

IL GIUDICE E L'INTERPRETAZIONE DEL PROVVEDIMENTO AMMINISTRATIVO NELL'ESPERIENZA ITALIANA: LA VICENDA ESEMPLARE DELLE CLAUSOLE DEI BANDI DI GARA

Massimo Monteduro*

Università degli Studi del Salento

Abstract

L'interpretazione degli atti giuridici è tema fondamentale e, soprattutto, trasversale ai diversi settori del diritto. E' imponente, ad esempio, la mole di studi dedicati all'interpretazione di atti quali la legge, il contratto, il trattato internazionale. Sono invece relativamente più rare le indagini dottrinali dedicate specificamente all'interpretazione del provvedimento amministrativo, nonostante si tratti di un problema la cui rilevanza non è affatto secondaria. Ad interpretazioni alternative ricavate dal testo dell'atto autoritativo, infatti, possono corrispondere rapporti concreti molto diversi, per intensità e contenuti, tra pubblica amministrazione e cittadini. L'articolo esamina l'esperienza giuridica dell'Italia, scegliendo uno specifico punto di osservazione: il modo in cui il giudice amministrativo italiano individua i criteri da utilizzare per attribuire il significato più corretto, in sede di interpretazione, al provvedimento amministrativo. In particolare, come caso paradigmatico di studio, viene analizzato l'orientamento della giurisprudenza amministrativa italiana che si è formato a proposito dell'interpretazione dei bandi di gara per l'affidamento di contratti pubblici. Dall'analisi condotta emerge una chiave di lettura: la polarità tra formalismo e finalismo ermeneutico. L'articolo critica l'impostazione formalistica mettendo in evidenza le ragioni che rendono ineludibile, per l'interpretazione del provvedimento amministrativo, il criterio teleologico.

Parole chiave: Italia, interpretazione giuridica, provvedimento amministrativo, giustizia amministrativa, criterio formale, criterio teleologico, bandi di gara, contratti pubblici

Recibido: 01/06/09. Aceptado: 30/06/09

* Ricercatore confermato di Diritto Amministrativo presso la Facoltà di Giurisprudenza

Abstract

The interpretation of juridical acts is a fundamental issue and, most importantly, a cross-cutting one affecting the several branches of law. For instance, an imposing bulk of studies aimed at interpreting acts such as the law, the contract or the international treaty can be observed. Instead, doctrinal researches focusing on the interpretation of the administrative act are comparatively less frequent, in spite of its high relevance. To alternative interpretations of the text of the authoritative act can correspond, in practice, very different (intensity and contents of) relationships between the public administration and the citizens. This article investigates the juridical experience of Italy, adopting a particular perspective: i.e. the way in which the Italian administrative judge identifies the criteria through which to assign the most correct meaning to the administrative act, during its interpretation. In particular, the article analyses, as a paradigmatic case study, the orientation of the Italian administrative jurisprudence developed around the interpretation of contract notices in administrative procedures for the award of public contracts. The analysis highlights a polarity between formalism and finalism in interpretation. The author criticises the formalistic approach, highlighting the reasons that make inescapable the teleological rule in interpreting the administrative act.

Keywords: Italy, juridical interpretation, administrative act, administrative justice, literal rule, teleological rule, contract notices, public contracts

1. Si intende, con le osservazioni che seguono, porre alcuni interrogativi circa l'*animus* con cui, nell'attuale esperienza giuridica, il giudice amministrativo italiano affronta il proprio ruolo di interprete (privilegiato) del potere in un preciso momento: quello in cui è posto dinanzi al problema di individuare il significato più corretto da attribuire, in sede ermeneutica, alla manifestazione *par excellence* del potere medesimo, ossia il provvedimento amministrativo in quanto atto giuridico, per ciò stesso necessariamente oggetto di interpretazione.

Un primo elemento di contesto, in proposito, merita di essere immediatamente segnalato.

Stupisce la relativa rarità dei contributi dottrinali dedicati, in Italia, al problema dell'*interpretazione del provvedimento amministrativo*¹, soprattutto

¹ Nella dottrina amministrativistica italiana, sull'interpretazione degli atti amministrativi in generale, v. MACCARRONE L., *Sull'interpretazione nel diritto amministrativo*, Napoli, 2007; VILLATA R. – RAMAIOLI M., *Il provvedimento amministrativo*, in *Sistema del diritto amministrativo italiano* diretto da SCOCA F.G. – ROVERSI MONACO F.A. – MORBIDELLI

se confrontata con l'imponente mole degli studi dedicati, in altri settori disciplinari di diritto sostanziale, all'interpretazione della legge, del contratto, del trattato internazionale.

Oltre a pregevoli, seppur non numerosi, saggi, è possibile rilevare la presenza di due sole opere monografiche specificamente intitolate al tema: la pietra miliare di Massimo Severo Giannini (edita nel 1939) "*L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione*" e, a distanza di quasi settanta anni, l'agile monografia (edita nel 2007) "*Sull'interpretazione nel diritto amministrativo*" di Laura Maccarrone².

Verosimilmente, il mancato radicamento di elaborazioni dottrinali diffuse ha giocato un ruolo non trascurabile nel determinare l'atteggiamento della giurisprudenza italiana, ordinaria ed amministrativa.

Queste ultime affermano da tempo che "*l'interpretazione degli atti amministrativi soggiace alle stesse regole dettate dagli art. 1362 e ss. del codice civile per l'interpretazione dei contratti ... in quanto compatibili con il provvedimento amministrativo*"³, operando una mutuazione "*di comodo*"⁴ delle

G., Torino, 2006, 628 ss.; MARZUOLI C., *L'interpretazione dell'atto amministrativo nella giurisprudenza*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, vol. II, Napoli, 2005, 1529; PIFFERI G., *Interpretazione dell'atto amministrativo*, in *Amm. It.*, 1994, 257; CAVALLO B., *Provvedimenti e atti amministrativi* (in particolare, cap. XII, *L'interpretazione dei provvedimenti e degli atti amministrativi*), in *Trattato di diritto amministrativo* diretto da SANTANIELLO G., vol. III, Padova, 1993, 439; MERCATI L., *L'interpretazione giurisdizionale del provvedimento amministrativo: dal sindacato di legittimità al riesame del merito*, in *Foro Amm.*, 1990, 2012; LASCHENA R., voce *Interpretazione: IV Interpretazione dell'atto amministrativo*, in *Enc. Giur.*, Treccani, Roma, 1988; CAPACCIOLI E., *Manuale di diritto amministrativo*, I, Padova, 1980, 155; GARRI F., *Il principio della presunzione di legittimità e l'interpretazione dell'atto amministrativo*, in *Amm. It.*, 1972, 895; CORREALE G., *Attività interpretativa della pubblica amministrazione e presunzioni legali*, in *Foro Amm.*, 1967, 111; CANNADA BARTOLI E., *L'interpretazione giudiziaria degli atti amministrativi secondo Cass. Sez. Un. 203/1956*, in *Foro Amm.*, 1956, 177; MIELE G., *Interpretazione dei contratti e interpretazione degli atti amministrativi*, in *Giur. Compl. Cass. Civ.*, 1955, IV, 207; GIANNINI M.S., *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione*, Milano, 1939. Fondamentali restano, in materia, le pagine di BETTI E., *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1949.

² Di grande rilevanza, ma sotto un diverso profilo (il rapporto tra interpretazione e discrezionalità amministrativa rispetto al processo di esercizio del potere più che rispetto al prodotto - il provvedimento finale - di tale esercizio), sono le opere di BENVENUTI L., *La discrezionalità amministrativa*, Padova, 1987 e *Interpretazione e dogmatica nel diritto amministrativo*, Milano, 2002.

³ *Ex multis*, Consiglio di Stato, Sez. VI, 8 aprile 2003, n. 1877, in *Foro Amm. - C.d.S.*, 2003, 1380; Cassazione Civile, Sez. III, 6 aprile 2001, n. 5152, in *Giust. Civ. Mass.*, 2001, 734;

disposizioni codicistiche pensate per il contratto rispetto alla ben diversa fattispecie rappresentata dal provvedimento amministrativo.

E' emersa, tuttavia, soprattutto nella giurisprudenza amministrativa, la consapevolezza della problematicità dell'operazione di "trapianto" delle regole civilistiche di ermeneutica contrattuale nell'interpretazione del provvedimento amministrativo.

Le ragioni dell'irriducibile differenza tra provvedimento e contratto si colgono, tra l'altro, nel centrale elemento della volontà: libera nel fine ed ancorata a scelte soggettive espressione di autonomia, per il contratto; vincolata nel fine, oggettivata nel procedimento ed espressione di funzione doverosa, per il provvedimento⁵.

In tale prospettiva, la traiettoria della giurisprudenza amministrativa italiana ha denotato, nell'applicazione concreta dei canoni interpretativi civilistici al provvedimento amministrativo, vistose quanto confessate deviazioni rispetto a questi ultimi, sia restringendo notevolmente i margini di operatività di alcuni di essi (ad esempio, il criterio della comune intenzione delle parti di cui all'art. 1362, comma 1 ed i criteri di cui agli artt. 1368, 1370 e 1371 cod. civ.)⁶, sia elaborando canoni ermeneutici ulteriori, "a misura" del provvedimento se non addirittura di specifiche tipologie provvedimentali⁷.

Importa qui notare come la giurisprudenza, privilegiando per lo più una *prospettiva oggettiva* di interpretazione del provvedimento (con il tendenziale rifiuto di criteri soggettivi)⁸, tenda a declinare tale oggettività in due direzioni molto diverse: in alcune pronunce, si enfatizza il criterio dell'*interpretazione*

Consiglio di Stato, Sez. IV, 30 maggio 2001, n. 2953, in *Foro Amm.*, 2001, 1154; Consiglio di Stato, Sez. V, 13 marzo 2001, n. 1430, in *Foro Amm.*, 2001, 505; Cassazione Civile, Sez. II, 12 novembre 1998, n. 11409, in *Giust. Civ. Mass.*, 1998, 2335.

⁴ MACCARRONE L., *Sull'interpretazione*, cit., 122.

⁵ MARZUOLI C., *L'interpretazione*, cit., 1560.

⁶ Sia consentito il rinvio a MONTEDURO M., *Interpretazione del bando*, in PERFETTI L.R. (a cura di), *Repertorio degli appalti pubblici*, vol. II, Padova, 2005, 764 ss.; v. altresì MACCARRONE L., *Sull'interpretazione*, cit., 122, 141-143, 187, 197-207.

⁷ MARZUOLI C., *L'interpretazione*, cit., 1552-1553; MACCARRONE L., *Sull'interpretazione*, cit., 121; 160-161.

⁸ "L'interpretazione dei provvedimenti amministrativi è governata da canoni totalmente disancorati da valutazioni di tipo soggettivo, come avviene, invece, per i negozi giuridici di diritto privato, dovendosi privilegiare l'interpretazione oggettiva, che prescinde dai moventi soggettivi delle parti non espressamente esplicitati nel testo documentale del provvedimento" (TAR Piemonte, Sez. II, 26 gennaio 1996, n. 31, in *I T.A.R.*, 1996, I, 849).

rigorosamente letterale, che assumerebbe “*carattere preminente*” rispetto a tutti gli altri precludendo al giudice la ricerca di significati inespressi nella formulazione testuale dell'atto⁹; in altre, si ricerca invece l'oggettivazione dell'attribuzione di senso attraverso l'utilizzo del *criterio teleologico*, ossia valorizzando il principio per cui le norme attributive e disciplinatrici del potere amministrativo fissano i *fini* che la p.a. deve perseguire, identificandoli in *interessi pubblici*, donde la necessità, in sede ermeneutica, di privilegiare il significato che consenta al provvedimento amministrativo di restare “fedele” al perseguimento di tali fini e di tali interessi pubblici¹⁰.

Emerge dunque una polarità tra *formalismo* e *finalismo* che rappresenta un'utile chiave di lettura per evidenziare, in termini critici, una ricorrente tendenza della giurisprudenza amministrativa italiana.

Nel cono d'ombra del potere amministrativo, il giudice chiamato all'interpretazione del provvedimento sembra spesso intimorito dalle responsabilità cui lo chiamerebbe l'interpretazione teleologica, esorcizzando tali preoccupazioni attraverso il rifugio nell'interpretazione letterale.

Il criterio teleologico obbligherebbe, infatti, a riconnettere l'esercizio concreto del potere amministrativo agli scopi pubblici perseguiti: e ciò, si badi, non solo “in negativo”, ossia attraverso un'operazione di rimozione dei significati in contrasto con tali fini, ma anche “in positivo”, attraverso l'assegnazione all'atto del significato, tra quelli astrattamente possibili, maggiormente coerente con gli interessi pubblici al cui perseguimento l'esercizio del potere è normativamente funzionalizzato, quand'anche ciò dovesse comportare uno scostamento rispetto agli esiti dell'interpretazione puramente letterale.

⁹ Consiglio di Stato, Sez. VI, 8 aprile 2003, n. 1877, cit.; TAR Sicilia-Catania, Sez. III, 24 agosto 2002, n. 1464 in *Foro Amm.* – T.A.R., 2002, 2720; Consiglio di Stato, Sez. IV, 30 maggio 2001, n. 2953, cit.; Cassazione Civile, Sez. III, 5 giugno 2001, n. 7584, in *Giust. Civ. Mass.*, 2001, 1133, ove si precisa che il criterio letterale sarebbe prioritario per l'atto amministrativo “*trattandosi di atto unilaterale*”; Consiglio di Stato, Sez. IV, 12 settembre 2000, n. 4808, in *Foro Amm.*, 2000, 3007; Cassazione Civile, Sez. II, 12 novembre 1998, n. 11409, cit.; Consiglio di Stato, Sez. V, 18 gennaio 1980, n. 40, in *Foro Amm.*, 1980, 65.

¹⁰ TAR Lazio – Latina, 10 luglio 2000, n. 656, in *Foro Amm.*, 2001, 146. E' stato affermato, in tale prospettiva, che “*gli atti amministrativi devono essere interpretati alla stregua di criteri logici tali da conferire all'atto il significato più conforme all'interesse pubblico e al buon andamento dell'amministrazione*”, dovendosi evitare che “*la lettera dell'atto tradisca il senso logico giuridico, frustrando l'interesse pubblico perseguito*” (TAR Lombardia – Brescia, 30 gennaio 2002, n. 123, in *Foro Amm.* – T.A.R., 2002, 36).

Di fronte a tale soglia, la giurisprudenza appare talvolta esitante, verosimilmente consapevole del fatto che a diverse interpretazioni del significato del provvedimento amministrativo corrispondono differenti assetti di interessi nella realtà concreta dei rapporti giuridici tra p.a. e cittadini: da qui l'avvertita rischiosità del compito del giudice il quale, interpretando il provvedimento, teme (forse) di finire per invischiarsi "troppo" nel provvedere.

Conseguenza di tali timori diviene la scelta di operare delle *autolimitazioni*, a volte apertamente dichiarate dalla giurisprudenza amministrativa italiana, nel senso di sterilizzare l'operatività del criterio teleologico nell'interpretazione del provvedimento amministrativo e di arrestare l'intero processo ermeneutico al suo *incipit*, ossia al dato letterale.

Un paradigma eloquente di tale atteggiamento giurisprudenziale è rappresentato dal modo in cui i giudici amministrativi interpretano le prescrizioni dei bandi di gara stabilite «*a pena di esclusione*».

Tale fattispecie verrà di seguito esaminata in una prospettiva critica, mirando ad astrarre dalla vicenda particolare dei rilievi conclusivi validi, per quanto possibile, su un piano più generale.

2. In ordine all'interpretazione delle prescrizioni del bando di gara per l'affidamento di contratti pubblici¹¹ la giurisprudenza amministrativa italiana muove dal postulato dell'esistenza di una *summa divisio*, di elaborazione esclusivamente pretoria:

¹¹ Sull'interpretazione dei bandi di gara, cfr. MONTEDURO M., *Interpretazione del bando*, cit.; SARACINO C.M., *Ermeneutica contrattuale ed auto-interpretazione del bando: la babele delle clausole di gara tra chiarificazione ed innovazione*, in *Foro amm. - T.A.R.*, 2007, 1253; CREPALDI G., *Norme imperative di legge e principio di eterointegrazione del bando di gara*, in *Foro amm. - C.d.S.*, 2007, 568; PAGANO I., *Integrazione documentale e tutela della par condicio*, in *Urb. App.*, 2006, 1185; PONZIO S., *L'illegittimità dell'utilizzo di modalità di presentazione dell'offerta diverse rispetto alle previsioni della lex specialis e l'impugnazione dell'esclusione*, in *Foro amm. - C.d.S.*, 2006, 2296; CRISTANTE O., *Sull'inammissibilità di offerte contenenti dichiarazioni sostitutive non sottoscritte e sull'impossibilità di disporre la regolarizzazione*, in *I contratti dello Stato e degli enti pubblici*, 2006, 434; PALMIERI V., *Interpretazione della clausola del bando di gara che impone la presentazione delle offerte tramite il servizio postale*, in *Foro amm. - C.d.S.*, 2005, 1513; CASALINI D., *L'interpretazione delle clausole di esclusione dalla gara pubblica e la colpa dell'amministrazione aggiudicatrice*, in *Servizi pubblici e appalti*, 2005, 412; MICIELI DE BIASE N., *Nelle gare d'appalto non sono sanabili le violazioni dei requisiti essenziali dei documenti prodotti dalla parte*, in *Il Consiglio*

- (a) le clausole per così dire “ordinarie”, ossia quelle prescrizioni che il bando impone ai concorrenti senza stabilire quale sanzione colpirà il trasgressore in caso di inosservanza;
- (b) le clausole che potrebbero definirsi “rinforzate”, ossia quelle prescrizioni che il bando impone ai concorrenti aggiungendovi le parole «a pena di esclusione», in tal modo precisando espressamente che,

di Stato, 2004, fasc. 2, 233; LUCIANI F., *Difetto di sottoscrizione delle dichiarazioni sostitutive e poteri di regolarizzazione*, in *Giorn. dir. Amm.*, 2004, 993; ALESIO M., *I poteri delle commissioni di gara e l'interpretazione delle clausole del bando*, in *Il nuovo diritto*, 2004, 267; CACCO F., *Bandi di gara, clausole sanzionate dall'esclusione e c.d. regolarizzazione di documenti e dichiarazioni*, in *I contratti dello Stato e degli enti pubblici*, 2003, 242; VOLPE C., *Bandi di gara e inviti alla gara* (in particolare, par. 22, *L'interpretazione delle clausole dei bandi di gara e degli inviti alla gara*), in VILLATA (a cura di), *L'appalto di opere pubbliche*, Padova, 2004, 335; CORTESE P.F., *Il bando di gara: attività vincolata ed attività discrezionale della p.a. Integrazione della documentazione*, in *Riv. trim. appalti*, 2003, 706; CIANFLONE A. – GIOVANNINI G., *L'appalto di opere pubbliche*, Milano, 2003, 479; DIANA A.G., *L'impugnazione del bando di gara negli appalti di opere o servizi* (in particolare, cap. VII, *La chiarezza della previsione del bando di gara e la volontà d'impugnazione dell'interessato*, e cap. IX, *L'interpretazione del bando di gara e la sua pubblicità*), Padova, 2003; GIOVANNELLI M., *Clausola del bando a pena di esclusione e regolamento complessivo della gara*, in *Urb. App.*, 2003, 1449; PONTE D., *Interpretazione ed impugnazione del bando: in tema di requisiti di partecipazione il cerchio si può quadrare?*, in *Urb. App.*, 2003, 1202; NICOLAZZI T., *Clausole previste a pena di esclusione e principio di regolarizzazione*, in *Servizi pubblici e appalti*, 2003, 117; DE MAIO G., *Esclusione dalla gara per inosservanza delle clausole del bando e della lettera di invito*, in *Urb. App.*, 2003, 940; MARI G., *Sulla disapplicabilità delle clausole del bando di gara e sul principio di regolarizzazione*, in *Foro amm. – T.A.R.*, 2002, 1133; MORSELETTO M., *Le clausole di esclusione nei bandi di gara*, in *Urb. App.*, 2002, 721; MELE E., *I contratti delle pubbliche amministrazioni*, Giuffrè, Milano, 2002, 113; DIDONNA M., *L'esclusione dalla gara d'appalto. "Par condicio" e massima partecipazione*, in *Urb. App.*, 2002, 1127; DE ROSA B., *La rigidità delle clausole di esclusione dalle gare per motivi esclusivamente formali*, in *Riv. giur. edil.*, 2002, 979; DE ROSA B., *Regolarizzazione della carenza documentale nelle gare d'appalto per l'affidamento di lavori pubblici: facoltà o obbligo per la stazione appaltante*, in *Riv. giur. edil.*, 2001, 1193; OCCHIENA M., *Istanze, autocertificazioni, acquisizione d'ufficio, cause di esclusione, regolarizzazione nei concorsi a pubblico impiego e nelle gare d'appalto prima e dopo la riforma Bassanini*, in *Foro it.*, 1999, III, 268; CRISAFULLI A., *Discrezionale la valutazione delle prescrizioni contenute nei bandi di gara*, in *Urb. App.*, 1997, 1030; CANNADA BARTOLI E., *Interpretazione di gara*, in *Giur. It.*, 1997, III, 1, 297; BARBERIS R., *L'integrazione documentale nelle procedure di gara per l'affidamento di pubblici appalti*, in *Riv. amm. appalti*, 1997, 29; SCOGNAMIGLIO A., *Prescrizioni formali del bando di gara e caratteri del giudizio di legittimità*, in *Foro Amm.*, 1993, 2251; DI GERONIMO R., *Natura ed interpretazione delle norme di bando di gara per l'aggiudicazione di lavori pubblici e rilevanza giuridica delle inosservanze alle prescrizioni in esse contenute, con particolare riguardo a quelle dettate in tema di partecipazione, poteri amministrativi e sindacato giurisdizionale*, in *Riv. amm.*, 1993, 1375; CANNADA BARTOLI E., *Interpretazione di un invito*, in *Giur. It.*, 1991, III, 1, 11; TABARRINI A., *Il bando di gara*, in *Riv. Trim. App.*, 1991, 507; ANGIULI A., *Ancora sui criteri interpretativi del bando nelle gare pubbliche*, in *Riv. Trim. App.*, 1987, 142.

in caso di inosservanza, i trasgressori saranno sanzionati con l'esclusione dalla gara.

Secondo la giurisprudenza amministrativa, il processo ermeneutico da seguire dovrebbe differenziare la propria profondità ed i propri criteri esplorativi a seconda che ci si trovi di fronte all'una o all'altra categoria di clausole.

Per le clausole "ordinarie", l'interprete (quale che esso sia: la commissione giudicatrice, la stazione appaltante, lo stesso giudice amministrativo) avrà l'obbligo di non fermarsi al tenore letterale della prescrizione.

Andando oltre l'esito dell'interpretazione letterale (condotta facendo applicazione del canone di cui all'art. 1362, comma 1, cod. civ.), l'esegeta dovrà verificare se l'onere imposto dalla prescrizione di gara sia "essenziale" per la "tutela di un rilevante interesse pubblico perseguito dalla stazione appaltante" e/o per la "garanzia della par condicio tra i concorrenti". Se la verifica avrà esito positivo, la p.a. avrà l'obbligo di non ammettere il concorrente alla gara, pena l'illegittimità dell'atto di ammissione. Viceversa, se la clausola verrà valutata, all'esito della suddetta verifica, "non essenziale" per la tutela dei valori in precedenza menzionati, prevarrà il principio del *favor admissionis* e la p.a. avrà l'obbligo di far accedere il partecipante alla gara, pena l'illegittimità dell'eventuale esclusione.

L'indagine ermeneutica sullo "scopo" della clausola, mirante ad accertare la sussistenza o meno di un rapporto di "strumentalità necessaria" tra quest'ultima e l'interesse pubblico perseguito dalla p.a. e/o la garanzia della *par condicio*, sostanzia il cd. *criterio teleologico*, costantemente enunciato dalla giurisprudenza nei termini sopra esposti¹².

¹² *Ex multis*, TAR Veneto, Sez. I, 12 gennaio 2007, n. 82, in *Foro amm. - T.A.R.*, 2007, 46; TAR Sardegna, Sez. I, 11 maggio 2004, n. 597, in *Foro amm. - T.A.R.*, 2004, 1586; Consiglio di Stato, Sez. V, 1 dicembre 2003, n. 7835, in *Foro Amm. - C.d.S.*, 2003, 3759; Consiglio di Stato, Sez. V, 30 giugno 2003, n. 3870, in *Foro Amm. - C.d.S.*, 2003, 1920; Consiglio di Stato, Sez. V, 11 febbraio 2003, n. 702, in *Riv. Corte Conti*, 2003, I, 334; Consiglio di Stato, Sez. IV, 9 dicembre 2002, n. 6672, in *Foro Amm. - C.d.S.*, 2002, 3129; Consiglio di Stato, Sez. V, 16 gennaio 2002, n. 226, in *Foro amm. - C.d.S.*, 2002, 98; Consiglio di Stato, Sez. V, 31 ottobre 2001, n. 5690, in *Foro Amm.*, 2001, 2827; TAR Emilia Romagna - Parma, 17 dicembre 2003, n. 798, in *Foro Amm. - T.A.R.*, 2003, 3528; TAR Campania - Napoli, Sez. II, 28 aprile 2003, n. 4180, in *Foro Amm. - T.A.R.*, 2003, 1340. La casistica circa l'applicazione del criterio teleologico è vastissima: sia nuovamente consentito, per alcune esemplificazioni, il rinvio a MONTEDURO M., *Interpretazione del bando*, in particolare pp. 802-804.

A ben vedere, il criterio teleologico cela, dietro di sé, due principi fondamentali di ogni procedimento amministrativo, ossia il *principio di ragionevolezza* e il *principio di proporzionalità*¹³.

Tale affermazione apparirà più chiara ove si consideri quanto segue.

Il criterio teleologico conduce l'interprete ad interrogarsi circa la "essenzialità" (o meno) della prescrizione del bando rispetto ad uno scopo.

Lo scopo è legato al perseguimento dei valori fondamentali che giustificano il sistema delle gare pubbliche e ne sostanziano l'anima.

¹³ Nella dottrina italiana, se vi è accordo circa il carattere assolutamente fondamentale e primario dei suddetti principi nel diritto amministrativo, si discute circa il rapporto intercorrente tra i medesimi: alcuni ravvisano nella proporzionalità un corollario, una specificazione o uno dei criteri di applicazione del più generale principio di ragionevolezza (SORACE D., *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, 2007, 64; MORBIDELLI G., *Il procedimento amministrativo*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, Bologna, 2005, 566; SALA G., *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento*, Milano, 1993; VIPIANA P.M., *Introduzione allo studio del principio di ragionevolezza nel diritto pubblico*, Padova, 1993); altri, invece, sostengono l'autonomia e la differenziazione tra principio di ragionevolezza e principio di proporzionalità (SANDULLI A., voce *Ragionevolezza [dir. amm.]*, in CASSESE S. [dir.], *Dizionario di diritto pubblico*, vol. V, Milano, 2006, 4804; ID., *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998; ROSSI G., *Diritto amministrativo*, vol. I, *Principi*, Milano, 2005, 126; CASSESE S., *Il diritto amministrativo e i suoi principi*, in CASSESE S. [a cura di], *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 2004, 12; GALETTA D.U., *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998). Sul principio di ragionevolezza, icastiche le affermazioni di MORBIDELLI G., *Il procedimento amministrativo*, cit., il quale definisce la ragionevolezza "principio assoluto" (560) di qualsiasi procedimento amministrativo ed ammonisce (563-566), con osservazioni che sono di particolare significato ai fini di quanto di seguito si tenterà di evidenziare nel presente contributo: "Non può essere sottaciuto che il criterio della ragionevolezza reca con sé margini di soggettività; che peraltro sono guidati e coordinati dalla legge e da una fitta rete di "criteri indicatori" ... in sostanza, la ragionevolezza è il tramite tra le fonti e la realtà: la p.A. non è una semplice e meccanica applicatrice di norme, esse devono essere concretizzate e tradotte in provvedimenti amministrativi attraverso la logica, la proporzionalità, l'adeguatezza, il che giunge sino ad incidere sul formale dato positivo. Tale operazione architettonica di costruzione del provvedimento coniugando la legge e la frastagliata realtà è resa manifesta attraverso la motivazione, che cresce ed incentiva il sindacato del giudice sulla coerenza del percorso logico seguito dall'Amministrazione ... Quanto alle preoccupazioni di soggettivismo, esse nascono dalla più o meno esplicita adesione al positivismo ottocentesco e dall'illusione che il giudice sia solamente la bocca della legge. In realtà non è così da molto tempo (e anzi, così non è mai stato); ed anzi, nella società pluralistica ... la valvola della ragionevolezza affidata all'opera continua e sistematica di dottrina e giurisprudenza costituisce un fattore di certezza. La ragionevolezza equivale a correttezza ed adeguatezza della funzione e, di converso, la irragionevolezza equivale a "vizio della funzione": con riferimento al procedimento è il criterio che consente di verificare la completezza dell'istruttoria, l'adeguatezza tra la stessa e la decisione finale, la coerenza interna, la non arbitrarietà nella selezione degli interessi, la conformità alla natura delle cose, e dunque la logicità e la coerenza del processo decisionale".

Nella prospettiva teleologica, dunque, la prescrizione perde ogni carattere di assolutezza sacrale e autoreferenzialità per piegarsi a *strumento* rispetto a (pre)determinati *fini*: strumento è la clausola del bando, fini sono le *rationes* poste a base della clausola stessa e, in una visione più ampia, dell'intero ordito della *lex specialis* di gara in cui la clausola è inserita, ad un tempo cause giustificative ed obiettivi assiologici perseguiti dal soggetto prescrittore.

Il problema legato all'interpretazione della singola prescrizione del bando diviene così quello del rapporto di corrispondenza, di idoneità e di necessarietà tra quest'ultima ed i fini per cui il bando è stato vergato: fini descrivibili in termini di *valori giuridici*. Non sarà possibile dare della prescrizione un'interpretazione contrastante con i valori che ne costituiscono il fondamento genetico e la destinazione prefigurata.

Poiché si discute dell'interpretazione dei bandi di gara, occorre chiedersi quali siano i valori di fondo che ispirano la normazione sull'evidenza pubblica nell'affidamento dei contratti della p.a.

Il primo polo assiologico è rappresentato dal “nocciolo duro” di interesse pubblico che è sotteso ad ogni gara d'appalto o di concessione, ossia il *perseguimento del massimo livello di soddisfazione dei cittadini nella loro doppia veste di “finanziatori” e “consumatori” dell'attività delle pubbliche amministrazioni*. Se si volesse forzare semplicisticamente il concetto, potrebbe dirsi che la p.a. “banditrice” assume la veste di una *agenzia* cui i cittadini si rivolgono per *centralizzare* gli acquisti di lavori, beni e servizi che siano necessari per far funzionare le strutture o i servizi *a fruizione collettiva* (per quelli a fruizione individuale i cittadini provvedono da sé); a tale scopo, i cittadini finanziano (attraverso il generale prelievo fiscale o le specifiche tariffe di gestione a loro carico) gli acquisti commissionati dall'agenzia-p.a. in loro nome e fruiscono dei risultati finali di tali acquisti (realizzazione di infrastrutture a fruizione collettiva; erogazione universalistica di servizi pubblici; garanzia o miglioramento dell'operatività degli stessi uffici interni dell'ente pubblico i quali quotidianamente “servono” i cittadini esercitando le diverse funzioni amministrative, etc.). Al valore del massimo livello di soddisfazione dei cittadini si correla l'esigenza delle stazioni appaltanti di contrattare solo con imprese affidabili (sotto il profilo morale, economico/finanziario e tecnico) e di individuare tra di esse l'offerta più conveniente, a

tutela del corretto e razionale utilizzo del denaro pubblico e della qualità dell'opera/servizio/fornitura finali: la solidità dell'esecutore ed il miglior rapporto qualità/prezzo sono, infatti, i due presidi indefettibili senza i quali il cittadino si troverà a dover lamentare, nel bilancio finale, un *deficit* di corrispondenza tra risorse devolute ed utilità fruite.

Il secondo polo assiologico è rappresentato dall'esigenza dell'ordinamento comunitario e, di riflesso, nazionale, a che venga tutelata la *concorrenza* nell'assegnazione delle commesse pubbliche. Sacche di "opacità" nella scelta dell'aggiudicatario o "naturali preferenze" per le imprese aventi sede nella stessa realtà geografica locale della stazione appaltante finirebbero per distorcere il gioco della concorrenza in un mercato che è ormai comunitario, non nazionale o locale, generando inefficienze e sovraccosti inaccettabili nel quadro di sistema delle politiche di riduzione dei disavanzi pubblici dettate dai criteri di convergenza fissati dal Trattato di Maastricht. Per questo, le direttive comunitarie in materia di appalti hanno rigidamente presidiato la tutela della concorrenza attraverso l'imposizione all'acquirente pubblico dell'obbligo di assicurare una sorta di mercato "artificiale", che si realizza surrogando in qualche modo quello che sarebbe il raggiungimento del punto di equilibrio nel libero gioco dell'incontro tra domanda e offerta, mediante l'esperimento di procedure di evidenza pubblica analiticamente disciplinate, in tutte le loro fasi, da prescrizioni eteronome rispetto alla volontà contrattuale della stazione appaltante. Lo scopo fondamentale di tale complesso di regole comunitarie si coagula attorno al principio della *par condicio*, da intendersi in senso ampio, ossia come: (i) parità di condizioni nell'*informazione* circa l'esistenza della gara, il suo oggetto e le sue regole, cui si correlano gli istituti che presidiano la trasparenza e la pubblicità degli atti di indizione; (ii) parità di condizioni nell'*accesso* alla gara, di cui sono espressione istituti quali, ad esempio, il divieto di discriminazione in base alla nazionalità, il divieto di bandi "fotografici", il *test* di proporzionalità nella determinazione dei requisiti soggettivi ed oggettivi di partecipazione, il divieto di affidamento diretto tranne che in ipotesi eccezionali; (iii) parità di condizioni nel *confronto concorrenziale*, assicurata, ad esempio, dalla perentorietà dei termini di presentazione delle domande di partecipazione alla gara e delle offerte, dalle regole a garanzia della segretezza delle offerte medesime, dal divieto di partecipazione di una pluralità di imprese riconducibili ad un unico centro decisionale, dall'obbligo per la stazione appaltante di predefinire i criteri di aggiudicazione e dall'impossibilità

di modificarli una volta note le offerte dei concorrenti, dall'esclusione delle offerte anomale, etc. Concorrenza e *par condicio* rappresentano un'endiadi indissociabile: non si può veramente con-correre se un arbitraggio imparziale della p.a. non assicura parità di opportunità, di condizioni, di regole, di trattamento.

Il terzo polo assiologico, di sempre crescente importanza strategica, è rappresentato dall'innesto di obiettivi sistemici di natura "sociale" o "ambientale" sui tradizionali scopi immediati delle gare pubbliche. L'idea è quella secondo cui, data l'appetibilità del mercato delle commesse pubbliche, il fatto di stabilire riserve di accesso alle gare o meccanismi premiali di valutazione in favore di imprese "virtuose" sotto il profilo sociale o ecologico possa fungere da volano per indurre l'intero sistema economico ad adeguarsi a più elevati *standards* sociali o ecologici, nell'ottica di una competitività che deve conquistarsi anche sui terreni – finora alieni se non addirittura conflittuali rispetto alla logica del mercato - della solidarietà verso categorie deboli o svantaggiate o dell'attenzione agli impatti sull'ambiente. A tale valore rispondono disposizioni comunitarie e nazionali come quelle che consentono di inserire nei bandi di gara clausole premiali "ecologiche" o "sociali"¹⁴, di

¹⁴ Si veda, per l'Italia, l'art. 2 del decreto legislativo n. 163 del 12 aprile 2006, recante il "Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE", secondo cui "Il principio di economicità può essere subordinato, entro i limiti in cui sia espressamente consentito dalle norme vigenti e dal presente codice, ai criteri, previsti dal bando, ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute e dell'ambiente e alla promozione dello sviluppo sostenibile", nonché l'art. 69 dello stesso decreto legislativo, a mente del quale "Le stazioni appaltanti possono esigere condizioni particolari per l'esecuzione del contratto, purché siano compatibili con il diritto comunitario e, tra l'altro, con i principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, e purché siano precisate nel bando di gara, o nell'invito in caso di procedure senza bando, o nel capitolato d'oneri. Dette condizioni possono attenersi, in particolare, a esigenze sociali o ambientali". Cfr., altresì, nella Direttiva 2004/18/CE, il considerando n. 33, il considerando n. 46 e l'art. 26 della Direttiva medesima, in base al quale ultimo "Le amministrazioni aggiudicatrici possono esigere condizioni particolari in merito all'esecuzione dell'appalto purché siano compatibili con il diritto comunitario e siano precisate nel bando di gara o nel capitolato d'oneri. Le condizioni di esecuzione di un appalto possono basarsi in particolare su considerazioni sociali e ambientali".

Come è noto, già la Corte di Giustizia CE aveva anticipato tale linea di tendenza: v. Corte giustizia CE, 17 settembre 2002, n. 513, *Concordia Bus Finland Oy Ab c. Helsingin kaupunki HKL Bussiliikenne*, in *Dir. econ.*, 2003, 158; in dottrina, v. GARZIA G., *Bandi di gara per appalti pubblici e ammissibilità delle clausole c.d. «ecologiche»*, in *Foro amm. - C.d.S.*, 2003, 3515; BROCCA M., *Criteri ecologici nell'aggiudicazione degli appalti*, in *Urb. App.*, 2003, 168; ID., *Sollecitazioni comunitarie per appalti pubblici più «ecologici» e «sociali»*, in *Urb. App.*, 2002, 997.

riservare l'accesso alla gara a "laboratori protetti"¹⁵, di precludere la partecipazione ad imprese che non siano in regola con le norme in materia di tutela previdenziale dei dipendenti o di sicurezza sul lavoro¹⁶ o con le norme in materia di assunzione obbligatoria dei disabili¹⁷.

¹⁵ Cfr. la Direttiva 2004/18/CE, considerando n. 28 e art. 19 ("Gli Stati membri possono riservare la partecipazione alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici a laboratori protetti o riservarne l'esecuzione nel contesto di programmi di lavoro protetti quando la maggioranza dei lavoratori interessati è composta di disabili i quali, in ragione della natura o della gravità del loro handicap, non possono esercitare un'attività professionale in condizioni normali. Il bando di gara menziona la presente disposizione"); l'art. 52 del D.lgs. 163/2006, secondo cui "Fatte salve le norme vigenti sulle cooperative sociali e sulle imprese sociali, le stazioni appaltanti possono riservare la partecipazione alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, in relazione a singoli appalti, o in considerazione dell'oggetto di determinati appalti, a laboratori protetti nel rispetto della normativa vigente, o riservarne l'esecuzione nel contesto di programmi di lavoro protetti quando la maggioranza dei lavoratori interessati è composta di disabili i quali, in ragione della natura o della gravità del loro handicap, non possono esercitare un'attività professionale in condizioni normali. Il bando di gara menziona la presente disposizione".

¹⁶ Cfr., ad esempio: il considerando n. 34, l'art. 27, l'art. 45, comma 2, lett. e) e l'art. 55 della Direttiva 2004/18/CE; l'art. 38, comma 1, lett. e) ed i), del D.lgs. 163/2006, secondo cui "Sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti ... che hanno commesso gravi infrazioni debitamente accertate alle norme in materia di sicurezza e a ogni altro obbligo derivante dai rapporti di lavoro, risultanti dai dati in possesso dell'Osservatorio ... che hanno commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, alle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali, secondo la legislazione italiana o dello Stato in cui sono stabiliti"; gli artt. 86, 87 e 89 del D.lgs. 163/2006; l'art. 131, comma 5, del D.lgs. 163/2006, secondo cui "I contratti di appalto o di concessione, se privi dei piani di sicurezza di cui al comma 2, sono nulli"; l'art. 135, comma 1, del D.lgs. 163/2006, in base al quale "Fermo quanto previsto da altre disposizioni di legge, qualora nei confronti dell'appaltatore sia intervenuta l'emanazione di un provvedimento definitivo che dispone l'applicazione di una o più misure di prevenzione di cui all'articolo 3, della legge 27 dicembre 1956, n. 1423 ed agli articoli 2 e seguenti della legge 31 maggio 1965, n. 575, ovvero sia intervenuta sentenza di condanna passata in giudicato ... per violazione degli obblighi attinenti alla sicurezza sul lavoro, il responsabile del procedimento propone alla stazione appaltante, in relazione allo stato dei lavori e alle eventuali conseguenze nei riguardi delle finalità dell'intervento, di procedere alla risoluzione del contratto".

¹⁷ Cfr. l'art. 17 della L. 68/1999 e l'art. 38, comma 1, lett. l), del D.lgs. 163/2006, ai sensi del quale "Sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti ... che non presentino la certificazione di cui all'articolo 17 della legge 12 marzo 1999, n. 68, salvo il disposto del comma 2". La giurisprudenza amministrativa italiana ha messo in luce la ratio profonda dell'obbligo dichiarativo stabilito dall'art. 17 della L. 68/1999 sottolineando come "lo scopo della disposizione non è solo quello di garantire all'Amministrazione la conclusione del contratto con un'impresa che osservi la normativa sul diritto al lavoro dei disabili, ma anche, se non prevalentemente, quello di assicurare e di perseguire il più ampio rispetto di quest'ultima" (Consiglio di Stato, Sez. V, 10 dicembre 2003, n. 8139, in Riv. giur. edilizia, 2004, 1078;

Il criterio teleologico di interpretazione delle clausole del bando esige dall'interprete (i) una preliminare verifica circa il fatto che la prescrizione oggetto di analisi ermeneutica corrisponda o meno ad uno o più di tali valori/fini e (ii) in caso di esito positivo, un'attribuzione alla prescrizione del significato che meglio sia in grado di armonizzarne la portata precettiva con l'insieme di tali valori/fini, scartando tanto le opzioni ermeneutiche "in difetto" quanto quelle "in eccesso".

E' per questo che, nella prospettiva teleologica, una clausola del bando che non appaia "essenziale" rispetto ai valori giuridici fondamentali in precedenza enucleati, se trasgredita, non potrà giustificare l'esclusione dalla gara del trasgressore: in tal caso, infatti, la sanzione estromissiva sarebbe illegittima perché *contraria ai principi generali di ragionevolezza e di proporzionalità*.

Un'esclusione disancorata da una relazione di strumentalità rispetto al perseguimento dei fini istituzionali del sistema delle gare pubbliche si rivelerebbe, in altri termini, *fine a (rectius: di) sé stessa* e —proprio per questo— irragionevole e sproporzionata: una sorta di "esclusione per l'esclusione" che pretenderebbe di giustificarsi autoreferenzialmente, in un circolo tautologico vizioso.

Tutto ciò che si è detto, secondo la giurisprudenza amministrativa, varrebbe tuttavia solo per le clausole "ordinarie" del bando.

Non sarebbe così, di contro, per le clausole "rinforzate", ossia per le prescrizioni che il bando stabilisca espressamente «*a pena di esclusione*» dalla gara.

Queste ultime, infatti, dovranno essere interpretate sulla base di una rigida applicazione del criterio letterale (o "formale"), di talché, ove la clausola del bando sanzionata con l'esclusione appaia, sotto il profilo testuale, "*chiara*"

TAR Veneto, Sez. I, 14 aprile 2004, n. 1038, in *Foro amm. - T.A.R.*, 2004, 970). Cfr., in argomento, Consiglio Stato, Sez. V, 24 gennaio 2007, n. 256, in *Foro amm. - C.d.S.*, 2007, 136; Consiglio di Stato, Sez. V, 10 dicembre 2003, n. 8139, cit.; Consiglio di Stato, Sez. VI, 21 luglio 2003, n. 4202, in *Foro amm. - C.D.S.*, 2003, 2308; Consiglio di Stato, Sez. V, 6 luglio 2002, n. 3733, in *Comuni Italia*, 2002, 1182; Consiglio di Stato, Sez. V, 24 maggio 2002, n. 2861, in *Guida enti locali*, 2002, 38, 64). In dottrina, cfr. GIANNI C., *Osservanza della normativa sui disabili e partecipazione alle gare pubbliche d'appalto*, in *I T.A.R.*, 2004, fasc. 4, II, 285; URBANI M., *Appalti pubblici e diritto al lavoro dei disabili. La documentazione di gara alla luce delle recenti sentenze del Consiglio di Stato*, in *Nuova rass.*, 2002, 1007.

ed “*univoca*”, non vi sarà alcuno spazio per l'applicazione del criterio teleologico¹⁸: in una sorta di riedizione del discutibile brocardo *in claris non fit interpretatio*¹⁹, si afferma che in qualunque ipotesi di inosservanza di prescrizioni del bando previste a pena di esclusione la sanzione dell'estromissione del concorrente dalla gara dovrà inesorabilmente, automaticamente e ciecamente scattare, senza “se” e senza “ma”²⁰.

¹⁸ Il principio suddetto viene comunemente espresso affermando che “*laddove una formalità sia espressamente stabilita a pena di esclusione ... il criterio teleologico non può che recedere di fronte al criterio formale*” (Consiglio di Stato, Sez. IV, 30 dicembre 2006, n. 8265, in *Foro amm. - C.D.S.*, 2006, 3343; TAR Lazio, Sez. I, 31 marzo 2006, n. 2247, in *Foro amm. - T.A.R.*, 2006, 967 ; Consiglio di Stato, Sez. IV, 31 gennaio 2005, n. 231, in *Foro amm. - C.D.S.*, 2005, 97; TAR Calabria-Catanzaro, Sez. II, 11 giugno 2002, n. 1635, in *Ragiusan* 2003, 227-8,187; Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., 19 aprile 2002, n. 195, in *Foro amm. - C.D.S.*, 2002, 1057; TAR Lombardia - Brescia, 6 giugno 2001, n. 420, in *Ragiusan*, 2002, 219, 125; TAR Friuli - Venezia Giulia, 17 dicembre 1998, n. 1556, in *Comuni d'Italia*, 1999, 1289; TAR Campania, Sez. I, Napoli, 6 novembre 1997, n. 2866, in *I T.A.R.*, 1998, I, 277; Consiglio di Stato, Sez. V, 7 settembre 1995, n. 1277, in *Cons. Stato*, 1995, I, 1218; Consiglio di Stato, Sez. VI, 11 ottobre 1990, n. 891, in *Giust. Civ.*, 1991, I, 1077).

¹⁹ Per una puntuale critica al quale, vedi già BETTI E., *L'interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1949, 183, secondo cui la presunta “chiarezza” di un testo può costituire semmai un “risultato”, ma non certo un “presupposto” del processo interpretativo che ne precluda lo svolgimento; cfr. ora, con persuasivi rilievi critici, FRACANZANI M.M., *Analogia ed interpretazione estensiva nell'ordinamento giuridico*, in Collana dell'Università LUM Jean Monnet Casamassima, Serie Giuridica n. 1, Milano, 2003, in particolare 89 e ss.; MODUGNO F., *Appunti dalle lezioni di teoria dell'interpretazione*, Padova, 1998, 9 e ss.; FROSINI V., *La lettera e lo spirito della legge*, Milano 1998; PERLINGIERI P., *L'interpretazione della legge come sistematica ed assiologica. Il brocardo in claris non fit interpretatio, il ruolo dell'art. 12 disp. prel. codice e la nuova scuola dell'esegesi*, in *Scritti in onore di Angelo Falza*, vol. I, Milano, 1991, 529 e ss.; ALPA G., *Unità del negozio e principi di ermeneutica contrattuale*, in *Giur. It.*, 1973, I, 1, 1507, in particolare nota 9; TARELLO G., *Orientamenti analitico-linguistici e teoria dell'interpretazione*, in *Riv. trim. dir e proc. civ.*, 1971, I, 5. Da ultimo, per un'ampia ricostruzione della giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione, la quale, in contrasto con la dottrina dominante, continua ad invocare in numerose occasioni il brocardo, vedi CAPODANNO M., *L'interpretazione del contratto*, Padova, 2006, pp. 49-83. Per una prospettiva di ricostruzione storica del brocardo nella tradizione romanistica, cfr. MASUELLI S., «*In claris non fit interpretatio*». *Alle origini del brocardo*, in *www.ledonline.it/rivistadirittoromano*, 2002, 401.

²⁰ Qualora, però, la clausola del bando sanzionata con l'esclusione appaia “non chiara” (con diversi gradi di intensità, che possono variare dalla plurivocità alla totale incomprensibilità), il criterio formale (*id est*, letterale) non potrà operare, già sul piano logico, in quanto la stessa lettera appare fonte di incertezze. Ne consegue che, di fronte ad una clausola ambigua, l'interprete sarà costretto ad abbandonare il criterio formale e ad utilizzare canoni ermeneutici diversi da quello letterale; in particolare, al fine di disporre o meno l'esclusione, non potrà che avvalersi del criterio teleologico. In tal senso, *ex multis*, TAR Trentino Alto Adige, 4 dicembre 2006, n. 390, in *Foro amm. - T.A.R.*, 2006, 3805; Consiglio di Stato, Sez. V, 31 gennaio 2006, n. 349, in *Foro amm. - C.d.S.*, 2006, 188; TAR Liguria, Sez. I, 17 marzo 2006, n. 254, in *Foro amm. - T.A.R.*, 2006, 933; Consiglio di Stato, Sez. V, 28

Poco importa se lo scopo sostanziale cui tendeva la clausola del bando sia comunque stato raggiunto o se, rispetto al raggiungimento di tale scopo, l'esclusione appaia rimedio sproporzionato o se, ancora, la clausola del bando imponga oneri formali non indispensabili per tutelare rilevanti interessi pubblici o la concorrenza su base paritaria. L'autovincolo rappresentato dalle parole «*a pena di esclusione*» diviene catena che l'interprete del bando non potrebbe rompere, se non giungendo, secondo la giurisprudenza, ad una “*disapplicazione*” del bando medesimo, la quale sarebbe inammissibile perché l'interprete non può trasformarsi in amministratore e sostituire le proprie scelte a quelle della p.a.²¹.

Al più, secondo la giurisprudenza italiana, il concorrente che ritenga irragionevole o sproporzionata la clausola del bando sanzionata con l'esclusione potrà aggredirla con lo strumento della *impugnazione* in giudizio, chiedendo che sia il giudice amministrativo ad annullare il bando *in parte qua* unitamente al provvedimento estromissivo conseguente; non potrà, invece, anteriormente al ricorso giurisdizionale, pretendere di sovvertire la testuale comminatoria di esclusione nella sede (asseritamente) neutra rappresentata dalla *interpretazione* del bando²².

settembre 2005, n. 5194, in *Foro amm. - C.d.S.*, 2005, 2629; Consiglio di Stato, Sez. V, 28 novembre 2005, n. 6624, in *Foro amm. - C.d.S.*, 2005, 3316; TAR Valle d'Aosta, 10 giugno 2004, n. 66, in *Foro amm. - T.A.R.*, 2004, 1631.

²¹ Per Consiglio di Stato, Sez. V, 20 ottobre 2000 n. 5627, in *Foro Amm.*, 2000, 10, “*l'Amministrazione, in sede di gara, è vincolata dalle prescrizioni che essa ha dettato nei vari atti che governano la procedura. Tali norme, opportune o condivisibili che siano, legano l'Amministrazione*”; TAR Puglia-Lecce, Sez. II, 10 luglio 2007, n. 2716, in www.giustizia-amministrativa.it; TAR Campania-Salerno, Sez. I, 19 aprile 2007, n. 426, in www.giustizia-amministrativa.it; Consiglio di Stato, Sez. VI, 14 ottobre 2003, n. 6280, in *Servizi pubblici e appalti*, 2004, 180; Consiglio di Stato, Sez. IV, 9 dicembre 2002, n. 6674, in *Foro it.*, 2003, III, 561; Consiglio di Stato, Sez. V, 19 febbraio 1998, n. 1253, in *Cons. Stato*, 1998, I, 246.

²² Consiglio di Stato, Sez. VI, 9 marzo 2005, n. 974, in *Foro amm. - C.d.S.*, 2005, 869; Consiglio di Stato, Sez. V, 2 aprile 2002, n. 1798, in *Riv. giur. Edilizia*, 2002, I, 976, in cui “*non viene condiviso l'assunto della sentenza appellata in ordine alla necessità di interpretare la clausola di cui trattasi in modo da evitare la esclusione per motivi esclusivamente formali, posto che è proprio questa la funzione della clausola stessa e non è consentito al giudice disattendere la prescrizione specifica di un bando di gara in assenza della impugnazione della stessa*”; TAR Lazio, Sez. II-ter, 25 ottobre 2005, n. 9806, in *Foro amm.-T.A.R.*, 2005, 3209; TAR Calabria, 8 novembre 2006, n. 1685, in www.giustizia-amministrativa.it, secondo cui “*le prescrizioni contenute nel bando di gara e nella lettera d'invito costituiscono la lex specialis della gara e vincolano non solo i concorrenti, ma la stessa Amministrazione che non conserva, perciò, alcun margine di discrezionalità nella loro concreta attuazione (ex pluribus, Cons. Stato, V, 10.1.2005, n. 32; IV, 21.5.2004, n. 3297; 13.11.2002, n. 6300), né può disapplicarle neppure nel caso in cui talune delle regole stesse risultino inopportune o incongruamente*

Si avrà modo di tornare, nelle conclusioni, su tale consolidata impostazione giurisprudenziale in senso fortemente critico: si anticipa sin d'ora che, a giudizio di chi scrive, non corrisponde più (se mai vi ha corrisposto) alle coordinate fondamentali dell'ordinamento la rigida dicotomia tra *clausole rinforzate/criterio formale* e *clausole ordinarie/criterio teleologico*, non essendo tollerabile un sacrificio dei principi di ragionevolezza e proporzionalità sull'altare del formalismo lessicale.

3. Ogni clausola del bando di gara che *prescriba* e *descriva* ai concorrenti dichiarazioni o documenti che essi dovranno allegare per la partecipazione alla procedura si pone come *parametro*, pietra di paragone mensoria.

Ciascuna dichiarazione presentata dai concorrenti va, quindi, confrontata con tale parametro, sulla base di un'operazione mentale che, euclideamente, è quella di una *sovrapposizione di figure*: la dichiarazione *che è* (quella allegata concretamente) viene sovrapposta alla dichiarazione *che dovrebbe essere* (ossia al modello-parametro di dichiarazione prescritto e descritto nella clausola del bando di gara). A questo punto, si prospettano due alternative fondamentali: o la sovrapposizione dimostra che le due figure coincidono esattamente ed, allora, l'equivalenza delle forme si traduce nell'affermazione della *conformità* della dichiarazione in concreto prodotta dal concorrente rispetto a quella richiesta dal bando; o, al contrario, non vi è una perfetta sovrapposibilità tra le due figure, perché l'una deborda dai margini dell'altra o in eccesso o in difetto, sia pur per pochi particolari, ed allora si risconterà la *diformità* tra dichiarazione e bando.

Quanto si è detto per le dichiarazioni vale, ovviamente, anche per i documenti prodotti in sede di gara dal concorrente.

Secondo la giurisprudenza italiana maggioritaria, tutte le volte in cui una prescrizione del bando, inequivoca sotto il profilo letterale, sia stabilita espressamente a pena di esclusione, *qualunque ipotesi di difformità*, sia pur minima, rispetto alla clausola del bando dovrebbe essere sanzionata con

formulate, salva la possibilità di far luogo, nell'esercizio del potere di autotutela, all'annullamento del bando (Cons. Stato, V, 30.12.2004, n. 8292; VI, 1.10.2003, n. 5712; 14.1.2002, n. 166)".

l'espulsione del concorrente dalla procedura di gara, senza che sia consentita la regolarizzazione²³ attraverso l'integrazione documentale/dichiarativa²⁴.

Un tale postulato comporta l'accettazione di esiti paradossali: nella gran parte dei casi, sarà "punito" con l'esclusione dal confronto concorrenziale

²³ Il cd. principio di regolarizzazione nelle procedure per l'affidamento di contratti pubblici è stato elaborato dalla giurisprudenza e dalla dottrina italiane muovendo da alcune norme fondamentali di riferimento rappresentate, nel corso degli anni:

- nel diritto comunitario, dall'art. 27 della Direttiva 71/305/CEE in materia di appalti di lavori pubblici; dall'art. 24 della Direttiva 77/62/CEE in materia di appalti pubblici di forniture; dall'art. 34 della Direttiva 92/50/CEE in materia di appalti pubblici di servizi; dall'art. 24 della Direttiva 93/36/CEE in materia di appalti pubblici di forniture; dall'art. 28 della Direttiva 93/37/CEE in materia di appalti pubblici di lavori; dall'art. 51 della Direttiva unificata 2004/18/CE ;

- nel diritto italiano, dall'art. 6, comma 1, lett. b) della L. 241/1990; dall'art. 21, comma 3, del D.lgs. 406/1991; dall'art. 15, comma 1, del D.lgs. 358/1992; dall'art. 16 del D.lgs. 157/1995; dall'art. 22, comma 1, del D.lgs. 158/1995 in materia di appalti aggiudicati nei c.d. settori esclusi, che rinvia all'art. 15 del D.lgs. 358/1992 e all'art. 16 del D.lgs. 157/1995; dall'art. 46 del D.lgs. 163/2006 recante il nuovo Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (ai sensi del quale "nei limiti previsti dagli articoli da 38 a 45, le stazioni appaltanti invitano, se necessario, i concorrenti a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati").

Per lo stato della dottrina italiana sul principio di regolarizzazione, si rinvia ai contributi indicati *retro*, nella nota 12 (cfr. in particolare NICOLAZZI T., *Clausole previste a pena di esclusione e principio di regolarizzazione*, cit.).

Quanto alla giurisprudenza, essa si è spesso divisa circa la questione se il potere di regolarizzazione configuri una mera *facoltà* della p.a. (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 11 febbraio 2005, n. 392, in *Foro amm. - C.d.S.*, 2005, 442; Consiglio di Stato, Sez. IV, 31 gennaio 2005, n. 231, in *Foro amm. - C.d.S.*, 2005, 97; Consiglio di Stato, Sez. V, 12 ottobre 2004, n. 6565, in *Foro amm. - C.d.S.*, 2004, 2868; TAR Puglia-Lecce, Sez. II, 17 febbraio 2003, n. 473, in *Foro amm. - T.A.R.*, 2003, 737; Consiglio di Stato, Sez. V, 3 ottobre 2002, n. 5206, in *Giust. Civ.*, 2003, I, 1702; Consiglio di Stato, Sez. IV, 31 luglio 2000, n. 4198, in *Giur. Boll. Legisl. Tecnica*, 2001, 47) ovvero un inderogabile *obbligo*, sussistente quanto meno al ricorrere di determinate condizioni (cfr. ad esempio, in tal senso, TAR Veneto, 12 novembre 2003, n. 5678, in *Foro amm. - T.A.R.*, 2003, 3200). Attualmente, il dilemma sembra essere stato superato dal Consiglio di Stato con un'impostazione "compromissoria": da un lato, si afferma che il potere di regolarizzazione non costituisce "una mera facoltà o un potere eventuale, ma piuttosto ... un ordinario *modus procedendi* volto a far valere, entro certi limiti, la sostanza sulla forma orientando l'azione amministrativa sulla concreta verifica dei requisiti di partecipazione e della capacità tecnica ed economica; l'istituto comunitario di carattere generale è, pertanto, diretto ad evitare che l'esigenza della massima partecipazione possa essere compromessa da carenze di ordine meramente formale nella documentazione"; nello stesso tempo, tuttavia, si circonda la regolarizzazione di incisivi limiti operativi, sottolineando che essa "incontra limiti applicativi ... non può essere utilizzata per supplire alla inosservanza di adempimenti procedurali o alla omessa produzione di documenti richiesti a pena di esclusione dalla gara; la regolarizzazione non può essere riferita agli elementi essenziali della domanda; per la regolarizzazione della documentazione dei requisiti di partecipazione ad una gara è condizione necessaria l'equivocità della clausola del bando relativa alla dichiarazione o alla documentazione da integrare o da chiarire" (così Consiglio di Stato, Sez. V, 16 luglio

proprio il miglior offerente in termini sostanziali e, con esso, ne risentiranno un pregiudizio i cittadini che pagheranno, in definitiva, di più per fruire di

2007, n. 4027, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Consiglio di Stato, Sez. IV, 11 aprile 2007, n. 1653, *ivi*; TAR Campania-Salerno, Sez. I, 19 luglio 2007, n. 868, *ivi*; Consiglio di Stato, Sez. V, 6 marzo 2006, n. 1068, in *Foro amm. - C.d.S.*, 2006, 842; TAR Trentino Alto Adige, 4 dicembre 2006, n. 390, in *www.giustizia-amministrativa.it*).

Negli stessi termini si è schierata la giurisprudenza circa i limiti di applicazione alle procedure concorrenziali relative ai contratti pubblici della disposizione generale di cui all'art. 6, comma 1, lett. b), della L. 241/1990, affermando che "il cosiddetto "dovere di soccorso" delle commissioni di gara, tipizzato dall'art. 6 della legge n. 241 del 1990, non è un dovere assoluto ed incondizionato, ma postula che la richiesta di regolarizzazione delle dichiarazioni e della documentazione mancante incontra i seguenti limiti applicativi: 1) l'inderogabile necessità del rispetto della "par condicio"; 2) il cosiddetto limite degli elementi essenziali, nel senso che la regolarizzazione non può essere riferita agli elementi essenziali della domanda, a meno che gli atti tempestivamente prodotti e già in possesso dell'amministrazione costituiscano ragionevole indizio del possesso del requisito di partecipazione non espressamente documentato; 3) l'equivocità della clausola del bando relativa alla dichiarazione o alla documentazione da integrare o chiarire" (TAR Puglia-Bari, Sez. I, 6 giugno 2007, n. 1464, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Consiglio di Stato, Sez. V, 25 gennaio 2003, n. 357, in *Riv. amm. appalti*, 2003, 62; TAR Piemonte, Sez. II, 30 novembre 2001, n. 2248, in *Foro Amm.*, 2001, 2893). Una parte della giurisprudenza adotta un'impostazione ancora più restrittiva, affermando che "dalla disciplina sugli appalti, caratterizzata dalla particolare considerazione delle esigenze superiori di tutela della concorsualità e della par condicio, non può desumersi l'esistenza di un principio generale dell'ordinamento in ordine ad un obbligo dell'Amministrazione di consentire l'integrazione di una documentazione carente ... quanto previsto dall'art. 6, comma 1, lett. b), della l. 241/90 va interpretato nel senso di una mera facoltà dei pubblici poteri in proposito, e non certo di un dovere da parte dell'Amministrazione" (Consiglio di Stato, Sez. V, 12 ottobre 2004, n. 6565, in *Foro amm. - C.d.S.*, 2004, 2868). In definitiva, la giurisprudenza amministrativa italiana, allo stato, sembra orientata maggioritariamente nel senso di negare al principio di regolarizzazione valenza derogatoria rispetto al criterio "formale", ove le clausole del bando violate siano espressamente stabilite a pena di esclusione ed appaiano inequivoche (TAR Lazio, Sez. I, 9 maggio 2006, n. 3392, in *Foro amm. - T.A.R.*, 2006, 1690; Consiglio di Stato, Sez. VI, 31 agosto 2004, n. 5734, in *Riv. giur. edilizia*, 2005, 315; Consiglio di Stato, Sez. V, 4 febbraio 2004, n. 364, in *www.giustizia-amministrativa.it*; TAR Sicilia - Catania, Sez. II, 15 settembre 2003, n. 1422, in *Foro Amm. - T.A.R.*, 2003, 2767; Consiglio di Stato, Sez. V, 3 ottobre 2002, n. 5206, *ivi*; Consiglio di Stato, Sez. V, 4 luglio 2002, n. 3685, in *Foro Amm. - C.d.S.*, 2002, 1687; Consiglio di Stato, Sez. IV, 9 dicembre 2002, n. 6675, in *Riv. Giur. Edil.*, 2003, 1098; Consiglio di Stato, Sez. VI, 8 aprile 2000, n. 2212, in *Giur. Boll. Legisl. Tecnica*, 2000, 394). La regolarizzazione, secondo alcune pronunce, dovrebbe comunque essere subordinata alla "condizione che non sia turbata la par condicio dei concorrenti e non vi sia una modificazione del contenuto della documentazione presentata" (Consiglio di Stato, Sez. V, 2 marzo 1999, n. 223, *cit.*; Consiglio di Stato, Sez. VI, 14 ottobre 2003, n. 6280, in *www.giustizia-amministrativa.it*) o che "la regolarizzazione attenga all'estrinseca garanzia di provenienza del documento e non al suo contenuto" (Consiglio di Stato, Sez. IV, 11 luglio 2001, n. 3875, in *Riv. Giur. Edil.*, 2001, 1211; Consiglio di Stato, Sez. VI, 11 settembre 1999, n. 1179, in *Giur. Boll. Legisl. Tecnica*, 2000, 45).

²⁴ Il sostantivo "integrazione" descrive l'attività rappresentata dal verbo "integrare", nel senso di "rendere completo dal punto di vista sia quantitativo che qualitativo, per lo più mediante

un bene/servizio/lavoro dal pari o addirittura inferiore livello di qualità; dall'altro lato, verrà "premiato" un concorrente (evidentemente) più abile in

l'aggiunta di opportuni elementi complementari" (così DEVOTO G. – OLI G.C., *Il dizionario della lingua italiana*, Le Monnier, Firenze, 1990, 968); integrare equivale a rendere "integrò", nel senso di "completo degli elementi relativi alla propria interezza e funzionalità", dalla radice latina derivata da *in-tangere* che è la medesima del sostantivo "intero" (ID., *op. ult. cit.*, 968 e 874). In tale prospettiva, "integrare" è sinonimo di "completare", "arricchire", "migliorare", "perfezionare" (DE MAURO T., [a cura di], *Dizionario dei sinonimi e de contrari*, Paravia, Verona, 2002, 514).

Tuttavia, sembra necessario un chiarimento, per evitare equivoci, a proposito del peculiare utilizzo, da parte della giurisprudenza amministrativa, del termine "integrazione" in riferimento alle dichiarazioni o alla documentazione da presentare per la partecipazione a gare d'appalto. Il termine "integrazione" viene infatti usato dai giudici amministrativi italiani in due distinti significati, che non devono essere confusi.

In alcune sentenze, si parla di "integrazione" rispetto a singoli documenti o a singole dichiarazioni che: (i) *sono stati presentati* dai concorrenti e, dunque, esistono e sono presenti nella documentazione allegata per la partecipazione alla gara; (ii) sono però lacunosi o imperfetti *al loro interno*, in quanto mancano di alcune parti. Si potrebbe qualificare (con gli ovvi margini di approssimazione semantica) tale ipotesi, per comodità, come *endo-integrazione*. La giurisprudenza in materia di appalti pubblici appare abbastanza aperta e possibilista circa la liceità, in determinate condizioni, della endo-integrazione di dichiarazioni o documenti presenti nel compendio documentale ma incompleti o imperfetti, alla luce del principio di regolarizzazione ma – si badi – sempre e soltanto nel rispetto dei rigorosi limiti applicativi di quest'ultimo, tra i quali assumono valenza ostativa l'espressa comminatoria dell'esclusione e la conseguente primazia del criterio formale (per tali limiti, v. la nota precedente). In particolare, è stata elaborata la tesi del "principio di prova", secondo cui la regolarizzazione/endointegrazione sarebbe possibile solo ove da un attento esame del complesso della documentazione già allegata in sede di gara dal concorrente emerga, pur a fronte dell'irregolarità o dell'incompletezza di un singolo documento o di una singola dichiarazione, un principio di prova circa il fatto che il requisito di partecipazione da documentare o da dichiarare ai sensi della *lex specialis* sia comunque posseduto dall'impresa (Consiglio di Stato, Sez. VI, 15 marzo 2004, n. 1331, in www.giustizia-amministrativa.it; Consiglio di Stato, Sez. IV, 11 aprile 2007, n. 1653, *ivi*; TAR Sicilia-Catania, Sez. III, 17 maggio 2007, n. 846, *ivi*; TAR Lazio, Sez. I, 19 novembre 2004, n. 13555, in *Foro amm.* – T.A.R., 2004, 3348). Non mancano, peraltro, anche in ordine alla stessa ammissibilità della endo-integrazione, opinioni più restrittive, non essendo infrequente l'affermazione secondo cui "in presenza di una prescrizione chiara e dell'inosservanza di questa da parte di un'impresa concorrente, l'invito alla regolarizzazione costituirebbe, invero, una palese violazione del principio della par condicio. Quest'ultimo verrebbe, infatti, certamente vulnerato dalla rimessione in termini, per mezzo della sanatoria (su iniziativa dell'Amministrazione) di documentazione incompleta o insufficiente ad attestare il possesso del requisito, di un concorrente che ha negligenemente ommesso di presentare, nei termini o con le modalità prescritti dalla *lex specialis*, una dichiarazione conforme al regolamento di gara" (Consiglio di Stato, Sez. V, 3 ottobre 2002, n. 5206, in *Giust. civ.*, 2003, 1702).

In altre sentenze, di contro, si parla di "integrazione" della documentazione per alludere ad una situazione ben diversa, in cui: (i) considerando il complesso della documentazione presentata, *alcuni documenti o alcune dichiarazioni mancano, non esistono, non sono presenti affatto*; (ii) pertanto, la documentazione viene "integrata" nel senso che si procede all'*aggiunta, ossia alla produzione per la prima volta, di dichiarazioni o documenti in*

termini formali nel confezionamento delle proprie “carte” e, soprattutto, nella “caccia all'errore”²⁵ altrui.

Non sembra possibile accontentarsi della constatazione dell'apparente inesorabilità di un automatismo giudiziale tanto tipico quanto esemplare delle aporie cui l'operatore del diritto dei contratti pubblici quotidianamente assiste.

In termini di ricostruzione teorica, deve invece essere sostenuta con forza una proposta alternativa, nel senso di una netta bipartizione tra

precedenza omessi. Sempre per comodità espositiva, si potrebbe qualificare tale fattispecie come *eso-integrazione*. Per un utilizzo in tal senso della locuzione “*integrazione della documentazione*”, con particolare chiarezza, TAR Sicilia, Sez. I, 19 gennaio 2006, n. 153 (in www.giustizia-amministrativa.it), secondo cui “*il concetto di «integrazione documentale» ... deve ritenere doversi rapportare all'intera produzione documentale, e non ad un singolo documento. E' vero che, nel caso di specie, il documento era «mancante» e non si tratta - con riguardo alla singola produzione - di una «integrazione» ma di una «nuova acquisizione». Ma è vero altresì che, con riferimento all'intera produzione documentale di parte, ci si trova in presenza di una «integrazione», posto che il compendio documentale prodotto è stato «integrato» da un ulteriore documento*”; cfr. altresì TAR Puglia-Bari, Sez. I, 6 giugno 2007, n. 1464, cit.. La giurisprudenza amministrativa maggioritaria appare molto restrittiva rispetto alla eso-integrazione di attestati o dichiarazioni originariamente mancanti nel compendio documentale, ritenendo che, in tal caso, il principio di regolarizzazione non possa mai operare, con preclusione assoluta: cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 25 giugno 2007, n. 3645, in www.giustizia-amministrativa.it; Consiglio Stato, sez. VI, 23 marzo 2007, n. 1423, *ivi*; TAR Sicilia, Sez. III, 17 maggio 2007, n. 846, *ivi*; TAR Lazio, Sez. I, 5 luglio 2006, n. 5418, in *Foro amm. - T.A.R.*, 2006, 2460; TAR Liguria, Sez. II, 21 dicembre 2006, n. 1723, in *Foro amm. - T.A.R.*, 2006, 3833; TAR Lazio, Sez. I, 20 gennaio 2006, n. 448, in *Foro amm. - T.A.R.*, 2006, 131; Consiglio di Stato, Sez. V, 18 novembre 2004, n. 7555, in www.giustizia-amministrativa.it; TAR Marche, 28 ottobre 2003, n. 1281, in *Foro amm. - T.A.R.*, 2003, 2968; TAR Veneto, 12 novembre 2003, n. 5678, cit. Si afferma, in tale prospettiva, che se “*non si tratta di integrare o completare una documentazione già presentata, ma di produrre ex novo il documento che la concorrente non aveva presentato entro i termini perentori stabiliti dal bando di gara*” la regolarizzazione è vietata in quanto violerebbe “*non solo il bando ma il principio di par condicio tra i concorrenti*” (Consiglio di Stato, Sez. V, 12 aprile 2005, n. 1632, in www.giustizia-amministrativa.it). Altra parte della giurisprudenza ha stigmatizzato però la difficoltà di distinguere, nel caso concreto, tra endointegrazione ed esointegrazione, facendone discendere una tendenziale equiparazione rigoristica “in negativo” tra le due fattispecie, con le seguenti argomentazioni: “*la distinzione tra la fattispecie dell'integrazione del materiale già prodotto, e quella della produzione di ciò che si era omesso, risulta tutt'altro che agevole; e già per tale ragione l'interprete, vincolato al rispetto del principio di imparzialità nello svolgimento della procedura concorsuale, sarebbe tenuto ad una lettura assolutamente restrittiva della facoltà di ammettere, se non i «chiarimenti», quanto meno i «completamenti» del materiale prodotto ... in caso contrario, attraverso una lettura estensiva della facoltà di completamento o di integrazione, si aprirebbe la via ad ogni sorta di sanatoria, contro ogni principio di legalità e certezza sulle regole*” (Consiglio di Stato, Sez. V, 8 luglio 2002, n. 3792, in www.giustizia-amministrativa.it).

²⁵ L'espressione è utilizzata da TAR Calabria - Reggio Calabria, 1 dicembre 2005, n. 2088, in *Foro amm. - T.A.R.*, 2005, 4142.

difformità essenziali e difformità non essenziali: le prime da sanzionarsi sempre con l'esclusione dalla gara; le seconde, di contro, sempre suscettibili di regolarizzazione su invito della commissione giudicatrice.

In una tale prospettiva, l'indagine ermeneutica circa la "essenzialità" o meno della difformità della dichiarazione resa (o del documento prodotto) rispetto al modello prescritto dal bando di gara chiama inevitabilmente in causa il *criterio teleologico* cui si è accennato in precedenza.

Solo ri-scoprendo dietro la crosta verbale della clausola del bando il *valore giuridico* che essa persegue in termini finalistici, infatti, si potrà stabilire se (i) *rispetto a quello scopo assiologico* il testo della dichiarazione in concreto resa dal concorrente sia o meno adeguato, in termini di strumentalità e di funzionalità, ad assicurarne comunque il conseguimento, al di là delle divergenze nominali e formali tra dichiarazione reale e idealtipo dichiarativo prescritto dal bando e se (ii) *gli altri valori fondamentali* che ispirano le gare pubbliche siano o meno incrinati dalla difformità tra testo della dichiarazione e prescrizione del bando.

Porsi queste domande significa *interpretare*, nel senso più autentico che si riconnette a tale concetto²⁶, reso con vigore nelle indelebili pagine di uno dei massimi giuristi del novecento mondiale: "*La prima cosa che fa l'interpretazione, il primo passo che essa dà nel suo lavoro è di riportare la norma alla totalità delle norme; il nisi tota lege perspecta è il primo criterio con cui l'interpretazione inizia i suoi procedimenti [...] Tutto il lavoro dell'interpretazione è questa affermazione di unità: anche in questo anzi l'interpretazione giuridica si distingue da ogni altra interpretazione, perché ogni altra interpretazione è vera e propria spiegazione, un mostrare quello che c'è nell'oggetto interpretato, mentre nella interpretazione giuridica vi è non tanto e non solo un mostrare quello che c'è nella norma interpretata, ma un mostrare che nella norma interpretata c'è di più di quello che appare; c'è insomma tutta l'unità dell'ordinamento da cui essa nasce e di cui essa non è che una parte. E questo è in fondo tutto il magistero della interpretazione: scoprire nella singola posizione il tutto,*

²⁶ L'interpretazione non è mai ovvia, priva di rischi, scevra di assunzioni di responsabilità per chi ne è investito, trattandosi di un compito delicato ed irto di difficoltà, che richiede, prima di ogni altro requisito, consapevolezza dei limiti del percorso di ricerca, sforzo di motivazione, disponibilità a mettere in gioco gli esiti dell'indagine nel dibattito aperto che si svolge tra i giuristi (di volta in volta, nel procedimento, nel processo, nella critica dottrinale).

cogliere la singola posizione come determinazione del tutto. L'interpretazione non è che l'affermazione del tutto, della unità di fronte alla particolarità e alla frammentarietà dei singoli comandi [...] Ma questa considerazione della totalità dei comandi come unità, che è con ciò stesso volontà di questa unità, implica a sua volta il concetto che il comando sia, oltre che lettera, spirito, perché solo in quanto sono spiritualità, e cioè idee e principi, questi elementi possono formare fra di loro una unità, possono superare la loro sparsa e dispersa particolarità. Di qui la profonda radice dell'altro canone della interpretazione, della mens spectanda, del sensus mentis, che più che un criterio di interpretazione particolare è il criterio fondamentale su cui la interpretazione lavora, poiché il suo lavoro alla fine non è altro che un ritrovamento dei principi di cui le norme non sono che posizioni e formulazioni particolari [...] Tolto il supposto della razionalità, i singoli elementi non hanno più significato poiché il significato è dato appunto dal sensus mentis, non è altro che la intrinseca razionalità che fa l'essenza di questi elementi e per cui questi elementi costituiscono un mondo. Tolta la razionalità ogni comando ha principio e fine in sé stesso ...”²⁷.

²⁷ CAPOGRASSI G., *Il problema della scienza nel diritto* (1937), ora in *Opere*, vol. II, Milano, 1959 (rist.), pp. 487-490. Ivi l'Autore ribadisce ulteriormente che “è chiaro che questa concezione della totalità porta in sé implicito che questa totalità faccia una unità, che questo tutto sia in sé coerente, legato da una coerenza intrinseca, per cui sia qualche cosa di unitario. Ed appunto perché le norme formano tra di loro una totalità coerente, appunto per questo la norma nasce con la esigenza di essere riportata alla totalità delle norme [...] Questa esigenza porta la interpretazione a rielaborare continuamente il complesso delle norme, a penetrare sempre più a fondo in questo complesso; e d'altra parte riportare la norma alla totalità significa per ogni norma, ad occasione di ogni norma, riformare questa unità. E ciò attraverso i vari modi che sono tutti i modi di creazione del sistema, cioè di formazione dell'unità viva dell'esperienza normativa: mediante la eliminazione delle antinomie, ritrovando la ragione sufficiente di ciascuna norma e quindi l'individualità delle singole norme; mediante tutti i procedimenti con cui il comando si estende e si restringe secondo i noti principi della eadem ratio, degli argomenti a fortiori ed a contrario; tutti argomenti e criteri che non sono che conseguenze del criterio di totalità e unità dell'esperienza da cui si parte [...] Di qui la ineliminabilità della interpretazione dall'esperienza giuridica: l'interpretazione è ineliminabile dalla vita giuridica non per la pretesa generalità della legge, non perché la legge non possa prevedere i casi singoli, ma perché la singola norma, la singola legge, il singolo comando che sono sempre particolari formazioni, debbono essere ricondotti alla loro vera essenza spirituale e razionale; e non possono esserlo, se non in quanto sono riportati a questa profonda esigenza di formazione della vita giuridica come unità, come realizzazione dei principi costitutivi di questa vita, solo per i quali quelle leggi quei comandi quelle norme singole hanno significato e valore originale”.

Si obietterà che il discernere le difformità “*essenziali*” da quelle “*non essenziali*” comporta incertezze applicative e presumibili profili di diverso apprezzamento soggettivo da interprete a interprete, da giudice a giudice.

Questo è certamente vero, ma non ci si può illudere circa la possibilità di pervenire a categorizzazioni concettuali in grado di azzerare totalmente ogni margine di alea insito nella stessa attività dell'interpretare. L'idea che si possa trovare un modo di “robotizzare” integralmente le operazioni mentali che la commissione di gara, la stazione appaltante o il giudice amministrativo devono compiere per verificare se una difformità tra dichiarazione e bando legittimi l'esclusione dalla gara del dichiarante appare non solo utopistica ma, ancor più, inquietante: meccanismi-ghigliottina ispirati alla freddezza dell'automatismo inesorabile potrebbero, al limite, ambire a superare il test della mera *coerenza formale*, ma resterebbero inconciliabili con la meta ben più desiderabile di una *giustizia sostanziale*, che consenta alle forme procedurali di raggiungere gli obiettivi di valore sostanziali in vista dei quali sono state forgiate nel contesto dell'ordinamento giuridico, anziché tradirli e negarli in una sequenza autoreferenziale di *come* privi di *perché*.

Ed allora, il problema diviene quello non già di negare la complessità dell'attività interpretativa, di cui sono corollario la valutatività degli approcci e dunque l'opinabilità degli approdi, bensì quello di gestire tale complessità, incanalandola in direzioni *consone ai principi/valori/scopi fondamentali che l'ordinamento individua per la normativa in materia di contratti pubblici*, dei quali si è detto: il perseguimento del massimo livello di soddisfazione dei cittadini nella loro doppia veste di “finanziatori” e “consumatori” dell'attività delle pubbliche amministrazioni; la tutela della concorrenza; gli obiettivi sistemici di natura “sociale” o “ambientale” innestati dal legislatore sui tradizionali scopi immediati delle gare pubbliche.

In altri termini, sarebbe più appagante vedere le commissioni di gara, le stazioni appaltanti, i giudici amministrativi impegnati (e, se del caso, anche divisi) nell'elaborazione di percorsi argomentativi tesi a dimostrare (o a negare) il carattere essenziale o meno di una difformità dichiarativa o documentale rispetto alla garanzia dei valori giuridici fondamentali sottesi alla clausola del bando e all'intero procedimento di gara, con decisioni attentamente ed ampiamente giustificate in questo senso, anziché limitarsi a prendere meccanicamente atto della presenza o meno, nelle prescrizioni del bando, della tetrade verbale «*a pena di esclusione*».

Potrà anche accadere di non restare convinti dalle argomentazioni addotte da una commissione o da un giudice circa l'individuazione e l'intensità dei nessi tra prescrizioni del bando e valori fondanti, o circa la capacità della dichiarazione difforme di raggiungere comunque lo scopo: se così sarà, potrà contestarsi nel successivo grado di giudizio quella *motivazione*, ma —è questo che conta— comunque si continuerà a discutere di valori, principi, basi, obiettivi, in altri termini di *sostanze* e non di mere *forme*, in un dibattito che probabilmente potrebbe risultare molto più comprensibile anche al comune cittadino oltre che agli “iniziati” del diritto amministrativo²⁸.

Quanto si è detto porterebbe a concludere nel senso che il criterio teleologico di interpretazione delle clausole del bando debba *sempre* essere utilizzato e debba *sempre* prevalere, in caso di contrasto, sugli esiti dell'interpretazione meramente letterale, *anche per le prescrizioni “rinforzate”, previste espressamente nel bando a pena di esclusione dalla gara*.

La prevalente giurisprudenza amministrativa italiana, come si è detto, è attestata su una posizione contraria.

Tale tradizionale orientamento giurisprudenziale merita tuttavia di essere sottoposto a revisione critica.

4. Significative appaiono, nella direzione auspicata, alcune recenti – seppur ancora timide e fortemente minoritarie – aperture della stessa giurisprudenza amministrativa²⁹.

²⁸ Se il tenore delle contese ermeneutiche si mantenesse sempre all'altezza della ricerca delle ragioni e dei fini, forse il costo dell'incertezza interpretativa verrebbe sopportato “più volentieri”, eliminando affettazioni insincere e non nascondendosi dietro le formule verbali dei significanti per evitare di ammettere che vero oggetto del contendere sono inevitabilmente i significati e, dunque, il processo ricostruttivo cui essi vengono recuperati e l'assunzione di responsabilità argomentativa e motivazionale che entrare in quest'ultimo terreno comporta, almeno per chi ritiene che *diritto* e *giustizia* non possano confliggere se non negando lo stesso concetto di diritto.

²⁹ Ad esempio, in una vicenda in cui la *lex specialis* di gara richiedeva, a pena espressa di esclusione, la produzione dell'originale di un certificato di qualità ISO o di “*copia autenticata*” di quest'ultimo, un concorrente aveva invece presentato la certificazione di qualità ISO in fotocopia non “*autenticata*” nelle forme richieste dall'art. 18 del D.P.R. 445/2000, ma accompagnata da una semplice dichiarazione sostitutiva di conformità all'originale ex art. 19 del D.P.R. 445/2000. In virtù di tale difformità tra il documento presentato e quello richiesto dalla *lex specialis* a pena di esclusione, il concorrente era stato estromesso dalla

In tale prospettiva, sembra opportuno esplicitare alcune “tesi minime” che, almeno sul piano della provocazione teorica, possano stimolare una rimeditazione del problema dell’interpretazione delle clausole dei bandi di gara previste «a pena di esclusione».

gara. Rovesciando tanto la decisione della commissione di gara quanto gli assunti del giudice di primo grado, il Consiglio di Stato (Sez. VI, 19 gennaio 2007, n. 121, in *www.giustizia-amministrativa.it*) ha sviluppato un interessante iter argomentativo che lo ha condotto, all’opposto, ad annullare l’esclusione. Il giudice d’appello è partito dall’enunciazione di un principio fondamentale: *“le prescrizioni di esclusione, in linea con un ormai consolidato e sempre più ampio orientamento giurisprudenziale, devono essere interpretate in funzione della finalità perseguita dall’Amministrazione e nell’ottica di consentire la massima partecipazione alla gara, tenendo conto dell’evoluzione dell’ordinamento in favore della semplificazione e del divieto di aggravamento degli oneri burocratici”*. Se ne deduce logicamente che il criterio teleologico potrebbe essere applicato anche all’interpretazione delle clausole del bando previste «a pena di esclusione», non solo a quelle ordinarie. Muovendo da tale assunto, il Consiglio di Stato, dopo aver sottolineato che *“una forma di attestazione della conformità della copia all’originale, quella appunto ex art. 19 cit., consentita da una previsione legislativa che, in linea di principio, trova applicazione anche in carenza di un espresso richiamo da parte del bando e della disciplina di gara in genere ... è capace di soddisfare l’interesse della stazione appaltante di disporre di adeguata certezza in ordine al possesso dei requisiti tecnici dell’impresa”*, ha affermato che *“tale interesse, e non altri e diversi, deve ritenersi evidentemente alla base della comminatoria di esclusione e, pertanto, risulta nel caso salvaguardato, senza, al contempo, lesione della par condicio tra i concorrenti, attesa la natura di requisito obiettivo rivestita dal possesso della certificazione in parola, accertabile senza incertezza con riferimento al momento di scadenza del termine di presentazione delle domande di partecipazione alla gara ... pertanto, la suindividuata ratio della clausola di esclusione (acquisizione di certezza adeguata, secondo le forme legali consentite dall’ordinamento, del possesso dei requisiti tecnici) non poteva estendersi ad ogni tipo di difformità, anche eccedente la portata dello scopo così individuato”*. Si tratta di una consapevole quanto dichiarata applicazione dei principi di ragionevolezza (individuazione della “ratio della clausola di esclusione” ovvero dell’“interesse alla base della comminatoria di esclusione” e verifica in concreto circa la salvaguardia effettiva dello stesso) e di proporzionalità (rifiuto di “eccedere la portata dello scopo così individuato” e di sanzionare con l’esclusione “ogni tipo di difformità”) i quali rappresentano, come si è anticipato in premessa, il cuore del criterio teleologico di interpretazione delle prescrizioni dei bandi di gara. Non dissimile nell’impostazione appare il principio enunciato in un’altra sentenza del Consiglio di Stato a proposito della *“importante questione dell’ammissibilità, ai fini della regolare partecipazione alla gara, della presentazione di documentazione funzionalmente equipollente a quella richiesta a pena d’esclusione dalla stazione appaltante, quantunque non esattamente corrispondente sul piano formale al modello descritto nella disciplina di gara”*: nella pronuncia si afferma che *“del formalismo procedurale che sorregge il sistema delle gare d’appalto va tuttavia scongiurata un’applicazione meccanica che contraddica, alla luce delle specifiche circostanze del caso concreto, la fondamentale ed immanente esigenza di ragionevolezza dell’attività amministrativa, finendo così per porsi in contrasto con le stesse finalità di tutela alle quali sono preordinati i generali canoni applicativi delle regole della contrattualistica pubblica”* (Consiglio di Stato, Sez. V, 22 giugno 2004, n. 4347, in *Foro amm. - C.d.S.*, 2004, 1757). Ancora, nella medesima traiettoria interpretativa e sempre a proposito dell’inosservanza formale di una clausola della *lex specialis* di gara sanzionata con l’esclusione, è stato affermato che *“la verifica della regolarità della*

A. *Il criterio teleologico non dovrebbe mai considerarsi recessivo rispetto al criterio formale, neppure ove si tratti di interpretare clausole del bando espressamente sanzionate con l'esclusione*³⁰. La ragione è semplice: considerare inapplicabile, sia pur in casi limitati, il criterio teleologico equivarrebbe a sterilizzare —e ciò appare inaccettabile— l'operatività di canoni fondamentali ed inderogabili che non possono non reggere qualsiasi attività amministrativa, ossia i principi di ragionevolezza e di proporzionalità; significherebbe affermare che vi sono alcuni episodi o aree di vita amministrativa che possono restare “impermeabili” a tali principi, in cui alla logica della “giustizia del caso concreto” tipica dei principi summenzionati si potrebbe sostituire la logica astratta e meccanica di automatismi inesorabili che non ammettono deroghe, obiezioni, eccezioni di alcun tipo, all'insegna di un formalismo senza ragioni che evocherebbe una sorta di (giuridica) “tolleranza zero”.

documentazione rispetto alle norme del bando e del capitolato in una gara di appalto non va condotta con lo spirito della caccia all'errore, ma tenendo conto dell'evoluzione dell'ordinamento in favore della semplificazione e del divieto di aggravamento degli oneri burocratici ... la Commissione di gara ... avrebbe dunque dovuto omettere l'esclusione delle ricorrenti, applicando i principi espressi dall'ordinamento e volti a ridurre il peso degli oneri formali gravanti sui cittadini e sulle imprese ed a riconoscere giuridico rilievo all'inosservanza di regole procedurali o formali solo in quanto questa impedisce il conseguimento del risultato verso cui l'azione amministrativa è diretta ... atteso che la gara deve guardare piuttosto alla qualità della dichiarazione che non all'esclusiva correttezza della sua esternazione, si può convenire (T.A.R. Lazio, Roma, I bis, 9.5.2001, n. 3991) che le forme hanno un ruolo strumentale di espressione dei contenuti mentre il vizio di forma può invalidare l'atto solo laddove oggettivamente impedisce il conseguimento del risultato verso cui l'azione amministrativa è diretta evitandosi formalismi che portano a restringere, senza un effettivo interesse pubblico, la più ampia partecipazione di concorrenti” (così TAR Calabria – Reggio Calabria, 1 dicembre 2005, n. 2088, cit.; Id., 31 maggio 2007, n. 493, in www.giustizia-amministrativa.it).

³⁰ Il mutamento di prospettiva auspicato nel testo è quello che VINTI S., *L'evidenza pubblica*, in FRANCHINI C. (a cura di), *I contratti con la pubblica amministrazione* (volume n. 8 del Trattato dei contratti diretto da RESCIGNO P. e GABRIELI E.), Tomo I, Torino, 2007, p. 292, nota 75, descrive, lucidamente, nei seguenti termini: “In altre parole, il criterio teleologico «debole», che opera come canone ermeneutico applicabile nel caso di clausole poco chiare, sarebbe destinato ad essere sostituito da quello «forte», che consente, anche in presenza di una espressa comminatoria di esclusione, di applicare le clausole del bando solo se poste a garanzia di un interesse pubblico sostanziale, non contrastanti con norme imperative e, comunque, in coerenza con i principi dell'ordinamento”. Lo stesso Autore aggiunge, del tutto condivisibilmente (p. 293), che “al momento attuale sembrerebbe ridursi il grado di autorevolezza dei bandi, le cui clausole e prescrizioni – quando si rivelino eccessivamente formaliste – potranno (anzi, dovranno) essere interpretate dalle amministrazioni e sottoposte a un test sostanzialista (o teleologico) e dunque non saranno suscettibili di applicazione automatica”.

B. La presunta recessività del criterio teleologico rispetto al criterio formale, nel caso di clausole «*a pena di esclusione*», non può essere giustificata facendo appello alla necessità di salvaguardare la *par condicio* tra i concorrenti³¹: ciò perché occorre rendersi conto del fatto che *non vi può essere autentica par condicio nell'irragionevolezza o nella sproporzione*³². D'altro canto, non si può dimenticare che il nucleo essenziale del principio della *par condicio* sta nell'esigenza di evitare che la stazione appaltante possa effettuare *favoritismi* per qualcuno dei concorrenti a discapito della ricerca dell'offerente migliore e più affidabile. Se così è, sarebbe inaccettabile che la *par condicio*,

³¹ È la giustificazione più frequentemente addotta dalla giurisprudenza amministrativa italiana a sostegno del c.d. criterio formale: cfr. a mero titolo di esempio Consiglio di Stato, Sez. IV, 9 dicembre 2002, n. 6694, in *Foro Amm. - C.d.S.*, 2002, 3135; TAR Trentino Alto Adige - Trento, 26 giugno 2000, n. 276, in *Comuni d'Italia*, 2000, 143.

³² Delle due l'una: o la clausola del bando (che sia o meno espressamente sanzionata con l'esclusione) pone oneri ragionevoli (perché finalizzati alla tutela effettiva di rilevanti fini pubblici) e proporzionati (perché non eccedenti tali fini) ai concorrenti ed, allora, l'esclusione dalla gara potrà essere disposta solo applicando il criterio teleologico, ossia verificando se la difformità della dichiarazione o della documentazione presentata dai concorrenti appaia essenziale proprio per il raggiungimento di *quei fini* cui tali oneri sono preordinati; o, invece, la clausola del bando pone oneri formali irragionevoli e sproporzionati ai concorrenti, ed allora i medesimi non possono subire l'esclusione dalla gara solo per essersi discostati da tali prescrizioni mantenendosi nell'alveo di allegazioni ragionevoli e proporzionate. Né, d'altro canto, la giustificazione dell'esclusione dei concorrenti "renitenti" sembra poter essere convincentemente "recuperata" adducendo la necessità di garantire una *par condicio* "verso il basso" rispetto ad altri concorrenti "vittime" che, *oborto collo*, abbiano chinato il capo e si siano pedissequamente adeguati alle prescrizioni sproporzionate e irragionevoli, come ritiene, al contrario, la giurisprudenza amministrativa maggioritaria (v. ad esempio, Consiglio di Stato, Sez. V, 12 ottobre 2001, n. 5397, in *App. Urb. Edilizia*, 2002, 94, che teorizza un obbligo di "protezione delle imprese che hanno puntualmente rispettato tutte le prescrizioni di gara"). La circostanza che alcuni concorrenti si siano conformati ad una clausola irragionevole non vale certo a renderla ragionevole per tutti gli altri che non vi si siano conformati, né sembra corretto far dipendere il *metodo di interpretazione* di un atto amministrativo da un fattore contingente, ossia la "statistica" di quanti destinatari lo abbiano osservato e quanti no. Anche perché un simile argomento portebbe a concludere che, in gare cui concretamente abbia partecipato il solo concorrente poi escluso o in cui tutti i partecipanti abbiano violato la clausola del bando, non vi sarebbe alcuna "impresa diligente" e dunque alcuna *par condicio* da proteggere; ciò salvo che non si voglia addirittura teorizzare un obbligo di proteggere figure "virtuali" ed ipotetiche di soggetti non-partecipanti che (forse) avrebbero potuto partecipare in condizioni differenti ma non lo abbiano fatto (una sorta di "par condicio dell'assente": in tal senso, se ben si intende, Consiglio di Stato, Sez. VI, 1 marzo 2005, n. 826, in *Riv. giur. Edilizia*, 2005, 1333, secondo cui "il principio della par condicio, che è elemento fondante delle procedure concorsuali, è volto anche alla tutela di chi, ritenendo, correttamente, di dover osservare tutte le prescrizioni, si sia, eventualmente, astenuto dal presentare la propria offerta, per non essere riuscito a completare, in tempo utile, tutta la documentazione richiesta a pena di esclusione").

in virtù di una sorta di eterogenesi dei fini, venisse brandita come giustificazione per estromettere dalla gara proprio i migliori offerenti, invocando “un cavillo formalistico”³³ che finirebbe per “favorire” imprese presentatrici di offerte meno convenienti senza che ciò risponda ad alcun interesse pubblico effettivo, concreto ed apprezzabile.

C. La presunta recessività del criterio teleologico rispetto al criterio formale, nel caso di clausole «*a pena di esclusione*», non può essere giustificata neppure invocando altri parametri quali, ad esempio: supposte “*esigenze pratiche di certezza e celerità*” dell’operato delle commissioni di gara³⁴; l’idea secondo cui “*là dove una formalità sia espressamente stabilita a pena di esclusione ... vige il principio dell’imperatività del provvedimento amministrativo ed il criterio teleologico recede di fronte al criterio formale*”³⁵; l’argomento secondo cui l’apposizione, accanto ad una clausola del bando, dell’espressa comminatoria di esclusione determinerebbe la consumazione di qualsiasi “*ambito di discrezionalità in ordine alla scelta di ammissione*”³⁶, secondo il principio dell’autolimitazione amministrativa. Di contro, imperatività e autolimi-

³³ L’espressione è in TAR Lazio, Sez. III-*quater*, 26 marzo 2007, n. 2586, in www.giustizia-amministrativa.it.

³⁴ Consiglio di Stato, Sez. V, 10 gennaio 2005, n. 32, in *Servizi pubblici e appalti*, 2005, 411; TAR Campania-Salerno, Sez. I, 9 ottobre 2006, n. 1614, in www.giustizia-amministrativa.it; TAR Puglia – Bari, Sez. II, 9 aprile 2003, n. 1670, in *Foro Amm. – T.A.R.*, 2003, 1368; Consiglio di Stato, Sez. V, 29 gennaio 2003, n. 457, in *Foro Amm. – C.d.S.*, 2003, 134; TAR Calabria-Catanzaro, Sez. II, 11 giugno 2002, n. 1636, in *Ragiusan*, 2003, 229-0, 172; Consiglio di Stato, Sez. V, 17 dicembre 2001, n. 6250, in *Foro Amm.*, 2001, 3173.

³⁵ *Ex multis*, TAR Lazio, Sez. I-bis, 31 marzo 2006, n. 2247, in *Foro amm. – T.A.R.*, 2006, 967; TAR Veneto, Sez. I, 25 giugno 2007, n. 2032, in www.giustizia-amministrativa.it; TAR Sicilia-Palermo, Sez. II, 13 marzo 2007, n. 810, in *Giur. Merito*, 2007, 1491; Consiglio di Stato, Sez. IV, 30 dicembre 2006, n. 8265, in *Foro amm. – C.d.S.*, 2006, 3343; TAR Piemonte, Sez. II, 20 marzo 2004, n. 468, in www.giustizia-amministrativa.it; Consiglio di Stato, sez. IV, 23 novembre 2002, n. 6440, in *Riv. giur. Edilizia*, 2003, 585.

³⁶ Ad esempio, Consiglio di Stato, Sez. V, 10 gennaio 2005 n. 32, cit.; Consiglio di Stato, Sez. V, 7 dicembre 2005, n. 6991, in *Foro amm. – C.d.S.*, 2005, 3632, secondo cui “*la portata vincolante delle prescrizioni contenute nel regolamento di una procedura concorsuale o di gara esige che alle stesse sia data puntuale esecuzione nel corso della procedura, senza che in capo all’organo amministrativo cui compete l’attuazione delle regole stabilite nel bando residui alcun margine di discrezionalità in ordine al rispetto della disciplina del procedimento. Da tale principio discende che, qualora il bando o la lettera di invito commino espressamente l’esclusione obbligatoria in conseguenza di determinate violazioni, l’Amministrazione è tenuta a dare precisa ed incondizionata esecuzione a tali previsioni, senza alcuna possibilità di valutazione discrezionale circa la rilevanza dell’inadempimento, l’incidenza di questo sulla regolarità della procedura selettiva e la congruità della sanzione contemplata nella *lex specialis*, alla cui osservanza la stessa Amministrazione si è autovincolata al momento dell’adozione del bando*”.

tazione della discrezionalità futura operano sul piano dell'efficacia dell'atto amministrativo (nel caso di specie, la prescrizione del bando di gara), non su quello presupposto della sua interpretazione; l'auspicata certezza delle regole di gara non può essere perseguita "imbavagliando" l'attività interpretativa, giacché la certezza nel (e del) diritto può essere solo l'esito sperabile ma non già il presupposto preclusivo dell'interpretazione; la celerità e l'efficienza delle decisioni espulsive non possono essere pagate con il prezzo dell'irragionevolezza e della sproporzione³⁷.

D. Sembra fragile anche l'ulteriore —seppur da molte pronunce ritenuta insuperabile— obiezione secondo cui il criterio teleologico di interpretazione non potrebbe essere utilizzato per le clausole del bando stabilite «a pena di esclusione» in quanto determinerebbe una «disapplicazione»³⁸ parziale del

³⁷ Esonerare le commissioni (e poi il giudice amministrativo) dallo sforzo valutativo e motivazionale che è indubbiamente connaturato all'applicazione del criterio teleologico e tentare di "robotizzarne" l'attività con il criterio formale, se, da un lato, consente esclusioni più sbrigative ed automatiche, dall'altro lato, proprio per questo, sacrifica inaccettabilmente i principi di ragionevolezza e proporzionalità che dovrebbero presiedere all'applicazione di una sanzione così grave quale l'estromissione da un confronto concorrenziale: certezza e celerità senza ragionevolezza e proporzionalità sono la negazione del diritto. L'invocazione dell'imperatività appare poi erronea sotto il profilo teorico, giacché l'imperatività, definita dalla dottrina amministrativistica italiana come "quella particolare forza del provvedimento amministrativo in virtù della quale le modificazioni della sfera giuridica dei destinatari (la nascita, la modifica, l'estinzione delle loro situazione soggettive), il regolamento degli interessi prefigurato, non hanno bisogno, per la loro realizzazione, della collaborazione dei destinatari medesimi" (VILLATA R., *L'atto amministrativo*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, vol. I, Bologna, 2005, 806) è caratteristica costante e comune di tutte le prescrizioni del bando che richiedano adempimenti, oneri o requisiti ai fini della partecipazione, a prescindere dal fatto che tali prescrizioni siano espressamente previste «a pena di esclusione», salvo che non si voglia giungere all'assurdo di sostenere che tutte le clausole del bando non espressamente sanzionate con l'esclusione siano "dispositive", anziché "imperative" e, quindi, secondo l'archetipo civilistico, liberamente derogabili con il consenso della stazione appaltante e dei concorrenti.

Infine, il riferimento all'autolimitazione della discrezionalità amministrativa operato dal bando appare anch'esso fuorviante sotto il profilo dei fondamenti teorici, giacché non sembra giusto confondere il momento cognitivo dell'interpretazione con il momento volitivo in cui la prescrizione amministrativa, una volta che sia stata correttamente interpretata, comporti *ex post* l'esercizio di discrezionalità piuttosto che di attività amministrativa vincolata: in altri termini, l'autolimitazione amministrativa riduce la discrezionalità, non l'interpretazione, la quale è operazione intellettuale impreteribile a prescindere dal tipo di attività di cui è manifestazione o cui dà corso la prescrizione amministrativa oggetto di interpretazione.

³⁸ *Ex multis*, Consiglio di Stato, Sez. V, 21 aprile 2006, n. 2269, in www.giustizia-amministrativa.it; Consiglio di Stato, Sez. VI, 14 ottobre 2003, n. 6280, cit.; Consiglio di Stato, Sez. VI, 7 ottobre 2003, n. 5925, in www.giustizia-amministrativa.it; Consiglio di Stato, Sez. IV, 9 dicembre 2002, n. 6675, in *Servizi pubblici e appalti*, 2003, 114; Consiglio di Stato,

bando, non consentita né alla commissione di gara, né alla stazione appaltante né allo stesso giudice amministrativo; secondo tale orientamento, una clausola del bando prescritta a pena di esclusione, anche se irragionevole ed illegittima, dovrebbe comunque essere interpretata alla lettera salvo che la stessa clausola non venga *demolita* o, attraverso l'esercizio del potere di autotutela, da parte della p.a. o, a seguito di un'espressa impugnazione del bando, dal giudice amministrativo. L'assunto non convince. In primo luogo, tra interpretazione ed applicazione vi è un rapporto logico che vede l'anteriorità della prima operazione rispetto alla seconda: prima si ricostruisce quale sia, alla luce dei diversi canoni dell'interpretazione giuridica (tra cui non può mai "scompare" quello logico/sistematico/finalistico, senza il quale, come rilevato da Capograssi nel passo in precedenza citato, non vi è autentica interpretazione), il significato corretto della prescrizione; poi si applica quest'ultima nel mondo giuridico. Prospettare un'equazione tra *interpretare teleologicamente* e *dis-applicare* significa confondere due piani di invero del diritto reciprocamente irriducibili. E' vero, piuttosto, il contrario: soffocare, a monte, un momento fondamentale dell'interpretazione (la ricerca teleologica) significa creare le condizioni per *mal-applicare*, a valle, l'atto la cui esplorazione ermeneutica sia stata amputata del cuore pulsante, ossia la ricerca della *mens* e del *sensus*. In secondo luogo, appare singolare anche l'idea secondo cui l'*interpretazione* dovrebbe alzare le braccia dinanzi all'irragionevolezza, alla sproporzione, all'antigiuridicità di una clausola del bando, sol perché quest'ultima è accompagnata dal *refrain* «a pena di esclusione», e che l'unico rimedio a tali patologie sarebbe l'*impugnazione* della clausola in sede di ricorso giurisdizionale o di autotutela (autoimpugnazione). L'interprete (in particolare, la commissione di gara) sarebbe costretta a rendersi strumento esecutivo della clausola antigiuridica, escludendo ateleologicamente e *sine ratione iuris* i concorrenti che abbiano trasgredito la clausola antigiuridica e facendo celebrare, con il correlato spreco di denaro pubblico e l'insorgenza di posizioni soggettive legittimanti richieste risarcitorie, una gara inutile, che poi verrà aggredita in sede giurisdizionale dal concorrente escluso e, verosimilmente, travolta proprio in ragione dell'illegittimità della prescrizione espulsiva contenuta nella *lex specialis*. Anche solo dal punto di vista della c.d. analisi economica del diritto (nella fattispecie, ammi-

nistrativo)³⁹, le conseguenze di un tale assunto appaiono aberranti. Soprattutto, una siffatta impostazione sembra trascurare che, prima ancora dell'impugnazione, anche e soprattutto l'interpretazione gioca un ruolo fondamentale nella risoluzione delle antinomie e delle aporie sistematiche cui dà luogo l'antigiuridicità di un comando: ciò avviene attraverso il fondamentale canone dell'*interpretazione conservativa*, (pienamente applicabile agli atti amministrativi⁴⁰, tra cui i bandi di gara⁴¹). In base a tale criterio ermeneutico⁴²,

³⁹ Sulle suggestioni del rapporto tra analisi economica del diritto e diritto amministrativo, cfr. AA.VV., *Analisi economica e diritto amministrativo. Atti del Convegno annuale. Venezia, 28-29 settembre 2006*, Annuario dell'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Amministrativo, Milano, 2007; MERUSI F., *Analisi economica del diritto e diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2007, 427.

⁴⁰ Si tratta del canone ermeneutico codificato dall'art. 1367 cod. civ., che la giurisprudenza amministrativa applica con costanza all'interpretazione degli atti amministrativi: "in presenza di oggettive incertezze in ordine al contenuto di un provvedimento amministrativo, quando quest'ultimo si presta ad una duplice possibile interpretazione – l'una conforme, l'altra difforme dal dettato normativo – deve essere prescelta quella conforme a legge" (Consiglio di Stato, Sez. V, 4 novembre 1997, n. 1231, in *Foro Amm.*, 1997, 3020); "tra le possibili interpretazioni di un atto amministrativo deve darsi prevalenza a quella alla cui stregua l'atto stesso si appalesa conforme a principi di diritto ed alle fonti normative" (Consiglio di Stato, Sez. V, 10 marzo 1997, n. 229, in *Cons. Stato*, 1997, I, 362; Consiglio di Stato, Sez. IV, 7 aprile 1997, n. 343, in *Foro Amm.*, 1997, 1067); "l'atto amministrativo deve essere interpretato alla luce del generale criterio di conservazione, secondo il quale occorre preferire la soluzione che privilegia la legittimità o l'invalidità meno grave o più facilmente rimovibile" (Consiglio di Stato, Sez. IV, 23 novembre 1996, n. 1239, in *Foro Amm.*, 1996, 3208; Consiglio di Stato, Sez. V, 27 settembre 1990, n. 694, in *Riv. Corte Conti*, 1990, 5, 223); è enucleabile un "principio in base al quale gli atti amministrativi devono essere intesi secondo conformità alle regole costituzionali di imparzialità e buon andamento" (Consiglio Giustizia Amministrativa Reg. Sic., 1 agosto 1991, n. 337, in *Cons. Stato*, 1991, I, 1272), il quale costituisce un "principio specifico del campo pubblico" (Consiglio di Stato, Sez. IV, 6 maggio 1992, n. 481, in *Cons. Stato*, 1992, I, 678); "gli atti amministrativi devono essere interpretati alla stregua di criteri logici tali da conferire all'atto il significato più conforme all'interesse pubblico e al buon andamento dell'amministrazione", dovendosi evitare che "la lettera dell'atto tradisca il senso logico giuridico, frustrando l'interesse pubblico perseguito" (TAR Lombardia – Brescia, 30 gennaio 2002, n. 123, in *Foro Amm. – T.A.R.*, 2002, 36).

⁴¹ Cfr. TAR Sicilia-Palermo, Sez. II, 16 marzo 2004, n. 487, in www.giustizia-amministrativa.it; TAR Campania-Napoli, 22 dicembre 2004, n. 19643, *ivi*; in termini ancor più radicali, addirittura nella prospettiva di una "disapplicazione conservativa" del bando di gara, TAR Sardegna, Sez. I, 2 agosto 2005, n. 1725, in *Foro amm. – T.A.R.*, 2005, 2617. Con riferimento ai bandi di gara, sono numerose le pronunce nel senso che "le norme del bando devono essere interpretate secundum legem, indipendentemente da ogni diversa effettiva intenzione della p.a. stessa" (Consiglio di Stato, Sez. V, 3 novembre 2000, n. 5906, in *Foro Amm.*, 2000, 3610; TAR Piemonte, Sez. II, 18 dicembre 1998, n. 600, in *I.T.A.R.*, 1999, I, 480; TAR Lazio-Latina, 14 marzo 1997, n. 228, in *I.T.A.R.*, 1997, I, 1267) e che comunque fanno applicazione del canone di cui all'art. 1367 c.c. (cfr. Consiglio di Stato, Sez. IV, 15 febbraio 2002, n. 946, in *Foro Amm. – C.d.S.*, 2002, 393).

⁴² Così declinato da Consiglio di Stato, Sez. V, 12 agosto 2004, n. 5550, in www.giustizia-amministrativa.it: "seppure l'operare sinergico di un cogente autovincolo amministrativo e di

non può non essere privilegiata in ogni caso l'interpretazione del bando che si riveli più armonica con i principi fondamentali di ragionevolezza e di proporzionalità che del diritto obiettivo dei contratti pubblici, così come di tutto il diritto amministrativo, costituiscono i pilastri. Ciò significa che il criterio teleologico di interpretazione si salda con il criterio dell'interpretazione conservativa, rendendo possibile, ed anzi doveroso, per la commissione di gara, evitare di comminare espulsioni *ex se* contrarie ai principi di ragionevolezza e proporzionalità quand'anche la clausola del bando trasgredita sia stabilita «a pena di esclusione».

E. Infine, non sembra reggere, ad un'attenta analisi, neppure il limite "pregiudiziale" che molte pronunce oppongono all'operatività del criterio teleologico dinanzi ad una clausola del bando assistita da espressa comminatoria di esclusione: la supposta "chiarezza" o "univocità" del testo della clausola, il che impedirebbe di utilizzare criteri interpretativi diversi da quello letterale⁴³, in virtù di una (a volte sottaciuta, a volte addirittura esplicita⁴⁴) adesione al brocardo *in claris non fit interpretatio*. In disparte le note critiche della dottrina al divieto che tale motto sottende, occorre chiedersi: chi stabilirà con certezza assoluta se una prescrizione è o non è "chiara" e "cristallina" *per tutti* e dunque non abbisogno di alcuna interpretazione? Tale giudizio non è forse a sua volta espressione di un'opinione soggettiva che,

taluni principi processuali possa a volte condurre al risultato solo apparentemente paradossale della piena applicazione di una normativa di gara in tutto od in parte contra legem (qualora cioè manchi una qualsiasi impugnativa giustiziale o giurisdizionale della stessa o, altrimenti, un intervento in autotutela della medesima P.A. aggiudicatrice), nondimeno tale prospettata eventualità non incide minimamente sul generale dovere di ogni interprete, posto di fronte all'alternativa tra due possibili letture di un atto amministrativo (id est la normativa di gara), di preferire sempre quella conforme al diritto obiettivo".

⁴³ Il principio è espresso costantemente dalla giurisprudenza amministrativa italiana: Consiglio di Stato, Sez. V, 31 gennaio 2006, n. 349, cit.; Consiglio di Stato, Sez. VI, 26 aprile 2005, n. 1888, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Consiglio di Stato, Sez. VI, 22 marzo 2004, n. 1459, *ivi*; Consiglio di Stato, Sez. V, 17 dicembre 2001, n. 6250, cit..

⁴⁴ Richiama espressamente il brocardo, ad esempio, Consiglio di Stato, Sez. VI, 9 marzo 2005, n. 974, cit.: "Non è in discussione la ragionevolezza della clausola perché non è stata impugnata, né può contestarsi l'irragionevolezza dell'interpretazione datane dal Tar poiché è chiarissimo il tenore testuale e la portata della *lex specialis* ... Quando il tenore del bando è chiaro ed inequivoco, è inammissibile prospettare un'ulteriore interpretazione che andrebbe in contrasto con la sua lettera, assumendo la maggiore ragionevolezza di una diversa ricostruzione del significato delle regole di gara; infatti, per il brocardo *in claris non fit interpretatio*, e per la necessità di rispettare il valore di atto di autolimita della *lex specialis* della gara, tali censure di irragionevolezza devono, a quel punto, rivolgersi avverso la *lex specialis* restando altrimenti preclusa ogni doglianza".

se non temperata dall'applicazione dei canoni metodologici dell'*ars interpretandi*, rischia di trasmodare in un arbitrio preclusivo (*"hic non est interpretandum"*) peggiore del "male" che vorrebbe evitarsi, ossia la pluralità delle interpretazioni possibili⁴⁵? Di ciò si è ben resa conto un'avveduta parte della stessa giurisprudenza amministrativa, che attribuisce un significato del tutto peculiare al requisito della "chiarezza" della singola clausola di bando, anche ove quest'ultima sia stabilita espressamente a pena di esclusione.

Secondo tale orientamento giurisprudenziale⁴⁶, anche una clausola del bando che potrebbe *prima facie* apparire "chiara" se letta isolatamente, potrebbe viceversa rivelarsi "non chiara" se letta in maniera coordinata con il complesso delle restanti clausole del bando e, soprattutto, se valutata sotto il profilo della sua connessione con "la funzione dell'obbligo al cui assolvimento il complesso delle regole di riferimento risulta chiaramente preordinato", ossia con gli scopi assiologici fondamentali del diritto dei contratti pubblici di cui

⁴⁵ Questa sembra essere la maggiore preoccupazione della giurisprudenza: cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, 1 marzo 2005, n. 826, cit., secondo cui "il rigore nell'osservanza delle prescrizioni del bando (tranne che non si traducano in sterili formalismi su elementi del tutto marginali nell'economia della gara) è indispensabile, ai fini della attuazione della par condicio, giacché l'ipotizzare, come fa l'Amministrazione appellante, la possibilità di derogare, in relazione a singoli casi concreti, a clausole, la cui inosservanza è sanzionata dalla *lex generalis* con l'esclusione, sulla base di un astratto concetto di ragionevolezza, finirebbe, in realtà, per affidare alla ondivaga individuazione dei limiti di tale concetto, l'ammissione o l'esclusione di un'offerta, dando ingresso a situazioni di potenziale incertezza, del tutto incompatibili con le garanzie su cui devono fare affidamento tutti i partecipanti alla procedura concorsuale".

⁴⁶ Si afferma che "l'univocità della singola clausola va valutata in relazione alla coerenza ed alla chiarezza del sistema complessivo delle regole connesse, di guisa che la relativa indagine si estenda a tutte le parti del regolamento di gara idonee a rivelare il carattere palese od equivoco della disposizione della cui osservanza si discute ... ove, infatti, la singola clausola fosse, in sé, univocamente formulata, ma risultasse confliggente con altra prescrizione connessa, o incoerente con la funzione dell'obbligo al cui assolvimento il complesso delle regole di riferimento risulta chiaramente preordinato ... (il criterio formale) dovrebbe recedere in favore dell'opera dell'interprete del bando, cui compete assegnare alla prescrizione in questione, in attuazione dei criteri ermeneutici dettati dagli art. 1362 e ss. del codice civile, un significato compatibile con l'assetto delle regole di gara relative al medesimo adempimento e coerente con lo scopo da quelle perseguito ... nel caso di clausole del bando tra loro antinomiche o incoerenti spetta, prima all'amministrazione e poi, eventualmente, al Giudice, operare una lettura del sistema di regole di riferimento che restituisca allo stesso razionalità ed utilità ... chiarezza ed efficacia ... e procedere in base ad un'interpretazione adeguatrice della prescrizione": così Consiglio di Stato, Sez. V, 30 giugno 2003, n. 3866, in *Urb. App.*, 2003, 1447; TAR Lazio, Sez. III-ter, 17 ottobre 2003, n. 8582, in www.giustizia-amministrativa.it; richiamano il principio anche Consiglio di Stato, Sez. V, 10 gennaio 2005, n. 32, cit. e TAR Campania-Salerno, Sez. I, 14 giugno 2007, n. 747, in in www.giustizia-amministrativa.it.

si è riferito in premessa: secondo il summenzionato orientamento, l'interprete non può sottrarsi al dovere di "testare" ogni volta la chiarezza della singola prescrizione, facendo applicazione del criterio logico/sistematico e rilevando eventuali incoerenze o antinomie tra clausole o tra clausola singola e complesso dei valori fondamentali al cui perseguimento la *lex specialis* risulta preordinata; queste ultime, se sussistenti, a loro volta non potranno non "reagire", secondo un meccanismo di *feedback*, sulla clausola singola, escludendone *melius re perpensa* il supposto carattere "chiaro". A questo punto, la riscontrata non univocità della clausola, seppur prevista a pena di esclusione, non potrà più giustificare la comminatoria *automatica* della sanzione; si dovrà invece privilegiare il criterio dell'interpretazione teleologica e conservativa, intesa nel peculiare senso di "restituire razionalità ed utilità al sistema delle regole di gara" e di salvaguardare la "coerenza con lo scopo" perseguito dalla *lex specialis* unitariamente intesa, giungendo, se del caso, anche all'ammissione alla gara dell'impresa che non abbia rispettato la prescrizione singola, se ciò appaia maggiormente coerente con l'insieme delle prescrizioni interrelate e con gli scopi sottesi all'ordito di queste ultime.

L'orientamento giurisprudenziale riferito è degno della massima attenzione, in quanto, attraverso la leva rappresentata dalla problematizzazione del carattere "chiaro" delle clausole stabilite a pena di esclusione, apre una significativa breccia nella monoliticità del criterio formale: pur affermandosi apparentemente ossequioso a quest'ultimo, infatti, l'interprete viene sollecitato ad adottare un approccio ermeneutico del tutto diverso, che rivela tutti i caratteri ed i contenuti del cd. criterio teleologico.

Ciò dimostra, in definitiva, l'ineludibilità del criterio teleologico per l'interpretazione di *tutte* le clausole del bando di gara, a prescindere dalla loro formulazione letterale e dal fatto che siano assistite o meno da un'espressa comminatoria di esclusione.

Tale conclusione si presta ad essere estesa, su un piano più generale, all'interpretazione di ogni provvedimento amministrativo.

Per quanti sforzi possano opporsi all'emersione dell'argomento teleologico, quest'ultimo troverà comunque vie sotterranee per venire alla luce, essendo portatore di principi (quelli di ragionevolezza e di proporzionalità) la cui voce nessun giurista sensibile è in grado di ignorare troppo a lungo.

A questo punto, meglio sarebbe portare allo scoperto tale realtà ed archiviare l'idea deresponsabilizzante di un interprete che, in alcuni casi, non può o non deve interpretare “troppo”, essendo mero esecutore di formule verbali imperative che, per così dire, “parlano da sé”, in un'ottica radicalmente illuministica in cui la *voluntas evidens* espressa nel comando non tollera intermediari; un interprete che non può e non deve far nulla anche quando la prescrizione amministrativa che è chiamato ad applicare conduca ad esiti irragionevoli e sproporzionati ma asseritamente ineluttabili.

L'interpretazione che miri alla ricerca degli scopi non è un male inevitabile e non è neppure il male minore: è invece, forse, l'unica strada per sperare di restituire un senso complessivo e comprensibile, anche agli occhi del comune cittadino, all'attrattore caotico che —soprattutto oggi— appare essere il diritto delle amministrazioni pubbliche.