nelle clausole generali il meccanismo della sussunzione opera alla rovescia: è il giudizio di fatto, prevalentemente (ma non esclusivamente) espresso in conformità a canoni extralegali³⁹, a riempire di contenuto e a concretizzare la clausola generale⁴⁰. Donde, anche il sillogismo si configura qui peculiarmente: si ha «... prima il fatto che viene valutato secondo lo standard, che viene poi qualificato in base alla norma, e che costituisce infine oggetto di decisione»⁴¹.

Nello specifico del diritto amministrativo, bisogna indagare sulla natura della sopra menzionata integrazione valutativa: con ciò intendendosi l'attività demandata all'interprete di esprimere un giudizio di valore sul caso concreto mediante il riferimento a standard prevalentemente di origine extralegale.

Questione questa resa di assai difficile soluzione dal fatto che l'essenza di quel giudizio è la scelta discrezionale tra parametri di valutazione tra loro potenzialmente concorrenti⁴². Quella scelta è, infatti, affidata alla tecnica del bilanciamento tra gli interessi: invero, la norma affida qui all'interprete il compito di effettuare una valutazione comparativa tra gli interessi in gioco⁴³, assegnando prevalenza a quello dei due interessi che risulti maggiormente conforme all'interesse individuato alla norma definita anche attraverso una clausola generale⁴⁴.

³⁸ S. RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, cit., 721.

³⁹ M. LIBERTINI, *Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato. Una proposta di distinzione*, in AA.VV., *Studi in ricordo di Pier Giusto Jaeger*, Milano, 2011, 121, ricorda che «nel dibattito in materia di “concretizzazione delle clausole generali”, esiste anche una corrente di pensiero, che è stata definita in termini di “giuspositivismo moderato”, che ritiene che l'interpretazione delle clausole generali stesse debba avvenire non, come prevalentemente si afferma, con criteri “extragiuridici”, bensì in primo luogo, con criteri di interpretazione sistematica, cioè ricorrendo a principi e valori riconosciuti dall'ordinamento positivo», e conclude: «L'indicazione di metodo ... è che l'interpretazione sistematica (cioè il ricorso a fonti, e in particolare a disposizioni di principio, di diritto positivo) debba essere il criterio fondamentale di integrazione delle “clausole generali in senso lato”, lasciando un ruolo residuale – e non principale, a differenza di quanto di solito si afferma – ai criteri di “etero integrazione”, cioè facenti capo a idee e convincimenti tratti dal costume sociale o da discipline tecnico-scientifiche extragiuridiche».

⁴⁰ G. D'AMICO, *Note in tema di clausole generali*, in *Iure Praesentia*, 1989, 446.

⁴¹ M. TARUFFO, *La giustificazione delle decisioni fondate su standards*, in P. COMANUCCI e R. GUASTINI (a cura di) *L'analisi del ragionamento giuridico*, Torino, II, 1989, 319.

⁴² V. VELLUZZI, *Le clausole generali*, cit., 64, sostiene che «L'integrazione valutativa è, dunque, la scelta dello standard operata dall'interprete tra criteri concorrenti».

⁴³ M. LIBERTINI, *Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato*, cit., 135, sostiene che vi è una clausola generale in quelle «norme che individuano situazioni di conflitto fra interessi parimenti tutelati dall'ordinamento e rimettono al giudice la determinazione del criterio di temperamento fra tali interessi, che dovrà essere applicata nel caso concreto, a seguito dell'accertamento della situazione concreta di conflitto e di una valutazione comparativa degli interessi in gioco».

⁴⁴ F. DENOZZA, *Clausole generali, interessi protetti e frammentazione del sistema*, in AA.VV., *Studi in ricordo di Pier Giusto Jaeger*, Milano, 2011, 36, distingue tra norme, principi, concetti indeterminati e clausole

Ciò che ci conduce dritto nel merito della scelta della pubblica amministrazione.

O, almeno, così pare.

Senonché, sui limiti del sindacato di legittimità del giudice della nomofilia sulle decisioni pronunciate in applicazione di clausole generali, «... la dottrina e la giurisprudenza si sono impegnate in un lodevole sforzo, al fine di affermare che l'indeterminatezza della norma non comporta che la sua applicazione diventi *quaestio facti*, ma anzi rende in certo senso più forte l'esigenza di un controllo pieno di legittimità, al fine di dare coerenza alla prassi applicativa»⁴⁵.

E, allora, è lecito, quantomeno, dubitare che l'integrazione valutativa di una clausola generale appartenga al merito della scelta amministrativa e non invece alla legittimità del provvedimento⁴⁶.

Per vero, nella concretizzazione di un sintagma indeterminato all'interprete è attribuito «un potere discrezionale di apprezzamento di un conflitto di interessi»⁴⁷: gli è, cioè, delegata quella funzione che costituisce il *proprium* di ogni norma; quella, appunto, di risolvere un conflitto tra interessi antagonisti. Difatti, un conto è la ponderazione d'interessi concorrenti che, in una qualche variabile misura, debbono tutti essere soddisfatti essendo assegnati alla cura di un ente pubblico; ciò che implica una valutazione in senso lato politica del loro valore relativo e costituisce l'intima essenza della discrezionalità amministrativa. Altro è, invece, la soluzione di un conflitto latente tra interessi contrastanti, affidata al criterio selettivo della norma, quantunque – nel caso di clausole generali – vaga, e la cui concretizzazione coinvolge, comunque, un bilanciamento di quegli interessi secondo precostituiti criteri extralegali o principi generali dell'ordinamento⁴⁸.

generali, individuando la caratteristica peculiare di queste ultime nel fatto che è assegnata all'interprete la valutazione comparativa degli interessi in gioco, e precisa poi «l'importanza decisiva del collegamento che la formulazione e la collocazione sistematica della clausola instaurano con le norme che strutturano gli interessi tra cui dovrà avvenire la comparazione».

⁴⁵ M. LIBERTINI, *Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato. Una proposta di distinzione*, cit., 125.

⁴⁶ S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità*, cit., 330, afferma che «se si può pacificamente affermare che la discrezionalità amministrativa viene sempre esercitata con una ponderazione di interessi e di valori, non è d'altro canto possibile affermare il contrario, ossia che la ponderazione, in quanto manifestazione di un bilanciamento, sarebbe sempre discrezionale. Non lo è infatti quando è plasmata e dominata da regole giuridiche che riducono in parte o eliminano del tutto l'originaria flessibilità del suo esercizio, vincolandone parzialmente o totalmente l'esito».

⁴⁷ M. LIBERTINI, *op. cit.*, 126.

⁴⁸ D. DE PRETIS, in *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, *op. cit.*, 244, al proposito dell'interpretazione dei concetti giuridici indeterminati, afferma che si assiste a «un progressivo e non marginale mutamento di ruolo della pubblica amministrazione, attraverso una riduzione ... del suo tradizionale ruolo di arbitro puntuale di interessi, a favore di ... compiti di concretizzazione "qualificata" del comando normativo, mediante un'attività di adeguamento della fattispecie astratta alla fattispecie concreta che, pur non involgendo una valutazione degli interessi, tuttavia comporta di necessità, irrinunciabili apprezzamenti soggettivi».

Come ebbe a sostenere Giannini, al proposito della discrezionalità legislativa (e la discrezionalità valutativa nella concretizzazione di un sintagma normativo indeterminato costituisce delega all'interprete di quella discrezionalità legislativa), «... a differenza che nella discrezionalità amministrativa, non vi è qui un interesse essenziale da valutare al lume di interessi secondari: il legislatore non cura interessi, ma ne disciplina preventivamente il possibile urto ... onde di fronte a lui tutti gli interessi stanno in una posizione paritaria»⁴⁹. E, difatti, al proposito delle clausole generali, si è affermato che esse «... individuano situazioni di conflitto fra interessi parimenti tutelati dall'ordinamento e rimettono al giudice la determinazione del criterio di contemperamento fra tali interessi»⁵⁰.

Ciò che, dunque, differenzia la valutazione comparativa degli interessi in gioco nella funzione interpretativa di una clausola generale e la ponderazione politica degli interessi assegnati alla cura della pubblica amministrazione nell'esercizio della discrezionalità amministrativa è il rapporto dell'interprete con gli interessi coinvolti. Invero, «fra la discrezionalità legislativa e quella amministrativa vi è ... la differenza fondamentale che la prima è strettamente determinata rispetto agli interessi, la seconda è indeterminata»⁵¹.

Sicché, la concretizzazione del sintagma indeterminato da parte del giudice – quantunque ponderazione d'interessi – non impinge sul merito della scelta amministrativa, perché quel potere discrezionale non gli è attribuito in funzione del conseguimento di un fine determinato⁵².

Valga un esempio a chiarire il concetto.

Un sintagma indeterminato che ha la struttura della clausola generale è senz'altro quello della «ingiustizia del danno» dell'art. 2043 c.c.

Ebbene, nel concretizzare il sintagma indeterminato di un danno ingiusto, si è giunti a soluzioni finanche imprevedibili (si pensi alla progressiva tutela estesa, prima, ai diritti relativi e, infine, superando una contraria giurisprudenza giustamente definita pietrificata, anche agli interessi legittimi). Ciò a significare che il giudice ha esercitato la delega che il legislatore gli ha assegnato di concretizzare la clausola generale attraverso la valutazione comparativa degli interessi in gioco con ampia discrezionalità (gli imprevedibili esiti ermeneutici ne sono la chiara conferma).

⁴⁹ M.S. GIANNINI, *il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939, 106.

⁵⁰ M. LIBERTINI, *op. cit.*, 135.

⁵¹ M. S. GIANNINI, *op. cit.*, 106.

⁵² C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela*, cit., 260, sostiene, infatti, che «le clausole non rimandino in alcuna maniera a un potere funzionalizzato: sono neutrali rispetto ad un qualsiasi fine, e per questo la loro applicazione rimane saldamente agganciata alla logica del rapporto», e conclude sul punto, a 329, affermando che «le figure sintomatiche sono costruite a partire dall'interesse pubblico e si configurano come strumento di tutela plasmato dalle ragioni di uno dei soggetti della relazione giuridica, il contenuto delle clausole generali determinato con riguardo a standard di condotta comunemente accettati (o accettabili) e quindi del tutto neutri rispetto agli interessi propri di ciascuna delle parti del rapporto amministrativo».

Il giudice, però, non si è mai posto nella logica della funzionalizzazione di quella sua attività interpretativa a un particolare interesse assegnato alla sua tutela: tant'è che il variegato risultato della sua valutazione comparativa ha condotto, in un primo tempo – con la negazione della risarcibilità degli interessi legittimi – a preservare l'interesse pubblico, e, infine, – riconoscendo la loro risarcibilità – a tutelare quello privato antagonista. E non si è mai dubitato di una funzionalizzazione di quell'interpretazione alla cura di un particolare interesse, e la sussunzione della valutazione comparativa degli interessi coinvolti in una logica – in senso lato – politica. Ciò che, invece, costituisce l'intima essenza di ogni valutazione di discrezionalità amministrativa⁵³.

Detto altrimenti, ciò che caratterizza le clausole generali «è il fatto che si tratta di tipiche norme di relazione, cioè di norme tipicamente rivolte a costruire – a partire da una situazione concreta di conflitto – il rapporto giuridico intercorrente fra due soggetti»⁵⁴.

E ciò bene si concilia con quella rielaborazione del concetto di eccesso di potere che conduce a riallacciare il vizio alla violazione di norme *extra legem latae* (i principi sulla funzione⁵⁵, che regolano l'azione della P.A.) differenti da quella attributiva del potere⁵⁶.

Sicché, «l'elaborazione di standard di valutazione ... non è ricondotta alla necessità di garantire il perseguimento dell'interesse pubblico, ma all'esigenza di assicurare la tutela giurisdizionale nei confronti degli atti espressione dei pubblici poteri»⁵⁷.

Donde, la ridefinizione quale rapporto giuridico della relazione tra privato e amministrazione rispetto all'esercizio del potere amministrativo, perché i principi sulla funzione non garantiscono la conformità dell'azione amministrativa all'interesse pubblico, bensì garantiscono il cittadino nel rapporto amministrativo⁵⁸.

⁵³ L. BENVENUTI, *Interpretazione e dogmatica nel diritto amministrativo*, cit., 172, afferma che «... il discrimine, sotto il profilo concettuale, tra interpretazione e discrezionalità, sarebbe costituito dalla presenza, nel secondo caso, di valutazioni in funzione della scelta finale, assente nelle ipotesi di attività meramente interpretative, in cui sussisterebbe un rapporto soggettivo, ma mancherebbe un momento dispositivo in senso proprio».

⁵⁴ M. LIBERTINI, *Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato. Una proposta di distinzione*, cit., 136.

⁵⁵ F. BENVENUTI, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in *Rass. dir. pubblico*, 1950, I, 1 ss.

⁵⁶ A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, Milano, 1962, 310, ove si legge che le c.d. figure sintomatiche, in realtà, sono «ipotesi autonome, figure a sé stanti, che si possono caratterizzare solo con riguardo al fatto che l'annullamento non trova, in simili casi, la sua origine in una contraddizione del provvedimento rispetto all'interesse pubblico affidato alla cura dell'autorità, ma nella violazione di una norma dettata a regolare l'attività da cui risulta l'atto, e a costituire, insieme, una ulteriore garanzia di legalità del sistema dei rapporti amministrativi».

⁵⁷ G. SIGISMONDI, *Eccesso di potere e clausole generali. Modelli di sindacato sul potere pubblico e sui poteri privati a confronto*, 169.

⁵⁸ A. PIRAS, *op. cit.*, 433.

4. *Il sinallagma claudicante dei contratti pubblici.*

Com'è noto, s'intende per sinallagma l'interdipendenza tra le prestazioni: «... in tanto una delle parti attribuisce un diritto all'altra ed effettua la sua prestazione o promette di effettuarla, in quanto a sua volta la controparte effettua un'altra prestazione o promette di effettuarla ...»⁵⁹.

Così definito, secondo la tradizione classica, il sinallagma non inerisce alla causa degli accordi amministrativi, in cui le reciproche prestazioni trovano la loro giustificazione esclusivamente nella legge attributiva del potere, che delinea autoritativamente il rapporto autorità/libertà, e che struttura il rapporto obbligatorio nella soggezione di una sfera giuridica privata all'esercizio d'una pubblica potestà nella misura che la legge consente.

Non è, dunque, la logica dello scambio a giustificare le reciproche prestazioni, bensì il principio di legalità che astringe nel rapporto con la pubblica amministrazione il privato plagiato dall'esercizio autoritativo di una pubblica potestà⁶⁰. E ciò anche quando la latitudine discrezionale del potere è individuata nel regime di un accordo con il privato⁶¹.

Quantunque l'accordo amministrativo sfugga alla logica sinallagmatica nell'ambito della premessa maggiore del sillogismo procedimentale (la sussunzione dei fatti coinvolti alla legge attributiva del potere), quell'interdipendenza tra le prestazioni riemerge con forza all'interno della premessa minore: la valutazione discrezionale degli interessi coinvolti nell'esercizio del potere che si esprime attraverso accordi amministrativi.

Invero, qualora l'esercizio di una pubblica potestà – anziché essere espressione unilaterale di un potere autoritativo – sia affidato a un accordo con il privato nella ricerca del migliore equilibrio tra i contrapposti interessi, in tanto il privato acconsente alla limitazione della propria sfera giuridica (anche oltre ciò che discende inevitabilmente dall'aspetto vincolato del rapporto giuridico, così come conformato dalla legge attributiva di potere) e quindi assume l'obbligo di una prestazione, in quanto a sua volta anche la pubblica amministrazione si impegna a non individuare altre possibili alternative modalità di perseguimento dell'inte-

⁵⁹ A BISCARDI, *Quod Graeci synallagma vocant*, in *Labeo*, XXIX, 1983, 127.

⁶⁰ F. MERUSI, *Sentieri interrotti della legalità*, Bologna, 2007, 31, afferma al proposito che «L'introduzione di interessi privati e di altre amministrazioni nel procedimento e nella contrattazione ha reso più conoscibile quello che nella decisione amministrativa appariva più misterioso, la discrezionalità, non sostituito la regola alla quale la decisione deve riferirsi».

⁶¹ Com'è noto, sull'interpretazione dell'art. 11 si confrontano due contrapposte teoriche. Tra i tanti: sostiene la tesi contrattuale e privatistica degli accordi G. MANFREDI, *Accordi e azione amministrativa*, Torino, 2001; sul fronte opposto, G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, cit., invece, la esclude. A mio avviso, è da escludere la natura sinallagmatica dell'accordo amministrativo: al riguardo, si rinvia a M. GIAVAZZI, *Il difetto funzionale della causa e la (ir)risolubilità degli accordi amministrativi*, in *Dir. econ.*, 2011, 268 ss.

resse pubblico, che pure la legge le consentirebbe di percorrere all'esito di una sua valutazione discrezionale.

In quest'ambito – quello della valutazione discrezionale degli interessi coinvolti –, dunque, il rapporto tra il privato titolare di un interesse legittimo e la pubblica amministrazione tributaria di una pubblica potestà si conforma a una logica sinallagmatica. E, in effetti, si è rintracciato nel rapporto amministrativo un vero e proprio sinallagma, che mette in relazione il perseguimento dell'interesse pubblico con il sacrificio imposto alla sfera privata⁶²: la «legge del minimo mezzo», così come definita da Cammeo⁶³. Si tratta, però, per quanto sopra esposto, di un sinallagma claudicante, perché solo con il sostegno delle situazioni giuridiche soggettive definite direttamente dalla legge attributiva di potere si completa la causa dell'accordo amministrativo.

Come dinanzi accennato, l'interpretazione delle clausole generali (com'è il principio di proporzionalità) non impinge sulla discrezionalità amministrativa, ma discende direttamente dal vigore della norma, per quanto vaga nel suo contenuto; sicché, la logica sinallagmatica non coinvolge l'individuazione del grado di sacrificio della sfera giuridica del privato, che è direttamente definito dalla norma attraverso la clausola generale di proporzionalità, che l'interprete dovrà integrare con la propria valutazione, bensì la sintesi tra gli interessi coinvolti sulla base di valutazione di carattere politico.

Ciò risponde non solo a un problema di astratta dogmatica giuridica, ma è foriero di notevoli conseguenze pratiche nell'applicazione dei rimedi sinallagmatici ai contratti pubblici, giusta il disposto dell'art. 11 della legge n. 241/1990, e finanche nel privare di causa gli obblighi che il privato volontariamente (ma nella costrizione dell'esercizio altrimenti autoritativo di un potere) assume per soddisfare le richieste della pubblica amministrazione, quantunque esorbitanti da ciò che la legge attributiva del potere le consentirebbe di esigere. In simili casi, infatti, sarebbe violato il precetto dell'art. 23 della Costituzione, che dispone che nessuna prestazione patrimoniale può essere imposta (ma nemmeno volontariamente eseguita dal privato con coercizione di un potere pubblico) se non in forza di una legge⁶⁴.

⁶² G. BOTTINO, *Equità e discrezionalità amministrativa*, cit., 46, afferma che «L'impressione è così quella di trovarci di fronte ad un vero e proprio sinallagma che non pone – come avviene nel diritto privato – sullo stesso piano le differenti posizioni contrattuali in essere semplicemente perché esse, per l'esplicita sovraordinazione riconosciuta alla Pubblica Amministrazione non sono per l'appunto sullo stesso piano. Ma che mette pur sempre in rapporto il perseguimento dell'interesse pubblico con il sacrificio imposto alla sfera privata».

⁶³ F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1914, 337, sostiene che «Il criterio generale d'equità che deve presiedere all'esercizio dei poteri discrezionali nel campo del diritto pubblico ... è la legge del minimo mezzo, raggiungere il massimo utile dell'amministrazione col minimo sacrificio dei cittadini».

⁶⁴ In questo senso, è interessante T.A.R. Lombardia-Brescia, sentenza 14/7/2010, n. 4026, ove si è affermata la nullità di un accordo amministrativo, sull'assunto che «Una volta acclarato che non vi è alcuna legge che consente di richiedere al privato il concorso all'approntamento di infrastrutture, in relazione a un edificio che ha già assolto il contributo agli oneri di urbanizzazione in sede di rilascio del permesso di costruire, non

5. La discrezionalità amministrativa, l'autonomia negoziale e la buona fede.

Ancorché molto si sia scritto in argomento, per quanto ora d'interesse, a definire il concetto di discrezionalità è sufficiente il richiamo al sempre attuale insegnamento di Giannini nella sua fondamentale opera sul tema, che ebbe appunto ad assegnare al potere discrezionale la seguente definizione: «il potere di apprezzare in un margine determinato l'opportunità di soluzioni possibili rispetto alla norma amministrativa da attuare»⁶⁵. Sempre secondo la teorica gianninea, analiticamente, la discrezionalità è «un potere [che] spazia in un margine libero limitato positivamente; dà luogo per certi aspetti a una determinazione di categorie non precise disposte dalla legge; per certi altri aspetti è una scelta (potere di volere); contiene un apprezzamento di opportunità, indirettamente attraverso l'atto e l'attività; contempla il pubblico interesse, ove si riferisca al soggetto»⁶⁶.

Sicché, il potere discrezionale è espressione di una libertà di disposizione, che si esprime nondimeno in un'attività che non è, per definizione, libera. L'apparente ossimoro di un potere di libera disposizione che si esprime invece attraverso un'attività che non è libera si spiega con il principio di legalità dell'azione amministrativa, che conforma l'attività dei pubblici poteri al perseguimento di un fine pubblico specifico individuato dalla legge attributiva del potere⁶⁷. La pubblica amministrazione non può, infatti, autonomamente individuare i fini da perseguire, ma può solo discrezionalmente scegliere le modalità attraverso cui perseguire quei fini eterodeterminati.

vi è, quindi, spazio per una diversa scelta di autonomia negoziale delle parti coinvolte nell'accordo amministrativo». Questo in coerenza con l'affermazione giurisprudenziale secondo cui «Gli accordi integrativi del contenuto discrezionale di provvedimenti non sono negozi di diritto privato, bensì contratti ad oggetto pubblico, per la conclusione dei quali l'amministrazione, diversamente dalla parte privata, non esercita alcuna autonomia privata, bensì un potere unilaterale non privatistico» (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza 14/10/2013, n. 5000). Ciò perché: «L'attività comunque amministrativa, oggetto della manifestazione "negoziale", ha connotazione oggettivamente pubblicistica e, quindi, in linea tendenziale, non suscettibile di regolamentazione contrattuale ... Si tratta dell'esercizio di un potere precettivo non più espressione di mera autorità, ma pur sempre funzionalizzato (al perseguimento dell'interesse pubblico), vincolato e non libero» (cfr. T.A.R. Puglia, Bari, Sez. I, sentenza 4/1/2013, n. 899). Invero, «L'attività amministrativa, anche quando comporta – segnatamente nella fase di pianificazione e programmazione – un consistente margine di autonomia nella specificazione dei fini e nella prefigurazione degli strumenti, rimane pur sempre soggetta in primo luogo alla legge, nonché agli altri parametri indicati dall'art. 11 l. n. 241 del 1990 e – più a monte – dalle previsioni costituzionali, i quali riflettono esigenze di giustizia coesenziali alla funzione amministrativa. Ne consegue, con particolare riferimento al principio di legalità e alle sue implicazioni, che l'Amministrazione opera nell'esercizio di poteri previsti dalla legge e con strumenti parimenti dotati di copertura legislativa; pertanto, non è sufficiente che il fine perseguito sia legittimo, perché è necessario che lo siano anche gli strumenti impiegati» (cfr. T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, sentenza 4/2/2010, n. 1524).

⁶⁵ M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della Pubblica Amministrazione*, cit., 52.

⁶⁶ *Op. cit.*, 51.

⁶⁷ *Op. cit.*, 13.

In ragione di ciò, essendo appunto l'attività discrezionale della pubblica amministrazione libera, ma in un ambito limitato dal legislatore, non si può assimilare la discrezionalità amministrativa all'autonomia negoziale: solo l'attività privata è esercizio di un potere discrezionale assolutamente libero, anche nell'individuazione dei fini per cui esercitare quel potere di libera disposizione; di contro, la discrezionalità è una «sfera di disposizione (libertà) limitata positivamente»⁶⁸.

Sicché, nel diritto pubblico, non esistono atti discrezionali, ma solo un potere discrezionale; nel senso che, ogniqualvolta vi sia esercizio di una funzione, l'atto discrezionale come atto assolutamente libero non esiste⁶⁹.

Invero, a differenza di ciò che accade nel diritto privato, ove i confini dell'agire libero sono definitivi in negativo dal principio del *neminem laedere*, nel diritto pubblico quei limiti sono definiti in positivo dalla legge attributiva del potere.

Nell'insegnamento di Giannini, essenziale ai nostri fini è il richiamo alle «categorie non precise disposte dalla legge», ovvero alle clausole generali (tra cui, appunto, quelle di proporzionalità e di buona fede), che, quantunque principi d'integrazione della normativa sull'esercizio del potere, non attengono nondimeno al potere discrezionale vero e proprio⁷⁰.

Diversa la conclusione cui giunge Benvenuti, che, partendo dalla constatazione che «tra discrezionalità e interpretazione non ci fossero differenze sostanziali, bensì piuttosto solo “di misura”...»⁷¹, sull'assunto che la discrezionalità dovesse quindi essere inquadrata nell'ambito della problematica interpretativa⁷², giunge a coinvolgere nella discrezionalità anche l'interpretazione di norme vaghe e intenzionalmente imprecise⁷³: sicché non si può «distinguere tra fattispecie imprecise e valutazioni di opportunità, le une e le altre costituendo un unico concetto di discrezionalità amministrativa in sé indistinguibile»⁷⁴. Ma ciò solo perché egli ripudia la contrapposizione tra l'attività discrezionale e quella vincolata, preferendo parlare di «momenti vincolati all'interno della discrezionalità»⁷⁵,

⁶⁸ *Op. cit.*, 27.

⁶⁹ *Op. cit.*, 169.

⁷⁰ Sulla basilare differenza, si veda il contributo di F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, cit., 4.

⁷¹ L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, 1986, 252.

⁷² *Op. ult. cit.*, 255.

⁷³ *Op. ult. cit.*, 318.

⁷⁴ *Op. ult. cit.*, 321.

⁷⁵ *Op. ult. cit.*, 326. Il concetto è poi sintetizzato da L. BENVENUTI in uno scritto più recente (*Interpretazione e dogmatica nel diritto amministrativo*, cit., 81), ove egli appunto afferma che «vano sarebbe contrapporre “in astratto” discrezionalità e vincolatezza, essendo preferibile una nozione allargata della prima, tutt'al più supponendo la presenza di singoli profili di vincolatezza riscontrabili in occasione delle singole operazioni interpretative».

all'interno dei quali, appunto, ricomprende i casi in cui la pubblica amministrazione svolge una concretizzazione delle disposizioni imprecise⁷⁶.

Per ciò che ora direttamente interessa (l'individuazione del rapporto tra la discrezionalità amministrativa e il principio di buona fede a regolare l'adempimento degli obblighi discendenti da contratto pubblico), non è, dunque, necessario prendere posizione sulla questione dell'essere volitiva o intellettuale la discrezionalità. Ai nostri fini, è sufficiente l'apprezzamento del fatto che, anche nelle teoriche che assegnano alla discrezionalità il valore di una manifestazione di volontà, vi è comunque la categoria della c.d. *gebundenes Ermessen*, ossia quella discrezionalità vincolata emergente ogni qual volta il legislatore consente all'agente una sola scelta, individuata però mediante il riferimento nominale a una determinata classe di eventi⁷⁷: le clausole generali, per l'appunto.

Sicché, quella scelta (d'integrazione valutativa della clausola generale) non costituisce mai atto di libera disposizione.

In effetti, ogniqualvolta all'autorità sia semplicemente affidato l'esercizio di un'attività intellettuale volta a precisare una norma vaga non vi è discrezionalità (insindacabile), bensì apprezzamento vincolato suscettibile di sindacato giurisdizionale.

Altro rispetto alle clausole generali sono i concetti non giuridici indeterminati, riguardo ai quali v'è, davvero, una scelta discrezionale della pubblica amministrazione nell'integrazione del precetto, essendo in questo diverso caso astrattamente possibile la sussunzione nella norma non di un solo fatto ma di una pluralità di fatti⁷⁸.

In ragione di ciò, è da escludere che vi sia discrezionalità nella determinazione concreta di concetti vaghi (nell'individuazione dello *standard* valutativo)

⁷⁶ *Op. ult. cit.*, 321.

⁷⁷ R. LAUN, *Pouvoir discrétionnaire*, in *A.l.i.d.*, 1935, 26, «*La caractéristiques du pouvoir lie par la loi (gebundenes Ermessen), c'est, par suite, que de tous les ordres qui, au premier abord peuvent être contenus dans le texte de la loi, un seul de lege lata, peut en droit être conforme à la loi, à savoir celui qui répond le mieux au but ou au rapport des buts de l'ordre catégorique de la loi*», riportato in M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della Pubblica Amministrazione*, cit., I, nota n. 25. A tal proposito, S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità*, cit., 342, sostiene che la teorica della *gebundenes Ermessen* sarebbe un paradosso, perché vi sarebbe un «rapporto di necessità e reciproca elusione fra discrezionalità e vincoli, ove il rispetto dei secondi fonda evidentemente un regime di legalità»; ma poi suggerisce di superare la denuncia contraddizione sostituendo il termine ponderazione (vincolata) a discrezionalità. Ciò che appunto (la ponderazione) attiene al meccanismo dell'integrazione valutativa di una clausola generale.

⁷⁸ F. MERUSI, *op. ult. cit.*, 220; L.R. PERFETTI, *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, in *Diritto Amministrativo*, 2013, 309, ove si legge: «... sia che si consideri la discrezionalità quale ponderazione degli interessi in concreto alla luce di quello pubblico, sia che la si configuri come interpretazione delle norme, a fronte dell'indeterminatezza (anche limitata) della disposizione, la discrezionalità risiederebbe nell'integrazione del precetto».

richiamati dalla legge a definire la fattispecie normativa: qual è, appunto, quello di buona fede⁷⁹.

Non vi è in simile vicenda alcuna valutazione di tipo politico, che costituisce, invece, l'intima essenza, il tratto caratterizzante, della discrezionalità amministrativa.

Ciò in stretta analogia a quanto è per la c.d. discrezionalità tecnica⁸⁰, che, appunto, non è discrezionalità in senso proprio (almeno nella tesi prevalente), ma semplice attività intellettuale necessaria a definire un concetto che la norma definisce in modo vago con il rinvio a discipline non giuridiche⁸¹.

6. Il principio di proporzionalità e la discrezionalità amministrativa.

A definire il principio di proporzionalità è sufficiente il richiamo alla più autorevole dottrina, alla quale si deve probabilmente il maggiore impulso all'elaborazione giurisprudenziale del principio di proporzionalità nella nostra dogmatica giuridica⁸²: il principio di proporzionalità si definisce attraverso tre diversi costituenti: l'idoneità (*Geeignetheit*), la necessità (*Erforderlichkeit*) e la proporzionalità in senso stretto (*Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne*). Sicché, sull'abbrivo della teorica germanica, il giudizio di proporzionalità passa attraverso la verifica in concreto (i) della capacità del mezzo a favorire la realizzazione del fine prefissato (*Geeignetheit*), (ii) dell'impossibilità di raggiungere quel fine con altro mezzo meno gravoso (*Erforderlichkeit*) e (iii) della non eccessiva onerosità del mezzo rispetto al risultato che s'intende con esso ottenere (*Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne*).

⁷⁹ M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della Pubblica Amministrazione*, cit., 36 e 70, ove appunto si legge con riferimento alla buona fede: «... la legge in questi casi stabilisce il *nomen* di un concetto, senza determinarne i caratteri sostanziali, oppure determinandoli in modo molto generico ... per quanto laboriosa sia l'applicazione di questi criteri, discrezionalità non vi è, mancando l'opportunità, la libertà limitata positivamente, l'atto di volontà, ecc.».

⁸⁰ D. DE PRETIS, in *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, op. cit., 293, evidenzia come la discrezionalità tecnica sia paradigmatica di un più ampio fenomeno ricorrente nell'attività amministrativa (teorizzato dalla dottrina tedesca del *Beurteilungsspielraum* e della *Vertretbarkeit*), intermedio tra l'attività vincolata e quella discrezionale, da quest'ultima distinguendosi perché la pubblica amministrazione è qui chiamata a scegliere tra più possibilità tutte ugualmente sussumibili nella fattispecie normativa ma, «in questo caso, né l'oggetto della scelta, né il parametro in relazione alla quale essa deve essere compiuta sono (almeno direttamente) condizionati dalla valutazione dell'interesse pubblico concreto, visto nella sua relazione con l'insieme degli interessi in gioco, come accade nella scelta discrezionale».

⁸¹ F. CINTIOLI, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato*, Milano, 2005, 268, sostiene al proposito della discrezionalità tecnica che «Dato che la legge non riesce a raggiungere né un livello di specificità né di chiarezza tale da risolvere il conflitto, all'amministrazione è devoluto un compito di integrazione. Esso deve svolgersi secondo il canone di ragionevolezza, ma deve anche esser sindacato secondo il parametro della ragionevolezza».

⁸² D. U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, cit., 15; S. COGNETTI, *Principio di Proporzionalità*, cit., 224 ss.

Didascalicamente: «*Polizei soll nicht mit Kanonen auf Spatzen Schießen*»⁸³; giacché «*The principle of proportionality prohibits the use of a steam hammer to crack a nut if a nutcracker would do it*»⁸⁴.

Se non vi è oramai più discussione sul contenuto del principio, ben differente è la sorte del dibattito sulla sua natura: se cioè esso attenga al profilo discrezionale della scelta amministrativa⁸⁵; o piuttosto alla legalità amministrativa⁸⁶.

Ciò che, intuitivamente, coinvolge direttamente il tema della latitudine del controllo giurisdizionale degli atti adottati in violazione di quel principio.

Si è, da ultimo, suggerita una soluzione intermedia: l'idoneità e la necessità coinvolgerebbero tendenzialmente l'esercizio della discrezionalità tecnica, mentre la proporzionalità in senso stretto impingerebbe sulla discrezionalità pura, perché comporterebbe una ponderazione tra interessi⁸⁷. Ciò sull'assunto che l'applicazione di concetti giuridici indeterminati comporti l'insolubile commistione tra la sussunzione del fatto alla norma e la ponderazione degli interessi concorrenti⁸⁸; tale da realizzare un sistema ortogonale formato dall'intersecarsi delle due prospettive: quella verticale della sussunzione e quella orizzontale della ponderazione⁸⁹.

Ma, una volta che si riconduca la proporzionalità tra le clausole generali⁹⁰, la natura del giudizio dell'interprete sfugge, in tutta la sua latitudine, alla discrezionalità amministrativa, perché si tratta – per quanto sopra scritto⁹¹ – d'interpretare una norma, quantunque di vago contenuto⁹².

Invero, ai fini che qui interessano, è probabilmente più corretto individuare nel sillogismo della discrezionalità, due momenti logici tra loro distinti⁹³. Vi

⁸³ V. F. FLEINER, *Institutionen der Deutschen Verwaltungsrechts*, Tübingen, 1928, 404.

⁸⁴ LORD DIPLOCK, in R. v. Goldstein, 1983, WLR, 151, par. 155.

⁸⁵ V. F. FLEINER, *Institutionen der Deutschen Verwaltungsrechts*, cit., 258.

⁸⁶ W. JELLINEK, *Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung*, Tübingen, 1913, 77 ss.

⁸⁷ S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità*, cit., 225.

⁸⁸ *Op. ult. cit.*, 306.

⁸⁹ *Op. ult. cit.*, 70.

⁹⁰ *Op. ult. cit.*, 211, ove si legge che «... proporzionalità, ragionevolezza e buona fede non sono standard, ma concetti qualificabili come clausole generali da riempire. La loro concretizzazione è operata con la scelta e/o con l'applicazione di standard, senza i quali non sarebbe possibile rendere operativo nessuno di quei valori e di quei principi che, anch'essi a loro volta, non costituiscono standard, ma clausole generali determinabili in base a standard».

⁹¹ *Cfr. supra sub 3.*

⁹² S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità*, cit., 336, che pure sostiene che parte del giudizio di proporzionalità impinge sulla discrezionalità pura, afferma però che la dinamica del procedimento «segue le due linee ortogonali della proporzione: non solo quella orizzontale della comparazione, del confronto e del bilanciamento fra interessi e principi che li sottendono, ma anche la linea verticale della relazione tra norma e fatto o, in un'ottica affine, l'ipotesi del secondo rispetto alla prima, specie riguardo al nesso fra mezzo e fine in ottemperanza ai tre tradizionali test della proporzionalità elaborati nell'esperienza tedesca ...», in tal modo confermando che la proporzionalità attiene alla sussunzione e non alla comparazione.

⁹³ D. DE PRETIS, in *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, *op. cit.*, 248 afferma che «nel fenomeno della procedimentalizzazione dell'attività amministrativa [vi è] la necessità di operare una corretta

è, infatti, in primo luogo, da valutare comparativamente – per qualità e quantità – gli interessi pubblici e privati che l'esercizio della funzione attribuisce alla cura della pubblica amministrazione, molto spesso imputandoli a soggetti differenti secondo l'ordinario riparto di competenze tra organi finanche inseriti in enti autonomi⁹⁴. Ciò che costituisce il *proprium* della discrezionalità amministrativa: il giudizio di opportunità politica; come tale insindacabile dell'autorità giudiziaria. Dipoi, una volta stabilito il valore relativo degli interessi pubblici e privati coinvolti nell'esercizio del potere, e quindi valutato secondo motivi di opportunità politica in quale misura soddisfare i vari interessi affidati alla cura della pubblica amministrazione, vi è da individuare come realizzare quella sintesi politica degli interessi concorrenti, con il minore sacrificio della sfera giuridica del privato che subisce i negativi effetti dell'esercizio della pubblica potestà. Ciò che attiene, appunto, al vaglio della proporzionalità della scelta amministrativa, che si esprime in un giudizio (in un momento cognitivo e non volitivo), che esula, in effetti, dalla discrezionalità amministrativa⁹⁵.

In altre parole, non può confondersi il mezzo con il fine⁹⁶: la discrezionalità amministrativa attiene, invero, al fine, perché la sua individuazione si realizza in

qualificazione di ciascun segmento dell'attività endoprocedimentale, al fine di distinguere l'ambito di ciò che è davvero discrezionale (di ciò che dunque attiene alla selezione e alla valutazione comparativa degli interessi), da quello di ciò che non lo è (come l'attività di accertamento della situazione di corrispondenza della fattispecie concreta alla fattispecie astratta ...), e specialmente ... di evidenziare all'interno di quest'ultimo ambito eventuali attività ... che comportino interventi soggettivi qualificati in senso valutativo».

⁹⁴ M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, cit., 77, ove si legge: «... poiché un determinato interesse pubblico non esiste mai isolato nel mondo sociale, assegnano la cura di quest'interesse a un organo, gli si deve allora permettere anche di tener conto di altri interessi che con quello concorrono o che a quello accedono. Di qui la necessità della discrezionalità»; R. VILLATA, *L'atto amministrativo*, in AA.VV. *Diritto amministrativo*, Bologna, 2005, I, 774, riassume la dogmatica prevalente con l'affermazione che «la discrezionalità di traduce in una scelta guidata dalla ponderazione dell'interesse primario con gli altri interessi rilevanti [e] la ponderazione non si limita soltanto agli interessi pubblici, ma si estende anche a quelli privati, la cui acquisizione e valutazione può risultare dunque necessaria per un corretto esercizio del potere».

⁹⁵ S. COGNETTI, *Clausole generali nel diritto amministrativo. Principi di ragionevolezza e di proporzionalità*, cit., 1208, sostiene, invece, che «A livello generale è pacifico che i primi due [test] della proporzionalità, vale a dire l'idoneità e la necessità, riguardano la ... discrezionalità tecnica ... Ed è altrettanto pacifico che il terzo test, vale a dire la proporzionalità in senso stretto, riguarda invece la competenza politico amministrativa dell'autorità pubblica (che costituisce il naturale esercizio di discrezionalità pura) nel ponderare e nel bilanciare l'interesse pubblico con gli interessi degli amministrati». Ma così non è: si tratta – nella verifica di tutti e tre i test – pur sempre della medesima operazione interpretativa (la c.d. integrazione valutativa) di una clausola generale, e nei tre passaggi logici attraverso cui si perviene alla concretizzazione di un principio vago (quale quello di proporzionalità) si può semmai distinguere l'ambito (più o meno ampio) di discrezionalità interpretativa, ma non già assegnare una differente natura a quella discrezionalità. Così come non è dato distinguere, nell'interpretazione di una clausola generale tra sussunzione e bilanciamento degli interessi, perché – come si è dinanzi visto – ciò che costituisce il *proprium* della c.d. integrazione valutativa di una clausola generale è il bilanciamento d'interessi; che non opera, quindi, all'esterno della sussunzione; bensì costituisce il peculiare modo in cui essa opera nel caso di una norma di contenuto intenzionalmente vago.

⁹⁶ Illuminante, al proposito è il pensiero di G. D. ROMAGNOSI, in *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1814 (così come riportato in F. MERUSI, *Ragionevolezza e discrezionalità amministrativa*, cit., 34), ove, appunto, si legge che «La regola direttrice dell'amministrazione in questo conflitto [col privato] si è «far preva-

concreto attraverso la corretta sintesi degli interessi pubblici e privati concorrenti; mentre la proporzionalità impinge sul rapporto tra quel fine e il mezzo con cui s'intende perseguirlo. Ciò, ovviamente, a condizione di «avere il supporto di una valorizzazione e di una implementazione della sistematica ortogonale dei rapporti di proporzione idonea a separare – individuandone i rispettivi punti di intreccio e di interconnessione – il momento verticale della conoscenza che qualifica il rapporto tra norma e fatto, da quello orizzontale della volontà che caratterizza invece il confronto e il bilanciamento fra interessi, fra valori, fra principi»⁹⁷.

Si tratta, in effetti, di operare un giudizio (sul quale il giudice ha senz'altro capacità di *ius dicere*), che concorre all'integrazione (si parla, al proposito, di «integrazione valutativa»⁹⁸) di una norma a struttura aperta: una clausola generale, appunto.

Invero, si ha discrezionalità amministrativa solo rispetto alla scelta operata tra più misure, che incidano tutte allo stesso modo sulla sfera giuridica del privato, che siano perciò perfettamente equivalenti tra loro⁹⁹.

Dunque, quale che sia la soluzione al delineato dubbio dogmatico sulla sua natura, certo è che il principio di proporzionalità, anche a intenderlo quale problema interno alla discrezionalità amministrativa, si colloca all'esterno della scelta di merito.

Secondo la più autorevole tradizione, «L'esercizio del potere discrezionale è, insieme giudizio, come fissazione del valore comparativo degli interessi, e volontà, come scelta della soluzione imposta da tale valutazione»¹⁰⁰; e il principio di proporzionalità, quantunque attinente alla discrezionalità, è estraneo a entrambi i profili della scelta politica, assumendo il ruolo di una invariante nel sinallagma della discrezionalità¹⁰¹.

lere la cosa pubblica alla privata entro i limiti della vera necessità". Lo che è sinonimo di "far prevalere la cosa pubblica alla privata col minimo possibile sacrificio della privata proprietà e libertà". Qui la prevalenza della cosa pubblica alla privata non colpisce il fino o l'"effetto", ma il semplice "mezzo" ...». Come ebbe poi a dire F. MERUSI, *op. ult. cit.*, 43, «Il principio di proporzionalità è un principio correlato, la proporzione attiene al rapporto potere-diritti, al mezzo, come diceva Romagnosi, per incidere sul diritto».

⁹⁷ S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità*, cit., 309.

⁹⁸ V. VELLUZZI, *Osservazioni sulla semantica delle clausole generali*, in *Etica & Politica*, Vol. VII, n. 1, 2006, 2, ove, appunto, si legge che «Qualsiasi cosa siano le clausole generali, qualunque sia il loro tratto semantico particolare, giurisprudenza e dottrina sono concordi nel sostenere che la determinazione del significato delle clausole generali richiede un'integrazione valutativa e che essa avviene attraverso una delega che la stessa formulazione della clausola generale accorda all'interprete».

⁹⁹ In questo senso è sintetizzato il pensiero della dottrina tedesca sul carattere sostanzialmente esegetico del principio di proporzionalità in D. U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, cit., 52.

¹⁰⁰ M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, cit., 166.

¹⁰¹ L.R. PERFETTI, *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, cit., 309, sostiene che l'esercizio della discrezionalità amministrativa è affidato «all'ordine giuridico della società, inteso quale espressione della sovranità assegnata al popolo e della garanzia, nel perimetro dell'esercizio della sovranità, dei diritti inviolabili e dei doveri irrinunciabili delle persone».

Invero, il principio di proporzionalità è il tratto di congiunzione tra eguaglianza e libertà: perché consente di somministrare, secondo trasparenti criteri di equivalenza, il medesimo grado di sacrificio della sfera di libertà dei singoli dalle intrusioni della pubblica amministrazione¹⁰².

Sicché, non vi è modo di modificare quell'equilibrio (tra esigenze della pubblica amministrazione e tutela della sfera di libertà del singolo) secondo ragioni di opportunità politica, senza violare i diritti fondamentali dei cittadini e l'assetto costituzionale del nostro ordinamento.

La violazione del principio di proporzionalità conduce, quindi, all'emersione di un vizio di legittimità.

Difatti, «... il legislatore non cura interessi, ma ne disciplina preventivamente il possibile urto»¹⁰³: ciò che, appunto, è chiamato a regolare proprio il principio di proporzionalità, correttamente inteso quale gradiente del potere autoritativo. Sicché, in questi casi, la P.A., nell'interpretare una norma dal vago significato, non è chiamata a soddisfare un interesse pubblico, bensì a garantire situazioni giuridiche soggettive private, in tal modo elidendo la differenziazione funzionale tra amministrazione e giurisdizione.

7. *La discrezionalità amministrativa e la causa.*

La causa del contratto è da sempre un tema assai dibattuto: così da descriverlo come un «oggetto vago e misterioso»¹⁰⁴. È a Betti che si deve la formulazione compiuta della teoria oggettiva della causa, quale «funzione sociale dell'intero negozio», che tanto successo ha avuto in giurisprudenza¹⁰⁵. Ma è dalla definizione di causa in concreto quale «sintesi degli interessi reali»¹⁰⁶, così come analiticamente descritta da Sacco, che è utile qui avviarsi: «... la causa è l'interesse di colui che assume su di sé un sacrificio ... ossia il mero fine, che la parte ritiene opportuno conseguire»¹⁰⁷. Sicché, il sinallagma dei contratti corrispettivi null'altro è che la rappresentazione di sintesi degli interessi che le parti vogliono perseguire con il negozio giuridico: «Una volta sostituita la visuale atomistica delle due promesse con la visione unitaria del contratto visto nel suo insieme, la somma delle due

¹⁰² D. U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, cit., 65, che si richiama al proposito all'opinione di N. EMILIOU, *The Principle of Proportionality in European Law: a Comparative Study*, London, 1996.

¹⁰³ M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, cit., 106.

¹⁰⁴ F. FERRARA JR., *Teoria dei contratti*, Napoli, 1940, 127.

¹⁰⁵ E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Milano, 1951.

¹⁰⁶ Corte di Cassazione, Sez. III, sentenza 8/5/2006, n. 10490.

¹⁰⁷ R. SACCO, *La causa*, in *Trattato di diritto privato* di P. RESCIGNO, *Obbligazione e contratti*, 10, 1982, 318 e 321.

promesse viene ad essere insieme causa (come somma delle reciproche giustificazioni degli obblighi assunti) e volontà contrattuale»¹⁰⁸.

Non vi è, dunque, differenza ontologica tra la causa dell'atto di diritto privato e quella di una pubblica potestà: in entrambi i casi, essa consiste in una relazione tra il fine e il sacrificio che si assume per il suo perseguimento.

Questa relazione, nell'ambito del diritto pubblico, si definisce ora con il principio di proporzionalità: la misura in cui è lecito imporre al privato un sacrificio della sua sfera giuridica per il perseguimento di un interesse pubblico.

Donde, la conferma, anche per questa via, che la proporzionalità attiene alla premessa maggiore (la sussunzione del fatto alla legge) del sillogismo della discrezionalità amministrativa.

Invero, l'atto di disposizione è qui condizionato (oggettivamente) dal rapporto tra interesse e sacrificio, senza che assumano rilevanza i motivi politici per cui si è inteso perseguire quell'interesse attraverso l'assunzione (o l'imposizione) di un determinato sacrificio.

Siamo, dunque, al di fuori della discrezionalità, che, invece, secondo la dogmatica tradizionale attiene proprio ai motivi dell'atto amministrativo.

Difatti, «il potere discrezionale amministrativo, in quanto contiene una ponderazione di interessi secondari nei confronti di un interesse essenziale, si traduce in una disciplina di elementi teleologici dell'atto, riflettendo i motivi dell'atto stesso»¹⁰⁹. Sicché i motivi, solitamente irrilevanti nell'autonomia privata, divengono invece l'elemento centrale del controllo giurisdizionale sugli atti dei pubblici poteri. E ciò essenzialmente perché una pubblica potestà s'inserisce in una funzione (*munus, officium*): dovendosi esercitare il potere autoritativo non per un interesse proprio di chi agisce, bensì per un interesse altrui o oggettivo.

Ma questo è il tratto unificante tra la discrezionalità amministrativa e quella privata, che si ha quando un soggetto privato agisce negli atti connessi a *munera*: anche in questo caso, infatti, acquistano giuridica rilevanza i motivi dell'atto di disposizione, che devono sempre essere funzionali al perseguimento di uno scopo giuridicamente definito¹¹⁰.

Perciò, la discrezionalità amministrativa è certo concetto differente dall'autonomia privata: essendo – come si è dinanzi scritto – due differenti manifestazioni di libertà (limitata la prima e assoluta la seconda); ma non è escluso che la discrezionalità (che è un elemento necessario dell'attività amministrativa) possa accedere, quale elemento accidentale, anche all'autonomia privata, restringendo

¹⁰⁸ *Op. cit.*, 314.

¹⁰⁹ M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, cit., 148.

¹¹⁰ *Op. cit.*, 119.

la sfera della libertà del soggetto che agisce nel perseguimento d'interessi altrui o oggettivi¹¹¹.

Sicché, la discrezionalità, quale libertà limitata positivamente, non muta la sua intima essenza, ancorché alberghi in atti negoziali di diritto privato. E, *a fortiori*, quando è la pubblica amministrazione ad agire con atti di diritto privato, nelle sue diverse configurazioni: l'attività amministrativa di diritto privato e l'attività privata della pubblica amministrazione¹¹², anche definita come amministrazione pubblica del proprio diritto privato¹¹³.

Invero, per quanto d'interesse, la distinzione non rileva, perché vi è in ogni caso «un insieme di atti di diritto privato, per i quali assume valore giuridico uno scopo di pubblico interesse»¹¹⁴: e, dunque, vi è sempre, comunque, discrezionalità, sia essa di diritto pubblico (attività amministrativa di diritto privato), sia essa accidentale all'autonomia privata della pubblica amministrazione. Donde, l'emersione, sempre, dei motivi quali tratto genetico dell'atto di disposizione.

La distinzione incide, semmai, sulla forma dell'atto: essendo la differenza tra i due tipi di discrezionalità (quella amministrativa e quella privata) la possibilità di soddisfare, nel diritto privato, l'interesse oggettivo anche attraverso atti giuridici innominati; essendo, invece, il diritto pubblico (e, quindi, anche l'attività amministrativa di diritto privato) governato dal principio di legalità e quindi dalla tipicità degli atti amministrativi¹¹⁵.

Sicché, se la discrezionalità appartiene (quantunque quale elemento accidentale) anche all'autonomia privata, a ben vedere, le regole che disciplinano gli accordi amministrativi (che sono in senso lato contratti di diritto pubblico) sono quelle stesse che consentono al giudice civile l'esercizio del sindacato sugli atti di diritto privato dei *munera*.

Una volta che si consenta di perseguire il pubblico interesse attraverso accordi con il privato, non vi è più reale differenza tra discrezionalità amministrativa e discrezionalità nell'atto di autonomia privata: perché, in entrambi i casi, l'agente non ha la disponibilità del fine assegnato, essendo a esso teleologicamente vinco-

¹¹¹ G. SIGISMONDI, *Eccesso di potere e clausole generali*, cit., 251, sostiene una sostanziale equivalenza tra il sindacato sull'esercizio dei poteri privati e quello sui pubblici poteri, perché in entrambi i casi due sono i concorrenti modelli di sindacato: uno segue lo schema del controllo causale che riproduce lo schema dello sviamento di potere; l'altro è svolto in relazione allo standard di comportamento definito da una clausola generale.

¹¹² A. AMORTH, *Osservazioni sui limiti dell'attività amministrativa di diritto privato*, in *Arch. Dir. Publ.*, 1938, 455 ss.

¹¹³ G. ZANOBINI, *L'amministrazione pubblica del diritto privato*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1918, 189 ss.

¹¹⁴ M.S. GIANNINI, *op. cit.*, 124.

¹¹⁵ F. MERUSI, *Sentieri interrotti della legalità*, cit., 31, afferma che «... per ricostruire la decostruzione [del diritto amministrativo] basta rimettere il principio di legalità al suo posto [sicché] l'uso del diritto privato non cambia i termini del problema se si conserva l'effetto tipicizzante del principio di legalità, perché il negozio di diritto privato tipizzato altro non è che un atto amministrativo che ripropone tutte le problematiche dell'atto amministrativo...».

lato dalla legge; ma può liberamente scegliere il tipo di atto che meglio consente di perseguire quel fine.

Dunque, ciò che caratterizza ogni tipo di discrezionalità (pubblica e privata) è l'emersione dei motivi a definire la causa dell'atto di disposizione.

Non si tratta, però, dei motivi illeciti comuni a entrambe le parti (che, eccezionalmente, si coagulano sulla corrispettività delle prestazioni intessendo la trama della causa dell'atto di disposizione di diritto privato); bensì dei motivi che ispirano l'agire di una sola delle parti (la pubblica amministrazione), e che nondimeno, condizionano anche l'atto dispositivo dell'altro patisciente: realizzando l'apparente contraddizione di una causa unilaterale dell'accordo amministrativo.

Ma così non è.

Più semplicemente, nel diritto pubblico, rileva solo la «visuale atomistica» della causa dell'atto di volizione (il rapporto fine/sacrificio); donde la prospettiva unilaterale di quel rapporto, che non è riconducibile al sinallagma di prestazioni corrispettive, quantunque si realizzi su quella causa unilaterale un accordo: non è qui, dunque, possibile sostituire a quella visione unilaterale una visione unitaria del contratto, nella logica della corrispettività¹¹⁶.

L'accordo amministrativo ha, perciò, una causa; ma non è mai corrispettivo¹¹⁷: una prestazione non giustifica l'altra; l'unica prestazione imposta si giustifi-

¹¹⁶ Si legge in G. POLI, *Il problema della sinallagmaticità nell'accordo amministrativo*, cit., nella sintesi degli orientamenti dottrinari dominanti nella prima esegesi dell'art. 11 della legge n. 241/1990 che «la causa dell'accordo pubblicistico coincide con l'interesse pubblico dominante, sicché nessuno spazio di ingresso, nell'economia del contenuto in esso concordato, è lasciato all'interesse privato sottoposto, il quale, nell'ottica causale, rimane relegato nella zona dell'indifferenza giuridica. Quest'ultimo interesse, in altri termini, rimarrà al di fuori della causa, alla stregua di un motivo irrilevante che l'accordo non è diretto a realizzare».

¹¹⁷ Parrebbe di trovare conferma di ciò anche in quanto riferito da ANAC, nella ricostruzione della giurisprudenza formatasi sugli accordi di programma, che sono suscettibili di essere ricondotti, alternativamente, al paradigma degli accordi tra amministrazioni pubbliche di cui all'art. 15 della legge n. 241/1990 o allo schema tipico dei contratti di diritto comune ex art. 1321 c.c., a seconda che, in un caso, l'accordo contenga una disciplina di attività comuni tra enti pubblici finalizzata a garantire l'adempimento di una funzione di servizio pubblico a essi comune, e, nell'altro, componga piuttosto un contrasto d'interessi tra enti su prestazioni deducibili in contratti di appalto pubblico di servizi, con conseguente emersione di un rapporto di corrispettività tra le prestazioni che fa sussumere la fattispecie alla disciplina degli appalti pubblici, quantunque coinvolgente nella veste di operatore economico privato un ente pubblico (cfr. determina ex AVCP del 21/10/2010 e determina ANAC 18/2.2015).

Sul problema del carattere corrispettivo degli accordi amministrativi e sull'estensibilità a essi dei rimedi sinallagmatici, si veda G. POLI, *Il problema della sinallagmaticità nell'accordo amministrativo*, cit., il quale dà ampio conto della dottrina che riconduce, invece, gli accordi surrogatori di provvedimento all'autonomia negoziale della pubblica amministrazione, potendo essa in tal modo disporre del potere discrezionale (l'A. parla al proposito di «avvenuta reificazione del potere, decaduto alla stregua di una cosa materiale») nell'ambito di un rapporto anche corrispettivo. L'acceso confronto dottrinario sul punto è quivi così riassunto: «le opinioni più accreditate oscillano tra quanti hanno ammesso e quanti, per contro, si sono affrettati a negare, l'ingresso dell'interesse pubblico nello schema causale dell'accordo con i privati. Mentre per i primi la cura dell'interesse primario esaurisce la causa dell'atto bilaterale, solo per i secondi residuerebbe uno spazio logico entro il quale alloggiare la causa di scambio, come mutuata dal diritto dei contratti». A risolvere il delineato contrasto, l'A. propone un'originale ricostruzione della causa dell'accordo amministrativo, nel richiamo alla figura civilistica del con-

ca unicamente in ragione dell'interesse pubblico individuato dalla legge attributiva del potere, nella sua relazione con la misura del sacrificio che è lecito imporre alla sfera giuridica del privato: vale a dire il principio di proporzionalità, appunto.

Invero, tra le ipotesi in cui la causa si configura in modo particolare in ragione del fatto che solo una parte affronta sacrifici giuridici, Sacco indica proprio «... la grande latitudine con cui l'interesse pubblico può costituire una "causa" che giustifica le promesse e i contratti degli enti pubblici»¹¹⁸.

8. *La buona fede nel diritto pubblico.*

Merusi, nella sua opera fondamentale¹¹⁹, tratteggia la distinzione «... fra il principio di buona fede, come principio di integrazione della normativa sull'esercizio di potere, e potere discrezionale vero e proprio»¹²⁰, e suggerisce di spostare «l'angolo visuale sulla buona fede non come norma sulla decisione amministrativa, ma anche come norma sul procedimento di elaborazione dell'atto»¹²¹. Ciò che, appunto, consente di evitare l'equivoco di intendere la trasgressione del principio di buona fede quale patologia della discrezionalità amministrativa; essendo piuttosto una violazione di legge: ancorché di una norma che si esprime attraverso clausole generali e non con precetti immediatamente intellegibili dall'interprete, senza alcuna sua personale valutazione.

Da questo si trae autorevole conferma di quanto dinanzi scritto sul fatto che la buona fede opera all'esterno della discrezionalità pura, concorrendo con la legge a definire il perimetro di quella libertà limitata positivamente in cui si è individuata la discrezionalità.

Invero, secondo Giannini il «potere discrezionale ricorre quando la norma imprecisa lascia veramente un "concetto impreciso", un concetto cioè che non

tratto con comunione di scopo, caratterizzato dalla convergenza degli impegni dei patiscanti verso uno scopo unitario e condiviso, trovando in ciò conferma dell'estensibilità dei rimedi sinallagmatici a detti accordi, ancorché nel rispetto delle peculiari modalità – non corrispettive ma di interdipendenza – con cui quivi si atteggia il rapporto tra interesse pubblico e interesse privato.

¹¹⁸ R. SACCO, *La causa*, cit., 318.

¹¹⁹ F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, cit.

¹²⁰ *Op. cit.*, 4; il concetto è poi spiegato a pag. 15, ove si legge che «... la norma integrativa della decisione implica l'esercizio di un potere discrezionale e perciò una ponderazione fra due o più interessi codificati da condursi secondo il principio di ragionevolezza, mentre la buona fede come norma sul procedimento è una norma ad applicazione a e diretta, implicante il vizio di violazione di legge. Se la buona fede si sposta anche sul procedimento, non c'è, in questa sua applicazione, introduzione di nessun nuovo interesse da ponderare nell'esercizio di un potere discrezionale, bensì l'applicazione diretta di una norma non scritta di tipo procedimentale».

¹²¹ *Op. cit.*, 4.

trova regole di completamento ... Non vi è perciò discrezionalità ... nei giudizi ... concernenti la buona fede»¹²².

In questo caso, appunto, non v'è norma imprecisa, un concetto giuridico indeterminato che lascia all'agente di valutare l'opportunità di una sua scelta entro un «margine libero limitato positivamente»¹²³; bensì una clausola generale: quindi, una norma intenzionalmente vaga ma precettiva, suscettibile d'essere integrata dall'interprete attraverso una propria valutazione discrezionale, che tuttavia non è ponderazione degli interessi coinvolti secondo ragioni di opportunità politica, bensì piuttosto soluzione del contrasto tra l'interesse alla soddisfazione della tutela dell'affidamento e l'interesse che suggerirebbe l'emanazione di un nuovo atto assegnando prevalenza a quello poziore¹²⁴.

In altre parole, la conformazione della fattispecie a ciò che la buona fede esige attiene al momento intellettuale e non a quello volitivo dell'esercizio della discrezionalità. Siamo con ciò all'interno dei c.d. apprezzamenti legati (*gebundenes Ermesse*): la legge qui prevede solo una possibilità di scelta, ancorché la individuo poi con una formula lata e generica¹²⁵: quella di buona fede, appunto.

Così che si coniuga l'affermazione che «la buona fede ... è una norma verticale, un principio di integrazione dell'intera gerarchia delle fonti»¹²⁶, con la giurisprudenza unanime che tutela l'affidamento (una delle principali espressioni della buona fede) attraverso una valutazione della razionalità della ponderazione degli interessi al momento della decisione.

Si pensi, al proposito alla giurisprudenza (poi divenuta norma codificata) sull'annullamento d'ufficio: solo inserendo la buona fede all'interno del sillogismo della discrezionalità, si soddisfa l'assioma che «l'obbligo della ponderazione degli interessi risulta spiegabile se la decisione è regolata anche da una norma integrativa del diritto legislativo vigente»¹²⁷. Invero, la tutela dell'affidamento, secondo il principio assoluto di non contraddizione definito dal broccardo *non venire contra factum proprium*, comporterebbe l'automatica tutela del diritto violato; ma la tutela dell'affidamento costituisce solo la premessa maggiore (non l'unica) della valutazione discrezionale, che sintetizza nel sillogismo della discrezionalità anche una premessa minore coinvolgente la ponderazione degli interessi

¹²² M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, cit., 35 e 36.

¹²³ *Op. cit.*, 51.

¹²⁴ F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, cit., 44.

¹²⁵ R. LAUN, *Le pouvoir discrétionnaire*, cit., in M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, cit., nota 25, ove si legge: «La caractéristique du pouvoir lié par la loi (*gebundenes Ermesse*), c'est, par suite, que de tous les ordres qui, au premier abord peuvent être contenus dans le texte de la loi, un seul de lege lata, peut en droit être conforme à la loi, à savoir celui qui répond le mieux au but ou au rapport de buts de l'ordre catégorique de la loi».

¹²⁶ F. MERUSI, *op. ult. cit.*, 7.

¹²⁷ *Op. ult. cit.*, 13.

secondo un'insindacabile valutazione di opportunità politica. Sicché, qui «la buona fede ... si traduce nell'obbligo di prendere in considerazione la situazione di affidamento precedentemente determinata ... e di non violarla se non per motivi comparativamente prevalenti»¹²⁸.

Perciò, si richiama a risolvere la questione interpretativa del canone di buona fede quella stessa ponderazione degli antitetici interessi pubblici e privati, che si esprime attraverso il principio di proporzionalità. Nell'un caso (la proporzionalità), per giustificare l'emanazione di un provvedimento; nell'altro (la buona fede) per impedirla. In entrambi i casi, però, si risolve un contrasto tra sfere giuridiche con una valutazione, che non è giudizio di opportunità politica, bensì discernimento del corretto rapporto tra autorità e libertà: l'invariante del sillogismo della discrezionalità. Ovverosia, l'integrazione valutativa di una clausola generale, che – come si è dinanzi precisato – opera all'esterno del merito della scelta amministrativa, e concorre a delimitare quel margine libero limitato positivamente, ove vi è discrezionalità amministrativa.

Ancorché l'elaborazione dottrinale abbia eletto il principio di buona fede oggettiva a canone fondamentale e strumento conformativo dell'esercizio della pubblica funzione così come definita dalla norma attributiva del potere, la giurisprudenza, che pure richiama sovente il concetto di buona fede anche a disciplinare vicende di diritto amministrativo, nondimeno lo fa spesso senza alcun reale vantaggio nel discernimento della fattispecie¹²⁹: essendo normalmente il canone di buona fede null'altro che l'eco del classico principio di buona amministrazione che presiede all'esercizio discrezionale di una pubblica potestà¹³⁰; o una variante semantica di un indefinito concetto di correttezza¹³¹.

A ragione è divenuta, dunque, principio ispiratore di diverse altre pronunce la statuizione che «... la verifica giurisdizionale dell'osservanza del principio di buona fede non coincide con quella svolta in termini di eccesso di potere (ovvero secondo il paradigma della logicità e ragionevolezza) bensì attiene all'osservanza di una norma (quella di buona fede e correttezza) che si rivolge all'Amministrazione nella relazione con il cittadino»¹³².

¹²⁸ F. MERUSI, *op. ult. cit.*, 46.

¹²⁹ L.R. PERFETTI, *Per una teoria delle clausole generali in relazione all'esercizio dei pubblici poteri. Il problema dell'equità*, cit., 1217, sostiene che «La giurisprudenza amministrativa si riferisce alle clausole generali in modi diversi e, tuttavia, da un punto di vista argomentativo, quasi sempre in via sussidiaria».

¹³⁰ Da qui il richiamo a indefinite «regole di imparzialità, correttezza e buona fede, proporzionalità e ragionevolezza», come si legge in T.A.R. Campania, Napoli, Sez. II, sentenza 1/10/2015.

¹³¹ La «buona fede, intesa in senso etico come requisito della condotta», di cui si legge in T.A.R. Lombardia-Brescia, Sez. II, sentenza 25/6/2013, n. 610.

¹³² T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. I, sentenza n. 291/2013; poi ripreso letteralmente da T.A.R. Lazio, Roma, sentenza 12/5/2015 n. 6855 e da T.A.R. Friuli-Venezia-Giulia, sentenza 13/8/2015, n. 387.

Si tratta di una pronuncia, invero, fondamentale, perché delinea in modo chiaro che la buona fede attiene alla legittimità e non al merito della scelta amministrativa.

Donde, la necessità di distinguere: (i) la soluzione del contrasto fra sopravvenienza e tutela dell'affidamento attraverso la ponderazione degli antitetici interessi pubblici e privati secondo un principio di proporzionalità rovesciata; (ii) la ponderazione dei concorrenti interessi assegnati alla cura della pubblica amministrazione secondo ragioni di opportunità politica. Il tutto, appunto, all'interno del sillogismo della discrezionalità amministrativa.

Come ebbe al proposito a dire Merusi, «il principio di buona fede che regola l'esercizio del potere di annullamento impone all'amministrazione una necessaria ponderazione, regolata dal principio logico di proporzionalità, fra l'interesse dell'amministrazione all'annullamento ... e l'interesse rappresentato dalla situazione di vantaggio generatasi a favore del destinatario dell'atto»¹³³.

9. *La buona fede nei contratti pubblici.*

Ancorché il principio di buona fede operi anche nel diritto privato – con particolare riguardo alla disciplina dei contratti – come clausola generale integrativa della fattispecie, bisogna considerare il diverso ruolo che la buona fede svolge nel diritto amministrativo, e quindi valutare se quest'ontica (ma non ontologica) differenza sia di ostacolo all'estensibilità dell'obbligo di solidarietà sociale – codificato dalla costante interpretazione giurisprudenziale del principio di buona fede negoziale – a disciplinare anche i contratti pubblici. Solo se così non fosse, infatti, si potrebbe predicare il superamento della prospettiva conflittuale del rapporto autorità/libertà nella logica della corallità del diritto amministrativo di nuovo conio e imporre l'esercizio dello *jus poenitendi* anche a vantaggio del privato, ancorché la norma (che, però, deve essere integrata dal principio di buona fede) preveda il suo esercizio solo per «sopravvenuti motivi di interesse pubblico»¹³⁴.

Quanto all'empirica differenza del ruolo svolto dal principio di buona fede nei due differenti ordinamenti, l'osservazione fenomenologica della realtà ci induce al facile rilievo che, con riguardo agli accordi amministrativi, il principio di buona fede svolge nel diritto pubblico un ruolo antinomico rispetto al principio *rebus sic stantibus*. Qui, il principio di buona fede serve, infatti, non già a giustificare la modifica unilateralmente imposta del contratto (che costituisce uno dei *naturalia negotii* degli accordi), bensì a delineare i limiti dell'esercizio di quel-

¹³³ F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, cit., 142.

¹³⁴ Cfr. art. 11, comma 4, della legge n. 241/1990.

la potestà. Paradigmatica, a tal proposito, è la diffusa giurisprudenza sulle convenzioni urbanistiche, che ammette la loro modifica unilaterale, alla condizione che sia giustificata da una corretta ponderazione degli interessi coinvolti, da esternare in motivazione¹³⁵.

La buona fede nel diritto pubblico, in ultima analisi, è chiamata a risolvere il contrasto tra sopravvenienza e tutela dell'affidamento. È, dunque, a presidio del mantenimento dello *status quo ante* e a sostegno del principio *pacta sunt servanda*.

Nei contratti di diritto privato quel medesimo principio di buona fede è, invece, utile a giustificare la modifica dell'originario accordo per definizione normativa immodificabile. Qui, invero, il «... principio della buona fede oggettiva ... costituisce un autonomo dovere giuridico, espressione del generale principio di solidarietà, e presiede alla formazione del contratto, così come alla sua interpretazione ed esecuzione, e consente un intervento giudiziale anche modificativo o integrativo del regolamento pattuito, a garanzia del giusto equilibrio degli interessi»¹³⁶.

Si tratta dunque di un capovolgimento di prospettiva; non di una differenza ontologica.

La verifica empirica di ciò che accade nei due ordinamenti c'induce a rappresentare la clausola generale secondo «... l'*id quod plerumque accidit* nelle applicazioni privatistiche [e pubblicistiche] della buona fede oggettiva»¹³⁷.

Ciò che statisticamente differenzia l'esperienza giurisprudenziale nei due ordinamenti non vale però a snaturare la clausola generale.

Se non si vuole tradurla in un inconsistente *nomen iuris*, la buona fede non può diversamente atteggiarsi a seconda che coinvolga un rapporto paritetico piuttosto che uno autoritativo¹³⁸: in entrambi i casi, si tratta pur sempre di integrare la norma legale con un principio di equità, declinato in concreto nella ponderazione degli interessi coinvolti attraverso un giudizio di proporzionalità tra il vantaggio perseguito dall'agente e il sacrificio imposto alla controparte¹³⁹.

¹³⁵ Consiglio di Stato, Sez. IV, sentenza 14/5/2015, n. 2453.

¹³⁶ Corte di Cassazione, Sez. III, sentenza 18/9/2009, n. 20106.

¹³⁷ F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, cit., 184.

¹³⁸ C.H. ULE, *Zur Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe im Verwaltungsrecht*, cit., ritiene, di contro, che la diversità del sindacato del giudice civile e di quello amministrativo nell'interpretazione del concetto giuridico indeterminato di buona fede si giustifica in ragione del fatto che nelle controversie tra soggetti privati nessuno di loro può imporre il proprio punto di vista in ordine all'interpretazione della clausola generale, mentre il sintagma di buona fede contenuto in una legge amministrativa è interpretato attraverso atti che per loro natura sono destinati a imporre unilateralmente il punto di vista della pubblica amministrazione, e che quindi possono essere censurati dal giudice amministrativo solo se fuoriescono dallo spazio di libera valutazione (*Beurteilungsspielraum*) delimitato dal criterio di sostenibilità (*Vertretbarkeit*) della soluzione da essa scelta.

¹³⁹ F. MERUSI, *Il punto sulla tutela dell'affidamento nel diritto amministrativo*, in *Giur. It.*, 2012, 1196 afferma che «... la giurisprudenza comunitaria, costituzionale e amministrativa dei vari Paesi della Comunità [è] unanim[e] nel tutelare l'affidamento attraverso una valutazione della razionalità della ponderazione degli interessi al momento della decisione di un provvedimento legislativo o amministrativo ... E poiché, allo stato

Questo è il chiaro risultato cui è giunta la migliore dottrina nello studio delle caratteristiche e dei problemi della buona fede nel diritto pubblico; ma a quel medesimo esito è giunta altresì la giurisprudenza civile, ove non è rara l'affermazione di una condotta in violazione al precetto di buona fede oggettiva, nel caso di «una sproporzione ingiustificata tra il beneficio del titolare ed il sacrificio cui è costretta la controparte»¹⁴⁰.

10. Suggestioni di diritto comparato.

Nel diritto tedesco, l'art. 60 della legge sul procedimento amministrativo statuisce espressamente che «Nell'ipotesi di situazioni sopravvenute che mutino in modo rilevante la comparazione di interessi originariamente assunta, la parte pregiudicata potrà chiedere una modificazione dell'accordo al fine di renderlo più rispondente alla nuova situazione...»¹⁴¹.

Analoga disciplina è prevista dall'art. 313 del codice civile, ove appunto si prevede che «... Se le circostanze divenute fondamento del contratto si sono con grave incidenza (*Schwerwiegend*) modificate dopo la conclusione del contratto e le parti non avrebbero concluso il contratto o l'avrebbero concluso con un diverso contenuto se avesse previsto tali mutamenti, può richiedersi l'adeguamento del contratto qualora non possa pretendersi (*Unzumutbar*) che la parte resti vincolata al contratto immodificato, avuto riguardo a tutte le circostanze del singolo caso, ed in particolare alla distribuzione contrattuale o legale del rischio...»¹⁴².

della giurisprudenza dei tre livelli in precedenza descritti, la tutela dell'affidamento sembra realizzarsi attraverso la ponderazione degli interessi, sembra ragionevole ritenere che la spiegazione più convincente sia il richiamo al principio di buona fede oggettiva, operante, in verticale, come principio di integrazione di ogni norma giuridica».

¹⁴⁰ Tribunale di Reggio Emilia, Sez. II, sentenza 16/6/2015, n. 964.

¹⁴¹ Dalla traduzione di D. U. GALETTA, *La legge tedesca sul procedimento amministrativo*, Milano, 2002. Si legge nel § 60 della *Verwaltungsverfahrensgesetz*: «Haben die Verhältnisse, die für die Festsetzung des Vertragsinhalts maßgebend gewesen sind, sich seit Abschluss des Vertrags so wesentlich geändert, dass einer Vertragspartei das Festhalten an der ursprünglichen vertraglichen Regelung nicht zuzumuten ist, so kann diese Vertragspartei eine Anpassung des Vertragsinhalts an die geänderten Verhältnisse verlangen oder, sofern eine Anpassung nicht möglich oder einer Vertragspartei nicht zuzumuten ist, den Vertrag kündigen. Die Behörde kann den Gemeinnutz auch kündigen, um schwere Nachteile für das Gemeinwohl zu verhüten oder zu beseitigen».

¹⁴² La traduzione si legge in P. RESCIGNO, *La codificazione tedesca della Störung der Geschäftsgrundlage*, nel volume collettaneo a cura di G. CLAN, *La riforma dello Schuldrecht tedesco: un modello per il futuro diritto europeo delle obbligazioni e dei contratti?*, Padova, 2004, 10. Si legge nel § 313 BGB: «(1) Haben sich Umstände, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, nach Vertragschluss schwerwiegend verändert und hätten die Parteien den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen, wenn sie diese Veränderung vorausgesehen hätten, so kann Anpassung des Vertrags verlangt werden, soweit einem Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann...».

In entrambi i casi, la norma codifica una regola – la necessità di garantire l'attualità del sinallagma rispetto alle sopravvenienze – integrativa della clausola generale di buona fede.

L'*ubi consistam* della disciplina normativa è, invero, un criterio di equità: da individuarsi nell'equilibrio del rapporto tra sacrificio e fine realizzato. Vale a dire, la corrispettività delle prestazioni: che, nel diritto privato, costituisce la causa del contratto; e, nel diritto pubblico, individua invece il principio di proporzionalità.

A ben vedere, questo criterio di equità altro non è che la clausola generale di buona fede.

11. Considerazioni conclusive.

L'estensione *ex art.* 11 della legge n. 241/1990 dei «principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti» agli atti autoritativi della P.A. sconta il pregiudizio dell'ontologica differenza degli accordi amministrativi (fondati sul principio di legalità dell'azione amministrativa, dello *ius poenitendi* della pubblica amministrazione in una logica di supremazia e della clausola *rebus sic stantibus*) dai contratti di diritto privato (caratterizzati dall'autonomia negoziale, dalla parità dei contraenti e dalla clausola *pacta sunt servanda*).

Non esistono, dunque, veri contratti pubblici, nel senso che non vi sono accordi amministrativi funzionanti in modo analogo ai contratti di diritto privato; quindi, si può parlare di contratti pubblici solo per metafora: ed è in questo senso che a essi ci siamo riferiti.

Ciò nondimeno, si è dimostrato come l'*ubi consistam* della revisione dei contratti per adeguarli alle sopravvenienze sia, in entrambi i casi, il principio di buona fede; essendo la differenza solo la direzione in cui essa normalmente (secondo l'*id quod plerumque accidit*) opera: (i) nel diritto privato, a promuovere la modifica di un accordo altrimenti insensibile alle sopravvenienze; (ii) nel diritto pubblico, a impedire che l'esercizio dello *ius poenitendi* sia in pregiudizio dell'affidamento del privato, quando l'iniziativa della revisione sia assunta dalla pubblica amministrazione, come la legge le consente di fare.

Il richiamo al meccanismo di eterointegrazione di cui all'art. 11 della legge sul procedimento amministrativo (oltreché la sua naturale forza espansiva quale principio che informa la legalità della pubblica amministrazione) impone, però, di utilizzare la clausola generale di buona fede anche nella direzione della revisione degli accordi amministrativi per ristabilire il sinallagma della discrezionalità sovvertito dalle sopravvenienze, quando ad assumere l'iniziativa della rinegoziazione sia il privato.

Nel diritto pubblico, tuttavia, il criterio di equità che sovrintende alla dinamica della rinegoziazione dell'accordo è il principio di proporzionalità amministrativa¹⁴³, e attiene dunque al sinallagma della discrezionalità solo quale momento intellettuale di valutazione vincolata (*gebundenes Ermesse*); non è – come nel diritto privato – un indefinito concetto di equità, dove tutto è indistinguibile: come «la notte in cui tutte le vacche sono nere» di hegeliana memoria¹⁴⁴. La norma attributiva del potere, come integrata dalla clausola generale di buona fede, qui prevede solo una possibilità di scelta, ancorché la individui poi con formule late e generiche¹⁴⁵.

Si tratta, invero, di ristabilire quell'originale sinallagma claudicante, che regge lo speciale rapporto di corrispettività tra l'esercizio di una pubblica funzione e gli obblighi che il privato assume, con un atto che non è comunque di autonomia privata. E quel sinallagma perduto per l'effetto delle sopravvenienze altro non è che il sillogismo della discrezionalità; direttamente influenzato dalla clausola generale di proporzionalità, qui chiamata ad assumere anche la funzione della causa dell'accordo: a valere quale invariante della relazione tra l'obiettivo prefissato e il sacrificio che si assume per il suo perseguimento¹⁴⁶.

¹⁴³ G. FALSITTA, *Diritto, principio di proporzionalità e federalismo nell'opera di Dante Alighieri*, in AA.VV., *Studi in ricordo di Pier Giusto Jaeger*, Milano, 2011, 36, nell'esegesi della definizione di *ius e iustitia* offerta da D. ALIGHIERI in *Monarchia* («*ius est realis et personalis hominis ad hominem proportio quae servata hominum societatem servat et corrupta corrumpit*»), afferma che «Uno dei due capisaldi di questa definizione è nell'idea della proporzionalità dalla quale sgorga l'esplicazione che giustizia significa, allora, trattamento proporzionale alla condizione reale e personale di ciascuno» (l'enfasi è mia).

¹⁴⁴ F. MERUSI, *Ragionevolezza e discrezionalità amministrativa*, cit., quantunque parta dal presupposto che «La razionalità applicata all'esercizio del potere discrezionale non è però soltanto "sfocata", ma anche "selvaggia", cioè con manifestazioni eterogenee che non sempre appaiono riconducibili al linguaggio logico deduttivo...», ivi, 22), afferma poi con riferimento al processo logico che conduce la giurisprudenza tedesca ad applicare il principio di proporzionalità attraverso la logica tripartita (idoneità, necessità e proporzionalità in senso stretto) che «La ricostruzione in positivo dei passaggi logici riduce il carattere "sfocato" della logica *fuzzy* nell'esercizio di un potere discrezionale» (ivi, 41).

¹⁴⁵ R. LAUN, *Le pouvoir discrétionnaire*, cit.

¹⁴⁶ Quanto scritto trova una prima conferma giurisprudenziale in T.A.R. Lombardia-Brescia, sentenza 2/7/2015 n. 916, ove appunto si legge che, ancorché «... il recesso unilaterale [sia] codificato solo per l'amministrazione (v. art. 11, comma 4, della legge n. 241/1990), uno dei profili da approfondire, in relazione alle circostanze del caso concreto, è se l'amministrazione possa consentire il recesso alla controparte (secondo modalità da concordare) quando tale soluzione sia necessaria per salvaguardare lo stesso interesse pubblico oggetto dell'accordo non più realizzabile [e] nel dare risposta a tali quesiti l'amministrazione dispone di ampi margini di discrezionalità tecnica, sia nella ricostruzione della situazione di fatto sia nel giudizio sulle modalità ottimali per il perseguimento dell'interesse pubblico». Basti sostituire al generico concetto di discrezionalità tecnica lo specifico riferimento alla buona fede e alla proporzionalità, che, in effetti, quali clausole generali suscettibili d'interpretazione valutativa, partecipano alla stessa natura del giudizio sulla c.d. discrezionalità tecnica. Invero, M. LIBERTINI, *Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato*, cit., 126 sostiene che «... il tema del controllo giudiziario sulle "clausole generali" richiama – rispettate le debite proporzioni – l'altro tema dell'ampiezza del sindacato di legittimità del giudice amministrativo sui provvedimenti che siano espressione di discrezionalità tecnica». A una differente soluzione, sia pure con riferimento alla particolare ipotesi della richiesta di un «intervento in autotutela dell'amministrazione comunale con riguardo alle determinazioni preliminari alla stipula degli accordi sostitutivi», giunge T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VIII, sentenza 14/3/2011,

Sicché, nella ricorrenza di «situazioni sopravvenute che mutino in modo rilevante la comparazione di interessi originariamente assunta»¹⁴⁷, la rinegoziazione degli accordi costituisce atto dovuto, al pari dell'esercizio originario di una pubblica potestà: non vi è, al proposito, alcun margine di discrezionalità sull'*an*¹⁴⁸.

La concreta revisione dell'accordo sarà poi assegnata alla riedizione del sillogismo della discrezionalità, senza però che la pubblica amministrazione possa modificare la misura del gradiente del potere autoritativo, che opera nella relazione con il privato come una invariante: la clausola generale di proporzionalità, che funge qui da criterio concreto di equità atto a individuare il lato significato del principio di buona fede oggettiva.

Ma questa proporzionalità interrelata a diritti fondamentali dell'individuo attiene, appunto, alla legalità dell'azione amministrativa, sfugge quindi alla logica *fuzzy* dell'esercizio del potere discrezionale¹⁴⁹, ed è dunque pienamente sindacabile dal giudice amministrativo attraverso la ricostruzione completa dell'*iter* logico seguito dalla P.A., perché collegata ad aspettative razionali, in quanto tali predeterminabili¹⁵⁰.

n. 1456, ove si legge: «A fronte di obblighi reciprocamente contratti dalla parte pubblica e dalla parte privata sulla base di accordi sostitutivi ex art. 11 della legge n. 241/1990 regolarmente stipulati, nessuna violazione del principio di buona fede è, pertanto, imputabile al Comune... per non aver inteso modificarne i contenuti su impulso della ditta...».

¹⁴⁷ Nel richiamo al § 60 della *Verwaltungsverfahrensgesetz*.

¹⁴⁸ S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità*, cit., 339, al proposito della recessione totale dell'interesse primario nella ponderazione con gli interessi secondari – ma con argomentazione che può essere qui utilmente estesa a dimostrazione del mio assunto – sostiene che «In ragione dell'asimmetria di questa duplice prospettiva relazionale fra le due categorie [la discrezionalità e la ponderazione] si esclude che la rinuncia al fine prefigurato dalla legge e la conseguente mancata realizzazione dell'interesse primario possano essere configurate come vicende attinenti alla dogmatica e alla sistematica della discrezionalità stessa. Si tratta al contrario di un fenomeno riconducibile all'esito obbligato della ponderazione e del (fallito tentativo di) bilanciamento fra gli interessi innanzi a principi giuridici di tale forza e intensità da travolgere lo stesso vincolo del fine posto dalla norma attributiva del potere... In questa prospettiva l'interesse primario non può che recedere innanzi alla dirompenza di uno o più interessi secondari. Qui si giunge al punto cruciale dal quale trae origine l'equivoco di fondo che induce a configurare tale vicenda in termini di potestà anziché di doverosità. È certo infatti che l'eventuale recesso del fine predeterminato dalla norma non può essere deciso discrezionalmente, ma imposto legalmente da una fonte giuridicamente superiore».

¹⁴⁹ F. MERUSI, *Ragionevolezza e discrezionalità amministrativa*, cit., 22.

¹⁵⁰ C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela*, cit., 330, sostiene che «la circostanza che la clausola generale sia un criterio che consente di conciliare gli interessi in conflitto secondo una misura insuscettibile di determinazione aprioristica, ma destinata a precisarsi di volta in volta, secondo le caratteristiche particolari di ogni singola vicenda... non preclude che essa operi come regola e non lede la certezza del diritto».

*Il principio di proporzionalità rovesciata:
alla ricerca del sinallagma perduto; un pro-
blema di buona fede*

Il sinallagma dei contratti di diritto pubblico si esprime nel principio di proporzionalità dell'azione amministrativa, che ne costituisce l'elemento genetico. Le sopravvenienze che alterano quell'originario equilibrio tra la misura del sacrificio del privato e il grado di soddisfacimento dell'interesse pubblico impongono, secondo il principio di buona fede, alla pubblica amministrazione di acconsentire alla modifica dell'accordo amministrativo, in modo tale da soddisfare il postulato che il rapporto autorità/libertà sia una invariante nella funzione che rappresenta il sillogismo della discrezionalità.

*The Principle of Reversed Proportionality:
in Search of the Lost Synallagma; a Problem
of Good Faith*

In a government agreement, the balance in the parties' contractual rights and obligations is expressed by the principle of proportionality of administrative action, which constitutes its genetic element. The contingencies that alter the original balance between the measure of private sacrifice and the degree of public interest satisfaction require the government – according to the obligation to act in good faith – to agree to the amendment of the administrative arrangement, starting from the premise that the authority/freedom relationship must not be affected by the logic of administrative discretion.

Comitato di direzione

Carlos Botassi	(Università de La Plata - Argentina)
Elio Casetta †	(Università di Torino)
Andrea Comba	(Università di Torino)
Giacinto della Cananea	(Università Tor Vergata - Roma)
Vittorio Gasparini Casari	(Università di Modena e Reggio Emilia)
Daniel Farber	(University of Berkeley)
Guido Greco	(Università Statale - Milano)
Estanislao Garcia Arana	(Università di Granada - Spagna)
Neville Harris	(University of Manchester)
Michel Prieur	(Université de Limoges)

Direttore responsabile

Fabrizio Fracchia	(Università L. Bocconi - Milano)
-------------------	----------------------------------

Comitato scientifico

Laura Ammannati	(Università Statale - Milano)
Sandro Amorosino	(Università La Sapienza - Roma)
Mario Bertolissi	(Università di Padova)
Cristina Campiglio	(Università di Pavia)
Giovanni Cordini	(Università di Pavia)
Marco Dugato	(Università di Bologna)
Denis Galligan	(University of Oxford)
Marco Gestri	(Università di Modena e Reggio Emilia)
Francesco Marani	(Università di Modena e Reggio Emilia)
Anna Marzanati	(Università Bicocca - Milano)
Giuseppe Morbidelli	(Università La Sapienza - Roma)
Fabio Merusi	(Università di Pisa)
Giorgio Pastori	(Università Cattolica Sacro Cuore - Milano)
Giuseppe Pericu	(Università degli Studi di Milano)
Ornella Porchia	(Università di Torino)
Pierluigi Portaluri	(Università di Lecce)
Margherita Ramajoli	(Università degli Studi Milano - Bicocca)
Giuseppe Restuccia	(Università di Messina)
Franco Gaetano Scoca	(Università La Sapienza - Roma)
Antonello Tancredi	(Università di Palermo)

Comitato editoriale

Miriam Allena (pres.)
Giovanni Barozzi Reggiani
Lorenzo Bimbi
Lorenzo Caruccio
Elisabetta Codazzi
Michela Colapinto
Rosamaria Iera
Annalaura Giannelli
Giuseppe La Rosa
Alberto Marcovecchio
Clara Napolitano
Pasquale Pantalone
Michel Petrachi
Francesco Scalia
Scilla Vernile
Alice Villari
Patrizia Vipiana