

Tempo e risultato nei contratti della pubblica amministrazione

di Pasquale La Selva

SOMMARIO: 1. Riformare il settore dei contratti pubblici e ridurre i tempi per semplificare l'attività contrattuale della pubblica amministrazione. – 2. Il tempo della gara e il tempo dell'esecuzione del contratto nella prospettiva del risultato. – 3. La dimensione temporale del principio del risultato: dalla conclusione della gara al completamento dell'opera o del servizio. – 4. Il conseguimento del risultato in tempi ragionevoli è interesse pubblico o un criterio dell'azione amministrativa? – 5. La tempestività della conclusione del contratto oltre le garanzie della forma. – 6. Dalla discrezionalità dell'amministrazione alla discrezionalità del giudice-legislatore: considerazioni conclusive intorno al "problema amministrativo" dinanzi all'assenza di tempo.

1. *Riformare il settore dei contratti pubblici e ridurre i tempi per semplificare l'attività contrattuale della pubblica amministrazione*

L'attività contrattuale della pubblica amministrazione, al pari di qualsiasi attività amministrativa, si muove nelle dimensioni oggettive¹ dello spazio e del tempo², e nondimeno quest'ultimo costituisce, ultimamente, un elemento di carattere preminente nelle riforme della disciplina di settore, in cui ci si propone il dichiarato fine di velocizzare i tempi di realizzazione

¹ Anche nel diritto amministrativo il tempo, come osserva C. TALICE, voce *Termine* (*dir. amm.*), in *Enc. Dir.*, XLIV, Milano, 1992, 221, determina la costituzione, la modificazione e l'estinzione di situazioni giuridiche, rientrando a pieno titolo nella categoria dei "fatti giuridici oggettivi". Già G. ZANOBINI nel suo *Corso di diritto amministrativo*, Vol. I, Milano, 1958, 213-214, collocava il tempo nei "fatti giuridici oggettivi".

² Non sono mancati studi e momenti di approfondimento sul tema. Si veda il Convegno nazionale AIPDA "Lo spazio della pubblica amministrazione. Vecchi territori e nuove frontiere" tenutosi a Napoli il 29 e 30 settembre 2023 e, meno recentemente, il Convegno di studi di Scienza dell'Amministrazione "Tempo, spazio e certezza dell'azione amministrativa", tenutosi a Varenna dal 19 al 21 settembre 2002. In dottrina si rinvia a F. LIGUORI, *Lo spazio della pubblica amministrazione. Vecchi territori e nuove frontiere. Un'introduzione*, in CERIDAP, n. 1/2024; Associazione Italiana dei Professori di Diritto Amministrativo, *Annuario 2023. Lo spazio amministrativo. Vecchi territori e nuove frontiere. Atti del convegno annuale. Napoli. 29-30 settembre 2023*, Napoli, 2024, in corso di pubblicazione; AA.VV., *Tempo, spazio e certezza dell'azione amministrativa*, Atti del XLVIII Convegno di studi di Scienza dell'Amministrazione. Varenna, Villa Monastero, 19-21 settembre 2002, Milano, 2003.

delle opere pubbliche, attrarre investimenti nel Paese e favorire la crescita economica³, che ormai ha assunto anche una connotazione “sostenibile”⁴.

Nel quadro già complesso e frastagliato dei contratti pubblici, soltanto negli ultimi anni si è assistito a numerosi tentativi di riforma con gli obiettivi più disparati, tra cui quello di semplificare la materia⁵ e di accelerare gli investimenti al fine di fissare dei tempi certi per lo svolgimento delle procedure e per la conseguente stipula dei contratti⁶; un fenomeno che denota il carattere frenetico della recente produzione legislativa, principalmente mosso, come è stato osservato, dalla “ossessione per il tempo

³ In tema si veda E. FOLLIERI, *Principi generali (artt. 1-12). Natura del codice dei contratti pubblici. Gli allegati*, in, *Corso sui contratti pubblici riformati dal d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36*, a cura di V. FANTI, Napoli, 2023, 5-6.

⁴ Sul tema si veda F. TRIMARCHI BANFI, *La sostenibilità dello sviluppo economico nel diritto dell'Unione europea*, in *Dir. amm.*, n. 3/2024, 631-650.

⁵ In dottrina c'è chi è ha osservato che le misure di semplificazione nei contratti pubblici richiederebbero uno sforzo maggiore di “delegificazione”. Sul punto M. OCCHIANA, *Il coraggio di semplificare*, in *Dir. econ.*, n. 2/2020, 1-6, il cui titolo evoca il lavoro di E. CASETTA, *La difficoltà di ‘semplificare’*, in *Dir. Amm.*, n. 3-4/1998, 335 e ss., il quale già descriveva le difficoltà di riformare per semplificare. Sulla semplificazione come problema del legislatore, prima che dell'amministrazione, F. MERUSI, *La semplificazione: problema legislativo o amministrativo?*, in *Nuove Autonomie*, n. 3-4/2008, 335-341, ma si veda anche, di recente, M. CLARICH, *Perché è difficile fare riforme della pubblica amministrazione utili all'economia*, in *An. Giur. Econ.*, n. 1/2020, 169-182. Sulle diverse forme della semplificazione normativa, procedurale e organizzativa si veda, da ultimo, F. LIGUORI, *Il problema amministrativo. Aggiornamenti e rimedi*, in F. LIGUORI, *L'azione amministrativa. Argomenti e questioni*, Napoli, 2023, 46-50.

⁶ Soltanto negli ultimi cinque anni sono stati emanati il d.l. n. 32/2019, conv. con l. n. 55/2019, che contiene misure per l'accelerazione degli interventi infrastrutturali, il d.l. n. 76/2020, conv. dalla l. n. 120/2020, che reca misure urgenti per la semplificazione e per l'incentivazione degli investimenti durante il periodo di emergenza sanitaria da Covid-19, il d.l. n. 77/2021, conv. dalla l. n. 108/2021, che contiene disposizioni di attuazione degli obiettivi contenuti nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, di promozione della concorrenza e di semplificazione per l'affidamento e l'esecuzione dei c.d. “contratti pubblici PNRR e PNC” e la l. n. 78/2022 di delega al Governo in materia di contratti pubblici in cui, tra le misure di semplificazione e snellimento delle procedure rileva l'obiettivo, fissato dall'art. 1, comma 2, lett. m), di riduzione e certezza dei tempi relativi alle procedure di gara e alla stipula dei contratti. Secondo S. VERNILE, *Ragionevole durata del procedimento amministrativo e “sorte” dell'atto tardivo*, in *Dir. econ.*, n. 3/2020, il “Decreto Semplificazioni” (d.l. n. 76/2020) pone attenzione ai “tempi” dell'azione amministrativa quale strumento per garantire la certezza dei rapporti e, in materia di contratti pubblici, avverte il “peso” determinante del fattore tempo per la tutela degli interessi privati e, soprattutto, per la cura dell'interesse pubblico.

procedimentale”⁷, ma dal quale trapela un’unica esigenza: fare presto e (provare a) fare bene.

Da ultimo, il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza ha fissato l’obiettivo di riforma abilitante – raggiunto attraverso la riscrittura del Codice dei contratti pubblici con il d.lgs. n. 36/2023 – di semplificare la disciplina in materia di contratti pubblici ponendo quali “misure urgenti”, tra le altre, l’individuazione di un termine massimo per l’aggiudicazione dei contratti, con riduzione dei tempi tra pubblicazione del bando e aggiudicazione, nonché l’individuazione di misure per il contenimento dei tempi di esecuzione del contratto⁸.

L’obiettivo “primario” (o “urgente” per riprendere le parole impiegate nel PNRR) da raggiungere è dunque chiaro: nell’attuale scenario di semplificazioni e liberalizzazioni, in cui la pubblica amministrazione è tenuta a relazionarsi con i mercati e a riconoscere la massima espansione della libera iniziativa economica privata attraverso la promozione del gioco della concorrenza, questa non solo deve essere efficiente per partecipare allo sviluppo economico ma, soprattutto, deve dare certezze temporali ai privati e, conseguentemente, certezza dei rapporti giuridici, prevenendo il fenomeno della c.d. “burocrazia difensiva”⁹ per non creare asimmetrie nel gioco della concorrenza¹⁰ e per riallacciare un rapporto

⁷ Espressione utilizzata da F. FRACCHIA, P. PANTALONE, *La fatica di semplificare: procedimenti a geometria variabile, amministrazione difensiva, contratti pubblici ed esigenze di collaborazione del privato “responsabilizzato”*, in *federalismi.it*, n. 36/2020, 35, i quali, a proposito dei contratti pubblici, evidenziano la chiara intenzione del d.l. n. 76/2020 di imprimere una significativa accelerazione non solo delle procedure di affidamento, ma anche alla stipula del contratto e all’avvio della sua esecuzione (56); in effetti, l’art. 4 del decreto già conteneva modifiche al precedente Codice (d.lgs. n. 50/2016) affinché fosse perseguito “l’interesse ad una sollecita esecuzione del contratto”.

⁸ Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, *Le riforme abilitanti: semplificazione e concorrenza. Semplificazione e razionalizzazione della legislazione*, in cui vi è una sezione sulla *Semplificazione in materia di contratti pubblici*, 69.

⁹ Sul tema della burocrazia difensiva nei contratti pubblici si veda M. CAFAGNO, *Contratti pubblici, responsabilità amministrativa e “burocrazia difensiva”*, in *Dir. econ.*, n. 3/2018, pp. 625-657, spec. 628 ove sottolinea che la disciplina di settore genera ancora molte incertezze che si traducono nella resistenza decisionale dei funzionari. Sul tema, in generale, si rinvia a G. BOTTINO, *La burocrazia difensiva e la responsabilità degli amministratori e dei dipendenti pubblici*, in *An. Giur. Econ.*, n. 1/2020, 117-146; S. BATTINI, F. DECAROLIS, *L’amministrazione si difende*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 1/2019, 293-319.

¹⁰ È il pensiero di F. MERUSI, *La certezza dell’azione amministrativa fra tempo e spazio*, in *Dir. Amm.*, n. 4/2002, 532-533.

di fiducia, quale valore fondante di una economia di mercato¹¹, con gli operatori economici.

Qualche perplessità desta, tuttavia, la modalità di realizzazione di tale obiettivo che, come si proverà a spiegare nelle pagine successive, sembra più che altro preoccuparsi della conclusione rapida dell'azione amministrativa, piuttosto che offrire garanzie di una conclusione certa¹². Il fenomeno rischia di ridurre gli interventi di accelerazione e riduzione dei tempi dell'attività contrattuale della pubblica amministrazione da misura di semplificazione a mera attività di "taglio" di talune funzioni amministrative, con la conseguenza di incidere sull'esercizio dei poteri discrezionali che il nuovo Codice vorrebbe, invece, valorizzare.

La rilevanza del fattore tempo nelle recenti riforme del settore dei contratti pubblici ci consente di ragionare, in particolare, su questioni di primaria importanza, come l'incidenza del tempo sulla fase di esecuzione del contratto, e non più solo sulla fase pubblicistica della gara, attraverso una nuova concezione dell'agire della pubblica amministrazione improntata al raggiungimento di un risultato, e sull'incidenza del fattore tempo sul concetto di risultato quale "criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale", in particolare sul *quando* dell'agire discrezionale della pubblica amministrazione; un potere indirizzato al perseguimento dell'interesse pubblico che, dinanzi alla formulazione indeterminata di taluni principi e alla recente previsione di nuovi criteri interpretativi per il sindacato del giudice amministrativo sull'attività amministrativa rischia, di fatto, di essere soppiantato da forme di "amministrazione giudiziaria".

Nonostante la loro eterogeneità, l'indagine circa le diverse questioni individuate permette di ricomporre il quadro della disciplina di settore e cogliere l'attuale valore del tempo nella contrattualistica pubblica.

¹¹ In questi termini R. SPAGNUOLO VIGORITA, *La fiducia nell'amministrazione e dell'amministrazione: riflessioni intorno all'articolo 2 del nuovo codice dei contratti pubblici*, in *federalismi.it*, n. 17/2023, 274.

¹² Così, a proposito dell'attuale quadro normativo a presidio della semplificazione, S. TUCCILLO, *Il tempo dell'azione amministrativa quale diritto fondamentale*, in *P.A. Pers. e Amm.*, n. 2/2023, 265-266.

2. *Il tempo della gara e il tempo dell'esecuzione de contratto nella prospettiva del risultato*

L'attenzione che il legislatore dedica alla semplificazione dei tempi dell'azione amministrativa si circoscrive principalmente all'attività di diritto pubblico, e raramente è stata posta attenzione all'attività di diritto privato.

Prova ne è, da ultimo, la riforma introdotta dal decreto semplificazioni del 2020, che pone in capo alle amministrazioni nuovi obblighi di misurazione dei tempi effettivi di conclusione dei procedimenti amministrativi al fine di garantire ai cittadini certezze sui tempi (art. 2, comma 4-*bis*, l. n. 241/1990), e che stabilisce una regola di inefficacia delle determinazioni relative non solo ai provvedimenti, ma anche a tutti gli altri atti comunque denominati adottati nei rapporti procedimentalizzati con i cittadini e nei rapporti orizzontali tra amministrazioni (art. 2, comma 8-*bis*, l. n. 241/1990)¹³.

Per quanto attiene, nello specifico, la materia dei contratti della pubblica amministrazione, si registra una tendenza diversa: il medesimo decreto detta, per la prima volta, delle regole di tempestività non solo per addivenire alla stipula dei contratti pubblici, ma anche per il celere avvio dell'esecuzione del contratto, giustificate non già da un mero interesse acceleratorio della fase di realizzazione della commessa, ma al fine di perseguire la conclusione del contratto, e dunque il completamento dell'opera o l'espletamento del servizio¹⁴.

La funzione di amministrazione attiva per la cura concreta dell'inte-

¹³ Sui nuovi commi 4-*bis* e 8-*bis* dell'art. 2 della l. n. 241/1990 si veda F. LIGUORI, *Il problema amministrativo*, in F. LIGUORI, *L'azione amministrativa*, cit., 33-38; M. CALABRÒ, *L'inefficacia del provvedimento tardivo di cui al nuovo art. 2, co. 8-bis della l. n. 241/1990 e gli effetti sulla disciplina del silenzio assenso: primi passi nell'ottica della certezza del diritto*, in *ambientediritto.it*, n. 1/2021; G. CORSO, *Silenzio-assenso: il significato costituzionale*, in *Nuove Autonomie*, n. 1/2021, 9-19; F. MERUSI, *Discrezionalità, tempo e decadenza del potere nell'età della rivoluzione economica comunicativa. Nuove prospettive per la discrezionalità nel quando*, in *Dir. amm.*, n. 2/2023, 224-225; G. GALLONE, *Tempo e potere: alcune considerazioni attorno al comma 8-bis dell'art. 2 della legge generale sul procedimento amministrativo*, in *Dir. econ.*, n. 1/2025, 1-41.

¹⁴ È emblematica la rubrica dell'art. 4 del d.l. n. 76/2020, che menzionava espressamente la "conclusione dei contratti pubblici" e che modificava l'art. 32, comma 8, del precedente Codice che ammetteva il differimento della stipula del contratto oltre i sessanta giorni previsti dalla legge "purché comunque giustificata dall'interesse alla sollecita esecuzione del contratto".

resse pubblico mediante la stipula di contratti stimola talune riflessioni non più solo a proposito del procedimento, quale scansione di atti ove il tempo si atteggia come parametro di misurazione oggettiva¹⁵ dei fatti che si susseguono, che hanno una rilevanza giuridica, e che si concludono con l’emanazione di un provvedimento produttivo di effetti, ma soprattutto a proposito della fase dell’esecuzione del contratto¹⁶ e dell’adempimento delle obbligazioni ivi indicate¹⁷.

La recente riscrittura del Codice dei contratti pubblici, oltre a ricordarci che il fattore tempo ha ormai assunto la valenza di bene della vita autonomo¹⁸, manifesta la chiara intenzione del legislatore – mosso prin-

¹⁵ Il riferimento è ai primi studi sulla dogmatica del rapporto tra tempo e diritto che si sono concentrati, in particolare, sul procedimento amministrativo. Sul punto si veda U. FORTI, *Studi di diritto pubblico*, Vol. 1, Roma, 1937, 467-471, il quale distingueva tra atto-procedimento e procedimento in senso ampio, in cui la prima figura consisteva in un singolo atto produttivo di effetti giuridici, mentre la seconda figura consisteva in una serie di comportamenti consecutivi legati in successione logica e di atti collegati tra loro, ma con una propria individualità giuridica; cfr. anche A.M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1940. Il tempo ha poi assunto una rilevanza autonoma per poi assurgere, con la l. n. 241/1990, a vero e proprio principio di “certezza temporale” della conclusione del procedimento. Sul tema, anche per una ampia disamina del rapporto tra tempo e procedimento amministrativo, si rinvia a M. LIPARI, *I tempi del procedimento amministrativo. Certezza dei rapporti, interesse pubblico e tutela dei cittadini*, in AA.VV., *Tempo, spazio e certezza dell’azione amministrativa*, Atti del XLVIII Convegno di studi di Scienza dell’Amministrazione. Varenna, Villa Monastero, 19-21 settembre 2002, Milano, 2003. Per uno studio sul rapporto tra tempo e attività provvedimentale si veda G. FALCON, *Questioni sulla validità e sull’efficacia del provvedimento amministrativo nel tempo*, in *Dir. Amm.*, n. 1/2003, 1-41.

¹⁶ S. PERONGINI, *Il principio del risultato e il principio di concorrenza nello schema definitivo di codice dei contratti pubblici*, in *Studi in onore di Filippo Salvia*, a cura di G. CORSO, M. IMMORDINO, Napoli, 2022, 518, osserva che il principio di cui all’art. 1 del Codice dei contratti pubblici presta attenzione al conseguimento di un risultato nella fase esecutiva.

¹⁷ Anche M. MACCHIA, *Alla ricerca di esperti... Rimedi alternativi ed esecuzione dell’appalto*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 1/2024, 19, evidenzia la centralità che la fase di esecuzione del contratto assume nel d.lgs. n. 36/2023, specie nell’affermazione del principio del risultato.

¹⁸ Come osserva M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2018, 163-164, la certezza del tempo dell’agire della pubblica amministrazione costituisce un fattore che consente al privato di programmare le proprie attività. Il ritardo dell’agire amministrativo, e in particolare l’inosservanza dolosa o colposa dei termini di conclusione del procedimento, può essere foriero di danno, con conseguente obbligo di risarcire il privato. Anche nell’ordinamento europeo il tempo ha assunto un valore autonomo: l’art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell’UE, relativo al diritto ad una buona amministrazione, statuisce che ogni persona ha diritto a che le questioni che la riguardano siano

cialmente dalla preoccupazione o addirittura si potrebbe dire dall'ansia di raggiungere un risultato¹⁹ – di dettare un criterio prioritario dell'agire amministrativo, a prescindere dal ricorso agli strumenti di diritto pubblico o di diritto privato.

Si tratta, dunque, di una novità dettata dalla necessità, già annunciata nel PNRR e di recente ricordata dall'Autorità Nazionale Anticorruzione²⁰, di contingentare i tempi delle procedure ad evidenza pubblica e di contenere i tempi di esecuzione del contratto, che si è dunque tradotta nelle regole contenute negli artt. 17 e 18 dell'attuale Codice, peraltro interessate dalle ulteriori modifiche contenute nel recente decreto correttivo, d.lgs. n. 209/2024.

Dalla lettura dell'art. 17 si apprende che le procedure di selezione del contraente devono concludersi, in ossequio ad un principio del risultato quale nuovo *deus ex machina* del Codice²¹, entro i termini indicati dall'allegato I.3, che si riferiscono alla sola fase pubblicistica²², mentre l'art. 18 riprende essenzialmente la novella introdotta dal primo decreto semplificazioni nel precedente Codice sul potere di differimento della stipula

trattate in modo imparziale ed equo ed entro un termine ragionevole. Più in generale, sulle conseguenze del ritardo dell'amministrazione nell'adozione del provvedimento si veda G. MARI, *Conseguenze per il ritardo dell'amministrazione nella conclusione del procedimento*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. SANDULLI, 2017, 333-373, anche per i riferimenti bibliografici essenziali.

¹⁹ M.R. SPASIANO, *Codificazione di principi e rilevanza del risultato*, in *Codice dei contratti pubblici*, a cura di C. CONTESSA, P. DEL VECCHIO, Vol. I, Napoli, 2023 59, osserva che l'art. 1 del Codice dei contratti esprime l'anelito del legislatore nel dare luogo, senza intralci di sorta, alla aggiudicazione e all'esecuzione dei contratti.

²⁰ L'ANAC, con il Comunicato del Presidente del giorno 11 marzo 2025, ha ricordato che i termini di durata delle procedure ad evidenza pubblica stabiliti dal Codice costituiscono termini massimi di conclusione delle gare in attuazione del principio del risultato e assolvono alla funzione di consentire l'accertamento di responsabilità amministrative e/o contabili in capo ai dipendenti incaricati dello svolgimento delle procedure di gara.

²¹ Come osserva A. SANDULLI, *Il principio del risultato quale criterio interpretativo e applicativo*, in *Dir. pubbl.*, n. 2/2024, 351.

²² L'allegato I.3 al Codice prevede diversi termini per la conclusione delle procedure ad evidenza pubblica distinguendo tra procedure aggiudicate secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa basato sul miglior rapporto tra qualità e prezzo o sul costo del ciclo di vita e procedure aggiudicate secondo il criterio del minor prezzo. Come osserva A. BARONE, *Il responsabile unico e le fasi dell'affidamento*, in *Corso sui contratti pubblici riformati*, a cura di V. FANTI, cit., 87, l'impianto normativo è volto a garantire la certezza dei tempi di svolgimento delle procedure.

dei contratti, che deve essere “motivato in base all’interesse della stazione appaltante o dell’ente concedente, compatibilmente con quello generale alla sollecita esecuzione del contratto” e dal cui tenore sembrerebbe possibile desumere, tutto sommato, una regola generale di celere conclusione delle prestazioni oggetto del sinallagma contrattuale.

Nondimeno, è sufficiente una lettura delle disposizioni del novello Codice per avvedersi del fatto che l’obiettivo di contenimento dei tempi dell’esecuzione, per quanto a più riprese annunciato, sia rimasto sostanzialmente incompiuto in quanto è assente una disciplina adeguata che possa fornire all’amministrazione gli strumenti opportuni per addivenire celermente al completamento dell’opera. Oltre alle due norme citate (delle quali solo una si riferisce alla fase dell’esecuzione del contratto), l’unica ulteriore disposizione che si può menzionare è l’art. 126 del Codice dei contratti pubblici che contiene una previsione di inserimento di premi di accelerazione nella ultimazione anticipata del contratto, ma che porta con sé evidenti rischi sulla qualità delle prestazioni, e che comportano comunque uno sforzo di attenzione notevole in sede di collaudo finale del lavoro o di verifica di conformità del servizio. Cionondimeno l’applicazione della norma è del tutto eventuale e, dopo il correttivo, addirittura condizionata al superamento di alcuni ostacoli, come la disponibilità di risorse finanziarie per l’erogazione delle premialità.

La lettura della norma, come riformulata dopo il correttivo, è di per sé sufficiente per cogliere la preoccupazione del legislatore di trasformare i premi di accelerazione da incentivo ad una buona esecuzione del contratto a opportunità di guadagno che può condizionare la qualità delle prestazioni e minare le condizioni di sicurezza dei lavoratori impiegati nell’esecuzione.

Infine, le altre disposizioni che tengono conto delle “esigenze imperative connesse a un interesse generale all’esecuzione del contratto” e della “celere prosecuzione delle procedure” – ma che non si riferiscono propriamente all’attività amministrativa, lasciandola ancora una volta priva di strumenti incisivi – si rinvergono, rispettivamente, negli artt. 120, comma 10, e 125, comma 2, del Codice del processo amministrativo, che sembrano volte a temperare l’esigenza di domanda cautelare in sede contenziosa con la necessità di non interrompere inutilmente l’esecuzione del contratto.

Nonostante le poche disposizioni relative ai tempi dell’esecuzione,

resta comunque apprezzabile lo sforzo del legislatore di contingentare l'azione amministrativa entro tempi certi, dettando non solo i termini massimi di conclusione delle procedure ad evidenza pubblica, ma prescrivendo anche una regola di esecuzione spedita del contratto; nondimeno, dall'intervento legislativo emerge con una certa evidenza che l'obiettivo anelato non è più solo l'aggiudicazione gara, ma la conclusione del contratto, la realizzazione dell'opera o del servizio e, dunque, il conseguimento di un risultato.

E proprio a proposito del concetto di risultato, secondo una delle letture che si può proporre dell'art. 1 del Codice, tale principio contiene una chiara e puntuale indicazione di certezza temporale della conclusione dell'opera o del servizio, e uno studio del tempo dell'agire amministrativo nel settore dei contratti pubblici, in cui oggi si punta prioritariamente al raggiungimento di un risultato "con la massima tempestività"²³ richiede, pertanto, degli sforzi di approfondimento di sistema che vadano oltre il mero dettato normativo.

In mancanza di norme di conferimento all'amministrazione di funzioni adeguate a dettare i tempi di esecuzione del contratto occorre, pertanto, abbandonare il piano delle regole e indirizzare lo studio verso il piano dei principi, muovendo in particolare dalla disamina del principio del risultato; un principio che, come è stato osservato²⁴, intende superare le letture formalistiche dei fenomeni che riguardano la contrattazione pubblica per curare in concreto l'interesse pubblico, e dal quale sembra possibile desumere una regola²⁵ generale di tempestività dei tempi di esecuzione dei contratti in cui è parte la pubblica amministrazione.

²³ Il virgolettato è ripreso dal primo comma dell'art. 1 del Codice. Nella *Relazione agli articoli e agli allegati* predisposta dal Consiglio di Stato in sede di adozione dello schema definitivo Codice dei contratti pubblici, in attuazione dell'art. 1 della l. n. 78/2022, recante "Delega al Governo in materia di contratti pubblici", si prescrive chiaramente che "l'interesse pubblico primario del codice, come finalità principale che stazioni appaltanti ed enti concedenti devono sempre assumere nell'esercizio delle loro attività" è, tra le altre, "l'affidamento del contratto e alla sua esecuzione con la massima tempestività".

²⁴ F. FRACCHIA, *Il principio di risultato*, in *Scritti in onore di Paolo Urbani*, a cura di F. CUSANO, Milano, 2025, 688.

²⁵ Il principio del risultato contenuto nel Codice dei contratti pubblici si pone proprio sull'incerto confine che separa l'astrattezza dei principi dalla specialità delle regole. Sul punto, condivisibilmente G. MORBIDELLI, *Intorno ai principi nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Munus*, n. 3/2023, x, ha collocato il risultato all'interno dei principi "regole", che hanno ad oggetto specifiche fattispecie, trovando così diretta applicazione al caso concreto.

La semplificazione dei tempi per una azione amministrativa più celere, sinora attuata principalmente sull'attività di diritto pubblico, oggi fa espressamente ingresso, attraverso la materia dei contratti pubblici, anche nell'attività di diritto privato con il principio del risultato sul quale, giunti a questo punto, appare utile proporre qualche osservazione, limitatamente alla sua dimensione temporale.

3. *La dimensione temporale del principio del risultato: dalla conclusione della gara al completamento dell'opera o del servizio*

Con l'introduzione del principio del risultato nel Codice dei contratti pubblici il dibattito scientifico sul tema della c.d. "amministrazione di risultato"²⁶, che sembrava appartenere ad un passato "destinato ad allontanarsi sempre più velocemente"²⁷, ha trovato, in realtà, nuova linfa.

La *querelle* di allora si era concentrata in particolare sulla nozione di risultato che, come è stato rilevato, è "altamente problematica"²⁸ potendo essere o del tutto ovvia, o del tutto indeterminata²⁹. La questione è stata sollevata dalla dottrina a partire dagli anni '90, che a lungo ha tentato di attribuire alla locuzione "amministrazione di risultato" e poi "amministrazione per risultati" un significato puntuale, oscillando tra chi tendeva a risolverla in figure già indagate dalla scienza giuridica e chi tentava di

²⁶ In dottrina, tra molti, si veda L. IANNOTTA, *Previsioni e realizzazione del risultato nella pubblica amministrazione: dagli interessi ai beni*, in *Dir. amm.*, n. 1/1999, 57 e ss.; L. IANNOTTA, *Principio di legalità e amministrazione di risultato*, in *Amministrazione e legalità. Fonti normative e ordinamenti*, Atti del Convegno (Macerata, 21-22 maggio 1999), Milano, 2000, 38 e ss.; A. ROMANO TASSONE, *Sulla formula "amministrazione per risultati"*, in *Scritti in onore di Elio Casetta*, Napoli, 2001, 813 e ss.; M. CAMMELLI, *Amministrazione di risultato*, in *Associazione Italiana dei Professori di Diritto Amministrativo, Annuario 2002*, 107 e ss.; M.R. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, 2003; M. IMMORDINO, A. POLICE (a cura di) *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Atti del Convegno, Palermo 27-28 febbraio 2003, Torino, 2004; L. IANNOTTA, *Merito, discrezionalità e risultato nelle decisioni amministrative (l'arte di amministrare)*, in *Dir. Proc. Amm.*, n. 1/2005, 1-51; A. ROMANO TASSONE, *Analisi economica del diritto e «amministrazione di risultato»*, in *Dir. Amm.*, n. 1/2007, 63-78; M.R. SPASIANO, *Nuove riflessioni in tema di amministrazione di risultato*, in *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, Vol. V, Napoli, 2020, 4845 e ss.

²⁷ S. PERONGINI, *Il principio del risultato*, cit., 517.

²⁸ L. IANNOTTA, *Merito, discrezionalità e risultato*, cit., 27.

²⁹ Come espone M. CAMMELLI, *Amministrazione di risultato*, in *www.astrid-online.it*, 2002.

renderla una categoria autonoma³⁰ lasciando il dibattito, ad oggi, sostanzialmente irrisolto.

Al concetto di risultato è stato attribuito, a seconda delle interpretazioni, un significato diverso: questo è stato configurato in termini aziendalistici, gli è stata attribuita valenza economica, è stato inteso come soddisfazione concreta dell'interesse pubblico o, ancora, come parametro di legittimità dell'azione amministrativa³¹.

Le ricostruzioni della nozione di amministrazione di risultato non prendevano le mosse dal dato positivo, ma muovevano dall'enunciazione di elaborazioni teoriche e ciò è accaduto almeno fino ad oggi ove, per la prima volta, vi è una norma che menziona il risultato, contenuto nel principio – se tale può essere qualificato – di cui all'art. 1 del Codice dei contratti pubblici.

Occorre chiedersi, tuttavia, se la codificazione del “principio del risultato”, in cui la scelta semantica riecheggia proprio quel dibattito sull'amministrazione di risultato, abbia effettivamente a che fare con i modelli aziendalistici della pubblica amministrazione o con i concetti di legalità e di efficienza, potendo essere – come è stato osservato proprio da chi si è occupato approfonditamente del tema³² – tutt'altro.

Anzitutto, il codice definisce puntualmente cosa debba intendersi per risultato, e ciò sembra che renda ormai superfluo qualsiasi sforzo di ricerca di una sua definizione. Inoltre, anche la dottrina ha ormai ammesso da tempo che i tentativi di una ricostruzione dogmatica della nozione di risultato approdano alla conclusione che questa tende a coincidere o con l'esito dell'azione amministrativa, o con il conseguimento dell'obiettivo prefigurato dalla legge, rendendo inautonoma la categoria.

Avviando la riflessione dalla lettura della definizione, l'art. 1 del Codi-

³⁰ Sul punto A. ROMANO TASSONE, *Analisi economica del diritto e «amministrazione di risultato»*, cit., 67-68.

³¹ Non è questa la sede utile per ripercorrere il dibattito sulla nozione di amministrazione di risultato. Un riferimento bibliografico essenziale resta, tuttavia, M. IMMORDINO, A. POLICE (a cura di) *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, cit., che raccoglie buona parte dei contributi più rilevanti sul tema, cui si rinvia.

³² M.R. SPASIANO, *Codificazione di principi e rilevanza del risultato*, cit., 66, rileva che “secondo una certa accezione (alla quale chi scrive ha da sempre aderito), il risultato amministrativo non ha necessariamente a che vedere con i modelli aziendalistici, non risponde alla logica del risultato a tutti i costi, non si fonda in alcun modo sul baratto legalità-efficienza. Esso può essere tutt'altro, come dimostra, da ultimo, anche il testo dell'articolo 1 del Codice dei contratti”.

ce dei contratti pubblici prevede che le stazioni appaltanti e gli enti concedenti perseguono il risultato dell'affidamento del contratto e della sua esecuzione con la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo, nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza.

Una perimetrazione del concetto di “risultato” dunque c'è, e consiste in doveri ben precisi che gravano in capo alle amministrazioni: aggiudicare e portare ad esecuzione il contratto con la massima tempestività.

Sembra così sufficiente una semplice operazione esegetica della norma per notare che i risultati da perseguire hanno una portata circoscritta, precisa e dunque non esattamente sovrapponibile rispetto al concetto più astratto di “amministrazione di risultato”, in cui gli strumenti per il raggiungimento degli obiettivi prefigurati non necessariamente hanno a che fare con la trasposizione dei modelli aziendalistici nella pubblica amministrazione e con la managerializzazione del rapporto di pubblico impiego che mira a valorizzare la *performance* individuale, piuttosto che l'idoneità dell'azione amministrativa a perseguire il pubblico interesse.

Senza privare di originalità i precedenti sforzi ricostruttivi di cui non si disconosce la portata culturale, sembra potersi affermare che il risultato, secondo una visione sostanzialistica, oggi abbia una identità ben precisa, ossia l'affidamento del contratto e la sua esecuzione con la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo, e che questo sembra essere altro, se la statuizione non è approssimativa, rispetto al concetto di amministrazione di risultato.

Tale convincimento, da intendersi riferito alla sola materia dei contratti pubblici, trae fondamento dalla circostanza per la quale il raggiungimento del risultato altro non sembra essere che la trasposizione, nel nostro ordinamento, del criterio del raggiungimento dei *milestone* e *target* previsti dal PNRR³³, che descrivono l'avanzamento e i risultati delle riforme e degli investimenti che il Piano si propone di attuare; il dato, d'altronde, è avvalorato dalla dottrina che già si è occupata di indagare sulla concomitanza tra il principio di risultato e il concetto di amministrazione di risultato, giungendo alla conclusione che il risultato configurato dall'art. 1 è la realizzazione dell'opera o l'espletamento del servizio. Quella dottrina

³³ Sull'avvertita necessità di ri-orientare il Codice dei contratti pubblici per riportare l'attenzione all'urgenza del contratto nella cornice offerta dal PNRR di procedere per obiettivi e risultati e sulla “magnifica ossessione” del legislatore verso il principio del risultato si veda A. GIUSTI, *Al centro del risultato: l'affidamento dei servizi globali nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, n. 2/2024, 561.

ha condivisibilmente osservato che l'amministrazione non deve più solo concludere le procedure ad evidenza pubblica, ma deve portare a completamento l'opera e deve erogare il servizio, e l'interesse pubblico perseguito (così lo definisce la Relazione al Codice) non è più l'aggiudicazione al miglior offerente, ma è la realizzazione dell'opera pubblica, l'erogazione del servizio e il conseguimento della fornitura³⁴.

Dalla lettura della definizione di risultato è possibile trarre, inoltre, due ulteriori deduzioni: la prima, già menzionata, è che dalla norma affiora la centralità della dimensione temporale del principio in questione, in cui l'interesse pubblico primario del Codice è l'esecuzione del contratto con la massima tempestività; la seconda è che la celere conclusione del contratto assume una rilevanza tale da porre in termini di strumentalità persino la concorrenza³⁵, che fino a qualche tempo fa costituiva una delle garanzie essenziali che la disciplina di settore dovesse perseguire.

A seguito della positivizzazione della nozione si può dunque accertare che il risultato, almeno nella materia dei contratti pubblici, consiste nell'ottenimento – e non solo nel perseguimento – di un'utilità che si concretizza con la realizzazione dell'opera pubblica o con l'erogazione del servizio entro tempi ragionevoli³⁶.

³⁴ Così S. PERONGINI, *Il principio del risultato*, cit., 523, e M.R. SPASIANO, *Codificazione di principi e rilevanza del risultato*, cit., 76. Entrambi gli A. osservano che il risultato ha una accezione concreta e specifica, ossia la realizzazione del contratto. Anche la giurisprudenza offre una lettura sostanzialistica del risultato: secondo il T.A.R. Campania-Napoli, Sez. I, 15 gennaio 2024, n. 377, il principio “può essere declinato in termini che pongano l'accento sull'esigenza di privilegiare l'effettivo e tempestivo conseguimento degli obiettivi dell'azione pubblica, prendendo in considerazione i fattori sostanziali dell'attività amministrativa, escludendo che la stessa sia vanificata, in tutti quei casi in cui non si rinverrebbero obiettive ragioni che ostino al suo espletamento”, sicché “nell'analisi dei casi concreti va considerata l'esigenza di garantire il conseguimento dell'obiettivo dell'azione pubblica [...] essendo destinati a recedere quei formalismi ai quali non corrisponda una concreta ed effettiva esigenza di tutela del privato”.

³⁵ Cons. Stato, Sez. III, 15 novembre 2023, n. 9812, afferma che “la tutela della concorrenza e del mercato non deve trasmodare in un pregiudizio per la causa finale e per l'oggetto diretto e principale della tutela approntata dalla disciplina di settore costituiti “dall'affidamento del contratto e della sua esecuzione con la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo, nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza”, come recita l'attuale art. 1 del nuovo codice di cui al decreto legislativo n. 36 del 2023, in quanto “La concorrenza tra gli operatori economici è funzionale a conseguire il miglior risultato possibile nell'affidare ed eseguire i contratti”.

³⁶ La giurisprudenza ha rimarcato la dimensione temporale del principio del risul-

4. *Il conseguimento del risultato in tempi ragionevoli è interesse pubblico o un criterio dell'azione amministrativa?*

Nonostante si sia chiarito che il principio di cui all'art. 1 del Codice dei contratti pubblici ha dei connotati ben precisi e guarda, in particolar modo, al completamento dell'opera o del servizio in tempi ragionevoli, sembra tuttavia opportuno chiedersi, in aggiunta, se il risultato costituisca realmente, come è stato definito, un interesse pubblico da perseguire o se invece sia qualcosa di diverso.

L'interrogativo, scaturito dalla formulazione non proprio felice dei commi 1 e 4 dell'art. 1, sorge soprattutto dalla necessità di mettere a punto taluni concetti funzionali alla prosecuzione dell'indagine; è dunque opportuno chiarire se la qualificazione del risultato quale "interesse pubblico primario"³⁷ debba essere letta, come proponeva in passato la dottrina, come soddisfazione concreta dell'interesse pubblico, o se invece il risultato debba essere inteso come un mero criterio dell'azione della pubblica amministrazione.

L'operazione di collocazione del concetto di risultato e della sua dimensione temporale (quale principio centrale soprattutto per l'esecuzione dei contratti pubblici) entro i corretti parametri teorici non costituisce, per richiamare il titolo di un'opera di Raymond Queneau, un mero "esercizio di stile", ma rappresenta una operazione preordinata alla verifica circa le modalità di messa in atto da parte dell'amministrazione prima, e

tato non solo nella fase della gara, ma anche nella fase dell'esecuzione del contratto statuendo che "si tratta di un principio considerato quale valore dominante del pubblico interesse da perseguire attraverso il contratto e che esclude che l'azione amministrativa sia vanificata ove non si possano ravvisare effettive ragioni che ostino al raggiungimento dell'obiettivo finale che è: a) nella fase di affidamento giungere nel modo più rapido e corretto alla stipulazione del contratto; b) nella fase di esecuzione (quella del rapporto) il risultato economico di realizzare l'intervento pubblico nei tempi programmati e in modo tecnicamente perfetto". In termini, Cons. Stato, Sez. V, 27 febbraio 2024, n. 1924. Già Cons. Stato, Sez. III, 29 dicembre 2023, n. 11322 e T.A.R. Lombardia-Milano, Sez. II, 28 settembre 2023, n. 2171 avevano avuto modo di precisare che il risultato, oltre ad avere riguardo all'economicità e qualità della prestazione, ha a che fare anche con la rapidità, speditezza e tempestività della condotta amministrativa in materia di contratti pubblici.

³⁷ In questi termini la *Relazione agli articoli e agli allegati* predisposta dal Consiglio di Stato in sede di adozione dello schema definitivo Codice dei contratti pubblici, in attuazione dell'art. 1 della l. n. 78/2022, recante "Delega al Governo in materia di contratti pubblici"

dal giudice amministrativo dopo, del principio nella prassi applicativa.

La previsione contenuta nell'art. 1, comma 1, del Codice, secondo il quale le stazioni appaltanti e gli enti concedenti “perseguono” il risultato dell'affidamento del contratto, sembrerebbe per certi versi rievocare proprio il concetto di perseguimento dell'interesse pubblico, ma il successivo comma 4 nondimeno qualifica il risultato come un “criterio prioritario” per l'esercizio dei poteri discrezionali.

Proprio tale seconda lettura designa, con maggiore accuratezza, il risultato come un criterio dell'esercizio dell'azione amministrativa e, in effetti, sembrerebbe ragionevole ritenere che il risultato non coincida con l'interesse pubblico, ma rappresenti solo un criterio dell'agire amministrativo che può trovare applicazione nell'esecuzione della commessa pubblica.

Le ragioni che inducono a tale riflessione sono molteplici.

Anzitutto il risultato, pur avendo una portata innovativa sul piano culturale (e cioè come nuovo modo di agire della pubblica amministrazione per il perseguimento dell'interesse pubblico, ove il criterio dell'agire amministrativo non si ritiene possa coincidere con l'interesse pubblico perseguito), altrettanto non può dirsi sul piano concettuale.

È possibile, infatti, effettuare un ancoraggio del principio alle categorie tradizionali, che priva il contenuto dell'art. 1 della sua portata ritenuta “rivoluzionaria”³⁸: il concetto di risultato applicato all'azione amministrativa sembra essere riconducibile al già noto concetto di efficacia dell'azione amministrativa (che per l'appunto costituisce un criterio dell'agire amministrativo) e, comunque, a quello più ampio di buon andamento³⁹.

La non sostanziale differenza tra il criterio dell'efficacia dell'azione amministrativa e il principio di risultato varrebbe, oltretutto, non solo per l'attività di diritto pubblico, ma anche e soprattutto per l'attività di diritto privato di esecuzione del contratto. Così come l'operatività della dimen-

³⁸ Dubbi sulla convinzione che il principio del risultato costituisca una novità per il settore dei contratti pubblici vengono espressi, da ultimo, da E. GUARNIERI, *Il principio di risultato nei contratti pubblici: alcune possibili applicazioni, tra continuità e innovazioni*, in *Dir. amm.*, n. 4/2023, 829-862.

³⁹ Ravvedono nel principio del risultato una forma di attuazione, nel settore dei contratti pubblici, del principio del buon andamento e dei principi di efficienza, efficacia ed economicità, A.M. CHIARIELLO, *Una nuova cornice di principi per i contratti pubblici*, in *Dir. econ.*, n. 1/2023, 149 e F. SAIITA, *I principi generali del nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *giustiziainsieme.it*, 8 giugno 2023.

sione temporale del principio del risultato si estende anche all'attività contrattuale della pubblica amministrazione, in senso analogo il criterio dell'efficacia amministrativa si applica, mediante una lettura "a maglie larghe"⁴⁰ dei principi contenuti nei commi 1 e 1-*bis* dell'art. 1 della l. n. 241/1990, all'agire amministrativo secondo le regole del diritto privato.

Considerato che l'efficacia amministrativa consiste nella capacità dell'amministrazione di raggiungere il risultato sperato, e tale principio costituisce uno dei criteri generali dell'azione amministrativa, tale criterio sembrerebbe applicabile, di conseguenza, non solo nell'agire secondo le regole del diritto pubblico, ma anche nell'agire secondo le regole del diritto privato, che costituisce pur sempre attività funzionalizzata.

Se dunque l'efficacia – che è un criterio generale dell'azione amministrativa – richiede alla p.a. di raggiungere dei risultati, sembra di converso ammissibile ricondurre, per analogia di elementi costitutivi delle due nozioni, il principio del risultato disciplinato dal Codice dei contratti al principio, di portata generale, dell'efficacia dell'azione amministrativa disciplinato dalla l. n. 241/1990⁴¹.

Un ulteriore spunto per il quale il risultato è un criterio e non può coincidere con l'interesse pubblico proviene dalla constatazione che non esiste un interesse pubblico unitario⁴²: pur essendo indubbio che la realizzazione di un'opera pubblica auspicabilmente utile per la collettività possa astrattamente costituire la realizzazione dell'interesse pubblico "primario", occorre tuttavia rilevare che la conclusione del contratto, se può costituire per molti la concretizzazione di un dato assetto di interessi, ben

⁴⁰ A proposito dell'applicabilità dei principi contenuti nell'art. 1 della legge fondamentale sull'azione amministrativa all'attività di diritto privato dell'amministrazione F. LIGUORI, *La funzione amministrativa, l'autoritatività e il diritto privato*, in F. LIGUORI, *Liberalizzazione, diritto comune, responsabilità. Tre saggi del cambiamento amministrativo*, Napoli, 2019, 87, parla di disciplina pubblicistica "a maglie strette", riferibile all'attività provvedimentale, e di disciplina di principio, "a maglie larghe", riferibile anche all'attività di diritto privato.

⁴¹ Sul rapporto tra i criteri dell'efficacia e dell'efficienza e il concetto di amministrazione di risultato si veda A. MASSERA, *I criteri di economicità, efficacia ed efficienza*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. SANDULLI, Milano, 2017, 40-117, spec. 62, ove l'A. criticamente rileva che il modello di amministrazione di risultato appare la trasposizione semplificata di un modello "più complesso".

⁴² Spunto che proviene da S. PERONGINI, *Il principio del risultato*, cit., 521, il quale intuitivamente osserva che gli interessi secondari dei privati non possono essere propriamente considerati come altrettanti fini dell'azione amministrativa, e dunque come altrettanti risultati da raggiungere.

potrebbe lasciare insoddisfatti gli interessi di molti altri cittadini rispetto ai quali, dunque, l'amministrazione non avrebbe conseguito alcun risultato. La visione secondo la quale l'interesse pubblico primario sia il risultato amministrativo sembrerebbe lasciare poco spazio agli interessi secondari che entrano in contatto con il primo attraverso il gioco della ponderazione. Gli interessi secondari, dunque, non costituiscono ulteriori risultati da raggiungere, ma concorrono alla determinazione, caso per caso, dell'interesse primario.

Il concetto di ponderazione degli interessi, inoltre, evoca inevitabilmente il concetto di discrezionalità, che di certo non può essere relegata ad una visione unitaria di risultato e dunque ad una concezione rigida dell'interesse pubblico primario. Se così fosse, la discrezionalità amministrativa non avrebbe luogo, essendo la scelta già stata compiuta in sede politica. Non pare dunque del tutto rimessa al caso la scelta del legislatore di definire opportunamente il risultato come un "criterio", in aggiunta prioritario, per l'esercizio dei poteri discrezionali.

La lettura proposta, secondo la quale il risultato-efficacia è un criterio dell'azione amministrativa e non coincide con l'interesse pubblico si fonda, infine, su presupposti elaborati anche in sede di teoria generale: muovendo dall'assunto che il risultato è il criterio dell'efficacia, bisogna indagare sul significato che la teoria generale del diritto attribuisce al concetto di efficacia giuridica. Questa è stata definita come un valore condizionato, ossia una necessità assiologica che, in quanto tale, ha una portata generale ed astratta⁴³; nel rapporto di condizionalità tra fatto ed effetto, che esprime un condizionamento assiologico reale, l'efficacia giuridica si concretizza quando produce un effetto, e tale effetto giuridico è la situazione giuridica in senso stretto⁴⁴. In altri termini, l'efficacia giuridica

⁴³ Il valore di un determinato atto o comportamento umano è condizionato a un determinato fatto della realtà. Come spiega A. FALZEA, voce *Efficacia giuridica*, in *Enc. Dir.*, Vol. XIV, 1965, Milano, 441, "se avviene il fatto, l'atto assume valore. Questo è un vero e proprio condizionamento. Ma mentre il fatto avvenendo entra nella realtà, l'atto non entra ancora nella realtà, entra soltanto nel piano dei valori".

⁴⁴ Sempre A. FALZEA, voce *Efficacia giuridica*, cit., 455, chiarisce che "è chiaro che il fatto è la situazione condizionante del mondo, mentre l'effetto è l'interesse giuridico condizionato. Ma, per meglio definire la natura di questo condizionamento assiologico reale, occorre aggiungere che, mentre il fatto in quanto astratto tipo di situazione del mondo configura un ben determinato problema generale di vita e prospetta una definita costellazione di interessi individuali o collettivi in vario rapporto reciproco, l'effetto deve rappresentare una soluzione adeguata del problema e un armonico temperamento

ha portata generale e plurisoggettiva, mentre l'effetto giuridico ha una portata sostanziale e soggettiva in quanto coincide con una situazione giuridica concreta.

Orbene, se la teoria generale separa l'efficacia giuridica dall'effetto giuridico, e se è vero che l'efficacia giuridica è un valore condizionato mentre l'effetto giuridico corrisponde al soddisfacimento di una situazione giuridica concreta, allora è vero che l'efficacia giuridica (che è il risultato o il risultato-efficacia) non può che essere separata dall'effetto giuridico (che è una situazione giuridica soggettiva ossia l'interesse pubblico), sicché, applicando i concetti al nostro ambito di indagine, il risultato amministrativo non può coincidere con l'interesse pubblico primario.

Quello che viene definito a livello epistemologico il “risultato” (o l'efficacia), dunque, non è altro che un criterio dell'agire sia di diritto pubblico che di diritto privato della pubblica amministrazione; un criterio che, in base alla sensibilità del legislatore di un dato momento storico, si indirizza al perseguimento di uno specifico interesse pubblico, ma non coincide con questo: fino a poco tempo fa era la concorrenza (e dunque l'azione imparziale, economica e trasparente), ora è la conclusione delle opere entro tempi certi e comunque ragionevoli⁴⁵. Un risultato che però, pare opportuno aggiungere, non sia un “risultato a tutti i costi” e dunque *tamquam non esset*, ma un risultato che sia in qualche misura utile alla collettività, e che sia raggiunto nel momento più opportuno.

L'indirizzamento dei criteri dell'azione amministrativa verso uno specifico interesse da perseguire ne ha probabilmente provocato una

degli interessi in gioco”. L'A. chiarisce successivamente che la “situazione giuridica in senso stretto o situazione di diritto è soltanto l'effetto giuridico. In più l'effetto giuridico è configurato come situazione in quanto nel suo concretarsi si riferisce a soggetti determinati” (477).

⁴⁵ Basti considerare che l'art. 30 del d.lgs. n. 50/2016 qualificava la concorrenza come principio per l'aggiudicazione e l'esecuzione degli appalti e delle concessioni, che non poteva essere in alcun modo limitata artificiosamente, mentre oggi l'art. 1, comma 2, del Codice dei contratti pubblici dispone che “la concorrenza tra gli operatori economici è funzionale a conseguire il miglior risultato possibile nell'affidare ed eseguire i contratti”, atteggiandosi non più a bene primario da tutelare, ma a strumento. Sul punto Cons. Stato, Sez. III, 12 ottobre 2023, n. 8896, in *Foro Amm.*, n. 10/2023, 1296, ha precisato che “la tutela della concorrenza rappresenta un mezzo, e non un fine rispetto allo scopo di «conseguire il miglior risultato possibile nell'affidare ed eseguire i contratti»”.

estremizzazione, a tal punto da far coincidere indebitamente i criteri con gli interessi⁴⁶.

5. *La tempestività della conclusione del contratto oltre le garanzie della forma*

Una riflessione critica sull'uso che l'amministrazione fa del suo tempo per svolgere la gara, stipulare il contratto e portarlo a conclusione entro tempi ragionevoli ricorrendo al criterio (e dunque non all'interesse) del risultato può essere espressa in maniera consapevole solo se si tiene conto, oltre che degli aspetti teorici sinora commentati, anche del dato empirico. Se, come osservava Pugliese, l'astrattezza teorica e la concretezza eseguitica si susseguono e si intrecciano⁴⁷, risulta certamente utile indirizzare l'attenzione verso una breve analisi circa l'applicazione concreta che la

⁴⁶ Il ricordo va al monito di F. LEDDA, *Dal principio di legalità al principio d'infallibilità dell'amministrazione*, in *Foro Amm.*, n. 11-12/1997, 3306-3308, sull'inammissibilità – in circostanze ben diverse da quella in esame, ma il cui pensiero pare comunque attuale e adattabile all'oggetto della presente indagine – di “barattare” la legalità con l'efficienza. Nello scritto l'A. precisa che l'efficienza costituisce un dato di ordine economico nel rapporto tra costi e risultati, mentre la legalità attinge al mondo dei valori; il ridimensionamento del principio di legalità, spiega, “non può trovare un accettabile compenso in un miglioramento del rapporto costi-ricavi e profitti”. L'autorevole A. si avvale della dottrina degli economisti per evidenziare il carattere economico del criterio di efficienza, e il tratto di stampo non propriamente giuridico si rinviene anche nel criterio di efficacia, come d'altronde emerge nella proposta di legge della Camera dei Deputati, n. 1218, presentata il 24 luglio 1987, in cui in apertura si legge che “la strutturale inadeguatezza della pubblica amministrazione italiana al perseguimento degli obiettivi affidati dal sistema decisionale politico (inefficacia) e la diseconomia del rapporto tra risorse di vario genere da essa impiegate e le *performances* realizzate (inefficienza) costituiscano una premessa ricorrente delle ipotesi di riforma prodotte in questi anni dalla cultura amministrativa, non solo di impostazione giuridica”. Il concetto di efficacia, poi, in un certo punto della relazione introduttiva, viene accostato a quello di “imprenditorialità”.

⁴⁷ F. PUGLIESE, *Le nuove disposizioni in materia di giustizia rimodellano gli istituti processuali e l'attività amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, n. 3/1999, 615, il quale auspicava che “quella non perda di vista la realtà e questa non si esaurisca nel particolare”. Anticipando qualcosa che verrà compiutamente trattato nei paragrafi successivi, sembra proprio che le preoccupazioni di Pugliese si siano avverate: il legislatore, perdendo di vista il faro dell'astrattezza e generalità della norma, si è forse calato troppo nella realtà mentre il giudice, con la complicità del legislatore, esercita il proprio sindacato sull'amministrazione, finanche sostituendosi a questa attraverso la dettatura della “regola del caso concreto” (per riprendere il dettato dell'art. 1, comma 4, del Codice dei contratti pubblici).

giurisprudenza fa del concetto di tempestività contenuto nel principio-criterio del risultato per dirimere le controversie mediante l'individuazione prima, e l'applicazione dopo, della "regola del caso concreto".

Da una rassegna della giurisprudenza emerge un primo indirizzo⁴⁸ secondo il quale il principio del risultato sarebbe "già immanente nel sistema", sicché la tutela della concorrenza e del mercato non devono trasmodare in un pregiudizio per l'affidamento del contratto e della sua esecuzione con la massima tempestività. Attraverso questa lettura, il Consiglio di Stato introduce due concetti che mettono in risalto la portata del potere esegetico che il giudice amministrativo esercita sul precetto normativo: il primo elemento è che attraverso la caratteristica della c.d. "immanenza" del principio del risultato nell'ordinamento, il giudice fa sì che tale principio possa trovare applicazione anche per le procedure ad evidenza pubblica bandite prima dell'entrata in vigore del novello Codice applicando, di fatto, una norma che altrimenti non avrebbe trovato applicazione secondo il principio del *tempus regit actum*; il secondo elemento è quello della strumentalità (e dunque della recessività) della forma rispetto al risultato ogni qualvolta non sia in discussione la partecipazione delle imprese alla gara⁴⁹.

Il giudice si avventura poi in una operazione che è certamente elogiabile in quanto cerca di porre un limite alle censure, talvolta eccentriche, degli operatori economici esclusi dalle gare, ma che pare porsi sul fuggevole confine tra ermeneutica giuridica e creazionismo giudiziario, spingendosi fino ad affermare che l'idea secondo la quale il giudizio sia la sede per accertare la spettanza della commessa pubblica all'impresa che, se si fossero pedissequamente applicate tutte le regole procedurali, avrebbe ottenuto l'aggiudicazione, "trascura la strumentalità delle forme e la

⁴⁸ Cons. Stato, Sez. III, 15 novembre 2023, n. 9812. Applicano le disposizioni del d.lgs. n. 36/2023 come "supporto interpretativo" idoneo a risolvere le controversie per le quali trova applicazione il d.lgs. n. 50/2016 Cons Stato, Sez. V, 27 febbraio 2024, n. 1924; Id., 9 giugno 2023, n. 5665; T.A.R. Campania-Napoli, Sez. I, 15 gennaio 2024, n. 377.

⁴⁹ Cons. Stato, Sez. III, n. 9812/2023, cit., secondo cui "il "formalismo" delle procedure di gara [...] si impone e prevale ogni qual volta sia in discussione la partecipazione delle imprese del settore ad armi pari al concorso per conseguire le commesse pubbliche". La statuizione non convince appieno sia perché il rispetto della forma garantisce la correttezza, trasparenza e dunque la legalità dell'azione dell'amministrazione e dell'operatore economico, sia perché la questione intorno alla possibilità per l'operatore economico di partecipare alla gara sembra tutt'altro che una questione di forma.

considerazione che il risultato formalisticamente “corretto” non sempre e necessariamente [...] si identifica con il risultato sostanzialmente giusto, che è soprattutto quello che correttamente riconosce e premia il prodotto oggettivamente migliore, che dunque può assicurare il risultato del migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo”.

Una visione, quella del giudice, che forse trasfigura la forma da garanzia a formalismo nocivo⁵⁰, e oltretutto è noto che, da qualche tempo, laddove vi sia semplificazione dell’attività amministrativa la garanzia della forma, che nell’immaginario comune si pone in astratta tensione con il risultato amministrativo⁵¹, è la prima cosa alla quale si sceglie di rinunciare.

In altra circostanza il giudice ha qualificato il risultato come “principio ispiratore”⁵² della disciplina del nuovo Codice dei contratti pubblici. Si tratta di un principio “sovraordinato agli altri” e considerato “quale valore dominante del pubblico interesse da perseguire attraverso il contratto e che esclude che l’azione amministrativa sia vanificata ove non si possano ravvisare effettive ragioni che ostino al raggiungimento dell’obiettivo finale”⁵³.

Le argomentazioni di questa giurisprudenza, per le quali la sostanza prevale sulla forma e che dunque non può vanificare l’azione amministrativa, pur rispondendo alla *ratio* sottesa alle misure di semplificazione di cui si è disquisito in apertura del presente lavoro, sembrano portare con sé diverse criticità. Se per un verso l’applicazione che la giurisprudenza fa del principio del risultato rappresenta una soluzione al problema dei ritardi nell’esecuzione del contratto a tutela dell’interesse all’ultimazione delle opere pubbliche, dall’altro rappresenta un potenziale fattore di crisi per la tutela di altri interessi, tra cui quello di vedere soddisfatta la domanda di chi chiede giustizia.

La necessità di evitare che l’azione amministrativa sia vanificata dai formalismi sembra, per certi versi, richiamare alla mente una vecchia

⁵⁰ Così V. BRIGANTE, *Garanzie della forma e pubblica amministrazione*, Napoli, 2022, XI.

⁵¹ Per una critica all’idea che la forma rappresenti un impedimento per il raggiungimento dei risultati si rinvia a V. BRIGANTE, *Garanzie della forma*, cit., 133 e ss.

⁵² Cons. Stato, Sez. V, n. 1924/2024, cit.

⁵³ In senso analogo, T.A.R. Campania-Napoli, n. 377/2024, cit., di cui il passaggio rilevante è già citato nella nota n. 27, alla quale si rinvia, afferma che il principio del risultato può essere declinato nel senso di privilegiare la tempestività dell’azione amministrativa ed evitare che l’azione amministrativa sia vanificata nei casi in cui non si rinvenivano ragioni obiettive che ne ostino l’espletamento.

vicenda relativa al comma 2 dell'art. 21-*octies*, l. n. 241/1990, ove la giurisprudenza aveva creato, per via interpretativa, la regola secondo la quale l'onere della prova sull'utilità della partecipazione del privato al procedimento spetta a quest'ultimo, allorquando la norma prevede invece che sia l'amministrazione a dover dimostrare che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato⁵⁴.

Analogamente a quella vicenda e sulla scorta della giurisprudenza analizzata, non è insolito immaginare che il ricorrente che non risulterà eventualmente vincitore della gara non solo dovrà dimostrare la fondatezza della doglianza circa la violazione di una regola formale prevista dalla *lex specialis*, ma dovrà dimostrare, in più, che tale violazione, pur se esistente, non costituisce un mero formalismo ma lede concretamente il proprio interesse ad aggiudicarsi la commessa.

Il superamento dei formalismi, se per certi versi garantisce il raggiungimento tempestivo del risultato, nondimeno rimette indebitamente a carico del ricorrente che domanda tutela giurisdizionale l'ulteriore onere probatorio (talvolta diabolico) di dimostrare l'utilità, anche per l'interesse pubblico primario, delle proprie pretese. L'argomentazione del giudice sembra, in definitiva, operare un confronto ad armi impari tra la tutelabilità degli interessi individuali e l'interesse generale all'osservanza delle regole, in cui il secondo raramente avrà la meglio sul primo⁵⁵.

E non può certo dirsi che l'invenzione di siffatta regola fosse necessaria per evitare che le mere violazioni formali potessero rallentare inu-

⁵⁴ Sul punto si veda F. SAIITA, *Regole processuali, indeterminatezza e creazionismo giudiziario*, in *Dir. proc. amm.*, n. 2/2024, 310 e ss., cui si rinvia anche per un approfondimento della questione dell'inversione dell'onere della prova nei giudizi per l'annullamento dei provvedimenti alla luce dell'art. 21-*octies*, comma 2, della l. n. 241/1990 dopo la riforma del 2005. In senso analogo, A. CASSATELLA, *Separazione dei poteri, ruolo della scienza giuridica, significato del diritto amministrativo e del suo giudice. Osservazioni a margine di "Ogni cosa al suo posto. Restaurare l'ordine costituzionale dei poteri" di Massimo Luciani*, in *Dir. proc. amm.*, n. 1/2024, 252, osserva che non sembra peregrino ipotizzare che il principio del risultato possa essere utilizzato "per giustificare una interpretazione estensiva dell'art. 21-*octies*, comma 2, della l. n. 241/1990 alle procedure di scelta del contraente, con l'attenuarsi delle garanzie procedurali in tutti i casi in cui sia necessario procedere alla sollecita conclusione della procedura e non interferire con l'esecuzione del contratto".

⁵⁵ A. CASSATELLA, *Separazione dei poteri*, cit., 251. Critico rispetto alla sacrificabilità dell'interesse ad una tutela giurisdizionale effettiva dinanzi al pericolo di frenare o rallentare l'azione amministrativa è anche G. TAGLIANETTI, *Contratti pubblici e principio del risultato. Profili sostanziali e processuali*, in *federalismi.it*, n. 14/2024, 258.

tilmente la procedura ad evidenza pubblica con il conseguente rischio di vanificare il raggiungimento del risultato. Una norma che persegue tale fine (tra l'altro non nuova) già c'è, ed è l'istituto del soccorso istruttorio⁵⁶ che, a differenza della logica contraria ai formalismi proposta dalla giurisprudenza per il principio del risultato, trova applicazione esclusivamente per una serie tassativa di casi; mentre il soccorso istruttorio può dunque applicarsi solo per integrare elementi mancanti della documentazione o per sanare omissioni o inesattezze della domanda di partecipazione alla procedura di gara (o del DGUE e ad ovvia esclusione dell'offerta tecnica e l'offerta economica), la logica antiformalistica che la giurisprudenza ricava mediante la propria attività interpretativa del principio del risultato potrebbe potenzialmente applicarsi ad una serie indefinita di casi, all'esito di un giudizio di opportunità (e dunque discrezionale) rimesso alla valutazione del giudice amministrativo.

Pare ci si trovi dinanzi ad uno di quei casi in cui il passaggio dall'attività interpretativa per fattispecie, di norme più o meno chiare, ad una attività interpretativa per principi⁵⁷ – la cui formulazione ampia rende imprevedibile la sua interpretazione giudiziaria applicata al caso concreto – potrebbe dare luogo alla formazione di ampi margini di discrezionalità del giudice⁵⁸, un terreno fertile dal quale è prevedibile che germogli il seme del creazionismo giudiziario.

⁵⁶ Come d'altronde riconosce T.A.R. Sicilia-Catania, Sez. III, 4 giugno 2024, n. 2096, declinando l'istituto alla luce del principio del risultato.

⁵⁷ Da ultimo, A.G. OROFINO, *Riflessioni conclusive*, in *Le juge administratif et ses pouvoirs. Il giudice amministrativo e i suoi poteri*, a cura di A.G. OROFINO, O. RENAUDIE, Milano, 2024, 145, parla di “fattualità” del diritto amministrativo a proposito dell'attività del giudice di elaborare casisticamente, a partire dai principi, le “norme del caso concreto”, allorquando ci si trovi in ambiti non occupati dalla legge.

⁵⁸ Sulla discrezionalità del giudice e sulla distinzione tra il compito del giudice e quello del legislatore e nelle teorie di Dworkin e Hayek si rinvia a F. VIOLA, *Autorità e ordine del diritto*, Torino, 1987, 167 e ss.

6. *Dalla discrezionalità dell'amministrazione alla discrezionalità del giudice-legislatore: considerazioni conclusive intorno al "problema amministrativo" dinanzi all'assenza di tempo*

Ricomponendo il complesso quadro che sinora si è tentato di raffigurare, l'indagine condotta consente di affermare che il risultato è un criterio dell'azione amministrativa (e dunque non coincide con l'interesse pubblico) al quale si ricorre "in via prioritaria" nella fase pubblicistica di aggiudicazione della gara in modo da giungere nei tempi giusti alla realizzazione dell'opera, evitando così che la rigorosa osservanza degli "inutili formalismi" rallenti il mercato dei contratti pubblici.

Se, tuttavia, si prova ad effettuare un bilancio conclusivo sulla portata complessiva del Codice dei contratti pubblici e lo si confronta con l'obiettivo generale di valorizzazione della discrezionalità amministrativa, affiorano ancora molte perplessità.

Non vi è dubbio che la discrezionalità amministrativa, pur dovendo tenere costantemente a mente la natura prioritaria del risultato risulta, tutto sommato, valorizzata: il termine di conclusione dell'agire amministrativo, pure se predeterminato dalla legge, è una misura determinativa con la quale il legislatore decide la quantità di decorso necessario del tempo per la produzione di una conseguenza giuridica; tale determinazione dello spazio e del tempo dell'azione amministrativa nella legalità, in cui la norma attributiva dei poteri delinea i contorni del potere e dunque un limite⁵⁹ non incide, in sé, sulla valutazione sul *quando* circa l'esercizio del potere, che resta nell'area delle scelte discrezionali della pubblica amministrazione. La discrezionalità dunque c'è, anche se questa si muove, rispetto al passato, entro confini più ristretti.

Anche nel tempo dell'esecuzione del contratto (di cui si è già sottolineata la centralità) pur non potendosi parlare propriamente di discrezionalità – salve le ipotesi di sopravvivenza di poteri pubblicistici, come nel caso dei rapporti concessori – sembra permanere un margine di autonomia dell'amministrazione non esattamente discrezionale, bensì negoziale⁶⁰ e che dunque si muove nell'area del diritto privato.

⁵⁹ Sui termini dettati dal legislatore quale limite normativo alla discrezionalità nel *quando* si veda A. ANGIULI, *Studi sulla discrezionalità amministrativa nel quando*, Bari, 1988, in particolare 49-80.

⁶⁰ Parla di valorizzazione dell'autonomia contrattuale dell'amministrazione A. GIUSTI, *Al centro del risultato*, cit., 570-571. Secondo l'A., per come è impostato l'attuale impianto codicistico, il risultato costituisce la "causa" del contratto.

Se il Codice richiede che l'amministrazione porti a completamento le opere pubbliche con la "massima tempestività", questa ben potrà ottenere il risultato o attraverso la determinazione, a proprio giudizio, dei tempi massimi dell'esecuzione mediante esercizio dei poteri privatistici di libertà di determinazione del contenuto del contratto, nei limiti imposti dalla legge, *ex art. 1322 c.c.*, o attraverso la predeterminazione discrezionale, prima dell'avvio della gara, dei tempi massimi di esecuzione. Nondimeno, il diritto privato della pubblica amministrazione serve proprio a portare a esecuzione scelte discrezionali già compiute⁶¹.

Per tempestività si intende, infatti, la caratteristica di una data attività che viene eseguita al momento più opportuno⁶², ed è dunque collegata ai concetti di opportunità e di utilità⁶³; tale valutazione di utilità/opportunità, pur se non effettuata autoritativamente, nondimeno pare che possa essere ugualmente effettuata dall'amministrazione in un momento successivo, mediante l'esercizio delle proprie prerogative di libertà di determinazione del contenuto del contratto.

In effetti il Codice riconosce all'amministrazione, quale unico soggetto in grado di decidere la proporzionalità temporale⁶⁴ della propria azione,

⁶¹ F. LIGUORI, *La funzione amministrativa, l'autoritatività e il diritto privato*, in F. LIGUORI, *Liberalizzazione, diritto comune, responsabilità*, cit., 95.

⁶² Il vocabolario online della Treccani definisce la tempestività come "l'essere tempestivo; il giungere o l'essere fatto a tempo opportuno".

⁶³ F. MERUSI, *Discrezionalità, tempo e decadenza del potere nell'età della rivoluzione economica comunicativa. Nuove prospettive per la discrezionalità nel quando*, in *Dir. amm.*, n. 2/2023, 220-221, osserva che nonostante i tempi dell'azione amministrativa si siano accorciati, per la discrezionalità amministrativa rileva comunque il quando adottare determinati provvedimenti che, in un ciclo economico in cui è parte anche l'amministrazione, devono essere "tempestivi", cioè consoni alle finalità che si intendono raggiungere nel mercato. L'A. sottolinea così che "il mezzo utilizzato deve essere proporzionato al fine da raggiungere e perciò emanato in tempi consoni al fine. Secondo lo schema classico del potere discrezionale nel quando". Sul rapporto tra proporzionalità e risultato nei contratti pubblici si veda M.R. SPASIANO, *Principi e discrezionalità nel nuovo codice dei contratti pubblici: primi tentativi di parametrizzazione del sindacato*, in *federalismi.it*, n. 24/2023, 230. L'A. osserva che la proporzionalità va intesa come garanzia di un ragionevole equilibrio tra mezzi utilizzati e fini perseguiti, che a sua volta implica il principio di strumentalità "delle forme alla rispondenza ad un interesse sostanziale dell'amministrazione".

⁶⁴ M. MAZZAMUTO, *Legalità e proporzionalità temporale dell'azione amministrativa: prime osservazioni*, in *Foro amm.*, n. 7-8/1993, 1741, ritiene che la proporzionalità temporale non esima la pubblica amministrazione dall'obbligo di espletare quanto prima le attività che le competono.

la facoltà di valutare il momento “giusto” in cui intervenire, e dunque il momento più “utile”, e tale valutazione sembra possa valere sia per la fase pubblicistica, sia per la fase privatistica della commessa pubblica.

L'impianto codicistico appare dunque coerente rispetto agli obiettivi che le riforme di semplificazione dell'azione amministrativa si erano prefigurati, almeno fino a quando non si compie una più attenta analisi delle disposizioni processuali che, nel trambusto delle riforme legate al Codice dei contratti pubblici, sono finora passate inosservate e dalla dottrina scarsamente indagate.

Tra le norme più interessanti vi è l'art. 121 c.p.a., modificato dall'art. 209 del Codice dei contratti pubblici, secondo il quale il contratto resta efficace, anche in ipotesi di gravi violazioni elencate al comma 1, qualora si accerti che il rispetto di esigenze imperative connesse ad un interesse generale imponga che i suoi effetti siano mantenuti: se nella precedente formulazione era rimessa al giudice la facoltà di considerare, solo in circostanze eccezionali, gli interessi economici come “esigenze imperative” per la sopravvivenza del contratto, ora sia tale facoltà valutativa, sia l'eccezionalità della circostanza vengono espunte dalla norma per diventare la regola sicché, come recita il comma 3, “gli interessi economici sono presi in considerazione come esigenze imperative”⁶⁵.

Il giudice, dunque, parrebbe non godere più di alcun margine di valutazione sul punto, atteso che il legislatore ha già compiuto a monte la scelta di qualificare l'interesse economico come interesse prevalente, seguendo la linea direttrice del risultato. Anche dalla lettura del nuovo comma 2 dell'art. 121 c.p.a., traspare l'esigenza di fare presto e garantire, per quanto possibile, la sopravvivenza del contratto: il giudice, nel valutare le censure, la condotta delle parti e la situazione di fatto, ha ora l'onere di precisare “se la declaratoria di inefficacia è limitata alle prestazioni ancora da eseguire alla data della pubblicazione del dispositivo o se essa opera in via retroattiva”.

Ma la ripresa del concetto di risultato, che per oltre tre decenni era stato riposto nel cassetto ed ora improvvisamente rispolverato e l'applicazione che la giurisprudenza ne ha fatto nella stagione delle riforme del PNRR, in cui occorre rispettare i tempi dettati dalla pianificazione econo-

⁶⁵ La precedente formulazione della norma prevedeva invece che gli interessi economici “possono essere” presi in considerazione come esigenze imperative “solo in circostanze eccezionali”.

mica per l'erogazione delle risorse, sono tutti elementi che stimolano una riflessione più profonda sulla ragione sottesa agli interventi di riforma che hanno riguardato, contestualmente, sia il Codice dei contratti pubblici sia il Codice del processo amministrativo.

Come emerge dalla lettura delle prime righe della relazione illustrativa dello schema di Codice, la ragione per la quale la Presidenza del Consiglio dei Ministri ha ritenuto di non avvalersi della sola funzione consultiva, ma di delegare addirittura al Consiglio di Stato la predisposizione del progetto di Codice⁶⁶ è prescritta dalla necessità di attuare “un importante obiettivo del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza”; la centralità della programmazione economica delle riforme emerge anche in materia di contenzioso relativo ad opere finanziate con fondi del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza ove il legislatore ha imposto, per di più, in capo al giudice uno specifico onere motivazionale circa la compatibilità dell'eventuale misura cautelare con il rispetto dei termini previsti dal PNRR⁶⁷.

Dinanzi a tale consistente delega di funzioni, all'attuale impianto normativo e alla luce della concreta applicazione giurisprudenziale del criterio del risultato, che invero sembra essere più utile al giudice per indirizzare l'attività amministrativa che all'amministrazione stessa⁶⁸, pare ci si trovi dinanzi al fenomeno di tensione che si genera da quella che Cassese definirebbe come la “tripolarità giudice-legislatore-esecutivo”⁶⁹, ove il giudice

⁶⁶ Il “più antico ruolo del Consiglio di Stato”, ossia quello di consulente del Governo, ha subito recentemente un rilancio significativo, come osserva L. TORCHIA, *Funzione consultiva e cultura amministrativa: un bilancio di fine legislatura*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 2/2018, 129. M. CECILI, G. VOSA, *La funzione normativa dell'ordine giudiziario*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 1/2023, 275, mettono in evidenza il rilievo di tale delegazione, in cui è stato inserito “addirittura proceduralmente il Consiglio di Stato nella scrittura di atti legislativi”.

⁶⁷ L'art. 12-*bis*, comma 2, del d.l. n. 98/2022 dispone che “nella decisione cautelare e nel provvedimento di fissazione dell'udienza di merito, il giudice motiva espressamente sulla compatibilità della misura e della data dell'udienza con il rispetto dei termini previsti dal PNRR”. Secondo G. TAGLIANETTI, *Contratti pubblici e principio del risultato*, cit., 255, il legislatore sembrerebbe indirizzarsi verso la prevalenza del risultato sulle esigenze di effettività della tutela giurisdizionale in sede cautelare.

⁶⁸ Il Giudice compie una assai problematica funzione sussidiaria ad un'amministrazione spesso inefficiente in un sistema nel quale “ogni attore recita la parte dell'altro”. Sul tema F. LIGUORI, *Titoli edilizi illegittimi e giudice penale*, in *Riv. Giur. Edil.*, n. 3/2024, 236, con rinvio alla dottrina citata nelle note 6 e 7.

⁶⁹ S. CASSESE, *Il contributo dei giudici allo sviluppo del diritto amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 3/2020, 342.

amministrativo “protagonista”⁷⁰ svolge funzioni di supplenza al legislatore prima, e funzioni di guida e indirizzamento dell’attività amministrativa dopo⁷¹, servendosi, oltretutto, del carattere “polifunzionale”⁷² della sentenza.

Non stupisce, oltretutto, l’intenzione del legislatore di attribuire al potere giudiziario maggiore incisività sull’attività amministrativa, piuttosto evidente nel principio della fiducia, in cui si prevede che il funzionario pubblico è esente da colpa grave ove agisca tenendo conto degli “indirizzi giurisprudenziali prevalenti”.

Nello scenario della crisi dell’amministrazione, che non ha né le capacità tecniche, né tempo a sufficienza per attuare le riforme, l’operazione congegnata è tra le più sofisticate, ma sotto gli occhi di tutti: il risultato, da principio enunciato al comma 1 diviene, come detto, criterio al comma 4. Il “criterio prioritario” viene dunque previsto dal legislatore come parametro guida nell’esercizio dei poteri discrezionali dell’amministrazione, ma la formulazione semantica di una norma nondimeno costituisce anche la base dalla quale prendere le mosse per interpretare il precetto normativo sicché il giudice amministrativo, nel sindacare l’attività dell’amministrazione, è chiamato ad interpretare ed applicare in giudizio una norma che ha già compiuto, a monte, una scelta politica di carattere discrezionale di assurgere il risultato e la sua dimensione temporale a criterio prioritario nel bilanciamento degli interessi.

È sul concetto di priorità-tempestività, infatti, che la giurisprudenza fa leva per individuare l’interesse meritevole di tutela nella ponderazione tra il completamento dell’opera e il rispetto della forma per la legalità dell’azione amministrativa.

Ciò disvela anche la *ratio* dell’art. 4 – che rientra tra le norme a cui è maggiormente difficile attribuire la natura di principio – in virtù del quale

⁷⁰ Sul protagonismo giudiziario nell’applicazione della legge M. LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto. Restaurare l’ordine costituzionale dei poteri*, Milano, 2023, 147 e ss.

⁷¹ O, come è stato osservato da G. TROPEA, *L’effettività “equitativa” della decisione del giudice amministrativo: il caso della modulazione nel tempo degli effetti della sentenza*, in *Dir. proc. amm.*, n. 4/2023, 708-709, “il giudice, nel redivivo Stato amministrativo dove si amministra pure con la legge e con la sentenza, si sostituisce sia alla legge che all’amministrazione”.

⁷² Così, a proposito delle sentenze del giudice amministrativo che non si limitano a fare stato tra le parti ma condizionano anche l’attività amministrativa, S. VALAGUZZA, *La polifunzionalità delle sentenze del giudice amministrativo. Orientamenti giurisprudenziali e scelte delle pubbliche amministrazioni*, in *Dir. proc. amm.*, n. 2/2024, 427-451.

“le disposizioni del codice si interpretano e si applicano in base ai principi di cui agli articoli 1, 2 e 3”. L’attività esegetica dell’amministrazione, così come quella del giudice amministrativo – che ora gode di un sindacato più pregnante sull’attività discrezionale della pubblica amministrazione⁷³ – sono condizionate, dunque, dal “superprincipio” del risultato e dalla necessità di fare presto⁷⁴.

Non per nulla, proprio di recente il Consiglio di Stato, nel chiarire che non vi sarebbe tensione alcuna tra il principio del risultato e il principio di legalità⁷⁵, ha affermato che “il risultato concorre ad integrare il paradigma normativo del provvedimento e dunque ad “ampliare il perimetro del sindacato giurisdizionale piuttosto che diminuirlo”, facendo “transitare nell’area della legittimità, e quindi della giustiziabilità, opzioni e scelte che sinora si pensava attenessero al merito e fossero come tali insindacabili”⁷⁶.

Ma la scelta politico-discrezionale sulla priorità del risultato intesa quale esigenza di completamento dell’opera, che condiziona non di poco la discrezionalità amministrativa, è stata compiuta dal potere giudiziario non già nell’esercizio della funzione che usualmente gli appartiene, ossia

⁷³ L.R. PERFETTI, *Sul nuovo Codice dei contratti pubblici. In principio*, in *Urb. e app.*, n. 1/2023, 12, osserva che l’art. 4 “fissa in modo inequivoco il criterio per le valutazioni discrezionali del soggetto procedente”, così da rendere suscettibile di sindacato giurisdizionale la decisione discrezionale dell’amministrazione.

⁷⁴ M.R. SPASIANO, *Dall’amministrazione di risultato al principio di risultato del Codice dei contratti pubblici: una storia da scrivere*, in *federalismi.it*, n. 9/2024, 220, legge l’art. 4 come una chiave di lettura ermeneutica dell’intera disciplina dei contratti pubblici; come osserva l’A., “tra due o più possibili interpretazioni, quella volta ad agevolare il conseguimento del risultato dovrà prevalere”.

⁷⁵ I Giudici di Palazzo Spada ribadiscono che i contratti pubblici non sono solo mezzi che consentono alle pubbliche amministrazioni di procurarsi beni o erogare servizi, ma si tratta di strumenti “a plurimo impiego”, funzionali all’attuazione di politiche pubbliche ulteriori rispetto all’oggetto negoziale immediato, e dunque strumenti plurifunzionali di politiche economiche e sociali, “con conseguenti ricadute sulla causa del provvedimento di scelta del contraente”; in tal senso, Cons. Stato, Sez. V, 25 gennaio 2024, n. 807; Id., Sez. III, 29 dicembre 2023, n. 11322. La positivizzazione del principio del risultato nel Codice non “avrebbe sancito il primato logico dell’approvvigionamento” in quanto “tale principio è strettamente correlato a (e condizionato da) quello della fiducia, e dunque si differenzia dalla logica del risultato “statico” di cui all’art. 21-*octies*, comma 2, della legge n. 241 del 1990 per rivolgersi invece alla effettività della tutela degli interessi di natura superindividuale la cui cura è affidata all’amministrazione”; in termini Cons. Stato, Sez. III, 27 maggio 2024, n. 4701.

⁷⁶ Cons. Stato, Sez. III, 26 marzo 2024, n. 2866; Id., Sez. IV, 2 maggio 2024, n. 3985.

quella giurisdizionale, ma nell'esercizio eccezionale della funzione legislativa, in cui ha operato scelte, formulato indirizzi e interpretato interessi⁷⁷. Le funzioni dei “tre signori del diritto”⁷⁸ vengono dunque esercitate da un unico soggetto, e ciò consente al potere giurisdizionale (da tenere separato dalla funzione propriamente giurisdizionale) di guidare l'attività amministrativa attraverso il proprio sindacato senza che possa parlarsi di ipotesi di giurisdizione di merito o di invadenza nel campo dei poteri discrezionali non ancora esercitati, ma operando nell'ambito della giurisdizione generale di legittimità.

Si può parlare, dunque, di un creazionismo giudiziario “mascherato”, che condivide con il già noto creazionismo giudiziario⁷⁹ la giustizia del caso concreto⁸⁰, un fenomeno che rischia, come già accennato a proposito del carattere di recessività dei formalismi dinanzi al risultato, per creare ingiustizia⁸¹ e privare di tutela gli interessi collegati al rispetto formalistico delle regole; non sembra infatti essere rimessa al caso la scelta del legislatore di assurgere il risultato a criterio prioritario, oltre che per l'esercizio del potere discrezionale, anche per “l'individuazione della regola del caso concreto”.

La positivizzazione delle regole ad opera del potere giudiziario in funzione normativa – come già accaduto in passato con la delega al Consiglio di Stato per la predisposizione del Codice del processo amministrativo, prevista dall'art. 44, comma 4, della l. n. 69/2009 – non costituisce altro che la “ratifica” di un indirizzo già sorto nella prassi giurisprudenziale.

Il creazionismo si cela dunque dietro la funzione legislativa: il giudi-

⁷⁷ Per richiamare una espressione di S. CASSESE, *L'attività consultiva del consiglio di stato in materia di norme*, in *La Revue administrative*, n. 8/1999, 53.

⁷⁸ R. PARDOLESI, G. PINO, *Post-diritto e giudice legislatore. Sulla creatività della giurisprudenza*, in *Foro It.*, n. 3/2017, 116.

⁷⁹ Su cui si veda P. PORTALURI, *La cambiale di Fortsboff. Creazionismo giurisprudenziale e diritto al giudice amministrativo*, Napoli, 2021.

⁸⁰ Come ricorda A. CASSATELLA, *Separazione dei poteri*, cit., 255, quanto più la soluzione della controversia “è l'esito di valutazioni contingenti di una giustizia del caso concreto”, tanto maggiore è l'imprevedibilità delle decisioni.

⁸¹ F. DI CIOMMO, *Sulla giustizia ingiusta (dalla giurisprudenza normativa alla giustizia del caso concreto): la vicenda emblematica delle nullità negoziali*, in *Foro It.*, n. 9/2018, 254, osserva che la giurisprudenza creativa diviene anche giurisprudenza incerta in quanto rimessa alla “volontà del giudice del caso concreto”. L'A. ritiene, dunque, che tale fenomeno finisce per creare ingiustizia in quanto la legge non ha una applicazione uguale per tutti i consociati.

ce-legislatore, scrittasi la regola⁸² affinché potesse sindacare pienamente l'attività discrezionale della pubblica amministrazione rimanendo entro i confini del sindacato di legittimità, diviene giudice amministratore⁸³ e interpreta e applica le norme codicistiche per valutare, caso per caso, se il formalismo è trascurabile e se si può fare a meno di rallentare i tempi di esecuzione del contratto⁸⁴.

Il giudice amministrativo entra così “nel terreno della mediazione fra interessi”⁸⁵ per colmare il deficit di efficienza dell'amministrazione⁸⁶ e bilancia le conseguenze economico-sociali⁸⁷ del proprio intervento dapprima attraverso l'esercizio di un ruolo politico e poi modulando, all'occorrenza, gli effetti della sentenza.

Non è nuova la prassi di ricorrere all'antidoto dell'intervento in supplenza del giudice amministrativo⁸⁸ per curare la malattia della paura

⁸² M. CECILI, G. VOSA, *La funzione normativa*, cit., 276, sottolineano che “appare una stranezza che il titolare della funzione nomofilattica sul testo sia coinvolto, e neppure marginalmente, nella stesura del progetto in uno degli ambiti che crea più conflitto giudiziario”.

⁸³ S. CASSESE, *Il Consiglio di Stato come creatore di diritto e come amministratore*, in G. PASQUINI, A. SANDULLI, *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, 2011, 3 e ss.; di recente L. SALTARI, *I giudici amministratori*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 1/2023, 293-333.

⁸⁴ A. GIUSTI, *La «manomissione delle parole»: sentenza di annullamento e decisione amministrativa*, in *La decisione amministrativa*, a cura di R. URSI, M. RENNA, Napoli, 2021, 334, evidenzia come l'urgenza di preservare il risultato finale, in cui vi è anche il mantenimento del contratto, fa sì che il fine principale della tutela giurisdizionale non divenga tanto la rimozione del provvedimento illegittimo, quanto piuttosto evitare che “dalla sua caducazione derivino conseguenze peggiori”.

⁸⁵ In questi termini P. DURET, *La “nomotesia”: spigolature sul Consiglio di Stato come conditor juris*, in *Dir. proc. amm.*, n. 1/2024, 35. Coglie l'intenzione del legislatore di investire il giudice anche della cura dell'interesse pubblico anche G. TAGLIANETTI, *Contratti pubblici e principio del risultato*, cit., 250.

⁸⁶ A. GIUSTI, *La «manomissione delle parole»*, cit., 334, a proposito del giudice che di recente è tornato a rivendicare una ulteriore funzione sociale oltre quella, potremmo dire, giudicante.

⁸⁷ Così A. CASSATELLA, *La modulazione degli effetti delle sentenze amministrative ed i limiti delle creatività giudiziale*, in *Le juge administratif et ses pouvoirs*, a cura di A.G. OROFINO, O. RENAUDIE, cit., 135.

⁸⁸ L. TORCHIA, *Il giudice amministrativo e l'amministrazione: controllo, guida, interferenza*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 1/2019, 190-191, osserva che “al giudice si finisce per chiedere, di conseguenza, un'opera di supplenza e rimedio ad insufficienze altrui, che a volte può anche andare oltre i limiti del sindacato giurisdizionale”.

di amministrare⁸⁹ e non si vuole certo stigmatizzare il fenomeno della creazione del diritto per mano dei giudici, sia perché nell'esercizio della funzione giudiziale l'interpretazione è sempre, in qualche misura, creativa⁹⁰, sia perché anche la funzione consultiva ha, pur sempre, fondamento nella legge⁹¹.

Occorre nondimeno disegnare, una volta terminata l'attuale situazione di urgenza, un rapporto equilibrato tra giudice e legislatore⁹² e provare a ristabilire l'ordine dei poteri; diversamente, per la risoluzione del problema amministrativo, specie se non c'è tempo, si continuerà a ricorrere al meno elegante degli interventi che il legislatore possa attuare attraverso le misure di semplificazione: sostituendo l'amministrazione con altro.

⁸⁹ Sulla codificazione dei principi per scongiurare la “paura della firma” F. VETRÒ, *Spunti introduttivi alla sistematica dei principi e delle regole dei contratti pubblici*, in *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Com.*, n. 2/2024, 379-404. Sul tema, in generale, S. TUCCILLO, *Potere di riesame, amministrazione semplificata e “paura di amministrare”*, in *Nuove Autonomie*, n. 3/2020, 746.

⁹⁰ R. PARDOLESI, G. PINO, *Post-diritto e giudice legislatore*, cit., 118.

⁹¹ La l. n. 78/2022 riconosce al Governo la facoltà, poi esercitata, di avvalersi del Consiglio di Stato per la stesura dell'articolato normativo secondo quanto previsto all'art. 14, comma 2, del regio decreto 26 giugno 2024, n. 1054.

⁹² F. SAITTA, *Interprete senza partito? Saggio critico sulla discrezionalità del giudice amministrativo*, Napoli, 2022, 533.

Abstract

Le recenti misure di semplificazione dell'attività amministrativa puntano a ridurre i tempi delle gare e, soprattutto, a procedere in maniera spedita nella fase di esecuzione del contratto, al fine di perseguire un risultato utile e qualitativamente apprezzabile in tempi ragionevoli.

Dietro le misure di semplificazione spesso si cela, specie durante le stagioni di crisi in cui occorre implementare la capacità amministrativa, il rischio di porre in essere mere attività di “taglio” di talune funzioni amministrative, con la conseguenza di incidere sull'esercizio del potere amministrativo; un potere indirizzato al perseguimento dell'interesse pubblico che, dinanzi alla formulazione indeterminata di taluni principi e alla recente previsione di nuovi criteri interpretativi per il sindacato del giudice amministrativo sull'attività amministrativa rischia, di fatto, di essere soppiantato da forme di “amministrazione giudiziaria”.

Time and results in public administration contracts

Recent measures to simplify administrative activities aim to reduce the time required for tenders and, above all, to proceed swiftly in the contract execution phase in order to pursue a useful and qualitatively appreciable result within a reasonable timeframe.

Behind the simplification measures is often concealed, especially during times of crisis when administrative capacity needs to be implemented, the risk of merely ‘cutting’ certain administrative functions, with the consequence of affecting the exercise of administrative power; a power aimed at pursuing the public interest that, in the face of the indeterminate formulation of certain principles and the recent provision of new interpretative criteria for the administrative judge's review of administrative activity, risks, in fact, being supplanted by forms of “judicial administration”.