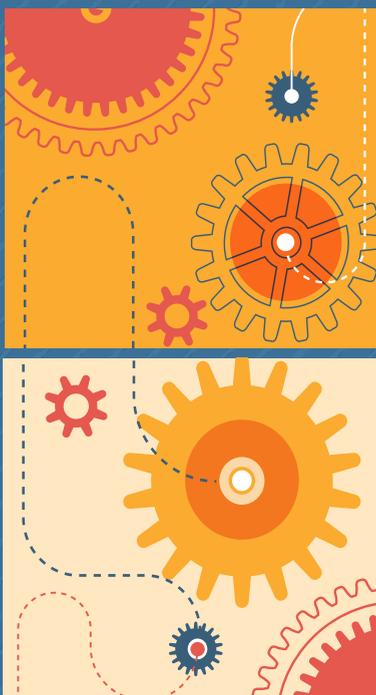


DIALOGHI DI DIRITTO AMMINISTRATIVO

LAVORI DEL LABORATORIO
DI DIRITTO AMMINISTRATIVO 2019



a cura di

Flaminia Aperio Bella, Andrea Carbone, Enrico Zampetti

28

Collana

L'Unità del Diritto



Roma TriE Press
2020

NELLA STESSA COLLANA

1. P. CARNEVALE (a cura di), *La Costituzione riscritta. Saggi sulla revisione costituzionale in itinere*, 2016
2. E. BATTELLI, B. CORTESE, A. GEMMA, A. MASSARO (a cura di), *Patrimonio culturale: profili giuridici e tecniche di tutela*, 2017
3. R. BENIGNI (a cura di), *Libertà religiosa, diritti umani e globalizzazione*, 2017
4. A. MASSARO (a cura di), *La tutela della salute nei luoghi di detenzione. Un'indagine di diritto penale intorno a carcere, REMS e CPR*, 2017, 2017
5. V. ZENO-ZENCOVICH, *Comparative Legal Systems. A Short Introduction*, 2017 (I ed.) *Comparative Legal Systems. A Short and Illustrated Introduction*, 2019 (II ed.)
6. M. GAMBACCIANI, *Impresa e lavoro: il nuovo bilanciamento nei licenziamenti collettivi*, 2017
7. A. MASSARO, M. SINISI (a cura di), *Trasparenza nella P.A. e norme anticorruzione: dalla prevenzione alla repressione*, 2017
8. A. D. DE SANTIS (a cura di), *I profili processuali della nuova disciplina sulla responsabilità sanitaria*, 2017
9. V. VITI, *La locazione finanziaria tra tipicità legale e sottotipi*, 2018
10. C. CARDIA, R. BENIGNI (a cura di), *50 Anni dalla Populorum Progressio. Paolo VI: il Papa della modernità. Giustizia tra i popoli e l'amore per l'Italia*, 2018
11. G. NUZZO, *L'abuso del diritto di voto nel concordato preventivo. Interessi protetti e regola di correttezza*, 2018
12. G. GRISI, C. SALVI (a cura di), *A proposito del diritto post-moderno. Atti del Seminario di Leonessa, 22-23 settembre 2017*, 2018
13. G. MAESTRI, *L'ordinamento costituzionale italiano alla prova della democrazia paritaria*, 2018
14. G. CONTE, A. FUSARO, A. SOMMA, V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *Dialoghi con Guido Alpa. Un volume offerto in occasione del suo LXXI compleanno*, 2018
15. E. PODOGHE, *Comunicazione e "dignità della donna". Uno studio di genere*, 2018
16. G. GRISI (a cura di), *L'abuso del diritto. In ricordo di Davide Messinetti*, 2019
17. S. ANASTASIA, P. GONNELLA (a cura di), *I paradossi del diritto. Saggi in omaggio a Eligio Resta*, 2019
18. S. DEL GATTO, *Poteri pubblici, iniziativa economica e imprese*, 2019

19. R. BENIGNI, B. CORTESE (a cura di), *La "giurisdizione". Una riflessione storico-giuridica*, 2019
20. M. RUOTOLO (a cura di), *La Costituzione...aperta a tutti*, 2019
21. N. POSTERARO, M. SINISI (a cura di), *Questioni di fine vita*, 2020
22. G. RESTA (a cura di), *L'Armonia nel diritto. Contributi a una riflessione su diritto e musica*, 2020
23. F. LATTANZI (a cura di), *Genocidio. Conoscere e ricordare per prevenire*, 2020
24. E. TOTI, *Diritto cinese dei contratti e sistema giuridico romanistico tra legge e dottrina*, 2020
25. B. CORTESE, *La tutela in caso di vizio della res empta e della res locata: inadempimento rispondenza ex fide bona*, 2020
26. M.S. BONOMI, *La motivazione dell'atto amministrativo: dalla disciplina generale alle regole speciali*, 2020
27. G. GRISI, F. RASSU (a cura di), *Perspectives nouvelles du droit. Thèmes, méthodes et historiographie en France et en Italie*, 2020

Università degli Studi Roma Tre
Dipartimento di Giurisprudenza



DIALOGHI DI DIRITTO AMMINISTRATIVO

LAVORI DEL LABORATORIO
DI DIRITTO AMMINISTRATIVO 2019

a cura di

Flaminia Aperio Bella, Andrea Carbone, Enrico Zampetti

28

L'Unità del Diritto
Collana del Dipartimento di Giurisprudenza



Roma TrE-Press
2020

La Collana *L'unità del diritto* è stata varata su iniziativa dei docenti del Dipartimento di Giurisprudenza. Con questa Collana si intende condividere e sostenere scientificamente il progetto editoriale di Roma TrE-Press, che si propone di promuovere la cultura giuridica incentivando la ricerca e diffondendo la conoscenza mediante l'uso del formato digitale ad accesso aperto.

Comitato scientifico della Collana:

Paolo Alvazzi Del Frate, Paolo Benvenuti, Bruno Bises, Mario Bussoletti, Giovanni Cabras, Giandonato Caggiano, Enzo Cardi, Paolo Carnevale, Antonio Carratta, Mauro Catenacci, Alfonso Celotto, Renato Clarizia, Carlo Colapietro, Emanuele Conte, Giorgio Costantino, Antonietta Di Blase, Carlo Fantappiè, Lorenzo Fascione, Ernesto Felli, Sabino Fortunato, Aurelio Gentili, Elena Granaglia, Giuseppe Grisi, Andrea Guaccero, Luca Luparia Donati, Francesco Macario, Vincenzo Mannino, Luca Marafioti, Enrico Mezzetti, Claudia Morviducci, Giulio Napolitano, Giampiero Proia, Giuseppe Ruffini, Marco Ruotolo, Maria Alessandra Sandulli, Giovanni Serges, Giuseppe Tinelli, Luisa Torchia, Mario Trapani, Vincenzo Zeno-Zencovich, Andrea Zoppini.

Collana pubblicata nel rispetto del Codice etico adottato dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi Roma Tre, in data 22 aprile 2020.

Coordinamento editoriale:

Gruppo di Lavoro *Roma TrE-Press*

Elaborazione grafica della copertina: **MOSQUITO**, mosquitoroma.it

Caratteri tipografici utilizzati:

American Typewriter condensed, Brandon Grottesque, Gotham rounded (copertina e frontespizio)
Adobe Garamond (testo)

Impaginazione e cura editoriale: Colitti-Roma colitti.it

Edizioni: Roma TrE-Press ©

Roma, settembre 2020

ISBN: 979-12-80060-49-5

<http://romatrepress.uniroma3.it>

Quest'opera è assoggettata alla disciplina *Creative Commons attribution 4.0 International License* (CC BY-NC-ND 4.0) che impone l'attribuzione della paternità dell'opera, proibisce di alterarla, trasformarla o usarla per produrre un'altra opera, e ne esclude l'uso per ricavarne un profitto commerciale.



L'attività della *Roma TrE-Press* è svolta nell'ambito della

Fondazione Roma Tre-Education, piazza della Repubblica 10, 00185 Roma

Collana del Dipartimento di Giurisprudenza
L'unità del diritto

La collana di studi giuridici promossa dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università Roma Tre assume un titolo – quello de *L'unità del diritto* – che può apparire particolarmente impegnativo perché il fenomeno giuridico riflette la complessità delle società che il diritto mira a regolare, si sviluppa intorno ad una molteplicità di articolazioni e sembra pertanto sfuggire ad una definizione in termini di unità. Anche la scienza del diritto, intesa come riflessione intorno al diritto, come forma di conoscenza che assume il diritto ad oggetto diretto e immediato di indagine, sia nella prospettiva teorica sia in quella storico-positiva relativa ad un singolo ordinamento, soffre a trovare una sua dimensione unitaria. La riflessione intorno al diritto, da qualunque punto di partenza si intenda affrontarla, ammette una pluralità di opzioni metodologiche, contempla una molteplicità di giudizi di valore, si caratterizza inevitabilmente per una pluralità di soluzioni interpretative. L'unico, generalissimo, elemento che sembra contraddistinguerla in senso unitario è dato dal suo essere rivolta alla conoscenza del diritto, dal suo carattere conoscitivo dell'esperienza giuridica complessivamente intesa, una unità, potrebbe dirsi, figlia della diversità e varietà delle scelte di metodo e del pluralismo interpretativo, ma pur sempre una unità quanto meno in questo suo nucleo irriducibile. Ed è allora questo il senso da attribuire al titolo della collana che prende l'avvio, ossia quello di dare ospitalità a contributi di studiosi diversi per formazione e interessi ma che si riconoscono tutti nella comune esigenza di indagare il fenomeno giuridico applicando con rigore il metodo prescelto, nella consapevolezza della condivisione di un patrimonio formativo e culturale idoneo a creare una adeguata coscienza di sé e sulla cui base costruire l'impegno scientifico del giurista.

In questa prospettiva, la collana si ripromette di ospitare non solo contributi scientifici di tipo monografico, raccolte di scritti collettanee, atti di convegni e seminari ma anche materiali didattici che possano proficuamente essere utilizzati nella formazione dei giovani giuristi.

La collana entra a far parte della struttura della editrice Roma *TrE-Press* che, affiancando alla tradizionale pubblicazione in volumi la pubblicazione in formato digitale on-line, consente un accesso libero ai contributi scientifici contribuendo, così, ad una nuova e più ampia diffusione del sapere giuridico.

Prof. Giovanni Serges
Direttore del Dipartimento di Giurisprudenza
Università Roma Tre

Indice

<i>Introduzione</i>	7
<i>Prefazione di MARIA ALESSANDRA SANDULLI</i>	9

STUDI

CLARA NAPOLITANO, <i>Food security: percorsi per la sostenibilità alimentare</i>	13
SABRINA TRANQUILLI, <i>Una rivoluzione che parte dall'effettività della tutela giurisdizionale. Imparzialità e indipendenza del giudice secondo i Giudici di Lussemburgo</i>	31
LIVIA LORENZONI, <i>I principi di diritto comune nell'azione amministrativa tra regole di validità e regole di comportamento</i>	53
SCILLA VERNILE, <i>L'adozione delle decisioni amministrative tramite formule algoritmiche</i>	107

SENTENZE E ATTUALITÀ

ALESSANDRA COIANTE, <i>Il Giudice amministrativo delinea le regole del (nuovo) procedimento algoritmico? Riflessioni a margine di Cons. Stato, Sez. VI, n. 8472/2019</i>	129
CRISTIANA LAURI, <i>Indennizzi automatici e apatia razionale. Il public enforcement nelle sfide poste dalla complessità dei mercati. (a proposito di Cons. Stato, Sez. VI, n. 879/2020)</i>	155

CONTRIBUTI

DAVIDE PALAZZO, <i>La c.d. ottemperanza di chiarimenti nel processo amministrativo</i>	189
ANTONIO SENATORE, <i>Responsabilità e risarcimento in ambito di mancata aggiudicazione di pubblica gara</i>	239

Introduzione

Il *Laboratorio di diritto amministrativo* nasce alla fine del 2018 come iniziativa di incontro e scambio tra giovani studiosi della materia per discutere delle ricerche in corso di svolgimento. L'idea, ispirata dall'esperienza di quanto avviene in altre realtà, soprattutto al di fuori del nostro Paese, si fonda sulla necessità di collocare, nell'ambito di un percorso di ricerca sovente caratterizzato dalla 'solitudine' di chi lo intraprende, un momento di confronto dialettico all'interno della comunità di giovani studiosi; un momento in cui, cioè, la comunità stessa metta a disposizione del singolo le proprie eterogenee esperienze e conoscenze, di modo che questi possa conseguire un più proficuo sviluppo del suo lavoro, nell'ottica di un complessivo arricchimento reciproco. Il *Laboratorio*, infatti, consente di sottoporre alla comunità uno schema indicativo del proprio tema di ricerca, o anche, più compiutamente, una bozza di saggio, così da ricavarne commenti e spunti attraverso un costruttivo dialogo comune.

Gli esiti di tali ricerche sono oggetto di pubblicazione del presente volume nella sezione "Studi"; mentre, nelle ulteriori sezioni, sono collocati contributi – in forma di note a sentenza quanto alla sezione "Sentenze e attualità" e di saggi quanto alla sezione "Contributi" – correlati ai primi e ispirati dall'attività del *Laboratorio*.

I curatori tengono particolarmente a ringraziare la professoressa Maria Alessandra Sandulli, autrice della Prefazione, per il supporto all'iniziativa, e i responsabili della Collana, per aver ospitato il volume.

Flaminia Aperio Bella
Andrea Carbone
Enrico Zampetti

Prefazione

di Maria Alessandra Sandulli

Il volume “Dialoghi di diritto amministrativo” raccoglie i frutti del primo anno di lavori del Laboratorio di diritto amministrativo, iniziativa di confronto tra giovani studiosi della materia nata dall’idea e dall’impegno di Flaminia Aperio Bella, Andrea Carbone ed Enrico Zampetti, con l’ambizione di creare occasioni di dialogo collettivo e partecipato sui temi di ricerca che impegnano la comunità scientifica di ultima generazione.

Il legame tra la raccolta e l’iniziativa di più ampio respiro rappresentata dal Laboratorio emerge con evidenza dalla strutturazione del lavoro, il cui “nucleo” è rappresentato dagli *Studi* di Clara Napolitano sulla c.d. *food security*, di Sabrina Tranquilli sull’effettività della tutela giurisdizionale come da ultimo declinata dai Giudici di Lussemburgo nell’affrontare il c.d. “caso Polonia”, di Livia Lorenzoni sui principi di diritto comune nell’azione amministrativa tra regole di validità e regole di comportamento e di Scilla Vernile sull’adozione delle decisioni amministrative tramite formule algoritmiche, tutti originati da idee presentate dalle Autrici in occasione degli incontri del Laboratorio e successivamente affinati e tradotti in forma di saggio grazie agli spunti ivi raccolti.

Sono questi primi quattro scritti a guidare nella lettura del volume, caratterizzato – non solo nel titolo – da una sorta di dialogo tra le sue parti, fatto di richiami interni e assonanze tematiche.

La seconda sezione è dedicata a *Sentenze e attualità* e raccoglie due note a sentenza, a firma di Alessandra Coiante e Cristiana Lauri, che, in qualche modo, fanno da specchio alla prima parte, tanto in riferimento all’attualissimo tema dell’utilizzo degli algoritmi nell’attività amministrativa, quanto riguardo alla questione sempre centrale dell’effettività della tutela giurisdizionale, affrontata, in questa parte, nella prospettiva della complessa relazione tra *public* e *private enforcement* rispetto ai provvedimenti dell’AGCOM.

Il tema dell’effettività della tutela giurisdizionale torna protagonista nella terza sezione attraverso il contributo di Davide Palazzo, dedicato al controverso, ancorché poco esplorato, istituto dell’ottemperanza di chiarimenti. Segue lo scritto di Antonio Senatore sul tema – tradizionale ma attualizzato dai costanti sviluppi giurisprudenziali –, della responsabilità

da mancata aggiudicazione di gara pubblica, che pure in qualche modo “interloquisce”, pur dalla prospettiva settoriale dei contratti pubblici, con il già richiamato studio sull’incidenza della violazione dei principi di diritto comune sul piano della responsabilità.

Al di là della specificità delle tematiche affrontate, ciò che al fondo accomuna i diversi scritti è il fatto di essere stati occasionati dal confronto collettivo e partecipato tra giovani studiosi su tematiche di attualità del diritto amministrativo.

In quest’ottica, prima ancora che per le risposte e per le soluzioni date, il volume merita un plauso per il metodo adottato nella relativa elaborazione: scegliendo di interrogarsi in forma dialogica sui temi prescelti, i giovani studiosi che vi hanno contribuito dimostrano di non trascurare un aspetto importante del metodo giuridico, l’arricchimento generato dallo scambio di idee all’interno di una comunità il più possibile ampia ed eterogenea quanto a provenienza e formazione.

L’entusiasmo che ha mosso i tre curatori nel dare avvio all’iniziativa, il trasversale riscontro che ha ottenuto nella comunità scientifica di ultima generazione e il volume che oggi ho il piacere di aprire mi spinge ad augurare loro, e ad augurarci, che questo sia solo il primo prodotto dei loro sforzi e che il Laboratorio possa proseguire nelle proprie attività negli anni venturi.

STUDI

Clara Napolitano*

Food security:
percorsi per la sostenibilità alimentare

SOMMARIO: 1. La filiera alimentare tra produzione e sostenibilità – 2. Lo sviluppo sostenibile e il ruolo dell'innovazione tecnologica nel sistema alimentare – 3. Sostenibilità, biodiversità, *food security*: tracce di convergenza – 4. Qualche considerazione finale.

1. *La filiera alimentare tra produzione e sostenibilità*

Affrontare ogni studio sulla produzione e sulle abitudini alimentari, senza che se ne consideri l'impatto ambientale, è ormai idea anacronistica e avulsa dalla realtà.

Dottrina autorevole¹ ha chiaramente messo in luce le relazioni tra diritto dell'ambiente² e diritto dell'alimentazione³. Gli "oggetti" di queste

* Ricercatrice di Diritto amministrativo (RTD/B), Università del Salento, Dipartimento di Giurisprudenza.

¹ G. ROSSI, *Diritto dell'ambiente e diritto dell'alimentazione*, in *Riv. quad. dir. amb.*, n. 1/2015, pp. 3 ss.

² Il diritto dell'ambiente è disciplina complessa che ha assunto – come noto – una conformazione autonoma nel momento in cui la tutela del bene ambientale ha richiesto l'approntamento di disposizioni *ad hoc*. Più incisivamente, è stato sottolineato che la protezione dell'ambiente ha assunto una centralità tale che le norme che la garantiscono rasentano, oggi, l'identificazione con il diritto amministrativo in sé (M. RENNA, *I principi in materia di tutela dell'ambiente*, in *Riv. quad. dir. amb.*, n. 1-2/2012, p. 62). L'importanza di questo fattore altera finanche l'architettura degli strumenti processuali attivabili per l'impugnazione di atti che si ritengano lesivi dell'ambiente e del territorio: le azioni dinanzi al Giudice amministrativo transitano, gradualmente, dalla tutela soggettiva a una tutela oggettiva e vedono una estensione della legittimazione e dell'interesse a ricorrere avverso questi atti tramite il criterio c.d. della *vicinitas*. V. in proposito P.L. PORTALURI, *Spunti su diritto di ricorso e interessi superindividuali: quid noctis, custos?*, in AA.VV., *Scritti in onore di Eugenio Picozza*, Napoli, 2019, pp. 1243 ss.

³ Il diritto dell'alimentazione – *rectius*, il diritto alimentare – abbraccia interessi profondamente differenti e, a volte, contrastanti. Rileva, in questo contributo, l'interesse pubblico alla sicurezza del cibo: intesa non come salubrità igienico-sanitaria bensì come

due discipline – l’ambiente e il cibo – attraversano interessi dai confini incerti e indeterminati, suscettibili di molteplici configurazioni: conflitti, compatibilità necessitate, persino sinergie.

Il terreno d’incontro è costituito dai tradizionali principi regolatori del diritto dell’ambiente – il principio di precauzione⁴ e quello dello sviluppo sostenibile⁵ – che *ora* fanno da leva per il contemperamento degli interessi ecologici e al cibo, *ora* sono fattore sinergico affinché i modelli di produzione e consumo del cibo siano orientati non soltanto a ridurre le esternalità negative sull’ambiente, bensì a trarre da questo la loro linfa vitale e sorgiva.

Questi modelli si collocano al delicato crocevia, antinomico, tra il calo della complessiva produzione agricola e alimentare, e i dati – in progressivo aumento – della produzione biologica e sostenibile, nel nostro Paese.

Per un verso, infatti, l’Italia è in grado, oggi, di produrre solo l’80-85% del proprio fabbisogno primario alimentare (contro il 92% del 1991)⁶, profilandosi il rischio di riduzione o perdita della “sovranità alimentare”⁷

possibilità di accesso alle derrate alimentari. Più in generale, sia consentito il rinvio a C. NAPOLITANO, *Sicurezza alimentare ed etica della sostenibilità: profili di diritto amministrativo*, in *Federalismi.it*, n. 18/2018.

⁴ Come noto, il principio di precauzione è oggi statuito dall’art. 191, par. 2, TFUE e, nel nostro ordinamento, dall’art. 301, d.lgs. n. 152/2006 (c.d. Codice dell’ambiente). Quel principio comporta che, quando non sia certo che un determinato fenomeno sia nocivo per l’ambiente, ma, al contempo, sussista un dubbio scientificamente attendibile che possa esserlo, l’Amministrazione deve adottare la misura più prudente per garantire la tutela ambientale. V. in proposito, tra gli altri, F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nell’amministrazione del rischio*, Milano, 2005; ID., *Il principio di precauzione*, in M. RENNA, F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, pp. 413 ss.; P. SAVONA, *Il principio di precauzione e il suo ruolo nel sindacato giurisdizionale sulle questioni scientifiche controverse*, in *Federalismi.it*, n. 25/2011; V. MOLASCHI, *Livelli di protezione ambientale e tutela precauzionale differenziata: una riflessione alla luce della giurisprudenza costituzionale*, in F. FRACCHIA e M. OCCHIENA (a cura di), *Climate change: la risposta del diritto*, Napoli, 2010; P.G. MARCHETTI, *Il principio di precauzione*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell’azione amministrativa*, Milano, 2011; G. MANFREDI, *Cambiamenti climatici e principio di precauzione*, in *Riv. quad. dir. amb.*, n. 1/2011.

⁵ Ci si soffermerà su questo principio *infra*, ma sin d’ora sulla sua evoluzione e configurazione, è imprescindibile il riferimento a F. FRACCHIA, *Lo sviluppo sostenibile. La voce flebile dell’altro tra protezione dell’ambiente e tutela della specie umana*, Napoli, 2010; ID., *Sviluppo sostenibile e diritti delle generazioni future*, in *Riv. quad. dir. amb.*, n. 0/2010, pp. 41 ss.; ID., *Sulla configurazione giuridica unitaria dell’ambiente: art. 2 Cost. e doveri di solidarietà ambientale*, in *Dir. econ.*, 2002, p. 215 ss.

⁶ Dati riportati da P. CARPENTIERI, *Il “consumo” del territorio e le sue limitazioni. La “rigenerazione urbana”*, in *Federalismi.it*, n. 1/2020, p. 5.

⁷ Quello di sovranità alimentare è un concetto intriso di ideali filosofici e giuridici antitetici rispetto al modello neoliberale di mercato e afferma il diritto di nazioni e popoli al controllo

a causa della riduzione dei suoli fertili e disponibili. Questo dato assume estrema rilevanza nel momento in cui il nostro Paese perde gradualmente la potenzialità di produzione autoctona e autosufficiente, delle risorse alimentari, così ritrovandosi a dipendere dalle importazioni; da ciò la conseguente emersione di un problema di sicurezza alimentare intesa quale *security*⁸, ovvero in termini di garanzia di accesso al cibo.

Per altro verso, dati più confortanti provengono dal Ministero delle politiche agricole, alimentari, forestali e del turismo, circa l'entità e la diversificazione della produzione biologica⁹, la quale costituisce valida risposta in termini di sicurezza alimentare per i consumatori e contribuisce a una più elevata tutela ambientale¹⁰. La produzione biologica è pertanto oggetto di attenzione da parte del Parlamento, il quale sta vagliando la possibile (e auspicabile) emanazione di un *Testo unificato sulla produzione*

dei loro sistemi alimentari, compresi i mercati, i modi di produzione, le culture del cibo e dell'ambiente, con riferimento esplicito a un modello di piccole comunità. Per riferimenti bibliografici sul punto v. G. ZAGREBELSKY, *Un concetto costituzionale: sovranità alimentare*, in *Diritto agroalimentare*, n. 3/2017, pp. 435 ss.; Id., *Due concetti costituzionali: sovranità alimentare e olismo*, in B. BISCOTTI, E. LAMARQUE (a cura di), *Cibo e acqua. Sfide per il diritto contemporaneo. Verso e oltre Expo 2015*, Torino, 2015, p. 1; S. RODOTÀ, *Il diritto al cibo*, Milano, 2014; A. RINELLA, "Food Sovereignty", in *Riv. quad. dir. amb.*, n. 1/2015, pp. 15 ss.

⁸ La *security* consiste nella possibilità che ciascuno abbia in ogni momento accesso a una quantità di cibo sufficiente, sano e nutriente al fine di soddisfare i propri bisogni energetici perché possa condurre una vita attiva, dignitosa e adeguata alle proprie esigenze modulate secondo età, occupazione e stile di vita. La nozione è stata elaborata dalla FAO ed è stata enucleata anche nella *Dichiarazione del Summit Mondiale sulla sicurezza alimentare*, Roma 16-18 novembre 2009, consultabile all'indirizzo web <ftp://ftp.fao.org/docrep/fao/Meeting>. La Dichiarazione di Roma sulla nutrizione del 19-21 novembre 2014, sottoscritta a seguito della seconda Conferenza internazionale sulla nutrizione, afferma «il diritto di tutti di accedere a un'alimentazione sicura, sufficiente e nutriente, coerente con il diritto a un'alimentazione adeguata e con il diritto fondamentale di tutti di essere liberi dalla fame, in conformità al Patto internazionale relativo ai diritti economici, sociali e culturali e ad altri strumenti pertinenti delle Nazioni Unite» (art. 1, par. 3). Oggi è compito della normazione europea, dettata in materia di «Politica agricola comune» (PAC), quello di delineare – in attuazione dell'art. 39 TFUE – la disciplina della *security* sotto il profilo della «sicurezza degli approvvigionamenti».

⁹ Disciplinata compiutamente già a livello europeo. V. il Regolamento (CE) 834/2007 del Consiglio, del 28 giugno 2007, recentemente abrogato – e sostituito – dal Regolamento (UE) 2018/848 del Parlamento europeo e del Consiglio 30 maggio 2018, pubblicato nella GUUE del 14 giugno 2018: quest'ultimo, pur entrando in vigore tre giorni dopo la sua pubblicazione, si applica a decorrere dal 1° gennaio 2021.

¹⁰ V. quanto riportato in proposito al sito <https://www.politicheagricole.it/flex/cm/pages/ServeBLOB.php/L/IT/IDPagina/14394>.

*agricola con metodo biologico*¹¹: ivi, la produzione biologica è definita come «attività di interesse nazionale con funzione sociale e ambientale». Essa – si legga – è incentivata da un Piano d’azione appositamente istituito per il perseguimento di plurime finalità¹² tra le quali spicca la promozione della sostenibilità ambientale con azioni tese all’incremento della fertilità del suolo, nonché all’uso di metodi di conservazione, packaging e distribuzione, rispettosi dell’ambiente. Il Piano d’azione è finanziato da un apposito «Fondo per lo sviluppo della produzione biologica», istituito nello stato di previsione della spesa del competente Ministero.

La *ratio* del ricorso a metodi di produzione alimentare alternativi s’incentra, quindi, sul principio di sviluppo sostenibile: declinato però in modo più ampio ed esteso perché esso non riguardi più esclusivamente l’ambiente, ma sia volto a una tutela diffusa dell’*ecosistema*, allo scopo di assicurare equità, giustizia sociale e diritti.

Il cibo rappresenta, in questo contesto, un elemento essenziale: esso si pone infatti quale punto d’incontro tra molteplici istanze poste al centro della cosiddetta “Agenda 2030” per lo sviluppo sostenibile, adottata dalle Nazioni Unite¹³: tra di esse, la nutrizione, la salute, lo sviluppo dell’individuo e delle comunità, il rispetto dell’ecosistema, e le modalità di produzione e consumo.

Queste istanze rappresentano la base dei moderni sistemi alimentari, intesi quali reti necessarie per produrre e trasformare il cibo (nella “filiera”) sino alla sua distribuzione al consumatore: è così che la sicurezza alimentare

¹¹ Il testo era stato approvato dall’Assemblea della Camera l’11 dicembre 2018; il 19 maggio 2020 è stato poi pubblicato il testo unificato C.290 Gadda, C.410 Cenni, C.1314 Parentela e C.1386 Golinelli, recante disposizioni per lo sviluppo e la competitività della produzione agricola, agroalimentare e dell’acquacoltura con metodo biologico. Quel testo – che consta di 21 articoli – è attualmente all’esame del Senato (S. 988): v. in <https://temi.camera.it/leg18/provvedimento/testo-unificato-sulla-produzione-agricola-con-metodo-biologico.html>.

¹² Tra queste finalità si annoverano quella di agevolare la conversione al biologico delle imprese agricole; lo scopo di educare la collettività al consumo di questi prodotti; il fine di incentivare gli enti pubblici a utilizzare il biologico nella gestione del verde urbano, ed a prevedere il consumo di prodotti biologici nelle mense scolastiche (pubbliche, e private in regime di convenzione); l’incentivo alla ricerca di settore; la promozione di progetti rivolti a valorizzare i prodotti provenienti dai distretti biologici, e tali da permettere la tracciabilità delle diverse fasi produttive, l’informazione al consumatore in ordine alla relativa sostenibilità ambientale, alla salubrità del terreno coltivato, alla sua lontananza da impianti inquinanti, all’utilizzo di prodotti fitosanitari ecocompatibili, ed alle tecniche di lavorazione e imballaggio utilizzate.

¹³ Il documento, *Transforming Our World: the 2030 Agenda for Sustainable Development*, è stato adottato con *Resolution A/RES/70/1 adopted by the General Assembly on 25 September 2015*, in https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/70/1&Lang=E ed è consultabile all’indirizzo <https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/21252030%20Agenda%20for%20Sustainable%20Development%20web.pdf>.

può costituire, ad avviso dell'Organizzazione della Organizzazione delle Nazioni Unite, la leva per garantire l'equità sociale, e contrastare la povertà entro il 2030¹⁴. Dei 17 obiettivi globali che l'Agenda ONU si propone, il n. 2¹⁵ correla espressamente la sicurezza alimentare all'agricoltura sostenibile, attribuendo a questa sinergia l'effetto positivo di contrastare la povertà, e gli squilibri sociali che ne sono alla origine¹⁶.

Le politiche europee e internazionali mirano già a che gli Stati adottino misure armonizzate, in grado di assicurare sistemi di produzione alimentare sostenibili: il fine ultimo è quello di salvaguardare l'ecosistema rendendolo capace di adattarsi ai cambiamenti climatici¹⁷; di creare sistemi di produzione volti a tutelare la varietà delle cc.dd. risorse genetiche che stanno alla stessa origine di questi: principio, quest'ultimo, già statuito dal Protocollo di Nagoya¹⁸.

¹⁴ Cfr. Punto 24 dell'Agenda in <https://sustainabledevelopment.un.org/post2015/transformingourworld>: «We are committed to ending poverty in all its forms and dimensions, including by eradicating extreme poverty by 2030. All people must enjoy a basic standard of living, including through social protection systems. We are also determined to end hunger and to achieve food security as a matter of priority and to end all forms of malnutrition. In this regard, we reaffirm the important role and inclusive nature of the Committee on World Food Security and welcome the Rome Declaration on Nutrition and Framework for Action. We will devote resources to developing rural areas and sustainable agriculture and fisheries, supporting smallholder farmers, especially women farmers, herders and fishers in developing countries, particularly least developed countries».

¹⁵ L'obiettivo (Goal) n. 2 dell'Agenda ONU 2030 è quello di porre fine alla fame, conseguire la sicurezza alimentare, migliorare la nutrizione e promuovere l'agricoltura sostenibile (End hunger, achieve food security and improved nutrition and promote sustainable agriculture).

¹⁶ Come si legge nell'Agenda, le Nazioni Unite guardando a un mondo «where food is sufficient, safe, affordable and nutritious. A world where human habitats are safe, resilient and sustainable and where there is universal access to affordable, reliable and sustainable energy» (p. 5).

¹⁷ Il cambiamento climatico costituisce un'altra sfida avente impatto globale, la quale orienta tutte le energie canalizzate nei temi che la lambiscono: dalla tutela ambientale all'utilizzo delle energie alternative, dallo sviluppo sostenibile ai cc.dd. appalti verdi (Green Public Procurement). V. in proposito G.F. CARTEI (a cura di), *Cambiamento climatico e sviluppo sostenibile*, Torino, 2013, specialmente M. CAFAGNO, *Cambiamenti climatici tra strumenti di mercato e potere pubblico*, pp. 105 ss.

¹⁸ Il Protocollo di Nagoya sull'Accesso alle Risorse Genetiche e l'equa condivisione dei benefici derivanti dal loro utilizzo è uno strumento internazionale adottato dalla Conferenza delle Parti della CBD (Convenzione sulla Biodiversità Biologica) nel corso della sua X Riunione, il 29 ottobre 2010 a Nagoya, in Giappone ed è stato aperto alla firma il 2 febbraio 2011. Il suo obiettivo consiste nella giusta ed equa condivisione dei benefici che derivano dall'utilizzazione delle risorse genetiche, ivi incluso l'appropriato accesso alle risorse genetiche e l'appropriato trasferimento delle relative tecnologie, tenendo in considerazione tutti i diritti riguardanti quelle risorse e quelle tecnologie e i fondi opportuni, contribuendo in tal modo alla conservazione della diversità biologica e all'uso sostenibile dei suoi componenti.

Il perseguimento di queste complesse finalità transita attraverso la elaborazione di appositi “indicatori di monitoraggio” per il conseguimento degli obiettivi, 14 dei quali sono dedicati esclusivamente al *goal* n. 2¹⁹.

Sul versante organizzativo, l’Agenda ONU vede la collaborazione in prima linea della FAO, chiamata a occuparsi – nelle proprie finalità statutarie – del perseguimento della *food security* in tutto il territorio mondiale.

La FAO ha pertanto individuato anche le cause “indirette”, responsabili delle fattispecie di sottoalimentazione e malnutrizione: tra queste, i comportamenti aggressivi, che le economie dei Paesi sviluppati esercitano nei confronti dei Paesi economicamente più deboli, unitamente ai fenomeni di cambiamento climatico, all’origine della scarsa produttività delle risorse agricole e dei crescenti flussi migratori.

Sicché, per la FAO, il raggiungimento del *goal* *Hunger zero* non solo intende sconfiggere la povertà e gli squilibri socio-economici, ma promuovere altresì salute e benessere, riequilibrando le abitudini alimentari sia in termini di *ipo*alimentazione e denutrizione, sia in termini di *iper*alimentazione e obesità.

2. *Lo sviluppo sostenibile e il ruolo dell’innovazione tecnologica nel sistema alimentare*

La sostenibilità del sistema di produzione, commercializzazione e consumo alimentare è, dunque, un obiettivo che si sta progressivamente imponendo nella disciplina normativa multilivello.

Poiché, allo stato, i sistemi produttivi intensivi, orientati a un commercio globale delle risorse e dei loro prodotti, rappresentano una concreta minaccia tanto per la salute umana, quanto per la sostenibilità ecosistemica, la sfida globale consiste – superando le *policies* di *command and control* – nell’orientare e incentivare i comportamenti produttivi e consumistici, verso la sostenibilità ambientale²⁰.

¹⁹ Gli indicatori – presentati nel Report E/CN.3/2016/2/Rev.1 del Consiglio economico e Sociale dell’ONU del 19 febbraio 2016 – sono distribuiti per ciascun punto del Goal n. 2 *Hunger zero*. Il Report è consultabile su <https://unstats.un.org/unsd/statcom/47th-session/documents/2016-2-IAEG-SDGs-Rev1-E.pdf>.

²⁰ Sebbene la produzione alimentare globale sia stata direttamente proporzionale alla crescita della popolazione, oltre 820 milioni di persone hanno cibo insufficiente e molte altre consumano diete di bassa qualità che causano carenze di micronutrienti e contribuiscono a un aumento sostanziale dell’incidenza dell’obesità e delle malattie cardiovascolari. V. in proposito i contributi scientifici su *The Lancet*, pubblicati in <https://www.thelancet.com/>

Ecco, dunque, che il diritto – specialmente europeo – interviene a garanzia di un sistema alimentare sostenibile per l’ambiente e per l’uomo: il principio dello sviluppo sostenibile diviene così itinerario-guida delle scelte regolative dei sistemi produttivi, non lasciati inevitabilmente alla ricerca della composizione ottimale del “paniere” delle economie di mercato.

Questo è ciò che accade, per esempio, nell’ambito delle programmazioni economiche nazionali ed europee: in esse si fa strada, a seguito dell’approvazione del c.d. *Green new deal*²¹ del dicembre 2019, l’idea di una specifica “programmazione economica ambientale”, ovvero l’introduzione di scelte di matrice economica prevalentemente orientate alla tutela dell’ambiente²².

Il legislatore europeo sta traducendo in diritto positivo le politiche in questione – si pensi, in specie, al c.d. “pacchetto sull’economia circolare”²³ allo scopo di incoraggiare, programmare e indirizzare lo sviluppo economico in una direzione “sostenibile”, così prefigurando un modello economico diverso, e alternativo, rispetto a quello attuale: lo strumento della programmazione, necessariamente pluriennale, potrà mostrare effetti benefici di carattere economico (quale l’utilizzazione ottimale delle risorse e delle materie prime), ambientale (in prospettiva di rispetto degli *habitat*), e sociale (in termini di aumento del potenziale occupazionale socialmente inclusivo, e di sviluppo di legami sociali).

Possono essere certamente considerate, queste, utili e fondate concretizzazioni di quel principio di matrice ambientale dello “sviluppo sostenibile” che tuttora – per via della sua genericità e dell’incertezza dei

journals/lancet/article/PIIS0140-6736(18)31788-4/fulltext#back-bib7.

²¹ La Commissione UE ha varato un programma d’investimenti e finanziamenti destinati – tra gli altri – anche ai produttori della filiera alimentare per sostenerne le scelte più “verdi”. V. la *Communication from the Commission* COM(2019) 640 final, cui è stato allegato un *Annex, The European Green Deal*, COM(2019) 640 final, recante la *Roadmap* e le *key actions*, volte a promuovere l’uso efficiente delle risorse per passare a un’economia pulita e circolare, ripristinare la biodiversità e ridurre l’inquinamento.

²² È quanto afferma A. MOLITERNI, *La transizione alla “green economy” e il ruolo dei pubblici poteri*, in G. ROSSI, M. MONTEDURO (a cura di), *L’ambiente per lo sviluppo. Profili giuridici ed economici*, Torino, 2020, pp. 51 ss., per il quale il paradigma dello sviluppo sostenibile ha rivelato profili di debolezza attuativa per la sua genericità.

²³ Il pacchetto “economia circolare” è costituito da quattro direttive UE, tutte datate 30 maggio 2018. Si tratta delle direttive: dir. 849/2018/UE; dir. 850/2018/UE; dir. 851/2018/UE; dir. 852/1028/UE; le quali modificano le direttive sui rifiuti, a partire dalla direttiva generale 2008/98/CE e poi le direttive speciali in materia di rifiuti di imballaggio (1994/62/CE), discariche (1999/31/CE), rifiuti di apparecchiature elettriche ed elettroniche, cosiddetti “RAEE” (2012/19/UE), veicoli fuori uso (2000/53/CE) e rifiuti di pile e accumulatori (2006/66/CE). V. in proposito F. DE LEONARDIS (a cura di), *Studi sull’economia circolare*, Macerata, 2018.

suoi margini applicativi – non ha riscosso l’auspicato successo nell’ambito giuridico-amministrativo, rivelandosi sovente un’arma spuntata²⁴.

Deve infatti essere qui ricordata l’interpretazione ambivalente offerta – da parte di dottrina e giurisprudenza – del principio dello “sviluppo sostenibile”, esplicitamente contenuto nell’art. 3-*quater*, d.lgs. n. 152/2006. Se per un verso questo principio assegna priorità alla considerazione della tutela ambientale nelle decisioni pubbliche, per altro verso una tale priorità non è considerata assoluta rispetto agli altri interessi di matrice economica, sociale, finanziaria²⁵.

Ecco che allora, nelle iniziative economiche e produttive, lo sviluppo sostenibile trova attuazione principalmente attraverso *policies* di matrice europea che disvelano la “coscienza” dell’Unione in merito allo stato emergenziale nel quale il territorio sovranazionale si trova.

Lo sviluppo sostenibile – mutuando le parole di attenta dottrina²⁶ – è la «chiave di volta» di questo fascio di politiche, perché costituisce il perno attorno al quale ruotano interventi di tipo economico, finanziario, politico, giuridico, nonché etico, sociologico, e filosofico. Profili tutti convergenti verso soluzioni possibili al problema dell’irrazionale sfruttamento, e dell’iniqua distribuzione delle risorse, prevalentemente consumate prima ancora che esse riescano naturalmente a rigenerarsi; e, peraltro, consumate in modo diseguale e divergente dal doveroso paradigma solidaristico che quel medesimo principio reca in sé.

Ora, riuscire a individuare un percorso che orienti verso una produzione alimentare, un consumo delle risorse, e una loro distribuzione; più equi e sostenibili è ambizione che esula dai limiti di questo contributo.

Tuttavia basta dare uno sguardo alla letteratura d’oltreconfine²⁷ – ispirata

²⁴ In questo senso F. FRACCHIA, *Sviluppo sostenibile e diritti delle generazioni future*, in *Riv. quad. dir. amb.*, n. 0/2010, pp. 41 ss.

²⁵ V. in proposito anche M. RENNA, *I principi in materia di tutela dell’ambiente*, in *Riv. quad. dir. amb.*, n. 1-2/2012, pp. 62 ss., per il quale anche se le disposizioni interne ed europee prescrivono il mantenimento di un «elevato livello» di tutela ambientale, è altresì vero che questo livello non è «massimo»: l’aggettivo «elevato» si presta pur sempre, dunque, a bilanciamenti con gli altri interessi.

²⁶ F. FRACCHIA, *Sviluppo sostenibile e diritti delle generazioni future*, cit., p. 13.

²⁷ La bibliografia sul tema della sostenibilità alimentare è sterminata. Siano sufficienti qui pochi veloci richiami a P. DE BERNARDI, D. AZUCAR (eds.), *Innovation in Food Ecosystems. Entrepreneurship for a Sustainable Future*, Springer, 2020; A. SZAJKOWSKA, *Regulating Food Law*, The Netherlands, 2012; J.L. POMERANZ, *Food Law for Public Health*, Oxford, 2016; I. HÄRTEL (ed.), *Handbook of Agri-Food Law in China, Germany, European Union. Food Security, Food Safety, Sustainable Use of Resources in Agriculture*, Springer, 2018. In Italia, v. almeno L. COSTATO, F. ALBISINNI, *European Food Law*, Milano, 2016; V. PARISIO (ed.), *Food Safety and Quality Law: a Transnational Perspective*, Torino, 2015.

a un costante approccio olistico²⁸, non sempre condiviso o utilmente impiegato in ambito domestico – per scorgere un consistente ambito di ricerca che guarda alle innovazioni tecnologiche come essenziale presidio per un sistema alimentare sostenibile nello spazio e, soprattutto, nel tempo.

Questa letteratura si fonda sul presupposto che il sistema alimentare comprende una moltitudine di attori, elementi e processi relativi alla produzione, trasformazione, distribuzione, preparazione, consumo e smaltimento degli alimenti: è, in altre parole, multifattoriale²⁹. Come tale, esso deve evolversi sotto più profili per soddisfare la domanda crescente di alimenti sani e nutrienti, accessibili, alla portata di tutti, e per garantire altresì un livello elevato di *safety* e tracciabilità mediante l'impiego di modelli economici sostenibili ed efficienti, sia sotto il profilo della originaria allocazione delle risorse, sia per ciò che concerne la loro trasmissibilità alle future generazioni.

Le leve-chiave per la trasformazione dei sistemi produttivi consistono in approcci innovativi di medio-lungo periodo: le competenze imprenditoriali emergenti devono essere poste al servizio dello sviluppo e della ricerca al fine di offrire nuovi percorsi di *welfare*, lavoro e sostenibilità ambientale³⁰. Tutto ciò implica anzitutto un utilizzo, più diffuso e integrato, delle innovazioni oggi esistenti nei sistemi produttivi. Lungo questa linea, è certamente possibile affermare che le innovazioni tecnologiche, nel settore industriale e produttivo, rivestono sempre una finalità di protezione dell'ambiente.

Il loro impiego, in questo senso teleologico, è ancora piuttosto timido, poiché l'innovazione è strutturalmente legata all'idea di sviluppo, di evoluzione, di progresso; viceversa la tutela ambientale si muove, in

²⁸ Sono molti gli Autori che fanno appello a questo tipo di approccio e in diverse aree tematiche del diritto pubblico. Tra gli altri, M. RAMAJOLI, *Dalla food safety alla food security e ritorno*, in *Amministrare*, n. 2-3/2015, pp. 271 ss., per la quale esso è volto alla tutela non solo della salute, ma anche dell'agricoltura, dell'uso dei suoli, dell'ambiente, degli scambi commerciali, del consumatore e della sicurezza dei lavoratori. L'importanza dell'integrazione scientifica è illustrata anche da W.E. REES, *The Earth Is Telling Us We Must Rethink Our Growth Society. Why COVID-19 Previews A Larger Crash. What We Must Do To Save Ourselves*, in *www.theyee.ca*, 6 aprile 2020, ad avviso del quale in queste fasi di crisi sanitaria e socio-economica l'apporto delle scienze dure (includendovi estensivamente anche quelle ecologiche) assume rilievo primario come fattore decisivo per la ricerca strategica di un'uscita dal tunnel.

²⁹ Come evidenziato da P. DE BERNARDI, D. AZUCAR (eds.), *Innovation in Food Ecosystems*, cit., le sfide del sistema alimentare globale sono evidentemente interconnesse e concernono tanto la salvaguardia ecosistemica quanto la tutela della salute dei consumatori, in uno con il ripristino di un equilibrio socio-economico per l'accesso a un cibo sicuro.

³⁰ Per P. DE BERNARDI, D. AZUCAR (eds.), *Innovation in Food Ecosystem*, cit., p. VI, questo fine è ancora lontano dall'essere conseguito a causa della mancanza di linee guida chiare per gli imprenditori e gli attori della filiera alimentare.

specie alla luce del principio di precauzione, in un senso opposto, vieppiù conservativo e retrospettivo. È il paradosso dell'innovazione in materia ambientale: «le motivazioni di opposizione muovono dalla stessa necessità di tutelare l'interesse ambientale»³¹. E tuttavia è compito del diritto condurre a nuove categorie e nuovi strumenti, affinché l'innovazione tecnologica e la tutela ambientale possano moderare gli attriti d'intersezione, e possano invece valorizzare le reciproche sinergie.

Paradigmatico, di questa aporia tra contraddizione e coesistenza, è certamente il caso delle innovazioni biotecnologiche nella produzione di nuovi alimenti: i cc.dd. “*novel foods*”³². Temute le innovazioni, e temuti gli stessi alimenti per un verso, perché recano potenziali pericoli per la salute umana; incentivate d'altro canto, le une e gli altri, in considerazione della pluralità di effetti benefici che esse potrebbero produrre, specie in termini di tutela ambientale³³. Si tratta di tecniche che sono spesso oggetto di specifiche scelte di politica agricola, nel dichiarato intento di superare quello spirito conservatore e tradizionalista che storicamente caratterizza il sistema produttivo agro-alimentare italiano (costituendone, pur tuttavia, il più rilevante fattore qualitativo), rispetto ad altri settori manifatturieri³⁴.

Ulteriore esempio della contraddizione/sinergia tra innovazione tecnologica e tutela ambientale è altresì dato dalla Politica Agricola Comune europea (PAC), che riconosce e impone una rilevante sfida nell'adozione

³¹ A. FARÌ, *Ambiente e innovazione: profili giuridici*, in G. ROSSI, M. MONTEDURO, *L'ambiente per lo sviluppo: profili giuridici ed economici*, cit., p. 47, per il quale «l'innovazione si può declinare in due fattispecie, per un verso la creazione di nuovi processi e di nuove tecnologie o, per altro verso, la rigenerazione dei processi produttivi da reimpostare nell'ottica di innovazione tecnologica per l'obiettivo della tutela ambientale»: paradigmatici in quest'ultimo verso gli interventi innovativi nel campo della produzione agricola e degli OGM e nell'ambito dell'economia circolare.

³² I *novel foods* – tecnicamente gli “alimenti nuovi” – sono disciplinati dal Regolamento UE n. 2283/2015: si tratta di alimenti dapprima non conosciuti o non utilizzati per il consumo umano e in un secondo momento diffusi proprio a questo fine. In letteratura v., tra gli altri, A. GERMANÒ, *Sui novel foods. Nota a CGCE sez. II 15 gennaio 2009 (causa C-383/07)*, in *Dir. giur. agr. alim. amb.*, n. 9/2009, pt. 2, pp. 534 ss.; L. MIKOLAJ SOKOLOWSKI, *Novel foods – challenges for food law*, in *Agr. Ist. Mer.*, n. 1-2/2013, pp. 135 ss.; A. VOLPATO, *La riforma del regolamento sui “Novel Foods”: alla ricerca di un impossibile equilibrio?*, in *Riv. dir. alim.*, n. 4/2015, pp. 26 ss.; I. CANFORA, *Alimenti, nuovi alimenti e alimenti tradizionali nel mercato dell'Unione europea dopo il regolamento 2015/2283*, in *Dir. agroal.*, n. 1/2016, pp. 29 ss.

³³ V. il 29° *Considerando* del Reg. UE n. 2283/2015 che promuove le nuove tecnologie nel settore alimentare per conseguire obiettivi di tutela dell'ambiente e di *food security*.

³⁴ Così, M. GIUFFRIDA, *Innovazione tecnologica e responsabilità dell'operatore del settore alimentare*, in *Riv. dir. alim.*, n. 4/2018, pp. 4 ss.

di metodi sostenibili di produzione alimentare. La Commissione europea ha recentemente individuato i principali obiettivi verso i quali orientare la Politica agricola³⁵: preservare il potenziale di produzione alimentare dell'Unione secondo criteri di sostenibilità, al fine di garantire la sicurezza dell'approvvigionamento alimentare a lungo termine per i cittadini; sostenere le comunità agricole che forniscono ai cittadini europei una grande varietà di derrate alimentari di pregio e qualità prodotte in modo sostenibile; preservare il paesaggio rurale; scongiurare la perdita di biodiversità, favorire l'adeguamento al cambiamento climatico e mitigarne gli effetti; preservare quelle comunità rurali per le quali l'agricoltura costituisce un'attività economica importante in grado di creare occupazione locale.

È la dimostrazione, almeno nelle intenzioni, che lo sviluppo di tecniche innovative non si pone per definizione in contrasto con il versante ambientale, equo e sostenibile, della sicurezza degli approvvigionamenti, e senza per ciò stesso collidere con gli interessi dell'economia e dei consumi.

Non di rado, peraltro, queste innovazioni tecnologiche concernono la composizione chimica di una risorsa naturale, gradualmente sostituita con un suo omologo creato in laboratorio: con l'effetto di aumentarne la resistenza alle malattie e, di riflesso, di diminuire l'utilizzo di pesticidi farmacologici. È il caso degli OGM: i quali ancora – pur disciplinati da apposito regolamento UE³⁶ – si trovano al delicato crocevia tra innovazione tecnologica, sostenibilità alimentare, tutela ambientale e salute dei consumatori. Con risultati applicativi contrastanti, regolati caso per caso dalla Corte di giustizia in ossequio a una declinazione più permissiva del principio di precauzione³⁷.

³⁵ V. la Comunicazione della Commissione europea, *La PAC verso il 2020: rispondere alle future sfide dell'alimentazione, delle risorse naturali e del territorio*, Bruxelles, 10 novembre 2010, COM(2010) 672 def., in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52010DC0672&from=IT>; v. anche in <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/it/sheet/113/verso-una-politica-agricola-comune-dopo-il-2020> i dibattiti ora in corso per una PAC dopo il 2020.

³⁶ Reg. UE n. 1829/2003.

³⁷ Ne sono testimonianza le note pronunce CGUE, Quarta Sezione, 8 settembre 2011, in cause C-58/10-C-68/10 (*Monsanto*) e CGUE, Terza Sezione, 13 settembre 2017, in causa C-111/16 (*Fidenato*), per le quali gli OGM possono essere ritirati dal mercato *non* ove esista la (mera) incertezza scientifica di pericolo per la salute del consumatore, bensì un «rischio *manifesto*» di un «danno *grave e irreparabile*».

3. Sostenibilità, biodiversità, food security: tracce di convergenza

Nel documento sulla Politica agricola comune (PAC) per il 2020 è contenuto un espresso riferimento alla “sostenibilità alimentare”, sul presupposto che essa possa avere molteplici ricadute positive sulla garanzia di approvvigionamenti nel tempo, sulla conservazione degli *habitat* ecosistemici, sulla salute umana, nonché sulla migliore e più ampia varietà biologica degli alimenti.

Un *caveat* preliminare appare necessario. L'attenzione per la biodiversità non deve essere mai interpretata come un orpello di conio ideologico-ambientalista (*si licet*, una “moda” del tempo): la biodiversità è oggi invece assunta come specifico oggetto di disciplina giuridica (nazionale, europea ed internazionale); sì come la conservazione di una diversificazione degli elementi naturali, in specie in campo alimentare, mantiene una stretta correlazione con la salute umana e reca con sé valori (e non ideologie) che sono sempre traducibili – e così sono stati tradotti – in principi giuridici cogenti.

La consistente letteratura sulla c.d. “*food diversity*”, al proposito, ce ne offre uno spaccato illuminante³⁸, mediante i seguenti passaggi argomentativi: la diversità agro-alimentare è strettamente correlata e connessa alla biodiversità, e cioè alla conservazione di una varietà plurale di risorse; tale pluralità può essere salvaguardata mediante politiche volte ad incentivare un uso sostenibile del suolo, e degli altri elementi naturali (tra di essi, particolare attenzione deve essere riservata alle risorse idriche); alla biodiversità è intimamente correlata una necessaria diversificazione del paesaggio e del territorio, quali elementi identitari e culturali³⁹ di una comunità che vi è installata, lì vive ed è governata secondo i tradizionali principi di autonomia e differenziazione, anche al fine di autodeterminare le proprie scelte di modelli alimentari alternativi (si pensi alla cosiddetta “dieta mediterranea”, garantita dalla permanenza locale delle coltivazioni tipiche); ancora, la biodiversità declina il diritto alla protezione della salute, poiché il mantenimento di un *range* di varietà biologiche può limitare, o quanto meno delimitare, il rischio di sviluppo di allergie e intolleranze, le cui ricadute sulla sostenibilità, economica ed organizzativa, del sistema sanitario, appaiono (viepiù ad oggi) di tutta evidenza; infine, la biodiversità

³⁸ M. MONTEDURO, *The Multifaced Nature of “Food Diversity” as a Life-Related Legal Value*, in A. ISONI, M. TROISI, M. PIERRI (eds.), *Food Diversity Between Rights, Duties and Autonomies. Legal Perspectives for a Scientific, Cultural and Social Debate on the Right to Food and Agroecology*, Springer, 2018, pp. 385 ss.

³⁹ M. BROCCA, *Food, Culture and Law: The Terms of an Evolving Relationship*, in A. ISONI ET AL. (eds.), *Food Diversity*, cit., pp. 457 ss.

mantiene legami strettissimi con la libertà di autodeterminare il proprio stile di “vita alimentare”, e di creare sistemi educativo-alimentari (personali e, o, sociali) volti ad una buona dieta⁴⁰.

D'altra parte, il concetto stesso di biodiversità ha raggiunto una dignità giuridica, che ne tutela il valore di effettività, tramite testi normativi forgiati dapprima dal diritto europeo dedicato alla conservazione di *habitat* naturali ed ecosistemici⁴¹, di poi sfociati in un florilegio di fonti normative interne – ricco di strumenti programmatici e di *soft laws* – che ne riconosce tanto la crescente trasversalità, quanto la necessaria integrazione con le politiche pubbliche ambientali, di governo del territorio, economiche e di utilizzo delle risorse, in ossequio al più generale principio d'integrazione.

In questo senso sono orientate anche le *polices* europee da ultimo formalizzate nei pertinenti documenti della Commissione UE⁴², a tenore dei quali: «società sane e resistenti dipendono dal dare alla natura lo spazio di cui ha bisogno». La Commissione è infatti pienamente conscia dell'impatto economico positivo che la tutela della biodiversità reca con sé: ragione per cui le politiche europee devono essere orientate a garantire la sicurezza alimentare, anche tramite la protezione della varietà delle risorse naturali⁴³.

Obiettivo, questo, reso ancora più nitido e stringente nell'attuale situazione di emergenza sanitaria, la quale ha incrementato la consapevolezza dei legami tra la nostra salute e quella degli ecosistemi⁴⁴, dimostrando anche la necessità di filiere sostenibili e modelli di consumo che non superino i confini planetari. Ciò riflette il fatto che il rischio di insorgenza e diffusione di malattie infettive aumenta con la distruzione della natura: la protezione e il ripristino della biodiversità e degli ecosistemi ben funzionanti sono

⁴⁰ Sono questi i *core values* della diversità alimentare che M. MONTEDURO, *The Multifaced Nature*, cit., analizza, pp. 400-406: rimarcandone, così, il valore giuridico per la stretta interconnessione con principi e libertà tutelati anche dal nostro sistema costituzionale (diritto alla salute, libertà di autodeterminazione, principio di autonomia e differenziazione, tutela del patrimonio culturale, tutela dell'ambiente).

⁴¹ A. FARÌ, *Beni e funzioni ambientali. Contributo allo studio della dimensione giuridica dell'ecosistema*, Napoli, 2013, spec. pp. 125 ss., delinea bene l'emersione della biodiversità quale ambito meritevole di una espressa tutela giuridica.

⁴² Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, *EU Biodiversity Strategy for 2030 Bringing nature back into our lives*, Bruxelles, 20 maggio 2020, COM(2020) 380 final, in https://ec.europa.eu/info/files/communication-eu-biodiversity-strategy-2030-bringing-nature-back-our-lives_en.

⁴³ *EU Biodiversity Strategy for 2030*, cit., pp. 2-3.

⁴⁴ Per un *focus* sul rapporto tra biodiversità e zoonosi pandemiche, sia consentito un rinvio a C. NAPOLITANO, *Covid-19 e biodiversità: termini di un legame difficile*, in *Ceridap.eu*.

pertanto fondamentali per prevenire l'insorgenza e la diffusione di zoonosi⁴⁵.

Ne consegue, come ribadisce ancora la Commissione UE, che gli agricoltori, e più in generale tutti gli attori della filiera produttiva alimentare, assurgono al ruolo di autentici "custodi della propria terra", e svolgono un ruolo imprescindibile nel preservare le singole biodiversità; la *ratio* di questo ruolo appare evidente: essi sono tra i primi soggetti a subire le conseguenze di ogni riduzione e perdita, quali-quantitativa, della biodiversità "locale" (quella a loro più prossima); parimenti essi sono anche tra i primi a raccoglierne, letteralmente, i frutti, quando essa sia ripristinata. La biodiversità, inoltre, consente loro di fornire ai consumatori alimenti sicuri, sostenibili, nutrienti, forse anche economicamente convenienti, ed è altresì in grado di costituire fonte di entrate reddituali, adeguate al mantenimento ed allo sviluppo della singola attività economica ed imprenditoriale: è così che gli agricoltori europei divengono «il centro sociale ed economico di molte comunità in tutta l'Unione»⁴⁶.

L'impegno all'elaborazione di politiche agricole di medio-lungo termine, nell'Unione europea, si concretizza all'interno della c.d. strategia "*From farm to Fork*": la leva è qui costituita dall'incentivo economico all'adozione, da parte della filiera economico-produttiva, di sistemi ecologici remunerati in base ai risultati⁴⁷.

La "strategia" comunitaria può essere così sinteticamente compendiata: la Commissione pianifica e monitora i progressi innovativi e i miglioramenti in termini di sicurezza alimentare e reddito degli agricoltori, assicurando che i piani strategici della "PAC" siano valutati in base a criteri climatici e ambientali, condivisi dalla comunità scientifica, e che gli Stati membri stabiliscano esplicitamente i relativi criteri e indicatori nazionali, per ciascuno degli obiettivi stabiliti nella strategia stessa; questi piani strategici condurranno – nelle intenzioni della Commissione – allo sviluppo e all'applicazione di pratiche sostenibili tra le quali figurano, in via meramente esemplificativa, l'agricoltura di precisione⁴⁸, l'agricoltura biologica e

⁴⁵ Così, *EU Biodiversity Strategy for 2030*, cit., p. 2.

⁴⁶ Così, *EU Biodiversity Strategy for 2030*, cit., p. 7.

⁴⁷ La remunerazione dei risultati dovrà essere assicurata dagli incentivi finanziari dell'apparato pubblico, poiché – come spiega la Commissione – i prodotti del settore agricolo non possono essere adeguatamente remunerati e regolati attraverso il normale funzionamento dei mercati. Cfr. *La PAC verso il 2020*, cit., p. 5.

⁴⁸ L'agricoltura di precisione è disciplinata dal d.m. 22 dicembre 2017, del Ministero delle politiche agricole, alimentari e forestali, col quale sono state approvate le Linee guida per lo sviluppo dell'Agricoltura di precisione in Italia: in esse l'AdP è definita come «una gestione aziendale (agricola, ma anche forestale e zootecnica) basata sull'osservazione, la misura e la

l'agroecologia⁴⁹.

Si tratta di metodi di coltivazione e produzione in grado di fornire alimenti salubri, nel contempo aumentando la fertilità dei suoli, salvaguardando la biodiversità⁵⁰, e riducendo l'impatto antropico sul consumo delle risorse naturali. Senza tacere la circostanza che ciascuno di questi settori produttivi riveste un potenziale economico e occupazionale importante: basti pensare che l'agricoltura biologica fornisce il 10-20% in più di posti di lavoro, per ettaro/suolo, rispetto alle aziende agricole convenzionali⁵¹.

È in questa cornice che s'inscrive, ancora, un progetto europeo specificamente orientato a garantire un sistema alimentare più sostenibile nel tempo.

Si tratta del progetto "FOOD 2030"⁵², che prende le mosse dalla consapevolezza che la produzione e il consumo di cibo, in Europa, potranno rivestire un ruolo decisivo per garantire la sicurezza alimentare e nutrizionale,

risposta dell'insieme di variabili quanti-qualitative inter ed intra-campo che intervengono nell'ordinamento produttivo. Ciò al fine di definire, dopo analisi dei dati sito-specifici, un sistema di supporto decisionale per l'intera gestione aziendale, con l'obiettivo di ottimizzare i rendimenti nell'ottica di una sostenibilità avanzata di tipo climatico e ambientale, economico, produttivo e sociale».

⁴⁹ Una meta-disciplina che non riguarda solo lo sfruttamento della terra e delle risorse, ma ne incoraggia un utilizzo a favore dell'ecosistema. La sua anima multidisciplinare esclude ancora – ingiustamente – il diritto: «Le scienze giuridiche sono finora rimaste estranee (*rectius*, si sono estraniare) al dialogo transdisciplinare in seno all'agroecologia, nonostante recenti ma largamente minoritari tentativi, tuttora in corso, di attivare percorsi di reciproca comprensione ed integrazione tra diritto e agroecologia: ciò non meraviglia, se si considera la tendenza del diritto alla chiusura "insulare" già al suo interno, ossia nelle relazioni intragiuridiche tra i diversi settori scientifico-disciplinari in cui esso si articola, ed *a fortiori*, verso l'esterno, ossia nelle relazioni con le "aliene" scienze non giuridiche». Così, cfr. M. MONTEDURO, *Ius et rus: la rilevanza dell'agroecologia del diritto*, in *Riv. quad. dir. amb.*, n. 2/2019, pp. 4 ss., spec. pp. 20-21.

⁵⁰ Anche la perdita della diversità genetica è destinata a essere fermata: il cammino deve essere invertito, secondo la Commissione UE, anche facilitando l'uso delle varietà tradizionali di colture e sementi. Ciò porterebbe anche benefici per la salute attraverso diete più varie e nutrienti. La Commissione valuterà, infatti, di rivedere le disposizioni inerenti la commercializzazione delle colture tradizionali al fine di contribuire alla loro conservazione e a un uso sostenibile. La Commissione adotterà inoltre misure per facilitare la registrazione delle varietà di sementi, anche per l'agricoltura biologica, e per garantire un più facile accesso al mercato per le varietà tradizionali e adattate localmente. Il medesimo obiettivo è oggetto di attenzione da parte della FAO. V. per esempio il Report della FAO sulla biodiversità nel 2019, *The State of the World's Biodiversity for Food and Agriculture*, in <http://www.fao.org/3/ca3129en/ca3129en.pdf>.

⁵¹ Il dato è ricavato da *EU Biodiversity Strategy for 2030*, cit., p. 8.

⁵² In <https://cordis.europa.eu/article/id/400948-food-2030-innovative-eu-research-ensures-food-system-is-future-ready/it>.

a dispetto dei molteplici e deteriori impatti esercitati, più in particolare, dai cambiamenti climatici, dalla carenza delle risorse, dal degrado del suolo, dal declino della biodiversità, dalla denutrizione e sovralimentazione, dalla crescita della popolazione, e persino dalla instabilità geopolitica.

La Commissione europea si propone qui di affrontare la sfida della sicurezza alimentare e nutrizionale mediante politiche di ricerca e innovazione (R&I), progettate per rendere i sistemi alimentari adattivi ai futuri cambiamenti tecnologici, più sostenibili, resilienti, inclusivi e competitivi.

Questo approccio intende fornire soluzioni ad almeno quattro *issues*, prioritarie all'interno del complesso sistema alimentare: la nutrizione corretta, per diete sostenibili e sane; la resilienza del clima e la sostenibilità ambientale; la circolarità dell'economia, per garantire una durata più prolungata del "ciclo-vita" delle risorse; infine, l'innovazione tecnologica e la responsabilizzazione dei consumatori⁵³.

La ricerca delle *policies* comunitarie converge dunque verso una produzione alimentare più sostenibile, al fine di proteggere l'ambiente, conservare la biodiversità, assicurare la durata nell'approvvigionamento delle derrate alimentari e, per conseguenza, una maggiore equità nella loro distribuzione tra i consumatori. Da qui, come possibili corollari, il mantenimento (o l'elevazione) dei livelli occupazionali e produttivi, il perseguimento della salvaguardia della salute umana e animale, e la conseguente riduzione dei costi sanitari.

⁵³ Il progetto FOOD 2030 è molto ambizioso ma conta già molti *stakeholders* privati, i quali hanno fornito risposte diverse ai problemi della sostenibilità alimentare. Tra le varie soluzioni si annoverano lo sviluppo di robot operanti sul terreno e in aria destinati a incrementare il rendimento dell'agricoltura, ridurre l'utilizzo di pesticidi e mitigare la sicurezza alimentare, migliorando di conseguenza la sostenibilità; l'approntamento di misure e tecnologie in grado di ridurre l'impatto ambientale dell'agricoltura e arrestare il consumo e l'impoverimento del suolo; lo sviluppo di tecniche di analisi su cereali minori per valutarne la resistenza allo stress biotico e abiotico; la ricerca di sistemi per incoraggiare la trasparenza alimentare al fine di ridurre al minimo le frodi alimentari e garantire una filiera alimentare responsabile. A questi si aggiungono studi sociologici sugli stili di vita perché si possano ridurre il tasso di obesità e disturbi connessi: con la creazione anche di apposite app che aiutino (con una piccola *nudge*) a orientare i consumatori verso scelte nutrizionali più sane. V. in proposito il sito <https://fir4food2030.eu/food-2030/#>.

4. Qualche considerazione finale

Le riflessioni sino a qui svolte rifuggono da ogni pretesa di compiutezza: intendono tuttavia dare atto dell'urgenza giuridico-politica, avvertita all'origine dalle istituzioni europee, volta a sensibilizzare la collettività e gli Stati membri sul tema della sostenibilità ambientale e alimentare.

Ciò che emerge, a sintesi conclusiva, può essere così esposto.

Allo stato attuale, i sistemi produttivi – le filiere – sono tendenzialmente lineari: partono cioè da un “tempo zero”, nel quale le risorse sono ancora nel loro stato originario, per arrivare a un “tempo ultimo”, nel quale il prodotto finale è il risultato della loro lavorazione.

Questo sistema ignora ciò che accade *prima* del “tempo zero”, così come *dopo* il “tempo ultimo”: fattore di progressione temporale, invece, non di secondaria importanza, poiché esso è indice della durata organizzativa, nel tempo, del singolo sistema produttivo.

Di poi, è fondamentale comprendere che le risorse naturali sono ontologicamente scarse ed esauribili: suolo e acqua, *in primis*; e che, stanti tali scarsità ed esauribilità, gli scarti di produzione possono (e devono) ancora avere una vita e una utilità, così come i residui dell'utilizzo di molteplici prodotti (si pensi ai prodotti elettronici) hanno ancora il potenziale per ulteriori usi, anche di stampo solidale.

In estrema sintesi, la linearità deve lasciare il posto alla circolarità.

Tutti gli attori della filiera alimentare – dall'agricoltore, al produttore, al distributore, al consumatore finale – devono dunque guardare oltre il limitato orizzonte temporale di questa: compiendo uno sforzo anzitutto assiologico.

Occorre sfatare il mito dell'assoluta inconciliabilità tra le esigenze dello sviluppo economico e quelle della protezione dell'ecosistema, compatibilità viceversa testimoniata dall'incidenza e dalla progressiva espansione del principio ambientale dello sviluppo sostenibile⁵⁴.

Quel principio, così incoraggiato, reca in sé la dimensione del “dovere essere” (*sollen*), e non del mero “essere” (*sein*), per cui il rispetto dell'ecosistema reca in sé sia un connotato *doveroso* per la sua stessa sopravvivenza, sia la sua declinazione solidaristica: solo attraverso un parsimonioso utilizzo delle risorse, si garantisce infatti che di esse possano usufruirne anche le generazioni future.

Le *policies* europee spingono verso questa direzione, incentivando

⁵⁴ Così, S. PERSIA, *Proprietà e contratto nel paradigma del diritto civile “sostenibile”*, in *Riv. quad. dir. amb.*, n. 1/2018, p. 11.

innovazioni che – a dispetto di ogni timore ideologico o immotivato – non mirano a uno sviluppo scevro da cautele e attenzioni, bensì ne combattono l'applicazione uniforme e indifferenziata.

La difficoltà di attuazione delle politiche di sostenibilità risiede, pressoché integralmente, nella sua dimensione temporale: sussiste infatti un immanente scarto diacronico tra l'orizzonte umano, necessariamente limitato all'orizzonte della nostra vita, e quello ecosistemico, misurato attraverso la scala dei millenni⁵⁵.

Un percorso consapevole, più che ogni risposta definitiva, sta probabilmente nell'abbracciare una prospettiva assiologica e sistemica⁵⁶, in grado di incentivare (ancor più che imporre) un impegno che prescindendo dalla angusta visione unipersonale e osservi ognuno di noi, e ciascuno degli altri, come componente di un *unicum* pleromatico.

Se di questo non si è ancora pienamente coscienti, provare a incamminarsi è un dovere.

⁵⁵ M. MONTEDURO, *Ius et rus*, cit., p. 31, riscontra il «*macroscopico disallineamento tra la scala temporale di durata degli ecosistemi* (come è stato osservato, i singoli ecosistemi hanno cicli temporali compresi tra centinaia e migliaia di anni) e *quella di vita degli individui umani come organismi* (caratterizzata da cicli temporali nell'ordine di decine di anni)» (corsivo originale). Ciò comporta, secondo l'A., che gli individui *uti singuli* non possano tarare le loro azioni sulla dimensione temporale dell'ecosistema; tuttavia essi, organizzandosi come collettività, potranno aspirare a una sincronizzazione temporale graduale incamerando dati e consolidando così una «*memoria socio-ecologica*».

⁵⁶ Il ripensamento assiologico dell'uomo e della sua relazione con il contesto che lo circonda è alla base non soltanto del diritto sostanziale settoriale quale, per esempio il diritto dell'ambiente, ma investe anche gli strumenti processuali che garantiscono l'azionabilità delle tutele processuali. V. in proposito quanto sottolineato in merito alla legittimazione assiologica ad agire in giudizio in materia ambientale da P.L. PORTALURI, *Spunti su diritto di ricorso e interessi superindividuali: quid noctis, custos?*, cit.

Sabrina Tranquilli*

Una rivoluzione che parte dall'effettività della tutela giurisdizionale. Imparzialità e indipendenza del giudice secondo i Giudici di Lussemburgo

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. La transizione democratica e la riforma del sistema giudiziario – 3. Le reazioni alla riforma da parte dell'Unione Europea, dei giudici polacchi e della comunità internazionale – 4. Le pronunce della CGUE che hanno bloccato la riforma sull'ordinamento giudiziario polacco – 5. Gli obblighi e le tutele che nascono dall'effettività della tutela giurisdizionale.

1. *Introduzione*

Gli Stati membri dell'Unione Europea non condividono un modello costituzionale comune determinante l'interazione tra i diversi poteri dello Stato in quanto elemento strettamente radicato alla tradizione politica e giuridica interna dei singoli ordinamenti nazionali¹. Nelle democrazie di più antica istituzione, europee e non, in cui il potere esecutivo ha un ruolo determinante sulla nomina dei giudici, la tradizione e cultura giuridica dello Stato frenano possibili abusi e consentono ai giudici di poter svolgere la propria funzione in maniera indipendente². Al contrario, le democrazie di

* Assegnista di ricerca di Diritto Amministrativo, Università degli Studi di Salerno, Dipartimento di Scienze Politiche e della Comunicazione.

¹ Con riferimento alla separazione tra poteri nell'ambito dell'Unione si v. P. CRAIG, *European governance: Executive and Administrative powers under the new constitutional settlement*, in «Articles by Maurer Faculty», 2005, 407 ss; J. ZILLER, *Separation of Powers in the European Union's Intertwined System of Government - A Treaty Based Analysis for the Use of Political Scientists and Constitutional Lawyers* (March 31, 2009), in «Il Politico», Vol. LXXIII, n. 3, 133.

² Negli Stati Uniti, ad esempio, il rispetto dell'indipendenza della magistratura costituisce una tradizione sociale più che un precetto legislativo. Il celebre caso *Marbury v. Madison*, (1803) ha insegnato al mondo giuridico l'archetipo del rapporto intercorrente tra Stato di diritto e indipendenza del potere giurisdizionale sancendo che la Costituzione deve essere interpretata da un organo indipendente. Il giudice Marshall rintracciava l'essenza stessa del potere giurisdizionale nella libertà di decidere quale legge applicare, sottolineando che

più recente formazione, come quella polacca di cui si parlerà nel presente contributo, non hanno invece ancora sviluppato un equilibrio tale da prevenire eventuali abusi e storture.

Sebbene l'indipendenza del potere giurisdizionale sia considerato uno degli elementi fondanti lo Stato di diritto³, non si rinviene nel sistema normativo dell'Unione una definizione che ne definisca le componenti in modo condiviso tra gli Stati⁴. Diversi atti che costituiscono parte integrante della cultura e del patrimonio giuridico degli Stati dell'UE oltre che, come si vedrà, dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'UE e della CEDU⁵

«It is emphatically the province and duty of the Judicial Department to say what the law is. Those who apply the rule to particular cases must, of necessity, expound and interpret that rule. If two laws conflict with each other, the Courts must decide on the operation of each». Si sottolineava che senza un'effettiva indipendenza l'autorità decisionale è, di fatto, un'illusione senza significato. I principi affermati nel caso *Marbury v. Madison* sono stati nel tempo messi in discussione dal potere esecutivo. Noto il caso del Presidente Roosevelt che di fronte alla «bocciaatura» da parte della Corte suprema di alcune leggi del «*New deal*», tentò di aumentare il numero dei giudici di quella Corte, per nominarne alcuni di orientamento a lui favorevole. In quel caso il Senato, benché fosse composto in maggioranza da sostenitori della sua parte politica, tuttavia si oppose con successo.

³ P. CRAIG, *Definition and conceptualisation of the rule of law and the role of judicial independence therein*, in «Rule of law in Europe perspective from practitioners and academics», a cura di P. Craig, S. Adam, N. Diaz Abad, L. Salazar, 2019, 1.

⁴ L'art. 47 par. 2 della Carta di Nizza e l'art. 6 della CEDU si limitano infatti a stabilire che ogni individuo ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un giudice indipendente e imparziale, precostituito per legge. Si v. anche il modello di Codice della giustizia amministrativa euro-americano che all'art. 8 stabilisce che l'indipendenza personale del giudice è assicurata attraverso una remunerazione giusta ed adeguata e che «i giudici non possono sottostare ad ordini nell'esercizio delle loro funzioni giurisdizionali».

⁵ Si v. sul punto il Report del 2011 della Commissione di Venezia dove si concludeva che «*despite differences of opinion, consensus exists on the core elements of the Rule of Law as well as on those of the Rechtsstaat and of the Etat de droit, which are not only formal but also substantive or material (materieller Rechtsstaatsbegriff). These core elements are: (1) Legality, including a transparent, accountable and democratic process for enacting law; (2) Legal certainty; (3) Prohibition of arbitrariness; (4) Access to justice before independent and impartial courts, including judicial review of administrative acts; (5) Respect for human rights; and (6) Non-discrimination and equality before the law*». Le caratteristiche dell'indipendenza del potere giurisdizionale sono state successivamente richiamate dalla stessa Commissione nella sua *Rule of law checklist*, Venezia 11-12 marzo 2016; si v. la Raccomandazione del Consiglio d'Europa, *Right to an effective remedy and to a fair trial Recommendation on judges: independence, efficiency and responsibilities*, 2010; Consultative council of european judges, CCJE (2010)3, Magna Carta dei giudici (principi fondamentali), novembre 2010, che prevede a garanzia dell'indipendenza che «*5. Decisions on selection, nomination and career shall be based on objective criteria and taken by the body in charge of guaranteeing*

ne definiscono alcuni elementi.

Il rapporto tra diritto dell'Unione e indipendenza del potere giurisdizionale è stato di recente ripetutamente affrontato dalla Corte di Giustizia dell'UE chiamata a pronunciarsi sulle riforme dell'ordinamento giudiziario polacco che hanno seriamente intaccato l'equilibrio tra i poteri dello Stato, limitando l'autonomia della magistratura, affermando una forte ingerenza del potere esecutivo sulle modalità di nomina e di collocamento a riposo dei giudici e sui poteri disciplinari esercitabili nei loro confronti.

Diverse riforme, avviate nel 2016, hanno infatti consentito al potere esecutivo di sottrarre gradualmente autonomia e indipendenza al potere giurisdizionale "catturando" prima il Tribunale costituzionale, poi i tribunali civili e amministrativi, la Corte Suprema e, infine, il Consiglio nazionale della magistratura. Dopo due anni di improduttivo dialogo tra le Istituzioni europee e le autorità polacche, nell'impossibilità di utilizzare altri strumenti di salvaguardia dei valori dell'Unione (quale la procedura di cui all'art. 7, par. 1 TUE), la Commissione ha contestato dinanzi alla CGUE nell'ambito di diverse procedure di infrazione ai sensi dell'art. 258 TFUE, alcuni specifici profili della riforma, a partire dall'abbassamento dell'età pensionabile dei giudici della Corte Suprema polacca e il loro forzoso collocamento a riposo, deducendo in particolare la violazione dell' art. 19 TUE.

Le decisioni assunte dalla Corte che hanno - sin dalla fase cautelare - bloccato le riforme legislative in atto rivestono un impatto determinante sull'assetto dei rapporti tra l'Unione e gli Stati membri e in particolare, come si vedrà, tra la stessa Corte e i giudici nazionali.

La Polonia è, infatti, così divenuta il punto "focale" e lo strumento per fronteggiare la crisi dello Stato di diritto all'interno dell'Unione Europea.

independence. 6. Disciplinary proceedings shall take place before an independent body with the possibility of recourse before a court. 7. Following consultation with the judiciary, the State shall ensure the human, material and financial resources necessary to the proper operation of the justice system. In order to avoid undue influence, judges shall receive appropriate remuneration and be provided with an adequate pension scheme, to be established by law. 8. Initial and in-service training is a right and a duty for judges. It shall be organised under the supervision of the judiciary. Training is an important element to safeguard the independence of judges as well as the quality and efficiency of the judicial system. 9. The judiciary shall be involved in all decisions which affect the practice of judicial functions (organisation of courts, procedures, other legislation). 10. In the exercise of their function to administer justice, judges shall not be subject to any order or instruction, or to any hierarchical pressure, and shall be bound only by law. 11. Judges shall ensure equality of arms between prosecution and defence. An independent status for prosecutors is a fundamental requirement of the Rule of Law. 12. Judges have the right to be members of national or international associations of judges, entrusted with the defence of the mission of the judiciary in the society».

Dopo aver accolto i ricorsi per inadempimento proposti dalla Commissione, la Corte di Giustizia dell'UE è più volte tornata sulla questione dell'indipendenza del potere giurisdizionale polacco nell'ambito di alcuni rinvii pregiudiziali effettuati dagli stessi giudici polacchi, azionati per contestare il contrasto tra le riforme interne e i principi del diritto dell'Unione posti a garanzia della loro indipendenza.

Ciò che tuttavia interessa ai fini del presente contributo è l'analisi della base giuridica utilizzata dalla Corte, ossia l'art. 19, paragrafo 1, secondo comma, del TUE che sancisce il principio di effettività della tutela giurisdizionale, il cui impiego in tali pronunce provoca alcune riflessioni sul ruolo assunto da tale disposizione come strumento di implementazione del diritto dell'UE e dei suoi valori costituzionali⁶.

2. La transizione democratica e la riforma del sistema giudiziario

Differentemente da altri paesi dell'est Europa, dopo la caduta del partito comunista, la Polonia ha effettivamente completato il processo di democratizzazione⁷. Al termine del regime, la Polonia ha scelto di non adottare una nuova Costituzione, ma di modificare alcuni aspetti di quella in vigore tramite una riforma costituzionale, definita "piccola Costituzione", che sancisce *inter alia*, il principio della separazione dei poteri⁸.

⁶ M. BOLOGNESE, *Il principio dell'inquadramento nell'art. 19 del TUE*, Edizioni Simple, Macerata, 2019; i riflessi provocati dall'indebolimento del potere giurisdizionale in Polonia sul costituzionalismo europeo è evidenziata da A. VON BOGDANDY, P. BOGDANOWICZ, I. CANOR, G. RUGGE, M. SCHMIDT, M. TABOROWSKI, *Un possibile «momento costituzionale» per lo Stato di diritto europeo: i confini invalicabili*, in «Quaderni costituzionali», 2018, 4, 855.

⁷ Sul concetto di transizione democratica e sulle differenze tra il percorso democratico in Ungheria e Polonia si v. E. PROHNIŤCHI, *Comparative Analysis Of The Modes Of Transition In Hungary And Poland And Their Impact On The Electoral Systems Of These States*, in «CEU Political Science Journal», 2006, 6, 5; J. ZIELINSKI, *The Polish transition to democracy: a game-theoretic approach* *European Journal of Sociology*, in «Threats and bluffs in East European transitions», 1995, 36, 1, 135; E. PIETROBON, *La democratizzazione interrotta del mondo ex sovietico: Polonia e Ungheria*, in opiniojuris.it; M. MIZEJEWSKI, *La crisi della democrazia in Polonia*, 2018, 22, 10-12; P. FILIPEK, *Challenges to the rule of law in the European union*, in «Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos», 2018, n. 17/18, 221.

⁸ L'art. 10 della Costituzione polacca prevede che «1. L'organizzazione della Repubblica Polacca si fonda sulla separazione e l'equilibrio dei poteri legislativo, esecutivo e giudiziario. 2. Il potere legislativo è esercitato dalla Dieta e dal Senato, il potere esecutivo dal Presidente della Repubblica Polacca e dal Consiglio dei Ministri, il potere giudiziario dalle Corti e dai Tribunali». In Polonia il potere legislativo è esercitato da un parlamento bicamerale. La

L'ingresso nell'Unione Europea, nel 2004, ha inoltre portato allo Stato polacco enormi progressi economici e sociali⁹. Nella fase di transizione dal governo comunista la Polonia è passata da un'economia fortemente controllata a livello centrale a un'economia aperta al mercato e, dopo una lunga trattativa e numerosi adeguamenti del proprio sistema economico e giuridico all'*acquis communautaire*, è, come noto, entrata nell'Unione Europea.

Tale transizione ha reso necessario un forte intervento pubblico nell'economia per evitare il fallimento di molte imprese pubbliche e private. Come evidenziano i *report* della Commissione UE, la stabilità dell'economia polacca ha permesso di effettuare alcuni tagli alla spesa pubblica e assicurare un basso e stabile debito pubblico ed è significativo il collegamento tra l'aumento degli investimenti pubblici e l'afflusso dei fondi europei per la politica di coesione di cui la Polonia è tutt'oggi la principale fruitrice¹⁰.

Negli anni che precedono la crisi democratica, scoppiata nel 2015, la progressiva democratizzazione e il "miracolo economico" sono stati spinti specialmente dalle forze politiche europeiste (*Piattaforma Civica*). Le forti diseguaglianze sociali presenti nel paese hanno tuttavia fatto guadagnare, similmente a quanto era già avvenuto in Ungheria, al partito conservatore-nazionalista e euroscettico "Diritto e Giustizia" (in polacco *Prawo i Sprawiedliwość*, "PiS"), fondato nel 2001 dai fratelli Kaczyński, sempre maggior consenso fino a fargli raggiungere, nelle elezioni dell'ottobre 2015, la maggioranza assoluta in Parlamento¹¹.

Durante la campagna elettorale, il *PiS* aveva promesso riforme per il

camera bassa (Sejm) crea le leggi mentre la camera alta (Senato) effettua un controllo sulle stesse con il potere di accettarle, modificarle o rigettarle. Un atto legislativo acquista efficacia solo dopo la firma del Presidente della Repubblica che prima di firmarla può azionarne il controllo di costituzionalità. Il potere esecutivo è esercitato dal Presidente della Repubblica e dal Consiglio dei Ministri.

⁹ Sul rapporto tra la Polonia e la gestione dei fondi di coesione UE sia consentito rinviare a S. TRANQUILLI, *Le «zone economiche speciali» e la coesione territoriale: indagine comparata nell'Unione Europea e analisi del tentativo italiano*, in «Il Diritto dell'Economia», 2020, 2.

¹⁰ La Polonia è il principale destinatario di Fondi Strutturali Europei per la prospettiva 2014-2020, con 82,4 miliardi di euro (esclusi i fondi per l'agricoltura), ripartiti in 7 Programmi Operativi: Assistenza Tecnica; Programmi Regionali; Infrastruttura e Ambiente; Sviluppo Intelligente; Sapienza, Educazione e Sviluppo; Polonia Digitale; Sviluppo della Polonia dell'Est (dati Eurostat).

¹¹ Il consenso è tuttora forte se si guardano i risultati ottenuti alle ultime elezioni europee su cui si v. M. TROISI, *In direzione ostinata e contraria: la Polonia e le elezioni europee del 2019*, in *Federalismi.it*, 2019; Per un'analisi del voto del 2015 si v. M. DISCOLA, *La crisi costituzionale del 2015-16 in Polonia: il fallimento della transizione al costituzionalismo liberale?*, in «Osservatorio costituzionale», n. 1/2016; C. TONINI, *Il governo della Polonia dopo il voto*, Il Mulino, Bologna, 2016, 1, 154.

miglioramento della politica sociale, nonché lo sviluppo economico e la giustizia definendosi il “buon cambiamento” per il Paese.

Ottenuta la vittoria, il nuovo governo ha immediatamente iniziato un rapido riassetto dell'equilibrio costituzionale dei poteri e, senza toccare la Carta costituzionale, ha intrapreso una serie di azioni prevalentemente dirette a limitare l'indipendenza del potere giurisdizionale¹².

In base alla Costituzione polacca i giudici sono nominati all'esito di una procedura complessa che coinvolge attivamente lo stesso potere giurisdizionale. I candidati, infatti, sono selezionati tramite votazione segreta da parte dell'assemblea dei giudici del distretto in cui hanno proposto la propria candidatura e sono poi valutati dal Consiglio nazionale del potere giurisdizionale (*Krajowa Rada Sądownictwa*¹³) ossia l'organo di garanzia della magistratura cui spetta la scelta finale. Al Presidente della Repubblica spetta la nomina formale, ma in caso di disaccordo non può autonomamente effettuare una diversa.

Il primo presidente della Corte Suprema è invece nominato dalla Camera bassa (*Sejm*) su proposta del Presidente della Repubblica, mentre il Consiglio Nazionale procede alla nomina del presidente dell'alta Corte amministrativa.

La nomina dei giudici è a tempo indeterminato e l'incarico viene, di regola, mantenuto fino all'età pensionabile salva la possibilità di rimozione per ragioni disciplinari¹⁴ o di interruzione per motivi di salute. Analogamente all'ordinamento italiano anche la Carta costituzionale polacca prevede che i giudici siano soggetti solo alla legge e l'indipendenza del potere giurisdizionale è un principio costituzionale.

A due mesi dalla vittoria delle elezioni (dicembre 2015) il nuovo Parlamento, formato con la maggioranza *PiS*, ha immediatamente invalidato le nomine dei cinque giudici costituzionali disposte dal precedente Parlamento

¹² Per un inquadramento generale della riforma si v. W. SADURSKI, *Poland's Constitutional Breakdown*, Oxford University Press, 2019; T. DRINÓCZI, A. BIEŃ-KACAŁA, *COVID-19 in Hungary and Poland: extraordinary situation and illiberal constitutionalism*, in «The Theory and Practice of Legislation», giugno 2020; tra gli ultimi contributi nella dottrina italiana si v. S. GIANELLO, *La nuova legge polacca sul sistema giudiziario: cresce (ulteriormente) la distanza che separa Varsavia e Bruxelles*, in federalismi.it; P. MORI, *La questione del rispetto dello Stato di diritto in Polonia e in Ungheria: recenti sviluppi*, *ivi*.

¹³ L'articolo 186 della Costituzione polacca, stabilisce che «il Consiglio nazionale della magistratura salvaguardano l'indipendenza dei tribunali e dei giudici», l'articolo 187 prevede che 15 membri del Consiglio siano scelti «tra i giudici».

¹⁴ La Corte disciplinare è un tribunale i cui membri sono selezionati tra gli stessi giudici e valuta la condotta dei giudici che violino la legge o compromettano la dignità dell'ufficio giudiziario.

e ne ha effettuate di nuove adducendo “errori procedurali” commessi dalla precedente maggioranza, scegliendo tra personalità vicine alla propria sensibilità politica¹⁵. Il Parlamento ha inoltre adottato una legge per poter rimuovere dall'incarico il Presidente del Tribunale costituzionale (*Trybunał Konstytucyjny*). Tale disposizione è stata tuttavia immediatamente dichiarata incostituzionale dallo stesso Tribunale, aprendo così lo scontro istituzionale¹⁶.

Una serie di interventi legislativi hanno tentato di ritardare o sottrarre al controllo di costituzionalità le leggi di nuova emanazione tra cui l'introduzione della facoltà da parte del Parlamento di rimuovere i giudici per ragioni disciplinari. Parte delle disposizioni adottate nel periodo citato, anche grazie al sostegno indiretto della Commissione di Venezia e della Commissione europea, sono state dichiarate incostituzionali. In alcuni casi, tuttavia, il Governo, ritenendo illegittime le sentenze del Tribunale, ne ha rifiutato la pubblicazione in Gazzetta Ufficiale¹⁷.

A marzo 2016 è stata poi disposta l'unione dell'ufficio del Ministro della Giustizia e del Procuratore Generale e sono stati aumentati i poteri di quest'ultimo nella gestione del sistema di giustizia penale.

Le riforme che hanno inciso sull'autonomia del potere giurisdizionale sono state sostenute da una campagna mediatica che ha dipinto i giudici come una «casta isolata», accusandoli di nepotismo, corruzione e di aver compiuto abusi di potere sotto il dominio comunista. A marzo 2018 il governo polacco ha spiegato le ragioni delle riforme in un Libro bianco di 94 pagine compendiandoli in quattro punti: (i) scarsa fiducia nel sistema giudiziario; (ii) eccessiva durata dei procedimenti giurisdizionali; (iii) persistenza del legame con il passato comunista; (iv) squilibrio tra i poteri costituzionali¹⁸.

Il 3 aprile 2018 il Parlamento ha adottato una legge (*ustawa z dnia 8 grudnia 2017 r. O Sądzie Najwyższym*) che ha abbassato l'età pensionabile dei giudici, compresi quelli nominati prima dell'entrata in vigore della stessa

¹⁵ D. BUNIKOWSKI, *The constitutional crisis in Poland, Schmittian questions and Kaczyński's political and legal philosophy*, in «Journal of Contemporary European Studies», 2018, 26, 285. I nuovi giudici hanno prestato giuramento subito dopo la decisione del Parlamento - quattro di loro nel cuore della notte del 3 dicembre 2015, poche ore prima che il tribunale iniziasse a valutare la costituzionalità della base giuridica delle precedenti nomine effettuate dal precedente Parlamento. Il quinto nuovo giudice ha prestato giuramento pochi giorni dopo.

¹⁶ L'incarico del Presidente, continuato fino a fine mandato è scaduto a dicembre 2016, cui è seguita la nomina da parte del Presidente della Repubblica di un nuovo Presidente.

¹⁷ È quanto, per esempio, accaduto con la sentenza costituzionale K 47/15 del 9 marzo 2016 con cui era stata sancita l'incostituzionalità di alcune disposizioni riguardanti il funzionamento del Tribunale stesso.

¹⁸ Si v. il *White Paper on the reforms of the Polish justice system*, in <https://www.premier.gov.pl/>.

riforma, della Corte Suprema (*Sąd Najwyższy*) da settanta a sessantacinque anni, subordinando la possibile proroga alla presentazione, da parte dei giudici, di una richiesta di autorizzazione indirizzata al Presidente della Repubblica, contenente una dichiarazione attestante la volontà di continuare a svolgere le funzioni e di un certificato sullo stato di salute. Nel prendere la sua decisione sulla proroga del periodo di attività giudiziaria, il Presidente della Repubblica di Polonia non è tuttavia vincolato da alcun criterio e la sua decisione non è soggetta al controllo giurisdizionale.

Il governo ha poi avviato una serie di azioni che hanno modificato la composizione della Corte Suprema: il 29 marzo 2018 è stata pubblicato l'avviso di oltre 44 posti vacanti, compreso il posto precedentemente occupato dal Primo Presidente; il 29 giugno 2018 è stato aumentato il numero dei giudici da 93 a 120; il 4 luglio 2018, 15 giudici della Corte Suprema sono stati informati del loro pensionamento immediato (compreso il Presidente e due presidenti di sezione); l'11 settembre 2018 il Presidente della Repubblica ha autorizzato 5 giudici a continuare a svolgere le loro funzioni per un periodo di 3 anni e ha informato altri 7 giudici del loro immediato collocamento a riposto.

Alle suddette azioni si è aggiunta la modifica in via legislativa della composizione del Consiglio nazionale di garanzia della magistratura¹⁹ di cui è stata disposta la fine dell'incarico di tutti i membri entro tre mesi dall'entrata in vigore della stessa legge. I 15 giudici-membri, tradizionalmente eletti dai giudici, sono ora scelti dal Parlamento con il risultato che il PiS ha influenzato la designazione di 22 membri su un totale di 25 consiglieri.

Il 14 febbraio 2020 Il Parlamento ha adottato una nuova legge che ha ampliato la nozione di "reato disciplinare" prevedendo delle ipotesi in cui le decisioni giudiziarie possano costituire reato, così trasformando il regime disciplinare in un sistema di controllo politico sul contenuto delle pronunce.

¹⁹ In base all'art. 187 della Costituzione polacca il Krajowa Rada Sądownicwa è composto dai: 1) il Primo Presidente della Corte Suprema, il Ministro della Giustizia, il Presidente della Corte Amministrativa Suprema e un individuo nominato dal Presidente della Repubblica; 2) 15 giudici scelti tra i giudici della Corte Suprema, dei tribunali comuni, dei tribunali amministrativi e dei tribunali militari; 3) 4 membri scelti dal Sejm tra i suoi deputati e 2 membri scelti dal Senato tra i suoi Senatori.

3. Le reazioni alla riforma da parte dell'Unione Europea, dei giudici polacchi e della comunità internazionale

Le riforme adottate in Polonia hanno provocato immediate reazioni a difesa dell'indipendenza del potere giurisdizionale da parte delle Istituzioni europee, dei giudici polacchi e di parte della dottrina e della comunità internazionale²⁰.

Il Parlamento europeo ha adottato tre risoluzioni (rispettivamente il 13 aprile e 14 settembre 2016 e il 15 novembre 2017) e la Commissione ha adottato quattro raccomandazioni (il 27 luglio 2016, 21 dicembre 2016, 27 luglio 2017 e il 20 dicembre 2017) cui è immediatamente seguito l'avvio della prima procedura di infrazione (29 luglio 2017²¹).

Il dialogo con le autorità polacche si è rivelato del tutto insoddisfacente e il 2 luglio 2018 la Commissione ha avviato una seconda procedura di infrazione per specificatamente contestare la riforma sull'età pensionabile dei giudici della Corte Suprema²² considerata lesiva dei valori della democrazia e dello Stato di diritto.

Mentre il successivo 20 dicembre la Commissione annunciava l'avvio della procedura prevista dall'articolo 7, comma 1, TUE, iniziativa che tuttavia non è stata poi proseguita²³, il governo polacco e il Presidente della Repubblica Andrzej Duda continuavano a collocare i giudici forzatamente a riposo nominandone di nuovi, alimentando le critiche sul controllo politico dell'organo giurisdizionale.

L'improduttivo dialogo con le autorità polacche ha indotto la Commissione a procedere con la proposizione di due ricorsi dinanzi alla CGUE che si è pronunciata, come si vedrà *infra*, sospendendo la riforma e

²⁰ La Rete Europea dei Consigli di Giustizia ha in più occasioni (delibere del 14 giugno, 20 luglio e 6 dicembre 2017) evidenziato la necessità di tutelare il principio di indipendenza della magistratura polacca.

²¹ Procedura poi deferita alla CGUE, nella causa C-192/18, Commissione Europea contro Repubblica di Polonia, di cui si parlerà *infra*.

²² G. RAGONE, *La Polonia sotto accusa. Brevi note sulle circostanze che hanno indotto l'Unione Europea ad avviare la c.d. opzione nucleare*, in «Osservatorio costituzionale», 2018, 1.

²³ Quest'ultimo prevede la possibilità che, su proposta motivata di un terzo degli Stati membri, del Parlamento europeo o – come nel caso di specie – della Commissione europea, il Consiglio, deliberando alla maggioranza dei quattro quinti dei suoi membri, previa approvazione del Parlamento europeo, possa constatare l'esistenza di un rischio evidente di violazione grave da parte di uno Stato membro dei valori fondamentali dell'Unione Europea, elencati all'art. 2 TUE: il rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto, nonché il rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze.

chiedendone la revisione.

Il 3 aprile 2019 la Commissione UE ha inviato una nuova lettera di costituzione in mora alla Polonia per contestare la riforma sotto il profilo del regime disciplinare limitativo delle garanzie dei giudici e non in grado di garantire, *inter alia*, che vi sia un giudice prestabilito dalla legge incaricato dirimere le controversie sulla responsabilità disciplinare dei magistrati potendo la causa essere assegnata, con totale discrezionalità, dal Presidente della sezione disciplinare della Corte Suprema. Tale riforma, inoltre, consente al Ministro della Giustizia e al Presidente della Repubblica di instaurare, senza limiti di tempo, controversie disciplinari nei confronti dei giudici.

La Commissione ha in particolare evidenziato che tale disciplina viola gli obblighi che incombono sugli Stati membri, in forza dell'art. 267 TFUE in quanto espone i giudici a procedimenti disciplinari anche per la decisione di adire la Corte di giustizia dell'UE.

A fronte dell'ennesima risposta negativa della Polonia il 25 ottobre 2019 la Commissione ha instaurato un nuovo giudizio dinanzi alla CGUE chiedendo, a distanza di tre mesi, la sospensione della riforma contestata. Come si vedrà *infra*, l'attesa della Commissione nella proposizione del ricorso è dipesa dalla circostanza che, nelle more, la CGUE si è pronunciata sulle questioni pregiudiziali che erano state sollevate da due giudici polacchi per dedurre il contrasto tra la riforma del regime disciplinare e il diritto eurounitario²⁴. L'esito di tali decisioni e la loro successiva attuazione da parte degli stessi giudici è stato poi utilizzato, prima dalla Commissione e poi dalla stessa CGUE, come si vedrà *infra*, per, rispettivamente chiedere e ordinare alla Polonia l'immediata sospensione della riforma.

Con cinque quesiti pregiudiziali, il 2 agosto 2018, la Corte Suprema polacca aveva infatti posto in dubbio la compatibilità di alcuni aspetti della riforma sul potere giudiziario con i principi di effettività della tutela giurisdizionale e di indipendenza dei giudici (artt. 2, 4, 19 TUE

²⁴ Il tribunale regionale polacco di Łódź, chiamato a pronunciarsi su una controversia tra il comune di Łowicz e lo Stato polacco ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre la questione alla Corte di giustizia europea (C-558/18) per valutare la compatibilità del procedimento disciplinare contro i giudici polacchi, che sembra minacciarne l'indipendenza per l'influenza politica sugli esiti dei procedimenti giudiziari, e il loro contenuto. Il 21 novembre 2018 la Corte Amministrativa Suprema ha presentato alla CGCE un'ulteriore domanda di pronuncia pregiudiziale. I quesiti posti riguardano la conformità al diritto comunitario delle disposizioni che limitano l'effetto sospensivo dei ricorsi presentati contro le delibere del Consiglio Nazionale della Magistratura in merito alle richieste di nomina alla Corte Suprema. Nel suo ricorso, la Corte Amministrativa Suprema mette in discussione l'attuale procedura di composizione e di nomina dei giudici-membri del Consiglio Nazionale della Magistratura.

e 47 della Carta di Nizza) e con il divieto di discriminazione posto dalla soprarichiamata direttiva n. 2000/78/CE²⁵.

In reazione al suddetto rinvio pregiudiziale, il Ministro della Giustizia e Procuratore generale della Polonia, il 4 ottobre 2018 aveva chiesto al Tribunale costituzionale di dichiarare l'incostituzionalità del recepimento dell'art. 267 TFUE nella parte in cui consente di sollevare dinanzi alla Corte di Giustizia dell'UE questioni pregiudiziali riguardanti aspetti relativi alla forma e all'organizzazione del potere giurisdizionale. Il Procuratore generale aveva contestato, in particolare, che l'ampia portata dell'art. 267 del TFUE consente di sottoporre alla Corte di Giustizia dell'UE questioni puramente domestiche, consentendo ai giudici nazionali di incidere sull'assetto delle competenze stabilito dalla legge nazionale, ponendosi così in contrasto con l'art. 90, comma I, della Costituzione polacca laddove impone precisi confini per la delega delle competenze degli organi del potere pubblico ad organi o organizzazioni internazionali²⁶.

Anche la Commissione di Venezia è più volte intervenuta per criticare l'operato del governo polacco in particolare per il pervasivo controllo assunto sull'organo di autogoverno della magistratura. La Commissione ha in particolare evidenziato che sebbene la diversità dei sistemi giuridici non consenta di individuare un unico modello di autogoverno, i consigli di garanzia, come quello esistente in Polonia, aiutano a garantire il buon funzionamento e l'indipendenza della comunità giudiziaria. La drastica riduzione del coinvolgimento dei giudici nei lavori del Consiglio Nazionale della Magistratura, riempiendo le nuove sezioni della Corte Suprema con nuovi giudici, la sostituzione in massa dei presidenti dei tribunali, combinata con l'aumento dei poteri del Presidente della Repubblica e del Ministro della Giustizia/Procuratore generale ha provocato un rischio allarmante per la tenuta dello Stato di diritto.

²⁵ Per un'analisi dell'ordinanza della Corte Suprema si v. S. BIERNAT, M. KAWCZYŃSKA, *Why the Polish Supreme Court's Reference on Judicial Independence to the CJEU is Admissible after all*, in VerfBlog, 2018

²⁶ Per un'analisi della questione di costituzionalità sollevata dal Procuratore generale si v. K. MAJEWSKI, *Will Poland, With Its Own Constitution Ablaze, Now Set Fire to EU Law?*, in VerfBlog, 2018.

4. Le pronunce della CGUE che hanno bloccato la riforma sull'ordinamento giudiziario polacco

Come visto *supra*, la Commissione europea, esaurite le infruttuose fasi precontenziose delle procedure di infrazione, ha proposto due ricorsi alla CGUE per contestare le disposizioni adottate l'8 dicembre 2017 che hanno abbassato l'età pensionabile dei giudici della Corte Suprema da settanta a sessantacinque anni, conferendo al Presidente della Repubblica il potere (non sindacabile in via giurisdizionale) di autorizzare discrezionalmente la proroga all'esercizio della funzione giudicante.

La questione sottoposta alla Corte, pur trovando un precedente nel «caso ungherese²⁷» se ne differenziano per i parametri di giudizio nella specie invocati (*i.e.* artt. 19, paragrafo 1, secondo comma del TUE e 47 della Carta di Nizza).

Sulla base di alcuni precedenti della stessa Corte di Giustizia dell'UE²⁸, nei ricorsi proposti dalla Commissione contro la Polonia il principio di effettività della tutela giurisdizionale è stato invocato non solo per la corretta applicazione del diritto euro-unitario, ma soprattutto quale strumento di garanzia dello Stato di diritto.

Il 19 ottobre 2018, la Corte, accogliendo la richiesta della Commissione di misure cautelari *inaudita altera parte*, confermate poi in sede collegiale il 17 dicembre 2018, ha ordinato alla Polonia l'immediata sospensione delle disposizioni contestate e l'adozione di tutte le misure necessarie per garantire che i giudici della Corte Suprema potessero tornare a esercitare le proprie funzioni nella stessa posizione e godendo del medesimo status vigente fino all'entrata in vigore delle stesse²⁹.

²⁷ CGUE, sez. I, 6 novembre 2012, causa C-286/12, risolto nel senso dell'incompatibilità dell'abbassamento a sessantadue anni dell'età pensionabile dei giudici, procuratori e notai con il principio di proporzionalità e con la direttiva 2000/78/CE recante la disciplina sulla parità di trattamento in materia di occupazione e condizioni di lavoro).

²⁸ Cfr. CGUE, 27 febbraio 2018, causa C-64/16, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses c. Tribunal de Contas* e 25 luglio 2018, causa C-216/18, PPU, LM, su cui v. *infra*.

²⁹ CGUE, Grande Sezione, 17 dicembre 2018, causa C-619/18. Con la precedente ordinanza del 19 ottobre la Vicepresidente della Corte aveva evidenziato, in particolare, che l'urgenza nella concessione delle suddette misure cautelari si giustificava in ragione delle modifiche, profonde e immediate, della composizione della Corte Suprema, provocate dal pensionamento di un numero significativo di giudici (tra cui il presidente e due presidenti di sezione), l'aumento del numero complessivo dei giudici stabilito dal Presidente della Repubblica (da novantatré a centoventi) e la nomina, disposta dallo stesso Presidente, di ventisette nuovi giudici. La successiva ordinanza del 15 novembre, adottata dal Presidente della Corte di Giustizia, ha accolto la richiesta formulata dalla Commissione ai sensi dell'art. 133 del Regolamento di procedura della Corte, riproducendo le argomentazioni

Nell'effettuare il bilanciamento tra gli interessi, l'ordinanza sottolinea che qualora il ricorso proposto dalla Commissione risultasse fondato, tutte le decisioni pronunciate dalla Corte Suprema (che costituisce un organo giurisdizionale di ultima istanza) fino all'adozione della sentenza della Corte di Giustizia dell'UE risulterebbero successivamente adottate in contrasto con il diritto fondamentale all'accesso ad un giudice indipendente, la cui violazione, in base all'art. 47 della Carta di Nizza, è di per sé idonea a provocare un danno grave e irreparabile.

Sul punto, l'ordinanza precisa, infatti, che il requisito dell'indipendenza dei giudici «*riveste importanza cardinale quale garanzia della tutela dell'insieme dei diritti derivanti al singolo dal diritto dell'Unione e della salvaguardia dei valori comuni agli Stati membri enunciati all'articolo 2 TUE, segnatamente, del valore dello Stato di diritto*» (par. 20).

In ottemperanza alle suddette prescrizioni della Corte di Giustizia e a fronte dell'affermazione di un forte consenso politico per la permanenza nell'Unione Europea emersa nelle elezioni politiche locali tenutesi nell'ottobre 2018, la Camera bassa polacca (*Sejm*) il 21 novembre 2018, ha approvato un emendamento alla contestata riforma per ripristinare la precedente età pensionabile dei giudici della Corte Suprema (settanta anni) e reintegrare i giudici collocati forzosamente in pensione³⁰. Come si è visto supra, tuttavia sono seguite ulteriori riforme che hanno cercato di limitare ulteriormente l'indipendenza della magistratura ampliando l'ambito della responsabilità

della suddetta ordinanza cautelare e aggiungendo che «*le incertezze che circondano (...) le disposizioni nazionali controverse possono anche avere un impatto sul funzionamento del sistema di cooperazione giudiziaria costituito dal meccanismo del rinvio pregiudiziale di cui all'articolo 267 TFUE*» il quale costituisce la «*chiave di volta del sistema giurisdizionale dell'Unione europea, per il quale l'indipendenza degli organi giurisdizionali nazionali, e segnatamente di quelli che statuiscono in ultimo grado, è essenziale*». L'ordinanza accorda pertanto lo svolgimento del procedimento in forma accelerata oltre che per la prospettata violazione di disposizioni del diritto primario dell'Unione Europea, in ragione della circostanza che l'adozione di una decisione in tempi rapidi «*è idonea ai fini della certezza del diritto, nell'interesse sia dell'Unione sia dello Stato membro interessato, a rimuovere le incertezze riguardanti questioni fondamentali di diritto dell'Unione e relative, in particolare, alla sussistenza di eventuali ingerenze in taluni diritti fondamentali che quest'ultimo garantisce, nonché all'incidenza che l'interpretazione di tale diritto può avere per quanto riguarda la composizione stessa e le condizioni di funzionamento dell'organo giurisdizionale supremo di detto Stato membro*».

³⁰ Sull'influenza dei risultati delle elezioni politiche nell'approvazione delle riferite modifiche rispetto alle diffide della Commissione europea si v. R. UITZ, *Europe's Rule of Law Dialogues: Process With No End in Sight*, in *VerfBlog*, 2018); P. BOGDANOWICZ, M. TABOROWSKI, *Why the EU Commission and the Polish Supreme Court Should not Withdraw their Cases from Luxembourg*, *VerfBlog*, 2018)

disciplinare dei giudici.

Nel 2019 la CGUE ha emesso due pronunce, di simile tenore, in cui ha nettamente affermato la violazione da parte della Polonia dell'art. 19 TUE.

Nella sentenza del 24 giugno 2019³¹, seguita da quella del 5 novembre 2019³² la Corte ha dato sostanziale attuazione ai principi già affermati nelle due recenti pronunce *Associação Sindical dos Juizes Portugueses* e *Minister for Justice and Equality*³³.

In tali pronunce la CGUE pur circoscrivendo l'ambito di applicazione *ratione materiae* dell'articolo 19, paragrafo 1, secondo comma, TUE, ai «settori disciplinati dal diritto dell'Unione», ancorandolo all'art. 51 della Carta di Nizza ne ha di fatto ampliato l'ambito per ricomprendere nel suo campo di tutela i valori dello Stato di diritto comuni agli Stati membri in base all'art. 2 del TUE.

La Corte ha affermato che l'articolo 19 TUE affida l'onere di garantire il controllo giurisdizionale nell'ordinamento giuridico dell'Unione non soltanto alla Corte, ma anche agli organi giurisdizionali nazionali.

L'esistenza stessa di un controllo giurisdizionale effettivo funzionale ad assicurare il rispetto del diritto dell'Unione è caratteristica intrinseca ad uno Stato di diritto e ogni Stato membro deve garantire che gli organi cui è affidato in quanto «giurisdizione», nel senso definito dal diritto dell'Unione, il sistema di rimedi giurisdizionali nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione, soddisfino i requisiti di una tutela giurisdizionale effettiva.

Affinché tale tutela sia garantita, il mantenimento dell'indipendenza di tali organi giurisdizionali, è essenziale, in particolare, per il corretto funzionamento del sistema di cooperazione giudiziaria costituito dal rinvio pregiudiziale di cui all'articolo 267 TFUE che può essere attivato solo da un organo indipendente.

Con una terza importante pronuncia resa a distanza di pochi giorni, il 19 novembre 2019 (*A.K.*) la Corte, riunita nella sua composizione a Grande sezione, ha affrontato le questioni pregiudiziali sollevate dalla Sezione per il lavoro e la previdenza sociale della Corte Suprema polacca, presso la quale pendevano tre ricorsi presentati da altrettanti giudici (due della Corte Suprema e uno della Corte Suprema Amministrativa), costretti forzatamente al pensionamento anticipato stante il raggiungimento dell'età di 65 anni, come imposto dalla legge di riforma della Corte Suprema. Detti giudici

³¹ CGUE, grande camera, 24 giugno 2019 in C-619/18.

³² CGUE, grande camera, 5 novembre 2019 in C-192/18.

³³ Si tratta delle sentenze del 27 febbraio 2018, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses* (C64/16), e del 25 luglio 2018, *Minister for Justice and Equality* (C216/18 PPU).

lamentavano in particolare una discriminazione basata sull'età in materia di occupazione, in contrasto con il diritto eurounitario, invocando l'art. 9 par. 2 della direttiva 2000/78 e gli artt. 19 del TUE e 47 della Carta di Nizza.

Il giudice del rinvio sottolineava che, in base alla riforma legislativa, i provvedimenti di pensionamento forzoso sarebbero stati oggetto di sindacato da parte della (ancora non costituita al momento del rinvio pregiudiziale) nuova sezione disciplinare della stessa Corte Suprema, formata esclusivamente da giudici nominati dal Presidente della Repubblica su proposta del Consiglio nazionale della magistratura. Tale nomina, tuttavia, per la nuova organizzazione e composizione di quest'ultimo organo, anch'esso oggetto di riforma, non garantirebbe l'indipendenza dai poteri legislativo ed esecutivo. Lo stesso giudice *a quo* dubitava pertanto che la suddetta, costituenda, sezione disciplinare potesse essere considerata un organo giurisdizionale indipendente ai sensi dell'art. 267 TFUE letto in combinato disposto con gli articoli 19, par. 1, e 2 TUE e l'art. 47 della Carta di Nizza, idoneo a dirimere una controversia in cui sono invocati diritti protetti dal diritto eurounitario.

Nel caso in cui, anche ad avviso della Corte, la nuova sezione disciplinare non garantisca la necessaria indipendenza, con i quesiti sollevati in via pregiudiziale, la sezione per il lavoro domandava se il diritto eurounitario imponga di disapplicare le disposizioni nazionali che, riservando tale competenza alla suddetta sezione, ostano allo stesso giudice del rinvio di risolvere i procedimenti principali.

La sentenza, dopo aver confermato la competenza della CGUE a statuire sulle suddette questioni pregiudiziali in quanto investono l'applicazione, da parte del giudice nazionale del diritto dell'Unione, si è soffermata sul contenuto dell'articolo 47 della Carta di Nizza per valutarne, ai sensi dell'art. 52 della stessa Carta, la corrispondenza, nella sua applicazione, all'art. 6 della CEDU.

La Corte ha evidenziato che le garanzie di indipendenza e di imparzialità presuppongono l'esistenza di regole, relative in particolare alla composizione, alla nomina, alla durata delle funzioni nonché alle cause di astensione, di ricusazione e di revoca dei membri dell'organo giurisdizionale, che consentano di fugare qualsiasi legittimo dubbio in merito «all'impermeabilità» dello stesso rispetto a elementi esterni e alla sua neutralità rispetto ad interessi contrapposti. Si precisa che *«conformemente al principio della separazione dei poteri che caratterizza il funzionamento di uno Stato di diritto, l'indipendenza dei giudici dai poteri legislativo ed esecutivo deve essere garantita»* ed è a tal riguardo *«necessario che i giudici si trovino al riparo da interventi o da pressioni*

esterni che possano mettere a repentaglio la loro indipendenza».

Tale interpretazione dell'articolo 47 della Carta è avvalorata dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo relativa all'articolo 6, paragrafo 1, della CEDU, secondo cui i giudici devono essere indipendenti tanto dalle parti quanto dall'esecutivo e dal legislatore. La sentenza evidenzia tuttavia che sebbene il principio di separazione del potere esecutivo dal potere giudiziario tenda ad acquisire importanza crescente nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, né l'articolo 6 né altre disposizioni della CEDU impongono agli Stati «un determinato modello costituzionale, che disciplini in un modo o in un altro le relazioni e l'interazione tra i diversi poteri statali, né obbligano tali Stati a conformarsi all'una o all'altra nozione costituzionale teorica riguardante i limiti ammissibili a un'interazione del genere» sicché la questione è sempre quella di stabilire «*se, in una determinata causa, i requisiti della CEDU siano stati rispettati*».

La sentenza ha indicato quali sono gli elementi specifici che il giudice del rinvio dovrà esaminare per poter valutare se la sezione disciplinare della Corte suprema offra o meno garanzie sufficienti di indipendenza.

In primo luogo, la Corte ha precisato che il solo fatto che i giudici della sezione disciplinare siano nominati dal Presidente della Repubblica non indica una dipendenza nei confronti del potere esecutivo, né, di per sé, genera dubbi quanto alla loro imparzialità, se, una volta nominati, essi non sono soggetti ad alcuna pressione e non ricevono istruzioni nell'esercizio delle loro funzioni. L'intervento, a monte, del Consiglio nazionale della magistratura, incaricato di proporre i giudici in vista della loro nomina, è idoneo a delimitare il margine di manovra del presidente della Repubblica, a condizione, tuttavia, che tale organo sia a sua volta sufficientemente indipendente dai poteri legislativo ed esecutivo nonché dal Presidente della Repubblica. La Corte ha evidenziato che è importante tener conto di elementi sia fattuali sia giuridici attinenti allo stesso tempo alle condizioni in cui i membri del nuovo Consiglio della magistratura sono stati designati e al modo in cui quest'ultimo svolge concretamente il suo ruolo di garante dell'indipendenza degli organi giurisdizionali e dei giudici. La Corte indica altresì che occorre verificare la portata del controllo giurisdizionale sulle proposte del Consiglio della magistratura, dal momento che le decisioni di nomina del Presidente della Repubblica non sono, invece, sindacabili in giudizio.

In secondo luogo, la Corte ha rilevato altri elementi caratterizzanti la sezione disciplinare nel particolare contesto derivante dall'adozione della legge sulla Corte suprema quali la competenza esclusiva a conoscere delle

controversie riguardanti il collocamento a riposo dei giudici della Corte suprema, la sua esclusiva composizione con giudici di nuova nomina e la speciale autonomia loro attribuita all'interno della Corte stessa.

In linea generale, la CGUE conclude che sebbene ciascuno degli elementi esaminati, preso isolatamente, non necessariamente possa condurre a far dubitare dell'indipendenza della sezione disciplinare, la conclusione potrebbe essere diversa ove detti elementi vengano considerati in modo complessivo.

Nei procedimenti principali, definiti con sentenze del 5 dicembre 2019 e del 15 gennaio 2020, la Corte Suprema polacca, nel seguire le indicazioni fornite dalla Corte di Giustizia, ha concluso che il Consiglio nazionale della magistratura non fornisce sufficienti garanzie di indipendenza dal legislatore e dall'esecutivo nella nomina dei giudici e che, di conseguenza, la Camera disciplinare della Corte suprema non può considerarsi un giudice imparziale e indipendente ai sensi dell'articolo 47 della Carta e dell'articolo 6 della CEDU.

Il 20 dicembre 2019, il Parlamento polacco ha adottato, tuttavia, una nuova legge recante la modifica dell'organizzazione dei tribunali ordinari, aggravando il regime disciplinare dei giudici stabilendo, *inter alia*, che la validità della nomina di un giudice o la legittimità di un organo costituzionale non possano essere messi in discussione da un altro organo giurisdizionale, pena l'avvio di procedimenti disciplinari nei confronti dei giudici che lo compongono.

Nella sentenza *Miasto Łowicz et Prokurator Generalny* pronunciata il 26 marzo 2020, la CGUE, riunita sempre in Grande Sezione, pur dichiarando irricevibili le due questioni pregiudiziali in cui i giudici polacchi (Tribunali regionali di Łódź e di Varsavia) invocavano l'art. 19, par. 1, TUE a tutela della propria indipendenza nell'assunzione delle decisioni giurisdizionali ha, tuttavia, colto l'occasione per affermare importanti principi generali. Le controversie principali riguardavano rispettivamente, il pagamento delle spese sostenute da una città polacca nell'esecuzione di compiti ad essa delegati dal Governo e alcuni procedimenti penali avviati con l'imputazione della partecipazione a sequestri di persona.

I giudici in particolare sollevavano le questioni manifestando il timore che, a seguito dell'assunzione delle decisioni nei procedimenti principali, potessero essere avviati procedimenti disciplinari a proprio carico, svuotati, a fronte dei suddetti recenti interventi di riforma, delle necessarie garanzie. Il mutamento della composizione degli organi disciplinari, influenzerebbe, anche ad avviso dei giudici *a quibus*, le decisioni giurisdizionali che essi sono chiamati ad emettere privando in tal modo i singoli interessati del diritto

a un ricorso giurisdizionale effettivo garantito dall'art. 19, par. 1, secondo comma, TUE.

La Corte di Giustizia si è pronunciata preliminarmente sulla propria competenza a statuire sulle questioni pregiudiziali evidenziando ancora una volta che l'art. 19, TUE può essere invocato a protezione di qualsiasi organo giurisdizionale nazionale, che, come nella specie, possa trovarsi a decidere questioni relative all'applicazione o all'interpretazione del diritto dell'Unione.

La sentenza ha evidenziato che il compito della Corte di Giustizia deve essere distinto a seconda che essa sia investita di un rinvio pregiudiziale oppure di un ricorso per inadempimento. Mentre, infatti, nell'ambito di un ricorso per inadempimento, la Corte deve verificare se la misura o la prassi nazionale contestata dalla Commissione o da un altro Stato membro sia – in linea generale e senza che sia necessaria l'esistenza dinanzi ai giudici nazionali di un contenzioso a ciò afferente – contraria al diritto dell'Unione, il compito della Corte, nell'ambito di un procedimento pregiudiziale, è, per contro, quello di assistere il giudice del rinvio nella soluzione della controversia dinanzi a lui pendente.

La Corte ha evidenziato che nella specie le questioni sollevate non avevano alcun rapporto di pregiudizialità necessaria con la soluzione dei procedimenti principali e presentavano carattere generale e ipotetico, in quanto l'avvio di procedimenti disciplinari a seguito delle decisioni che i giudici del rinvio dovevano assumere è puramente eventuale.

La sentenza tuttavia ha concluso ricordando che l'articolo 267 TFUE conferisce ai giudici nazionali la più ampia facoltà di adire, in qualsiasi momento, la CGUE qualora ritengano che, nell'ambito di una controversia dinanzi ad essi pendente, siano sorte questioni che implicino un'interpretazione o un accertamento della validità delle disposizioni del diritto dell'Unione necessarie per definire la controversia di cui sono investiti. Ne deriva che *«non possono pertanto essere ammesse disposizioni nazionali dalle quali derivasse per i giudici nazionali il rischio di esporsi a procedimenti disciplinari per il fatto di aver adito la Corte mediante un rinvio pregiudiziale»* e che *«la mera prospettiva di poter essere, se del caso, oggetto di procedimenti disciplinari per il fatto di aver proceduto ad un siffatto rinvio o di aver deciso di mantenerlo successivamente alla sua introduzione è atta a pregiudicare l'effettivo esercizio, da parte dei giudici nazionali interessati, della facoltà e delle funzioni indicate al punto precedente»*.

Con un'ordinanza dell'8 aprile 2020 la Corte ha accolto la richiesta di immediata sospensione avanzata dalla Commissione nell'ambito del ricorso che, come si è detto, era stato presentato dalla Commissione ad ottobre

2019, cogliendo l'occasione per fornire importanti precisazioni sui principi affermati nella sentenza *A.K.*³⁴.

La Corte ha precisato che la suddetta sentenza non essendo stata resa nell'ambito di una procedura di infrazione, non ha sancito il contrasto tra la riforma nazionale e l'articolo 19 TUE, limitandosi a fornire al giudice nazionale tutti gli elementi interpretativi utili per la soluzione del procedimento principale.

L'ordinanza ha evidenziato che, alla luce delle pronunce con cui la Corte Suprema polacca ha applicato i principi stabiliti nella sentenza *A.K.*, non si può escludere, *prima facie*, che le disposizioni nazionali controverse, violino l'art. 19, TUE, proprio in quanto non assicurano che le decisioni emesse nei procedimenti disciplinari siano esaminate da un organo indipendente.

Senza statuire nel merito, l'ordinanza ha sottolineato che i nuovi fatti presentati dalla Commissione nella procedura di infrazione e gli elementi emergenti sia dalla sentenza del 24 giugno 2019, che dall'esito del giudizio *A.K.*, consentono di rintracciare il *fumus boni iuris* necessario per ordinare la sospensione della riforma.

Il danno grave e irreparabile risiede infatti nella mancata garanzia dell'indipendenza, circostanza che causa un danno grave all'ordinamento giuridico dell'Unione e quindi ai diritti e ai valori di cui all'articolo 2 TUE, sui quali si fonda l'Unione e lo Stato di diritto. Nel bilanciamento degli interessi, dunque, prevale quello alla sospensione anche considerando che la concessione delle misure cautelari non comporta lo scioglimento della sezione disciplinare né, quindi, la sua abolizione, ma l'arresto della sua attività fino alla sentenza definitiva della CGUE.

³⁴ CGUE, grande camera, 8 aprile 2020, in C-791/19 R.

5. *Gli obblighi e le tutele che nascono dall'effettività della tutela giurisdizionale*

Il principio di effettività della tutela nelle pronunce soprarichiamate riguardanti le vicende del potere giurisdizionale polacco si snoda su due livelli. Da una parte la Corte conferma che tale principio è strumentale alla corretta applicazione del diritto dell'UE da parte dei giudici degli Stati membri, la cui garanzia posta a chiusura del sistema è data dal meccanismo del rinvio pregiudiziale (art. 267 TFUE). D'altra parte la Corte sottolinea - in modo del tutto innovativo - che l'effettività della tutela giurisdizionale ha assunto un certo grado di autonomia nell'ordinamento dell'UE tanto da poter essere direttamente invocato per la protezione giurisdizionale dei valori racchiusi dall'art. 2 del TUE.

Con riferimento al primo profilo, la Corte ha pertanto confermato la natura composita della giurisdizione europea e il rafforzamento - cristallizzato dal Trattato di Lisbona proprio con l'enunciazione del principio dell'effettività della tutela - della necessaria cooperazione tra autorità giurisdizionali nazionali e europee nella tutela dei diritti protetti dall'ordinamento UE³⁵.

La logica di fondo come ha spiegato lo stesso Presidente della CGUE è piuttosto semplice: il giudice nazionale non deve incontrare ostacoli nella scelta tra rinviare o non rinviare una domanda di pronuncia pregiudiziale alla Corte di Giustizia. Solo giudici indipendenti, in altri termini, possono garantire la corretta attuazione del meccanismo di rinvio pregiudiziale³⁶.

Il "caso polacco" non aggiunge, perlomeno sotto questo aspetto, contorni nuovi al concetto di "indipendenza" rispetto a quanto già delineato dalla CGUE a partire dal caso *Wilson*³⁷. I criteri sviluppati non sono stati del resto assunti a parametro per valutare se uno Stato membro abbia violato il suo obbligo (generale) di garantire l'indipendenza del potere giurisdizionale.

³⁵ L. DE LUCIA, *Amministrazione europea e tutela giurisdizionale*, in «Lo spazio amministrativo europeo» a cura di E. Chiti, A. Natalini, Il Mulino, 2012, 361-362.

³⁶ K. LANAERTS, *Overview of the case law of the Court of Justice of the European Union with respect to the rule of law*, in *Rule of law in Europe*, op. cit., 70.

³⁷ CGUE, grande camera, 19 settembre 2006. Nel caso *Wilson* la Corte aveva sviluppato il concetto di indipendenza giudiziaria distinguendo tra una dimensione interna e una dimensione esterna. Nella specie, la Corte era stata chiamata a valutare se l'*Ordre des avocats du barreau de Luxembourg* soddisfacesse le condizioni di cui all'articolo 9 della direttiva 98/5 sulla libera circolazione degli avvocati, laddove impone agli Stati membri di garantire la possibilità di proporre ricorsi «dinanzi a un organo giurisdizionale» contro le decisioni negative di registrazione. In questo senso la Corte ha escluso che tale organismo fosse un giudice indipendente.

L'indipendenza dei giudici nazionali come visto è stata invece ritenuta essenziale per garantire l'applicazione del diritto UE, in quanto un giudice non indipendente non può essere qualificato come tale ai sensi dell'art. 267 TFUE e non può sollevare questioni in via pregiudiziale, minando il funzionamento del sistema eurounitario.

Con riferimento al secondo profilo, maggiormente innovativo, invece, il principio di effettività della tutela dà espressione concreta ai valori dello Stato di diritto.

Tale principio per come utilizzato nella sentenza *Associação Sindical dos Juízes Portugueses* ha acquisito una nuova dimensione sistemica che permette non solo ai giudici nazionali di cooperare con la Corte di giustizia dell'UE per la corretta applicazione del diritto UE e per la tutela dei suoi valori, ma anche alla stessa Corte di accertare direttamente se l'apparato giurisdizionale dello Stato membro soddisfi i requisiti che gli consentano di garantire una tutela giurisdizionale effettiva nel suo complesso³⁸.

Nelle pronunce esaminate la Corte si concentra esclusivamente sull'art. 19 TUE, sorvolando sul suo collegamento con la Carta di Nizza e sull'ambito di applicazione di quest'ultima (art. 51)³⁹. In base al ragionamento della Corte, infatti, non rileva affatto che l'organizzazione del potere giurisdizionale nazionale sia di competenza esclusiva di ciascuno Stato membro, ma che quest'ultimo rispetti l'obbligo, contenuto nel diritto primario dell'UE, di garantire l'indipendenza dei propri giudici competenti a pronunciarsi «nei settori coperti dal diritto dell'UE».

Gli Stati membri condividono infatti un insieme di valori comuni su cui si fonda l'Unione Europea (art. 2 TUE) il cui rispetto è un presupposto per l'adesione e la convivenza nel sistema dell'Unione. Se prima il controllo sul rispetto di tali valori era essenzialmente di natura politica, la Corte diviene il principale guardiano del rispetto dello Stato di diritto in ogni Stato membro.

L'esistenza di un controllo giurisdizionale sul rispetto del sistema di valori condiviso tra gli Stati rappresenta, d'altra parte, l'elemento su cui si basa la fiducia reciproca tra gli Stati membri.

Nella sentenza *LM*⁴⁰, pronunciata il 25 luglio 2018 la Corte ha infatti

³⁸ M.E. BARTOLONI, *La natura poliedrica del principio della tutela giurisdizionale effettiva ai sensi dell'art. 19, par.1, TUE*, in «DUE», 2019, 2, 245.

³⁹ M. BONELLI, M. CLAES, *Judicial serendipity: how Portuguese judges came to the rescue of the Polish judiciary: ECJ 27 February 2018, Case C-64/16, Associação Sindical dos Juízes Portugueses*, in «European Constitutional Law Review», 2018, 14, 3, 622.

⁴⁰ CGCE, 25 luglio 2018, in C-216/18 In tale causa, la High Court of Ireland ha chiesto, in sostanza, se l'autorità giudiziaria di un membro possa rifiutare di eseguire un mandato d'arresto europeo ("MAE") emesso dall'autorità giudiziaria di un altro Stato membro in

affermato che la fiducia reciproca fra gli Stati, il rispetto da parte di ciascuno di essi dei diritti fondamentali garantiti dall'Unione ed il principio di mutuo riconoscimento, sono condizioni necessarie per il funzionamento dell'Unione e precisamente per «la creazione e il mantenimento di uno spazio senza frontiere interne».

Qualora venisse meno la fiducia nella condivisione del rispetto dei valori dello Stato di diritto da parte degli Stati membri ne risulterebbe pregiudicato lo stesso spazio di libertà, sicurezza e giustizia. Parimenti, nella sentenza *Achmea*⁴¹ la CGUE ha ribadito che gli Stati membri non devono guardare con diffidenza al sistema giurisdizionale degli altri Stati. Al contrario, il sistema della protezione dei diritti all'interno dell'Unione si basa sulla fiducia reciproca nel rispetto dei valori di cui all'articolo 2 del TUE e ogni Stato membro dovrebbe, in linea di principio, confidare che, nei settori contemplati dal diritto dell'Unione, il sistema giurisdizionale degli altri Stati membri garantisca un'effettiva tutela ai sensi dell'articolo 19 del TUE.

La Corte ha così segnato l'avvio di una nuova strada verso l'implementazione dei valori dell'Unione, ancora da costruire, sulla base del principio dell'effettività della tutela inteso ora come principio garante della corretta applicazione del diritto euronitario, senza, tuttavia, mettere - almeno apparentemente - in discussione né il sistema del riparto di competenze, né l'autonomia procedurale degli Stati membri dell'UE⁴².

conformità della decisione quadro 2002/584/GAI20 se vi è il rischio che la persona interessata subisca una violazione del suo diritto ad un equo processo dinanzi ad un giudice non indipendente.

⁴¹ CGUE, 6 marzo 2018, causa C-284/16, *Achmea*.

⁴² D.U. GALETTA, *L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione Europea*, «Paradise Lost?», Giappichelli, Torino, 2009;

Livia Lorenzoni*

*I principi di diritto comune nell'azione amministrativa
tra regole di validità e regole di comportamento¹*

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. La sentenza dell'Adunanza Plenaria del 4 maggio 2018, n. 5 quale occasione per una rinnovata riflessione in tema di doveri di correttezza precontrattuale dell'amministrazione – 3. Le posizioni di iniziale chiusura rispetto all'applicabilità dei doveri di correttezza alla P.A. – 3.1. Le prime aperture sulla responsabilità precontrattuale della P.A. – 3.2. Verso il pieno riconoscimento della responsabilità precontrattuale della P.A. – 4. La violazione da parte della P.A. delle regole di comportamento e la responsabilità da contatto sociale qualificato – 4.1. La teoria del contatto sociale e le sue ripercussioni in materia di responsabilità civile della P.A. – 4.2. La teoria del contatto sociale e le posizioni giuridiche soggettive lese dall'azione amministrativa – 4.3. La teoria del contatto sociale nella giurisprudenza – 5. I principi di correttezza e la distinzione tra regole di comportamento e regole di validità – 5.1. Il senso della distinzione nel diritto civile – 5.2. Le difficoltà applicative della distinzione tra regole di validità e regole di comportamento nel diritto amministrativo – 6. Conclusioni.

1. *Premessa*

Il tema della responsabilità civile dell'amministrazione pubblica continua a ricoprire un ruolo centrale nel dibattito dottrinale e giurisprudenziale italiano. Nonostante l'esplicito riconoscimento, risalente ormai ad un ventennio fa, della piena risarcibilità delle posizioni giuridiche soggettive di interesse legittimo, i nodi centrali inerenti alla qualificazione giuridica della responsabilità civile della P.A. non sembrano, tutt'ora, essere stati sciolti.

Il presupposto fondamentale dal quale (anche implicitamente) muovono la dottrina e la giurisprudenza amministrativa maggioritarie è la netta distinzione tra la violazione di regole di comportamento (tendenzialmente di origine privatistica), che comporta l'illiceità della condotta e dalla quale

* Ricercatrice di Diritto amministrativo (RTD/A), Università degli Studi Roma Tre, Dipartimento di Scienze Politiche.

¹ Una versione ridotta del presente contributo è pubblicata sulla rivista "Diritto Amministrativo", 2020, 1, 235 - 269.

discende il risarcimento del danno ingiusto da essa causato, e la violazione di regole di legittimità (tendenzialmente di origine pubblicistica), che incide sulla validità del provvedimento amministrativo².

La Corte di Cassazione, nella storica sentenza n. 500 del 22 luglio 1999, ha affermato che, affinché possa configurarsi la responsabilità civile della P.A. per l'esercizio della propria attività autoritativa, è necessario che l'amministrazione agisca in contrasto con entrambe le categorie di norme. Alla violazione delle norme pubblicistiche è stata, quindi, attribuita una doppia valenza, sia ai fini del sindacato sulla legittimità della condotta, sia per valutare l'ingiustizia del danno. Alla violazione delle norme privatistiche, invece, è stato ricondotto esclusivamente il sindacato sull'elemento soggettivo della colpa e sul rispetto dei principi di buona fede e correttezza ex art. 1337 c.c.³. È stato escluso, dunque, che dalla violazione di questi ultimi principi possa derivare, oltre che un fatto illecito, altresì una illegittimità del provvedimento amministrativo.

Ciò ha creato un ostacolo rispetto al pieno riconoscimento della risarcibilità degli interessi legittimi, affermato in linea di principio dalla sentenza del 1999. La lesione dell'interesse legittimo appare infatti, per sua natura, discendere esclusivamente dalla violazione della seconda categoria di norme, ossia dall'infrazione di regole pubblicistiche che disciplinano l'azione della P.A. costituente esercizio di un potere⁴. Di conseguenza, la

² Tale distinzione ha origini risalenti e sembra richiamare l'antica suddivisione tra norme di relazione e norme di azione. Si vedano in proposito R. ALESSI, *Principi della responsabilità civile nella pubblica amministrazione*. Lezioni raccolte dal Prof. Aldo Albini, Bologna 1956, 5 – 8; E. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, Padova, XX, 1942, ristampa del 1994, 13 – 25.

³ Come chiarito in dottrina, «bisogna tener conto del comportamento concretamente tenuto dall'amministrazione nel corso del procedimento, per valutare se esso abbia dato luogo ad un affidamento, oggettivamente valutabile, sull'esito positivo del procedimento, poi conclusosi, invece, negativamente. Dovendosi applicare anche all'amministrazione i principi di correttezza e buona fede, la creazione di un falso affidamento determina l'ingiustizia del danno eventualmente patito dal privato» (F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo: storia e teoria*, Torino, 2017, 316).

⁴ Sulla base di tale presupposto, una parte della dottrina ha infatti affermato che un danno può derivare esclusivamente da un comportamento materiale e, quindi, dalla lesione di un diritto soggettivo. Si veda in tal senso la nota posizione espressa in A. ROMANO, *Sulla pretesa risarcibilità degli interessi legittimi: se sono risarcibili, sono diritti soggettivi*, in *Dir. Amm.*, 1998, 1, 1 – 26, *Id.*, *Sono risarcibili; ma perché devono essere interessi legittimi?*, in *Foro It.*, 1999, 11, 3222 - 3225, nota a sentenza Cass. Civ. Sez. Un., 22 luglio 1999, n. 500. In senso conforme si veda G. CLEMENTE DI SAN LUCA (a cura di), *La tutela delle situazioni soggettive nel diritto italiano, europeo e comparato*, Napoli, 2012, 42. Diversi autori, alla luce delle difficoltà create dalla suddetta dicotomia, hanno proposto il superamento delle tradizionali categorie pubblicistiche del diritto amministrativo in favore di un ritorno al diritto privato come diritto

responsabilità civile è stata, per lungo tempo, indissolubilmente legata alla previa dimostrazione, oltre che dell'illiceità della condotta, altresì dell'illegittimità del provvedimento dovuta alla lesione delle regole di validità pubblicistiche. Ciò, sul piano pratico, ha costituito un importante limite all'effettiva possibilità di accedere alla tutela risarcitoria da parte del privato, imponendo a quest'ultimo un pesante onere probatorio, tanto con riferimento al profilo dell'invalidità dell'atto (per dimostrare l'ingiustizia del danno), quanto al profilo della violazione da parte dei pubblici poteri delle regole di buona fede e correttezza (per provare la colpa e/o la responsabilità precontrattuale). Per ovviare a tali difficoltà, una parte della dottrina e della giurisprudenza ha ricondotto le regole di comportamento imposte alla P.A. a vere e proprie fonti di obbligazioni, al fine di inquadrare la responsabilità civile dell'amministrazione nell'ambito della responsabilità da contatto o da inadempimento ed alleggerire l'incombente probatorio del privato.

La dicotomia tra regole di comportamento e regole di validità è stata di recente confermata in una pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato che l'ha ritenuta applicabile al diritto amministrativo, richiamando sul punto le ricostruzioni della dottrina e della giurisprudenza civilistica. Nel diritto civile, tuttavia, tale partizione è giustificata, principalmente, dalla tipicità delle cause di annullabilità del negozio e dei vizi del consenso, che

comune dei rapporti con la P.A. Si vedano, tra i molti, A. ORSI BATTAGLINI, C. MARZUOLI, *La Cassazione sul risarcimento del danno arrecato dalla pubblica amministrazione: trasfigurazione e morte dell'interesse legittimo*, in *Dir. Pubbl.* 1999, 487 – 504; F. LEDDA, *Agonia e morte dell'interesse legittimo*, in *Foro Amm.*, 1999, 2713; A. DI MAJO, *Il risarcimento degli interessi "non più solo legittimi"*, in *Corr. Giur.*, 1999, 11, 1376; M. PROTTO, *La responsabilità della P.A. per lesione di interessi legittimi come responsabilità da contatto amministrativo*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2001, 1, 213; L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione: la dissoluzione del concetto di interesse legittimo nel nuovo assetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, 2003; A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia «non amministrativa» (Sonntagsgedanken)*, Milano, 2005; A. TRAVI, *Rileggendo Orsi Battaglini, Alla ricerca dello stato di diritto. Per una giustizia "non amministrativa" (Sonntagsgedanken)*, in *Dir. Pubbl.*, 2006, 1, 91 – 110; C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela: dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Milano, 2008; M. PROTTO, *Il rapporto amministrativo*, Milano, 2008; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Funzione, potere amministrativo e discrezionalità in un ordinamento liberal-democratico*, in *Dir. Pubbl.* 2009, 3, 739 – 778; L. FERRARA, *L'interesse legittimo alla riprova della responsabilità patrimoniale*, in *Dir. Pubbl.*, 2010, 637 – 673; A. TRAVI, *Introduzione a un colloquio sull'interesse legittimo (in ricordo di Umberto Pototschnig)*, in *Dir. Amm.*, 2013, 1 – 2, 1 – 15, ora in *Colloquio sull'interesse legittimo, Atti del convegno in memoria di Umberto Pototschnig*, Milano 19 aprile 2013, Napoli, 2014, 11 – 22. Per una ricostruzione critica delle tesi che hanno sostenuto il superamento della categoria dell'interesse legittimo si vedano A. ROMANO TASSONE, *Giudice amministrativo e interesse legittimo*, in *Dir. Amm.*, 2006, 2, 273; F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo: storia e teoria*, Torino, 2017, 256 – 266.

impone una netta alternatività tra le norme tese a verificare la conformità del negozio allo schema legale (regole di fattispecie) e le clausole generali dirette a verificare la liceità della condotta negoziale (regole di comportamento). Nel diritto amministrativo, diversamente, la violazione di principi giuridici che si impongono sul comportamento della P.A. rientra pacificamente nell'ambito dei vizi di legittimità (soprattutto, in quello dell'eccesso di potere)⁵.

La negazione in via di principio della potenziale utilizzabilità delle regole di condotta di diritto comune ai fini del sindacato sulla validità degli atti amministrativi pare finalizzata a contrastare le tesi dottrinali che, nell'attribuire alle clausole generali civilistiche la valenza di regole di validità hanno proposto di sostituire completamente i principi di correttezza discendenti dal diritto comune a quelli pubblicistici tipici del diritto amministrativo. In proposito, risulta d'interesse osservare come, nondimeno, in alcuni casi, lo stesso giudice amministrativo abbia utilizzato i principi di buona fede e correttezza nel sindacato di legittimità sugli atti amministrativi al fine di estendere le garanzie procedurali previste dalla disciplina pubblicistica. Ciò ha mostrato la scarsa solidità della teorica dicotomia tra regole di validità e regole di condotta nel diritto amministrativo, dove, al contrario, i principi di diritto comune possono svolgere un importante ruolo complementare ed integrativo rispetto ai principi ed alle norme pubblicistiche, per accrescere gli strumenti di tutela per il privato, senza arrivare a sostituirsi ai principi ed alle norme pubblicistiche sull'esercizio del potere.

Il presente scritto prende le mosse da una recente pronuncia dell'Adunanza Plenaria, al fine di affrontare il tema della natura delle norme dalla cui violazione deriva la responsabilità civile della P.A. e la conseguente struttura di quest'ultima. Il lavoro si concentra, prevalentemente, sulla responsabilità precontrattuale, nella quale il ruolo dei principi di buona fede e correttezza nell'esercizio dell'attività pubblicistica dell'amministrazione appare maggiormente visibile. Tuttavia, le osservazioni che si tenta di trarne sono in larga parte estensibili all'intero campo della responsabilità civile della P.A.

⁵ Sul tema si veda, tra i molti, G. SALA, *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento*, Milano, 1993, il quale, tuttavia, ha ricondotto la maggior parte delle ipotesi di violazione di principi di comportamento da parte della P.A. al vizio di violazione di legge, affermando che «la distinzione tra eccesso di potere e violazione di legge in base al fatto che l'esercizio del potere risulti difforme da norme codificate o *extra legem latae*, sulla quale, invero, si è sviluppata l'elaborazione giurisprudenziale del vizio ed è stata anche ripresa dalla dottrina, non è più giustificata una volta riconosciuta ai principi valenza normativa non diversa dalle norme codificate: la loro violazione non può che essere violazione di legge» (Ibid., 159).

2. La sentenza dell'Adunanza Plenaria del 4 maggio 2018, n. 5 quale occasione per una rinnovata riflessione in tema di doveri di correttezza precontrattuale dell'amministrazione

La pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 5 del 4 maggio 2018 ha riaperto l'attenzione su alcuni temi centrali concernenti la responsabilità civile dell'amministrazione pubblica e sull'applicabilità dei principi civilistici all'attività consensuale (ma non solo) dell'amministrazione⁶. La questione rimessa all'Adunanza Plenaria riguardava la configurabilità della responsabilità precontrattuale in capo all'amministrazione nella fase anteriore alla scelta del contraente, «allorché gli aspiranti alla posizione di contraenti sono solo partecipanti ad una gara e possono vantare un interesse legittimo al corretto esercizio dei poteri della pubblica amministrazione»⁷. La Sezione remittente chiedeva di chiarire se la responsabilità precontrattuale dovesse riguardare «esclusivamente il comportamento dell'amministrazione anteriore al bando, che ha fatto sì che quest'ultimo venisse comunque pubblicato nonostante fosse conosciuto, o dovesse essere conosciuto, che non ve ne erano i presupposti indefettibili», ovvero dovesse estendersi a «qualsiasi comportamento successivo all'emanazione del bando e attinente alla procedura di evidenza pubblica, che ne ponga nel nulla gli effetti o ne ritardi l'eliminazione o la conclusione»⁸. L'Adunanza Plenaria ha risposto in senso affermativo ad entrambi i quesiti, sostenendo che la responsabilità precontrattuale della P.A. può derivare dalla violazione dei doveri di correttezza anche prima e a prescindere dall'adozione del provvedimento

⁶ La questione deferita all'Adunanza Plenaria sorgeva da un problema di interpretazione di alcune clausole di un bando di gara per l'affidamento del servizio di ristorazione di un'Azienda sanitaria. In particolare, la gara era stata dichiarata deserta a fronte delle due domande di partecipazione, entrambe considerate inammissibili da parte dell'amministrazione perché contenenti offerte superiori rispetto a quella posta a base di gara. La ragione di ciò risiedeva nella contraddittorietà tra le disposizioni contenute nel bando, nel disciplinare di gara e nel capitolato speciale, relative alla durata dell'appalto e all'importo complessivo ad essa riferito. Il TAR, avallato dal Consiglio di Stato, annullava i provvedimenti di esclusione. Si vedano T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. II, 18 novembre 2015, n. 1730 e Cons. Stato, sez. III, 10 giugno 2016, n. 2497. Successivamente, l'amministrazione annullava d'ufficio i decreti di indizione della gara e di approvazione degli atti di gara. L'atto di autotutela era impugnato da una delle imprese escluse. Il giudice di primo grado respingeva la domanda demolitoria, accogliendo invece quella risarcitoria. Si veda T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. I, 23 marzo 2017, n. 515. A seguito del deferimento all'Adunanza Plenaria, la sezione remittente ha definito la questione con la sentenza Cons. Stato, sez. III, 02 aprile 2019, n. 2181.

⁷ Cons. Stato, sez. III, ord. 24 novembre 2017, n. 5492.

⁸ Cons. Stato, sez. III, ord. 24 novembre 2017, n. 5492.

di aggiudicazione ed indipendentemente dalla collocazione temporale del comportamento scorretto, sia esso anteriore o successivo alla pubblicazione del bando di gara.

La Plenaria ha affermato quattro rilevanti principi di diritto, nel tentativo di chiarire la portata dei doveri di correttezza con riferimento all'azione amministrativa nel suo complesso ed ai risvolti della relativa violazione in termini di responsabilità dell'amministrazione. In primo luogo, la pronuncia ha sancito definitivamente l'applicabilità delle «norme generali dell'ordinamento civile che impongono di agire con lealtà e correttezza»⁹ anche allo svolgimento dell'attività autoritativa. In secondo luogo, ha affermato la sussistenza dei doveri di correttezza e buona fede nell'ambito di tutte le fasi della procedura ad evidenza pubblica, nonché la possibilità di configurare una responsabilità precontrattuale da comportamento scorretto nonostante la legittimità dei provvedimenti di gara. Infine, la Plenaria ha individuato i presupposti affinché l'affidamento del privato sia risarcibile, imponendo uno stringente onere probatorio in capo a quest'ultimo.

Nonostante le importanti aperture mostrate in tale decisione, il Consiglio di Stato sembra essere rimasto ancorato, per alcuni aspetti, ad una visione restrittiva rispetto al pieno riconoscimento della responsabilità civile della P.A. In particolare, le maggiori criticità che appaiono emergere dalla sentenza sono, da una parte la mancata presa di posizione sulla natura della responsabilità precontrattuale della P.A., dall'altra, la trasposizione nel diritto amministrativo della distinzione tra regole di validità e regole di comportamento, tipica del diritto civile.

La Plenaria, pur richiamando la teoria della responsabilità da contatto sociale ed evidenziandone «il merito di avere messo bene in luce il legame esistente tra l'ambito e il contenuto dei doveri di protezione e correttezza, da un lato, e il grado di intensità del momento relazionale e del conseguente affidamento da questo ingenerato, dall'altro»¹⁰, non ha ritenuto di assumere un espresso orientamento sul tema. Tuttavia, nell'individuazione degli elementi probatori necessari per configurare la risarcibilità dei danni

⁹ Cons. Stato, Ad. Plen., 04 maggio 2018, n.5, in *Foro Amministrativo*, 2018, 5, 766; in *Responsabilità Civile e Previdenza* 2018, 5, 1594, con nota di S. FOÀ, *Responsabilità precontrattuale della p.a. tra correttezza e autodeterminazione negoziale*; in *Guida al diritto* 2018, 23, 88, con nota di M. CLARICH e G. FONDERICO; in *Urbanistica e appalti*, 2018, 10, 639 nota di L. GIAGNONI, *Responsabilità precontrattuale della p.a. anche prima dell'aggiudicazione*; in *Giur. It.*, 2018, 8-9, 1983 nota di G.D. COMPORI, *Regole di comportamento per un ripensamento della responsabilità dell'amministrazione*; in *Corriere Giur.*, 2018, 12, 1547 con nota di F. TRIMARCHI BANFI, *La responsabilità dell'amministrazione per il danno da affidamento nella sentenza dell'adunanza Plenaria n. 5 del 2018*.

¹⁰ Cons. Stato, Ad. Plen., 04 maggio 2018, n.5, cit., punto 24.

ingenerati dall'azione amministrativa, la Plenaria ha richiamato i requisiti imposti dall'articolo 2043 del codice civile, inducendo ad inquadrare in tale fattispecie la responsabilità civile della P.A. In secondo luogo, il Consiglio di Stato ha escluso che la violazione dei doveri di correttezza possa costituire un motivo di invalidità del provvedimento amministrativo, alla stregua del principio di non interferenza tra regole di validità e regole di condotta fatto proprio dalla giurisprudenza e dalla dottrina civilistica.

La pronuncia ha aperto, quindi, diversi interrogativi sull'attuale portata della responsabilità civile dell'amministrazione. L'ampia ricostruzione del dato normativo e giurisprudenziale operata dal Collegio indica una chiara tendenza verso una tutela sempre più pregnante dell'affidamento del privato a fronte di comportamenti scorretti della P.A. Ci si chiede, tuttavia, se le conseguenze tratte dal Consiglio di Stato non finiscano per restringere sostanzialmente gli strumenti di tutela dell'amministrato che, a fronte di violazioni dei principi di correttezza, è legittimato a chiedere esclusivamente il risarcimento del danno, subordinato ad un rigoroso accertamento di tutti gli elementi fattuali e giuridici richiesti dall'articolo 2043 c.c.

3. Le posizioni di iniziale chiusura rispetto all'applicabilità dei doveri di correttezza alla P.A.

Tale pronuncia ha avuto il pregio di superare definitivamente l'impostazione tradizionale che escludeva la piena applicabilità dei principi civilistici nell'ambito dell'attività negoziale della P.A. persino in settori «a vocazione generale»¹¹ come quello della responsabilità civile. L'esercizio di poteri discrezionali da parte della P.A. nell'avvalersi di strumenti privatistici è stato, infatti, tradizionalmente considerato un limite all'applicazione dei principi di buona fede e correttezza all'attività contrattuale pubblica, la quale, pur costituendo manifestazione della capacità di diritto comune del soggetto pubblico, presenta nella fase della formazione, dell'esecuzione e delle successive eventuali fasi contenziose una disciplina in parte derogatoria rispetto a quella civilistica¹².

¹¹ A. MOLITERNI, *Amministrazione consensuale e diritto privato*, Napoli, 2016, 484.

¹² La finalizzazione dell'azione amministrativa al pubblico interesse implica, da un lato, che la formazione della volontà sia procedimentalizzata e debba contenere almeno un atto amministrativo che evidenzii i motivi dell'operazione negoziale e ne consenta il sindacato e, dall'altro, che nella fase dell'esecuzione permangano poteri dell'amministrazione di intervenire autoritativamente sul rapporto, giustificati dalla funzione di cura dell'interesse pubblico cui la

La dottrina più risalente, sulla base del presupposto che il riparto di giurisdizione non consentiva un accertamento da parte del giudice ordinario sulla condotta degli organi pubblici nella sfera della discrezionalità amministrativa, escludeva la configurabilità di una *culpa in contrahendo* della P.A. per lesione dell'affidamento del contraente privato¹³. D'altronde, l'intrinseca diversità tra i criteri di scelta propri della libertà negoziale rispetto a quelli della discrezionalità amministrativa, derivante dal vincolo del fine di interesse pubblico, sussistente nel diritto pubblico e non nel diritto privato¹⁴, era originariamente considerata un ostacolo insormontabile all'applicabilità dei canoni di correttezza alla condotta dei poteri pubblici¹⁵. L'assenza nel diritto amministrativo dell'«urto tra volontà paritariamente contrapposte»¹⁶, tipico dei rapporti privatistici, si riteneva rendesse inutile il ricorso alle clausole generali nei rapporti pubblicistici. Inoltre, la vigenza del principio di nominatività e tipicità degli atti amministrativi si considerava come assorbente rispetto all'esigenza di tipicizzare le indeterminate possibilità rientranti nella sfera di disposizione del privato che giustificano l'applicazione delle clausole generali al diritto contrattuale. Pertanto, l'unico mezzo integrativo considerato utilizzabile nel diritto amministrativo si riteneva fosse quello del

prestazione oggetto del contratto è finalizzata. Si vedano, sul punto, V. CERULLI IRELLI, *Diritto privato dell'amministrazione pubblica*, Torino, 2008, 50. Si veda, sui limiti generali all'attività contrattuale della P.A., S. VINTI, *Limiti funzionali all'autonomia negoziale della pubblica amministrazione nell'appalto di opere pubbliche*, Padova, 2008, 73 – 123; S. BUSCEMA, A. BUSCEMA, *I contratti della pubblica amministrazione*, 2° ed, Padova, 1994, 37 – 62; B. MASTROPIETRO, *L'attività contrattuale della P.A. tra buona fede e interesse pubblico*, in *Corr. giur.*, 2012, 12, 1498; M. IMMORDINO, *I contratti della pubblica amministrazione*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, 2015, 420 – 433. Sull'evoluzione di alcune problematiche emergenti dalla giurisprudenza e dottrina in materia di contratti, si veda M. SANTILLI, *Il diritto civile dello Stato: momenti di un itinerario tra pubblico e privato*, Milano, 1985, 51 – 93.

¹³ In tal senso si veda R. ALESSI, *Le responsabilità della pubblica amministrazione*, II ed., Milano, 1951, 248.

¹⁴ Si riteneva che «nell'emanare il provvedimento l'autorità deve esclusivamente ispirarsi al soddisfacimento dell'interesse pubblico; non solo quindi è vietata l'emanazione di provvedimenti miranti a soddisfare interessi particolaristici o privati, ma, qualora, fra gli interessi privati e quello pubblico, è quest'ultimo che deve prevalere sui primi» (P. VIRGA, *Il provvedimento amministrativo*, Milano, 1968, 32).

¹⁵ Si sosteneva che nel diritto amministrativo «il criterio secondo cui la scelta avviene non è quello della buona fede, né del buon costume, né alcun altro simile, sebbene quello dell'interesse pubblico e del modo migliore per assicurarne la soddisfazione» (E. GUICCIARDI, *Recensione a K.H.Schmitt, Treu und Glauben im Verwaltungsrecht. Zugleich ein Beitrag zur juristischen Methodenlehre*, Berlin 1935, in *Archivio giuridico di diritto pubblico*, 1936, 562).

¹⁶ M.S. GIANNINI, *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione*, 1939, in *Scritti*, I, Milano, 2000, 372 – 374.

pubblico interesse e si escludeva il ricorso ai principi di diritto comune e alle clausole generali come canoni integrativi dell'attività amministrativa.

Coerentemente a tale impostazione dottrinale, la giurisprudenza del Consiglio di Stato, pur includendo espressamente i principi generali dell'ordinamento nell'ambito del principio di legalità cui deve rispondere l'esercizio della potestà discrezionale della pubblica amministrazione, negava fermamente la possibilità di ricomprendervi i principi di diritto comune riconducibili alla correttezza. A fronte della pretesa del ricorrente al rispetto da parte dell'amministrazione «dei più elementari principi di lealtà cui gli amministratori di enti pubblici sono più che mai tenuti»¹⁷, il rigetto del Consiglio di Stato era netto¹⁸. Non essendo originariamente probonibile l'azione di responsabilità civile in sede di giurisdizione amministrativa, il giudice ne dichiarava l'inammissibilità, tanto ove fosse enunciata espressamente, quanto ove fosse «dissimulata» in una censura di eccesso di potere¹⁹. Nello stesso senso, la giurisprudenza civile escludeva l'applicazione di regole elastiche di comportamento al soggetto pubblico, indipendentemente dalla diversa valutazione della legittimità o meno dell'esercizio del potere discrezionale²⁰.

¹⁷ Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 28 gennaio 1961, n. 3, in *Foro Amm.*, 1961, 1, 561. Il caso riguardava due successivi provvedimenti amministrativi di deliberazione a contrarre di un Comune relativamente alla gestione delle acque e terme. La prima deliberazione individuava un contraente, mentre la seconda revocava la prima, individuandone uno diverso, per ragioni di convenienza economica. Il soggetto che era stato inizialmente scelto dall'amministrazione invocava, tra i motivi di ricorso, un vizio di eccesso di potere per l'illogicità, la contraddittorietà e la mala fede del comportamento dell'amministrazione nelle trattative, sanzionate dal codice civile come fonti di responsabilità precontrattuale.

¹⁸ Il Consiglio di Stato rifiutava le tesi sull'applicabilità delle clausole generali civilistiche persino con riferimento ai procedimenti di gara a trattativa privata, caratterizzati da maggiore libertà di forme. Questi erano considerati semplicemente come procedimenti nei quali sussisteva una più ampia discrezionalità in capo alla P.A., a fronte della quale il privato vantava esclusivamente un interesse legittimo all'annullamento dell'atto lesivo. Per un'approfondita analisi delle caratteristiche della trattativa privata della P.A. in relazione ai doveri di correttezza e buona fede, si veda G.M. RACCA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, Napoli, 2000, 98 – 178.

¹⁹ Cons. Stato, Ad. Plen., 28 gennaio 1961, n. 3, cit.

²⁰ M. SANTILLI, *Il diritto civile dello Stato: momenti di un itinerario tra pubblico e privato*, cit., 85.

3.1 *Le prime aperture sulla responsabilità precontrattuale della P.A.*

A partire dagli anni Sessanta del secolo scorso, una parte della giurisprudenza ordinaria ha iniziato ad ammettere che l'obbligo di buona fede previsto dall'art. 1337 c.c. «sancisce un principio generale il quale informa tutto l'ordinamento giuridico ed al cui impero anche la P.A. deve sottostare, quando intraprende iniziative di contratti privatistici»²¹. Tuttavia, si riteneva doversi attuare un'estrema cautela nell'accertamento della violazione del dovere di correttezza precontrattuale da parte dell'amministrazione, anche in ragione del «discrezionale apprezzamento di opportunità e convenienza riservato, nel pubblico interesse»²². La Cassazione ha iniziato ad applicare all'attività negoziale della P.A. l'art. 1338 c.c. sull'obbligo di comunicare alla controparte una causa di invalidità del contratto, a pena di risarcire la parte che avesse confidato, senza sua colpa, nella validità del contratto²³ e l'art. 1337 c.c. sull'obbligo per le parti di comportarsi secondo buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto²⁴.

Anche la dottrina amministrativistica ha cominciato a riconoscere l'incidenza dei doveri di buona fede nell'attività contrattuale dell'amministrazione²⁵. È stata distinta la fase di deliberazione del contratto e di adozione di criterio di scelta del contraente, nella quale l'amministrazione esercita il proprio potere discrezionale, dalla fase successiva del procedimento contrattuale, nella quale «il comportamento dell'amministrazione è regolato interamente dal principio della buona fede, in quanto comportamento di diritto privato comune»²⁶. L'incidenza delle clausole generali è stata

²¹ Trib. Roma, 15 maggio 1964, in *Arch. Resp. Civ.* 1966, 439.

²² *Ibid.*

²³ Cass. Civ., 12 luglio 1961, n. 1675, in *Foro It.*, 1962, I, 96, e 1165 con nota di L. BIGLIAZZI GERI, *Sulla responsabilità per alienazione di un bene demaniale*; in *Foro Pad.*, 1962, I, 1359, con nota di F. BENATTI, *Brevi note sulla responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*.

²⁴ Cass. Civ., 28 settembre 1968, n. 3008, in *Foro It.*, 1969, I, 966.

²⁵ A partire dagli anni Sessanta del secolo scorso il dibattito sulla responsabilità civile della P.A. ha assunto un ruolo centrale nella dottrina amministrativistica. Segno della crescente attenzione nei confronti del tema è il convegno organizzato a Napoli nel 1963. Si vedano in proposito AA.VV. *Atti del convegno nazionale sull'ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi (Napoli, 27 - 28 - 29 ottobre 1963)*. Centro italiano di studi amministrativi sezione campana, Milano, 1965. Per la ricostruzione del dibattito dottrinale di quegli anni sul tema si veda E. FOLLIERI *Risarcimento dei danni per lesione di interessi legittimi*, Chieti, 1984, 10 - 14.

²⁶ Si veda M.S. GIANNINI, *La responsabilità precontrattuale dell'Amministrazione pubblica*, estratto da *Raccolta di scritti in onore di A.C. Jemolo*, III, 1963, ora in *Scritti*, V, 1963 -

riconosciuta anche nell'attività discrezionale dell'amministrazione qualora si configuri, oltre ad un'illegitimità dell'atto, un illecito civile²⁷.

In seguito, la Cassazione ha stabilito che «la responsabilità precontrattuale della P.A., è configurabile in tutti i casi in cui l'Ente pubblico, nelle trattative e nelle relazioni con i terzi, abbia compiuto azioni o sia incorso in omissioni contrastanti con i principi della correttezza e della buona fede, alla cui puntuale osservanza è tenuta anche la P.A., nell'ambito del rispetto dei doveri primari garantiti dall'art. 2043 c.c. (...) ingenerando nei terzi, anche se per mera colpa, un ragionevole affidamento, poi andato deluso in ordine alla conclusione del contratto»²⁸. Si riteneva che il relativo accertamento rientrasse nella giurisdizione ordinaria, essendo volto a stabilire non se la P.A. si fosse comportata da corretto amministratore, bensì da corretto contraente. In quest'ottica, il sindacato del giudice ordinario risultava confinato ai danni derivanti da meri comportamenti dell'amministrazione che non costituiscono esercizio di potere²⁹. Nondimeno, la dottrina ha osservato

1969, Milano, 2004, 183. Per l'applicabilità del principio di buona fede nelle trattative precontrattuali della P.A. si è espresso, altresì, C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1982, 190.

²⁷ In tal caso, l'amministrazione si presenta non più come autorità bensì come soggetto di diritto comune, sottoposto alle regole di correttezza e buona fede. Si veda, in tal senso, M.S. GIANNINI, *La responsabilità precontrattuale dell'Amministrazione pubblica*, cit., 154 – 185.

²⁸ Cass. Civ. sez. I, 10 dicembre 1987, n. 9129, in *Giur. It.*, 1987; in *Finanza Loc.*, 1989, 195.

²⁹ Per la distinzione tra meri comportamenti e comportamenti amministrativi, poi accolta nell'art. 7 del codice del processo amministrativo (D.Lgs. 2 luglio 2010 n. 104), si vedano le storiche sentenze della Consulta, Corte Cost., 06 luglio 2004, n. 204, in *Giornale Dir. Amm.*, 2004, 9, 969, *La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo «riletta» dalla Corte costituzionale*, con note di M. CLARICH, *La «tribunalizzazione» del giudice amministrativo evitata*; A. POLICE, *La giurisdizione del giudice amministrativo è piena, ma non è più esclusiva*; B.G. MATTARELLA, *Il lessico amministrativo della consulta e il rilievo costituzionale dell'attività amministrativa*; A. PAJNO, *Giurisdizione esclusiva ed «arbitrato» costituzionale*; in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2005, 4, 753, con nota di R. FRASCA, *Il ruolo della giurisdizione amministrativa*; in *Federalismi*, 2004, 15, con nota di V. CERULLI IRELLI, *Giurisdizione esclusiva e azione risarcitoria nella sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 5 luglio 2004 (osservazioni a primissima lettura commento a prima lettura della sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 5 luglio 2004)*; F. LORENZONI, *Commento a prima lettura della sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 5 luglio 2004*; Corte Cost., 11 maggio 2006, n. 191, in *Urbanistica e Appalti*, 2006, 7, 805, con nota di R. CONTI, *Comportamenti buoni e cattivi: dopo Corte Cost. 191/2006 ognuno per la sua strada (ma quale?)*; Corte Cost., 27 aprile 2007, n. 140, in *Giornale Dir. Amm.*, 11, 2007, 1167 con nota di A. BATTAGLIA, *Il giudice amministrativo e la tutela dei diritti fondamentali*. Per un recente contributo sulla nozione di comportamento nel diritto amministrativo si veda E. ZAMPETTI, *Contributo allo studio del comportamento amministrativo*, Torino, 2012.

come, nell'esame della condotta della P.A. (in una fattispecie riferita alla fase esecutiva del contratto) il giudice civile avesse valutato ai sensi della buona fede il corretto uso di poteri amministrativi innestati in rapporti privati, suggerendo che «l'onda lunga della buona fede, sia pure in via riflessa, arriva dunque a toccare anche il comportamento discrezionale della P.A.»³⁰.

Una volta ammessa in via di principio l'applicabilità dei doveri di correttezza e buona fede all'attività contrattuale e precontrattuale dell'amministrazione rimanevano da stabilirne i limiti e le condizioni. Per lungo tempo la giurisprudenza ne ha confinato l'applicazione ai soli casi in cui l'amministrazione agisse *iure privatorum*³¹. Nell'ambito dei procedimenti di aggiudicazione degli appalti pubblici, l'operatività dei principi di correttezza era limitata alla fase esecutiva del contratto, ovvero ai casi in cui l'amministrazione sceglieva il contraente secondo la procedura della trattativa privata. In questi casi, la P.A. era considerata una vera e propria «parte» del contratto, che «agisce in posizione del tutto paritetica con il privato, senza far uso di poteri in qualche modo autoritativi, ponendo in essere una attività negoziale assolutamente libera e svincolata da un qualsiasi schema procedimentale»³², la cui condotta precontrattuale era sindacabile dal giudice ordinario e a fronte della quale sorgeva in capo al privato candidato un diritto soggettivo.

Per le altre procedure di gara ad evidenza pubblica (asta pubblica, licitazione privata ed appalto concorso), la giurisprudenza ammetteva la responsabilità civile solo nella fase successiva alla stipulazione del contratto, sino al completamento del controllo pubblico sullo stesso (considerato condizione sospensiva dell'obbligazione dell'amministrazione)³³. Si affermava

³⁰ A. DI MAJO, *La buona fede correttiva di regole contrattuali*, nota a Cass. Civ. sez. I, 14 luglio 2000 n. 9321, in *Corr. giur.*, 11, 2000, 1488.

³¹ Per una disamina delle pronunce sulla buona fede in materia di contratti della P.A. si veda E. CASETTA, *Buona fede e diritto amministrativo*, in L. GAROFALO (a cura di), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea: atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese (Padova, Venezia, Treviso, 14-15-16 giugno 2001)*, Padova, 2003, I, 371 – 387.

³² Tra le molte si vedano Cass. Civ. Sez. Un., 06 ottobre 1993, n. 9892 e Cass. Civ. Sez. Un., 18 ottobre 1993, n. 10296, in *Giur. It.*, 1995, I, con nota di D. CARUSI, *Problemi della responsabilità precontrattuale alla luce della giurisprudenza sulla «culpa in contrahendo» della pubblica amministrazione*; Cass. Civ. Sez. Un., 5 dicembre 1995, n. 12523, in *Corr. giur.*, 1996, 294, con nota di F. CARINGELLA, *Responsabilità precontrattuale della P. A. tra schemi privatistici e moduli procedimentali*; Cass. Civ. Sez. Un., 26 maggio 1997, n. 4673, in *Giur. It.*, 1998, I, 570, con nota di S. VERZARO, *Brevi note in tema di responsabilità precontrattuale della P.A.*

³³ Si veda, tra le molte, Cass. Civ. sez. I, 11 maggio 1990, n. 4051, in *Rassegna Avvocatura*

che, nella fase pubblicistica precedente, il privato partecipante alla gara fosse titolare di un mero interesse legittimo al corretto esercizio del potere di scelta ad opera della pubblica amministrazione, e non di un diritto all'osservanza delle regole di buona fede³⁴. Sebbene la dottrina avesse già evidenziato come il dovere di correttezza dell'amministrazione dovesse essere esteso a tutti i partecipanti alla gara pubblica³⁵, la giurisprudenza ancorava il sorgere della responsabilità precontrattuale della P.A. ad un momento successivo alla selezione di un'unica controparte contrattuale, negando rilevanza alle scorrettezze in corso di scelta del contraente³⁶.

3.2. Verso il pieno riconoscimento della responsabilità precontrattuale della P.A.

A partire dall'esplicito riconoscimento giurisprudenziale della piena risarcibilità della lesione di posizioni giuridiche soggettive di interesse legittimo (anche a carattere pretensivo), i principi di diritto comune hanno trovato un definitivo riconoscimento nel campo della responsabilità civile della P.A. per l'esercizio della propria attività autoritativa. Si è quindi posto il problema di attribuire significato ai principi di correttezza, identificati dalla storica sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione n. 500 del 1999 quali «limiti esterni alla discrezionalità»³⁷, come tali valutabili dal giudice.

dello Stato, Roma, 1990, 235 – 250. Sull'evoluzione giurisprudenziale sulla responsabilità precontrattuale si veda G.M. RACCA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, Napoli, 2000, 171 – 176.

³⁴ Per una critica alla limitazione della responsabilità civile dell'amministrazione nei contratti pubblici si veda G. GRECO, *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e privato: i contratti ad evidenza pubblica*, Milano, 1986, 115 e ss. Si veda anche G. GRECO, *La responsabilità civile dell'amministrazione e dei suoi agenti*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F. A. ROVERSI MONACO, F. G. SCOCA (a cura di), *Diritto Amministrativo*, IV ed., I, Bologna, 2005, 895 – 924.

³⁵ G.M. RACCA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, Napoli, 2000, 201.

³⁶ Si veda, in tal senso, G.M. RACCA; S. PONZI, *Evoluzioni sulla responsabilità precontrattuale delle pubbliche amministrazioni*, nota a Cass. civ. sez. I, 12 maggio 2015, n. 9636, in *Giur. It.*, 2015, 1963.

³⁷ Cass. Civ. Sez. Un., 22 luglio 1999, n. 500, in *Foro It.*, 1999, I, 2487, con nota di A. PALMIERI, R. PARDOLESI, *Nota a Cass. sez.un. n. 500/1999*; in *Foro It.*, 1999, 11, 3201, con nota di R. CARANTA, *La pubblica amministrazione nell'età della responsabilità*; in *Foro It.*, 1999, 11, 3212, con nota di F. FRACCHIA, *Dalla negazione della risarcibilità degli interessi legittimi all'affermazione della risarcibilità di quelli giuridicamente rilevanti*; in *Foro It.*, 1999, 11, 3222, con nota di A. ROMANO, *Sono risarcibili; ma perché devono essere interessi legittimi?*; in *Foro It.*, 1999, 11, 3226, con nota di E. SCODITTI, *L'interesse legittimo e il costitu-*

Con la devoluzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo delle controversie relative alle procedure di affidamento di lavori, servizi o forniture «svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale»³⁸, nonché di «tutte le questioni relative all'eventuale risarcimento del danno, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, e agli altri diritti patrimoniali consequenziali»³⁹, la responsabilità precontrattuale è stata riconosciuta in tutte le procedure di appalto pubblico e le norme di correttezza prescritte dal diritto comune sono state imposte all'amministrazione, affianco alle norme sull'interesse pubblico⁴⁰.

zionalismo; in *Dir. Pubbl.* 1999, 487, con nota di A. ORSI BATTAGLINI, C. MARZUOLI, *La Cassazione sul risarcimento del danno arrecato dalla pubblica amministrazione: trasfigurazione e morte dell'interesse legittimo*; in *Giornale Dir. Amm.*, 1999, 9, 832, con nota di L. TORCHIA, *La risarcibilità degli interessi legittimi: dalla foresta pietrificata al bosco di birnam*; in *Corr. Giur.*, 1999, 9, 1061, con nota di V. CARBONE, *La Cassazione apre una breccia nella irrisarcibilità degli interessi legittimi*; in *Corr. Giur.*, 1999, 11, 1376, con nota di A. DI MAJO, *Il risarcimento degli interessi "non più solo legittimi"*; in *Corr. Giur.*, 1999, 11, 1381, con nota di V. MARICONDA, *"Si fa questione d'un diritto civile..."*; in *Europa e Dir. Priv.*, 1999, 1268, con nota di C. CASTRONOVO, *L'interesse legittimo varca la frontiera della responsabilità civile*; in *Contratti*, 1999, 10, 869, con nota di L. V. MOSCARINI, *La risarcibilità degli interessi legittimi: un problema tuttora aperto*; in *Giur. It.*, 2000, 1, con nota di L. V. MOSCARINI, *Risarcibilità degli interessi legittimi e termini di decadenza*; in *Giur. It.*, 2000, 7, con nota di F. G. PIZZETTI, *Risarcibilità degli interessi legittimi e danno ingiusto. Se un giorno d'estate la Corte di cassazione...*; in *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Comunitario*, 1999, 1108, con nota di G. GRECO, *Interesse legittimo e risarcimento dei danni: crollo di un pregiudizio sotto la pressione della normativa europea e dei contributi della dottrina*. Per una ricostruzione degli sviluppi normativi e giurisprudenziali che hanno portato alla sentenza 500 del 1999 si A. ROMANO, *Sulla pretesa risarcibilità degli interessi legittimi: se sono risarcibili, sono diritti soggettivi*, in *Dir. Amm.*, 1998, 1, 1 – 26; C. GALLUCCI, *Tutela aquiliana degli interessi legittimi*, in *Enc. Giur.*, XV, Roma, 2001, 1 – 19; G.P. CIRILLO, *Il danno da illegittimità dell'azione amministrativa e il giudizio risarcitorio*, Padova, 2001, 18 – 77; G.M. RACCA, *L'evoluzione della responsabilità della Pubblica Amministrazione*, in R. GAROFOLI, G.M. RACCA, M. DE PALMA, *La responsabilità della pubblica amministrazione e il risarcimento del danno innanzi al giudice amministrativo*, Milano, 2003, 4 – 95.

³⁸ Art. 6 L. 21 luglio 2000 n. 205, Disposizioni in materia di giustizia amministrativa. Pubblicata nella Gazz. Uff. 26 luglio 2000, n. 173.

³⁹ Art. 7, co. 3 L. 6 dicembre 1971 n. 1034, prima sostituito dall'art. 35, D.Lgs. 31 marzo 1998, n. 80 e successivamente dall'art. 7, L. 21 luglio 2000, n. 205, ora abrogato dal n. 23) del comma 1 dell'art. 4 dell'allegato 4 al D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104, a decorrere dal 16 settembre 2010, ai sensi di quanto disposto dall'art. 2 dello stesso provvedimento e recepito nel codice del processo amministrativo.

⁴⁰ In un primo momento, la giurisprudenza aveva affermato la responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione nei casi di rottura delle trattative nell'ambito di una

La giurisprudenza ha definitivamente sancito il principio secondo il quale «nello svolgimento della sua attività di ricerca del contraente l'amministrazione è tenuta non soltanto a rispettare le regole dettate nell'interesse pubblico (la cui violazione implica l'annullamento o la revoca dell'attività autoritativa) ma anche le norme di correttezza di cui all'art. 1337 c.c. prescritte dal diritto comune (regole la cui violazione assume significato e rilevanza, ovviamente, solo dopo che gli atti della fase pubblicistica attributiva degli effetti vantaggiosi sono venuti meno e questi ultimi effetti si sono trasformati in affidamenti restati senza seguito)»⁴¹.

Oltretutto, l'accertamento di tale forma di responsabilità precontrattuale non è stata ritenuta preclusa dall'eventuale legittimità del provvedimento di ritiro in autotutela degli atti di gara⁴². La valutazione relativa alla legittimità del provvedimento di aggiudicazione, ovvero di mancata aggiudicazione definitiva, per ragioni di interesse pubblico è stata sganciata da quella sul dovere di buona fede del comportamento complessivo dell'amministrazione (azioni od omissioni contrastanti con il principio di correttezza) nella

trattativa privata non giustificata da ragioni fondate, conosciute o conoscibili all'altra parte o, comunque, economicamente e giuridicamente apprezzabili. Si vedano in questo senso T.A.R. Lombardia, Milano sez. III, 31 luglio 2000, n. 5130, in *Urbanistica e Appalti*, 2000, 1249, con nota di F. BUSATTA, *Responsabilità precontrattuale della P.A. dopo la sentenza n. 500/99*. La responsabilità precontrattuale è stata riconosciuta altresì in casi in cui la P.A. avesse tenuto aperte trattative che sicuramente non avrebbero potuto avere esito positivo poiché il contratto era già stato stipulato con altro soggetto. Cons. Stato sez. V, 12 settembre 2001, n. 4776, in *Urbanistica e Appalti*, 2002, 2, 199, con nota di G.M. RACCA, *Giurisdizione esclusiva e affermazione della responsabilità precontrattuale della P.A.*; in *Resp. Civ. Prev.*, 2001, 1235, con nota di S. TASSONE, *Responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione e giurisdizione del giudice amministrativo alla luce della l. n. 205/2000*.

⁴¹ Cons. Stato, Ad. Plen., 05 settembre 2005, n. 6, in *Urbanistica e Appalti*, 2006, 1, 69, con nota di I. FRANCO e con nota di E. RAGANELLA, *La responsabilità precontrattuale della P.A. nei «lavori in corso» per l'assettamento dei criteri di riparto della giurisdizione*. Si veda inoltre F. TRIMARCHI BANFI, *La responsabilità civile per l'esercizio della funzione amministrativa. Questioni attuali*, Torino, 2009, 35 – 45.

⁴² Cons. Stato, Ad. Plen., 05 settembre 2005, n. 6, cit.; conf. Cons. Stato sez. V, 7 settembre 2009, n. 5245; Cons. Stato, sez. VI, 1 febbraio 2013, n. 633, in *Giur. It.*, 2013, 7, 1675, con nota di D. IACOVELLI, *Responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione e danni risarcibili: la parabola giurisprudenziale dai danni riflessi ai danni ipotetici*; in *Urbanistica e appalti*, 2013, 10, 1085, con nota di S. PONZIO, *Il comportamento contraddittorio nella revoca dell'aggiudicazione di un appalto pubblico: la responsabilità precontrattuale e il danno risarcibile*. In senso analogo, con riferimento all'annullamento d'ufficio, Cons. Stato sez. V, 30 dicembre 2011, n. 7000. Sulle recenti posizioni giurisprudenziali in relazione all'ammissibilità dei provvedimenti di autotutela successivi alla stipula del contratto, si veda M. RENNA, *Responsabilità della pubblica amministrazione a) Profili sostanziali*, in *Enc. Dir.*, Annali IX, 2016, 805 – 809.

fase precontrattuale⁴³. È apparsa, in questo senso, confermata l'idea che, nell'ambito dell'attività contrattuale della P.A., «al diritto pubblico spetta definire i poteri discrezionali necessari secondo i principi di ragionevolezza, proporzionalità, efficienza ed economicità per il raggiungimento degli obiettivi prestabiliti e al diritto civile compete invece, sempre nell'ottica del raggiungimento di quegli stessi obiettivi, il compito di definire istituti e principi, clausole generali e regole di chiusura, valevoli per entrambe le parti del rapporto»⁴⁴. In questa prospettiva, il diritto comune applicabile ai contratti pubblici emerge in combinazione con i principi necessari alla funzionalizzazione dell'agire amministrativo, in un'ottica di garanzia per la controparte privata e per riequilibrare la disparità delle posizioni negoziali.

In numerose sentenze, il Consiglio di Stato ha imputato all'amministrazione la responsabilità precontrattuale per gli affidamenti suscitati nell'impresa dagli atti della procedura ad evidenza pubblica, con violazione dei doveri di lealtà e di buona fede affermati dall'art. 1337 c.c. Pur riconoscendo la legittimità dell'esercizio della funzione pubblica cristallizzato nell'ultimo provvedimento amministrativo, ha sanzionato la violazione della correttezza del contegno tenuto dall'ente pubblico durante la fase delle trattative e della formazione del contratto, affermando l'invocabilità dell'art. 1337 anche qualora vi fosse stata la stipulazione del contratto⁴⁵.

Non sono, tuttavia, mancate pronunce che, anche a seguito del riconoscimento della risarcibilità della lesione dell'interesse legittimo, hanno negato la responsabilità civile della pubblica amministrazione per i danni subiti dal contraente a causa dell'annullamento di un bando di gara illegittimo. Il Consiglio di Stato, in alcuni casi, ha affermato che le specifiche ragioni di pubblico interesse si configurano come «necessariamente preminenti» su quelle fatte valere dal privato ed ha qualificato i principi di buona fede e correttezza come «parametri propri ed esclusivi della autonomia privata» che «risultano di per sé speculari al potere riconosciuto al solo giudice civile di intervenire sul regolamento di

⁴³ Cons. Stato sez. IV, 19 marzo 2003, n. 1457, in *Urbanistica e appalti*, 2003, 8, 943 nota di G.M. RACCA, *Comportamento scorretto, atto legittimo e responsabilità della pubblica amministrazione*; T.A.R. Veneto sez. I, 31 marzo 2003, n. 2173, in *Giornale Dir. Amm.*, 2003, 9, 939, con nota di A. BARTOLINI, *Il risarcimento da attività amministrativa tra inadempimento, responsabilità precontrattuale e danno da contatto*.

⁴⁴ S. VINTI, *Limiti funzionali all'autonomia negoziale della pubblica amministrazione nell'appalto di opere pubbliche*, cit., 134 – 135.

⁴⁵ Cons. Stato sez. VI, 02 settembre 2011, n. 4921, in *Foro amm. Cons. Stato*, 2011, 9, 2811; Cons. Stato sez. IV, 20 febbraio 2014, n. 790, in *Danno e Resp.*, 2014, 5, 552, con nota di G. GINA, *La responsabilità precontrattuale della P.A. è "da comportamento"*.

interessi posto in essere tra i contraenti o che gli stessi avrebbero dovuto porre in essere, al fine di valutare la misura entro cui la relativa disciplina è meritevole di protezione da parte dell'ordinamento positivo. Buona fede e correttezza, in altri termini, sono parametri di comportamento dei soggetti privati alla cui stregua il giudice ordinario risolve i conflitti inter soggetti nascenti dal loro mancato rispetto»⁴⁶. In tale prospettiva, l'applicazione dei principi di diritto comune è stato ritenuto incompatibile con il modello di sindacato tipico del giudice amministrativo, volto ad un controllo di legalità delle modalità di svolgimento dell'attività amministrativa in conformità ai principi costituzionali di imparzialità e buon andamento, sfociante nell'eventuale annullamento dell'atto⁴⁷.

Inoltre, come ricordato dalla Sezione remittente che ha portato alla pronuncia dell'Adunanza Plenaria n. 5 del 2018, una parte della giurisprudenza tendeva ad escludere la responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione con riguardo alla fase anteriore alla scelta del contraente, argomentando nel senso che, nella fase precedente alla sua individuazione, gli aspiranti alla posizione di contraenti sono meri partecipanti ad una gara e possono vantare solo un interesse legittimo al corretto esercizio dei poteri della pubblica amministrazione, ma non un diritto risarcitorio⁴⁸. Tale orientamento distingueva il profilo della correttezza del comportamento precontrattuale dell'amministrazione da quello della corretta ponderazione dell'interesse pubblico allo svolgimento della gara, negando rilevanza al primo qualora il secondo fosse stato ritenuto legittimo. L'ordinanza di rimessione ha aderito a tale impostazione, qualificando il bando di gara alla stregua di un'offerta al pubblico, rivolta ad una generalità indeterminata di destinatari ai sensi dell'art. 1336 c.c., ovvero come proposta di contratto in *incertam personam*, in ragione della peculiarità di essere subordinata al superamento di una procedura di evidenza pubblica, all'esito della quale è individuato un unico contraente. Pertanto, la fase

⁴⁶ Cons. Stato sez. V, 18 novembre 2002, n. 6389, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 1240, con nota di B. LUBRANO, *Risarcimento del danno e violazione dei doveri di buona fede*; in *Giur. It.*, 2003, 4; in *Urbanistica e Appalti*, 2003, 5, 566, con nota di R. CARANTA, *Attività contrattuale della pubblica amministrazione, buona fede e tutela dell'affidamento*.

⁴⁷ Il Consiglio di Stato ha così annullato la sentenza del Tar che aveva individuato i principi di buona fede e di tutela dell'affidamento come limite insuperabile alla discrezionalità dell'amministrazione nell'individuazione del contraente e nella successiva conclusione dell'accordo e ne aveva tratto la conseguenza che, sebbene l'annullamento del bando a seguito dell'aggiudicazione provvisoria fosse legittimo, era configurabile una responsabilità precontrattuale dell'amministrazione. Cons. Stato sez. V, 18 novembre 2002, n. 6389, cit.,

⁴⁸ Si vedano, tra le molte, Cons. Stato sez. V, 21 agosto 2014, n. 4272; Cons. Stato sez. V, 21 aprile 2016, n. 1599.

pubblicistica della procedura di gara non è stata considerata una “trattativa”, bensì una semplice competizione intercorrente fra gli operatori economici volta ad identificare il migliore offerente, regolata interamente e unicamente da regole pubblicistiche⁴⁹.

L'Adunanza Plenaria, nel maggio 2018, ha preso posizione in senso opposto su tale aspetto, chiarendo che la portata degli obblighi di buona fede e correttezza della P.A. si estende a tutte le fasi, anteriori o successive all'individuazione del contraente ed all'adozione del bando di gara. Il Collegio ha evidenziato come, argomentando diversamente, si creerebbero «a favore del soggetto pubblico “zone franche” di responsabilità, introducendo in via pretoria un regime “speciale” e “privilegiato”, che si porrebbe in significativo contrasto con i principi generali dell'ordinamento civile e con la chiara tendenza al progressivo ampliamento dei doveri di correttezza emergente dal percorso giurisprudenziale e normativo di cui si è dato atto»⁵⁰.

Per giungere a tali conclusioni, il Consiglio di Stato ha compiuto un'ampia ricostruzione delle previsioni codicistiche in materia di responsabilità precontrattuale, a partire dall'originaria funzione del dovere di correttezza rivolto ad entrambi i soggetti del rapporto obbligatorio, introdotto con il codice civile del 1942⁵¹ ed ancorato ai principi della solidarietà corporativa⁵². La pronuncia ha poi richiamato le teorie che, a partire dagli anni Sessanta, hanno riletto i doveri di correttezza alla luce dei

⁴⁹ Cons. Stato 24 novembre 2017 n.5491.

⁵⁰ Cons. Stato, Ad. Plen., 04 maggio 2018, n.5, cit., punto 44.

⁵¹ Nel codice Pisanelli del 1865 la buona fede era contemplata esclusivamente in una norma sull'esecuzione dei contratti ed accostata al concetto di equità. Nella vigenza del precedente codice civile, la dottrina e la giurisprudenza maggioritarie, influenzate dalle concezioni soggettivistiche del negozio giuridico della pandettistica tedesca, tendevano a svuotarla di significato, attribuendole la funzione di «supporto storico-culturale del richiamo all'equità, agli usi ed alla legge quali elementi integrativi (questi soltanto) del contenuto dell'obbligazione» (M. BESSONE, A. D'ANGELO, *Buona fede*, in *Enc. Giur.*, V, Roma, 1988, 1 – 8).

⁵² L'inciso «in relazione ai principi della solidarietà corporativa» è stato abrogato dall'art. 3, D. Lgs. Lgt. 14 settembre 1944, n. 287, recante provvedimenti relativi alla riforma della legislazione civile. Sulla formulazione retorica e demagogica della nozione di correttezza nel codice del 1942 si veda A. DI MAJO, *Correttezza e buona fede nel codice*, , sub *Art. 1175, Delle obbligazioni in generale: art. 1173-1176*, in F. GALGANO (a cura di), *Commentario c.c. Scialoja-Branca*, Bologna, 1988, 4, 285. Sulla permanenza in vigore del principio a seguito della fine del regime corporativo si veda S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto* (1969), ristampa integrata, Milano, 2004, 124 – 131. Sul significato della previsione codicistica si veda la Relazione del Ministro Guardasigilli Grandi al Codice Civile del 1942, punto 558, 116. Si vedano sul punto, altresì, V. CARBONE, *Comportamento secondo correttezza, sub art. 1175*, in V. CUFFARO, *Commentario c.c. - Delle Obbligazioni, Artt. 1173-1217*, Torino, 2012.

principi costituzionali e, in particolare, al principio enunciato nell'articolo 2 della Costituzione, sostenendo il necessario abbandono delle convinzioni individualistiche, sostituite dal dovere di solidarietà sociale che incombe su entrambe le parti nel sistema dei valori costituzionali⁵³. La sentenza ha desunto l'ampiezza dell'attuale portata del principio di correttezza rispetto all'azione amministrativa da numerosi indicatori derivanti dalla giurisprudenza ordinaria in materia di responsabilità precontrattuale in capo a soggetti ulteriori alle sole parti di una trattativa in senso stretto, nonché da alcuni recenti interventi normativi in materia di attività amministrativa⁵⁴. La sentenza in esame, infatti, ha definitivamente sancito che i principi di diritto comune si applicano anche all'attività autoritativa dell'amministrazione. Muovendo da queste osservazioni generali, la pronuncia ha costituito un'importante occasione per porre in luce alcuni nodi centrali in materia di responsabilità civile dell'amministrazione pubblica.

⁵³ La suddetta tesi ha ridimensionato la portata del principio dell'intangibilità dell'autonomia contrattuale, che escludeva ogni forma di eterointegrazione dello statuto negoziale. L'espansione del ruolo delle clausole generali, in particolare dei canoni di buona fede e correttezza, interpretati come espressione del dovere di solidarietà sociale enunciato in Costituzione e strumento di riequilibrio delle posizioni contrattuali, ha accresciuto l'incidenza dei controlli sull'autonomia negoziale oltre il sindacato di liceità della causa e di meritevolezza dell'interesse, ancorando la libertà di scelta nel comportamento tra privati ai fondamenti etico-sociali di tutto l'ordinamento, pur nell'ambito segnato dalle norme positive. Per tutti, si veda, S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto* (1969), ristampa integrata, Milano, 2004, *passim*. È stato affermato che «le norme costituzionali che tutelano i valori dell'individuo, nei suoi attributi essenziali, e in particolare nell'affermazione della sua libertà, in tutte le sue manifestazioni che sono coerenti al suo impegno sociale, che garantiscono le comunità intermedie nelle quali la personalità dell'individuo si svolge e si potenzia, che hanno riguardo alle varie forme dell'attività umana e agli interessi patrimoniali che vi sono connessi (...) costituiscono, pur con i limiti (...) che nello spirito della costituzione vogliono essere l'espressione delle superiori esigenze di solidarietà sociale, un sistema protettivo che dall'esterno permette di individuare i confini attuali del diritto civile e il suo essenziale contenuto» (R. NICOLÒ, *Diritto civile*, in *Enc. Dir.*, Milano, XII, 1964, 908). Sul rapporto tra autonomia privata, potere negoziale ed il suo statuto costituzionale si veda M. ESPOSITO, *Profili costituzionali dell'autonomia privata*, Padova, 2003. Si veda, altresì, F. MACARIO, *Autonomia privata (profili costituzionali)*, in *Enc. Dir.*, Annali VIII, 2015, 61 – 97.

⁵⁴ Tra gli elementi per avvalorare la tesi dell'applicabilità dei doveri di correttezza all'attività amministrativa procedimentalizzata, la Plenaria ha evidenziato: il richiamo ai principi del diritto europeo, che include il principio del legittimo affidamento, da parte dell'art. 1 della legge 7 agosto 1990, n. 241; la legge n.124 del 2015 che ha introdotto limiti più stringenti al potere di autotutela proprio per proteggere l'affidamento del privato; l'articolo 10 dello Statuto del Contribuente approvato con la legge 212 del 2000; l'art. 2-bis, comma 1 della legge 241 del 1990 che ha previsto il risarcimento del danno da mero ritardo.

4. La violazione da parte della P.A. delle regole di comportamento e la responsabilità da contatto sociale qualificato

Tra gli spunti di riflessione di maggiore interesse forniti dalla Plenaria, emerge, in primo luogo, il riferimento alla teoria del contatto sociale qualificato, menzionata dal Consiglio di Stato al solo fine di evidenziarne «il merito di avere messo bene in luce il legame esistente tra l'ambito e il contenuto dei doveri di protezione e correttezza, da un lato, e il grado di intensità del momento relazionale e del conseguente affidamento da questo ingenerato, dall'altro»⁵⁵.

La teoria del contatto sociale trova le sue radici nella dottrina tedesca sulla struttura complessa del rapporto obbligatorio secondo cui, in estrema sintesi, all'obbligo primario di prestazione si affiancano una serie di obblighi accessori, positivi e negativi, volti a garantire il conseguimento del risultato cui è orientato il rapporto⁵⁶. Tra questi, un ruolo centrale è stato assunto dai cosiddetti obblighi di protezione, discendenti dal dovere di buona fede e correttezza, la cui teorizzazione ha preso le mosse proprio dalla teoria del rapporto precontrattuale, a sua volta sviluppatasi a partire dall'elaborazione della nozione jheringiana di *culpa in contrahendo*⁵⁷.

Nell'ordinamento italiano, la previsione di cui all'art. 1337 c.c., secondo la quale «le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede» è stata interpretata nel senso di costituire in capo ai contraenti obbligazioni discendenti direttamente dal dovere di buona fede ed ha introdotto nell'ordinamento italiano un modello di responsabilità che prescinde dall'invalidità del contratto⁵⁸. Muovendo dalla funzione integrativa dell'obbligo di correttezza

⁵⁵ Cons. Stato, Ad. Plen. 4 maggio 2018 n. 5, punto 24.

⁵⁶ Per una ricostruzione della dottrina e giurisprudenza tedesca sul tema si veda A. DI MAJO, *Correttezza e buona fede nel codice*, cit., 305 e ss. C. CASTRONOVO, *Vaga culpa in contrahendo: invalidità responsabilità e la ricerca della chance perduta*, in *Europa e dir. priv.*, 2010, 1, 1 – 47. Si veda, altresì, F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, Torino, 2015, 172 e ss.

⁵⁷ R. VON JHERING, *Della culpa in contrahendo, ossia Del risarcimento del danno nei contratti nulli o non giunti a perfezione (1861)*, traduzione dal tedesco e nota di lettura di F. PROCCHI, Napoli, 2005. Si vedano, in proposito, M. MUSY, *Responsabilità precontrattuale (culpa in contrahendo)*, in *Dig. It., Disc. Priv.*, IV ed., XVI, Torino, 1997; C. CASTRONOVO, *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, in *Europa e dir. priv.*, 2009, 3, 679; ID., *Vaga culpa in contrahendo: invalidità responsabilità e la ricerca della chance perduta*, in *Europa e dir. priv.*, 2010, 1, 1.

⁵⁸ C. CASTRONOVO, *Vaga culpa in contrahendo: invalidità responsabilità e la ricerca della chance perduta*, in *Europa e dir. priv.*, 2010, 1, 4. La dottrina si era opposta da tempo alla

delle trattative precontrattuali, sono state recepite in Italia le teorie sorte nell'ordinamento tedesco sugli obblighi accessori di prestazione ed è stata elaborata la teoria dell'obbligazione senza prestazione⁵⁹. Da tale ricostruzione, è stata tratta la conseguenza che la responsabilità che accompagna qualsiasi rapporto obbligatorio, designata impropriamente come responsabilità contrattuale⁶⁰, non tutela solo l'interesse positivo del creditore all'adempimento della prestazione del debitore, ma anche il parallelo interesse negativo di protezione, che sussiste in capo ad ognuna delle parti del rapporto per effetto della speciale relazione tra esse aperta, a che non siano pregiudicati dal comportamento della controparte la sicurezza e l'integrità dei propri beni⁶¹. In tal senso, «la buona fede esprime il principio della solidarietà contrattuale e si specifica nei due fondamentali aspetti

giurisprudenza della Cassazione che escludeva la responsabilità precontrattuale in presenza di un contratto valido, Cass. Civ. 5 maggio 1955, n. 1259, in *Riv. dir. comm.*, 1956, II, 273 – 277, con nota di L. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*.

⁵⁹ F. CARUSI, *Correttezza (obblighi di)*, in *Enc. Dir.*, V, Milano, 1962, 712. Si vedano, sul tema, C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in *Jus*, 1976, 123; ID. *Problema e sistema nel danno da prodotti*, Milano, 1979, 264; ID. *L'obbligazione senza prestazione. Ai confini tra contratto e torto, Le ragioni del diritto*, in *Scritti in onore di Luigi Mengoni*, I, Milano, 1995, 147 e ss.; ID., *Responsabilità civile per la Pubblica Amministrazione*, in *Jus*, 1998, 647; ID. *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, in *Europa e Dir. Priv.*, 2009, 3, 679; ID., *Vaga culpa in contrahendo: invalidità responsabilità e la ricerca della chance perduta*, in *Europa e dir. priv.*, 2010, 1, 1 – 47; ID., *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale*, in *Europa e Dir. Priv.*, 2011, 1, 55. Sull'evoluzione dottrinale in materia di responsabilità precontrattuale si veda V. CUFFARO, *Responsabilità precontrattuale*, in *Enc. Dir.* XXXIX, 1988. La nozione di responsabilità da contatto sociale è stata accolta dalla Cassazione in una sentenza di poco precedente alla storica sentenza delle Sezioni Unite n. 500 del 22 luglio 1999, con la quale si è fondata la responsabilità professionale di un medico dipendente dal servizio sanitario sull'obbligazione senza prestazione derivante dal rapporto con il paziente quale fonte atipica delle obbligazioni ex art. 1173 c.c. Si veda Cass. Civ. sez. III, 22 gennaio 1999 n. 589, in *Corr. giur.*, 1999, 4, 441 - 451, con commento di A. DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*. Per le ricostruzioni critiche della giurisprudenza civile e amministrativa sulla responsabilità da contatto sociale si vedano A. GALATI, *Il contatto sociale nel contesto delle fonti di obbligazione: considerazioni su contatto qualificato e art. 1173 c.c.*, in *Danno e Resp.*, 2012, 10, 933; A. ZACCARIA, *Der Aufhaltsame Aufstieg des Sozialen Kontakts (la resistibile ascesa del "contatto sociale")*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2013, 1, 77.

⁶⁰ La responsabilità cosiddetta "contrattuale" è stata definita come «responsabilità per l'inadempimento di un'obbligazione preesistente, quale che sia la fonte; è tale anche la responsabilità per inadempimento di un'obbligazione da fatto illecito, in quanto non siano stati risarciti i danni da questo prodotti» (L. MENGONI, *Responsabilità contrattuale (diritto vigente)*, in *Enc. Dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 1072).

⁶¹ F. CARUSI, *Correttezza (obblighi di)*, in *Enc. Dir.*, V, Milano, 1962, 712.

della lealtà e della salvaguardia»⁶². Sia all'aspetto del comportamento leale, sia a quello di salvaguardia dell'utilità altrui nei limiti di un apprezzabile sacrificio, sono stati ricondotti gli obblighi tipici nei quali si specifica la buona fede precontrattuale. In particolare, tra gli obblighi legati alla lealtà, sono stati individuati i doveri di informazione, di chiarezza e di segreto sulle notizie riservate, mentre tra quelli derivanti dal dovere di salvaguardia sono stati ricompresi l'obbligo del compimento degli atti necessari per la validità ed efficacia del contratto⁶³.

4.1. *La teoria del contatto sociale e le sue ripercussioni in materia di responsabilità civile della P.A.*

Le suddette tesi, come ricordato dall'Adunanza Plenaria, hanno prodotto un importante impatto in tema di responsabilità civile della pubblica amministrazione, ancorando al contatto sociale che si instaura con il cittadino la presenza di obblighi accessori di protezione affianco al dovere della pubblica amministrazione di perseguire l'interesse pubblico nel rispetto della legalità⁶⁴. La sentenza n. 5 del 2018, tuttavia, ha omissis di assumere un'esplicita posizione in merito alla dibattuta natura – da inadempimento ovvero aquiliana – della responsabilità scaturente dalla violazione dai suddetti obblighi.

Tale questione è stata oggetto di un vivo dibattito giurisprudenziale e dottrinale. Invero, una delle maggiori difficoltà applicative del modello aquiliano alla responsabilità civile della P.A. deriva dal fatto che la responsabilità extracontrattuale è tradizionalmente configurata presupponendo l'assenza di un previo rapporto tra il danneggiato ed il danneggiante. La dottrina civilistica ha distinto questo tipo di responsabilità, costitutiva *ex novo* di un'obbligazione, dalla tutela apprestata nell'ambito di una relazione tra la vittima e il responsabile, preesistente al verificarsi dell'evento dannoso, legata ad un rischio specifico di danno creato dalla particolare relazione che si è in precedenza instaurata tra due soggetti⁶⁵. È stato osservato che l'ammini-

⁶² C. M. BIANCA, *Diritto civile* (1984), ristampa Milano 1995, 166.

⁶³ *Ibid.* 166 – 170.

⁶⁴ Per una delle prime teorizzazioni della responsabilità della P.A. da contatto sociale qualificato si veda C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile per la Pubblica Amministrazione*, in *Jus*, 1998, 654.

⁶⁵ C. SALVI, *Responsabilità extracontrattuale (dir. vig.)*, cit., 1185 – 1265. Si veda anche L. MENGONI, *Responsabilità contrattuale (diritto vigente)*, in *Enc. Dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 1072, dove si afferma: «la responsabilità extracontrattuale è un'obbligazione che

strazione, anche nei casi nei quali non può configurarsi come vera e propria «parte» di uno specifico rapporto, occupa una posizione in seno alla società che di per sé genera un affidamento in capo ai cittadini e che la obbliga a tenere un comportamento che salvaguardi le esigenze di terzi⁶⁶. È stato quindi ritenuto che, *a fortiori*, nell'ambito del procedimento amministrativo, si crea una relazione qualificata tra P.A. e cittadino che implica il dovere per entrambe le parti di comportarsi secondo le regole della correttezza.

Parte della dottrina, avallata da una minoritaria corrente giurisprudenziale, ha ricondotto la responsabilità civile della P.A. ad una responsabilità da rapporto o da contatto sociale qualificato, riconducibile alla responsabilità per inadempimento⁶⁷. La tesi ha preso le mosse dall'elaborazione della dottrina civilistica che ha ipotizzato l'applicabilità, nell'ambito della relazione tra cittadino e P.A., della categoria delle obbligazioni senza obbligo primario di prestazione, espressione coniata per qualificare quelle situazioni nelle quali sorge un affidamento fondato su un rapporto tra soggetti che, ancorché privo di prestazione, costituisce fonte di obblighi di conservazione

si costituisce ex novo, la responsabilità contrattuale nasce all'interno di un rapporto obbligatorio già costituito, nel quale inserisce un obbligo di risarcimento del danno in luogo del, o accanto al, dovere primario di prestazione, rendendo attuale il vincolo del patrimonio del debitore a garanzia dell'adempimento (art. 2740 c.c.)».

⁶⁶ Per tale osservazione si veda E. CASSETTA, *Buona fede e diritto amministrativo*, cit., 380.

⁶⁷ La dottrina sulla responsabilità da contatto della P.A. è molto vasta. Si vedano, senza pretese di esaustività, C. CASTRONOVO, *Responsabilità civile per la Pubblica Amministrazione*, in *Jus*, 1998, 647; ID., *L'interesse legittimo varca la frontiera della responsabilità civile*, in *Europa e Dir. Priv.*, 1999, 1268; ID., *La «civilizzazione» della pubblica amministrazione*, in *Europa e Dir. Priv.*, 2013, 3, 637; M. PROTTO, *La responsabilità della P.A. per lesione di interessi legittimi come responsabilità da contatto amministrativo*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2001, 1, 213; A. TRAVI, *Tutela risarcitoria e giudice amministrativo*, in *Dir. Amm.*, 2001, 20; G.P. CIRILLO, *Il danno da illegittimità dell'azione amministrativa e il giudizio risarcitorio*, cit.; M. RENNA, *Obblighi procedurali e responsabilità dell'amministrazione*, cit., 557 – 584; A. ZITO, *La natura della responsabilità per i danni derivanti dalla lesione degli interessi legittimi: il dibattito in corso e qualche considerazione critica*, in *Verso un'amministrazione responsabile*, Milano, 2005, 351 - 386; G. POLI, *Potere pubblico, rapporto amministrativo e responsabilità della P.A. L'interesse legittimo ritrovato*, Torino, 2012, 74 – 86; V. CARBONE *Obbligazioni ex lege e responsabilità da inadempimento*, in *Corr. giur.*, 2014, 2, 165. In senso contrario alla riconduzione della responsabilità della P.A. alla nozione di responsabilità da contatto G. FALCON, *La responsabilità dell'amministrazione e il potere amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2009, 2, 241; R. CHIEPPA, *Viaggio di andata e ritorno dalle fattispecie di responsabilità della pubblica amministrazione alla natura della responsabilità per i danni arrecati nell'esercizio dell'attività amministrativa*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2003, 3, 683; L. DE LUCIA, *Procedimento amministrativo e interessi materiali*, in *Dir. Amm.*, 2005, 1, 87 – 178; F. CORTESE, *Dal danno da provvedimento illegittimo al risarcimento degli interessi legittimi? la «nuova» responsabilità della P.A. al vaglio del giudice amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2012, 3, 968.

della sfera giuridica altrui. Il criterio della correttezza ha assunto, così, il ruolo di rivalutazione delle posizioni nell'ambito di preesistente un rapporto obbligatorio che, indipendentemente dalla relativa fonte (ex art. 1173 c.c.), implichi una relazione particolare tra le parti⁶⁸, idonea a suscitare un reciproco affidamento che crea una serie di obblighi giuridici di «cornice» o obblighi di protezione, insiti nel rischio della relazione stessa e indipendenti dalle sorti dell'obbligazione principale⁶⁹.

Negli studi di diritto amministrativo, l'approfondimento dottrinale sul tema dell'affidamento nel diritto pubblico ha evidenziato, sin dagli anni Settanta, che la buona fede, quale regola di comportamento qualificante l'abuso del diritto, è prevista in ipotesi nelle quali «non è configurabile, né un negozio bilaterale, né un rapporto giuridico vero e proprio, ma al più un generico “contatto sociale”, che certamente non manca neppure fra la pubblica amministrazione e il destinatario di un provvedimento amministrativo»⁷⁰. Più avanti, è stata individuata «l'esistenza di un contatto amministrazione – privato che non si esaurisce nel noto momento di sintesi autorità – libertà, costituita e espressa dall'atto amministrativo, ma si prolunga nel tempo prima e oltre quel momento (...) una relazione stabile fra amministrazione e cittadino, [un] rapporto amministrativo perché non si saprebbe come definire altrimenti questo contatto durevole in cui si manifestano, da una

⁶⁸ L. MENGONI, *Responsabilità contrattuale* (diritto vigente), cit., 1072.

⁶⁹ F. CARUSI, *Correttezza (obblighi di)*, cit., 710. In questa prospettiva, la buona fede (quale espressione della solidarietà sociale costituzionalmente tutelata) comporta, accanto ai doveri negativi di non suscitare falsi affidamenti nella controparte, obblighi positivi di salvaguardia, consistenti nel preservare gli interessi della controparte al di là degli obblighi contrattualmente assunti e del generico dovere di *neminem laedere*. Si veda sul punto C. M. BIANCA, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1983, I, 209. Una parte della dottrina civilistica ha criticato l'idea di una trasposizione nell'ordinamento italiano delle teorie elaborate dalla dottrina tedesca sugli obblighi accessori di prestazione, interpretando la buona fede non come generico dovere, fonte di obblighi integrativi, bensì come metro oggettivo ed elastico di valutazione a posteriori che consente al giudice di collegare le disposizioni puntuali ai fondamenti etico-sociali di tutto l'ordinamento, ai fini del sindacato sulla legittimità di ogni comportamento giuridicamente rilevante dei soggetti. Secondo tale impostazione, i doveri di correttezza costituiscono specificazioni ricavabili dalla natura della prestazione, ovvero limiti formali all'esercizio di un diritto espressamente previsti da disposizioni normative ispirate al principio di correttezza. Si vedano, in tal senso, U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio e la valutazione del comportamento delle parti secondo le regole della correttezza*, cit., 669 – 691; L. BIGLIAZZI GERI, *Buona fede nel diritto civile*, cit., 159 e ss.

⁷⁰ F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico: dagli anni Trenta all'alternanza*, cit., 140.

parte e dall'altra, poteri, soggezioni, oneri, aspettative, ecc.»⁷¹.

4.2. *La teoria del contatto sociale e le posizioni giuridiche soggettive lese dall'azione amministrativa*

Nella dottrina più recente, il tema del contatto sociale si è inserito nell'ambito dell'ampio dibattito dottrinale sulla qualificazione delle posizioni giuridiche dei soggetti coinvolti nel procedimento⁷². L'Adunanza Plenaria ha qualificato la posizione giuridica soggettiva lesa dallo svolgimento dell'attività autoritativa dell'amministrazione in violazione delle regole di correttezza come «diritto soggettivo di autodeterminarsi liberamente nei rapporti negoziali»⁷³, in apparente adesione ad una nota posizione dottrinale che, sin dai primi riconoscimenti normativi della tutela risarcitoria in materia di appalti pubblici, ha qualificato come diritti soggettivi le posizioni giuridiche lese in tale ambito⁷⁴. Nondimeno, da tale affermazione, il Collegio non ha tratto conseguenze in relazione alla qualificazione della responsabilità

⁷¹ M. NIGRO, *Ma che cos'è questo interesse legittimo? Interrogativi vecchi e nuovi spunti di riflessione*, in *Foro It.* 1987, V, 469.

⁷² Sul tema, la dottrina è molto vasta. Si vedano, senza pretese di esaustività, A. MANTERO, *Le situazioni favorevoli del privato nel rapporto amministrativo*, Padova, Cedam, 1979; M. CLARICH, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Torino, 1995; F. FIGORILLI, *Il contraddittorio nel procedimento amministrativo*, Napoli, 1996; A. PUBUSA, *Diritti dei cittadini e pubblica amministrazione*, Torino, 1996; A. ZITO, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, 1996; G. P. CIRILLO, *Il danno da illegittimità dell'azione amministrativa e il giudizio risarcitorio*, cit.; V. CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, Torino, 2002; L. DE LUCIA, *Procedimento amministrativo e interessi materiali*, in *Dir. Amm.*, 2005, 1, 87 – 178; M. RENNA, *Obblighi procedurali e responsabilità dell'amministrazione*, in *Dir. Amm.* 2005, 3, 557 – 584; S. TARULLO, *Il divieto di aggravamento del procedimento amministrativo quale dovere codificato di correttezza amministrativa*, in *Dir. Amm.*, 2008, 2, 452; A. TRAVI, *Introduzione a un colloquio sull'interesse legittimo (in ricordo di Umberto Pototschnig)*, in *Dir. Amm.*, 2013, 1 – 2, 1 – 15, ora in *Colloquio sull'interesse legittimo, Atti del convegno in memoria di Umberto Pototschnig*, Milano 19 aprile 2013, Napoli, 2014, 11 – 22; G. GRECO, *Il rapporto amministrativo e le vicende della posizione del cittadino*, in *Dir. Amm.*, 2014, 4, 585 – 627.

⁷³ Cons. Stato, Ad. Plen. 4 maggio 2018 n. 5, punto 32.

⁷⁴ A. ROMANO, *Sulla pretesa risarcibilità degli interessi legittimi: se sono risarcibili, sono diritti soggettivi*, in *Dir. Amm.*, 1998, 1, 1 – 26, dove si è sostenuto che «quello della risarcibilità degli interessi legittimi è un falso problema: perché con la sua soluzione positiva si pretende di raggiungere un risultato, l'ampliamento dell'area delle situazioni individuali la cui lesione sia risarcibile, che può benissimo essere ottenuto per altre vie. Che deve essere ottenuto per altre vie: perché è tratto essenziale della nozione di interesse legittimo, la sua irrisarcibilità» (Ibid., 22).

nell'ambito aquiliano, ovvero da inadempimento, ma solo la sussistenza di una responsabilità da comportamento scorretto, indipendentemente dalla legittimità del provvedimento amministrativo.

Sul punto, le posizioni dottrinali sono molteplici e variegate, ma possono essere ricondotte a due orientamenti generali. Un filone dottrinale ha ricondotto le pretese procedimentali del cittadino ad uno schema diritto-obbligo, distinguendole dalle pretese «sostanziali» che attengono alla ragionevolezza della decisione e al conseguimento del bene della vita, tutelabili come interessi legittimi⁷⁵. In questa prospettiva, la pretesa di legittimità formale è stata ricondotta ad «un interesse, di carattere non economico, al rispetto della persona», configurabile nel diritto pubblico e derivante dal fatto che «la pubblica amministrazione deve produrre non soltanto decisioni intrinsecamente corrette, ma anche fiducia e consenso sociale intorno a se stessa ed alla propria azione ed a tal fine l'instaurazione di un rapporto di formale correttezza con il cittadino assume un'importanza

⁷⁵ Il procedimento è stato identificato come fenomeno complesso, comprensivo di una fase procedimentale in senso stretto, deputata a fissare un contenuto della decisione, e di una fase provvedimentale che attribuisce ad essa realtà giuridica, le quali presentano punti di collegamento e contatto. Nella fase procedimentale, parte della dottrina ha distinto tra le regole procedurali, la cui violazione implica effetti giuridici sul piano del rapporto tra P.A. e privati secondo lo schema diritto-obbligo, e regole sostanziali, che attengono alla ragionevolezza della decisione, la cui violazione incide sulla legittimità del provvedimento. In tale schema emergono due tipi di pretese del cittadino nell'ambito del procedimento, le quali possono coesistere in capo al medesimo soggetto: una pretesa alla legittimità sostanziale della decisione, tutelabile come interesse legittimo, ed una pretesa alla legittimità procedurale, riconducibile ad un diritto soggettivo, tutelabile nelle forme previste dalla legge, che tende ad un'utilità economica nettamente distinta dall'interesse materiale protetto nell'interesse legittimo. Si veda, sul punto, A. ZITTO, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, cit., 121 – 160. Tale tesi è stata condivisa da un successivo studio che ha criticato la tendenza ad una riconduzione unitaria delle situazioni giuridiche soggettive del cittadino, indipendentemente dalla figura nell'ambito della quale essa si voglia condurre, ritenendo che essa implichi una necessaria compressione della dimensione giuridica del soggetto. Le «molteplici e multiformi esigenze di protezione» del privato, secondo questa ricostruzione, non possono essere soddisfatte in una concezione unitaria ed oggettiva della tutela. Tuttavia, è stata rifiutata la riconducibilità della pretesa di legittimità formale ad un interesse economico e si è affermato che, a base del «diritto di partecipazione», sussiste un «interesse, di carattere non economico, al rispetto della persona» (A. ROMANO TASSONE, *Situazioni giuridiche soggettive (Dir. Amm.)*, in *Enc. Dir. Agg.* II, Milano, 1998, 985). Sono state, altresì, distinte le posizioni dottrinali che hanno ricondotto l'interesse legittimo ad una pretesa «strumentale» all'esercizio legittimo del potere amministrativo da quelle che l'hanno inquadrato come pretesa «finale», all'acquisizione o conservazione del bene della vita. Si veda, per questa distinzione, G. GRECO, *Il rapporto amministrativo e le vicende della posizione del cittadino*, cit., 586 – 587.

tutt'altro che secondaria»⁷⁶. Nell'ambito delle garanzie del privato rientrano, in quest'ottica, quei «congegni limitativi e conformativi del potere» posti a tutela non solo della possibilità attuativa dell'interesse materiale di base, ma anche della «intrinseca correttezza dell'esercizio del potere, sganciati dalla prospettiva teleologica della realizzazione dell'interesse materiale che costituisce invece il sostrato dell'interesse legittimo»⁷⁷ e protetti in termini di necessaria (e non meramente possibile) realizzazione, atteso che la violazione delle norme procedurali che li tutelano lede di per sé gli interessi stessi⁷⁸. In quest'ottica, alcune garanzie procedimentali sono state configurate come veri e propri diritti (alla comunicazione di avvio del procedimento, all'accesso agli atti, alla presentazione di memorie scritte e documenti, all'indizione delle conferenze di servizi obbligatorie, all'autocertificazione o ad altre semplificazioni procedurali, alla conclusione del procedimento entro il termine stabilito, a un provvedimento espresso e motivato, alla comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza), volti ad assicurare alle parti del procedimento beni della vita indipendenti dall'esito del procedimento, cui corrispondono relativi obblighi in capo all'amministrazione. Tali diritti sono stati ricondotti da parte della dottrina ai «livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale»⁷⁹, ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett. m), Cost., dotati di rilievo autonomo e volti alla soddisfazione di beni della vita diversi, seppure connessi, a quelli protetti attraverso la situazione soggettiva dell'interesse legittimo. In quest'ottica, una parte della dottrina ha ricondotto il rapporto che si instaura con il

⁷⁶ A. ROMANO TASSONE, *Situazioni giuridiche soggettive (Dir. Amm.)*, cit., 985. L'Autore ha ulteriormente chiarito che l'espressione interesse legittimo «ha finito sovente per indicare, prima e piuttosto che una categoria sostanzialmente omogenea di interessi protetti, una formula che assicura identica tutela giurisdizionale ad interessi per altro verso diversissimi tra di loro, tutela essenzialmente finalizzata, a sua volta, ad un vero e proprio controllo di legittimità dei provvedimenti amministrativi, effettuato tuttavia nelle forme della giurisdizione (e questo spiega perché si preconizzi la «morte» dell'interesse legittimo insieme al giudizio amministrativo di legittimità)».

⁷⁷ A. ROMANO TASSONE, *Funzione amministrativa e diritto privato (il problema delle situazioni giuridiche soggettive)*, cit.

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ Si veda, in tal senso, L. R. PERFETTI, *Pretese procedimentali come diritti fondamentali. Oltre la contrapposizione tra diritto soggettivo ed interesse legittimo*, in *Dir. Proc. Amm.* 3, 2012, 850 – 875. Per una critica alla riconduzione dei principi della legge 241 del 1990 ai livelli essenziali delle prestazioni si veda G. MORBIDELLI, *In tema di art. 29 l. 241/1990 e di principi generali del diritto amministrativo*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, Napoli, 2011, I, 587 – 610, in particolare 594 – 598.

procedimento ad un «contatto sociale» disciplinato da norme specifiche che regolano la condotta dell'amministrazione, tra le quali alcune disposizioni della legge n. 241 del 1990 ed, in particolare, quelle a garanzia della partecipazione, che scaturiscono dal principio di buona fede e sono idonee ad ingenerare un legittimo affidamento del privato⁸⁰.

Altri Autori, al contrario, hanno sottolineato le criticità insite in un eventuale pieno riconoscimento della responsabilità da contatto dell'amministrazione. In particolare, è stata sottolineata la mancata protezione delle situazioni soggettive degli individui lesi dal provvedimento che non abbiano partecipato alla fase procedimentale, e che non siano quindi entrati in «contatto» con l'amministrazione⁸¹. È stato evidenziato il rischio che la scissione tra le posizioni

⁸⁰ In questa prospettiva, il principio di buona fede trova applicazione in tutte le situazioni nelle quali si crea un contatto tra sfere giuridiche, comprese le posizioni di potestà-interesse legittimo, ed implica la nascita di obblighi comportamentali di correttezza che si sostanziano in primo luogo nel soddisfacimento dell'aspettativa al provvedimento positivo richiesto, aspettativa qualificabile giuridicamente come interesse pretensivo e tutelabile, oltre che con l'azione di annullamento per i profili di illegittimità, mediante la categoria della responsabilità precontrattuale. Tale impostazione ha qualificato la buona fede nel diritto amministrativo non come figura di eccesso di potere, bensì come parametro di giudizio, clausola generale che consente al giudice di valutare il comportamento complessivo della P.A. G.P. CIRILLO, *Il danno da illegittimità dell'azione amministrativa e il giudizio risarcitorio*, Padova, 2001, 179 – 188. Si veda, in senso parzialmente simile, S. TARULLO, *Il divieto di aggravamento del procedimento amministrativo quale dovere codificato di correttezza amministrativa*, cit., 437 – 516.

⁸¹ In quest'ottica, si è ritenuto che, sebbene in linea generale sia auspicabile ricondurre la responsabilità della P.A. alla responsabilità per inadempimento ex art. 1218 c.c., le tesi contrattualiste fondate sugli obblighi di buona fede e di correttezza o sugli obblighi di protezione «non dovrebbero essere invocate al cospetto di obblighi procedurali determinati e specifici sanciti dall'ordinamento, perché in questi casi la loro applicazione rischia paradossalmente di indebolire, anziché aumentare o comunque migliorare, la tutela dei diritti procedurali degli amministrati (...) Laddove insomma esista una prestazione procedurale ben individuata dedotta dalla legge all'interno di un rapporto obbligatorio tra amministrazione e parti del procedimento, è in relazione all'inadempimento di tale prestazione che potrà e dovrà essere affermata la responsabilità contrattuale della pubblica amministrazione per i danni causati dal medesimo inadempimento ai soggetti privati venuti in contatto con essa. Tanto più che rispetto alla responsabilità contrattuale ordinaria la responsabilità «contattuale» ha un regime probatorio un po' meno favorevole per i soggetti danneggiati e, soprattutto, implica una diminuzione quantitativa dei danni risarcibili.» (M. RENNA, *Obblighi procedurali e responsabilità dell'amministrazione*, cit., 567). Pertanto, sono state distinte le ipotesi di violazione di disposizioni normative procedurali che non costituiscono pretese immediate in capo ai soggetti privati, ma esprimono esigenze di efficacia ed imparzialità dell'azione amministrativa (come, ad esempio, nei casi di mancata richiesta di un parere obbligatorio o di mancata acquisizione di una valutazione tecnica), da quelle di violazione degli obblighi procedurali puntuali, l'assolvimento dei quali non implica

giuridiche soggettive legate alla legittimità del provvedimento (qualificate come interessi legittimi) e quelle tese al rispetto delle regole di correttezza e buona fede (qualificate come aspettative o diritti soggettivi) porti a sottovalutare le specifiche caratteristiche funzionali delle norme procedurali e a non farsi carico della tutela dei terzi portatori di interessi qualificati, in contrasto con le esigenze di tutela cui è preposto il procedimento⁸². È stato, quindi, negato che il procedimento costituisca il luogo del contatto tra amministrazione e privati dal quale originano obbligazioni in capo alle parti del rapporto. In questa ricostruzione, il contatto avverrebbe non tra sfere materiali, bensì tra sfere procedurali, tutelate e riconosciute dalle norme sul procedimento, «la cui violazione non dà luogo necessariamente e direttamente a lesione della sfera materiale del privato»⁸³.

alcun margine di discrezionalità e ai quali si contrappongono autentici diritti (ad esempio, l'obbligo di comunicare l'avvio del procedimento, di concluderlo entro i termini stabiliti, di comunicare i motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza). Si è osservato che, mentre nel primo caso restano in rilievo interessi legittimi, risarcibili, al pari dei diritti soggettivi, secondo il modello di responsabilità aquiliana, salvi i «tratti di innovatività» concernenti l'estraneità dei soggetti e l'elemento soggettivo, diversamente, nel secondo caso si configura un vero e proprio inadempimento, dal quale discende una responsabilità ex art. 1218 c.c., senza necessità di ricorrere alla figura dell'obbligazione senza prestazione. *Ibid.*, 815

⁸² L. DE LUCIA, *Procedimento amministrativo e interessi materiali*, cit., 96 – 97.

⁸³ L. DE LUCIA, *Procedimento amministrativo e interessi materiali*, cit., 159. Muovendo da tale ricostruzione è stata ritenuta difficilmente applicabile la figura della responsabilità precontrattuale alla responsabilità della P.A. ed è stata negata la risarcibilità (o indennizzabilità) del danno conseguente alla lesione di situazioni procedurali, a prescindere dalla sussistenza di un'effettiva lesione dell'interesse materiale. Secondo questa ricostruzione, la lesione della sfera materiale del privato avviene al di fuori del rapporto con la pubblica amministrazione, in quanto il provvedimento illegittimo lede in via diretta interessi procedurali e solo in via indiretta ed eventuale gli interessi materiali. È stata, pertanto, proposta un'analisi delle norme che disciplinano la responsabilità civile delle parti processuali, per individuare i principi cui adattare la responsabilità civile della P.A. Si veda, sul punto, *Ibid.*, 160. Altri Autori hanno ricondotto i doveri o obblighi comportamentali dell'amministrazione nei confronti dei privati al generale dovere di comportamento dell'amministrazione, indipendentemente dalla relazione specifica istituita dalle stesse parti o dalla legge, distinguendo gli interessi partecipativi – che si configurano come aspettative o facoltà procedurali indifferenziatamente proprie di tutti i partecipanti, in quanto partecipanti, comunque risarcibili – dall'interesse legittimo leso dal provvedimento (dal diniego o dalla mancata adozione del provvedimento). Si veda, in tal senso, G. FALCON, *La responsabilità dell'amministrazione e il potere amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2009, 2, 241, dove si legge: «se l'amministrazione procede in modo irregolare o scorretto – senza che tale irregolarità o scorrettezza abbia a che fare con la direzione del potere, con il possibile risultato decisorio – essa non lede in particolare l'interesse legittimo, ma lede allo stesso modo le situazioni di tutti coloro che partecipano, in quanto connesse alla loro partecipazione».

4.3. *La teoria del contatto sociale nella giurisprudenza*

Nella giurisprudenza amministrativa italiana, la teoria della responsabilità da contatto ha avuto, in un primo momento, un certo seguito, pur con diversi adattamenti. Alcune sentenze hanno qualificato la responsabilità della pubblica amministrazione come responsabilità *sui generis*, ascrivibile alla nozione di responsabilità da «contatto sociale», nella quale emergono profili della responsabilità precontrattuale e della responsabilità per inadempimento di obbligazioni ex 1218 c.c.⁸⁴. La giurisprudenza ha dato conto dell'emersione, superato il limite della tutela meramente demolitoria a fronte dell'esercizio del potere discrezionale della pubblica amministrazione, di un interesse pretensivo legato all'instaurazione di un rapporto procedimentale con l'amministrazione «al cosiddetto "giusto procedimento", che richiede competenza ed efficacia, quali ragionevoli parametri dell'azione amministrativa»⁸⁵, meritevole di tutela autonomamente dalla valutazione sulla spettanza del bene della vita⁸⁶. La giurisprudenza amministrativa affermatasi come maggioritaria, tuttavia, ha teso ad escludere una sovrapposizione tra l'interesse legittimo al rispetto delle norme e dei parametri procedurali ad un diritto soggettivo all'esatto adempimento di un'obbligazione da parte dell'amministrazione. Il giudice amministrativo si è orientato nel senso di ricondurre la responsabilità civile della P.A. nell'ambito dell'illecito aquiliano, pur con alcune deroghe alla sua ordinaria applicazione interpretando le norme di correttezza, tanto nell'interpretazione dell'ingiustizia del danno collegato alla spettanza del bene della vita, quanto nell'elemento soggettivo della colpa, come elementi aggiuntivi all'illegittimità del provvedimento che richiedono una rigorosa dimostrazione da parte del danneggiato⁸⁷.

⁸⁴ In tal senso Cons. Stato sez. V, 6 agosto 2001, n. 4239; sez. VI, 20 gennaio 2003, n. 204; sez. V 2 settembre 2005 n. 4461. Per una ricostruzione della giurisprudenza recente in materia di responsabilità dell'amministrazione si veda M. MACCHIA; A. MOLITERNI (a cura di), *La responsabilità civile della pubblica amministrazione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2014, 12, 1189 – 1198.

⁸⁵ In questi termini si è espressa la sentenza Cons. Stato sez. VI, 31 marzo 2014, n. 1508, cit.

⁸⁶ Si veda in tal senso Cass. Civ. sez. I, 10 gennaio 2003, n. 157, in Foro it., 2003, I, 78.

⁸⁷ Si veda, tra le molte, Cons. Stato sez. IV, 21 febbraio 2017, n. 818 che ha ribadito che «a fronte di poche pronunce che hanno teorizzato la riconducibilità della responsabilità dell'amministrazione all'interno di un paradigma contrattuale da contatto sociale, le soluzioni giurisprudenziali nettamente prevalenti e preferibili anche per ragioni di continuità di disciplina hanno fatto riferimento al paradigma aquiliano sia per il risarcimento del danno causato dal provvedimento dell'amministrazione che per quello cagionato dall'inerzia dell'amministrazione».

Al contrario, la Corte di Cassazione, nelle controversie soggette alla propria giurisdizione, anche di recente, ha qualificato la relazione che viene ad instaurarsi tra il privato e l'amministrazione nel procedimento amministrativo come «contatto sociale qualificato». Nell'ambito di tale contatto, i comportamenti della P.A. lesivi dell'interesse del privato «al bene della vita realizzabile mediante l'intermediazione del procedimento stesso»⁸⁸ sono stati considerati fonte di una responsabilità *sui generis*, non riconducibile al mero modello aquiliano, per la presenza di elementi della responsabilità precontrattuale e della responsabilità per inadempimento delle obbligazioni, alla quale sono state ritenute applicabili le norme in materia di responsabilità contrattuale, concernenti il termine di prescrizione del diritto, l'onere della prova e l'area del danno risarcibile.

Con particolare riferimento alla responsabilità precontrattuale della P.A. riferita a contratti di appalto, la giurisprudenza ordinaria, in un primo momento, ha individuato una figura speciale di responsabilità derivante dalla violazione del dovere di buona fede e correttezza, non qualificabile «né come aquiliana né come contrattuale in senso proprio, sebbene a questa si avvicini poiché consegue al “contatto” tra le parti nella fase procedimentale anteriore alla stipula del contratto»⁸⁹. Successivamente, la Corte di Cassazione è giunta a ritenere che il contatto sociale che si crea

⁸⁸ La Cassazione ha affermato che esiste, accanto alla responsabilità da contratto e da fatto illecito, una terza forma di responsabilità che «si colloca “ai confini tra contratto e torto”, in quanto radicata in un “contatto sociale” tra le parti che, in quanto dà adito ad un reciproco affidamento dei contraenti, è “qualificata” dall’obbligo di “buona fede” e dai correlati “obblighi di informazione e di protezione”, del resto positivamente sanciti dagli artt. 1175, 1375, 1337 e 1338 c.c. Viene, per tale via, ad esistenza la figura di un rapporto obbligatorio connotato, non da obblighi di prestazione, come accade nelle obbligazioni che trovano la loro causa in un contratto, bensì da obblighi di protezione, egualmente riconducibili, sebbene manchi un atto negoziale, ad una responsabilità diversa da quella aquiliana e prossima a quella contrattuale, poichè ancorabili a quei fatti ed atti idonei a produrli, costituente la terza fonte delle obbligazioni menzionata dall’art. 1173 c.c.» (Cass. civ. sez. I, 12 luglio 2016, n. 14188, in *Corr. giur.*, 2016, 12, 1504 con nota di C. CICERO, *La responsabilità (pre)contrattuale come responsabilità da contatto sociale*; in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2016, 11, 1451, con nota di A. IULIANI, *La Cassazione riafferma la natura contrattuale della responsabilità precontrattuale*; in *I Contratti*, 2017, 1, 35, con nota di F. PIRAINO, *La natura contrattuale della responsabilità precontrattuale (ipotesi sull’immunità)*; in *Resp. Civ. e Prev.*, 2016, 6, 1950, con nota di C. SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità precontrattuale e “contatto sociale qualificato”*; in *Diritto & Giustizia*, 2016, 32, 4, con nota di C. COTICELLI, *Prescrizione decennale per la responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*).

⁸⁹ Cass. Civ. sez. I, 21 novembre 2011, n. 24438, in *Giur. It.*, 2012, 12, 2662, con nota di M. RENNA, A. SPEZZATI, *Sulla natura della responsabilità della P.A. per la violazione degli obblighi procedimentali e di correttezza*.

nella fase precontrattuale nei rapporti con la pubblica amministrazione, dove è normativamente imposto un obbligo di comportamento in buona fede, configura una vera e propria fonte di obbligazioni, creando il presupposto per una responsabilità da inadempimento⁹⁰. In alcune recenti pronunce, la Corte di Cassazione ha inquadrato la responsabilità precontrattuale della P.A. nell'ambito della responsabilità «di tipo contrattuale da “contatto sociale qualificato”, inteso come fatto idoneo a produrre obbligazioni, ex art. 1173 c.c., e dal quale derivano, a carico delle parti, non obblighi di prestazione ai sensi dell'art. 1174 c.c., bensì reciproci obblighi di buona fede, di protezione e di informazione, giusta gli artt. 1175 e 1375 c.c.»⁹¹. La Suprema Corte ha affermato che la disposizione sulla responsabilità precontrattuale «delinea completamente la fattispecie sostanziale tutelata, costituita dal rapporto particolare che con la trattativa s'istituisce tra le parti, alle quali è normativamente imposto un obbligo di comportamento in buona fede; una fattispecie, pertanto, ben distinta dalla responsabilità aquiliana ex art. 2043 c.c., in cui la lesione precede l'instaurazione di un qualsiasi rapporto particolare tra le parti»⁹². Dalla qualificazione della responsabilità precontrattuale dell'amministrazione come responsabilità per inadempimento, è stata tratta la conseguenza che il danneggiato non è tenuto a dimostrare l'elemento soggettivo della colpa, ma esclusivamente l'antigiuridicità del comportamento (la violazione dell'obbligo di buona fede) e il danno. Inoltre, è stato applicato il termine decennale di prescrizione sancito dall'art. 2946 c.c.⁹³.

Negli ultimi anni, nel campo della responsabilità precontrattuale in materia di appalti pubblici, si è affermata una maggiore apertura anche da parte del giudice amministrativo nei confronti di un modello di responsabilità civile dell'amministrazione da accertare mediante una

⁹⁰ Cass. Civ. sez. I 20 dicembre 2011, n. 27648, in *Giur. It.*, 2012, 12, con nota di E. FASOLI, *Contatto sociale, dovere di buona fede e fonti delle obbligazioni: una sentenza (quasi) “tedesca”*.

⁹¹ Cass. civ. sez. I, 12 luglio 2016, n. 14188, cit.

⁹² Cass. Civ., sez. I, 21 novembre 2011, n. 24438, in *Giur. It.*, 2012, 12, 2662, con nota di M. RENNA, A. SPEZZATI, *Sulla natura della responsabilità della P.A. per la violazione degli obblighi procedurali e di correttezza*; Cass. Civ. sez. I 20 dicembre 2011 n. 27648, in *Giur. It.*, 2012, 12, con nota di E. FASOLI, *Contatto sociale, dovere di buona fede e fonti delle obbligazioni: una sentenza (quasi) “tedesca”*. Per le osservazioni critiche rispetto a tale ricostruzione si veda F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, cit., 236 – 238.

⁹³ Una parte della dottrina civilistica si è mostrata fortemente critica rispetto alla suddetta posizione giurisprudenziale, affermando che il ruolo dell'art. 1337 c.c. è quello di interpretare l'art. 2043 c.c. «per rendere incontestabile che il danno arrecato con la slealtà precontrattuale è “ingiusto”» (R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, IV ed., Torino, 2016, 1211). Secondo questa tesi, la colpa prevista dalla suddetta norma è di natura extracontrattuale.

valutazione autonoma del rispetto dei principi di diritto comune da parte della P.A. Per quanto concerne i rapporti contrattuali preceduti da procedimenti ad evidenza pubblica, si è consolidato l'orientamento che ha sganciato l'elemento dell'illegittimità del provvedimento da quello della correttezza del comportamento complessivo dell'amministrazione⁹⁴. Nei giudizi relativi a provvedimenti di autotutela di annullamento o revoca degli atti di gara, risulta del tutto maggioritaria la posizione che afferma l'autonomia tra la valutazione dell'illegittimità del provvedimento, da effettuare alla stregua dei principi pubblicistici che disciplinano l'agire autoritativo della pubblica amministrazione, e la valutazione del comportamento precontrattuale, da parametrare sui principi di diritto comune e, segnatamente, sulla buona fede in senso oggettivo ex art. 1337 c.c.⁹⁵. La responsabilità da mancata aggiudicazione è stata così nettamente distinta da quella precontrattuale. È stato affermato che la prima è riconducibile al paradigma generale della responsabilità aquiliana ex art. 2043 c.c., alla stregua dell'inquadramento generale del risarcimento dei danni da illegittimità provvedimentale e richiede, quindi, la prova dell'illegittimità dell'aggiudicazione e del nesso causale tra il vizio di legittimità e la mancata aggiudicazione del concorrente (mentre è stata esclusa la necessaria dimostrazione dell'elemento soggettivo alla luce della giurisprudenza europea sul punto⁹⁶). Diversamente, la responsabilità precontrattuale è stata ricondotta all'art. 1337 c.c. ed è stata associata alla condotta contraria ai principi di buona fede nello svolgimento delle trattative, a prescindere dall'accertamento dell'illegittimità provvedimentale, nonché dall'eventuale diritto all'aggiudicazione. Per una parte della giurisprudenza, tuttavia, permaneva la necessità di dimostrare non solo la presenza di una "trattativa", ma che questa fosse durata sino

⁹⁴ Cons. Stato sez. IV, 19 marzo 2003, n. 1457, cit.; T.A.R. Veneto sez. I, 31 marzo 2003, n. 2173, cit.; Cons. Stato, Ad. plen., 5 settembre 2005, n. 6.

⁹⁵ Si veda, tra le molte, Cons. Stato, sez. VI, 1 febbraio 2013, n. 633, cit.

⁹⁶ Si veda, sul punto, Corte giust. UE, sent. 30 settembre 2010, in C-314/09, Stadt Graz, dove è stato affermato che «la direttiva del Consiglio 21 dicembre 1989, 89/665/CEE, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, come modificata dalla direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, deve essere interpretata nel senso che essa osta ad una normativa nazionale, la quale subordini il diritto ad ottenere un risarcimento a motivo di una violazione della disciplina sugli appalti pubblici da parte di un'amministrazione aggiudicatrice al carattere colpevole di tale violazione, anche nel caso in cui l'applicazione della normativa in questione sia incentrata su una presunzione di colpevolezza in capo all'amministrazione suddetta, nonché sull'impossibilità per quest'ultima di far valere la mancanza di proprie capacità individuali e, dunque, un difetto di imputabilità soggettiva della violazione lamentata».

al punto da risultare idonea a far sorgere nell'altra parte il ragionevole affidamento sulla conclusione del contratto⁹⁷.

Successivamente, una parte della giurisprudenza amministrativa si è allineata alla giurisprudenza ordinaria che ha qualificato la responsabilità precontrattuale come responsabilità da inadempimento degli obblighi di correttezza che sorgono *ex lege* in conseguenza del contatto sociale che si instaura tra le parti nella fase delle trattative⁹⁸. Il Consiglio di Stato ha applicato alla responsabilità precontrattuale della P.A. la disciplina di cui all'articolo 1218 c.c., sollevando il danneggiato dall'onere della prova imposto nella responsabilità aquiliana⁹⁹.

L'Adunanza Plenaria del maggio 2018 non ha ritenuto di assumere una posizione definitiva sul tema. Il Collegio si è espresso nei seguenti termini: «si potrà discutere se, ed eventualmente in quali casi, a seconda dell'intensità e della pregnanza del momento relazionale e della forza dell'affidamento da esso ingenerato, la correttezza continui a rilevare come mera modalità comportamentale la cui violazione dà vita ad un illecito riconducibile al generale dovere del *neminem laedere* di cui all'art. 2043 cod. civ., o diventi l'oggetto di una vera e propria obbligazione nascente dal "contatto sociale" qualificato. La questione, non direttamente rilevante in questo giudizio (non essendo investita dai quesiti sollevati dall'ordinanza di rimessione), è oggetto di un dibattito giurisprudenziale e dottrinale dai risultati così controversi, da rendere inopportuno, in questa sede, ogni ulteriore approfondimento»¹⁰⁰. Pur escludendo l'ammissibilità di aprioristiche e ingiustificate limitazioni di responsabilità, il Collegio ha ribadito la necessità di una «rigorosa verifica,

⁹⁷ Cons. Stato Sez. V, Sent., 27 marzo 2017, n. 1364. Secondo tale ricostruzione, la responsabilità precontrattuale risulta subordinata alla dimostrazione che le trattative si siano protratte al punto da risultare idonee a far sorgere nell'altra parte il ragionevole affidamento sulla conclusione del contratto; che siano state interrotte senza un giustificato motivo; e, infine, che «pur nell'ordinaria diligenza della parte che invoca la responsabilità, non sussistano fatti idonei ad escludere il suo ragionevole affidamento sulla conclusione del contratto».

⁹⁸ Cass. civ. sez. I, 12 luglio 2016, n. 14188.

⁹⁹ Ai sensi dell'art. 1218 c.c., spetta al debitore l'onere di fornire prova liberatoria non solo dell'assenza di colpa, bensì anche dell'impossibilità della prestazione derivante da un fatto a lui non imputabile che abbia determinato l'inadempimento. Sulla base di tale ricostruzione, è stato sancito che la mancata stipula del contratto da parte dell'amministrazione a seguito dell'aggiudicazione definitiva integra un comportamento contrario ai generali doveri di correttezza e di buona fede e genera «una responsabilità da comportamento (amministrativo) scorretto» che si distingue e prescinde dagli eventuali profili di illegittimità del provvedimento. Cons. Stato Sez. V, sent. 02 maggio 2017, n. 1979, in Foro Amm., 5, 2017, 1041.

¹⁰⁰ Ad. Plen. 5 2018

da svolgersi necessariamente in concreto, circa l'effettiva sussistenza di tutti gli elementi costitutivi della fattispecie generatrice del diritto al risarcimento del danno». La sentenza ha poi enucleato tutti gli elementi costitutivi la responsabilità precontrattuale che il privato è tenuto a dimostrare, ossia: «a) che l'affidamento incolpevole risulti lesa da una condotta che, valutata nel suo complesso, e a prescindere dall'indagine sulla legittimità dei singoli provvedimenti, risulti oggettivamente contraria ai doveri di correttezza e di lealtà; b) che tale oggettiva violazione dei doveri di correttezza sia anche soggettivamente imputabile all'amministrazione, in termini di colpa o dolo; c) che il privato provi sia il danno-evento (la lesione della libertà di autodeterminazione negoziale), sia il danno-conseguenza (le perdite economiche subite a causa delle scelte negoziali illecitamente condizionate), sia i relativi rapporti di causalità fra tali danni e la condotta scorretta che si imputa all'amministrazione»¹⁰¹.

La Plenaria sembra, dunque, aver indirettamente aderito all'impostazione tradizionale, imponendo al privato una puntuale dimostrazione dell'ingiustizia del danno, dell'elemento soggettivo, del danno e del nesso di causalità, come previsto dall'art. 2043 c.c. La ragione alla base di un tale atteggiamento restrittivo sembra emergere da uno dei passaggi conclusivi della pronuncia, dove si fa riferimento alle «meritorie preoccupazioni (legate al timore di una estensione eccessiva e ingiustificata della responsabilità della p.a.), che hanno indotto la Sezione rimettente a sostenere la tesi restrittiva». Il timore dei possibili risvolti concreti sull'attività amministrativa e sulla finanza pubblica derivanti dall'affermazione di una vera e propria responsabilità per inadempimento dell'amministrazione è stato evidenziato anche in dottrina: «la conseguenza dell'inversione dell'onere della prova e l'addossamento al funzionario responsabile del procedimento del carico probatorio delle cause del mancato "esatto adempimento" è, di per sé, in grado di costituire un effetto frenante dell'azione amministrativa (oltre che di alleggerire gli oneri correlati alla difesa degli interessi privati in sede contenziosa)»¹⁰², moltiplicando i rischi professionali per i dipendenti e comportando un'attività volta a precostituire la prova della non imputabilità dell'inadempimento, in grado di assorbire importanti risorse¹⁰³.

¹⁰¹ Cons. Stato Ad. Plen. 5 2018, punto 51.

¹⁰² M. DE BENEDETTO, *Istruttoria amministrativa e ordine del mercato*, Torino, 2008, 111.

¹⁰³ È stato, inoltre, sottolineata l'esigenza che il sistema di responsabilità rivesta anche una funzione preventiva, oltre a quella repressiva successiva, funzione che potrebbe essere compromessa dalla pluralità dei sistemi di responsabilità. In tal senso è stata ritenuta più opportuna la riconduzione della responsabilità civile della P.A. all'illecito extracontrattuale, ancorato all'elemento soggettivo, che tenga conto dei costi del sistema di responsabilità e

Parte della dottrina ha realisticamente individuato «la percezione da parte del giudice amministrativo del rischio di depauperamento delle risorse pubbliche»¹⁰⁴ quale ragione di fondo dell'esiguità del numero delle pronunce di condanna delle amministrazioni al risarcimento dei danni e l'entità del relativo risarcimento, affianco alla difficoltà di adattamento delle categorie e delle funzioni della responsabilità civile alle attività amministrative.

D'altra parte, anche la Corte Costituzionale si è recentemente pronunciata in favore dei limiti all'azione risarcitoria nei confronti della P.A. previsti dal codice del processo amministrativo, osservando che essi rispondono «anche all'interesse, di rango costituzionale, di consolidare i bilanci delle pubbliche amministrazioni (artt. 81, 97 e 119 Cost.)»¹⁰⁵.

5. I principi di correttezza e la distinzione tra regole di comportamento e regole di validità

Dalla valenza costituzionale del dovere di correttezza, la Plenaria ha tratto la conseguenza che esso operi in un contesto più ampio che prescinde dall'esistenza di una formale "trattativa", essendo volto a tutelare non la conclusione di un contratto valido, bensì che non sia distorta la libertà di autodeterminazione negoziale. Su tale aspetto, il Consiglio di Stato si è allineato alla giurisprudenza ordinaria che ha respinto la posizione che circoscriveva l'ambito di rilevanza della responsabilità precontrattuale alle ipotesi in cui il comportamento non conforme a buona fede avesse impedito

della loro traslazione sui contribuenti. *Ibid.*, 217 – 222.

¹⁰⁴ F. TIRIO, *Responsabilità civile della p.a. ed esigenze di finanza pubblica. limitazioni di responsabilità e traslazione assicurativa del danno*, in *Dir. Amm.*, 2018, 2, 493. È stato altresì affermato che «siffatta ritrosia ad applicare pienamente gli schemi civilistici della tutela risarcitoria, peraltro, non è dovuta esclusivamente alla difficoltà di superare resistenze culturali, bensì anche all'attuale stato della finanza pubblica, cioè alla circostanza che la sanzione risarcitoria finisce per fare ricadere sulla collettività (attraverso le tasse) e sui beneficiari incolpevoli (chiamati a condividere l'obbligo risarcitorio) le incertezze del sistema normativo e gli errori dell'amministrazione. È evidente, tuttavia, che, per evitare una siffatta evenienza, piuttosto che penalizzare il cittadino danneggiato, occorre far in modo che funzioni la responsabilità amministrativa, all'uopo migliorando l'obbligo di denuncia ed esecuzione delle sentenze di condanna della Corte dei conti». F. SAIITA, *Tutela risarcitoria degli interessi legittimi e termine di decadenza*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, 2017, 4, 1191.

¹⁰⁵ Corte Cost., 4 maggio 2017, n. 94, in *Giorn. Dir. amm.*, 2017, 662, con nota di F. CORTESE, *Autonomia dell'azione di condanna e termine di decadenza*.

la conclusione del contratto o avesse determinato la conclusione di un contratto invalido¹⁰⁶.

A tal proposito, il Consiglio di Stato ha richiamato una sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione che ha rivestito un ruolo centrale nella definizione delle conseguenze giuridiche derivanti dalla violazione dei doveri di correttezza precontrattuale basata sulla distinzione tra le regole di validità e le regole di comportamento. La Plenaria ha, infatti, affermato che l'amministrazione, anche nello svolgimento dell'attività autoritativa, è soggetta al rispetto non solo delle norme di diritto pubblico (la cui violazione comporta l'invalidità del provvedimento ed eventualmente la responsabilità per lesione dell'interesse legittimo), ma altresì alle «norme generali dell'ordinamento civile che impongono di agire con lealtà e correttezza, la violazione delle quali può far nascere una responsabilità da comportamento scorretto, che incide non sull'interesse legittimo, ma sul diritto soggettivo di autodeterminarsi liberamente nei rapporti negoziali, cioè sulla libertà di compiere le proprie scelte negoziali senza subire ingerenze illecite frutto dell'altrui scorrettezza»¹⁰⁷. La pronuncia ha esteso al diritto amministrativo la distinzione tra regole di comportamento e regole di validità vigente nel diritto civile, affermando che «non diversamente da quanto accade nei rapporti tra privati, anche per la P.A. le regole di correttezza e buona fede non sono regole di validità (del provvedimento), ma regole di responsabilità (per il comportamento complessivamente tenuto)»¹⁰⁸.

¹⁰⁶ La Corte di Cassazione ha chiarito che l'ambito di rilevanza della responsabilità precontrattuale per violazione dei doveri di correttezza previsti dall'art.1337 c.c. non è limitato all'ipotesi di rottura ingiustificata delle trattative e di conseguente mancata conclusione del contratto, ovvero di conclusione di un contratto invalido o comunque inefficace, bensì include anche la formazione di un contratto valido «e tuttavia pregiudizievole per la parte vittima del comportamento scorretto (1440 c.c.)» (Cass. Civ. sez. I., 29 settembre 2005, n. 19024, cit.)

¹⁰⁷ Cons. Stato Ad. Plen. 5 2018, punto 32.

¹⁰⁸ «Le regole di diritto pubblico hanno ad oggetto il provvedimento (l'esercizio diretto ed immediato del potere) e la loro violazione determina, di regola, l'invalidità del provvedimento adottato. Al contrario, le regole di diritto privato hanno ad oggetto il comportamento (collegato in via indiretta e mediata all'esercizio del potere) complessivamente tenuto dalla stazione appaltante nel corso della gara. La loro violazione non dà vita ad invalidità provvedimentoale, ma a responsabilità» Cons. Stato Ad. Plen. 5 2018, punto 34.

5.1. *Il senso della distinzione nel diritto civile*

Nel diritto civile, fondato sul principio di tipicità delle cause di annullabilità del negozio e dei vizi del consenso, si distingue tradizionalmente tra le norme tese a verificare la conformità del negozio allo schema legale (regole di fattispecie) e le norme dirette a verificare la liceità della condotta negoziale (regole di comportamento)¹⁰⁹. Le prime hanno lo scopo di garantire la certezza sull'esistenza di fatti giuridici e, in linea di principio, non tollerano l'ingerenza di clausole generali aventi lo scopo di correggere lo *ius strictum* per superiori fini di giustizia sostanziale, fungendo da criterio valutativo di un comportamento, non di regola negoziale¹¹⁰. Di conseguenza, si tende ad escludere che la violazione di regole di comportamento possa inficiare l'atto negoziale, anche nella forma della nullità virtuale per violazione di norme imperative ex art. 1418, primo comma, c.c.¹¹¹. La nullità è ritenuta applicabile solo in caso di conflitto tra una regola del contratto e la regola imperativa, non rilevando in tal senso il comportamento tenuto in occasione del contratto¹¹². La violazione della regola di condotta può incontrare la sanzione dell'annullabilità nei casi previsti¹¹³, ovvero incidere sui profili risarcitori, ovvero risolutori, ove ne sussistano i requisiti. Lo schema classico si fonda, quindi, sul principio di non interferenza tra regole di validità – norme che prescrivono requisiti formali o sostanziali, legalmente predeterminati, la cui osservanza incide esclusivamente sul piano dell'efficacia giuridica – e regole di comportamento o di responsabilità – le quali attengono, invece, al mancato rispetto di norme imperative di condotta, cui l'ordinamento reagisce, di regola, attraverso

¹⁰⁹ Sulla tradizionale ripartizione tra regole di validità e regole di condotta si vedano, tra i molti, V. PIETROBON, *L'errore nella teoria del negozio giuridico*, Padova, 1963; A. FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Enc. Dir.*, XIV, Milano, 1965, 432 – 509; R. SCOGNAMIGLIO, *Illecito (dir. vig.)*, in *Noviss. Dig. It.*, VIII, Torino, 1962, 164 - 173; R. TOMMASINI, *Invalidità (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, XXII, Milano, 1972, 575. Sulle regole di responsabilità si veda R. SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità civile*, in *Noviss. Dig. It.*, XV, Torino, 1968, 628. Per un recente contributo sulla questione, si veda, A. GNANI, *Contrarietà a buona fede e invalidità del contratto: spunti ricostruttivi*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2009, 4, 435.

¹¹⁰ L. BIGLIAZZI GERI, *Buona fede nel diritto civile*, cit., 169.

¹¹¹ Si veda, sul punto, E. DEL PRATO, *I modelli contrattuali nella prassi bancaria per la concessione del credito alle imprese*, in *Rivista di diritto civile*, 2001, 3, 271 – 289; ID., *Assicurazione della responsabilità professionale e tutela del professionista contro clausole vessatorie e pratiche commerciali scorrette*, in *Annali SISDIC*, 2017, 1.

¹¹² G. D'AMICO, *Nullità non testuale*, in *Enc. Dir.*, Annali IV, Milano, 2011, 808 – 811.

¹¹³ Si veda in tal senso G. B. FERRI, *Appunti sull'invalidità del contratto. (Dal c.c. del 1865 al c.c. del 1942)*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1996, 367 – 393.

l'obbligo di risarcire il danno.

Le numerose discipline speciali che hanno previsto ipotesi di nullità fondate su presupposti estranei alla costruzione della fattispecie¹¹⁴ hanno messo in discussione la perdurante validità della distinzione e non interferenza tra regole di comportamento o di responsabilità e regole di fattispecie o di validità. Le previsioni normative che comminano la sanzione dell'invalidità di clausole di contratti asimmetrici violative di regole di condotta hanno portato a interrogarsi sull'ammissibilità di un sindacato sulla regola negoziale alla stregua della buona fede interpretativa di cui all'art. 1366 c.c.¹¹⁵. In quest'ottica, «la clausola generale di buona fede non sarebbe, quindi, solo una fonte di integrazione del contratto, idonea ad arricchire il regolamento negoziale incompleto, ma rappresenterebbe anche un vero e proprio limite dell'autonomia privata, in grado non solo di adeguare il regolamento negoziale all'interesse dei contraenti o persino a più generali esigenze di carattere sociale, ma finanche di condizionarne la validità»¹¹⁶.

¹¹⁴ Ad esempio, nel diritto dei consumatori sono state introdotte ipotesi di nullità di protezione, caratterizzate dal fatto che operano a vantaggio del solo contraente protetto, pur essendo rilevabili anche d'ufficio dal giudice e che l'effetto caducatorio incide su singole clausole abusive e non sull'intero contratto. Si veda l'Art. 36 D. Lgs. 6 settembre 2005 n. 206, *Codice del consumo, a norma dell'articolo 7 della legge 29 luglio 2003, n. 229*. Parte della dottrina ha sostenuto che la previsione della nullità a vantaggio di un solo contraente si traduca in una riserva di legittimazione in capo ad esso: in questo senso si veda G. D'AMICO, *Nullità virtuale nullità di protezione (variazioni sulla nullità)*, in *Contratti*, 2009, 7, 732. In senso contrario, si è affermato che «limitare la legittimazione al consumatore, di per sé è inutile. Il beneficio è nel fatto che, chiunque la rilevi, la nullità "operi solo a vantaggio del consumatore": una formula per equivoco intesa come allusione alla legittimazione e invece relativa al modo di operare unidirezionale della nullità. Altro è poi che in un amplissimo numero di casi l'accertamento non possa essere proposto da altri che dal consumatore, perché nessun altro riuscirebbe a dimostrare un proprio concreto interesse» (A. GENTILI, *Nullità annullabilità inefficacia nella prospettiva del diritto europeo*, in *Contratti*, 2003, 2, 204). Si veda altresì Id. *La «nullità di protezione»*, in *Europa e Dir. Priv.*, 2011, 1, 77. Un'altra norma che ha attribuito rilevanza alle regole di comportamento per sindacare modalità di esercizio di potere privato è stato il divieto di abuso di dipendenza economica, sancito dalla legge sulla subfornitura Art. 9 Legge 18 giugno 1998, n.192, come modificato dalla L. 5 marzo 2001 n. 57, *Disposizioni in materia di apertura e regolazione dei mercati*. Si veda, con riferimento alla norma in esame, P. DORIA, *Note in tema di subfornitura tra i dubbi della dottrina e i timori della giurisprudenza*, in *Giur. It.*, 2007, 12. Per una rassegna critica della giurisprudenza della Cassazione su tale norma si vedano M. LIBERTINI, *La responsabilità per abuso di dipendenza economica: la fattispecie*, in *Contratto e Impr.*, 2013, 1, 1; L. RENNA, *L'abuso di dipendenza economica come fattispecie transipica*, in *Contratto e Impr.*, 2013, 2, 370.

¹¹⁵ A. GNANI, *Contrarietà a buona fede e invalidità del contratto: spunti ricostruttivi*, cit., 435.

¹¹⁶ A. MUSIO, *La violazione degli obblighi di informazione tra regole di validità e regole di correttezza*, in *Comparazione e diritto civile*, www.comparazioneDirittocivile.it, 2010, 6.

Inoltre, la presenza di regole imperative tese a disciplinare l'attività delle imprese sul mercato nella fase promozionale e precontrattuale¹¹⁷, non accompagnate da espresse sanzioni per la loro violazione ha portato parte della dottrina a ipotizzare la configurabilità di una nullità innominata di protezione, ovvero «una nullità desumibile *ope interpretationis* dalla violazione di una regola di correttezza o di trasparenza»¹¹⁸ che inciderebbe, in definitiva, sulla struttura dell'atto. La formulazione delle suddette tesi ha posto in discussione alcuni principi fondamentali del diritto civile, come il principio di tipicità delle cause di annullabilità del negozio e dei vizi del consenso ed il principio della inderivabilità della nullità dalla violazione di regole di correttezza/buona fede¹¹⁹.

L'orientamento dottrinale maggioritario, tuttavia, ha affermato l'inderogabilità del principio di non interferenza tra regole di validità e regole di buona fede precontrattuale, evidenziando le differenze tra le finalità del diritto europeo dei consumatori rispetto al diritto comune dei contratti presente nel codice civile. In tal senso, è stato affermato che il dato testuale della rubrica dell'articolo 1337 c.c., che espressamente prevede una responsabilità precontrattuale, farebbe riferimento alla sanzione del risarcimento del danno¹²⁰ ed è stata criticata la sovrapposizione tra il problema della nullità virtuale e il principio di separazione tra regole di

¹¹⁷ Sul concetto di norma imperativa ai fini della nullità si veda A. ALBANESE, *Non tutto ciò che è «virtuale» è «razionale»: riflessioni sulla nullità del contratto*, in A. BELLAVISTA, A. PLAIA (a cura di), *Le invalidità nel diritto privato*, Milano, 2011, 305. L'Autore considera anacronistica la ricostruzione della nullità come strumento volto esclusivamente a impedire che l'esercizio dell'autonomia contrattuale si svolga in contrasto con l'interesse generale, ossia con le ragioni dei terzi e afferma che «l'imperatività non può, infatti, ritenersi fondata su elementi che preesistono alla norma stessa, ma è una qualificazione che questa riceve proprio in considerazione delle conseguenze previste in caso di violazione. Attraverso la nullità, del resto, l'ordinamento non soltanto nega valore vincolante al regolamento pattuito dai contraenti, ma prevede altresì una disciplina del contratto nullo, che è a sua volta sottratta al potere di disposizione delle parti, anche di quella a protezione della quale sia stata eventualmente stabilita».

¹¹⁸ G. D'AMICO, *Nullità virtuale nullità di protezione (variazioni sulla nullità)*, cit., 732; S. PAGLIANTINI, *Nullità virtuali di protezione?* in *Contratti*, 2009, 11, 1040. Sul significato dell'imperatività nel contesto della nullità virtuale si veda G. MASTROPASQUA, *art. 1418, comma 1°, cod. civ.: la norma imperativa come norma inderogabile*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2014, 1, 49.

¹¹⁹ G. D'AMICO, *Nullità virtuale nullità di protezione (variazioni sulla nullità)*, cit., 732; ID., *Diritto europeo dei contratti (del consumatore) e nullità virtuale (di protezione)*, in *Contratti*, 2012, 12, 977.

¹²⁰ G. D'AMICO, *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2002, 37 – 61. Si veda anche, diffusamente, ID., *Regole di validità e principio di correttezza nella formazione del contratto*, Napoli, 1996.

validità e regole di comportamento¹²¹. È stato evidenziato che il legislatore ha previsto rimedi diversi dalla nullità del contratto nelle ipotesi nelle quali il comportamento contrario a regole di condotta attinenti alla fase di formazione del contratto non ricadano sul regolamento contrattuale, escludendo quindi l'applicabilità dell'art. 1418, primo comma, c.c. alla violazione di norme imperative che prescrivano mere regole di condotta (le regole di correttezza) a protezione di uno dei contraenti¹²².

La recente giurisprudenza della Corte di Cassazione ha avallato le suddette tesi, riaffermando la netta distinzione tra il piano della validità delle clausole contrattuali e quello del comportamento esecutivo delle parti¹²³. La Corte di Cassazione a Sezioni Unite ha ribadito che l'obbligo di

¹²¹ È stato osservato come la distinzione tra regole di validità e regole di comportamento concerna in realtà esclusivamente le regole «di mero comportamento», ovvero le regole di correttezza o le altre regole generali di condotta (ragionevolezza, trasparenza, onestà, ecc.), essendo previste diverse ipotesi di invalidità per violazione di regole di condotta, in particolare nell'ambito dell'annullabilità. In questa prospettiva, il contenuto del principio di non interferenza tra regole di comportamento e di validità andrebbe esplicitato in virtù della funzione che esso esprime, ossia quella di confinare il potere del giudice e garantire la certezza del diritto, chiarendo «che le "regole di validità" non possono essere ricavate dal giudice in sede di concretizzazione della clausola generale di buona fede (cioè non possono discendere dalla violazione di una mera regola di comportamento qual è la buona fede), violazione dalla quale potranno discendere altre conseguenze, ma non quella dell'invalidità dell'atto» (G. D'AMICO, *Nullità virtuale nullità di protezione (variazioni sulla nullità)*, cit., 735 – 736).

¹²² G. D'AMICO, *Diritto europeo dei contratti (del consumatore) e nullità virtuale (di protezione)*, cit., 977. Le tesi dottrinali che hanno negato la possibilità di ricavare la nullità dalla violazione del precetto di buona fede sono state ritenute accomunate dall'esigenza «che la qualificazione di nullità sia ancorata a presupposti sufficientemente predefiniti, per quanto di carattere non necessariamente generale ma anche relativo, il cui rispetto sia suscettibile di un agevole accertamento» (F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, cit., 538).

¹²³ In particolare, la Cassazione si è espressa in relazione alla disciplina dell'attività di intermediazione mobiliare, che impone all'intermediario il dovere di comportarsi con diligenza, correttezza e professionalità nella cura dell'interesse del cliente, sia nella fase che precede la stipulazione del contratto d'intermediazione finanziaria, sia nella fase esecutiva di esso. Dopo aver stabilito che tali norme hanno natura imperativa, la Corte ha escluso che la relativa violazione possa comportare la nullità delle clausole negoziali, in difetto di espressa previsione in tal senso. Secondo tale orientamento, la contrarietà a norme imperative come causa di nullità del contratto ai sensi dell'art. 1418, primo comma, c.c., postula che tale contrarietà «attenga ad elementi "intrinseci" della fattispecie negoziale, che riguardino, cioè, la struttura o il contenuto del contratto (art. 1418, secondo comma, c.c.)». I comportamenti tenuti dalle parti nel corso delle trattative o durante l'esecuzione del contratto rimangono estranei alla fattispecie negoziale e s'intende, allora, che la loro eventuale illegittimità, quale che sia la natura delle norme violate, non può dar luogo alla nullità del contratto» (Cass. Civ. sez. I, 29 settembre 2005, n. 19024, in *Foro It.*, 2006, 1,

comportarsi secondo correttezza e buona fede, immanente all'intero sistema giuridico, in quanto riconducibile al dovere di solidarietà fondato sull'art. 2 Cost., e sottostante a quasi tutti i precetti legali di comportamento delle parti di un rapporto negoziale, può riflettersi, a determinate condizioni, anche sulla sopravvivenza dell'atto (come nel caso dell'annullamento per dolo o violenza, della rescissione per lesione enorme o della risoluzione per inadempimento) e in ogni caso comporta responsabilità risarcitoria (contrattuale o precontrattuale). Tuttavia, le violazioni delle regole di correttezza «non sono evidentemente mai considerate tali da determinare la nullità radicale del contratto (semmai eventualmente annullabile, rescindibile o risolubile), ancorché l'obbligo di comportarsi con correttezza e buona fede abbia indiscutibilmente carattere imperativo. E questo anche perché il suaccennato dovere di buona fede, ed i doveri di comportamento in generale, sono troppo immancabilmente legati alle circostanze del caso concreto per poter assurgere, in via di principio, a requisiti di validità che la certezza dei rapporti impone di verificare secondo regole predefinite»¹²⁴.

1105, con nota di E. SCODITTI, *Regole di comportamento e regole di validità: i nuovi sviluppi della responsabilità precontrattuale*; in *Danno e Resp.*, 2006, 25, con nota di V. ROPPO, G. AFFERNI, *Dai contratti finanziari al contratto in genere: punti fermi della cassazione su nullità virtuale e responsabilità precontrattuale*; in *Contratti*, 2006, 446, con nota di F. POLLANI, *La responsabilità precontrattuale della banca per violazione del dovere di informazione*; in *Corr. Giur.*, 2006, 669, con nota di G. GENOVESI, *Limiti della "nullità virtuale" e contratti su strumenti finanziari*; in *Nuova Giur. Civ.*, 2006, 1, 897, con nota di E. PASSARO, *Intermediazione finanziaria e violazione degli obblighi informativi: validità dei contratti e natura della responsabilità risarcitoria*; in *Resp. Civ.*, 2006, 1080, con nota di F. GRECO, *Difetto di accordo e nullità dell'intermediazione finanziaria*; in *Giur. It.*, 2006, 1599, con nota di G. SICCHIERO, *Un buon ripensamento del supremo collegio sulla asserita nullità del contratto per inadempimento*; in *Impresa*, 2006, 1140, con nota di N. FACCHIN, *Comportamento scorretto dell'intermediario e tutela dell'investitore*; in *Giur. Comm.*, 2006, 2, 626, con nota di C.E. SALODINI, *Obblighi informativi degli intermediari finanziari e risarcimento del danno. La cassazione e l'interpretazione evolutiva della responsabilità precontrattuale*; in *I Contratti*, 2006, 12, 1133 – 1143, con nota di V. SANGIOVANNI, *La violazione delle regole di condotta dell'intermediario finanziario fra responsabilità precontrattuale e contrattuale*.

¹²⁴ Cass. Sez. Un., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725, in *Foro It.*, 2008, 3, 1, 784, con nota di E. SCODITTI, *La violazione delle regole di comportamento dell'intermediario finanziario e le sezioni unite*; in *Giust. Civ.*, 2008, 1175, con nota di G. NAPPI, *Le sezioni unite su regole di validità, regole di comportamento e doveri informativi*; in *Giust. Civ.*, 2008, 2775, con nota di T. FEBBRAJO, *Violazione delle regole di comportamento nell'intermediazione finanziaria e nullità del contratto: la decisione delle sezioni unite*; in *Resp. Civ. e Prev.*, 2008, 547, con nota di F. GRECO, *Intermediazione finanziaria: violazione di regole comportamentali e tutela secondo le Sezioni Unite*; in *Giur. Comm.*, 2008, 344, con nota di G. GOBBO, *Le sanzioni applicabili alla violazione delle regole di condotta in tema di investimenti mobiliari: la prima pronuncia nomofilattica su nullità e responsabilità contrattuale*; in *Corr. giur.*, 2008,

È stata, così, esclusa la plausibilità di un trascinarsi della correttezza nell'ambito del giudizio di validità dell'atto. Il giudizio sul rispetto dei principi di correttezza e buona fede è stato confinato ad un giudizio di responsabilità, chiarito che la violazione delle regole di condotta, comprese quelle di correttezza, tanto nella fase prenegoziale quanto in quella attuativa del rapporto, salvo non sia altrimenti stabilito dalla legge, è idonea a generare responsabilità civile e può essere causa di risoluzione del contratto, qualora si traduca in una forma di non corretto adempimento del generale dovere di protezione e degli specifici obblighi di prestazione gravanti sul contraente, ma non incide sulla genesi dell'atto negoziale e non è pertanto idonea a provocarne la nullità¹²⁵.

2, 223 con nota di V. MARICONDA, *L'insegnamento delle Sezioni Unite sulla rilevanza della distinzione tra norme di comportamento e norme di validità*; in *Contratti*, 2008, 3, 229, con nota di V. SANGIOVANNI, *L'inosservanza delle norme di comportamento: la cassazione esclude la nullità*; in *Società*, 2008, 4, 449 con nota di V. SCOGNAMIGLIO, *Regole di comportamento nell'intermediazione finanziaria: l'intervento delle S.U.*; in *Danno e Resp.*, 2008, 5, 525 – 551, con nota di V. ROPPO, *Nullità virtuale del contratto (di intermediazione finanziaria) - la nullità virtuale del contratto dopo la sentenza Rordorf*; in *Contratti*, 2008, 1, 80, con nota di A.A. DOLMETTA, *La violazione di «obblighi di fattispecie» da parte di intermediari finanziari*; in *Contratto e Impr.*, 2008, 1, 1 con nota di F. GALGANO, *Il contratto di intermediazione finanziaria davanti alla Sezioni unite della Cassazione*; in *Danno e Resp.*, 2008, 11, 1073, con nota di S. LANDINI, *Obblighi di documentazione informativa e responsabilità civile*. Le Sezioni Unite hanno osservato, così escludendo la percorribilità della strada di una generalizzazione, sul piano del diritto privato generale, degli esiti ermeneutici propri dei diritti secondi, che «il carattere sempre più frammentario e sempre meno sistematico della moderna legislazione impone molta cautela nel dedurre da singole norme settoriali l'esistenza di nuovi principi per predicarne il valore generale e per postularne l'applicabilità anche in settori ed in casi diversi da quelli espressamente contemplati da singole e ben determinate disposizioni». Per i precedenti contrasti giurisprudenziali si vedano G. BERSANI, *Brevi note in tema di violazioni da parte delle banche delle prescrizioni del Tuf nella vendita di obbligazioni. La previsione di nullità ex art. 1418 c.c. alla luce delle più recenti evoluzioni giurisprudenziali*, in *Impresa*, 2007, 5, 698. Per un commento all'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite, si veda U. SALANITRO, *Violazione delle norme di condotta nei contratti di intermediazione finanziaria e tecniche di tutela degli investitori: la prima sezione della cassazione non decide e rinvia alle Sezioni Unite*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2007, 9, 1005.

¹²⁵ Va tuttavia evidenziato che la Corte Costituzionale è intervenuta di recente, in materia di poteri giurisdizionali in caso di caparra confirmatoria manifestamente eccessiva, riconoscendo espressamente al giudice ordinario possibili margini di intervento «a fronte di una clausola negoziale che rifletta (come da sua prospettazione) un regolamento degli opposti interessi non equo e gravemente sbilanciato in danno di una parte. E ciò in ragione della rilevanza ex officio della nullità (totale o parziale), ex art. 1418 c.c., della clausola stessa, per contrasto con il precetto dell'art. 2 Cost. (per il profilo dell'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà), che entra direttamente nel contratto, in combinato contesto con il canone della buona fede, cui attribuisce vis normativa, "funzionalizzando

5.2. *Le difficoltà applicative della distinzione tra regole di validità e regole di comportamento nel diritto amministrativo*

Dalla suddetta ricostruzione, sembra emergere con chiarezza come la distinzione in esame sia strettamente legata alle peculiarità della disciplina dei rapporti privatistici contenuta nel codice civile, dove vige un principio normativo di tipicità dei vizi del consenso e dei motivi di invalidità.

Nel diritto amministrativo, le suddette problematiche si presentano in termini indubbiamente diversi. In tale branca del diritto, i vizi che portano all'annullabilità sono significativamente più ampi rispetto al diritto civile, anche in ragione del fatto che il giudice amministrativo opera prevalentemente nello schema del sindacato di legittimità, orientato a conseguire un effetto costitutivo (annullamento dell'atto illegittimo), mentre nella giurisdizione ordinaria le sentenze ad effetto costitutivo rappresentano l'eccezione, a fronte della normalità delle sentenze di condanna. Sia nell'ambito del vizio di violazione di legge, sia in quello dell'eccesso di potere rientrano pacificamente le illegittimità discendenti dalla violazione di principi giuridici che impongono regole di comportamento all'amministrazione. Gli stessi principi di imparzialità e buon andamento, che costituiscono il nucleo centrale attorno cui si snodano la maggior parte dei vizi di legittimità¹²⁶,

così il rapporto obbligatorio alla tutela anche dell'interesse del partner negoziale nella misura in cui non collida con l'interesse proprio dell'obbligato» (Corte Cost., ordinanza, 02 aprile 2014, n. 77, in *Foro it.*, 2014, I, 2035, con note di E. SCODITTI, *Il diritto dei contratti fra costruzione giuridica e interpretazione adeguatrice*; R. PARDOLESI, *Un nuovo super-potere giudiziario: la buona fede adeguatrice e demolitoria*, G. LENER, *Quale sorte per la caparra confirmatoria manifestamente eccessiva?*)

¹²⁶ Sui principi di imparzialità e buon andamento la dottrina è molto vasta. Si vedano, senza pretese di esautività, P. BARILE, *Il dovere di imparzialità della pubblica amministrazione*, in *Scritti in onore di Calamandrei*, Padova, 1956; U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965; S. CASSESE, *Imparzialità amministrativa e sindacato giurisdizionale*, cit.; F. SATTA, *Imparzialità della pubblica amministrazione*, in *Enc. Giur.* XV, Roma, 1989; U. ALLEGRETTI, *Imparzialità e buon andamento secondo l'art. 97 della Costituzione* in *Dig. Disc. Pubbl.*, VIII, Torino, 1993, 131; G. D'ALESSIO, *Il buon andamento dei pubblici uffici*, Ancona, 1993; A. POLICE, *Principi generali dell'azione amministrativa. Commento all'art. 1 della legge n. 241 del 1990*, cit., 69 – 75; G. GARDINI, *Imparzialità amministrativa*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di Diritto Pubblico*, IV, Milano, 2006, 2934 – 2943; R. FERRARA, *L'interesse pubblico al buon andamento delle pubbliche amministrazioni*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, Napoli, 2011, I, 335 – 380; I. SIGISMONDI, *Il principio di buon andamento tra politica e amministrazione*, Napoli, 2011. Sulle recenti ricostruzioni della giurisprudenza amministrativa sul canone di imparzialità si veda S. SPUNTARELLI, *Il principio di legalità e il criterio di imparzialità nell'amministrare*, in *Dir. Amm.*, 2008, I, 223 – 255. Sulle recenti applicazioni del principio di buon andamento, si vedano A. POLICE, *Annulabilità e annullamento (diritto*

si affermano come regole di condotta la cui violazione può comportare l'annullabilità dei provvedimenti amministrativi. Le elaborazioni dottrinali e giurisprudenziali hanno arricchito il mero profilo della legalità con quello della legittimità dell'azione amministrativa¹²⁷, fondata su quei principi e

amministrativo), in *Enc. Dir.* Annali I, Milano, 2007, 57 e ss.; C. PINELLI, *Il buon andamento dei pubblici uffici e la sua supposta tensione con l'imparzialità. Un'indagine sulla recente giurisprudenza costituzionale*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, Napoli, 2011, I, 653 – 719. Per una definizione dei principi di imparzialità e buon andamento come “endiadi” si veda M.S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1981, 263.

¹²⁷ Il principio di legalità è stato definito come principio generale di cui lo Stato di diritto (sia lo Stato legislativo sia lo Stato costituzionale) è una delle attuazioni, in questo senso, N. BOBBIO, *Legalità*, in N. BOBBIO, N. MATTEUCCI (a cura di), *Dizionario di politica*, Torino, 1976, 518. Il principio di legalità è oggetto di innumerevoli contributi. Si vedano, senza alcuna pretesa di esaustività, E. CANNADA BARTOLI, *Una nozione necessaria: la legittimità degli atti amministrativi*, in *Foro It.* 1955, 4, 201 – 206; F. SATTA, *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato democratico*, Padova, 1969; N. BOBBIO, *Legalità*, cit., 518; S. FOIS, *Legalità (principio di)*, in *Enc. Dir.*, XXII, Milano, 1973, 659 – 703; F. LEVI, *Legittimità (Dir. Amm.)*, cit., 124 – 140; C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1982; G. AZZARITI, *Dalla discrezionalità al potere: la prima scienza del diritto amministrativo in Italia e le qualificazioni teoriche del potere discrezionale*, Padova, 1989; S. COGNETTI, *Principio di legalità e norma indeterminata*, cit.; ID., *Profili sostanziali della legalità amministrativa. Indeterminatezza della norma e limiti della discrezionalità*, Milano, 1993; R. GUASTINI, *Legalità (principio di)*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, X, Torino, 1994, 84 – 97; F. G. SCOCA, *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, Milano, 1990; A. TRAVI, *Giurisprudenza amministrativa e principio di legalità*, in *Dir. Pubbl.*, 1995, 1, 91 – 123; G. U. RESCIGNO, *Sul principio di legalità*, in *Dir. Pubbl.*, 1995, 2, 247 – 311; A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative: gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli, 1997; A. ROMANO, *Il principio di legalità nella costituzione italiana*, in *Principio di eguaglianza e principio di legalità nella pluralità degli ordinamenti giuridici*. Atti del XIII convegno annuale, Trieste, 17 - 18 dicembre 1998, Padova, 1999, 45 – 77; C. PINELLI (a cura di), *Amministrazione e legalità. Fonti normative e ordinamenti*. Atti del convegno Macerata, 21-22 maggio 1999, Milano, 2000; N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, 2001; M. IMMORDINO, A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati: atti del Convegno, Palermo 27-28 febbraio 2003*, Torino, 2004; F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto amministrativo*, in G. SANTANIELLO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, XXXV, Padova, 2004, in particolare, 30 – 42; F. G. SCOCA, *Condizioni e limiti alla funzione legislativa nella disciplina della Pubblica amministrazione*, in *Annuario Aipda*, 2004, Milano, 2005, 3 – 9; F. SORRENTINO, *Lezioni sul principio di legalità*, raccolte da E. RINALDI, II ed., Torino, 2007; F. MERUSI, *Sentieri interrotti della legalità*, Bologna, 2007; B. SORDI, *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia. La prospettiva storica*, in AA. VV., *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia. Atti del 53° Convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Varenna, Villa Monastero 20-22 settembre 2007, Milano, 2008, 36 – 60; M. DOGLIANI, *Il principio di legalità dalla conquista del diritto all'ultima parola alla perdita del diritto alla prima*, in *Dir. Pubbl.*, 2008, 1, 1 – 28 e in AA. VV., *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, cit., 61 – 86; F. MODUGNO, *I principi di*

presupposti, ulteriori rispetto alle disposizioni di leggi, che hanno fatto emergere «la sostanza propria dell'agire amministrativo sotto l'involucro del potere di autorità»¹²⁸.

In particolare, il vizio dell'eccesso di potere ha costituito, a partire dall'istituzione della Quarta sezione del Consiglio di Stato, lo strumento utilizzato dalla giurisprudenza amministrativa per delineare i principi generali dell'azione amministrativa¹²⁹ ed attingere a principi extra testuali nell'interpretazione dell'atto amministrativo¹³⁰. L'eccesso di potere è stato ricondotto a «violazioni di quei principi e norme di carattere generale che sono connaturati alla stessa essenza dell'ordinamento giuridico amministrativo»¹³¹. Il ruolo dei principi è stato, così, disancorato dalla disciplina degli elementi del singolo atto amministrativo e ricondotto all'attività amministrativa come «condizione di legittimità della funzione amministrativa»¹³².

diritto costituzionale, Torino, 2008, 102; S. FOIS, *La crisi della legalità. Raccolta di scritti*, Milano, 2010; F. MERUSI, *La legalità amministrativa: altri sentieri interrotti*, Bologna, 2012; A. BARTOLINI, A. PIOGGIA, *La legalità dei principi di diritto amministrativo e il principio di legalità*, in M. RENNA, F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, 79 – 91; G. CORSO, *Principio di legalità e interpretazione della legge*, Napoli, 2014; ID., *Il principio di legalità*, in M.A. SANDULLI (a cura di) *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, II ed. 2017, 15 – 40.

¹²⁸ G. PASTORI, *Statuto dell'amministrazione e disciplina legislativa*, cit., Milano, 2005, 13. Come osservato in dottrina, la legittimità dell'azione amministrativa designa un valore della cultura giuridica contrapposto a quello dell'autodeterminazione dell'autorità e costituisce un fattore evolutivo dell'ordinamento, che «vive nella cultura giuridica prima e più ancora che nei testi normativi» e produce una serie di canoni e regole non giuridiche. F. LEVI, *Legittimità (Dir. Amm.)*, in *Enc. Dir.*, XXIV, Milano, 1974, 124 – 140.

¹²⁹ A. SANDULLI, *Il procedimento*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*. S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, Tomo II, Milano 2000, 945 – 946, dove si individuano i principi elaborati dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato tra la fine dell'Ottocento e l'inizio del Novecento. Il vizio dell'eccesso di potere è stato comunemente ricondotto alla violazione non di singole disposizioni normative, bensì di principi generali di derivazione dottrinale e giurisprudenziale. Si veda, in questo senso, Cons. Stato, Ad. Plen., 28 gennaio 1961, n. 3, in *Foro Amm.*, 1961, 1, 561. Sugli sviluppi dottrinali sul tema del ruolo dei principi nell'ambito del vizio di eccesso di potere

¹³⁰ M.S. GIANNINI, *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione*, cit., 343.

¹³¹ F. BENVENUTI, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in *Rassegna di Dir. Pubbl.*, Napoli, 1950, 5, 1, 22 – 26.

¹³² I principi sono stati interpretati come «vere e proprie norme giuridiche e non principi di buona amministrazione» che «rappresentano le esigenze generali cui l'agire amministrativo deve soddisfare per dare garanzia di raggiungere la sua meta, e non determinano tale meta,

Alla luce di ciò, la trasposizione nel diritto amministrativo del principio di non interferenza tra regole di validità e di comportamento tipico del diritto civile, accolta della Plenaria per escludere ipotesi di annullabilità dei provvedimenti per violazione dei principi di correttezza appare problematica. Una possibile spiegazione dell'interpretazione fornita dalla Plenaria sembra potersi rinvenire nel timore che proprio la maggiore ampiezza dei motivi di annullamento dell'atto amministrativo, unitamente alla difficoltà di tracciare precisi confini al sindacato sull'eccesso di potere, possano consentire, mediante l'utilizzo delle clausole generali civilistiche, un sindacato eccessivamente incisivo sulle scelte discrezionali dell'amministrazione. Nel diritto civile, infatti, il principio di non interferenza tra regole di validità e regole di comportamento ha costituito un importante freno al potere di intervento del giudice sull'efficacia delle previsioni contrattuali mediante il ricorso ai principi di correttezza¹³³.

neppure in quella forma generica ma concreta che è propria dei principi di opportunità» (F. BENVENUTI, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, cit., 27). La funzione è stata definita come potere nel suo farsi atto, attività amministrativa come specifica attuazione di un potere, relazione tra il potere e l'atto amministrativo, quindi come elemento sostanziale e non formale, pur rimanendo elemento estrinseco e non intrinseco all'atto. Si veda, in tal senso, F. BENVENUTI, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, cit., 37. ID., *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.* 1952, 121.

¹³³ Il problema si è posto in modo particolare a partire dalla nota sentenza "Renault" che ha proposto l'introduzione di un giudizio di ragionevolezza e di proporzionalità sull'esercizio del potere contrattuale mediante la figura dell'abuso del diritto. In tale giudizio, il giudice di merito aveva affermato l'impossibilità di procedere ad un controllo sulla conformità a correttezza dell'esercizio del potere di recesso contrattualmente previsto, ritenendo tale sindacato sarebbe sfociato in una valutazione politica. La Cassazione ha argomentato sostenendo che «il problema non è politico, ma squisitamente giuridico ed investe i rimedi contro l'abuso dell'autonomia privata e dei rapporti di forza sul mercato, problemi questi che sono oggetto di attenzione da parte di tutti gli ordinamenti contemporanei, a causa dell'incremento delle situazioni di disparità di forze fra gli operatori economici» (Cass. Civ. sez. III, 18 settembre 2009, n. 20106, in *Foro It.*, 2010, 1, 1, 85, con nota di A. PALMIERI, R. PARDOLESI, *Della serie «a volte ritornano»: l'abuso del diritto alla riscossa*; in *Resp. Civ. e Prev.* 2010, 2, 354 con nota di A. GENTILI, *Abuso del diritto e uso dell'argomentazione*; in *Giur. It.*, 2010, 4, 809 con nota di F. SALERNO, *Abuso del diritto, buona fede, proporzionalità: i limiti del diritto di recesso in un esempio di jus dicere "per principi"*; in *Danno e Resp.*, 2010, 4, 347 con nota di A. MASTRORILLI, *L'abuso del diritto e il terzo contratto*; in *Riv. Dir. Civ.*, 2010, 6, 653, con nota di F. PANETTI, *Buona fede, recesso ad nutum e investimenti non recuperabili dell'affiliato nella disciplina dei contratti di distribuzione: in margine a Cass.*, 18 settembre 2009, n. 20106; in *Giur. Comm.*, 2011, 2, 295, con nota di E. BARCELLONA, *Buona fede e abuso del diritto di recesso ad nutum tra autonomia privata e sindacato giurisdizionale*; in *Contratti*, 2010, 1, 5, con nota di G. D'AMICO, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*; in *Corr. giur.*, 2011, 1, 109, con nota di M. CENINI, A. GAMBARO, *Abuso di diritto, risarcimento del danno e contratto: quando la chiarezza va in vacanza*.

Tuttavia, come è stato osservato in altra sede, il pericolo che il giudice eserciti un sindacato di merito sull'azione amministrativa è un problema comune a tutti i principi generali, sia che abbiano origine nel diritto comune, sia in quello pubblico¹³⁴. Il sindacato giurisdizionale sulla proporzionalità o sulla ragionevolezza dell'esercizio del potere costituiscono anch'essi strumenti teoricamente idonei a consentire un controllo sulla congruità della valutazione amministrativa, che rischia di esulare i confini del sindacato di legittimità, inteso come mero raffronto formale tra l'attività amministrativa e le puntuali disposizioni di legge. Il vizio dell'eccesso di potere svolge precisamente la funzione di aumentare le garanzie degli amministrati rispetto a quanto previsto da specifiche previsioni normative. L'inclusione del principio di correttezza tra i principi che integrano la disciplina pubblicistica nell'ambito di un giudizio di legittimità non mira a sostituire una «legalità di diritto pubblico» – asseritamente più garantistica, in quanto fondata su un'intrinseca diseguaglianza tra poteri – ad una «legalità di diritto privato», tipica dei rapporti patrimoniali tra privati, bensì, esclusivamente, ad assoggettare l'amministrazione, oltre che ai limiti imposti dalla legislazione ad essa specifica, anche ai principi a valenza generale che si impongono indistintamente a tutti i soggetti dell'ordinamento, pur nascendo e trovando la loro maggiore elaborazione del diritto privato.

È pur vero che in dottrina sono emerse tesi che hanno proposto di ricondurre interamente le figure tradizionalmente considerate sintomatiche dell'eccesso di potere a violazioni delle clausole generali codicistiche, proponendone un'accezione autonoma e distinta dai principi del potere pubblico (ragionevolezza, logicità o proporzionalità) ed intendendole come fonti di obblighi di comportamento cui corrispondono diritti soggettivi in capo all'amministrato¹³⁵. Tuttavia, la giurisprudenza amministrativa non sembra aver utilizzato i principi di diritto comune né in sostituzione ai principi pubblicistici che guidano l'attività amministrativa, né come strumenti per sindacare nel merito l'esercizio del potere discrezionale, quanto, piuttosto, come fonti integrative dei principi pubblicistici di imparzialità e buon andamento e delle garanzie procedurali previste per legge.

La recente giurisprudenza amministrativa, con sempre maggior frequenza, ha fatto ricorso ai principi di diritto comune e, segnatamente, ai principi di buona fede e correttezza come canoni integrativi delle garanzie

¹³⁴ Sia consentito rinviare a L. LORENZONI, *I principi di diritto comune nell'attività amministrativa*, Napoli, 2018, 406 - 407.

¹³⁵ C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela: dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, cit., 251 – 326. G. SIGISMONDI, *Eccesso di potere e clausole generali: modelli di sindacato sul potere pubblico e sui poteri privati a confronto*, cit., 54 – 62.

procedimentali sancite nella legge n. 241 del 1990. Ad esempio, un corposo orientamento giurisprudenziale ha utilizzato i principi di correttezza per ampliare l'obbligo di provvedere dell'amministrazione a fronte di istanze private, anche non tipizzate, integrando così, le garanzie discendenti dalla doverosità dell'azione amministrativa¹³⁶. I principi di buona fede e correttezza sono stati, altresì, posti a fondamento di numerosi obblighi di informazione e di comunicazione non espressamente previsti da specifiche disposizioni normative¹³⁷. Alla stregua dei principi di diritto comune è stato richiesto un obbligo di motivazione dei provvedimenti amministrativi maggiormente esteso rispetto a quello contemplato dall'articolo 3 della legge n. 241 del 1990¹³⁸. Oltretutto, i principi di correttezza sono stati applicati in procedimenti caratterizzati da un'ampia discrezionalità, per imporre all'amministrazione obblighi di coerenza tra quanto comunicato agli interessati nel corso del procedimento e la decisione in concreto adottata¹³⁹. Più in generale, la giurisprudenza ha sovente affermato l'esigenza di correttezza a tutela delle legittime aspettative dei privati nel contesto di giudizi di legittimità sull'attività amministrativa, anche al di fuori dai casi di provvedimenti di secondo grado al fine di attribuire all'amministrazione doveri di collaborazione procedimentale ulteriori rispetto a quelli previsti per legge¹⁴⁰.

Il dovere di correttezza è stato richiamato, nella maggior parte dei casi, unitamente ai principi pubblicistici di imparzialità e buon andamento¹⁴¹. L'osservazione del concreto impiego dei principi di diritto comune da parte

¹³⁶ Si vedano, tra le molte, Cons. Stato sez. IV, sent. 14 dicembre 2004, n. 7975, in *Urbanistica e Appalti*, 2005, 6, 693, con nota di R. DE PIERO, *La fonte dell'obbligo di dare risposta alle istanze dei privati*; Cons. Stato sez. VI, 11 maggio 2007, n. 2318 in *Foro It.*, 2009, 3, 3, 165; T.A.R. Sicilia Palermo sez. III, 03 febbraio 2012, n. 298; Cons. Stato Sez. IV, Sent., 12 febbraio 2015, n. 741; Cons. Stato sez. VI, sent. 08 febbraio 2016, n. 508, in *Diritto e Giustizia*, 2016, 1; T.A.R. Lecce, Puglia, sez. I, 06 novembre 2017, n. 1695.

¹³⁷ Si vedano, tra le molte, Cons. Stato sez. IV, 28 agosto 2001, n. 4541, in *Foro Amm.*, 2001, 1951; Cons. Stato sez. VI, sent. 05 settembre 2011, n. 5002, in *Danno e Resp.*, 2011, 11, 1117; Cons. Stato sez. V, sent. 06 maggio 2015, n. 2270; Cons. Stato sez. V, sent. 17 marzo 2014, n. 1323.

¹³⁸ T.A.R. Sicilia Catania sez. I, sent. 12 settembre 2012, n. 2140.

¹³⁹ Cons. Giust. Amm. Sicilia, 23 dicembre 2016, n. 479.

¹⁴⁰ Si veda, ad esempio, Cons. Stato sez. IV, 15 luglio 2008, n. 3536, in *Foro Amm. CDS*, 2008, 2375

¹⁴¹ In proposito, parte della dottrina ha affermato che gli elementi di diritto positivo esistenti sembrano sufficienti «per consentire un'applicazione diretta dei principi privatistici di buona fede, correttezza e diligenza in materia di procedimento amministrativo, emancipandone l'applicazione dalla sorte congiunta con i principi pubblicistici» (M. DE BENEDETTO, *Istruttoria amministrativa e ordine del mercato*, cit., 45).

del giudice amministrativo sembra sedare, dunque, le preoccupazioni su un possibile sconfinamento del sindacato giurisdizionale amministrativo nel merito delle scelte discrezionali dell'amministrazione.

6. Conclusioni

La sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 5 del 2018, oltre ad aver consentito il definitivo superamento di alcuni limiti introdotti dalla precedente giurisprudenza amministrativa alla responsabilità precontrattuale dell'amministrazione nelle procedure ad evidenza pubblica, ha costituito l'occasione per riflettere su alcune delle maggiori problematiche che emergono dall'applicazione di principi di matrice civilista che impongono regole di condotta all'azione amministrativa. Nel presente scritto, ci si è soffermati, in particolare, su due aspetti: la connotazione giuridica delle regole di correttezza imposte alla P.A. – ed il conseguente inquadramento della responsabilità derivante dalla relativa violazione – e l'applicabilità del principio di non interferenza tra regole di validità e di comportamento al sindacato di legittimità del giudice amministrativo. I suddetti aspetti, invero, incidono in modo preponderante sull'attuale portata della responsabilità civile dell'amministrazione pubblica.

Quanto al primo profilo, la Plenaria, pur definendo come diritto soggettivo la posizione giuridica lesa dalla condotta non conforme al dovere di correttezza della P.A., ha omesso di qualificare espressamente la responsabilità precontrattuale della P.A. come responsabilità aquiliana, da inadempimento o da contatto sociale. Tuttavia, il Collegio ha sottolineato la necessaria dimostrazione da parte del danneggiato di tutti gli elementi previsti dall'articolo 2043 del codice civile, incluso l'elemento soggettivo della colpa o del dolo. La cautela del Consiglio di Stato nell'imporre un rigoroso onere della prova in capo al privato appare giustificata all'esigenza di delineare precisi confini alla responsabilità civile della P.A. per evitarne un eccessivo ampliamento a discapito, in definitiva, della finanza pubblica, nonché, come affermato da parte della dottrina, dell'efficienza dell'azione amministrativa¹⁴². Tuttavia, quantomeno nel campo dell'attività consensuale dell'amministrazione, un pieno ed incondizionato accoglimento del principio civilistico della correttezza precontrattuale appare maggiormente

¹⁴² M. DE BENEDETTO, *Istruttoria amministrativa e ordine del mercato*, cit., 111. Si veda supra, nota 102.

in linea con la giurisprudenza, italiana ed europea, nonché con i principi generali dell'azione amministrativa.

In primoluogo, la giurisprudenza della Corte di Cassazione ha espressamente qualificato la responsabilità precontrattuale dell'amministrazione come responsabilità da «contatto sociale qualificato», inteso quale fatto idoneo a produrre obbligazioni, ai sensi dell'art. 1173 c.c., dal quale derivano a carico delle parti reciproci obblighi di correttezza, la violazione dei quali comporta una responsabilità per inadempimento¹⁴³. La riconduzione da parte del Consiglio di Stato della responsabilità precontrattuale della P.A. nel campo extracontrattuale, rischia, pertanto, di creare una discrasia tra la tutela risarcitoria accordata da parte del giudice amministrativo e quella concessa dal giudice ordinario. Peraltro, come già ricordato, la posizione giuridica soggettiva risarcibile di chi è stato lesa da un'azione amministrativa autoritativa contraria al principio di correttezza è stata inquadrata da parte della Plenaria nell'ambito del diritto soggettivo. Di conseguenza, seguendo la linea della pronuncia, la medesima situazione giuridica soggettiva risponderebbe ad un regime risarcitorio diverso, a seconda se essa rientri o meno in una materia di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

In secondo luogo, la Corte di Giustizia europea ha espressamente escluso la possibilità per gli Stati membri di subordinare l'accertamento della responsabilità della P.A. per violazione delle norme sugli appalti pubblici all'accertamento del requisito dell'elemento soggettivo della colpa o del dolo¹⁴⁴. È pur vero che la giurisprudenza amministrativa italiana ha fornito un'interpretazione restrittiva a suddetto principio, circoscrivendone la portata applicativa alla sola violazione della disciplina europea degli appalti pubblici e ritenendo sostanzialmente analoghi i criteri individuati dal giudice amministrativo italiano per individuare la colpa della P.A. rispetto a quelli usati dalla Corte di Giustizia per valutare la violazione grave e manifesta del diritto europeo¹⁴⁵. Sebbene il caso specifico portato all'attenzione della Plenaria non riguardasse strettamente la violazione della disciplina europea in materia di contratti pubblici, anche sotto questo profilo, la posizione in esame crea il rischio di una disparità di trattamento tra i soggetti lesi dall'azione amministrativa nell'ambito di procedure ad evidenza pubblica, a seconda

¹⁴³ Tra le molte, la già citata Cass. civ. sez. I, 12 luglio 2016, n. 14188 cit.

¹⁴⁴ Corte giust. UE, sent. 30 settembre 2010, in C-314/09, Stadt Graz, cit.

¹⁴⁵ In questo senso si è espresso il Consiglio di Stato nelle sentenze: Cons. Stato sez. IV, 31 gennaio 2012, nn. 482 e 483 in *Giornale Dir. Amm.*, 2012, 10, 969, con nota di R. CARANTA, *Diritto Uee diritto nazionale: il caso dell'elemento soggettivo della responsabilità*. In senso conforme Cons. Stato sez. V, 19 novembre 2012, n.5846, in *Foro amm.* CDS 2012, 11, 2900.

che abbiano subito azioni amministrative violative di norme di dettaglio sui contratti pubblici, ovvero di principi generali di correttezza precontrattuale.

La seconda problematica sollevata dall'Adunanza Plenaria riguarda la trasposizione nel diritto amministrativo della distinzione tra regole di validità e regole di comportamento, caratteristica del diritto civile. In quest'ultimo settore, dove vige il principio di tipicità dei motivi di annullamento e di nullità del contratto, il principio di non interferenza tra regole di validità e regole di condotta è volto ad escludere che il giudice possa intervenire sull'opzione decisionale dei contraenti cristallizzata nell'atto negoziale mediante il ricorso a disposizioni elastiche contenute nelle clausole generali.

Diversamente, nel diritto amministrativo, i principi generali di natura pubblicistica incidenti sul comportamento della P.A. (primi tra tutti, imparzialità e buon andamento), rientrano pacificamente tra i parametri sulla base dei quali valutare la validità del provvedimento amministrativo (sia per violazione di legge sia per eccesso di potere). Il sindacato di legittimità del giudice amministrativo, invero, non può limitarsi ad un mero raffronto formale tra il contenuto dell'atto amministrativo e le puntuali disposizioni di legge. In particolare, la previsione del vizio di eccesso di potere svolge precisamente la funzione di estendere la cognizione del giudice ad aspetti dell'azione amministrativa ulteriori rispetto a quanto previsto da specifiche previsioni normative di dettaglio.

A ben vedere, infatti, la pronuncia dell'Adunanza Plenaria in esame non riferisce la distinzione tra regole di validità e di comportamento alle caratteristiche della fattispecie normativa (principio, clausola generale, regola puntuale...) ¹⁴⁶, come avviene nella giurisprudenza civile, bensì alla

¹⁴⁶ Sulla distinzione tra regole, principi e clausole generali la dottrina è sconfinata. Per alcuni fondamentali riferimenti di dottrina italiana sul tema dei principi generali del diritto si vedano V. CRISAFULLI, *I principi costituzionali dell'interpretazione ed applicazione delle leggi*, in *Scritti in onore di Santi Romano*, Padova, 1939; G. GORLA, *L'interpretazione del diritto*, 1941, ristampa con presentazione di R. SACCO, Milano, 2003; G. B. FUNAJOLI (a cura di), *Studi sui principi generali dell'ordinamento giuridico fascista*, in *Atti del Convegno Nazionale Universitario sui principi generali dell'ordinamento giuridico fascista*, Pisa, 18-19 maggio 1940, Facoltà di Giurisprudenza e della scuola di perfezionamento nelle discipline corporative della R. Università di Pisa, 1943; V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952; G. DEL VECCHIO, *Sui principi generali del diritto*, Milano, 1958; N. BOBBIO, *Principi generali del diritto*, in *Noviss. Dig. It.*, XIII, Torino, 1966, 866 – 896; S. BARTOLE, *Principi generali del diritto (dir. cost.)*, in *Enc. Dir.*, XXXV, Milano, 1986, 494 – 533; F. SORRENTINO, *I principi generali dell'ordinamento giuridico nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto*, in *Diritto e società*, 1987, 1, 181 – 201; F. MODUGNO, *Principi generali dell'ordinamento (dir. cost.)*, I, in *Enc. Giur.*, XXIV, Roma, 1991, 1 – 24; AA.VV. *Convegno sul tema: I principi generali del diritto (Roma, 27-29 maggio 1991)*, in *Atti dei Convegni Lincei. I principi generali del diritto*, Accademia Nazionale dei Lincei, Roma 1992;

derivazione pubblicistica o privatistica della norma violata. Si afferma che la violazione di regole (non principi) di diritto pubblico (attinenti al provvedimento e, quindi all'esercizio diretto ed immediato del potere) determina, normalmente, l'invalidità del provvedimento adottato, mentre la violazione delle regole di diritto privato (attinenti al comportamento collegato in via indiretta e mediata all'esercizio del potere) non genera invalidità provvedimentale, bensì esclusivamente responsabilità¹⁴⁷. Tuttavia, come affermato in dottrina, dal recepimento della suddetta distinzione nel diritto amministrativo discenderebbe che «la violazione di principi fondamentali come la correttezza, la buona fede, il legittimo affidamento, finirebbe per avere sull'attività amministrativa un impatto minore rispetto a quel che si riconosce all'infrazione di una norma specifica dettata da una legge di settore riconducibile alle regole pubblicistiche»¹⁴⁸.

Le voci critiche ad una piena applicazione dei principi di diritto comune all'azione amministrativa autoritativa sembrano essersi focalizzate sul timore di una piena sostituzione dei principi pubblicistici, elaborati dalla giurisprudenza amministrativa nel sindacato sull'eccesso di potere amministrativo, con i principi di derivazione civilistica, ritenuti non

R. GUASTINI, *Principi di diritto*, in *Dig. Disc. Priv. Sez. Civ.*, XIV, Torino, 1996, 341 – 355; G. ALPA, *I principi generali*, in G. IUDICA; P. ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, II ed., Milano, 2006; L. MEZZETTI, *Valori, principi, regole*, in L. MEZZETTI (a cura di), *Principi costituzionali*, Torino, 2011, 1 – 178; AA. VV. *I principi nell'esperienza giuridica. Atti del Convegno della Facoltà di Giurisprudenza della Sapienza, Roma 14-15 novembre, 2014*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, Roma, 2014; C. PINELLI, *Principi, regole, istituti*, in *Dir. Pubbl.*, 2015, 1, 35 – 63. Sulle clausole generali si vedano, anche in questo caso senza alcuna pretesa di esaustività, F. ROSELLI, *Il controllo della Cassazione civile sull'uso delle clausole generali*, cit.; A. DI MAJO, *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1984, 539 – 571; L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1986, 5 – 19; C. CASTRONOVO, *L'avventura delle clausole generali*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1986, 21 – 30; A. FALZEA, *Gli standards valutativi e la loro applicazione*, in *Riv. Dir. Civ.* 1987, 1, 1 – 20; S. RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1987, 709 – 733; AA.VV., *Il principio di buona fede, giornata di studio (Pisa, 14 giugno 1985)*, in *Quaderni della Scuola Superiore di Studi universitari e di perfezionamento*, III, Milano, 1987; A. BELVEDERE, *Le clausole generali tra interpretazione e produzione di norme*, in *Pol. Dir.*, 1988, 631 – 653; P. RESCIGNO, *Appunti sulle clausole generali*, in *Riv. Dir. Comm.* 1998, 1 – 8. Tra i contributi più recenti sul tema, V. VELLUZZI, *Le clausole generali, semantica e politica del diritto*, Milano, 2010; G. D'AMICO, *Clausole generali e controllo del giudice*, in *Giur. It.*, 2011, 7; E. FABIANI, *Clausola generale*, in *Enc. Dir.*, Annali V, Milano, 2012, 183 – 253; E. DEL PRATO, *I principi nell'esperienza civilistica: una panoramica*, *Atti del Convegno della Facoltà di Giurisprudenza della Sapienza, Roma 14-15 novembre, 2014*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, Roma, 2014, 265 – 278.

¹⁴⁷ Cons. Stato, Ad. Plen., 04 maggio 2018, n.5, cit., punto 34

¹⁴⁸ M. D'ALBERTI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Torino, 2019, 391.

sufficientemente garantistici rispetto al perseguimento del pubblico interesse da parte della P.A. ed alla tutela degli amministrati¹⁴⁹.

Alla luce della sopra riportata analisi giurisprudenziale, tali preoccupazioni, tuttavia, non appaiono fondate. Il giudice amministrativo, in diverse occasioni ha utilizzato i principi di correttezza per annullare provvedimenti amministrativi, affiancandoli a quelli pubblicistici ed estendendo l'ambito di alcune garanzie procedimentali previste dalla disciplina settoriale. Il ricorso a tali principi ha consentito un ampliamento della visibilità delle decisioni amministrative e una maggiore responsabilizzazione dei soggetti procedenti. Una decisione adottata in conformità al principio di correttezza, infatti, non solo impone una più attenta considerazione degli interessi privati in gioco, ma tutela anche un migliore perseguimento dell'interesse pubblico, mediante la garanzia di una più elevata attenzione e diligenza nel comportamento amministrativo prodromico e successivo all'adozione del provvedimento.

L'accrescimento del novero dei principi che integrano la disciplina pubblicistica non mira, quindi, a sostituire la «legalità di diritto pubblico» – asseritamente più garantistica, in quanto fondata su un'intrinseca disuguaglianza tra poteri – con una «legalità di diritto privato», tipica dei rapporti patrimoniali tra privati, bensì, esclusivamente, ad assoggettare l'amministrazione, oltre che ai limiti imposti dalla legislazione ad essa specifica, anche ai principi a valenza generale che si impongono indistintamente a tutti i soggetti dell'ordinamento, pur nascendo e trovando la loro maggiore elaborazione del diritto privato. L'utilizzo integrativo del principio di correttezza nel sindacato di legittimità del giudice amministrativo appare, dunque, particolarmente proficuo ed opportuno, *a fortiori*, considerati gli inevitabili limiti ad un suo pieno utilizzo nel campo dell'azione risarcitoria dovuti a considerazioni pragmatiche di ricadute sulla spesa pubblica.

¹⁴⁹ Muovendo dal presupposto che il regime pubblicistico sia «di gran lunga più garantista di quello privatistico» e che la «legalità di diritto pubblico», perché fondata su un'intrinseca disuguaglianza tra poteri pubblici e soggetti privati, si imponga in modo più stringente al potere amministrativo, si è affermato che i principi caratterizzanti il diritto amministrativo (legalità dei fini e dei mezzi, rilevanza esterna dell'organizzazione e dell'attività amministrativa, controllo della discrezionalità, valore di regola invalidante delle violazioni di legge, carattere generale della tutela costitutiva e ampiezza degli interessi tutelati) offrano una tutela più pregnante rispetto a quelli privatistici. M. MAZZAMUTO, *I principi costitutivi del diritto amministrativo come autonoma branca del diritto*, in M. RENNA; F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, 3 – 39.

Scilla Vernile*

L'adozione delle decisioni amministrative tramite formule algoritmiche

SOMMARIO: 1. Delimitazione dell'ambito di indagine – 2. I potenziali vantaggi della decisione amministrativa algoritmica – 3. Il contenzioso sul procedimento nazionale di assunzione degli insegnanti – 4. L'algoritmo tra attività amministrativa vincolata e discrezionale – 5. La decisione amministrativa algoritmica tra trasparenza e responsabilità – 6. Conclusioni.

1. *Delimitazione dell'ambito di indagine*

La digitalizzazione dell'attività amministrativa ha prodotto e produce indubbi vantaggi, innanzitutto quale strumento di comunicazione, raccolta e catalogazione dei dati indispensabile per promuovere una maggiore efficienza dell'organizzazione e dell'attività amministrativa e per ridurre la “distanza” tra cittadino e pubblica amministrazione, rendendo più trasparente il “funzionamento” delle amministrazioni pubbliche. La digitalizzazione così intesa, ossia principalmente in termini di utilizzo di strumenti informatici nell'esercizio dell'attività amministrativa, per una più efficiente collaborazione tra soggetti pubblici e per garantire contatti più rapidi e flessibili con i cittadini-utenti, si attegga a “supporto” dell'attività amministrativa, contribuendo a semplificare l'acquisizione e la catalogazione dei dati, nonché la loro circolazione, diffusione ed elaborazione¹.

In questo senso si sono mossi il d.lgs. 12 febbraio 1993, n. 39², recante

* Ricercatrice di Diritto amministrativo (RTD/A), Università degli Studi di Sassari, Dipartimento di Giurisprudenza.

¹ G. CARULLO, *Gestione, fruizione e diffusione dei dati dell'amministrazione digitale e funzione amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2017, *passim*.

² Il d.lgs. 39/1993 costituisce il primo atto normativo organico in materia, tuttavia, specifiche previsioni erano già contenute in precedenti disposizioni normative, si pensi, a mero titolo esemplificativo, all'art. 2 del d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29, confluito nell'art. 2 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, ai sensi del quale le amministrazioni devono favorire il collegamento delle attività degli uffici, adeguandosi al dovere di comunicazione interna

“Norme in materia di sistemi informativi automatizzati delle amministrazioni pubbliche”, per la “costruzione” di un’informatica pubblica³, nonché le disposizioni volte a disciplinare l’atto amministrativo informatico, imprescindibile ai fini di un processo di vera e propria digitalizzazione degli atti amministrativi, “formati” e non soltanto “copiati” attraverso strumenti informatici.

Tali disposizioni sono state oggetto di un processo di sistematizzazione che si è tradotto nell’adozione del d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82, noto come Codice dell’amministrazione digitale, per la creazione di una rete di comunicazione tra amministrazioni e tra queste e i cittadini, volto a favorire la trasparenza e la partecipazione ai processi decisionali⁴ e ridurre le asimmetrie informative, al contempo snellendo passaggi burocratici per un’azione amministrativa più rapida ed efficiente.⁵

Sebbene siano sorte importanti questioni interpretative anche con riguardo all’utilizzo degli strumenti informatici in sostituzione di quelli cartacei, o comunque tradizionali⁶, sembrerebbe essere stato ormai raggiunto un consenso pressoché unanime circa l’utilità, o meglio l’indispensabilità, dei mezzi informatici per una maggiore celerità, efficienza e trasparenza nell’esercizio delle molteplici attività di competenza dell’amministrazione.

ed esterna, e l’interconnessione mediante sistemi informatici e statistici pubblici.

³ M. BOMBARDELLI, *Informatica pubblica, e-government e sviluppo sostenibile*, in «Riv. it. dir. pubbl. comun.», 5, 2002, pp. 991 ss.

⁴ In questo senso anche la delega contenuta nella l. 7 agosto 2015, n. 124, all’art. 1 sulla Carta della cittadinanza digitale, con lo scopo di «garantire ai cittadini e alle imprese, anche attraverso l’utilizzo delle tecnologie dell’informazione e della comunicazione, il diritto di accedere a tutti i dati, i documenti e i servizi di loro interesse in modalità digitale, nonché al fine di garantire la semplificazione nell’accesso ai servizi alla persona, riducendo la necessità dell’accesso fisico agli uffici pubblici», su cui si v. V. CERULLI IRELLI, *La tecnificazione*, in *La tecnificazione* a cura di S. Civitarese Matteucci – L. Torchia, in *A 150 anni dall’unificazione amministrativa italiana* (Studi), IV, a cura di L. Ferrara – D. Sorace, Firenze University Press, Firenze, 2016, pp. 279 ss.

⁵ Al fine di sviluppare ulteriormente le misure volte a favorire l’avanzamento dell’amministrazione digitale, anche a seguito dell’emergenza sanitaria determinata dalla diffusione del Covid-19, il D.L. 16 Luglio 2020, n. 76, recante appunto “Misure urgenti per la semplificazione e l’innovazione digitale”, modificando tra l’altro, il d.lgs. n. 82/2005, dedica alle “Misure di semplificazione per il sostegno e la diffusione dell’amministrazione digitale” il Titolo III, suddiviso in quattro Cap., rispettivamente rubricati: I. “Cittadinanza digitale e accesso ai servizi digitali della pubblica amministrazione”; II. “Norme generali per lo sviluppo dei sistemi informativi delle pubbliche amministrazioni e l’utilizzo del digitale nell’azione amministrativa”; III. “Strategia di gestione del patrimonio informativo pubblico per fini istituzionali”; IV. “Misure per l’innovazione”.

⁶ Si pensi alla questione dei vizi formali dell’atto e, in particolare, al problema della sottoscrizione, su cui si v. A.G. OROFINO, *L’esternazione informatica degli atti amministrativi*, in *La tecnificazione* a cura di Civitarese Matteucci – Torchia, cit., pp. 181 ss.

Diversa e più complessa, invece, è la questione che ci si propone di affrontare in questa sede, ossia quella del possibile utilizzo dello strumento informatico, o meglio di un software basato su una formula algoritmica, ai fini dell'adozione delle decisioni amministrative⁷. La questione, portata recentemente alla ribalta da alcune pronunce giurisprudenziali del Tar Lazio e del Consiglio di Stato, presuppone un livello più avanzato di digitalizzazione, potenzialmente idoneo a incidere significativamente sull'azione, così come sull'organizzazione delle pubbliche amministrazioni, che sembrerebbe potere addirittura condurre alla "sostituzione" della persona fisica impersonante l'organo che adotta la decisione amministrativa⁸ con un *software* che, tramite una formula algoritmica, sia in grado di elaborare i dati e le informazioni nella stessa inseriti (o dalla stessa acquisiti, secondo la partizione che si farà) e generare un'autonoma valutazione di tali elementi.

Nei prossimi paragrafi, dunque, saranno esaminate le principali criticità che potrebbero sorgere dal ricorso a un processo di automazione pressoché completo⁹, con portata sostitutiva dell'intelligenza umana, ai fini dell'adozione delle decisioni amministrative.

Invero, il nostro ordinamento già conosce diversi esempi di decisioni automatizzate. Quello più "classico" e noto è rappresentato dai verbali

⁷ Sugli atti amministrativi automatizzati, senza pretesa di esaustività, A. MASUCCI, *L'atto amministrativo informatico*, Jovene, Napoli, 1993; Id., *Atto amministrativo informatico* (voce), in *Enc. Dir.*, Aggiornamento, vol. I, Milano, 1997, pp. 221 ss.; G. DUNI, *Amministrazione digitale* (voce), in *Enc. Dir.*, Annali, I, Milano, 2007; pp. 13 ss.; Id., *L'amministrazione digitale. Il diritto amministrativo nella evoluzione telematica*, Giuffrè, Milano, 2008; A. USAI, *Le elaborazioni possibili delle informazioni. I limiti alle decisioni amministrative automatiche*, in *Dall'informatica amministrativa alla teleamministrazione* a cura di G. Duni, Ist. Poligrafico dello Stato, Roma, 1992, pp. 55 ss.; Id., *Le prospettive di automazione delle decisioni amministrative in un sistema di teleamministrazione*, in «*Dir. inf.*», 1, 1993, pp. 163 ss.; U. FANTIGROSSI, *Automazione e pubblica amministrazione*, Il Mulino, Bologna, 1993; D. MARONGIU, *L'attività amministrativa automatizzata*, Maggioli Editore, Bologna, 2005; A.G. OROFINO – R.G. OROFINO, *L'automazione amministrativa: imputazione e responsabilità*, in «*Giorn. dir. amm.*», 12, 2005, pp. 1300 ss.

⁸ Sul ricorso all'intelligenza artificiale ai fini dell'adozione delle decisioni giudiziarie: M. LUCIANI, *La decisione giudiziaria robotica*, in «*Rivista AIC*», 3, 2018; S. QUATTROCOLO, *Questiti nuovi e soluzioni antiche? Consolidati paradigmi normativi vs. rischi e paure della giustizia digitale "predittiva"*, in «*Cass. pen.*», 4, 2019, pp. 1748 ss; F.P. GRIFFI, *La decisione robotica e il giudice amministrativo*, in «*giustizia-amministrativa.it*», 2018.

⁹ D.U. GALETTA – J.G. CORVALÁN, *Intelligenza artificiale per una pubblica amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, in «*federalismi.it*», 3, 6 febbraio 2019, individuano tre distinti livelli: a) Primo Livello. Automazione completa; b) Secondo Livello. Automazione e intervento umano ridotto; c) Terzo Livello. Automazione più predizione.

di accertamento delle violazioni del Codice della strada, ma assumono particolare rilievo anche i sistemi telematici d'acquisto disciplinati dal d.lgs. n. 50/2016¹⁰. Tuttavia, l'intento di espandere il raggio d'azione dello strumento informatico in funzione "decidente" e sostitutiva di quella umana, fino a ricomprendere anche fattispecie caratterizzate da una maggiore complessità, ha generato un acceso dibattito sulle criticità di un simile approccio.

Tralasciando i profili culturali e sociologici, nel presente lavoro si approfondiranno alcune delle principali problematiche scaturenti dall'utilizzo delle formule algoritmiche nella determinazione del contenuto delle decisioni amministrative, chiarendo, fin dal principio, che non pare possa essere di ostacolo l'assenza di disposizioni espresse che abilitino l'amministrazione a optare per la decisione amministrativa algoritmica. La scelta di utilizzare un software che, operando secondo regole prestabilite (ferma la questione – che sarà debitamente affrontata – degli algoritmi basati su un sistema di *machine learning*), adotti la decisione amministrativa in luogo della persona fisica preposta rientrerebbe nell'ambito della potestà organizzativa dell'amministrazione¹¹, sebbene ciò non escluda che si tratti di un'opzione condizionata al rispetto di limiti di cui ci si propone, almeno in parte, l'individuazione.

¹⁰ Si pensi, ad esempio, all'art. 56, c. 1, d.lgs. 50/2016, a mente del quale «le stazioni appaltanti strutturano l'asta come un processo elettronico per fasi successive, che interviene dopo una prima valutazione completa delle offerte e consente di classificarle sulla base di un trattamento automatico. Gli appalti di servizi e di lavori che hanno per oggetto prestazioni intellettuali, come la progettazione di lavori, che non possono essere classificati in base ad un trattamento automatico, non sono oggetto di aste elettroniche». Ancora, ai sensi del c. 2, «nelle procedure aperte, ristrette o competitive con negoziazione e nelle procedure negoziate precedute da un'indizione di gara, le stazioni appaltanti possono stabilire che l'aggiudicazione di un appalto sia preceduta da un'asta elettronica quando il contenuto dei documenti di gara, in particolare le specifiche tecniche, può essere fissato in maniera precisa».

¹¹ A. MASUCCI, *Procedimento amministrativo e nuove tecnologie. Il procedimento amministrativo elettronico ad istanza di parte*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 86; P. OTRANTO, *Decisione amministrativa e digitalizzazione p.a.*, in «federalismi.it», 2, 17 gennaio 2018. Sulla necessità di un fondamento normativo, ancorché non necessariamente legislativo, ma consistente in regolamenti o atti a contenuto generale, in virtù del carattere derivato o secondario del potere di conferimento all'intelligenza artificiale, S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Umano troppo umano. Decisioni amministrative automatizzate e principio di legalità*, in «Dir. pubbl.», 1, 2019, pp. 5 ss., per il quale, sulla base di un parallelismo con quanto avviene per i poteri esecutori, occorre fare fronte all'esigenza della specifica legalità sostanziale che si richiede all'intelligenza artificiale applicata all'attività amministrativa che «non può che essere riferita a ciascuna singola fattispecie di "potere primario" se si vogliono assicurare i "valori del diritto amministrativo"».

2. I potenziali vantaggi della decisione amministrativa algoritmica

Diversi sono i vantaggi che potrebbero derivare dall'utilizzo dell'algoritmo ai fini dell'adozione delle decisioni amministrative. Primo fra tutti quello derivante dalla neutralità del funzionamento dell'algoritmo, che consente di escludere i pregiudizi “consci o inconsci”¹² inevitabilmente espressi dall'animo umano.

A prescindere dall'idoneità della formula algoritmica a contrastare anche fenomeni di micro e macro-corruzione¹³, il ricorso a formule algoritmiche, dunque, parrebbe idoneo a “neutralizzare” la componente “emotiva”¹⁴, gli errori umani¹⁵, le negligenze, in qualche misura “giustificate” se si pone mente alle regole che governano la responsabilità dei dipendenti pubblici¹⁶.

A ciò si aggiungono i vantaggi evidenti che deriverebbero in termini di semplificazione dell'azione amministrativa, chiaramente più rapida e efficiente di quella affidata alla persona fisica. I tempi e i costi dell'azione sarebbero significativamente ridotti dalla capacità della “macchina” di esaminare ed elaborare la documentazione di riferimento in maniera incommensurabilmente più rapida di qualsiasi persona fisica.

Inoltre, la capacità della macchina di acquisire e catalogare una vastità e complessità di dati è tale da garantire una base conoscitiva indubbiamente più ampia di quella di cui potrebbe mai disporre la persona fisica¹⁷, tanto più

¹² G. AVANZINI, *Decisioni amministrative e algoritmi informatici. Predeterminazione, analisi predittiva e nuove forme di intellegibilità*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019, p. 15.

¹³ Resterebbe l'eventualità, certo più remota, ma comunque immaginabile, di una “manomissione” delle formule algoritmiche.

¹⁴ CIVITARESE MATTEUCCI, *Umano troppo umano*, cit., pp. 6-7.

¹⁵ M.C. CAVALLARO – G. SMORTO, *Decisione pubblica e responsabilità dell'amministrazione nella società dell'algoritmo*, in «*federalismi.it*», 16, 4 settembre 2019.

¹⁶ Per tutti, S. CIMINI, *La responsabilità amministrativa e contabile. Introduzione al tema ad un decennio dalla riforma*, Giuffrè, Milano, 2003.

¹⁷ Presupposto necessario sembra essere l'accoglimento di quella «lettura che vuole nei “dati” una risorsa da sfruttare, un giacimento», su cui si sofferma E. CARLONI, *Algoritmi su carta. Politiche di digitalizzazione e trasformazione digitale delle amministrazioni*, in «*Dir. pubbl.*», 2, 2019, pp. 363 ss., il quale pone in luce le differenze regolatorie cui sottostanno istituzioni pubbliche e private che, sebbene per cause meritorie, finiscono per limitare significativamente la possibilità di utilizzare questa ricchezza conoscitiva, contribuendo a ostacolare lo sviluppo di un «modello di amministrazione innovativa che resta quasi chimerica ma è al tempo stesso ormai tradizionale: un'amministrazione al servizio dei cittadini e delle imprese, nel quale si superi la tradizionale logica per “silos” e le istituzioni siano in grado di rapportarsi in modo unitario nei confronti degli utenti; utenti identificati con alto livello di certezza, in grado di autenticare le proprie transazioni e completare

ove si introduca la distinzione tra algoritmi deduttivi e algoritmi predittivi¹⁸, realizzati, questi ultimi, tramite una tecnologia che abiliterebbe la macchina a sviluppare decisioni ulteriori e diverse da quelle che potrebbero essere adottate esclusivamente sulla base dei dati inseriti nel software (comprensivi di disposizioni normative, precedenti, elementi fattuali e così via). La tecnologia di *machine learning* su cui si basano gli algoritmi predittivi, infatti, consente loro di “imparare” e acquisire dati ulteriori rispetto a quelli selezionati *ex ante* e inseriti nella formula algoritmica.

Senonché, proprio con riguardo agli algoritmi basati su meccanismi di *machine learning* sorgono maggiori perplessità¹⁹, per la difficoltà di assicurare la prevedibilità della decisione e per la conseguente maggiore opacità del processo decisionale²⁰. Il problema della trasparenza e conoscibilità della decisione automatizzata, insieme a quello della responsabilità di chi adotta la decisione, emergono chiaramente anche dall’esame della giurisprudenza che si è occupata di uno dei casi più emblematici di applicazione della formula algoritmica al procedimento amministrativo, ossia quello relativo al procedimento di assunzione degli insegnanti in attuazione del Piano straordinario previsto dalla riforma “Buona Scuola”. Nel prossimo paragrafo, dunque, saranno richiamate le pronunce del giudice amministrativo che si sono occupate del contenzioso sorto a causa dei risultati, invero paradossali, raggiunti in quella specifica vicenda.

quindi la fornitura di servizi da parte di un sistema pubblico internamente integrato».

¹⁸ F. COSTANTINO, *Lampi. Nuove frontiere delle decisioni amministrative tra open e big data*, in «Dir. amm.», 4, 2017, pp. 799 ss.; Id., *Rischi e opportunità del ricorso delle amministrazioni alle predizioni dei big data*, in «Dir. pubbl.», 1, 2019, pp. 43 ss.

¹⁹ Vantaggi e rischi dell’intelligenza artificiale sono stati recentemente messi in luce dalla Commissione europea con la pubblicazione in data 19 febbraio 2020 del *Libro Bianco sull’intelligenza artificiale – Un approccio europeo all’eccellenza e alla fiducia*.

²⁰ Secondo F. DE LEONARDIS, *Big data, decisioni amministrative e “povertà” di risorse della pubblica amministrazione*, in *La decisione nel prisma dell’intelligenza artificiale* a cura di E. Calzolaio, Giuffrè, Milano, 2020, pp. 137 ss., le principali criticità della decisione amministrativa robotica sono da individuare nella difficoltà di raccordarsi con il diritto alla riservatezza e nell’opacità della decisione che, da un lato, non consentirebbe di ricostruirne l’iter logico, dall’altro, violerebbe il principio di trasparenza, anche a causa del fatto che la maggior parte degli algoritmi è sviluppata da aziende private, le quali potrebbero opporre ragioni di segretezza industriale alle richieste conoscitive delle stesse amministrazioni. Cfr. anche COSTANTINO, *Rischi e opportunità del ricorso delle amministrazioni alle predizioni dei big data*, cit., che sottolinea che «più l’algoritmo è potente, più risulta opaco». Secondo l’A., inoltre, l’opacità sarebbe aggravata dal fatto che gli algoritmi predittivi sono sviluppati perlopiù da aziende private.

3. *Il contenzioso sul procedimento nazionale di assunzione degli insegnanti*

Le principali criticità legate all'utilizzo della formula algoritmica in funzione decidente sono recentemente emerse dal contenzioso che si è generato su un caso particolarmente rilevante²¹ di applicazione della formula algoritmica ai fini della determinazione del contenuto della decisione amministrativa che ha riguardato l'organizzazione scolastica²² e, in particolare, la procedura di mobilità nazionale avviata in attuazione del Piano straordinario assunzionale di cui alla l. 31 luglio 2015, n. 107, commi da 95 a 104 (c.d. Buona scuola), per la copertura dei posti di potenziamento, sostegno e comuni degli istituti scolastici statali di ogni ordine e grado per l'anno scolastico 2015/2016.

Ai sensi del comma 98, la procedura prevedeva un'assunzione graduale dei docenti articolata in tre distinte fasi, in modo da garantire ai docenti che non fossero stati assunti nella fase A (ossia entro il 15 settembre 2015, secondo le procedure ordinarie di cui all'art. 399 del d.lgs. 16 aprile 1994, n. 297, "TU Istruzione"), di essere assunti nelle successive fasi B e C, sempre in maniera graduale in base alla posizione detenuta in graduatoria, tenendo conto dell'ordine di preferenza espresso tra posti di sostegno e posti comuni, tra scuole di primo e secondo grado e tra tutte le province a livello nazionale.

La procedura per la formulazione delle proposte di assunzione nelle fasi B e C è stata svolta tramite un software che, "incrociando" i relativi dati, avrebbe dovuto formulare per ciascun docente la proposta più rispondente alle preferenze espresse, in base alla posizione occupata in graduatoria.

Tuttavia, nell'ambito della fase B, nonostante la preferenza espressa per la scuola superiore di secondo grado, alcuni docenti sono stati assegnati alle scuole superiori di primo grado e in province diverse e lontane dai luoghi di residenza, mentre, nella successiva fase C, i docenti, collocati in graduatoria in posizione deteriore, sono stati assegnati alla classe di concorso prescelta e

²¹ Per un censimento dei procedimenti ai quali si applicano le formule algoritmiche, AVANZINI, *Decisioni amministrative e algoritmi informatici*, cit.

²² Cfr. R. FERRARA, *Il giudice amministrativo e gli algoritmi. Note estemporanee a margine di un recente dibattito giurisprudenziale*, in «Dir. amm.», 4, 2019, pp. 773 ss.; G. FASANO, *Le decisioni automatizzate nella pubblica amministrazione: tra esigenze di semplificazione e trasparenza algoritmica*, in «Rivista di diritto dei media», 3, 2019, pp. 234 ss.; N. MUCIACCIA, *Algoritmi e procedimento decisionale: alcuni recenti arresti della giustizia amministrativa*, in «federalismi.it», 10, 15 aprile 2020; L. MUSSELLI, *La decisione amministrativa nell'età degli algoritmi: primi spunti*, in «Rivista di diritto dei media», 1, 2020, pp. 18 ss.; CIVITARESE MATTEUCCI, *Umano troppo umano*, cit.; CAVALLARO – SMORTO, *Decisione pubblica e responsabilità*, cit.; M. TIMO, *Algoritmo e potere amministrativo*, in «Dir. econom.», 1, 2020, pp. 753 ss.

nelle province di residenza.

Alcuni docenti assunti nel corso della fase B, dunque, hanno impugnato i provvedimenti adottati sulla base delle risultanze prodotte dall'algoritmo, censurando, in particolare, l'irrazionalità delle destinazioni elaborate dalla formula algoritmica utilizzata, che aveva prodotto provvedimenti immotivati, incomprensibilmente incoerenti con le preferenze indicate dai docenti, nonché con le dichiarazioni di residenza, nonostante i docenti ricorrenti fossero collocati in graduatoria in posizione peggiore rispetto a quelli che, assunti nella fase C, erano stati assegnati alle scuole delle province di residenza e nelle specifiche classi di concorso.

Il Tar Lazio, sez. III-*bis*, però, con la sentenza 1° dicembre 2016, n. 12026, ha respinto il ricorso. La sentenza di primo grado è stata riformata dal Consiglio di Stato, sez. VI, con sentenza 8 aprile 2019, n. 2270, che ha chiarito che, anche dovendosi riconoscere il valore del progresso tecnologico e della digitalizzazione delle pubbliche amministrazioni, l'utilizzo degli strumenti informatici e, in particolare, degli algoritmi in sede decisionale, è ammesso a condizione che siano rispettati tutti i principi che regolano l'azione amministrativa.

Innanzitutto, dunque, è necessario garantire la trasparenza dell'algoritmo, presupposto indispensabile per consentire al giudice di sindacare le decisioni adottate sulla base dei risultati prodotti dal software e verificarne correttezza, ragionevolezza e logicità²³. In particolare, secondo il Consiglio di Stato, il meccanismo attraverso il quale si concretizza la decisione deve essere "conoscibile" o, meglio, comprensibile. Occorre pertanto l'indicazione puntuale dei parametri applicati e delle modalità di funzionamento.

Il Consiglio di Stato, dunque, ha annullato i provvedimenti gravati per violazione dei principi di imparzialità, pubblicità e trasparenza, risultando preclusa la possibilità di risalire dalle decisioni adottate ai parametri inseriti nella formula algoritmica, circostanza vieppiù grave alla luce degli esiti paradossali della procedura, conclusasi con l'illogica assegnazione di docenti, collocati in posizione più alta in graduatoria, a sedi e funzioni meno rispondenti alle preferenze espresse rispetto alle assegnazioni relative ai docenti in posizione deteriore.

Sulla scia di questa pronuncia anche il Tar Lazio, nell'ambito di un

²³ In particolare si legge nella richiamata sentenza che l'esigenza di assoggettare l'algoritmo alla piena cognizione e al pieno sindacato del giudice amministrativo «risponde infatti all'irrinunciabile necessità di poter sindacare come il potere sia stato concretamente esercitato, ponendosi in ultima analisi come declinazione diretta del diritto di difesa del cittadino, al quale non può essere precluso di conoscere le modalità (anche se automatizzate) con le quali è stata in concreto assunta una decisione destinata a ripercuotersi sulla sua sfera giuridica».

giudizio vertente sulla medesima procedura di assunzione, instaurato stavolta dai docenti assunti nella fase C, per essere stati collocati in province diverse da quelle indicate nell'ordine di preferenza, nonostante la disponibilità di posti, con sentenza della sez. III-*bis*, 10 settembre 2018, n. 9230, ha accolto il ricorso e la decisione di primo grado è stata confermata dal Consiglio di Stato con sentenza della sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8472.

Analogamente a quanto già avvenuto nel precedente giudizio, il Consiglio di Stato, innanzitutto, ha ribadito l'importanza della c.d. rivoluzione digitale, per gli importanti guadagni in termini di efficienza e neutralità e per la riduzione della tempistica procedimentale, di guisa che, almeno qualora si tratti di procedure seriali e standardizzate, «implicanti l'elaborazione di ingenti quantità di istanze e caratterizzate dall'acquisizione di dati certi ed oggettivamente comprovabili e dall'assenza di ogni apprezzamento discrezionale», il ricorso a una «procedura informatica che conduca direttamente alla decisione finale non deve essere stigmatizzata[o], ma anzi, in linea di massima, incoraggiata[o]».

Al contempo, però, il Consiglio di Stato ha chiarito che l'applicazione di una formula algoritmica a fini decisionali è ammessa a condizione che sia resa pienamente trasparente e conoscibile, escludendo, peraltro, che possa costituire un ostacolo alla piena conoscibilità del funzionamento dell'algoritmo l'eventuale invocata riservatezza delle imprese produttrici dei meccanismi informatici utilizzati, poiché queste «ponendo al servizio del potere autoritativo tali strumenti, all'evidenza ne accettano le relative conseguenze in termini di necessaria trasparenza».

Inoltre, secondo il Consiglio di Stato, la piena intellegibilità e trasparenza della formula algoritmica non sono in ogni caso sufficienti, ma occorre altresì garantire al soggetto responsabile la possibilità di effettuare un controllo sui risultati dell'algoritmo, non potendosi escludere del tutto l'intervento umano, seppure «a valle». In particolare, secondo i giudici di Palazzo Spada, si ricaverebbe dal diritto europeo (e, in particolare, dal Regolamento UE 2016/679) un principio di «non esclusività della decisione algoritmica», per cui «deve comunque esistere nel processo decisionale un contributo umano capace di controllare, validare ovvero smentire la decisione automatica»²⁴.

²⁴ Ai sensi dell'art. 22 del Regolamento (UE) 2016/679 del 27 aprile 2016, in materia di protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati, «l'interessato ha il diritto di non essere sottoposto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato, compresa la profilazione, che produca effetti giuridici che lo riguardano o che incida in modo analogo significativamente sulla persona». Cfr. S. SASSI, *Gli algoritmi nelle decisioni pubbliche tra trasparenza e responsabilità*, in *«Analisi giuridica dell'economia»*, 1, 2019, pp. 109 ss.

Peraltro, a condizione che siano garantite la conoscibilità dell'algoritmo e l'imputabilità della decisione all'organo competente, che deve potere svolgere una verifica di logicità e legittimità dell'atto risultante dall'applicazione della formula algoritmica, il Consiglio di Stato ha mostrato una certa apertura anche nei confronti dell'attività discrezionale. Secondo il giudice amministrativo di secondo grado, infatti, «né vi sono ragioni di principio, ovvero concrete, per limitare l'utilizzo all'attività amministrativa vincolata piuttosto che discrezionale, entrambe espressione di attività autoritativa svolta nel perseguimento del pubblico interesse».

4. *L'algoritmo tra attività amministrativa vincolata e discrezionale*

L'adozione di decisioni amministrative tramite formule algoritmiche presenta minori criticità in caso di attività amministrativa vincolata²⁵, specialmente allorché si tratti di procedure altamente standardizzate o seriali. In caso di attività strettamente vincolata, il software si limiterebbe ad applicare al caso specifico quanto già puntualmente previsto dalla legge e trasfuso nella formula algoritmica (sebbene sempre secondo l'interpretazione resa dall'amministrazione competente in sede di individuazione delle regole da tradurre in formula algoritmica).

Più complessa la questione con riguardo all'attività amministrativa discrezionale, sebbene l'amministrazione possa predeterminare i criteri da osservare nell'adozione della decisione discrezionale, così da (auto) limitare le possibili soluzioni cui potrebbe giungere la formula algoritmica mediante l'applicazione dei criteri prescelti. In tal modo la discrezionalità si esaurirebbe al momento dell'individuazione dei parametri, ulteriori rispetto al dato normativo, da inserire nell'algoritmo²⁶.

²⁵ Per F. MERUSI, *Ragionevolezza e discrezionalità amministrativa*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011, p. 15, con riguardo all'attività vincolata, la decisione automatizzata «non è un fenomeno giuridico, ma un fenomeno determinato da un processo tecnologico».

²⁶ A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1997, *passim*, spec. p. 249: «la predeterminazione è (...) manifestazione espressa della volontà dell'Amministrazione che, con quell'atto, esercita in modo anticipato il potere discrezionale». Secondo MASUCCI, *Procedimento amministrativo e nuove tecnologie*, cit., p. 96, «le scelte discrezionali sono [...] "scelte" dell'amministrazione predeterminate nell'atto-programma. In questo caso l'esercizio del potere discrezionale da parte dell'amministrazione viene "anticipato" al momento della redazione dell'atto-programma».

La scelta dei criteri diviene, allora, determinante²⁷. L'indicazione preventiva dei parametri di riferimento per la composizione di interessi affidata alla formula algoritmica, infatti, garantirebbe la prevedibilità dell'azione e, di conseguenza, il controllo²⁸.

Da ciò deriverebbe altresì una potenziale estensione dell'ambito di applicazione della decisione automatizzata, non più limitata alle ipotesi di attività strettamente vincolata, rispetto alle quali il software elabora la decisione della fattispecie sulla base del mero accertamento, in concreto, dei presupposti di legge, ma ammessa anche qualora l'amministrazione stabilisca preventivamente le ulteriori condizioni di esercizio del potere, autolimitandosi²⁹ e "consumando", così, la discrezionalità in un momento più "tradizionale"³⁰.

Invero, in tali casi, l'attività delegata al decisore elettronico sarebbe comunque vincolata, sebbene non dalla legge, ma da quanto prestabilito dalla stessa amministrazione, che potrebbe così tenere conto anche degli apporti partecipativi che sarebbero "incorporati" in fase di predeterminazione dei criteri, non potendo certo essere esclusi soltanto perché si opta per l'utilizzo

²⁷ Ciò anche per garantire che sia riservata all'amministrazione – e non al "sistema tecnologico" – l'operazione tipica delle organizzazioni che «si mettono in grado di operare, producendo complessità interna, decidendo premesse decisionali per altre decisioni». In altri termini, all'interno delle organizzazioni, «vengono fissate premesse per una quantità indeterminata di decisioni future, le quali si raffronteranno a queste premesse decisionali. [...] Le premesse decisionali servono per stabilire quali decisioni varranno come decisioni dell'organizzazione». Così F. FRACCHIA, *Le fake news come luogo di osservazione dei fenomeni della tecnologia e delle reti nella prospettiva del diritto*, in «federalismi.it», il quale paventa il rischio che la tecnologia e, in particolare, la rete, con riguardo al tema ivi affrontato delle *fake news*, adottando premesse decisionali per ridurre la complessità, sottragga ai sistemi (intesi, secondo la costruzione luhmanniana, come insieme di comunicazioni sociali) diritto, politica, economia, arte e così via, «importanti spazi di soluzione del problema di cui essi si fanno carico, smarrendo quell'esclusiva che si sono guadagnati nella società moderna».

²⁸ POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative*, cit., p. 68.

²⁹ P.M. VIPIANA, *L'autolimita della pubblica amministrazione. L'attività amministrativa fra coerenza e flessibilità*, Giuffrè, Milano, 1990; POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative*, cit.

³⁰ Si v. FERRARA, *Il giudice amministrativo e gli algoritmi*, cit., per il quale il potere discrezionale continua a giocare un ruolo fondamentale anche nei procedimenti informatizzati, semmai acquisendo una diversa collocazione nel tempo e nelle fasi del procedimento, senza che da ciò derivi una sua inammissibile svalutazione. Per l'A., la regola giuridica tradotta in regola tecnica, allora, potrebbe essere assimilata «ad un atto amministrativo presupposto nei confronti del quale le decisioni attuative/esecutive che originano dall'utilizzo delle procedure informatizzate si configurano come meri atti di esecuzione di "regole del gioco" in altra sede e in altro momento (ossia, in un altro *step* procedimentale) proposte ed elaborate».

dello strumento informatico³¹. In tal modo, le esigenze di trasparenza, prevedibilità e partecipazione parrebbero salvaguardate³².

Diversa l'ipotesi ove residuino margini di discrezionalità³³.

Invero, la "macchina" ben potrebbe essere settata anche per "scegliere" tra soluzioni alternative, tutte conformi al paradigma normativo e al principio di logicità-congruità, non potendosi escludere a priori che l'algoritmo sia in grado di adottare soluzioni razionali (e, probabilmente, anche migliori di quelle che potrebbe adottare la persona fisica), almeno in quelle ipotesi che ammettono un numero limitato di possibili alternative, comunque prevedibili e rispetto alle quali la scelta – evidentemente di merito – sarebbe attribuita all'algoritmo.

Diversa, però, la situazione ove l'algoritmo, sviluppato con tecnologie di *machine learning* o apprendimento automatico, non si limitasse a scegliere tra soluzioni già "date" e, quindi, prevedibili, ma generasse decisioni nuove e non prevedibili (superando la possibile obiezione per la quale la macchina si limiterebbe ad applicare soluzioni già apprese e inserite dal programmatore, negandole la capacità creativa e la flessibilità necessarie per assicurare imparzialità e uguaglianza, anche trattando situazioni diverse in modo diverso).

³¹ Secondo M. OCCHIENA, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 441, i soggetti interessati dalle vicende giuridiche prodotte dal provvedimento amministrativo non possono essere lasciati senza «protezione sostanziale». Né, dunque, si potrebbe rinunciare alla partecipazione degli interessati per un asserito contrasto con i principi di economicità ed efficienza alla base del ricorso allo strumento informatico in funzione "decidente", qui esaminato. Secondo l'A., infatti, ove si negasse la partecipazione dei soggetti interessati dagli effetti del provvedimento, «si finirebbe con l'introdurre surrettiziamente il principio per cui i criteri di economicità ed efficienza dell'azione amministrativa sono assiologicamente più importanti del principio di giustiziabilità delle situazioni giuridiche soggettive nei confronti degli atti e comportamenti degli enti pubblici», anche perché i costi di un eventuale contenzioso potrebbero essere superiori a quelli derivanti dalla necessità di assicurare la partecipazione.

³² VIPIANA, *L'autolimita della pubblica amministrazione*, cit., p. 190, per la quale «ogni qualvolta la pubblica amministrazione prefissi dei criteri decisionali operanti nei confronti della sua futura attività, si concreta un fenomeno che [...] si potrebbe così compendiare: raffrontabilità dell'atto con il previo atto». E ancora, «la carica garantistica sottesa al principio di raffrontabilità, nel suo significato tradizionale, non pare sostanzialmente sminuita qualora esso venga realizzato tramite autolimiti della pubblica amministrazione».

³³ Secondo MASUCCI, *Procedimento amministrativo e nuove tecnologie*, cit., p. 95, ove non sia possibile, tramite le "istruzioni" inserite nel software, stabilire i criteri di esercizio del potere discrezionale, la decisione andrebbe rimessa al funzionario. In particolare, secondo l'A., «nei casi nei quali non è possibile attraverso le "istruzioni" assicurare il rispetto di una valutazione differenziata delle diverse situazioni concrete che possono presentarsi, la decisione deve essere rimessa al funzionario. Questi può, di volta in volta, individuare la decisione che ritiene più consone alla fattispecie da regolare».

In tali casi, il processo decisionale sarebbe inevitabilmente più opaco, poiché, per definizione, la tecnologia *machine learning* non consente di conoscere i parametri che saranno applicati nell'adozione della decisione finale³⁴. L'intelligenza artificiale, infatti, acquisendo dati e "imparando" da tali dati, non si limita ad applicare la "regola giuridica", tradotta nell'algoritmo, ma elabora essa stessa nuove regole, in maniera autonoma e, dunque, non prevedibile³⁵, in virtù dell'ampliamento esponenziale della base conoscitiva dell'algoritmo.

Circostanza che si tradurrebbe nella non "controllabilità" dell'algoritmo e dei risultati dallo stesso generati, fatta salva l'obiezione che, in assenza della predeterminazione dei criteri che esauriscono la discrezionalità, anche la decisione umana sarebbe "imprevedibile" e il controllo non potrebbe che limitarsi alla valutazione *ex post* della ragionevolezza della decisione sulla base della motivazione del provvedimento, dal cui obbligo non potrebbe essere esonerata la decisione algoritmica³⁶. Anche la decisione algoritmica, infatti, deve contenere un'indicazione precisa delle ragioni di fatto e di diritto che ne costituiscono il fondamento e, dunque, del percorso logico che ha condotto all'adozione di quella specifica soluzione³⁷. Nel prossimo

³⁴ CAVALLARO – SMORTO, *Decisione pubblica e responsabilità*, cit., per i quali l'"oscurità" del processo decisionale si traduce inevitabilmente in un limite al sindacato della decisione algoritmica.

³⁵ AVANZINI, *Decisioni amministrative e algoritmi informatici*, cit., p. 40.

³⁶ MASUCCI, *Procedimento amministrativo e nuove tecnologie*, cit., p. 101; ID. *L'atto amministrativo informatico*, cit., p. 99; F. SAITTA, *Le patologie dell'atto amministrativo elettronico e il sindacato del giudice amministrativo*, in «*Rivista di diritto amministrativo elettronico*», 2003, per il quale l'atto amministrativo elettronico, al pari di quello tradizionale, potrebbe anche essere motivato *per relationem*. Anche l'atto amministrativo elettronico, inoltre, potrebbe essere adottato in forma semplificata ove risultasse la manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza dell'istanza, su cui sia consentito rinviare a S. VERNILE, *Il provvedimento amministrativo in forma semplificata*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017.

³⁷ In questo senso, A. SIMONCINI, *Profili costituzionali della amministrazione algoritmica*, in «*Riv. trim. dir. pubbl.*», 4, 2019, pp. 1149 ss., spec. p. 1183, il quale osserva che «affinché si possa conoscere la motivazione con la quale un algoritmo prende una certa decisione, occorrerebbe che tale algoritmo fosse – non tanto ragionevole, perché potrebbe comunque produrre decisioni commisurate allo scopo, quanto – "razionabile" (dalla *rationabilitas* canonica), ovvero come si preferisce nella terminologia tecnica più aggiornata, "esplicabile", cioè descrivibile nella sua strutturazione causale, in modo da poterne "ripercorrere l'iter logico" – come chiedono i giudici; ma questa qualità oggi non è un carattere necessario di tutti i sistemi di decisione automatica ed anzi sono rapidamente in aumento le tecnologie basate sul cosiddetto *deeplearning* ovvero sistemi di apprendimento automatico che simulano l'azione del cervello. In questi casi – quand'anche si volesse riconoscere all'algoritmo la natura di "atto" – esso sarebbe strutturalmente inoscuro (o in-esplicabile), quantomeno con gli strumenti ordinari della logica umana».

paragrafo, dunque, si affronterà il tema della trasparenza della formula algoritmica, per poi approdare al nodo della responsabilità, vero ostacolo ai fini della piena ammissibilità delle decisioni amministrative algoritmiche.

5. *La decisione amministrativa algoritmica tra trasparenza e responsabilità*

Anche soffermandosi in via esclusiva sugli algoritmi che operano secondo un meccanismo deduttivo, in disparte le difficoltà di assicurare la piena conoscibilità della regola tecnica algoritmica, legate al linguaggio che la stessa utilizza³⁸, la motivazione mantiene il suo carattere essenziale, dal momento che l'algoritmo opera sulla base di una necessaria selezione e semplificazione dei dati che non può che considerarsi già in termini di esercizio di potere anche quando consista nella mera individuazione delle disposizioni normative applicabili e nella loro interpretazione³⁹ e che, conseguentemente, deve risultare dal provvedimento finale⁴⁰. Ciò è tanto più vero in caso di attività discrezionale e specialmente là dove la predeterminazione dei criteri inseriti nell'algoritmo, espressione di autolimita, non sia sottoposta a forme di pubblicità⁴¹.

Le esigenze di trasparenza e conoscibilità del funzionamento dell'algoritmo, tuttavia, non sono proprie soltanto dei soggetti interessati dall'azione amministrativa, ma parrebbero essere ancora più rilevanti per l'organo individuato dalla legge come competente all'adozione del provvedimento⁴². Quest'ultimo, infatti, secondo le regole vigenti, non potrebbe che essere responsabile degli effetti prodotti dal provvedimento, di guisa che gli deve essere garantita la possibilità di verificare, nonostante le asimmetrie conoscitive, che la formula algoritmica, tendenzialmente

³⁸ Oltre alle questioni di proprietà intellettuale, tuttavia "superate" da Cons. Stato, sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8472, secondo cui, una volta che lo strumento informatico è posto al servizio del potere autoritativo, si accettano le relative conseguenze in termini di trasparenza.

³⁹ F. FOLLIERI, *Decisione amministrativa e atto vincolato*, in *«federalismi.it»*, 7, 5 aprile 2017.

⁴⁰ CAVALLARO – SMORTO, *Decisione pubblica e responsabilità*, cit.

⁴¹ VIPIANA, *L'autolimita della pubblica amministrazione*, cit., pp. 487 ss.

⁴² La tutela del danneggiato, infatti, potrebbe essere facilitata dal concetto di "colpa dell'apparato" che, evocando la disorganizzazione dell'ente nella gestione delle risorse, potrebbe "coprire" anche le ipotesi di malfunzionamento dell'algoritmo o comunque di decisioni automatizzate illegittime. Non possono tacersi, tuttavia, le difficoltà applicative del criterio della colpa dell'apparato, su cui si v. F. FRACCHIA, *Elemento soggettivo e illecito civile dell'amministrazione pubblica*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2009, p. 123.

elaborata da un programmatore esterno o comunque da un soggetto diverso dall'organo competente per l'adozione dell'atto⁴³, traduca esattamente la regola giuridica⁴⁴ (intesa quale l'insieme degli "input" occorrenti per l'adozione della decisione finale)⁴⁵. Verifica che, quindi, sarebbe preclusa in caso di algoritmi basati su una tecnologia di *machine learning*.

Le potenzialità degli strumenti informatici, soprattutto quanto a capacità di acquisizione ed elaborazione di una vastità e complessità di dati chiaramente superiore a quella umana, che potrebbe costituire l'effettivo valore aggiunto dell'utilizzo delle formule algoritmiche⁴⁶, cui si aggiungono i risultati comunque apprezzabili in termini di maggiore rapidità e riduzione dei costi, contrastano, dunque, con le esigenze di prevedibilità. Quest'ultima, infatti, non può che presupporre la predeterminazione degli elementi che saranno considerati in sede di adozione della decisione finale.

Tuttavia, come meglio si dirà nel prossimo paragrafo, il conflitto tra le esigenze di trasparenza e conoscibilità e quelle di "sfruttamento" delle potenzialità degli strumenti informatici potrebbe "comporsi" nell'assunzione della responsabilità della decisione da parte dell'organo competente⁴⁷.

⁴³ Secondo L. VIOLA, *L'intelligenza artificiale nel procedimento e nel processo amministrativo: lo stato dell'arte*, in «federalismi.it», 21, 7 novembre 2018, quest'impostazione dualistica avrebbe il merito di ripartire correttamente la responsabilità tra il funzionario che predispose il "pre-software" e il programmatore del software che contiene la formula algoritmica. Inoltre, secondo l'A., si supererebbero in tal modo i problemi legati alla comprensibilità del software, che sarebbe assicurata dalla conoscibilità del pre-software e, quindi, dei fattori di input.

⁴⁴ Cons. Stato, sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270.

⁴⁵ Resta ferma la responsabilità del programmatore nei confronti dell'amministrazione per l'inesatta traduzione della regola giuridica, ove non dipenda dalla indeterminabilità o comunque dalla scarsa chiarezza della stessa. Sul punto, D. MARONGIU, *Gli atti amministrativi ad elaborazione elettronica: la compilazione di un "pre-software" in lingua italiana*, in «Rivista di diritto amministrativo elettronico», 2003, 4, per il quale «sarà chiara l'attribuzione delle responsabilità in caso di difformità tra gli atti automatici e il dettato della legge, ossia in caso di produzione di atti illegittimi da parte del calcolatore. Sarà possibile un'analisi immediata: se la difformità rispetto alla normativa (per esempio, un'erronea interpretazione) si trovava già nello schema in lingua italiana, la responsabilità sarà del funzionario pubblico che lo ha sottoscritto; se la divergenza è sopravvenuta in un momento successivo, essa sarà da attribuirsi al tecnico che ha elaborato il software».

⁴⁶ USAI, *Le prospettive di automazione delle decisioni amministrative in un sistema di tele-amministrazione*, cit., p. 183.

⁴⁷ SAITTA, *Le patologie dell'atto amministrativo elettronico*, cit., p. 19, per il quale utilizzando «le considerazioni di ordine generale sull'esigenza di intendere la volontà insita nel provvedimento amministrativo come volontà procedimentale e sulla riferibilità all'autorità procedente anche della volontà dell'atto informatico, ci sembra possa condividersi l'affermazione che il software, rappresentando un semplice strumento di

6. Conclusioni

Conclusione necessaria, alla luce delle considerazioni finora svolte, è che l'organo per legge competente per l'adozione del provvedimento finale non potrebbe che essere anche il soggetto responsabile di eventuali decisioni illegittime per un errato funzionamento dell'algoritmo⁴⁸, come parrebbe accaduto nel caso della scuola, o di provvedimenti discrezionali irragionevoli, tanto ove la discrezionalità sia stata esaurita in sede di predeterminazione dei criteri, tanto ove la scelta sia stata affidata all'algoritmo⁴⁹.

Non si può prescindere, infatti, dalla riferibilità della decisione all'organo competente individuato dalla legge⁵⁰, come confermato anche dal Consiglio di Stato, con la sentenza della sez. VI, n. 8472, del 13 dicembre 2019, che ha chiarito che occorre comunque sempre garantire un controllo a valle della legittimità della decisione da parte dell'organo competente all'adozione del provvedimento ai sensi di legge.

Ne consegue che la decisione algoritmica parrebbe atteggiarsi a "proposta" di provvedimento, anche alla luce di un immediato parallelismo con la previsione dell'art. 6, l. 241/1990, lett. e), ai sensi del quale «l'organo competente per l'adozione del provvedimento finale, ove diverso dal responsabile del procedimento, non può discostarsi dalle risultanze dell'istruttoria condotta dal responsabile del procedimento se non indicandone la motivazione nel provvedimento finale», possibilità riconosciuta proprio perché, nonostante l'istruttoria sia condotta dal responsabile del procedimento e sia quest'ultimo a formulare una proposta di provvedimento, la responsabilità degli effetti dell'atto è imputata

ausilio al perseguimento dell'obiettivo che l'agente si è proposto, può essere adottato anche per elaborare atti a contenuto discrezionale: questi ultimi, infatti, potranno ritenersi consapevolmente voluti quando colui che li sottoscrive ha volontariamente assunto quel determinato programma per produrre l'atto in quella determinata circostanza ed alla presenza di quei determinati presupposti».

⁴⁸ Il provvedimento non potrebbe che essere illegittimo non soltanto ove le istruzioni fornite a monte fossero errate, ma anche in caso di difetti di programmazione o malfunzionamento.

⁴⁹ CAVALLARO – SMORTO, *Decisione pubblica e responsabilità*, cit.

⁵⁰ Cfr. Cons. Stato, sez. V, n. 8472 del 13 dicembre 2019, che richiama la Carta della robotica approvata nel febbraio 2017 dal Parlamento europeo nella parte in cui, in particolare, chiarisce che «nell'ipotesi in cui un robot possa prendere decisioni autonome, le norme tradizionali non sono sufficienti per attivare la responsabilità per i danni causati da un robot, in quanto non consentirebbero di determinare qual è il soggetto cui incombe la responsabilità del risarcimento né di esigere da tale soggetto la riparazione dei danni causati».

all'organo competente individuato dalla legge (chiaramente ove diverso dal responsabile del procedimento)⁵¹.

In altri termini, la decisione algoritmica non coinciderebbe con la decisione finale⁵², ma confluirebbe in quest'ultima solo a seguito della verifica (o della decisione di "non verificare", pur sempre adottata nell'ambito della propria responsabilità) da parte dell'organo competente, che potrebbe così mantenere il controllo della decisione (irrinunciabile a meno di non volere modificare le regole in tema di responsabilità⁵³), allo stesso tempo "avvantaggiandosi" dello strumento informatico. Del resto, diversamente, ove cioè l'algoritmo fosse idoneo a "sostituire" l'organo competente e, dunque, a ridurne la sfera di competenza, non reggerebbe più la tesi, qui accolta, che la decisione di ricorrere allo strumento elettronico costituisca una forma di autoorganizzazione, ma sarebbe necessaria una base legislativa, che sottraesse all'organo originariamente

⁵¹ Resta però ferma l'importanza del responsabile del procedimento, che svolge comunque un ruolo imprescindibile per lo svolgimento del procedimento, soprattutto nella gestione dei rapporti con i soggetti partecipanti. Cfr. anche GALETTA – CORVALÁN, *Intelligenza artificiale per una pubblica amministrazione 4.0*, cit.

⁵² Per GALETTA – CORVALÁN, *Intelligenza artificiale per una pubblica amministrazione 4.0?*, cit., p. 14, «l'uso di sistemi di Intelligenza Artificiale è immaginabile (ed accettabile) soprattutto con riguardo alla fase istruttoria del procedimento amministrativo. Sicché, si può immaginare che questo debba concernere essenzialmente le attività interne alle Pubbliche Amministrazioni (c.d. back-office) e che non consistono, dunque, nell'emanazione di atti provvedimentali a rilevanza esterna». Per CAVALLARO – SMORTO, *Decisione pubblica e responsabilità*, cit., p. 14: «l'algoritmo dovrebbe costituire il presupposto su cui la decisione si fonda, secondo il modello, già noto, dell'apprezzamento tecnico come presupposto del provvedimento amministrativo. Così interpretata, la questione rimanda al tema classico e assai discusso del rapporto tra tecnica e amministrazione, che a sua volta trova soluzione nella nozione di discrezionalità tecnica. [...] la discrezionalità tecnica non necessariamente comporta una ponderazione comparativa degli interessi, bensì tra fatti da accertare alla stregua dei canoni scientifici, tecnici, letterari, artistici ecc. Il potere di scelta in ordine allo strumento più idoneo ad assicurare la miglior cura dell'interesse pubblico è un potere successivo, che consegue all'esito del giudizio tecnico, laddove questo abbia un esito incerto che apre a più soluzioni. Quando invece l'attività tecnica abbia un esito certo e indiscutibile, la conseguente decisione amministrativa è per così dire "obbligata", pur rimanendo espressione di un potere riservato alla stessa amministrazione. In ogni caso, si può dire che la valutazione tecnica e l'accertamento tecnico operano come presupposto della decisione amministrativa. [...] Fuori da una riconduzione della decisione automatizzata nel quadro di una partizione tra attività vincolata e attività discrezionale, la soluzione più ragionevole sembra quella di considerare la procedura automatizzata alla stregua di un accertamento tecnico, che presuppone comunque l'adozione di un provvedimento finale che ne faccia proprio l'esito».

⁵³ Per un ripensamento delle regole in materia di responsabilità, VIOLA, *L'intelligenza artificiale nel procedimento e nel processo amministrativo: lo stato dell'arte*, cit.

designato il potere di adottare l'atto finale.

Nella prospettiva *de iure condito*, infatti, non si può non riconoscere a chi potrebbe essere chiamato a rispondere degli effetti della decisione la possibilità di discostarsene o, analogamente, di accettarla⁵⁴, quand'anche basata su un meccanismo di *machine learning*⁵⁵, ove si accogliesse la tesi dell'applicabilità della decisione automatizzata a fattispecie ad alta discrezionalità, in ogni caso ostacolata da un livello tecnologico che ancora non sembra maturo⁵⁶.

La difficoltà di assicurare la comprensibilità del percorso logico seguito dall'algoritmo e di "spiegare" le ragioni alla base della soluzione espressa⁵⁷, tuttavia, fa sì che sia più agevole prospettare la devoluzione a formule algoritmiche di decisioni vincolate dalla legge o per le quali la discrezionalità si esaurisca in sede di predeterminazione della regola giuridica, da tradurre in regola tecnica. In altri termini, occorre "obiettivare" l'azione amministrativa con riguardo a uno specifico episodio di gestione dell'interesse pubblico⁵⁸, in ossequio ai principi di

⁵⁴ OTRANTO, *Decisione amministrativa e digitalizzazione p.a.*, cit., paventa il rischio che, in virtù dell'autorevolezza della decisione concepita dall'elaboratore informatico, l'organo competente per l'adozione del provvedimento non si discosti da quella decisione non soltanto nel procedimento cui si riferisce, ma nemmeno nell'ambito di un eventuale procedimento di secondo grado. Addirittura, secondo l'A., p. 26, «anche la garanzia della tutela giurisdizionale "contro" gli atti dell'amministrazione rischierebbe di essere di fatto fortemente limitata, chiedendosi al giudice di sindacare la legittimità dei provvedimenti adottati da un'amministrazione "tecnicamente impostata" all'osservanza della legge (il che rende residuale l'ipotesi dei vizi di violazione di legge e di incompetenza) e che decide all'esito di un'istruttoria ampia, secondo regole di logica, non contraddittorietà, parità di trattamento».

⁵⁵ MASUCCI, *Procedimento amministrativo e nuove tecnologie*, cit., p. 97, per il quale «l'elaboratore è solo un mezzo a disposizione dell'amministrazione per attuare gli obiettivi definiti dall'amministrazione, dal momento che gli elaboratori elettronici producono la decisione sulla base di un programma definito (o fatto proprio) dall'amministrazione competente per l'adozione dell'atto».

⁵⁶ L'adozione di decisioni totalmente automatizzate anche in casi più complessi presuppone un livello di digitalizzazione pressoché totale delle pubbliche amministrazioni (nonché dei mezzi di trasmissione dei dati da e verso il cittadino), ma anche una totale interconnessione e interoperabilità dei dati che l'algoritmo deve esaminare per l'elaborazione della "soluzione" e, quindi, della decisione del caso specifico. Fermo restando che, in ogni caso, sarebbe necessario che la tecnologia utilizzata consentisse al software di "gestire" gli (o comunque tenere conto degli) apporti partecipativi e che fosse possibile ricavare dalla decisione le ragioni che ne costituiscono il fondamento, a presidio delle garanzie di trasparenza e conoscibilità.

⁵⁷ M. MACCHIA, *Lo statuto giuridico dell'algoritmo amministrativo*, Osservatorio sullo Stato digitale, in «irpa.eu».

⁵⁸ La funzione di "obiettivare" l'azione amministrativa costituisce un carattere particolarmente

imparzialità e trasparenza, ossia ricorrendo all'autolimita come forma di esercizio anticipato del potere discrezionale⁵⁹, al contempo garantendo la partecipazione dei soggetti interessati dal provvedimento in una fase più “tradizionale”.

Ciò non fa certo venire meno l'opportunità di promuovere l'utilizzo degli strumenti informatici “avanzati” per evidenti ragioni di economicità ed efficienza, non potendosi certo negare il risparmio in termini di tempi⁶⁰ e oneri che comunque deriverebbe all'amministrazione dal ricorso alla formula algoritmica specialmente in procedimenti seriali o cumulativi, come nel caso della scuola esaminato. Tuttavia, ferma restando l'importanza dell'evoluzione tecnologica e dei vantaggi che potrebbero ricavarsi in termini di efficienza ed economicità, occorre guardare alla digitalizzazione 4.0⁶¹ con la consapevolezza della necessità di un progressivo adeguamento di istituti pensati per un'amministrazione organizzata e funzionante in maniera diversa da quella verso la quale ci stiamo indirizzando, ma che, in ogni caso, non può rinunciare alla componente umana, che, anziché essere “sminuita”, come sembrerebbe derivare da una pretesa sostituzione della persona fisica con la “macchina”, andrebbe valorizzata, specialmente in considerazione della complessità della funzione amministrativa.

evidente nell'autolimita, in parte presente anche nel diverso istituto delle norme interne. Su analogie e differenze tra le due figure, F. FRACCHIA – M. OCCHIENA, *Le norme interne tra esigenze regolative dei pubblici poteri e vincoli dell'ordinamento generale. Un modello teorico-concettuale applicabile anche alle reti e all'intelligenza artificiale?*, Editoriale Scientifica, Napoli, in corso di pubblicazione, i quali evidenziano come, nel caso dell'autolimita, l'obbligo di esercitare il potere a monte, appunto tramite l'autolimita, deriverebbe dalla legge o dai principi dell'ordinamento e, dunque, dall'esterno, mentre, nel caso delle norme interne, la loro emanazione sarebbe espressione di un bisogno autoregolativo. Di conseguenza, l'autolimita riguarderebbe un ben definito episodio di esercizio del potere, sebbene in fase di avvio, mentre le norme interne si porrebbero all'esterno rispetto all'esercizio del potere.

⁵⁹ POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative*, cit., p. 216.

⁶⁰ Sui tempi di conclusione del procedimento, sia consentito rinviare a S. VERNILE, *La relatività del tempo (amministrativo): la validità del provvedimento tardivo e la tutela risarcitoria (e indennitaria) tra esigenze di tutela del privato e perseguimento dell'interesse pubblico*, in «Dir. econom.», 2, 2015, pp. 403 ss.

⁶¹ GALETTA – CORVALÁN, *Intelligenza artificiale per una pubblica amministrazione 4.0?*, cit.

SENTENZE E ATTUALITÀ

Alessandra Coiante*

*Il Giudice amministrativo delinea le regole
del (nuovo) procedimento algoritmico?*

Riflessioni a margine di Cons. Stato, Sez. VI, n. 8472/2019

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Il c.d. algoritmo di mobilità e i (dis)orientamenti del Giudice amministrativo – 3. L'iter motivazionale della pronuncia – 3.1. Il potere dell'amministrazione di ricorrere agli algoritmi e l'art. 22 del GDPR – 3.2. L'apertura del Consiglio di Stato all'utilizzo degli algoritmi (anche) per l'attività discrezionale – 4. L'insufficienza delle garanzie tradizionali: un nuovo procedimento (algoritmico)?

1. *Premessa*

L'Unione europea, con la Comunicazione «*L'Intelligenza Artificiale per l'Europa*», ha definito il progresso dell'utilizzo degli algoritmi¹ e dell'Intelligenza Artificiale² come una delle «*tecnologie più strategiche del*

* Dottoranda di ricerca di Diritto dei mercati europei e globali. Crisi, diritti e regolazione, Università degli Studi della Tuscia, Dipartimento di Giurisprudenza.

¹ L'algoritmo, in termini generali, può essere definito come un processo, una sequenza di operazioni che permettono di risolvere un problema in un numero finito di passi, nel rispetto di due requisiti: i) ad ogni passaggio della sequenza deve essere già predefinito il passaggio successivo e ii) il risultato cui la sequenza tende deve essere concreto, reale, utile. In tal senso v. G. AVANZINI, *Decisioni amministrative e algoritmi informatici. Predeterminazione, analisi predittiva e nuove forme di intellegibilità*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019, p. 5. L'algoritmo costituisce la 'parola chiave' nell'ambito dell'utilizzo dell'intelligenza artificiale ed è definibile come «*lo schema esecutivo della macchina che memorizza tutte le opzioni decisionali in base a dati che progressivamente elabora*». In tal senso J. NIEVA-FENOLL, *Intelligenza artificiale e processo*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 8.

² Ad oggi, non vi è ancora una definizione universalmente condivisa di cosa debba intendersi per Intelligenza Artificiale, tuttavia, da quanto emerge anche dagli studi portati avanti nell'ultimo anno dal Parlamento Europeo e dalla Commissione, si potrebbe affermare che tale termine descriva la possibilità che le macchine, in una certa misura, riescano ad imitare il pensiero umano e le sue abilità intellettuali. In particolare, la Commissione ha affermato che per Intelligenza Artificiale possano intendersi «*sistemi che mostrano un comportamento intelligente analizzando il proprio ambiente e compiendo azioni*,

XXI secolo», sottolineando, al contempo, la necessità di garantire un «*solido quadro di riferimento*» dal momento che il modo in cui ci relazioneremo ad essa determinerà il mondo in cui viviamo³.

In molti campi, giorno dopo giorno, questi nuovi strumenti promettono di garantire un maggiore guadagno in termini di potenza di calcolo e di efficienza nell'elaborazione di grandi quantità di dati, ma anche di neutralità rispetto alle decisioni umane caratterizzate, per loro natura, da margini più elevati di fallibilità e opinabilità.

Tradizionalmente le decisioni prese dall'algorithm vengono considerate, invece, come 'neutre' in quanto fondate unicamente sull'analisi di dati e logiche razionali⁴.

con un certo grado di autonomia, per raggiungere specifici obiettivi», *Understanding algorithmic decision-making: opportunities and challenges*, in www.europarl.europa.eu, 5 marzo 2019. Sempre a livello europeo sulla definizione di IA v. *A definition of AI: Main capabilities and scientific disciplines*, in ec.europa.eu, 2019. A livello di dottrina si v. *ex multis*; A. D'ALOIA, *Il diritto verso 'il mondo nuovo'. Le sfide dell'Intelligenza Artificiale.*, in *Rivista di BioDiritto*, n. 1/2019, p. 6 ss. che definisce il termine 'IA' come un '*umbrella term*' ossia «*una parola "contenitore" che include, in via approssimativa, una varietà di tecniche computazionali e di processi associati (di tipo algoritmico) dedicati a migliorare l'abilità delle macchine nel fare cose che richiedono intelligenza*».

³ In tal senso v. COM (2018), 237 «*L'Intelligenza Artificiale per l'Europa*», 25.4.2018 ove viene evidenziato che a livello di Unione europea la strategia attualmente in atto sia di tipo 'antropocentrico'. Per convivere con questi nuovi strumenti e sfruttarli al meglio, infatti, è stata rilevata l'assoluta necessità di garantirne l'affidabilità rendendo il loro funzionamento trasparente e comprensibile. In questo senso anche gli «*Orientamenti etici per un IA affidabile*» elaborati da un gruppo di esperti nominati dalla Commissione europea nel giugno del 2018. Gli orientamenti hanno elaborato sette requisiti fondamentali che le applicazioni di IA dovrebbero soddisfare per essere considerate affidabili: i) intervento e sorveglianza umani; ii) robustezza tecnica, sicurezza; iii) riservatezza e *governance* dei dati iv) trasparenza, v) non discriminazione ed equità, vi) benessere sociale e ambientale, vii) *accountability*. Di particolare rilievo è sicuramente il requisito della 'sorveglianza umana', imprescindibile per garantire che i sistemi di IA «*non mettano in pericolo l'autonomia umana o provochino altri effetti negativi*» ma anche della 'tracciabilità' dei sistemi di IA che dovrebbe sostanziarsi nell'esigenza di registrare e documentare l'intero processo che ha condotto alle decisioni, compresa la puntuale descrizione dell'algorithm utilizzato, così da garantire la trasparenza e spiegabilità del processo decisionale ed aumentare la fiducia degli utenti utilizzatori. Su questi temi la Commissione ha adottato tre successivi documenti: *Relazione sulle implicazioni dell'intelligenza artificiale, dell'Internet delle cose e della robotica in materia di sicurezza e di responsabilità*, COM (2020), 64; *Libro Bianco sull'intelligenza artificiale, Un approccio europeo all'eccellenza e alla fiducia*, COM (2020), 65; *Plasmare il futuro digitale dell'Europa*, COM (2020), 67.

⁴ In realtà è stato evidenziato che lo stesso utilizzo dell'algorithm comporta delle scelte tutt'altro che 'neutre' a partire dai criteri in base ai quali i dati da utilizzare vengono raccolti, selezionati e interpretati. In questi termini M.C. CAVALLARO-G. SMORTO, *Decisione pubblica*

Tuttavia, se, da un lato, si può descrivere l'algoritmo come strumento obiettivo, razionale e scientifico (e sicuramente in grado di garantire innegabili vantaggi nei termini suddetti), dall'altro, non possono non richiamarsene anche le relative criticità. Prima fra tutte quella inerente al loro *deficit* di trasparenza e comprensibilità.

Questi nuovi 'decisori', in particolar modo quelli fondati su sistemi di *machine learning* o addirittura di *deep learning*, sono spesso caratterizzati da scarsa trasparenza che rende difficoltoso comprendere fino in fondo il loro funzionamento e di ricostruirlo a posteriori.

Questa loro oscurità intrinseca ha fatto sì che venissero definiti, come modelli «*black box*»⁵, metafora utilizzata, soprattutto nel campo dell'ingegneria e dell'informatica, per indicare sistemi il cui funzionamento interno rimane spesso oscuro, poco comprensibile ed assimilabile ad una 'scatola nera'⁶.

Tale opacità, anche se intrinsecamente e maggiormente legata solamente ad alcune tipologie di algoritmi, sembrerebbe caratterizzare, anche se in minor grado e con modalità differenti, ogni tipo di decisore algoritmico.

In tal senso si possono distinguere tre tipologie di opacità algoritmica.

L'opacità c.d. intenzionale si ha quando il funzionamento del sistema viene tenuto nascosto per tutelare altri diritti, primo fra tutti quello della proprietà intellettuale.

Si parla, invece, di opacità 'analfabeta' (*illiterate opacity*) ogni qualvolta un sistema sia comprensibile solo a coloro in possesso delle adeguate conoscenze tecniche in termini di lettura e scrittura del sistema.

La terza è la c.d. opacità intrinseca che si realizzerebbe quando i dettagli del processo decisionale del sistema risultino di difficile comprensione per

e responsabilità dell'amministrazione nella società dell'algoritmo, in *federalismi.it*, 16, 2019; C. O'NEIL, *Armi di distruzione matematica. Come i big data aumentano la disuguaglianza e minacciano la democrazia*, Bompiani, Milano, 2017. Sull'argomento anche S. TRANQUILLI *Rapporto pubblico-privato nell'adozione e nel controllo della decisione amministrativa 'robotica'*, *Diritto e società*, 2, 2020, 281 ss. L'A., nell'ambito delle decisioni amministrative, ha evidenziato che la scelta dell'amministrazione di utilizzare algoritmi richiede «una serie di valutazioni, ex ante, assolutamente non 'neutre', quali la predeterminazione di criteri e la selezione di dati di riferimento a disposizione che devono poi essere 'riversati' dal programmatore nel codice algoritmico». Tali valutazioni sarebbero di particolare rilievo in quanto «dalla selezione dei dati e dalla predeterminazione dei criteri utilizzati per l'elaborazione dell'algoritmo dipenderà l'intera procedura». In termini simili anche AVANZINI, op.cit., p. 83 ss. che specifica come tale decisione non costituisca mai una scelta 'neutra' per il cittadino che ne subisce le conseguenze.

⁵ Termine coniato da F. PASQUALE, *The Black Box Society, the secret algorithms that control money and information*, Harvard University Press, 2015.

⁶ In questi termini v. P. GUARDA, "Ok Google, am I sick?": *Artificial Intelligence, E-Health, and Data Protection Regulation*, in *Rivista di BioDiritto*, 1, 2019.

qualunque essere umano⁷.

La scarsa trasparenza non sarebbe legata dunque solo alla complessità dei singoli sistemi che potrebbe impedire, non solo a chi non ha specifiche conoscenze ma addirittura ad una qualunque ‘mente umana’, di comprenderne nel dettaglio l’attività, bensì deriverebbe anche dalla risposta giuridico-ordinamentale dei singoli Stati che man mano si stanno confrontando con il loro utilizzo. Un algoritmo può divenire ‘oscuro’ anche perché, per ragioni giuridiche, ne viene impedita la conoscenza⁸.

Nonostante tali criticità brevemente riassunte, il ricorso agli strumenti algoritmici appare ormai come una (forse) opportuna inevitabilità che, man mano, caratterizzerà praticamente ogni aspetto della nostra società al punto che vi è già chi parla di «società algoritmica»⁹.

Ad oggi, uno degli ambiti di applicazione particolarmente dibattuto parrebbe essere l’utilizzo di tali strumenti nell’ambito delle decisioni pubbliche.

In Italia, l’utilizzo delle c.d. *Information and Communication Technologies* (ICTs)¹⁰ all’interno dell’amministrazione pubblica non è una novità e ha comportato rilevanti cambiamenti in termini di organizzazione e funzionamento al punto non solo da divenire oggetto di specifica disciplina positiva¹¹ ma da far ritenere che non sia più possibile distinguere

⁷ J. COBBE, *Administrative Law and the Machines of Government: Judicial Review of Automated Public-Sector Decision Making*, in *Legal Studies*, Cambridge University, 39, 4, 2019, p. 646 ss.

⁸ In tal senso anche CAVALLARO-SMORTO, op. cit. ove viene evidenziato che il ‘carattere oscuro’ degli algoritmi deriverebbe anche da una certa tendenza, emersa soprattutto negli ordinamenti di *common law*, di respingere le richieste di accesso, tese a comprendere il funzionamento degli algoritmi, per ragioni di tutela della proprietà intellettuale del *software*. Nell’ordinamento italiano tale pericolo sembrerebbe non essersi realizzato. In tale ambito, infatti, si è avuta una duplice risposta da parte del Giudice amministrativo (TAR Lazio, sez. III bis, 21 marzo 2017, n. 3742; Id., 22 marzo 2017, n. 3769) che verrà esaminata nei paragrafi seguenti.

⁹ CAVALLARO-SMORTO, op. cit. che richiamano il termine «società dell’algoritmo» coniato da J.M. BALKIN, *The three Laws of Robotics in the Age of Big Data*, in *Faculty Scholarship Series*, 2017.

¹⁰ Sul tema v. S. CIVITARESE MATTEUCCI-L. TORCHIA, *La Tecnificazione dell’amministrazione*, in *La Tecnificazione*, a cura di S. CIVITARESE MATTEUCCI-L. TORCHIA, Firenze University Press, 2016, p. 7 ss. Nello stesso volume anche I. M. DELGADO, *La riforma dell’amministrazione digitale: un’opportunità per ripensare la pubblica amministrazione*, p. 133 ss; M. D’ANGELOSANTE, *La consistenza del modello dell’amministrazione ‘invisibile’ nell’età della tecnificazione: dalla formazione delle decisioni alla responsabilità per le decisioni*, p. 155 ss.; A.G. OROFINO, *L’esternazione degli atti amministrativi*, p. 181 ss.

¹¹ Si pensi, ad esempio, al Codice dell’amministrazione digitale del 2005 (d.lgs. 7 marzo

l'amministrazione digitale¹² da quella analogica¹³.

Uno dei temi che, attualmente, risulta essere al centro di vivaci dibattiti sia in sede dottrinale che giurisprudenziale, è l'utilizzo degli strumenti algoritmici all'interno del tradizionale procedimento amministrativo non solo come supporto alla decisione amministrativa (lasciando la decisione finale al funzionario persona umana) ma anche in sostituzione alla decisione stessa. In tale ultimo caso il funzionario deciderebbe solo formalmente, in quanto la decisione verrebbe concretamente assunta dall'elaboratore elettronico sulla base di dati previamente in esso inseriti¹⁴.

Il cambiamento a cui si sta assistendo in merito alle modalità di esercizio ed esternazione del potere pubblico decisionale potrebbe riassumersi, più semplicemente, anche tramite la descrizione dell'evoluzione del c.d. atto amministrativo elettronico, prospettata in tempi più risalenti da parte di lungimirante dottrina.

Si può distinguere infatti tra atto amministrativo su supporto elettronico e atto amministrativo ad elaborazione elettronica. Nel primo caso, il contenuto dell'atto viene determinato da funzionari pubblici con la differenza, rispetto all'atto amministrativo 'tradizionale', che lo stesso verrà ad esistenza e si perfezionerà direttamente sul supporto informatico; nel

2005, n. 82). Il Codice all'art. 3 afferma il diritto di cittadini e imprese, nei loro rapporti con le pubbliche amministrazioni, ad usare le ICTs: «*i cittadini e le imprese hanno diritto a richiedere e ad ottenere l'uso delle tecnologie telematiche nelle comunicazioni con le pubbliche amministrazioni*». Tuttavia, tale norma, secondo parte della dottrina, prevede qualcosa che in larga misura non è stato attuato in quanto le amministrazioni non hanno apprestato strumenti efficaci affinché tale diritto possa effettivamente essere esercitato. In tal senso V. CERULLI IRELLI, *La Tecnificazione*, in *La Tecnificazione*, a cura di S. CIVITARESE MATTEUCCI-L. TORCHIA, cit., p. 279 ss. Si pensi anche al 'manifesto di civiltà digitale' di cui all'art. 1 della l. 124/2015.

¹² Per amministrazione digitale si vuole far riferimento all'utilizzo «*delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione nelle pubbliche amministrazioni, coniugato a modifiche organizzative e all'acquisizione di nuove competenze al fine di migliorare i servizi pubblici e i processi democratici e di rafforzare il sostegno delle politiche pubbliche*» COM (2003), 567.

¹³ CIVITARESE MATTEUCCI - TORCHIA, op cit., p. 11 ss.

¹⁴ Tale evoluzione è stata anche definita come il passaggio da una condizione di *Street-Level Bureaucracy* a una condizione di *Screen-Level Bureaucracy*. In quest'ultima condizione appunto il funzionario decide solo formalmente, mentre di fatto la decisione è assunta dall'elaboratore elettronico. Il funzionario conserverebbe un ruolo solo al momento dell'impostazione della macchina e *ex post* nella lettura dell'*output*. Vi sarebbe poi una ulteriore successiva evoluzione ossia quella del *System-Level Bureaucracy* in cui il funzionario non deciderebbe neanche i criteri per impostare la singola *Screen-Level Bureaucracy* e il suo ruolo sarebbe circoscritto all'attività di progettazione/gestione del sistema e di assistenza agli utenti/amministrati. In tal senso D'ANGELOSANTE, op. cit.

secondo caso, invece, è il supporto informatico a predisporre il contenuto dell'atto amministrativo (senza alcun intervento 'umano')¹⁵.

Tale 'sottile' differenziazione in realtà sta alla base di ciò che ha portato a definire il cambiamento in atto come il passaggio ad una Pubblica amministrazione 4.0¹⁶.

Non si tratterebbe più, infatti, di un'evoluzione inerente unicamente all'utilizzo di nuovi strumenti per esternare la volontà dell'amministrazione come nel caso dell'atto amministrativo elettronico (tenuto conto delle distinzioni di cui sopra), non si tratterebbe neanche più di individuare nuove tecnologie che possano velocizzare la partecipazione dei cittadini alle decisioni amministrative (come ad esempio l'utilizzo di piattaforme digitali), né di utilizzare lo sviluppo dell'informatica per riformare le modalità di scambio dei dati tra le pubbliche amministrazioni, bensì di un cambiamento più radicale¹⁷.

Saremmo di fronte ad un nuovo modo di essere e di funzionare dell'amministrazione in cui il procedimento di formazione delle sue decisioni viene affidato ad un *software* che, sulla base dei dati previamente immessi, giunge al provvedimento finale¹⁸.

¹⁵ In tal senso A.G. OROFINO, *La patologia dell'atto amministrativo elettronico: sindacato giurisdizionale e strumenti di tutela*, in *Foro amm. CdS*, 2002, p. 2257; Ma anche F. SAITTA, *Le patologie dell'atto amministrativo elettronico e il sindacato del giudice amministrativo*, in *Riv. dir. amm. elettronico*, www.cesda.it, 2003, 2, secondo cui vi sarebbero diverse figure di atto amministrativo elettronico quando: a) il contenuto dell'atto viene predisposto attraverso un sistema informatico, più o meno complesso, in modo manuale, utilizzando il computer solo quale *word processor*, e che, per aver efficacia nel mondo giuridico, dev'essere trasposto su supporto cartaceo e sottoscritto; b) l'atto viene predisposto tramite sistemi informatici ed emanato con gli stessi strumenti (atto amministrativo in forma elettronica); c) l'atto viene ottenuto tramite un procedimento di elaborazione da parte di sistemi informatizzati che porta alla creazione di un documento giuridico collegando tra loro i dati inseriti nel *computer* secondo le previsioni del *software* adottato e senza apporto umano (atto amministrativo ad elaborazione elettronica).

¹⁶ D.U. GALETTA - J.G. CORVALÀN, *Intelligenza Artificiale per una Pubblica amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, in *federalismi.it*, 3, 2019. Gli Autori evidenziano che durante il XX secolo l'evoluzione delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione (ICT) hanno modellato tre paradigmi di Amministrazione: i) una Pubblica amministrazione 1.0 ossia quel modello di amministrazione del diciannovesimo secolo caratterizzata dall'utilizzo di carta e macchine da scrivere; ii) una Pubblica amministrazione 2.0 che utilizza strumenti quali computer, stampanti e fax; iii) una Pubblica amministrazione 3.0 corrispondente al modello di buona parte del XXI secolo caratterizzata dall'uso di internet, portali digitali, *social network*. Attualmente, secondo gli Autori, la pubblica amministrazione si troverebbe ad affrontare una quarta fase della sua evoluzione.

¹⁷ CAVALLARO - SMORTO, *op.cit.* p. 9 ss.

¹⁸ Della possibile e progressiva evoluzione dell'utilizzo dell'informatica nell'esercizio del

Tale mutamento, seppur ancora in fase per lo più ‘embrionale’¹⁹ e distante dal grado di automazione che caratterizza modelli come quelli del *machine learning*²⁰, sta mettendo in luce alcune delle ‘sfide’ legate ad esso, prima fra tutte l’esigenza di bilanciare l’utilizzo di tali strumenti all’interno dei processi decisionali delle pubbliche amministrazioni con quella di assicurare, al tempo stesso, l’osservanza delle garanzie poste alla base dei rapporti con gli amministrati.

Alcune delle problematiche relative a tale evoluzione (o forse involuzione) del procedimento amministrativo verranno affrontate nei paragrafi seguenti alla luce di alcuni dei più recenti approdi della giurisprudenza amministrativa in materia.

potere amministrativo parlava già Giannini sul finire degli anni ‘70 rilevando che: «i sistemi informativi non servono più alle amministrazioni per fatti di gestione interna, ma servono proprio per amministrare, si proiettano cioè sempre più verso l’esterno» v. M.S. GIANNINI, *Rapporto sui principali problemi della amministrazione dello Stato*, 16 novembre 1979, par. 3.7.

¹⁹ In merito agli ambiti utilizzo da parte dell’amministrazione di decisioni (più o meno) automatizzate si ricorda a titolo esemplificativo: le sanzioni automatizzate del codice della strada, la determinazione delle tariffe del settore energetico e idrico, la scia c.d. automatizzata. Sul punto v. AVANZINI, op.cit, p. 41 ss. Ma anche il procedimento per la formazione delle liste dei professori universitari che possono far parte delle commissioni per l’ASN, esempio ricordato da CAVALLARO-SMORTO, op. cit., p. 10 ss., e anche da D’ANGELOSANTE, op. cit., p. 165 ss. Su queste tematiche anche CERULLI IRELLI, op. cit. che ha analizzato il caso dell’automatizzazione del sistema di autorizzazione per l’apertura delle farmacie utilizzato nella provincia di Trento. Il sistema era strutturato in modo da impedire la presentazione di una terza domanda telematica di assegnazione ad un soggetto che avesse già presentato precedentemente due domande. Il sistema telematico era stato costruito in modo da escludere direttamente la domanda presentata da tale utente. Il caso è stato sottoposto all’attenzione del TAR. Il ricorrente sosteneva che le sue due precedenti domande di assegnazione erano state presentate in modo errato, e non potevano essere considerate come valide. Il TAR ha rilevato che il funzionario sarebbe dovuto intervenire andando a correggere sul punto quanto non considerato dal programma. Secondo l’A. questo rappresenta un ‘piccolo episodio’ che però denota come, anche su procedimenti molto semplici ci può sempre essere un certo tasso di opinabilità, di adattabilità alle situazioni concrete, che probabilmente renderà anche nel futuro abbastanza ristretto il campo dell’automazione nei procedimenti decisori. Su tale caso anche J.B. AUBY, *Il diritto amministrativo di fronte alle sfide digitali*, in *Istituzioni del Federalismo*, 3, 2019, e B. BARMANN, *La responsabilità della P.a. per il cattivo funzionamento dei sistemi informatici* in *Giorn. Dir. amm.*, 3, 2016, p. 393 ss.

²⁰ Sull’utilizzazione di meccanismi elettronici di auto-apprendimento all’interno del procedimento amministrativo v. I. M. DELGADO, *Automazione, intelligenza artificiale e pubblica amministrazione: vecchie categorie concettuali per nuovi problemi?*, in *Istituzioni del Federalismo*, 3, 2019, p. 643 ss.

2. Il c.d. algoritmo di mobilità e i (dis)orientamenti del Giudice amministrativo

Una delle più recenti utilizzazioni dello strumento algoritmico all'interno dei procedimenti amministrativi è stata quella dell'ormai noto «algoritmo di mobilità»²¹ a cui il MIUR ha affidato la gestione della procedura di mobilità nazionale del personale docente per la scuola primaria e secondaria (art. 1, comma 108, l. 107/2015)²².

La concreta applicazione dell'algoritmo, anche se basata su criteri di valutazione precisati da una specifica ordinanza ministeriale (ord. n. 241/2016), ha dato luogo ad errori macroscopici²³ da cui è scaturito un ampio contenzioso che ha dato modo alla giurisprudenza di affrontare le questioni della legittimità e dei limiti di utilizzo degli algoritmi in seno al procedimento amministrativo.

In particolare, in assenza di regole *ad hoc*, il giudice amministrativo si è trovato a dover rimodulare alcuni dei principi e degli istituti alla base del tradizionale procedimento amministrativo²⁴ ma anche, come si vedrà, a idearne di nuovi.

In tal senso, in una delle prime pronunce in materia, è stata affrontata la questione del riconoscimento del diritto di accesso all'algoritmo di calcolo che aveva gestito il *software* relativo ai suddetti trasferimenti interprovinciali del personale docente²⁵.

²¹ AVANZINI, op. cit., p. 49 ss.

²² La procedura di mobilità in questione è stata prevista nell'ambito della riforma 'buona scuola'. L'attuazione del piano di mobilità del personale docente è stata affidata dal Miur ad un algoritmo, ideato da una società privata, che avrebbe dovuto consentire all'amministrazione di elaborare la grande quantità di dati ed arrivare a svolgere più velocemente la procedura.

²³ In particolare, veniva lamentato che il meccanismo algoritmico aveva disposto i trasferimenti senza tener conto delle preferenze espresse, pur in presenza di posti disponibili nelle province indicate. In sostanza, i docenti (ricorrenti) sono stati trasferiti in province più lontane da quelle della propria residenza o quella scelta con priorità, benché in tali province di elezione vi fossero svariati posti disponibili.

²⁴ Sulle decisioni "robotiche" la letteratura è particolarmente ampia, si richiamano *ex multis*: A. PAJNO, *Intelligenza artificiale e sistema di tutela giurisdizionale*, in *astrid-online.it*, Rassegna 3/2020; R. FERRARA, *Il giudice amministrativo e gli algoritmi. Note estemporanee a margine di un recente dibattito giurisprudenziale*, in *Dir. amm.*, 4, 2019, p. 773 ss.; I. A. NICOTRA-V. VARONE, *L'algoritmo, intelligente ma non troppo*, in *rivistaaic.it*, 4, 2019; F. PATRONI GRIFFI, *La decisione robotica e il giudice amministrativo*, in *La Decisione robotica*, a cura di A. CARLEO, Il Mulino, Bologna, 2019, p. 165 ss.; L. VIOLA, *L'intelligenza artificiale nel procedimento e nel processo amministrativo: lo stato dell'arte*, in *Foro amm.*, 9, 2018, p. 1598 ss.

²⁵ TAR Lazio, Roma, sez. III bis, 21 marzo 2017, n. 3742; Id., 22 marzo 2017, n. 3769. Da ultimo si v. anche Cons. Stato, sez. VI, 2 gennaio 2020, n. 30. Sulla tematica si v. *ex multis*:

Il TAR ha ritenuto fondata la richiesta di accesso (*ex art. 22 l. 241/1990*) riconoscendo al *software* in questione la natura di atto amministrativo poiché frutto comunque di un procedimento amministrativo (anche se automatizzato)²⁶. In tal modo il Giudice amministrativo ha posto un limite alla opacità intenzionale che, come visto, può caratterizzare lo strumento algoritmico.

Ma non solo. A detta del TAR l'algoritmo, in tal caso, ha finito per sostanziare esso stesso il procedimento. Da ciò l'esigenza di precisare che l'attività amministrativa, nelle ipotesi di utilizzo di decisori elettronici, sarebbe da rintracciare nel momento della scelta del ricorso agli stessi e in quello della definizione dell'architettura stessa del *software*.

Tuttavia, sarebbe solamente con quest'ultimo che l'amministrazione andrebbe poi ad incidere sulle situazioni giuridiche individuali.

Il Giudice amministrativo, quindi, ha ritenuto che la scelta discrezionale dell'amministrazione di ricorrere ad uno strumento innovativo «*non può riflettersi in senso limitativo all'accessibilità conoscitiva da parte del destinatario dell'atto*» e dunque, è stato evidenziato che il diritto di accesso, componente fondamentale del rapporto tra cittadino e amministrazione, non può subire limitazioni per il solo fatto che vengano in rilievo strumenti decisionali automatizzati.

Il TAR si è soffermato, pur se brevemente, anche su alcune delle tematiche che poi sono state sviluppate dalla giurisprudenza successiva.

Anzitutto, ha rilevato che la decisione di ricorrere all'elaborazione elettronica ai fini della definizione del contenuto dell'atto assume essenzialmente una valenza di tipo organizzativo dell'attività amministrativa; in secondo luogo che, benché l'attività amministrativa vincolata sia maggiormente compatibile con la logica di un elaboratore elettronico, la

E. PROSPERETTI, *Accesso al software e al relativo algoritmo nei procedimenti amministrativi e giudiziali. Un'analisi a partire da due pronunce del TAR Lazio*, in *Dir. dell'informatica*, 2019, 4, p. 979 ss.; I. FORGIONE, *Il caso dell'accesso al software MIUR per l'assegnazione dei docenti*, in *Giorn. Dir. amm.*, 5, 2018, p. 647 ss.

²⁶ In tal caso veniva impugnato un verbale del MIUR con il quale era stato negato l'accesso (*ex art. 22 della l. 241/1990*) all'algoritmo di calcolo (in particolare ai codici sorgente) che aveva gestito il *software* relativo ai trasferimenti interprovinciali del personale. Alla richiesta di accesso infatti era stato opposto un duplice ordine di ragioni: anzitutto secondo l'amministrazione i c.d. codici sorgente dell'algoritmo non avrebbero integrato gli estremi del documento amministrativo di cui agli artt. 22 e ss. della legge n. 241 del 1990 e che, comunque, i predetti codici e quindi il relativo *software* avrebbero costituito opere dell'ingegno e in quanto tali sarebbero state tutelate dalla normativa in materia di proprietà intellettuale. Sulla natura dell'atto elettronico quale atto amministrativo, DELGADO, *Automazione, intelligenza artificiale e pubblica amministrazione*: op. cit., 655 ss.

legittimità dell'atto amministrativo automatizzato non sarebbe legata alla natura discrezionale o vincolata dell'atto, quanto invece essenzialmente alla possibilità, «*che tuttavia è scientifica e non invece giuridica, di ricostruzione dell'iter logico sulla base del quale l'atto stesso possa essere emanato per mezzo di procedure automatizzate quanto al relativo contenuto dispositivo*».

A distanza di un anno, lo stesso Giudice è stato chiamato a sindacare, più in generale, la legittimità della scelta dell'amministrazione di affidare a un algoritmo la predisposizione di un provvedimento amministrativo.

I ricorrenti, in tale occasione, lamentavano l'assenza nella fattispecie di una vera e propria attività amministrativa, essendosi demandato «*ad un impersonale algoritmo*» lo svolgimento dell'intera procedura di mobilità dei docenti²⁷.

Il TAR ha ritenuto il ricorso fondato, reputando l'utilizzo dello strumento algoritmico non solo non conforme ai dettami di cui all'art. 97 Cost. e ai principi ad esso sottesi, bensì anche lesivo delle garanzie procedurali previste dalla l. 241/1990 tra cui l'obbligo di motivazione di cui all'art. 3, il principio ineludibile dell'interlocuzione personale intessuto nell'art. 6 e a quello ad esso presupposto di istituzione della figura del responsabile del procedimento, ma anche le garanzie a tutela della partecipazione al procedimento (artt. 7, 8, 10, 10 *bis*).

Su queste basi è stato dato rilievo al principio di strumentalità delle procedure informatiche secondo cui anche qualora queste ultime pervengano ad un grado maggiore di precisione e addirittura alla perfezione, non potranno mai soppiantare l'attività cognitiva, acquisitiva e di giudizio che solo un'istruttoria affidata ad un funzionario persona fisica è in grado di svolgere.

Da questo principio deriva che tali strumenti possano detenere unicamente una posizione servente, strumentale e meramente ausiliaria in seno al procedimento amministrativo e mai dominante o surrogatoria dell'attività dell'uomo.

Tali decisioni del Giudice amministrativo hanno rigettato, forse con eccessiva durezza, l'utilizzo dello strumento algoritmico all'interno del procedimento amministrativo accettandone unicamente la posizione servente.

Tuttavia, occorre riconoscere a questo orientamento il pregio di aver evidenziato, pur se non espressamente, sia che le garanzie previste per il tradizionale procedimento risultano difficilmente applicabili a tali nuove forme di esercizio del potere amministrativo, sia che l'avanzamento tecnologico e il coinvolgimento dello stesso nel procedimento non può avere come contropartita la rinuncia alle stesse garanzie.

²⁷ Si fa riferimento alle sentenze del TAR Lazio, Roma, sez. III *bis*, 10 settembre 2018, nn. 9224, 9225, 9226, 9227, 9229, 9230. Nello stesso senso anche *ex multis*: TAR Lazio, Roma, sez. III *bis*, 12 marzo 2019, n. 3238; Id., 25 marzo 2019, n. 3985.

Benché le finalità garantiste di tale orientamento siano certamente degne di nota, tuttavia, la semplice marginalizzazione dello strumento algoritmico non potrebbe mai considerarsi una risposta idonea e sufficiente ed in linea con la velocità dell'attuale rivoluzione tecnologica.

Il primo intervento che, invece, ha cercato di bilanciare le suddette esigenze di tutela con l'inesorabile sviluppo tecnologico che sta caratterizzando anche l'attività amministrativa è stato quello del Consiglio di Stato²⁸.

Anche in questa occasione i ricorrenti lamentavano che l'intera procedura di assunzioni fosse stata gestita da un sistema algoritmico il cui funzionamento sarebbe rimasto sconosciuto.

Il Consiglio di Stato, a parte dalla pronuncia in analisi, inizia a delineare una sorta di *vademecum* da utilizzare in caso di decisioni amministrative algoritmiche.

Anzitutto viene stabilito che, con riferimento a procedure seriali o standardizzate prive di discrezionalità, l'automazione mediante algoritmi del processo decisionale dell'amministrazione costituisce una doverosa declinazione dell'art. 97 Cost., coerente con l'attuale evoluzione tecnologica.

In altre parole, l'assenza di un intervento umano in caso di attività di mera classificazione automatica di istanze numerose, può garantire uno snellimento dell'*iter* procedimentale e numerosi vantaggi in termini di celerità ed imparzialità della decisione, conformemente ai canoni di efficienza ed economicità dell'azione amministrativa²⁹.

Tuttavia, l'utilizzo di procedure 'robotizzate', non può essere motivo di elusione dei principi che regolano lo svolgersi della stessa.

La regola tecnica che governa ogni algoritmo, infatti, resta pur sempre una regola amministrativa costruita dall'uomo per essere poi applicata dalla macchina e per tali ragioni: a) deve soggiacere ai principi generali dell'attività amministrativa; b) non può lasciare spazi applicativi discrezionali

²⁸ Cons. Stato, sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270. Per una puntuale ricostruzione di tale giurisprudenza v. G. PESCE, *Il Consiglio di Stato ed il vizio della opacità dell'algoritmo tra diritto interno e diritto sovranazionale*, in www.giustizia-amministrativa.it, 16 gennaio 2020. Si v. anche *ex multis*: A. DI MARTINO, *Intelligenza artificiale, garanzie dei privati e decisioni amministrative: l'apporto umano è ancora necessario? Riflessioni a margine di Cons. Stato 8 aprile 2019, n. 2270* in *Rivista giuridica europea*, 2, 2019, p. 49 ss; V. CANALINI, *L'algoritmo come 'atto amministrativo informatico' e il sindacato del giudice*, in *Giorn. Dir. amm.*, 6, 2019, p. 781 ss.

²⁹ Sul punto si richiama anche una risalente pronuncia della giurisprudenza amministrativa (Cons. Stato, sez. VI, 7 febbraio 1995, n. 152) secondo cui: «*l'uso di procedure informatizzate e di macchine elettroniche nello svolgimento dell'attività amministrativa [...] è consentito [...] anche per la maggiore oggettività ed imparzialità che la macchina può assicurare, specialmente nello svolgimento di operazioni ripetitive, non essendo soggetto alla caduta della curva di attenzione riscontrabile nell'uomo dopo un certo tempo di applicazione allo stesso compito*».

all'elaboratore elettronico in quanto la discrezionalità amministrativa non può essere demandata ad un *software* ma deve essere esercitata al momento dell'elaborazione dello strumento stesso; c) deve prevedere la necessità che sia sempre l'amministrazione a compiere *ex ante* ogni mediazione e composizione di interessi anche mediante costanti aggiornamenti dell'algoritmo (soprattutto nel caso di strumenti ad apprendimento progressivo e di *deep learning*); d) deve essere conoscibile in tutti i suoi aspetti secondo una declinazione rafforzata del principio di trasparenza in modo da poter essere sottoposto anche alla piena cognizione del giudice amministrativo³⁰.

Con tale pronuncia il Consiglio di Stato, allontanandosi dall'orientamento del TAR, accoglie pienamente l'utilizzo degli strumenti algoritmici all'interno del procedimento amministrativo (al punto da far riferimento anche al modello di *deep learning*) ma lo limita alle procedure prive di margini di discrezionalità e standardizzate, subordinandolo al rispetto dei principi generali dell'attività amministrativa.

Successivamente, questi aspetti sono stati oggetto della pronuncia del Consiglio di Stato che ha dato spunto alle presenti riflessioni (Cons. Stato, sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8472)³¹.

Anche in questo caso il ricorso era stato promosso da alcuni docenti immessi in ruolo nella c.d. fase C del piano straordinario assunzionale di cui alla l. n. 107/2015 per contestare la richiamata procedura nazionale di mobilità, sempre in quanto svolta con un algoritmo non conosciuto e che non ha correttamente funzionato.

In primo grado il TAR aveva accolto il ricorso abbracciando il ricordato orientamento giurisprudenziale che aveva affermato l'illegittimità del piano in quanto non corredato da alcuna attività amministrativa e demandato unicamente a un algoritmo, in evidente contrasto con il fondamentale principio della strumentalità del ricorso agli strumenti algoritmici nei procedimenti amministrativi.

Con la decisione in commento il Consiglio di Stato non solo riforma la pronuncia del TAR ribadendo quanto affermato con la pronuncia n.

³⁰ In dottrina tuttavia c'è chi ha evidenziato che gli algoritmi particolarmente sofisticati sono caratterizzati da una «*drammatica carenza di trasparenza*» e il rispetto del principio di trasparenza risulta estremamente difficile se non impossibile. In questi termini A. MASUCCI, *Vantaggi e rischi dell'automatizzazione algoritmica delle decisioni amministrative* in *Scritti in onore di E. Picozza*, Editoriale scientifica, Napoli, 2019. In senso contrario DELGADO, *Automazione, intelligenza artificiale e pubblica amministrazione*, op.cit., p. 659 ss., secondo cui l'opacità algoritmica potrebbe ben essere trasformata in trasparenza algoritmica tramite la richiesta di apposite condizioni nella progettazione.

³¹ In particolare, in tale occasione veniva impugnata la già richiamata sentenza del TAR Lazio, Roma, sez. III *bis*, 10 settembre 2018, n. 9230.

2270/2019, bensì compie ulteriori passi avanti nel delineare il quadro di riferimento e l'ambito di applicazione delle 'procedure' algoritmiche che verranno esaminati nei paragrafi successivi³².

3. *L'iter motivazionale della pronuncia*

In primo luogo, sulla scia di quanto stabilito anche dalla giurisprudenza antecedente, vengono ribaditi i vantaggi che, in termini di efficienza e neutralità, l'utilizzo degli algoritmi può apportare al procedimento amministrativo.

Inoltre, viene nuovamente sottolineato, da un lato, che l'utilizzo di tali elaboratori elettronici in caso di procedure standardizzate è in linea con il principio di buon andamento dell'azione amministrativa (che impone all'amministrazione di conseguire i propri fini con il minor dispendio di mezzi e risorse e attraverso lo snellimento e l'accelerazione dell'*iter* procedimentale); dall'altro, che l'utilizzo di tali strumenti non può essere motivo di elusione dei principi che conformano il nostro ordinamento e regolano l'attività amministrativa.

Il ricorso all'algoritmo, anche in tale occasione, viene inquadrato come uno «*strumento procedimentale ed istruttorio*» e la decisione dell'amministrazione di fare ricorso all'elaborazione elettronica viene ritenuta di natura organizzatoria, meramente alternativa rispetto ai tradizionali metodi acquisitivi e decisionali che caratterizzano il procedimento.

Sino a questo punto il Consiglio di Stato non fa altro che ribadire ed evidenziare concetti già noti.

Le principali novità che introduce rispetto a tutta la giurisprudenza precedente sono due: anzitutto apre alla possibilità dell'utilizzo degli strumenti algoritmici anche nell'ambito dell'attività discrezionale; in secondo luogo delinea, per la prima volta, un quadro normativo di riferimento che rintraccia per lo più nel Regolamento europeo 2016/679 (noto con la sigla GDPR), da cui ricava anche (alcuni dei) i principi che dovrebbero essere posti alla base delle decisioni amministrative automatizzate.

Sul primo versante, viene affermato che non vi sarebbero ragioni di principio per limitare l'utilizzo di tali strumenti unicamente all'attività vincolata, poiché entrambe risultano espressione dell'attività autoritativa

³² Tale orientamento è stato anche confermato da pronunce successive *ex multis* si v. Cons. Stato, sez. VI, 20 febbraio 2020, n. 881.

svolta nel perseguimento dell'interesse pubblico. Ciò in quanto, a detta del Collegio, ogni attività autoritativa comporta una fase quantomeno di accertamento e verifica della scelta ai fini attribuiti dalla legge; tuttavia, anche se il ricorso agli algoritmi può apparire di più semplice utilizzo in relazione all'attività vincolata, non vi sarebbero ragioni per impedire che gli stessi fini vengano perseguiti attraverso l'utilizzo di siffatti strumenti anche in relazione all'attività connotata da margini di discrezionalità. Viene precisato, inoltre, che l'attività discrezionale che in astratto potrebbe beneficiare maggiormente delle efficienze e dei vantaggi di tali strumenti risulterebbe essere quella tecnica.

Tanto stabilito in termini di generale ammissibilità di tali strumenti in seno al procedimento, il Collegio passa a delineare i principi che devono essere posti a fondamento di ogni procedimento amministrativo che prevede l'utilizzo di elaboratori elettronici ossia: a) la piena conoscibilità *ex ante* dello strumento utilizzato e dei criteri applicati; b) la garanzia dell'imputabilità della decisione all'organo titolare del potere (che dovrà verificare la logicità e la legittimità della scelta e degli esiti affidati all'algoritmo).

In merito alla garanzia della piena conoscibilità viene stabilita la necessità che la stessa venga intesa sia in relazione alla p.A. che ai singoli soggetti coinvolti e incisi dall'esercizio del potere.

In relazione alla p.A., viene ribadita la necessità che tale garanzia venga tradotta nell'esigenza di rendere conoscibile l'algoritmo in tutti i suoi aspetti, secondo una declinazione rafforzata del principio di trasparenza. Ciò per far sì che *ex post* possa essere verificata la conformità dei criteri, dei presupposti e gli esiti del procedimento algoritmico alle prescrizioni stabilite eventualmente dalla legge o dalla stessa amministrazione a monte del procedimento.

In relazione ai soggetti coinvolti il Consiglio di Stato evidenzia, per la prima volta in termini così chiari, la questione della tutela del trattamento dei dati personali, non solo nell'ipotesi di processi decisionali che contemplino una qualche sorta di coinvolgimento umano, ma anche nel caso in cui l'intero procedimento venga affidato all'algoritmo. Ne è disceso il riferimento alle garanzie contenute nel Regolamento europeo 2016/679 e in particolare agli artt. 13 e 14, che riconoscono il diritto dell'interessato ad essere informato dell'eventuale automatizzazione del processo decisionale (e questo sia nell'ipotesi in cui la raccolta dei dati personali avvenga direttamente presso l'interessato, sia che venga compiuta indirettamente), e all'art. 15 che disciplina invece il relativo diritto di accesso.

In particolare, nei casi in cui il processo decisionale a cui viene sottoposto

l'interessato sia interamente automatizzato, viene previsto che il titolare del trattamento sia tenuto a fornire «*informazioni significative*» sulla logica utilizzata, nonché le conseguenze e il rilievo che il trattamento può avere per l'interessato (art. 13, comma 2, lett. f); art. 14, comma 2, lett. g)). A tale garanzia si aggiunge quella del diritto di accesso che contempla anch'esso la possibilità di ricevere informazioni in merito all'esistenza di eventuali processi decisionali automatizzati (art. 15, comma 1, lett. h)).

Sul versante della verifica degli esiti e dell'imputabilità della decisione automatizzata viene stabilita la necessità di garantire la riferibilità della decisione finale all'autorità e all'organo competente *ex lege*.

Tale rilievo viene argomentato partendo dall'art. 22 par. 1 GDPR, che riconosce il diritto dell'interessato a non essere sottoposto a una decisione interamente automatizzata che, priva di qualsivoglia coinvolgimento umano, possa produrre effetti giuridici o incidere in modo analogo sull'individuo³³.

Sulla base dei suddetti riferimenti normativi, il Collegio delinea i tre principi fondamentali che dovrebbero essere tenuti presenti sia al momento dell'utilizzo degli elaboratori elettronici che in sede di controllo *ex post*.

In primo luogo, viene fatto riferimento al principio di conoscibilità secondo cui ognuno ha il diritto di conoscere l'esistenza dei processi decisionali automatizzati che lo riguardano e a ricevere «*informazioni significative*» in merito alla logica utilizzata.

Tali garanzie costituirebbero una diretta applicazione del diritto a una buona amministrazione di cui all'art. 41 della Carta di Nizza, laddove viene previsto che quando la Pubblica amministrazione intende adottare una decisione che può avere effetti avversi su di una persona, ha l'obbligo di sentirla prima di agire, di consentire l'accesso ai suoi archivi e documenti e di esplicitare le ragioni della propria decisione.

Il principio di conoscibilità, tuttavia, deve essere completato dal principio di comprensibilità che impone la previsione di meccanismi in grado di far sì che possa essere decifrata anche la logica utilizzata dall'algoritmo decidente.

Altro principio richiamato dal Collegio è quello di non esclusività della

³³ In particolare, al par. 1 viene previsto che: «*L'interessato ha il diritto di non essere sottoposto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato, compresa la profilazione, che produca effetti giuridici che lo riguardano o che incida in modo analogo significativamente sulla sua persona*». Per completezza si ricorda anche il richiamo compiuto dalla pronuncia alla Carta della robotica approvata dal Parlamento europeo nel febbraio 2017 laddove afferma che nell'ipotesi in cui un *robot* possa prendere decisioni autonome, le norme tradizionali non sono sufficienti per attivare la responsabilità per i danni causati dal robot poiché non consentirebbero di determinare quale sia il soggetto su cui incombe la responsabilità del risarcimento né di esigere dallo stesso la riparazione dei danni causati.

decisione algoritmica e discenderebbe da quanto previsto dal richiamato art. 22 del Regolamento.

Il diritto dell'interessato a non essere sottoposto ad una decisione interamente automatizzata, che possa incidere significativamente sulla sua persona, deve quindi essere accompagnato dalla garanzia del contributo umano all'interno del processo decisionale, in grado di controllare, validare o smentire la decisione automatica (c.d. *human in the loop*).

Ulteriore principio cardine richiamato è quello di non discriminazione algoritmica che troverebbe il proprio fondamento nel considerando n. 71 del GDPR secondo cui, al fine di garantire un trattamento automatizzato corretto e trasparente, è opportuno che il titolare del trattamento si doti di tutti gli strumenti tecnici e organizzativi idonei ad assicurare la possibilità di rettifica delle inesattezze dei dati utilizzati nel processo decisionale e ad impedire, tra l'altro, il verificarsi di effetti discriminatori³⁴.

In altre parole, l'algoritmo conoscibile e comprensibile deve anche evitare di condurre ad un *output* decisionale con effetti discriminatori.

Premesso ciò, il Collegio conferma la sentenza di primo grado seppur con diversa motivazione.

Il TAR, infatti, aderendo all'orientamento maggiormente restrittivo esaminato *supra*, aveva ribadito la natura meramente servente e strumentale degli strumenti algoritmici stabilendo che un loro diverso utilizzo non può considerarsi conforme al vigente plesso normativo e ai dettami dell'art. 97 Cost., ai principi ad esso sottesi, agli istituti di partecipazione procedimentale definiti agli artt. 7, 8, 10 e 10 *bis* della l. 241/1990, all'obbligo di motivazione dei provvedimenti amministrativi sancito dall'art. 3 della stessa legge, al principio ineludibile dell'interlocuzione personale intessuto nell'art. 6 e a quello ad esso presupposto di istituzione della figura del responsabile del procedimento³⁵.

Il Consiglio di Stato, invece, conferma la sentenza di primo grado

³⁴ Nello specifico il Considerando prevede che: «*al fine di garantire un trattamento corretto e trasparente nel rispetto dell'interessato, tenendo in considerazione le circostanze e il contesto specifici in cui i dati personali sono trattati, è opportuno che il titolare del trattamento utilizzi procedure matematiche o statistiche appropriate per la profilazione, metta in atto misure tecniche e organizzative adeguate al fine di garantire, in particolare, che siano rettificati i fattori che comportano inesattezze dei dati e sia minimizzato il rischio di errori e al fine di garantire la sicurezza dei dati personali secondo una modalità che tenga conto dei potenziali rischi esistenti per gli interessi e i diritti dell'interessato e che impedisca tra l'altro effetti discriminatori nei confronti di persone fisiche sulla base della razza o dell'origine etnica, delle opinioni politiche, della religione o delle convinzioni personali, dell'appartenenza sindacale, dello status genetico, dello stato di salute o dell'orientamento sessuale, ovvero che comportano misure aventi tali effetti*».

³⁵ Par. 5 della decisione.

ritenendo la procedura illegittima in quanto non conforme ai principi sopra elencati, precisando che i pericoli legati all'utilizzo dello strumento algoritmico non possono essere ovviati dalla rigida e meccanica applicazione di «*tutte le minute regole procedurali della legge n. 241 del 1990*», dal momento che quest'ultima è stata concepita «*in un'epoca in cui l'amministrazione non era investita dalla rivoluzione tecnologica*». Viceversa, l'esigenza di tutela posta dall'utilizzazione degli algoritmi può essere garantita solo dal principio di trasparenza nei termini evidenziati e «*riconducibili al principio di motivazione e/o giustificazione*».

Già da quanto sin ora riassunto, può notarsi che la pronuncia in commento consente di mettere in luce diversi nodi problematici legati all'utilizzo dello strumento algoritmico all'interno del procedimento amministrativo.

In primo luogo, vi è la questione del fondamento del potere amministrativo di ricorrere agli algoritmi che tutta la giurisprudenza ricordata ha risolto riconducendo la scelta nell'ambito del potere di autorganizzazione della pubblica amministrazione.

Tale questione merita di essere analizzata in relazione all'art. 22 del GDPR che la sentenza in commento richiama unicamente quale disposizione a cui ancorare la necessità di garantire (comunque) un contributo 'umano' all'interno del processo decisionale ma che, come si vedrà *infra*, merita ulteriori approfondimenti.

In secondo luogo, come accennato, a tale pronuncia potrebbe riconoscersi un ruolo di 'spartiacque' rispetto a quanto affermato dalla giurisprudenza precedente ma anche da parte della dottrina, in merito alla possibilità di utilizzo dell'automatizzazione algoritmica anche con riguardo all'attività discrezionale. Tale possibilità necessita di alcune precisazioni.

Da ultimo, sulla scia di quanto affermato dalla sentenza in commento in merito anche all'(in)adeguatezza della legge sul procedimento, si cercherà di mettere in luce la necessità di una disciplina specifica che possa regolare l'attività amministrativa automatizzata contemperando sia l'esigenza della pubblica amministrazione di usufruire della rivoluzione tecnologica in atto, sia quella di garanzia delle posizioni dei privati.

3.1. *Il potere dell'amministrazione di ricorrere agli algoritmi e l'art. 22 del GDPR*

Uno dei nodi non approfonditi dalla giurisprudenza richiamata è quello del fondamento del potere dell'amministrazione di ricorrere agli algoritmi e le conseguenti criticità (facilmente) rilevabili in relazione al

principio di legalità³⁶.

Le pronunce sin ora conosciute, come visto, hanno ricondotto la possibilità di usufruire di elaboratori elettronici nell'alveo delle scelte organizzative e metodologiche dell'amministrazione, come mera alternativa rispetto alle tecniche acquisitive e decisorie di cui la stessa tradizionalmente dispone.

In altre parole, la decisione si porrebbe nell'ambito del potere di autorganizzazione della pubblica amministrazione, quale disciplina dello stesso potere che le è attribuito dall'ordinamento³⁷. Non trattandosi di un nuovo potere, dunque, non vi sarebbe bisogno di alcun intervento legislativo teso a conferirlo.

Pur volendo concordare con l'assunto secondo cui una norma generale attributiva di tale potere non sia necessaria, i quesiti aperti sembrerebbero ancora molteplici.

Anzitutto qualche perplessità sorge in merito a quanto previsto dal già richiamato art. 22 GDPR, almeno con riguardo alle decisioni interamente automatizzate e che comportino l'utilizzo di dati personali.

Tale disposizione, oltre a garantire il diritto a non essere sottoposti a una decisione interamente automatizzata, prevede anche determinate eccezioni tra cui quella che la decisione sia autorizzata dal diritto dell'Unione o dello Stato membro cui risulti assoggettato il titolare del trattamento³⁸.

La possibilità di deroga non viene solo subordinata a un'esplicita previsione, ma viene stabilito anche che quest'ultima debba prevedere adeguate misure «*a tutela dei diritti, delle libertà e dei legittimi interessi*

³⁶ Si interroga su tale problematica anche AVANZINI, op. cit. p. 81 ss. che evidenzia che l'art. 3 bis della l. 241/1990 relativo all'uso della telematica non può essere considerato il fondamento normativo generale di tale potere dal momento che costituirebbe una norma meramente programmatica e generica che non imporrebbe alcun tipo di riorganizzazione della struttura amministrativa. Nemmeno il Codice dell'amministrazione digitale prevederebbe alcuna norma al riguardo. Quest'ultimo, inoltre, a detta del Consiglio di Stato disciplinerebbe la digitalizzazione dell'amministrazione «*alquanto sommariamente*» senza modificare la disciplina amministrativa delle stesse procedure (Cons. Stato, parere, 7 febbraio 2015, 11995). Sulla natura meramente programmatica dell'art. 3 bis v. F. CARDARELLI, *Art. 3 bis*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. SANDULLI, p. 509 ss.

³⁷ Sul punto A. MASUCCI, *Procedimento amministrativo e nuove tecnologie. Il procedimento amministrativo elettronico ad istanza di parte*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 86 ss.

³⁸ Il paragrafo 1 non si applica nel caso in cui la decisione: a) sia necessaria per la conclusione o l'esecuzione di un contratto tra l'interessato e un titolare del trattamento; b) sia autorizzata dal diritto dell'Unione o dello Stato membro cui è soggetto il titolare del trattamento, che precisa altresì misure adeguate a tutela dei diritti, delle libertà e dei legittimi interessi dell'interessato; c) si basi sul consenso esplicito dell'interessato.

dell'interessato». Saremmo quindi di fronte ad una espressa riserva di legge³⁹.

Il successivo art. 23, inoltre, prevede la possibilità, sempre per il diritto UE o dello Stato membro, di imporre ulteriori limitazioni al divieto delineato dall'art. 22 per perseguire determinati interessi pubblici (delineati anch'essi dalla disposizione) purché le stesse rispettino «l'essenza dei diritti e delle libertà fondamentali» e siano misure necessarie e proporzionate.

Il combinato disposto di tali regole, dunque, richiede chiaramente che nell'ipotesi in cui gli Stati membri vogliano permettere l'integrale automatizzazione delle decisioni (che involgono il trattamento di dati personali) siano tenuti a prevedere una disciplina *ad hoc* che non solo consenta tale possibilità ma che preveda anche adeguate misure a tutela dei diritti degli interessati.

A tale garanzia si aggiungerebbero, inoltre, le previsioni di cui agli artt. 13, 14 e 15 richiamate dalla pronuncia in commento in merito al diritto dell'interessato di ricevere «*significantive informazioni*» sull'utilizzo della decisione automatizzata e sulla logica dalla stessa utilizzata.

Il diritto UE, dunque, prevederebbe (seppur in via indiretta), la necessità di una base normativa che non solo legittimi l'automatizzazione decisionale e ne delinei i limiti di utilizzo, ma che imponga anche il rispetto di determinate garanzie⁴⁰.

Da qui un duplice ordine di considerazioni.

Nella pronuncia in commento l'utilizzo dell'algoritmo è stato ritenuto illegittimo dal Collegio in quanto non conforme a determinati principi declinati (quasi) *ex novo* dalla giurisprudenza, primo fra tutti quello della trasparenza. Nessun rilievo è stato mosso in merito alla possibilità che la pubblica amministrazione, avendo posto in essere una procedura interamente automatizzata⁴¹, avesse violato l'art. 22 GDPR.

³⁹ Sul tema S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Umano troppo umano. Decisioni amministrative automatizzate e principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 1, 2019, p. 23.

⁴⁰ Resterebbero fuori da tale disciplina tutte le procedure decisionali non interamente automatizzate (quindi anche quelle di supporto alla decisione) e quelle che non comportino il coinvolgimento di dati personali (come può essere, ad esempio, la predisposizione di un bando di gara). Sul punto parte della dottrina ha evidenziato che per tali procedimenti il principio di legalità non deriverebbe dal GDPR ma dal c.d. principio antropomorfo rintracciabile negli artt. 4 e 5 della l. 241/1990. In tal senso CIVITARESE MATTEUCCI, op. cit., p. 20 ss.

⁴¹ L'automazione completa della procedura viene invece evidenziata (pur non facendo ricorso all'art. 22 GDPR) dall'orientamento dei TAR secondo cui nel caso di specie sarebbe mancata una vera e propria attività amministrativa, essendosi demandato ad un impersonale algoritmo lo svolgimento dell'intera procedura. In tal senso si ricorda *ex multis* TAR Lazio, Roma, sez III *bis*, 10 settembre 2018, n. 9230.

Quest'ultimo infatti viene richiamato dal Consiglio di Stato unicamente per sottolineare come non sia possibile adottare una procedura integralmente automatizzata ma che debba essere sempre garantito il metodo c.d. *human in the loop*. Si aggiunga che ciò viene stabilito senza ricordare le eccezioni elencate nello stesso art. 22 nè nel successivo art. 23.

La possibilità di una completa automatizzazione del processo decisionale, infatti, non viene scartata *in toto* dal diritto sovranazionale, bensì viene riconosciuta e subordinata alle garanzie e ai limiti sopra ricordati.

In ipotesi, dunque, se vi fosse una normativa nazionale, rispondente ai criteri e ai requisiti richiesti dalle suddette disposizioni, la possibilità di porre in essere decisioni integralmente automatizzate sarebbe conforme al disposto del GDPR.

Altra valutazione, di più ampio respiro, che si può trarre dalla normativa ricordata coinvolge il principio di legalità sostanziale.

Se, infatti, una norma generale di conferimento di siffatto potere non sembrerebbe necessaria (stante il suo carattere 'derivato'), acquista, invece, un certo rilievo l'esigenza di garantire il rispetto del principio di legalità in senso sostanziale attraverso la tipizzazione e la specificazione quantomeno del contenuto e delle modalità di esercizio di tale potere. Ciò, secondo la dottrina già richiamata, potrebbe essere garantito da disposizioni non necessariamente legislative, ma anche da atti a contenuto generale o da regolamenti⁴².

In assenza di tali precisazioni l'individuazione delle regole applicabili verrebbe lasciata (come sta avvenendo) all'evolversi (ma anche al mutare) della giurisprudenza. Eventualità che, dato il rilievo degli interessi in gioco, nel lungo periodo, non sembra opportuno incoraggiare.

3.2. L'apertura del Consiglio di Stato all'utilizzo degli algoritmi (anche) per l'attività discrezionale

Come anticipato, la pronuncia in commento, distanziandosi dalla giurisprudenza precedente, ha aperto alla possibilità dell'utilizzo degli strumenti algoritmici anche nell'ambito dell'attività discrezionale⁴³.

Ciò in quanto non vi sarebbero «ragioni di principio, ovvero concrete, per limitare l'utilizzo all'attività amministrativa vincolata piuttosto che discrezionale,

⁴² CIVITARESE MATTEUCCI, op. cit., 40 ss. secondo cui il rispetto della legalità sostanziale potrebbe essere avviato attraverso questo tipo di legalità c.d. di secondo grado. Concorde sul punto anche TRANQUILLI, op. cit.

⁴³ Sulle possibilità applicative degli strumenti algoritmici anche all'attività discrezionale si veda *supra* il contributo di S. VERNILE, p. 112 ss.

entrambe espressione di attività autoritativa svolta nel perseguimento del pubblico interesse».

L'unico *discrimen* tra le due tipologie di attività amministrativa risiederebbe nella maggiore semplicità di utilizzo di tali strumenti in relazione all'attività vincolata, ma ciò non escluderebbe che anche «*l'esercizio di attività discrezionale, in specie tecnica*» possa in astratto beneficiare delle efficienze e dei vantaggi offerti dagli strumenti algoritmici.

Il Giudice amministrativo sarebbe passato da una completa avversione rispetto a tale strumento⁴⁴, ad ammetterne i benefici e la legittimità unicamente in relazione all'attività vincolata⁴⁵ ed infine ad ipotizzarne l'applicazione anche all'attività discrezionale, principalmente tecnica.

Prima di tale pronuncia, dottrina e giurisprudenza erano concordi nel ritenere applicabile l'automatizzazione algoritmica unicamente all'attività vincolata dell'amministrazione e non anche a quella discrezionale⁴⁶.

In particolare, è stato evidenziato che la programmazione di un *software* in grado di 'esercitare' un potere amministrativo richiede la conversione di un determinato precetto giuridico in una regola algoritmica. Questa attività (c.d. normalizzazione algoritmica) richiede un approccio sillogistico (*if A then B*) ove ogni inferenza logica si basa su regole caratterizzate da consequenzialità e univocità⁴⁷. Sul piano giuridico, e in particolare sul piano dell'automatizzazione delle decisioni amministrative, ciò comporterebbe imprescindibilmente la presenza di norme attributive del potere caratterizzate da un lessico così preciso in grado di garantire la consequenzialità sillogistica di cui sopra.

Questa possibilità si verificherebbe unicamente con riguardo ai poteri amministrativi c.d. vincolati ove tutti gli elementi dell'azione amministrativa risultano analiticamente e dettagliatamente predeterminati⁴⁸.

⁴⁴ Si fa riferimento alle pronunce del TAR più volte richiamate.

⁴⁵ Cons. Stato, sez. VI, 8 aprile 2019 n. 2270 secondo cui non sarebbe possibile «*lasciare spazi applicativi discrezionali (di cui l'elaboratore elettronico è privo), ma deve prevedere con ragionevolezza una soluzione definita per tutti i casi possibili, anche i più improbabili*», spostando la discrezionalità amministrativa «*al momento dell'elaborazione dello strumento digitale*».

⁴⁶ Di tale avviso *ex multis* D'ANGELOSANTE, op. cit.; OTRANTO, op. cit.; DELGADO, op. cit.; GALETTA - CORVALÁN, op. cit. Di diverso avviso E. PICOZZA, *Politica, diritto amministrativo and Artificial Intelligence*, in *Giur. it.*, 2019, 7, p. 1771.

⁴⁷ In questi termini S. VACCARI, *Note minime in tema di intelligenza artificiale e decisioni amministrative*, in *Giustamm.it*, 10, 2019.

⁴⁸ VACCARI, op. cit. Altra parte della dottrina ha evidenziato che vi sarebbe un problema anche in caso di automatizzazione di quell'attività vincolata disciplinata da norme contenenti concetti giuridici indeterminati o vaghi che costituirebbero un ostacolo alla normalizzazione del linguaggio che è condizione per la riduzione dell'enunciato normativo a una catena di comandi espressa in un algoritmo. In tal senso OTRANTO, op. cit.

Tale schema sarebbe applicabile alla logica algoritmica: i presupposti predeterminati dalla legge corrisponderebbero agli *input* da inserire nel *software* che, con una serie finita di passaggi, verificherebbe la sussistenza dei presupposti nel caso di specie per giungere alla soluzione, ossia all'*output* finale⁴⁹. Questa 'sovrapposizione' non sarebbe invece realizzabile con riferimento all'attività discrezionale c.d. pura, tradizionalmente definita come il potere di apprezzare in un margine di scelta l'opportunità di soluzioni possibili rispetto alla norma amministrativa da attuare⁵⁰.

Margini di scelta, possibilità di soluzioni e di apprezzamento non sarebbero elementi 'parametrizzabili' secondo la detta logica algoritmica⁵¹ che (almeno ad oggi)⁵² non sarebbe in grado di riprodurre alcun tipo di bilanciamento di interessi (fondato anche su scelte valoriali) né tantomeno determinare la soluzione del caso concreto⁵³.

Le situazioni concrete nelle quali l'amministrazione è chiamata ad intervenire sono caratterizzate da un grado ineliminabile di contingenza ed imprevedibilità tale da richiedere al decisore spazi di adattabilità circa la

⁴⁹ In questi termini CAVALLARO- SMORTO, op. cit., che richiama P. FERRAGINA-F. LUCCIO, *Il pensiero computazionale. Dagli algoritmi al coding*, Il Mulino, 2017. Gli A. ritengono che tale applicabilità sarebbe possibile in quanto l'attività vincolata è caratterizzata dalla nota sequenza norma-fatto-effetto secondo cui l'individuazione univoca e incontrovertibile dei presupposti previsti *ex lege* rende certa la decisione amministrativa; mentre lo schema non sarebbe replicabile nell'attività discrezionale, caratterizzata dallo schema norma-potere-effetto che presuppone un apprezzamento e una valutazione comparativa.

⁵⁰ M. S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Giuffrè, 1939, p. 52.

⁵¹ Tuttavia, vi è chi ne ha ipotizzato la possibilità dal momento che, ad oggi, l'ampiezza di margini di scelta e di valutazione è fortemente ridimensionata rispetto al passato e la normativa è sempre più dettagliata e precisa. Si v. F. COSTANTINO, *Autonomia dell'amministrazione e innovazione digitale*, Napoli, 2012, 169 ss. Similmente, pur senza alcun riferimento alla differenziazione tra attività vincolata e discrezionale, è stato evidenziato che l'azione amministrativa di oggi, almeno quella puntuale, in larga misura è un'azione amministrativa sostanzialmente vincolata, che si muove attraverso parametri prefissati stabiliti da atti generali, regolamenti, direttive, atti di regolazione e quant'altro, circa i quali si possono sicuramente ipotizzare dei programmi tali da consentire di arrivare per via automatica alle decisioni. In questo senso CERULLI IRELLI, *La Tecnificazione*, op. cit., p. 283.

⁵² Dottrina risalente tuttavia ha ipotizzato la delega di attività discrezionali a sistemi informatici ritenendo che gli sviluppi dell'IA riusciranno a simulare le capacità di decisione umana. V. BUSCEMA, *Discrezionalità amministrativa e reti neurali artificiali*, in *Foro Amm.*, 1993, p. 620 ss.

⁵³ Parte della dottrina ha evidenziato simile problematica non solo con riferimento all'attività discrezionale ma anche nel caso di accertamento di fatti complessi quando sono proponibili differenti valutazioni tecniche circa la definizione del fatto da accertare. MASUCCI, *Vantaggi e rischi dell'automatizzazione algoritmica delle decisioni amministrative*, op. cit.

misura da disporre⁵⁴.

L'algoritmo, dal canto suo, è invece incapace di gestire l'eccezionale, in quanto teso ad applicare alle situazioni concrete regole predeterminate prima di venirne a conoscenza⁵⁵.

L'unico margine di applicazione dello strumento algoritmico anche all'attività discrezionale potrebbe ipotizzarsi laddove l'amministrazione scegliesse di auto-vincolarsi *ex ante* a specifiche regole, al fine di esaurire gli spazi di discrezionalità del suo potere così da consentirne la traduzione in precise istruzioni per l'algoritmo.

Si pensi, a titolo esemplificativo, ai procedimenti per l'attribuzione di vantaggi economici che, secondo quanto previsto dall'art. 12 l. 241/1990, sono subordinati alla predeterminazione, da parte delle amministrazioni procedenti, dei criteri e delle modalità a cui le stesse saranno poi tenute ad attenersi.

In tali casi, sulla base di una stringente predeterminazione, potrebbe possibile immaginare l'inserimento di strumenti algoritmici che, come detto, applicano alle situazioni concrete regole predeterminate⁵⁶.

Nel caso del c.d. auto-vincolo, tuttavia, poiché la discrezionalità si esaurirebbe nel momento della determinazione dello stesso, ciò che diventerebbe oggetto di automazione in realtà non sarebbe più attività discrezionale⁵⁷.

Un discorso parzialmente diverso può farsi, invece, con riferimento alla discrezionalità c.d. tecnica laddove si ammetta che questa non implichi valutazioni e ponderazione di interessi, né possibilità di scelta in ordine all'agire alla stregua di esse⁵⁸.

Infatti, laddove 'l'attività tecnica' abbia un esito certo e indiscutibile, l'amministrazione è inderogabilmente tenuta a provvedere nel modo che l'ordinamento prevede per l'ipotesi che l'apprezzamento tecnico ha fatto scegliere.

Al di fuori di questi ambiti e ogni qualvolta vi sia necessità di bilanciare concretamente una pluralità di interessi, la possibilità di automatizzazione del procedimento amministrativo, ad oggi, sembra difficilmente praticabile.

Su questo punto merita apprezzamento quanto affermato dalla giurisprudenza precedente alla sentenza in commento che aveva evidenziato che la regola algoritmica non può essere strutturata in modo da lasciare spazi applicativi

⁵⁴ M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, IV edizione, Il Mulino, 2019, p. 124.

⁵⁵ MASUCCI, *Vantaggi e rischi dell'automatizzazione algoritmica delle decisioni amministrative*, op. cit.

⁵⁶ VACCARI, evidenza come in ogni caso anche questo modello potrebbe trovare applicazione soltanto con riguardo a specifici procedimenti amministrativi quali, ad esempio, a quelli di natura concorsuale e comparativa.

⁵⁷ Di tale avviso anche AVANZINI, op.cit., p. 92 ss.

⁵⁸ A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, IX edizione, Jovene, 1966, p. 323 ss.

discrezionali all'elaboratore elettronico (di cui comunque sarebbe privo) ma «*deve prevedere con ragionevolezza una soluzione definitiva per tutti i casi possibili*»⁵⁹.

L'utilizzo degli algoritmi in seno al procedimento amministrativo può limitarsi, dunque, alle ipotesi in cui l'attività amministrativa sia chiaramente predeterminata *ex ante* e non comporti margini di scelta tra eventuali soluzioni tutte possibilmente valide.

L'automatizzazione sarebbe quindi da incoraggiare in tutti i casi di attività vincolata o comunque predeterminata in modo stringente.

Tuttavia, tale scelta non è di poco conto e gli effetti che la stessa può (e potrà) avere sulle modalità di esercizio del potere amministrativo e prima ancora sulla stessa legge del procedimento non possono non essere prese in considerazione e affrontate in maniera sistematica da parte del legislatore.

4. *L'insufficienza delle garanzie tradizionali: un nuovo procedimento (algoritmico)?*

Come si è visto, la giurisprudenza dei TAR ha ritenuto che l'utilizzo dell'automatizzazione algoritmica sia lesivo di alcuni degli istituti e dei principi posti a fondamento del tradizionale procedimento amministrativo.

Il 'procedimento algoritmico' renderebbe difficoltoso (se non impossibile) assicurare il rispetto delle garanzie di partecipazione, renderebbe il ruolo del responsabile meramente strumentale e impedirebbe di osservare, tra l'altro, l'onere motivazionale di cui all'art. 3 l. 241/1990.

La pronuncia in commento ha invece affermato che questo 'nuovo' procedimento non può essere disciplinato dalle «*minute regole procedurali*» della l. 241/1990 in quanto quest'ultima sarebbe stata concepita in un'epoca in cui la pubblica amministrazione non era stata investita dalla rivoluzione tecnologica.

Da qui l'esigenza di individuare nuovi principi come quelli di non esclusività e di non discriminazione algoritmica, ma anche di declinare in maniera differente principi già conosciuti come quello di trasparenza e di richiamare garanzie presenti nel diritto sovranazionale.

Tuttavia, nessuna delle due alternative interpretative proposte dalla giurisprudenza sembrerebbe essere pienamente soddisfacente rispetto al principio di buona amministrazione: da un lato, vi sarebbe la marginalizzazione dell'utilizzo degli algoritmi, dall'altro la marginalizzazione delle garanzie previste dalla legge sul procedimento amministrativo.

⁵⁹ Cons. Stato, sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270 par. 8.2.

Entrambe le soluzioni, inoltre, potrebbero impedire alla pubblica amministrazione di accogliere a pieno l'attuale sviluppo tecnologico in quanto, per un verso, dovrebbe rinunciare agli innegabili benefici che la tecnologia può offrire e, per l'altro, ai principi e agli istituti fondamentali che ne regolano l'azione.

Né è pensabile che il 'traguardo' di un'amministrazione 4.0. possa essere (efficientemente) raggiunto lasciando unicamente alla giurisprudenza (e al suo evolversi a volte ondivago) l'onere di stabilire la disciplina applicabile. Se è vero che, in assenza di una disciplina *ad hoc*, simili interventi non solo siano apprezzabili ma addirittura indispensabili, tuttavia, non possono ritenersi sufficienti nel lungo periodo.

Nonostante il rilevante sforzo del Giudice amministrativo, infatti, i quesiti aperti risultano ancora molteplici.

Si pensi, ad esempio, al ruolo del responsabile del procedimento ma anche alla possibilità per il funzionario competente di discostarsi motivatamente dai risultati dell'istruttoria⁶⁰. Ciò non solo nel caso in cui venga posta in essere una procedura integralmente automatizzata, ma anche nell'ipotesi in cui lo strumento algoritmico venga utilizzato solamente in funzione di supporto alla decisione⁶¹.

Davanti all'istruttoria' condotta interamente da un algoritmo che ruolo potrebbe ricoprire il responsabile del procedimento? E il funzionario competente a emanare il provvedimento, davanti a una decisione compiuta da un algoritmo (che si assume essere teoricamente e tendenzialmente corretta), in che modo e con quali strumenti potrebbe eventualmente concludere in senso diverso se non addirittura opposto?⁶².

⁶⁰ Sul ruolo del responsabile del procedimento all'interno dell'amministrazione 4.0. GALETTA-CORVALÁN, op. cit., p.19 ss. secondo cui non sarebbe immaginabile pensare di sostituire la figura del funzionario responsabile del procedimento con un algoritmo. Vi è chi ha evidenziato, inoltre, che la figura del responsabile del procedimento, rivolta a dare 'un volto umano' all'amministrazione non riuscirebbe, sia per motivi testuali che per ragioni di fondo, ad essere traspunta su una dimensione di completa automatizzazione. In tal senso E. CARLONI, *AI, algoritmi e pubblica amministrazione in Italia*, in *Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política*, 2020, 3, p. 5.

⁶¹ Cfr. CIVITARESE MATTEUCCI, *Umano troppo umano*, op. cit., p. 27 ss; Sul possibile rapporto tra la figura del responsabile del procedimento e la decisione algoritmica v. *supra* anche il contributo di S. VERNILE, p. 118 ss.

⁶² Così CIVITARESE MATTEUCCI, *Umano troppo umano*, op. cit., p. 27; TRANQUILLI, op cit. e MASUCCI, *Vantaggi e rischi dell'automatizzazione algoritmica delle decisioni amministrative*, op. cit., p. 1116 ss. secondo cui in tutti i casi in cui l'amministrazione adotta un algoritmo essa di fatto finisce per essere sottoposta alla decisione che scaturirà dalla macchina e «all'amministrazione di fatto non è consentito tener conto del caso eccezionale e di correggere la decisione simulata dal computer». Sul rapporto tra sistemi automatici di decisione e processi decisionali umani A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in *BioLaw Journal*, 2019, 1, secondo cui le difficoltà per il decisore umano di

Altri istituti che, a titolo esemplificativo, meriterebbero una ridefinizione e un evidente adattamento sono chiaramente quelli tesi a garantire la partecipazione informata del privato alla decisione amministrativa.

Partendo dal presupposto che, con riguardo all'esercizio della funzione amministrativa, il ruolo di legittimazione del potere ma anche di collaborazione che la partecipazione del privato detiene non sia una garanzia a cui sia pensabile rinunciare, in che modo sarebbe possibile garantirla?

Se attraverso l'uso degli algoritmi la fase istruttoria tende a contrarsi sino quasi a scomparire, in che momento andrebbe inserita l'interlocuzione pubblico-privato?⁶³

In linea con l'odierno sviluppo tecnologico, può immaginarsi un incremento nell'utilizzo degli algoritmi nelle decisioni amministrative. Quest'ultimo, date le possibilità che ha da offrire in termini di efficienza e di economicità dell'azione amministrativa, non solo deve essere incoraggiato ma deve anche essere reso possibile.

Se è vero che le regole procedurali che fino ad oggi hanno regolato l'esercizio dell'azione amministrativa paiono in parte poco adattabili a questi 'nuovi' procedimenti, è anche vero che, nel lungo periodo, non può immaginarsi una (non) 'regolamentazione' per principi. Se gli strumenti che sino ad oggi hanno regolato e garantito il rapporto dei privati con la pubblica amministrazione non risultano sufficienti è giusto riadattarli o idearne di nuovi.

Una simile evoluzione nell'esercizio del potere amministrativo, infatti, non può significare una diminuzione della tutela degli amministrati, né può avere come contropartita una 'involuzione' delle garanzie dei privati nei confronti del potere pubblico.

Se la decisione automatizzata diventerà la nuova modalità di esercizio del potere amministrativo, sarebbe auspicabile una ridefinizione sistematica e una disciplina specifica, non solo conforme a quanto ricordato in relazione al principio di legalità, ma anche tesa a bilanciare l'utilizzo degli strumenti che la rivoluzione tecnologica è in grado di offrire con l'ineliminabile esigenza di tutela demandata dai privati, in modo da non dover lasciare quest'onere, ancora una volta, unicamente alla giurisprudenza⁶⁴.

distanziarsi da quanto stabilito da quello automatico risiederebbero non solo nelle ragioni di valore scientifico, di accuratezza predittiva o di affidabilità tecnica dell'automatismo, ma eminentemente in ragioni di convenienza pratica.

⁶³ Sui rischi di un'amministrazione invisibile v. D'ANGELOSANTE, op. cit. Sulla partecipazione del privato all'interno dei procedimenti automatizzati DI MARTINO, op. cit., p. 59 ss.

⁶⁴ Per uno studio comparato sulla 'legislazione algoritmica' v. TRANQUILLI, op. cit. e anche AVANZINI op.cit. che analizzano le tutele previste dal legislatore francese ma anche CIVITARESE MATTEUCCI, *Umano troppo umano* che richiama la normativa spagnola.

Cristiana Lauri*

*Indennizzi automatici e apatia razionale.
Il public enforcement nelle sfide
poste dalla complessità dei mercati
(a proposito di Cons. Stato, Sez. VI, n. 879/2020)*

SOMMARIO: 1. Premessa: la complessità dei mercati e l'evoluzione delle tutele consumeristiche – 2. Il caso deciso dal Consiglio di Stato – 3. L'intervento dell'Autorità sull'aumento tariffario occulto – 4. La visione sistematica della legalità procedimentale – 5. Natura e fondamento del potere dell'Autorità: l'indennizzo – 6. Tra *Public enforcement* e *private enforcement* – 7. Notazioni conclusive sul rapporto tra apatia razionale (dei consumatori) e (ruolo delle) amministrazioni indipendenti.

1. *Premessa: la complessità dei mercati e l'evoluzione delle tutele consumeristiche*

Che la complessità dei mercati ponga altrettanto complesse sfide regolatorie è oramai comune intendimento delle scienze giuridiche ed economiche. Ciò risulta ancora più avvertito allorquando tale complessità sia intimamente legata al rapido progresso degli strumenti della società dell'informazione e al parallelo evolversi delle sue ricadute sul piano economico¹.

Nel contesto di mercati aperti ma regolati che si atteggiano come “regni della possibilità” il reciproco rincorrersi tra domanda e offerta si muove sul crocevia dalle azioni regolatorie “orizzontali” e “verticali”². Allorquando tale

* Dottore di ricerca in Mercati, Impresa e Consumatori, Università Roma Tre, Dipartimento di Studi Aziendali.

¹ Di recente esplora i percorsi scientifici della «età della trasformazione» dei mercati, F. BASSAN, *Potere dell'algoritmo e resistenza dei mercati in Italia*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2019, *passim*, ma v. 43. Più in generale, esplora la complessità in relazione all'azione dei pubblici poteri da varie prospettive G. MONTEDORO, *Il diritto pubblico tra ordine e caos. I pubblici poteri nell'era della responsabilità*, Cacucci, Bari, 2018.

² Una ricostruzione in tal senso è svolta nel *Rapporto Consumerism 2019. Dodicesimo rapporto annuale. Dal codice del consumo al Digital Service Act. Quella dal consumatore al cittadino digitale è vera evoluzione?*, in «www.consumersforum.it/ricerche» [ultimo accesso:

rincorsa conduca a fughe in avanti, il quadro si fa potenzialmente oscuro, foriero di forme di occultamento delle condizioni di mercato, quantomeno ogniqualevolta risultino tali da alterare in maniera significativa gli equilibri e i rapporti di forza tra i vari attori al di fuori dei percorsi della legalità.

È quanto accade attraverso la deviazione dal generale principio di trasparenza delle condizioni economiche delle offerte nel mercato, che si riflette, ineluttabilmente, sulla posizione dei consumatori-utenti, terminali dell'interpretazione di un quadro valoriale e regolatorio frutto di un percorso evolutivo che tende verso forme crescenti di *empowerment* dei consumatori da un lato ed effettività delle tutele dall'altro³.

È infatti sufficiente ripercorrere gli sviluppi della disciplina consumeristica dagli anni Settanta ad oggi⁴ per avvedersi di come la spinta verso il superamento di non più adeguati strumenti dogmatici incentrati su concezioni individualistiche e formalistiche del rapporto contrattuale sia stata dettata dall'esigenza di contrastare i potenziali effetti distorsivi e costi sociali gravanti su coloro che godono dei beni e dei servizi a seguito delle modalità di esercizio da parte dell'impresa dell'attività economica⁵.

È in questo momento che emerge la centralità della dimensione collettiva della tutela per tutti quei casi in cui ci si trovi dinanzi ad una serie di rapporti omogenei, sì diversi a seconda dei settori, ma relativi a servizi dai

20.5.2020], ma per una lettura in chiave evolutiva della disciplina consumeristica e delle tendenze più attuali del sistema si vedano anche i rapporti realizzati negli anni precedenti, ivi pubblicati.

³ Evidenzia la “dinamicità” che connota la disciplina in materia di pratiche commerciali in grado di ricomprendere, non solo sulla carta, multiformi attività poste in essere da “professionisti” nei confronti di consumatori sia nei mercati fisici (offline) che virtuali (online)» S. PERUGINI, *La modernizzazione del diritto dei consumi tra public e private enforcement: nuove prospettive di riforma*, in «Rapporto Consumerism 2019», cit. p. 15.

⁴ È in quel periodo che, parallelamente all'avvio della riflessione scientifica sugli interessi collettivi e diffusi, il tema della tutela del consumatore emerge nella dottrina civilistica; cfr. G. ALPA, *I contratti con i consumatori, Litter nomativo degli art. 1469 bis-sexies del codice civile*, SEAM, Roma, 1997, p. 11 ss. Per una ricostruzione più ampia G. ALPA, *Diritto privato dei consumi*, Il Mulino, Bologna, 1986; ID., *Il diritto dei consumatori*, Laterza, Roma-Bari, 2003; ID., *Art. 1, Finalità ed oggetto; Art. 2, Diritti dei consumatori*, in «Codice del consumo, Commentario», a cura di G. ALPA e L. ROSSI CARLEO, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2005, p. 17 ss. Per una fotografia recente del quadro consumeristico si veda, almeno, L. ROSSI CARLEO (a cura di), *Diritto dei consumi: soggetti, atto, attività, enforcement*, Giappichelli, Torino, 2015.

⁵ Sul punto si v. A. DI MAJO, *Il controllo giudiziale delle condizioni generali di contratto*, in «Riv. dir. comm.», 1970, p. 192 ss. Per una ricostruzione sulla dimensione collettiva della posizione giuridica dei consumatori v. C.M. BIANCA, *Intervento*, in AA.VV., «Condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole», Giuffrè, Milano, 1970, p. 227 ss.

caratteri oggettivi e soggettivi complessi.

L'influsso del diritto comunitario e dei relativi arresti giurisprudenziali ha, come noto, costituito un fattore aggregante significativo⁶ e rappresenta ancora oggi il polo essenziale del circolo regolatorio, anche nella prospettiva di una lettura sistematica di molteplici strumenti e del loro combinato operare – dei profili consumeristici, del regime delle pratiche commerciali, dei profili concorrenziali⁷ –.

Sulla scorta di tali coordinate, le tutele si sono progressivamente articolate nel duplice percorso del *private* e *public enforcement*.

È quest'ultimo strumento a venire in esame nella sentenza del Consiglio di Stato, che torna, ancora una volta, a rispondere a non secondari interrogativi di fondo: qual è il fondamento e il limite del potere pubblico? In quali forme viene esercitato tale potere? Che tipo di rapporto intercorre tra gli strumenti di *public enforcement* e quelli di *private enforcement*?

Su tali questioni, il Collegio si trova ad offrire un'interpretazione non già meramente legata al caso di specie, bensì destinata a rafforzare e aggiornare la chiave di lettura circa il corretto utilizzo dei poteri amministrativi nei complessi percorsi di governo della società dell'informazione con particolare riferimento all'esercizio dell'autonomia tariffaria da parte degli operatori della telefonia fissa.

⁶ Si pensi all'evoluzione seguita alla direttiva 93/13/CEE (su cui, in dottrina v. B. CAPPONI, M. GASPARINETTI, C.M. VERARDI, *La tutela collettiva dei consumatori, Profili di diritto sostanziale e processuale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1995).

⁷ L'importanza e la necessità di indagare il tema della regolazione è stata individuata dalla dottrina più accorta già da tempo, laddove veniva rilevato che «la giusta collocazione della regolazione tra le fonti comunitarie e il suo ruolo nella modifica degli assetti istituzionali costituisce uno degli aspetti più controversi e al contempo meno studiati di un'integrazione europea che si realizza quotidianamente nell'attività normativa e amministrativa. La regolazione – la cui nozione resta spesso ancora oscura e ambigua – si identifica oggi non più solo in una forma di vigilanza e controllo dei mercati liberalizzati, ma anche (e soprattutto) in una attività che caratterizza ormai in modo preciso l'azione dell'Unione e degli Stati membri», F. BASSAN, *Regolazione ed equilibrio istituzionale nell'Unione europea*, in «Riv. It. Dir. Pubbl. Com.», 2003, p. 973-974. Di recente, l'evoluzione dell'interpretazione giurisprudenziale eurounionale in tema è in parte analizzata da M. CAPPAL, *La repressione delle pratiche commerciali scorrette nei mercati regolati: cosa aspettarsi dalla Corte di giustizia?*, in «Riv. It. Dir. Pubbl. Com.», 3-4, 2017, p. 879.

2. Il caso deciso dal Consiglio di Stato

Attraverso un iter logico argomentativo improntato ad un canone di sostanzialismo, il Consiglio di Stato, con la sentenza della VI sezione, 4 febbraio 2020, n. 879, giunge a definire un lungo contrasto svoltosi in via amministrativa e giurisdizionale tra l'AGCOM e la società Vodafone⁸, a seguito dell'aumento delle tariffe dei servizi di telefonia fissa nella misura dell'8,6% realizzato attraverso lo strumento della riduzione del periodo di rinnovo delle offerte da 30 a 28 giorni, che di fatto conduceva all'introduzione di una "tredicesima mensilità" a favore dell'impresa. L'Autorità, che già nel corso del 2016 aveva emanato una delibera generale volta ad imporre la regola della trasparenza nelle condizioni economiche delle offerte, per assicurare comparabilità ai prezzi e scelte più consapevoli per gli utenti finali (n. 252/16/CONS del 21 luglio 2016⁹), aveva deciso quindi di intervenire introducendo una modifica a tale provvedimento (con la delibera n. 121/17/CONS del 15 marzo 2017) disponendo l'obbligo per gli operatori di ritornare alla fatturazione mensile o per multipli di mese per i servizi di telefonia fissa.

A seguito della delibera dell'Autorità, motivata richiamando l'art. 71 del CEE, che delinea il principio di trasparenza a fini informativi e di scelta consapevole del consumatore in attuazione dell'art. 8 della direttiva quadro sul servizio universale di comunicazioni elettroniche (Direttiva n. 2002/21/CE), è intervenuto peraltro il legislatore in modo significativo, (art. 19-*quinquiesdecies* del D.L. 16 ottobre 2017 n. 148 conv. modif. dalla L. 4 dicembre 2017 n. 172) imponendo per legge la cadenza di rinnovo mensile delle offerte e di fatturazione dei servizi. Tale delibera, anche in virtù di un asserito contrasto con lo *ius superveniens* rappresentato dalla disposizione appena citata, è stata impugnata dalla società Vodafone, con ricorso respinto dal TAR, che ha riconosciuto come la novella legislativa «si salda con la disciplina dettata dall'Autorità, rafforzandone le previsioni e

⁸ Oltre alla pronuncia in commento – la prima ad essere stata pubblicata – il Consiglio di Stato ha emanato altre due decisioni all'esito della medesima camera di consiglio del 4 luglio 2019, su casi speculari, originati dagli appelli proposti da altre due società di telecomunicazioni che avevano portato il periodo di fatturazione a 28 giorni (si tratta delle sentenze 7 febbraio 2020, n. 987 e 24 febbraio 2020, n. 1368). Le motivazioni delle tre sentenze si presentano nel loro complesso analoghe e seguono lo stesso ragionamento oggetto di analisi nei paragrafi che seguono.

⁹ Segnatamente, per assicurare ai consumatori «informazioni trasparenti, comparabili, adeguate ed aggiornate in merito ai prezzi vigenti in materia di accesso e di uso dei servizi forniti dagli operatori di comunicazione elettronica», ponendo così chiari obblighi a carico degli operatori.

disponendo per l'avvenire».

Il giudizio all'esito del quale è stata emessa la sentenza in commento sorge dai provvedimenti appena citati, in quanto ha avuto origine dall'impugnazione della delibera n. 498/17/Cons del 19 dicembre 2017, con cui l'AGCOM, preso atto del perdurare della fatturazione a 28 giorni e reputando tale condotta una violazione delle delibere 252/16/CONS e 121/17/CONS, ha irrogato alla Vodafone una sanzione amministrativa pecuniaria e le ha ordinato di «stornare gli importi corrispondenti al corrispettivo per il numero di giorni che, a partire dal 23 giugno 2017, non sono stati fruiti dagli utenti in termini di erogazione del servizio a causa del disallineamento fra ciclo di fatturazione quadrisettimanale e ciclo di fatturazione mensile».

L'ordine di storno così formulato è stato tuttavia sospeso in via cautelare dal TAR con l'ordinanza n. 792 del 12 febbraio 2018, in quanto avrebbe potuto determinare, per l'indeterminatezza della previsione, squilibri finanziario-contabili per la società e pertanto l'AGCOM, prendendo atto di tale decisione, con la delibera n. 114/18/Cons del 1/03/2018, ha revocato la precedente diffida e ha provveduto nuovamente disponendo non più lo storno ma l'obbligo di erogazione gratuita delle prestazioni per un numero di giorni equivalente a quelli non fruiti sempre a causa del disallineamento tra fatturazione mensile e quadrisettimanale.

Tale provvedimento, dunque, è divenuto l'oggetto principale del giudizio originariamente promosso, a seguito della proposizione di motivi aggiunti, estesi poi con un successivo atto anche alla delibera n. 269/18/CONS del 6 giugno 2018, con cui l'AGCOM ha disposto, nei confronti di tutti gli operatori telefonici un nuovo termine per l'adempimento agli obblighi di cui alle delibere nn. 112/18/Cons e ss., tra cui la n. 114/18/Cons.

In primo grado il TAR ha respinto il ricorso dichiarandolo in parte improcedibile e in parte infondato e avverso tale sentenza è stato proposto l'appello deciso con la pronuncia in commento.

3. L'intervento dell'Autorità sull'aumento tariffario occulto

La sentenza muove dalla scelta, definita “eccentrica” nell'argomentare del Consiglio di Stato¹⁰, dei principali operatori di telefonia fissa, di abbreviare il periodo relativo alla fatturazione dei servizi erogati a 28 giorni anziché a 30.

¹⁰ Così il Cons. St. al par. 5.1.

Due sarebbero, nella prospettiva ricostruttiva assunta dal collegio, gli aspetti “eversivi” della scelta di portare la fatturazione a 28 giorni: il richiamo ad una cadenza temporale estranea se non contraria agli usi commerciali e la dissimulazione dell’aumento tariffario, reso non intellegibile ai consumatori attraverso un tentativo degli operatori di forzare il sistema dell’autonomia tariffaria eludendo gli obblighi prestabiliti dagli artt. 70, co. 4, II paragrafo e dall’art. 71, co.1, CCE.

La cadenza mensile viene in altri termini assunta come fatto notorio dal collegio¹¹ peraltro fondato su scelte compiute a monte dal legislatore comunitario¹². La previsione va letta del resto, quale tassello di un sistema economico-giuridico che presidia lo svolgimento di un intreccio tra molteplici rapporti di utenza relativi all’erogazione di servizi continuativi intrattenuti, pur nelle geometrie variabili delle ipotesi contrattuali possibili, dalla genericità dei consumatori e fondato sulla cadenza mensile o suoi multipli.

Alla luce delle verifiche svolte dall’*Authority*, tale scelta si appalesa non soltanto come pratica scorretta ma, essendo stata posta in essere nello stesso momento da tutti i principali operatori del settore della telefonia fissa, fonda anche il sospetto di un’intesa restrittiva, tale da svuotare nei fatti financo qualsiasi efficacia del diritto di recesso.

Il baricentro normativo di tale ricostruzione risiede dunque nel principio di trasparenza di cui all’art. 71, c. 1, I paragrafo CCE che, come sottolineato dallo stesso Consiglio di Stato, è funzionale ad evitare «atteggiamenti oscuri ed a garantire la buona fede nei rapporti tra operatore e clientela, intesa come obbligo di celere informazione e divieto di pretermettere in modo irreversibile gli altrui ragioni e affidamenti».

Sul punto è proprio il Collegio ad evidenziare la giustapposizione «tra operatore di telefonia, ben informato e consapevole delle sue politiche commerciali» e «consumatore, obbligato ad accettare le modifiche delle condizioni di rinnovo della fatturazione se non adeguatamente informato o in assenza di serie alternative praticabili presso altri operatori».

Ed è sulla base della necessità di ristabilire la simmetria tra tali due

¹¹ Art. 115, c. II, c.p.c. Sui caratteri di “indubitabilità” e “incontestabilità” del concetto si vedano le sentenze Cass., III, 21 aprile 2016, n. 8049; Id., 20 settembre 2019, n. 23546 ordinanza (cui lo stesso Cons. St. fa riferimento).

¹² V. art. 5, par. 1, lett. e) della Direttiva n. 2011/83/UE in tema di obblighi informativi precontrattuali del professionista al fine della stipula di contratti da concludere con i consumatori a distanza o negoziati fuori dai locali commerciali. È proprio tale direttiva peraltro a precisare come relativamente ai contratti di abbonamento o a tempo determinato che prevedano l’addebito di una tariffa fissa il prezzo totale debba equivalere anche ai costi mensili totali.

posizioni che viene invocata l'opportunità di accompagnare ad un'azione di tipo inibitorio una di carattere ripristinatorio.

Il ristoro dell'equilibrio sperequato nei contratti della massa degli utenti a causa della violazione della norma viene dunque affidato agli strumenti di regolazione e alla loro vocazione a realizzare molteplici obiettivi¹³.

È l'interazione tra due articoli a costituire il fondamento del potere dell'Autorità¹⁴. In primo luogo, l'art. 2, co. 20, lett. d, della l. 481/1995 consente ad essa di imporre agli operatori l'obbligo di corrispondere un indennizzo a fronte di comportamenti lesivi dei diritti degli utenti (indennizzo che, ai sensi dell'art. 2, c. 12, lett. g, può essere anche automatico).

In secondo luogo, l'art. 2 c. 12 lett. h) prevede la possibilità di definire «[...] in particolare i livelli generali di qualità riferiti al complesso delle prestazioni e i livelli specifici di qualità riferiti alla singola prestazione da garantire all'utente [...]» anche attraverso, ai sensi della lett. d), «la modifica [...] delle condizioni di svolgimento dei servizi, ove ciò sia richiesto dall'andamento del mercato o dalle ragionevoli esigenze degli utenti [...]».

Rispetto all'operatività di tali norme, evidenzia il collegio, non rileva il loro omesso specifico richiamo, trattandosi di poteri immanenti nell'ordinamento dell'AGCOM¹⁵.

¹³ Offre una compiuta analisi sul punto P. LAZZARA, *La regolazione amministrativa: contenuto e regime*, in «Dir. Amm.», 2, 2018, p. 337, part. dove chiarisce che «la regolazione, in altri termini, costituisce strumento che sembra “collaborare” con il mercato di riferimento; si potrebbe dire che essa persegue scopi pubblici, attraverso meccanismi che si fondano sulla competizione (concorrenza) tra le imprese o sull'apertura del mercato (regolazione “proconcorrenziale”). Soltanto in questo senso tale forma di intervento “asseconda” gli interessi delle imprese, in quanto (e nella misura in cui) evita azioni assolutamente unilaterali, meno gradite in quanto atte a incidere “dall'esterno” sul funzionamento del mercato e volte a limitare più pesantemente l'autonomia. Tale forma di intervento è sicuramente “vicina” agli interessi di riferimento per il coinvolgimento formale di operatori e *stakeholders*, e per la scelta legislativa di misurare l'impatto economico di ogni intervento prima e dopo la relativa adozione». Con specifico riferimento ai profili concorrenziali A. MANGANELLI, *Il principio di concorrenza fra antitrust e regolazione. Il caso delle comunicazioni elettroniche*, in «Conc. Merc.», 1, 2013, p. 279.

¹⁴ Sul punto si tornerà più avanti. V. par. 5.

¹⁵ Tale riferimento è anche contenuto nella pronuncia, resa su caso analogo, Cons. Stato Sez. VI, 7 febbraio 2020, n. 987. L'espressione è utilizzata dalla dottrina in particolar modo con riferimento all'autotutela della P.A., per evidenziare che il potere di revoca e annullamento d'ufficio sono conseguenze necessarie e “immanenti” e che non è necessaria a tal fine un'espressa previsione legislativa. Cfr. la fondamentale ricostruzione di F. BENVENUTI, voce *Autotutela (diritto amministrativo)*, in «Enc. dir.», vol. IV, Giuffrè, Milano, 1959, e di recente ripresa da C. NAPOLITANO, *Riflessioni sull'autotutela nel diritto procedimentale europeo*, in «Riv. It. Dir. Pubbl. Com.», 6, 2016, p. 1531; v. anche R. CAPONIGRO, *Il potere amministrativo di autotutela*, in «Federalismi.it», 2017, 23. Nella giurisprudenza l'esistenza

Viene in luce, in terzo luogo, un duplice approccio interpretativo “olistico”, che tende all’assimilazione delle tutele esistenti per il contraente debole. Da un lato, sulla scorta di un ormai consolidato orientamento giurisprudenziale, nazionale ed europeo¹⁶, che tende a ravvisare il fondamento

di poteri immanenti è stata ravvisata in relazione al potere di verifica della spettanza dei benefici previsti per la produzione di energia elettrica sussistente in capo al GSE, cfr. Cons. Stato, IV, 12 dicembre 2019, n. 8442; Cons. Stato, IV, 9 settembre 2019, n. 6118; TAR Lazio, Roma, sez. III, 4 marzo 2019, n. 2877. Pare significativo osservare come tale categoria sia stata tuttavia utilizzata proprio per differenziare tale potere da quello di autotutela, oggi codificato nell’art. 21 *nonies*, che aveva invece rappresentato l’archetipo stesso del concetto di potere immanente, nel momento in cui il TAR nella pronuncia sopra citata, afferma che «l’attività di verifica svolta dal GSE ai sensi dell’art. 42 D.Lgs. 28/2011 non sia riconducibile ad un’ipotesi di annullamento d’ufficio di cui all’art. 21-*nonies* l. n. 241/90, ma è espressiva, come già detto, di un potere immanente di verifica della spettanza dei benefici erogati dal Gestore». Per una compiuta lettura critica del fondamento del potere di autotutela, di recente, M. TRIMARCHI, *L’inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018.

¹⁶ Da ultimo sul punto si v. CGUE, II, 13 settembre 2018, n. 54, in cause riunite C-54/17 e C-55/17, chiamata a risolvere una questione postasi sempre in materia di telecomunicazione, con specifico riferimento ad un provvedimento sanzionatorio dell’AGCM nei confronti di due società di telecomunicazioni italiane per la commercializzazione di schede SIM con funzionalità a pagamento preattivate, senza espressa richiesta e senza preventiva informazione. La Corte si è pronunciata sulle relazioni di concorrenza e incompatibilità tra le disposizioni di stampo consumeristico di cui alla direttiva n. 2005/29/CE e quelle del CCE. Essa ha ritenuto che i due plessi normativi non debbano essere letti in maniera escludente e che non sussiste tra le rispettive previsioni un’insanabile contraddizione, tale da ostare a una normativa nazionale che attribuisca all’AGCM la competenza a sanzionare pratiche commerciali scorrette anche nel settore delle comunicazioni, così come ritenuto dall’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con le sentenze nn. 3 e 4. del 9 febbraio 2016 (per un commento in dottrina v. C.E. GALLO, *Sanzione per pratica commerciale considerata aggressiva. La competenza sanzionatoria nei rapporti tra AGCM e le altre autorità indipendenti*, in «Giur. it.», 5, 2016, pp. 1206 ss.; M.S. BONOMI, *Tutela del consumatore, pratiche commerciali scorrette e riparto di competenze tra autorità indipendenti*, in «Gior. dir. amm.», 6, 2016, pp. 793 ss.; CAPPAL, *La repressione delle pratiche commerciali scorrette nei mercati regolati: cosa aspettarsi dalla Corte di giustizia?*, cit.; S. SILVERIO, *Il parziale revirement del Consiglio di Stato in tema di specialità «per settori» (Brevi osservazioni a Consiglio di stato, Adunanza plenaria, 9 febbraio 2016, nn. 3 e 4)*, in «Foro amm.», 5, 2016, pp. 1158 ss.). La Corte ha dunque ribadito che sebbene le Autorità Nazionali siano tenute a sostenere gli interessi dei cittadini dell’Unione garantendo un livello elevato di protezione dei consumatori, la Direttiva quadro e la Direttiva «servizio universale» non prevedono una completa armonizzazione degli aspetti relativi alla protezione dei consumatori, richiamando la propria sentenza del 14 aprile 2016, *Polkomtel*, C-397/14, punto 32 e la giurisprudenza ivi citata. Con riferimento alla giurisprudenza amministrativa v. il consolidato orientamento espresso da Cons. St., 23 dicembre 2019, n. 8695; Id., 25 ottobre 2019, n. 7296; Id., 18 luglio 2014, n. 3849; Id., 15 maggio 2015, n. 2479, teso a ricostruire il regolamento di confini tra AGCM e autorità di regolazione in termini di coordinamento in senso

delle azioni regolatorie su un comune «corpo normativo multilivello unitario di tutele» formato insieme da disciplina antitrust e consumeristica. Dall'altro sulla convinzione della necessità di una attività di protezione unitaria dei contraenti deboli svolta in termini analoghi, *mutatis mutandis*, da tutte le autorità nazionali di regolazione di settore.

Del resto, la stessa Corte di Giustizia guida i regolatori «verso una necessaria revisione della regolazione per principi e basata sulla funzione (dell'Autorità) e dunque sull'attività (degli operatori del mercato)»¹⁷.

In quest'ottica, il Consiglio di Stato condivide l'orientamento teso a ricondurre alla categoria delle pratiche scorrette qualsiasi «pratica commerciale utilizzata da un operatore» in quanto capace di costituire, «nel suo insieme e in ragione delle singole modalità di sviluppo, il presupposto idoneo ad ingannare in qualsiasi modo le scelte del consumatore, o a fuorviarle inquinando la sua libera scelta»¹⁸.

Ciò si traduce in un vero e proprio metodo regolatorio secondo il quale, pur riconoscendo un'autonomia tra il piano delle tutele consumeristiche – violazioni dei diritti degli utenti – e il piano delle norme anticoncorrenziali – pratiche commerciali scorrette –, la definizione di quest'ultime funge da legittimazione per verificare la violazione dei diritti degli utenti in forza della «contiguità logica tra tali due vicende» e della «sostanziale identità tra i loro metodi inibitori e repressivi».

Lo stesso metodo regolatorio fonderebbe dunque il ricorso allo strumento di eterointegrazione del contratto e ben si attaglierebbe ai canoni di proporzionalità che si muovono tra la garanzia di una effettiva condotta improntata a buona fede e la comprensione da parte dell'utenza degli effetti,

finalistico, che può arrivare a giustificare la prevalenza della competenza antitrust in diverse fattispecie seppure concordata con l'AGCOM. Ripercorre le tesi emerse in relazione all'*actio finium regondorum* tra le due Autorità nel settore delle telecomunicazioni BASSAN, *Potere dell'algoritmo e resistenza dei mercati in Italia*, cit. pp. 72-73, evidenziando l'evoluzione nelle quattro fasi che dagli anni Novanta ad oggi hanno caratterizzato il settore.

¹⁷ In questi termini BASSAN, *Ibid.*, p. 78. Il riferimento è la citata CGUE, II, 13 settembre 2018, n. 54.

¹⁸ Gli istituti sono oggetto di modifica nel pacchetto di nuove misure legislative in materia di tutela del consumatore contenute nel progetto di riforma di cui alla proposta di Direttiva Omnibus COM (2018) 185 final che modifica e integra quattro Direttive, 2005/29/CE, 2011/83/UE, 93/13/CEE e 98/6/CE, in tema, rispettivamente, di pratiche commerciali scorrette, diritti dei consumatori, clausole abusive e indicazione dei prezzi per unità di misura (proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica la direttiva 93/13/CEE del Consiglio del 5 aprile 1993, la direttiva 98/6/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, la direttiva 2005/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e la direttiva 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio per una migliore applicazione e una modernizzazione delle norme dell'UE relative alla protezione dei consumatori).

anche potenzialmente nocivi, delle pratiche commerciali¹⁹.

4. *La visione sistematica della legalità procedimentale*

La visione sistematica e metodologica che caratterizza la lettura della vicenda nella sede giudiziaria si riflette anche sull'interpretazione del nodo delle garanzie procedimentali²⁰.

¹⁹ Sulla scorta di tale convincimento il Collegio esclude l'applicabilità del meccanismo alternativo proposto da Vodafone, basato non sull'eterointegrazione, ma sulla eventuale richiesta all'operatore di chiarire, nella fattura o nel modulo per stipulare il contratto, la proiezione del costo anche sulla misura mensile (misura peraltro mai attuata dall'impresa). L'argomentazione da parte del Collegio sul punto non pare tuttavia particolarmente accurata.

²⁰ Sul punto è nota la letteratura che lega "legittimazione per risultati" e attribuzione di poteri ad autorità tecnicamente qualificate e slegate dal circuito democratico, anche sulla scorta del decisivo contributo eurounitario (M.P. CHITI, *La legittimazione per risultati dell'Unione Europea quale "comunità di diritto amministrativo"*, in «Riv. It. Dir. Pubbl. Com.», 2, 2016, p. 403). Per quanto riguarda una tipologia particolare di autorità di regolazione, vale a dire quelle organizzate mediante strutture a rete, valgano le considerazioni di E. CHITI, *L'accountability delle reti di autorità amministrative dell'Unione Europea*, in «Riv. It. Dir. Pubbl. Com.», 2012, p. 29, che riprende il concetto di *rule of law* amministrativa, per come interpretato dalla giurisprudenza comunitaria, come principale strumento per garantire l'*accountability* delle amministrazioni a rete. Infatti «per mezzo degli istituti della *rule of law* amministrativa, le reti sono assoggettate a un controllo da parte dei destinatari della propria attività, pubblici e privati. Il controllo si svolge attraverso i principi e le regole del procedimento amministrativo – così come essi risultano dai trattati e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, dalla giurisprudenza del giudice europeo, dalle legislazioni settoriali e dalla prassi sviluppata dalle stesse amministrazioni – e l'insieme dei rimedi giurisdizionali, definiti dai trattati». L'assoluta osservanza delle garanzie offerte nel procedimento, con particolare riferimento ai meccanismi di partecipazione procedimentale, che caratterizza l'attività delle amministrazioni indipendenti è stata peraltro affermata, con riferimento alla Commissione di garanzia per l'esercizio del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali, dalla Corte costituzionale che, nella sentenza n. 57 del 1995, ha chiarito che «l'attività della Commissione non può sottrarsi al generale canone *audiatur et altera pars*: se è vero infatti che il «giusto procedimento» in quanto tale non può dirsi un principio assistito in assoluto da garanzia costituzionale (v., ad es., ordinanza n. 503 del 1987), è certo ch'esso costituisce sempre almeno un criterio di orientamento, come per il legislatore così per l'interprete». Di conseguenza, «il coinvolgimento dei soggetti interessati ed il momento di partecipazione che ne deriva, si pongono come fase indefettibile» nell'ambito dei procedimenti che si svolgono dinanzi alla Commissione. Sul punto v. G. GRASSO, *Le Autorità amministrative indipendenti della Repubblica. Tra legittimazione costituzionale e legittimazione democratica*, Giuffrè, Milano, 2006, 85, il quale ritiene che la sentenza esprima un precetto estensibile anche alle altre Autorità indipendenti.

A partire dalla loro unità minima, rappresentata dalle prerogative partecipative di cui agli artt. 7 ss. L. 241/1990, esse sono sì tese alla tutela di concreti interessi, ma – ricorda il Consiglio di Stato – «non devono risolversi in inutili aggravii procedurali»²¹. In altri termini, è insito in questa lettura un approccio marcatamente sostanzialistico, teso a superare eventuali violazioni formali, come nel caso di specie, a tutto vantaggio di una valutazione fattuale sull'apporto collaborativo effettivamente introdotto e vagliato nell'ambito del procedimento²².

La compatibilità tra misure afflittive o dissuasive e tutela del destinatario nel procedimento nell'ordinamento italiano viene valutata positivamente dal Consiglio di Stato alla stregua di un doppio parametro – la presenza di un controllo giurisdizionale effettivo («cioè attento sia agli aspetti procedurali dell'irrogazione della sanzione, sia all'accertamento fattuale della violazione e della sua gravità») e un sistema di consultazione pubblica simultanea degli operatori nel mercato da regolare – che pare ben resistere anche al vaglio della Corte EDU²³.

²¹ In tema di partecipazione, *ex pluribus*, si vedano, G. TROPEA, *La partecipazione al procedimento fra istanze "di risultato" e riforma del processo amministrativo*, in *La partecipazione negli enti locali. Problemi e prospettive*, a cura di F. MANGANARO, A. ROMANO TASSONE, Giappichelli, Torino, 2003, p. 227 e ss.; A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1997, spec. 157 ss.; S. TARULLO, *Il principio di collaborazione procedimentale. Solidarietà e correttezza nella dinamica del potere amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2008; P. CHIRULLI, *I diritti dei partecipanti al procedimento*, in «Codice dell'azione amministrativa», a cura di M.A. SANDULLI, Giuffrè, Milano, 2017, p. 615 ss.; A. CARBONE, *Il contraddittorio procedimentale*, Giappichelli, Torino, 2016; M.C. ROMANO, *La partecipazione al procedimento*, in «L'azione amministrativa», a cura di ALB. ROMANO, Giappichelli, Torino, 2016, 283 e ss.

²² Sul punto non soltanto viene richiamato il riferimento positivo rappresentato dall'art. 21-*octies* co. 2, L. 241/1990 – «non sono violate qualora nessuna effettiva influenza avrebbe potuto avere la partecipazione del privato rispetto alla concreta portata del provvedimento finale» ma anche la rilevanza del suo effettivo svolgimento nel caso di specie. Di recente v. *ex multis* Cons. St., IV, 3 dicembre 2018, n. 6824; Id., V, 15 luglio 2019, n. 4964. L'approccio è condiviso dalla dottrina, in particolare cfr. M.A. SANDULLI, *Semplificazione amministrativa e amministrazione di risultati*, in «Principio di legalità e amministrazione di risultati», a cura di M. IMMORDINO, A. POLICE, Giappichelli, Torino, 2004, p. 230, secondo cui «parlare di Amministrazione di risultati in un quadro costituzionale democratico e attento alle esigenze e ai diritti fondamentali dei cittadini è coerente se intesa come volontà di raggiungere un quadro di regole quanto più possibile chiare anche nei fini, sì da consentire all'operatore una lettura logica e non rigidamente formalistica. Non è invece ammissibile concepirla come libertà dell'Amministrazione dalle regole, che rischia di aprire la strada a facili strapoteri».

²³ Cfr. sul tema, M. ALLENA, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Editoriale

Entro queste coordinate si comprendono i caratteri dell'azione di *public enforcement* delineati dal Consiglio di Stato, il quale ne offre una ricostruzione dogmatica in termini di «insieme di procedure [...] con livelli di avvicinamento progressivo agli obiettivi dell'effettiva tutela».

A dimostrazione di ciò, il collegio ripercorre il procedimento in una chiave di lettura non “atomistica”, bensì “olistica”. Tale prospettiva si rivela di interesse teorico laddove riconduce con sicurezza la valutazione rispetto ad una sanzione entro le maglie di un più ampio sistema procedimentale, che considera unitamente l'interlocuzione sviluppatasi in costanza dell'adozione di diversi provvedimenti, sui quali si intersecano quelli resi dal giudice²⁴.

Il Consiglio di Stato si riferisce plasticamente ad una «progressione regolatoria della complessa ma sostanzialmente unitaria fattispecie»²⁵ in cui le delibere richiamate possono essere lette come «un unico insieme di *normae agendi* per gli operatori»²⁶.

La ricaduta teorica della ricostruzione offerta è una dequotazione («o,

Scientifica, Napoli, 2012, spec. pp. 207 ss.; F. GOISIS, *La full jurisdiction nel contesto della giustizia amministrativa: concetto, funzione e nodi irrisolti*, in «Dir. proc. amm.», 2015, pp. 546 ss.; A. CARBONE, *Il contraddittorio procedimentale. Ordinamento nazionale e diritto europeo-convenzionale*, Giappichelli, Torino, 2016; F. APERIO BELLA, *Tra procedimento e processo. Contributo allo studio delle tutele nei confronti della pubblica amministrazione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017; C. FELIZIANI, *Giustizia amministrativa, amministrazione e ordinamenti giuridici. Tra diritto nazionale, diritto dell'Unione europea e Cedu*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018. Più in generale, sulla rilevanza del principio dell'effettività della tutela giurisdizionale e sui rapporti tra questo e l'autonomia procedurale degli Stati membri, per come recentemente interpretato dalla CGUE, v. S. TRANQUILLI, *Una rivoluzione che parte dall'effettività della tutela giurisdizionale. Imparzialità e indipendenza del giudice secondo i Giudici di Lussemburgo*, in Questo Volume, pp. 31 ss.

²⁴ Afferma il Consiglio di Stato che «per un verso, il Giudice di prime cure e, per altro verso, l'AGCOM hanno costruito un *continuum* di regole, apportando modifiche di volta in volta anche in base ai *decisa* cautelari, i quali hanno tenuto conto di talune esigenze di difesa degli operatori».

²⁵ Il riferimento all'esistenza di una “progressione regolatoria” quale metodo capace di rendere il sistema adattivo viene invocato da BASSAN, *Potere dell' algoritmo e resistenza dei mercati in Italia*, cit., p. 132 anche con riferimento al necessario intervento di più livelli di regolazione.

²⁶ Si tratta, in particolare, dei seguenti provvedimenti: la Delibera 121/17, la quale scaturisce da una consultazione pubblica a cui partecipa Vodafone, indetta con delibera 462/16; la delibera 498/17, che dispone il rimborso con indennizzo, a sua volta preceduta da un'altra interlocuzione con manifestazione di intento di adempiere, sospesa dal TAR Lazio; la nuova delibera 114/17, che reca la sostituzione dello storno dei giorni erosi in postergazione della fattura, adottata per rispondere alla sospensione (poi sospesa anch'essa); il decreto presidenziale 9/18/PRES, che modifica la delibera n. 114 e convoca un'audizione per definire il termine; la delibera 269/18 che fissa il termine del 31 dicembre 2018 per adempiere.

meglio, differente o semplificata definizione normativa») del principio di legalità formale in favore della legalità sostanziale²⁷, valutata dal Consiglio di Stato alla luce del bilanciamento tra principio di legalità dell'azione amministrativa e predeterminazione rigorosa dell'esercizio delle funzioni amministrative²⁸ che, allorquando viene in rilievo il potere regolatorio di un'Autorità amministrativa indipendente, «può avere un carattere meno intenso, in ragione dell'esigenza di assicurare, in contesti caratterizzati da un elevato tecnicismo, un intervento regolatorio celere ed efficace»²⁹.

È questo, del resto, un modello ormai affermatosi nell'ambito del procedimento di formazione degli atti regolatori, volto al rafforzamento della dimensione procedurale della legalità in ragione della valorizzazione degli scopi pubblici perseguiti³⁰.

²⁷ In dottrina tali percorsi sono analizzati da G. TROPEA, *Motivazione del provvedimento e giudizio sul rapporto*, in «Pers. e Amm.», 2017, 1, p. 256 il quale, relativamente al sindacato sulle sanzioni irrogate dalle Autorità amministrative indipendenti, evidenzia che «non è raro che il provvedimento sanzionatorio contenga elementi e valutazioni che, in fatto e in diritto, non corrispondano esattamente a quanto riportato nella C.R.I. (Comunicazione delle risultanze istruttorie) e che, talvolta, costituiscano una sorta di “risposta” ulteriore alle difese finali svolte dagli interessati». Tale approccio è “legittimato” da quella giurisprudenza – connessa alle tendenze svalutative dei vizi formali e procedurali, espresse oggi dall'art. 21-octies, co. 2, l. n. 241/90 – secondo cui la modifica dell'impostazione accusatoria non comporta, per sé, vizio invalidante il provvedimento finale, ma solo nel caso limite in cui con il provvedimento finale si sia intrinsecamente modificata la natura stessa della condotta contestata, e sempre che tale mutamento abbia impedito all'impresa coinvolta di articolare in modo compiuto le proprie deduzioni, violandone le prerogative difensive». L.A. cita Cons. St., Sez. VI, 29 settembre 2009, n. 5864, in «Foro Amm. CdS», 2009, p. 2135. Quest'ultimo tema, più in generale, riguarda anche i procedimenti per pratiche commerciali scorrette, avendo la giurisprudenza amministrativa affermato l'applicabilità dell'art. 21-octies, co. 2, al caso di mancata comunicazione di inizio del procedimento: cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 12 aprile 2011, n. 2256, in «Foro Amm. CdS», 2011, p. 1291.

²⁸ Sul tema, in generale, fanno da sfondo le considerazioni di ALB. ROMANO, *Amministrazione, legalità e ordinamenti giuridici*, in «Dir. Amm.», 1999, nonché in Id., *Introduzione*, in AA. Vv., *Diritto amministrativo*, Bologna, 2005, poi riprese da E. SCOTTI, *Principio di legalità e trasformazione dei pubblici servizi, Amministrazione e legalità. Fonti normative e ordinamenti*, Atti del Convegno, Macerata, 21 e 22 maggio 1999, a cura di C. PINELLI, Giuffrè, Milano, 2000, p. 239 e ss.

²⁹ Sul punto in dottrina v. A. POLICE, *La predeterminazione delle scelte amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, cit.

³⁰ Cons. St., VI, 2 maggio 2012, n. 2521; Id. 20 marzo 2015, n. 1532.

5. Natura e fondamento del potere dell'Autorità: l'indennizzo

La lettura dai contorni ampi che si va delineando nell'argomentare del Consiglio di Stato e il connesso approccio sostanzialistico alla *quaestio iuris* pongono un ulteriore interrogativo circa le coordinate di sistema cui ricondurre il fondamento normativo del potere esercitato dall'Autorità, anch'esso connotato da norme «...dai tratti generali, che impongono un intervento attuativo dell'Autorità...»³¹.

Come noto, è la L. 481/1995 a rappresentare ancora oggi il quadro di riferimento su cui fondare il potere delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità³². In particolare, rileva nel caso in parola la lettura congiunta dell'art. 12 lett. d) e h).

Su queste basi l'Autorità da un lato «...propone la modifica delle clausole delle concessioni e delle convenzioni, ivi comprese quelle relative all'esercizio in esclusiva, delle autorizzazioni, dei contratti di programma in essere e delle condizioni di svolgimento dei servizi, ove ciò sia richiesto dall'andamento del mercato o dalle ragionevoli esigenze degli utenti, definendo altresì le condizioni tecnico-economiche di accesso e di interconnessione alle reti, ove previsti dalla normativa vigente...» e, dall'altro, «...emana le direttive concernenti la produzione e l'erogazione dei servizi da parte dei soggetti esercenti i servizi medesimi, definendo in particolare i livelli generali di qualità riferiti al complesso delle prestazioni e i livelli specifici di qualità riferiti alla singola prestazione da garantire all'utente, sentiti i

³¹ Così il TAR in primo grado.

³² La letteratura sul tema della regolazione dei mercati dei servizi è amplissima. Per una analisi del sistema negli anni dei percorsi di liberalizzazione, senza pretese di esaustività si vedano: Sui servizi a rete: L. DE LUCIA, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, Giappichelli, Torino, 2002; S. TORRICELLI, *Il mercato dei servizi di pubblica utilità. Un'analisi a partire dal settore dei servizi a rete*, Giuffrè, Milano, 2007; E. FERRARI (a cura di), *I servizi a rete in Europa*, Cortina, Milano, 2000; G.F. CARTEI, *Il servizio universale*, Giuffrè, Milano, 2002; E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione proconcorrenziale dei servizi pubblici a rete*, Giuffrè, Milano, 2006; F. DI PORTO, *La disciplina delle reti nel diritto dell'economia*, Cedam, Padova, 2008; F. GIGLIONI, *L'accesso al mercato nei servizi di interesse generale. Una prospettiva per riconsiderare liberalizzazioni e servizi pubblici*, Giuffrè, Milano, 2008. Per l'energia elettrica e il gas: E. BRUTI LIBERATI, F. DONATI (a cura di), *Il nuovo diritto dell'energia tra regolazione e concorrenza*, Giappichelli, Torino, 2007; F. VETRÒ, *Il servizio pubblico a rete. L'esempio paradigmatico dell'energia elettrica*, Giappichelli, Torino, 2005; per le comunicazioni F. BASSAN, *Concorrenza e regolazione nel diritto comunitario delle comunicazioni elettroniche*, Giappichelli, Torino, 2002; F. BASSAN, *Regolazione ed equilibrio istituzionale*, in «Riv. It. Dir. Pubbl. Com.», cit. Le prospettive più attuali ruotano attorno all'analisi degli impatti delle nuove tecnologie sull'attività regolatoria, sul punto BASSAN, *Potere dell'algoritmo e resistenza dei mercati in Italia*, cit.

soggetti esercenti il servizio e i rappresentati ... (di utenti e consumatori), eventualmente differenziandoli per settore e tipo di prestazione...». In forza del successivo co. 37 tali determinazioni «costituiscono modifica o integrazione del regolamento di servizio».

Lungi dal risolversi nell'esercizio di un potere atipico, l'operazione di implementazione di tali «clausole aperte» avviene in base al «prudente apprezzamento a seconda degli scopi di tutela da raggiungere».

Il Consiglio di Stato ne rinviene l'ascendenza in un sistema composto dalla direttiva n. 2005/29/CE, dalle direttive settoriali e dalle fonti interne e reso coeso dal combinato operare dei commi 12 e 37 dell'art. 2 della l. 481/1995³³.

Il «circolo regolatorio» si completa con il ruolo di guida attribuito agli organismi europei nonché alla giurisprudenza della CGUE, teso ad assicurare «l'applicazione unitaria, coerente ed uniforme delle discipline generale e di settore...»³⁴.

La portata di un siffatto *framework*, già chiarita da un netto orientamento del Consiglio di Stato³⁵, giunge ad attribuire all'Autorità «poteri ampi di eterointegrazione, suppletiva e cogente, dei contratti per il perseguimento di specifici obiettivi individuati».

Ma vi è di più: alla luce del complesso normativo delineato, il potere attribuito dalla norma imperativa si fa «parametro di validità del contratto», assecondando lo schema di cui all'art. 1374 c.c. Si giunge, per tale via, a ipotizzare e autorizzare il potere conformativo, che incide direttamente sui singoli rapporti contrattuali imponendo il riequilibrio economico delle prestazioni a prescindere dalla volontà delle parti e che integra il precetto normativo e si sovrappone, in un certo senso e come sarà chiarito più avanti, al rimedio negoziale, per la violazione delle regole di trasparenza violate.

³³ Alla norma rinvia, come evidenziato dallo stesso Consiglio di Stato, l'art. 1, co. 6, lett. c, n. 14 della l. 249/1997, istitutiva dell'AGCOM.

³⁴ Si vedano le considerazioni in BASSAN, *Regolazione ed equilibrio istituzionale*, cit., p. 979, laddove già evidenziava come «oggi l'Unione si occupa sempre più dei diversi aspetti della regolazione, nelle sue varie forme. Ciò consegue all'ampliamento delle competenze comunitarie (estese in relazione alle materie e agli strumenti di intervento), sia al fatto che le spiccate caratteristiche tecniche di molte discipline rendono – anche sul piano comunitario – inadeguato lo strumento legislativo rispetto ad altri più flessibili e, dunque, più idonei a seguire i rapidi mutamenti della tecnologia». L'A. prosegue dicendo che tale evoluzione da luogo a «nuove forme di amministrazione decentrata che coinvolgono i rapporti tra la Commissione e le agenzie, nonché tra queste ultime e le autorità indipendenti nazionali, e contribuiscono alla creazione di atti atipici difficilmente collocabili nella gerarchia delle fonti».

³⁵ Si tratta di Cons. St., VI, 24 maggio 2016, n. 2182; sull'esercizio di tali poteri era già intervenuta Cass., III, 27 luglio 2011, n. 16401.

Muovendo da tali premesse, di quel potere esercitato dall'Autorità di settore viene in discussione la natura stessa, che il Consiglio di Stato qualifica ascrivibile ad un potere "conformativo indennitario"³⁶.

Il supposto riferimento normativo è l'art. 2, comma 20, lett. d) della l. 481/1995 in forza del quale all'*Authority* è assegnata la potestà di far cessare comportamenti lesivi dei diritti degli utenti, se del caso anche imponendo all'operatore, che li commetta, l'obbligo di corrispondere loro un indennizzo ai sensi dell'art. 12, lett. g), che può anche essere automatico in caso di discostamento del servizio dagli standard di qualità prefissati³⁷.

³⁶ Peraltro di fatto forse superando quanto deciso in primo grado dal TAR in merito all'illegittimità di indennizzo.

³⁷ Con specifico riferimento al settore delle telecomunicazioni, la possibilità di riconoscere un indennizzo all'utente di servizi telefonici è stata prevista, in attuazione della direttiva 22/2002/CE, dall'art. 84 del d.lgs. n. 259/2003 (Codice delle comunicazioni), il quale stabilisce che «L'Autorità, ai sensi dell'art. 1, commi 11, 12 e 13 l. 31 luglio 1997 n. 249, adotta procedure extragiudiziali trasparenti, semplici e poco costose per l'esame delle controversie in cui sono coinvolti i consumatori e gli utenti finali, relative alle disposizioni di cui al presente capo, tali da consentire un'equa e tempestiva risoluzione delle stesse, prevedendo nei casi giustificati un sistema di rimborso o di indennizzo». Su questa base, con delibera 173/2007/CONS l'AGCOM ha adottato un meccanismo per la definizione stragiudiziale delle controversie, il quale prevede sia l'esperimento di un tentativo obbligatorio di conciliazione che costituisce condizione di procedibilità della domanda in sede giurisdizionale (art. 3), sia la possibilità di deferire la soluzione della controversia all'Autorità in alternativa all'esercizio della tutela in sede giurisdizionale (art. 19). Attraverso il provvedimento che definisce la controversia l'Autorità, ove riscontri la fondatezza dell'istanza, può condannare l'operatore ad effettuare rimborsi di somme risultate non dovute o al pagamento di indennizzi nei casi previsti dal contratto, dalle carte dei servizi, nonché nei casi individuati dalle disposizioni normative o da delibere dell'Autorità, fatta salva la possibilità per le parti di agire in sede giurisdizionale per il risarcimento del maggior danno (art. 19). Una più compiuta regolazione della materia degli indennizzi, si è avuta con la delibera 73/11/CONS, il regolamento in materia di indennizzi applicabili nella definizione delle controversie tra utenti e operatori, le cui disposizioni sono entrate in vigore il 15 marzo 2011 (oggi sostituito dal regolamento approvato con delibera 347/18/CONS). Qui si prevede, in particolare, che l'indennizzo automatico previsto dal regolamento AGCOM vada richiesto secondo la procedura prevista dal regolamento allegato alla delibera 173/2007/CONS (poi sostituito dal regolamento allegato alla delibera 353/19/CONS). I regolamenti AGCOM che disciplinano il pagamento di indennizzi agli utenti del servizio di telefonia stabiliscono alcuni criteri per il calcolo degli indennizzi, che sono applicabili ai soli fini della definizione delle controversie tra operatori e utenti finali devolute alla cognizione della stessa Autorità garante (art. 2, comma 1, della delibera 73/11/CONS; art. 2, comma 1, della delibera 347/18/CONS). Quanto alle competenze, l'indennizzo va richiesto instaurando un procedimento davanti all'AGCOM (e non davanti al giudice ordinario), in quanto meccanismi chiari nello scopo e basati sul riconoscimento automatico di somme determinate per ogni giorno di disservizio o di ritardo nell'erogazione del servizio, a prescindere dall'accertamento giudiziale degli elementi costitutivi tipici della

Tale potere discende direttamente dall'interesse principale, oggetto della tutela dell'Autorità, che si attua in tal caso tramite il diretto riequilibrio delle prestazioni e che proprio attraverso l'imposizione dell'indennità arriva a realizzare un assetto conforme agli scopi perseguiti dall'Autorità stessa; non si atteggia dunque a mero rimborso, ma rimuove gli effetti dannosi della condotta abusiva rispettando comunque l'interesse della società ad adeguarsi al nuovo ciclo di fatturazione imposto dalla delibera dell'Autorità.

Proprio tale carattere ibrido della misura la differenzia tanto dal risarcimento – che presuppone l'accertamento di un illecito, nei suoi elementi costitutivi e che sarebbe competenza dell'autorità giudiziaria ordinaria – quanto dalla sanzione – che presuppone conseguenze meramente afflittive e risulta completamente sganciata dal riequilibrio delle prestazioni, tendendo piuttosto a concretizzare una mera *deminutio* in capo al soggetto colpito³⁸.

domanda di risarcimento del danno. Quanto agli indennizzi previsti dalle condizioni generali di contratto o dalle carte dei servizi predisposte da ciascun gestore del servizio telefonico, si tratta di indennizzi che il gestore si è impegnato a pagare in modo automatico ai propri clienti nei soli casi in cui il gestore stesso riconosca che il disservizio o il ritardo sono a sé imputabili (quando cioè non c'è contestazione circa l'inadempimento e la sua imputabilità al gestore). Il pagamento dell'indennizzo previsto dalle condizioni generali di contratto (o dalle carte di servizi degli operatori di telefonia) rappresenta dunque un mero strumento di compensazione volontaria per i danni derivanti dal ritardo nell'adempimento degli obblighi di fornitura del servizio assunti dal gestore. Ne consegue che non può essere chiesto il pagamento di tale indennizzo in sede giurisdizionale, ove al cliente è consentito di agire al solo fine di ottenere il risarcimento del danno secondo i principi generali in materia di obbligazioni e contratti. Sul punto già Cass. 15349/2017 aveva chiarito che gli indennizzi che, in attuazione della normativa di settore citata, devono essere previsti nella carta dei servizi dei soggetti che erogano prestazioni verso un pubblico indifferenziato di utenti, hanno una funzione deflattiva, perché mirano a prevenire ed evitare il contenzioso, inducendo il cliente a ricorrere agli organismi di composizione delle controversie.

³⁸ Il tema della natura paragiurisdizionale dei poteri conferiti alle autorità indipendenti, nonché degli incerti confini tra l'operato di esse e la tutela giurisdizionale dei diritti, non solo ha originato i primi dubbi della dottrina sulla compatibilità costituzionale di tali organi nell'ordinamento ma è stata anche oggetto d'indagine con riferimento alla distinzione tra poteri di *adjudication* e poteri di regolazione, che spesso si sommano in capo alle medesime autorità, come pare pienamente cogliersi nel caso di specie, dove il provvedimento di natura regolatoria arriva direttamente ad "attribuire" ai singoli utenti il bene della vita che questi avrebbero potuto richiedere tramite un procedimento appunto di *adjudication* oltre che tramite un'azione giudiziaria. Sui confini tra regolazione e *adjudication* cfr. F. CINTIOLI, *I regolamenti delle Autorità indipendenti nel sistema delle fonti tra esigenze della regolazione e prospettive della giurisdizione*, intervento al convegno «Le autorità amministrative indipendenti», tenuto in memoria di Vincenzo Caianiello in Roma, presso il Consiglio di Stato in data 9 maggio 2003, in «www.giustizia-amministrativa.it.»; F. DI PORTO, *La regolazione "geneticamente modificata": c'è del nuovo in tema di rapporti tra regolazione e concorrenza*, in «Riv. It. Dir. Pubbl. Com.», 2006, p. 94.

E solo sulla base di questa distinzione il collegio respinge le censure della parte appellante, arrivando a ricondurre il potere conformativo all'interno dell'ampia previsione legislativa, senza dover pretendere né un accertamento in via giudiziale né un'espressa previsione di sanzione.

Ciò non toglie che la misura, così come concepita, si ponga invero sul labile confine tra attività di regolazione *ex ante* delle condotte da seguire da parte degli operatori e interventi sanzionatori, che intervengono a condizionare direttamente la condotta degli stessi.

È il Consiglio di Stato a evidenziare la differenza ontologica tra indennizzo e risarcimento, rintracciandone il tratto nel collegamento ad un danno ingiusto³⁹.

Il fatto genetico dell'obbligo restitutorio di natura indennitaria, viene ricordato, «è la perdita o limitazione della sfera giuridico-patrimoniale altrui in correlazione ad un trasferimento forzoso od alla nascita di un diritto in capo ad altri che l'ordinamento vuole riequilibrare. L'indennizzo ha una funzione di corrispettività o di carattere sostitutivo del bene che è stato trasferito».

Nel caso di specie ciò si risolve nell'erogazione gratuita della prestazione, che assumendo una natura «*lato sensu* indennitaria», opera quale meccanismo sostitutivo della somma di denaro prelevata dalla generalità degli utenti a causa dell'illegittimo regime di fatturazione contestato.

È pertanto esclusa una qualificazione come potere sanzionatorio tipico, avendo l'Autorità attivato il più generale rimedio, comunque posto *ex lege*.

La potestà viene ricollegata direttamente all'esito del controllo di adempimento, e non necessita pertanto alcuna predeterminazione, che risulterebbe dovuta, secondo il Collegio, soltanto nel momento in cui tale indennità dovesse andare oltre l'effetto riequilibratore e cumularsi al risarcimento del danno. Diversamente, il fatto che questa arrivi a prevenire anche eventuali azioni dei privati è da leggersi come elemento che opera anche a vantaggio dei gestori stessi, mirando ad escludere eventuali giudizi risarcitori.

La qualificazione come potere conformativo e inibitorio esercitato nella fattispecie procedimentale «a formazione progressiva» di cui si è detto sopra sta e cade con l'intento di effettivo riequilibrio a tutela degli utenti

³⁹ Il Collegio richiama la nozione generale di indennizzo, sottolineandole la natura ampia e volta a ricomprendere tutte le situazioni in cui sia disposto uno spostamento patrimoniale per bilanciare gli effetti negativi di un atto o comportamento, a prescindere dalla liceità dello stesso. Tale ragionamento vale comunque a escludere che l'Autorità abbia agito "sostituendosi" all'autorità giudiziaria e accertando gli estremi di un danno risarcibile, ma dimostra che abbia meramente agito nell'ambito delle sue prerogative per rideterminare l'assetto economico violato dall'inadempimento da parte dei gestori alla sua prima delibera.

della situazione alterata dal non trasparente aumento dei prezzi⁴⁰. Di tale riequilibrio, a ben vedere, chiaro è il fine.

Le scelte degli operatori relative a principi fondanti la disciplina consumeristica, quali la trasparenza, la conoscibilità dei costi del servizio, la buona fede contrattuale, il buon andamento del servizio non possono unilateralmente incidere sulla sfera giuridica degli utenti al di fuori di un controllo di stampo pubblicistico. È questo un corollario dei mercati regolati in cui sono in scena – come evocativamente li apostrofa il Consiglio di Stato – «soggetti che tengono condotte di c.d. “apatia” apparentemente razionale, soggetti di minorata difesa».

Nell’offrire un rimedio a siffatti disallineamenti si sostanzia il fine di tutela consumeristica nel provvedimento ripristinatorio siccome l’attivazione di meccanismi ordinari di controllo lascerebbe insoluto il triplice dilemma degli effetti disfunzionali: «andamento molecolare» del contenzioso; ingolfamento del sistema giudiziario e non da ultimo, rinuncia a qualsivoglia tutela da parte di soggetti “apatici”⁴¹.

6. *Tra public enforcement e private enforcement*

Ecco, dunque, che la risposta più efficace a fronte del pericolo di un «contenzioso pulviscolare» risulta essere lo strumento del *public enforcement* – la «tutela amministrativa dei diritti» nella moderna realtà dei mercati per «rispondere alle problematiche poste dall’economia di massa», pensata per agire, da un lato, sui profili della concretezza e dell’effettività della tutela per gli utenti quali anello debole del dialogo negoziale e, dall’altro, in via generalpreventiva, quale formula dissuasiva rispetto alle condotte illegittime e pregiudizievoli eventualmente poste in essere dagli operatori.

Coerentemente con tale schema, l’Autorità agisce, per un verso, tramite l’adozione di un provvedimento sanzionatorio pienamente afflittivo –

⁴⁰ Si ricordi che la delibera 114/2017/Cons configura l’indennizzo non già come mero rimborso ma contempera le esigenze di ripristino della fatturazione a cadenza mensile con la refusione dei disagi subiti dagli utenti.

⁴¹ Soccorrono sul punto gli studi in tema di *behavioral economics*, i quali esaminano gli effetti dei fattori psicologici, emotivi, cognitivi, culturali e sociali sulle decisioni compiute dagli individui. La contaminazione tra gli esiti di tali studi e la dimensione giuridica è oggi al centro del dibattito sulla sfida regolatoria posta dalla rivoluzione tecnologica basata sull’impiego dell’intelligenza artificiale. Tra gli altri v. T. MARWALA, E. HURWITZ, *Artificial Intelligence and Economic Theory: Skynet in the Market*, Springer, Londra, 2017.

sanzione amministrativa pecuniaria – e, per l'altro, adotta un provvedimento idoneo ad incidere sui rapporti negoziali, realizzando un riequilibrio conforme agli assetti disegnati dal regolatore⁴². Se, dunque, lo scopo resta lo stesso, il mezzo utilizzato si pone su un piano di complementarità rispetto al rimedio eventualmente azionabile dagli utenti⁴³.

Forse proprio in virtù di tale meccanismo il collegio ha ritenuto che la misura indennitaria, non avendo carattere squisitamente sanzionatorio, non necessiti di alcuna preventiva diffida o formale avviso, né tantomeno debba essere compiutamente predeterminata dalla legge (requisito necessario, come noto, per i provvedimenti afflittivi, anche in virtù del quadro sovranazionale).

Il baricentro dell'azione regolatoria sui casi d'indennizzo non è dunque la "predeterminazione" bensì, il suo opposto, ovvero la potestà di controllo al cui esito, e soltanto, sarebbe possibile identificare i casi per cui sorga l'obbligo di indennizzo.

Vi sarebbe inoltre piena compatibilità delle misure ripristinatorie e indennitarie con l'art. 41 Cost. in ragione della stretta interrelazione tra apposizione di limiti di ordine generale alla libertà di iniziativa economica e ragioni di utilità sociale, se valutata alla luce dei canoni di non arbitrarietà e congruenza⁴⁴. Nessuna sproporzione o distonia rispetto al «sistema dei rapporti tra imprese e consumatori» viene in tal senso ravvisata dal Collegio⁴⁵.

⁴² In merito all'interesse pubblico tutelato dai provvedimenti sanzionatori v. F. GOISIS, *Discrezionalità ed autoritatività nelle sanzioni amministrative pecuniarie, tra tradizionali preoccupazioni di sistema e nuove prospettive di diritto europeo*, in «Riv. It. Dir. Pubbl. Com.», 1, 2013, p. 79, il quale ritiene che tali provvedimenti realizzino anche l'interesse alla base della funzione esercitata dall'Autorità; B. RABAI, *La conclusione del procedimento sanzionatorio antitrust mediante accettazione di impegni. considerazioni sul rapporto tra public e private enforcement*, in «Dir. Amm.», 2018, 1, 165.

⁴³ Sull'efficacia del provvedimento AGCOM v. M. BINA, *I rapporti tra Agcom e autorità giudiziaria*, cit., 225 secondo cui «il provvedimento Agcom, non impugnato, o confermato in sede di impugnazione, è un ordine immediatamente efficace che vincola provvisoriamente il destinatario, il quale dovrà adempiere ed adeguarsi al contenuto dell'interdetto sotto pena di sanzione amministrativa; un provvedimento con effetti sui generis, attraverso il quale l'autorità indipendente introduce una regola provvisoria destinata a produrre i propri effetti finché non sopravvenga un provvedimento dell'AGO».

⁴⁴ Sul punto v. Corte cost. 24 gennaio 2017, n. 16.

⁴⁵ Sull'interpretazione sistematica delle norme (in particolare del D.L. 148/2017) alla luce delle fonti europolitane fa leva il Cons. Stato anche nel successivo punto 5.7 nell'ambito dell'analisi del rapporto tra fonti (la delibera n. 121 e l'art. 19-*quinquiesdecies* del DL 148/2017). Dal «sistema legale istitutivo dell'Autorità» il Collegio ricava il divieto posto dalla delibera di scegliere scadenze temporali di fatturazione eccentriche rispetto al mese o ai suoi multipli.

La lettura ad ampio spettro offerta dal Consiglio di Stato si comprende ancor meglio avendo riguardo alla disamina dei rapporti tra gli strumenti del *public*⁴⁶ e del *private*⁴⁷ *enforcement*, di cui viene accolta, relativamente al settore

⁴⁶ Sul punto si ricordi che il sistema centralizzato di *public antitrust enforcement*, fondato sulla competenza esclusiva della Commissione europea e sull'applicazione della disciplina antitrust comunitaria contenuta nel previgente art. 81 par. 3 TCE fu superato ad opera della riforma introdotta dal Regolamento c.d. di modernizzazione, n. 1/2003, che segnò definitivamente il passaggio ad un sistema nel quale la Commissione condivide il potere di applicare gli artt. 101 e 102 TFUE, con le Autorità Garanti della Concorrenza e del Mercato nazionali e le giurisdizioni degli Stati membri. Al rafforzamento del *public enforcement* è stato da ultimo dedicato un recente intervento *ad hoc* del legislatore dell'Unione. Si tratta della direttiva 2019/1/UE, dell'11 dicembre 2018, che attribuisce alle Autorità Garanti della Concorrenza degli Stati membri poteri di applicazione più efficaci e che assicura il corretto funzionamento del mercato interno. In dottrina, la descrizione della nozione è operata da L.R. PERFETTI, *La dimensione pubblica dei diritti individuali. Il coordinamento degli enforcement amministrativi e giudiziari nell'Unione Europea e l'emergere del diritto comune europeo*, in «AIDA», 2013, p. 340: «Viene normalmente ricondotta al *public enforcement* l'attività di autorità pubbliche diretta a rendere effettiva, attraverso l'esercizio di poteri amministrativi, nel pubblico interesse, l'applicazione delle regole relative ad un dato settore di attività; è agevole richiamare ad esempio l'esercizio dei poteri delle Autorità amministrative indipendenti e dell'AGCM in particolare. Si individua il *private enforcement* per opposizione: sicchè, si avrà riguardo all'attività di soggetti privati che, nel proprio esclusivo interesse, agiscono innanzi all'autorità giudiziaria per domandare che certe regole vengano fatte rispettare».

⁴⁷ Con l'espressione *private antitrust enforcement* si fa riferimento genericamente alla tutela giurisdizionale dei diritti soggettivi attribuiti ai singoli dalle disposizioni comunitarie antitrust, oggi contenute negli artt. 101 e 102 TFUE (fin dagli anni settanta qualificati dalla Corte di Giustizia come dotate di effetto diretto e quindi in grado di creare a favore dei singoli, persone fisiche e giuridiche, posizioni giuridiche direttamente tutelabili di fronte i giudici nazionali). La giurisprudenza comunitaria ha contribuito in maniera decisiva a delineare i caratteri generali dell'istituto, in particolare attraverso le pronunce della Corte di Giustizia nei casi *Courage* e *Manfredi* sull'illecito antitrust. L'azione della Commissione Europea ha contribuito al suo potenziamento e al suo affermarsi negli ordinamenti degli Stati membri. Dapprima essa commissionò ad Ashurst uno studio sul grado di sviluppo (*rectius*, "totale sottosviluppo") dello strumento in Europa. Realizzò poi il Libro Verde nel 2005 e il Libro Bianco nel 2008, nonché, successivamente la proposta di adozione di quella che sarebbe poi diventata la Direttiva 2014/104/UE, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 novembre 2014, relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea, recepita in Italia con il decreto Legislativo n. 3/2017. In dottrina v. in tema F. GOISIS, *L'efficacia di accertamento autonomo del provvedimento Agcm: profili sostanziali e processuali*, in «Dir. Proc. Amm.», 1, 2020, p. 45 ss.; F. CINTIOLI, *Private enforcement, l'effetto vincolante del provvedimento AGCM e la pratica concordata*, in «Orizzonti della concorrenza in Italia, scritti sulle istituzioni di tutela della concorrenza», Giappichelli, Torino, 2019, p. 157 ss.; ID., *Giusto processo, sindacato sulle decisioni antitrust e accertamento dei fatti (dopo l'effetto vincolante*

delle telecomunicazioni, una prospettiva in termini di «cooperazione»⁴⁸.

dell'art. 7, d.lg. 19 gennaio 2017, n. 3), in «Dir. Proc. Amm.», 2018, p. 1207 ss.; D. VESCE, *Sul sindacato del giudice amministrativo sulle decisioni dell'Agcm. Pienezza della giurisdizione e tutela dei diritti*, in «Judicium», 3, 2019; M. LIPARI, *Il sindacato pieno del giudice amministrativo sulle sanzioni secondo i principi della Cedu e del diritto UE. Il recepimento della direttiva n. 2014/104/EU sul private enforcement (decreto legislativo n. 3/2017): le valutazioni tecniche opinabili riservate all'AGCM*, in «Federalismi», 8, 2018; N. RANGONE, *D. lg. 19 gennaio 2017, n. 3: profili amministrativistici*, in «Nuove Leggi Civ. Comm.», 2018, p. 255 ss.; D. PORENA, *Rilievi ed osservazioni, in prospettiva costituzionale, sul d. lg. n. 3/2017 (attuazione della Direttiva 2014/104/UE in materia di "antitrust private enforcement")*. *Il ruolo della giurisdizione nazionale: dalla soggezione del giudice soltanto alla legge alla soggezione del giudice alla legge...ed alla Autorità antitrust?*, in «Federalismi», 7, 2018; M. NEGRI, *L'efficacia delle decisioni amministrative nel processo civile*, in «Nuove Leggi Civ. Comm.», 2018, p. 476 ss.; A. ALBORS-LLORENS, *Antitrust damages in EU law: The interface of multifarious harmonisation and national procedural autonomy*, in «University of Queensland Law Journal», 37, 2018, p. 139 ss.; M. SIRAGUSA, *Action for damages and imposition of fines*, in «Riv. it. Antitrust», 2018, p.103 ss.; G. BRUZZONE, A. SAJA, *Private e public enforcement dopo il recepimento della direttiva. Più di un aggiustamento al margine?*, in «Merc. conc. reg.», 2017, 1, p. 9 ss.; P. COMOGGIO, *Note a una prima lettura del d.lg. 3/2017. Novità processuali e parziali inadeguatezze in tema di danni antitrust*, in «Riv. trim. diritto e proc. civ.», 2017, p. 991 ss.; M. DELSIGNORE, *Le regole di convivenza della sanzione amministrativa*, in «Dir. amm.», 2017, p. 235 ss.; B. GILIBERTI, *Public e private enforcement nell'art. 9, comma 1, della direttiva antitrust 104/2014. Il coordinamento delle tutele: accertamento amministrativo e risarcimento dei danni nei rapporti interprivatistici*, in «Riv. it. di dir. pubbl. com.», 2016, p. 77 ss.; G. FONDERICO, *Public e private enforcement*, in «AIDA», 2015, p. 3 ss.; F. ROSSI DAL POZZO - B. NASCIBENE (a cura di), *Il private enforcement delle norme sulla concorrenza*, Milano, 2009; E.A. RAFFAELLI, *Il private antitrust enforcement dopo la Direttiva Danni: troppi problemi ancora irrisolti?*, in «Federalismi», 14, 2019; A. STEPHAN, *Does the EU's drive for private enforcement of competition law have coherent purpose*, in «University of Queensland Law Journal», 37, 2018, p. 153 ss.; M. MEROLA, L. ARMATI, *The binding effect of NCA decisions under the damages directive: rationale and practical implications*, in «Riv. it. Antitrust», 2018, p. 87 ss.; L. PANZANI, *Binding effect of decisions adopted by National competition authorities*, in «Riv. it. Antitrust», 2018, p. 98 ss..

⁴⁸ La questione del rapporto tra i due strumenti impegna la dottrina da tempo. *Ex multis v.* M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2014, p. 455 ss.; ID., *Il ruolo necessariamente complementare di "public" e "private enforcement" in materia di antitrust*, in «Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione dei mercati», a cura di M. MAUGERI, A. ZOPPINI, Il Mulino, Bologna, 2009, 171 ss.; ID., *L'applicazione delle norme antitrust europee da parte dei giudici nazionali*, in M. CASTRONOVO, S. MAZZAMUTO (a cura di), *Manuale di diritto privato europeo*, III, 2007, Giuffrè, Milano, 367 ss.; R. PARDOLESI, *Complementarietà irrisolte: presidio (pubblico) del mercato e azioni (private) di danno*, in «Merc. Conc. Reg.», 2011, p. 436 ss.. Evidenzia l'autonomia tra i due tipi di azioni GILIBERTI, *Public e private enforcement nell'art. 9, co. i della direttiva antitrust 104/2014. Il coordinamento delle tutele: accertamento amministrativo e risarcimento danni nei rapporti privatistici*, cit., p. 77 laddove afferma che «l'art. 9 della direttiva è destinato ad avere un rilevante impatto, sia teorico che positivo, in Italia, dal momento che nella legislazione

Sul punto il Consiglio di Stato afferma in maniera netta l'esclusione di una visione di tale rapporto in termini di alternatività, valorizzando i «continui travasi di esperienze, accertamenti e documentazione» dall'uno all'altro plesso di tutela⁴⁹.

Tale relazione, già matura rispetto ad altri settori regolati⁵⁰, è stata più volte esaminata dalla dottrina in termini di complementarietà⁵¹ e viene in rilievo allorché l'*Authority* va a sostituirsi in un'azione che ben potrebbe essere posta in essere dal privato (e che dunque con essa potrebbe coincidere nell'esito)⁵². Volti di una tutela biface, *public* e *private enforcement*

nazionale (l. 10 ottobre 1990, n. 287) non si ritrova una previsione volta a coordinare in maniera espresa decisioni amministrative e quelle dei giudici di liti private in materia antitrust. Piuttosto, l'idea consolidatasi in dottrina e giurisprudenza — come meglio si proverà a dire — è stata quella della tendenziale autonomia degli accertamenti operati in seno alle procedure di *private* e *public enforcement*.

⁴⁹ Sul punto, relativamente al caso A407 – CONTO TV/SKY ITALIA, Provvedimento AGCM n. 21316 v. i relativi commenti dottrinali di G. IONNIDES, *Alla ricerca del giusto bilanciamento tra public e private enforcement nel diritto antitrust, nota a sentenza a Cons. di St., Sez. VI, 22 settembre 2014, n. 4773*, in «Gior. Dir. Amm.», 2015, 2, pp. 252 e ss.; o, ancora, F. BALESTRA, R. TREMOLADA, *Il rapporto tra private e public enforcement del diritto antitrust nella giurisprudenza amministrativa*, in «Foro Amm (II)», 3, 2015, pp. 781 e ss.

⁵⁰ Emblematico è il settore bancario-finanziario. In dottrina lo ricorda R. CARLEO, *L'arbitro bancario-finanziario: anomalia felice o modello da replicare?*, in «Riv. Arb.», 1, 2017, p. 21, evidenziando che «un tratto distintivo caratterizzante si rinviene nell'aver predisposto un sistema che coniuga *private public enforcement*, trattandosi di una speciale modalità di esercizio della funzione di vigilanza della Banca d'Italia esercitata, appunto, attraverso l'ABF, come traspare dalla stessa normativa di rango secondario (le disposizioni della Banca d'Italia dichiarano la rilevanza dell'attività dell'ABF “per il conseguimento di obiettivi di efficienza e competitività del sistema finanziario” e collocano espressamente le decisioni dell'ABF nell'ambito di un “più ampio quadro informativo” da utilizzare “nello svolgimento della propria funzione regolatrice e di controllo”), a prescindere dalle garanzie di imparzialità degli arbitri».

⁵¹ Considerazioni critiche sul rapporto tra i due strumenti in BRUZZONE, SAIJA, *Private e public enforcement dopo il recepimento della direttiva. Più di un aggiustamento al margine?*, cit., spec. p. 20; cfr. anche L. MICCOLI, *Tra public and private enforcement: il valore probatorio dei provvedimenti dell'Agcm alla luce della nuova direttiva 104/14 e del d.lgs. 3/2017*, in «Jus civile», 2017; V. LOPILATO, *Tutela pubblica e privata della concorrenza*, in «Giorn. Dir. Amm.», 2015, 4, pp. 443 e ss.; H. STAKHEYEVA, *Removing Obstacles to a More Effective Private Enforcement of Competition Law*, in «E.C.L.R.», 2012, p. 389.

⁵² E. BATTELLI, *L'attuazione della direttiva sui consumatori tra rimodernizzazione di vecchie categorie e «nuovi» diritti*, in «Eur. e Dir. Priv.», 3, 2014, p. 927, evidenzia che «il sistema di *enforcement* delle disposizioni di recepimento della direttiva delineato dall'art. 66 cod. cons., in definitiva, risulta caratterizzato, per un verso, dalla introduzione nell'ambito del *public enforcement*, di un controllo amministrativo di tipo collettivo affidato all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato già competente in materia di pratiche

assurgono a strumenti di tutela sostanziali e processuali utilizzabili dinanzi ad una rilevante sproporzione, sia essa di rango economico o cognitivo, tra cittadino-consumatore e professionista-operatore economico dovuta a condotte anticoncorrenziali⁵³.

La distinzione essenziale tra i due strumenti risiede nella circostanza per cui la normativa *antitrust* può essere applicata da Autorità pubbliche o dai giudici nell'ambito delle controversie tra privati⁵⁴. Differenti sono, tuttavia, le forme attraverso cui essi si atteggiavano a livello organizzativo, essendo il *private enforcement* decentrato; rimesso alla disciplina delineata dagli Stati membri e attivabile su base diffusa da quanti abbiano subito un danno derivante dall'illecito concorrenziale⁵⁵. Ne deriva che in questo caso la signoria rispetto all'attivazione dello strumento sia rimessa a soggetti "motivati", aventi come obiettivo essenziale il ristoro del pregiudizio sofferto

commerciali scorrette (art. 27 cod. cons.) e clausole vessatorie (art. 37 bis cod. cons.); per altro verso, dalla previsione, nell'ambito del *private enforcement*, di strumenti giudiziali e stragiudiziali, tra cui l'azione inibitoria delle associazioni dei consumatori (art. 139, 140 cod. cons.), la c.d. azione di classe (art. 140-bis cod. cons.) e la composizione extragiudiziale delle controversie (art. 141 cod. cons.)».

⁵³ Si veda, su questi aspetti e non solo, la lucida ricostruzione di L. ROSSI CARLEO, *Il public enforcement nella tutela dei consumatori*, in «Corr. Giur.», 2014, p. 5 ss. la quale ricorda come il *public enforcement*, anche se tiene conto di aspetti "individuali" agisce nella prospettiva di una serialità in quanto «trattandosi di tutela del mercato, l'attenzione si concentra sull'efficienza che si persegue incentivando comportamenti corretti e correggendo, in tal modo, i fallimenti»; nonchè M. RABITTI, *La qualità di "consumatore-cliente" nella giurisprudenza e nelle decisioni dell'arbitro bancario finanziario*, in «Contratto e Impresa: dialoghi con la giurisprudenza civile e commerciale diretti da Francesco Galgano», Cedam, Padova, 2014, 1, p. 201 ss.

⁵⁴ Il punto è stato in più occasioni chiarito dalla giurisprudenza. V. TAR Lazio, 1713/2006, «laddove il giudice ordinario si pronuncia soltanto su ricorso di parte per la tutela di un interesse privato, l'Autorità agisce di sua iniziativa per tutelare l'interesse pubblico di rilevanza comunitaria e costituzionale alla salvaguardia di un mercato concorrenziale». In tale prospettiva il dialogo e la cooperazione tra le Corti, nonchè tra queste e le Autorità nazionali, viene osservato dalla dottrina come un meccanismo capace di apportare effetti benefici sia al sistema di *public* sia di *private enforcement*. Sul punto cfr. G. MASTRODONATO, *I principi della disciplina antitrust nella giurisprudenza della Corte di giustizia Ue e nel dialogo fra le Corti*, in «Foro Amm. C.d.S. (II)», 11, 2013, p. 3191.

⁵⁵ Ed infatti, le ipotesi azionabili nell'ambito degli strumenti di *private antitrust enforcement* sono ampie, comprendendo oltre il rimedio risarcitorio, anche le azioni di nullità e le azioni cautelari. Nel *public enforcement*, diversamente, le Autorità si avvalgono di strumenti individuati dal diritto comunitario di varia natura: ordini di cessazione delle infrazioni; disposizione di misure cautelari; accettazione di impegni; comminazione di ammende, penalità di mora etc.

dalle vittime dell'illecito⁵⁶. Siamo ben lontani, dunque, dagli attori “apatichi” descritti dal Consiglio di Stato quale leva per l'azione di *public enforcement* esaminata nel caso in oggetto.

Gli stessi strumenti offerti dallo Codice del Consumo – agli artt. 138-142, ivi inclusa l'azione di classe ex art. 140 – pur essendo anch'essi costruiti per offrire una tutela ai privati in relazione alle «vicende patologiche di massa», si porrebbero su un piano di parallelismo con gli strumenti di *public enforcement*⁵⁷.

Sovente infatti, e come nel caso di specie, la complessità della questione tanto in punto di dinamiche di mercato quanto relativamente al numero di soggetti coinvolti legittima un parallelo procedere dei due percorsi di tutela⁵⁸.

E ciò in quanto il *public enforcement*, diversamente, secondo la prospettiva accolta dal Consiglio di Stato, opererebbe come «amministrazione neutrale e

⁵⁶ Sull'attore di una causa volta ad ottenere il risarcimento del danno derivante da un illecito *antitrust* grava l'onere di offrire la prova dell'effettivo danno subito e del suo collegamento causale con la violazione.

⁵⁷ In tema L. ROSSI CARLEO, *Class action e pratiche commerciali scorrette: spunti e riflessioni a margine dell'ordinanza del Tribunale di Milano 20 dicembre 2010*, in «Judicium»; diffusamente R. DONZELLI, *L'azione di classe a tutela dei consumatori*, Jovene, Napoli, 2011.

⁵⁸ La dottrina si è cimentata nell'analisi dei rapporti tra i giudici del *private* e del *public enforcement*. L'autonomia dei due giudizi, civile e amministrativo, anche quanto agli schemi di tutela (tanto da poter condurre a due giudicati diversi sulla stessa condotta) sembrerebbe poter essere letta, in chiave evolutiva, anche in considerazione dell'efficacia probatoria dell'accertamento *antitrust*, come un percorso verso una “funzione integrata”, tale da coinvolgere tutti i soggetti verso il medesimo obiettivo di tutela. Tale prospettiva, sembrerebbe ben coniugarsi con la posizione assunta dal Consiglio di Stato con la sentenza in commento. In dottrina, sul punto, v. CILIBERTI, *Public e private enforcement nell'art. 9, co. i della direttiva antitrust 104/2014. Il coordinamento delle tutele: accertamento amministrativo e risarcimento danni nei rapporti privatistici*, cit. laddove afferma che «l'autonomia tra vicende procedimentali *antitrust* e giudizi civili risarcitori, peraltro, è stata declinata con tale rigore da ritenere di doverla riconfermare sia nel caso di giudizio amministrativo pendente in costanza di lite civile, sia in quello di giudicato amministrativo di rigetto dell'istanza di annullamento del provvedimento *antitrust*. Ed infatti, è comune l'opinione — che riscontra invero posizioni contrarie — che esclude la forza vincolante del giudicato amministrativo nel giudizio civile, alla luce della asimmetria delle parti dei rispettivi giudizi e della natura del contenzioso amministrativo di annullamento, finalizzato alla caducazione dell'atto amministrativo e non all'accertamento della conformità a diritto di vicende materiali». Chiarisce la distinzione e i rapporti tra effetti del provvedimento amministrativo, ancorché definitivo e decisione giudiziaria M. BINA, *I rapporti tra Agcom e autorità giudiziaria*, in «Il regolamento dell'Agcom sul diritto d'autore», a cura di L.C. UBERTAZZI, Giappichelli, Torino, 2014, 224; in termini analoghi v. C. SELVAGGI, *Abuso di posizione dominante*, in «Giur. it.», 1992, IV, p. 135; M. NEGRI, *Giurisdizione e amministrazione*, cit., G. VERDE, *Autorità amministrative indipendenti*, cit., 760.

non meramente imparziale»⁵⁹, nel rispetto dei canoni di cui all'art. 97 Cost. e del quadro valoriale costituzionale, giungendo ad assumere «statuizioni paragiustiziali».

Nel caso in esame, la violazione degli obblighi di trasparenza – la mancata comunicazione delle variazioni di costo – non viene affrontata con rimedi negoziali e la gravità delle condotte anticoncorrenziali viene valutata, relativamente al caso di specie, in base a una serie di elementi tra cui gli effetti, il contesto e, non da ultimo, il grado di consapevolezza rispetto al (dis)valore dell'azione. La stessa soluzione adottata dall'AGCOM non si configura come un risarcimento – come detto, proprio del *private enforcement* – ma è un indennizzo. Cionondimeno, l'automatismo dello stesso lo configura quasi come un obbligo “in natura”, che non a caso richiede un chiarimento da parte del collegio circa la delimitazione concettuale rispetto al risarcimento in forma specifica del danno. Ancora, tale azione manifesta i suoi effetti anche sulla platea dei privati, in considerazione del fatto che a fronte di un adeguamento da parte dell'impresa viene dequotata la possibilità per gli utenti di agire singolarmente⁶⁰, ottenendo significativi vantaggi in termini scalari nel sistema quanto a deflazione del contenzioso, equilibrio dei rapporti e, non da ultimo, soddisfazione dell'utenza.

La dimensione consumeristica si fa quindi parte integrante dell'interesse pubblico al funzionamento del mercato e le sue regole diventano operative rispetto alle situazioni di fallimento dei meccanismi economici⁶¹. Tutela della concorrenza da un punto di vista macroeconomico e singolo rapporto di consumo si pongono in relazione dialettica⁶², con la comune finalità di

⁵⁹ Il tema della funzione amministrativa neutrale, distinta da quella esercitata in sede giurisdizionale è stato sollevato da A.M. SANDULLI, *Funzioni pubbliche neutrali e giurisdizione*, in «Riv. dir. proc.», 1964, p. 200. Di recente è stato ripreso da M.T.P. CAPUTI JAMBRENGHI, *La funzione amministrativa neutrale*, Cacucci, Bari, 2017.

⁶⁰ Salvo, come anticipato, la prova del maggior danno.

⁶¹ In questi termini G. PULEIO, *Il risarcimento del danno antitrust alla luce della direttiva 2014/104/UE*, «Resp. Civ. e Prev.», 3, 2016.

⁶² L. MICCOLI, *Tra public and private enforcement: il valore probatorio dei provvedimenti dell'Agcm alla luce della nuova direttiva 104/14 e del d.lgs. 3/2017*, cit., 2017, 4, 348 evidenzia che «l'azione delle misure di *public enforcement*, infatti, mira alla massimizzazione del benessere della categoria dei consumatori in sé considerata, nonché alla tutela delle istanze imprenditoriali a competere in un libero mercato. La dimensione coinvolta, dunque, è spiccatamente macroeconomica. Per quanto concerne, invece, il concetto di *private enforcement*, viene presa in considerazione un'ottica puramente individuale, che pone l'accento sulla regolamentazione della singola operazione commerciale. [...] Diversamente, se ad essere compromessa è la dimensione micro-economica, il danneggiato ha la facoltà di rivolgersi al giudice civile per ottenere il risarcimento del danno». In generale, la contestualizzazione dei prezzi dei servizi nel panorama dei rapporti tra regole ed

concorrere alla sostenibilità del sistema⁶³.

Il *vulnus* nella vicenda in esame è infatti duplice, affiancandosi alla lesione individuale il danno al buon funzionamento del mercato. E non di rado – e come nel caso di specie accade – asimmetria informativa e lacune in termini di trasparenza caratterizzano l'illecito concorrenziale. In siffatta dinamica il consumatore diventa dunque protagonista, in ragione della sua capacità di influenzare l'elemento, centrale, della concorrenza sul mercato, attraverso le scelte individuali che possono avere riflessi diretti sul contrasto ai monopoli e rispetto all'incentivazione della competitività del sistema.

7. Notazioni conclusive sul rapporto tra apatia razionale (dei consumatori) e (ruolo delle) amministrazioni indipendenti

La lettura sistematica e sistemica adottata dal Consiglio di Stato conduce alla conferma dell'ipotesi ricostruttiva che offre una lettura della regolazione del mercato in termini di cooperazione tra l'azione pubblica e l'azione privata.

La sentenza ha l'indubbio pregio di contribuire al superamento di una visione del *public enforcement* in termini marcatamente sanzionatori, dando conto, al contrario, di come rimedi inibitori e indennitari costituiscano un diretto precipitato di un sistema reticolare di norme e poteri di

economia è evidenziato già da G. NAPOLITANO, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Cedam, Padova, 2001, p. 307, che legge in termini di trasformazione dell'intervento pubblico, tra gli altri, anche la materia dei corrispettivi pagati dagli utenti per fruire delle prestazioni. In relazione a ciò evidenzia «un tendenziale superamento della disciplina autoritativa orientata al perseguimento di obiettivi macroeconomici. In luogo di essa, si introducono forme di regolazione e controllo dirette a garantire la trasparenza e l'orientamento ai costi dei prezzi, nonché la loro accessibilità per gli utenti in condizione di disagio». *Amplius*, v. C. RABITTI-BEDOGNI, P. BARUCCI, *Venti anni di antitrust: l'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, Giappichelli, Torino, 2010. Il passaggio da un regime tariffario in senso stretto ad uno di regolazione pubblica dei prezzi era già stato oggetto di analisi nella ricostruzione di M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Il Mulino, Bologna, 1995, spec. p. 217; nonché in S. CASSESE, *Quattro paradossi sui rapporti tra poteri pubblici ed autonomie private*, in «Riv. Trim. Dir. Pubbl.», 2000, p. 389; G. DELLA CANANEA, *Gli atti amministrativi generali*, Cedam, Padova, 2000.

⁶³ Sostenibilità da intendersi oggi, irrinunciabilmente, in chiave non soltanto economica, ma anche sociale e ambientale. Del resto l'individuazione di un sistema tariffario «certo, trasparente e basato su criteri predefiniti» (così la L. 481/1995), deve essere volto all'armonizzazione di «obiettivi economico-finanziari dei soggetti esercenti il servizio con gli interessi generali di carattere sociale, di tutela ambientale e di uso efficiente delle risorse» (così l'art. 1, comma 1, L. 481/1995).

stampo pubblicistico attivabili allorché i principi a presidio del buon funzionamento dei mercati regolati siano posti a repentaglio da azioni potenzialmente pregiudizievoli destinate ad alterarne gli equilibri.

L'intricata vicenda procedimentale e processuale che fa da sfondo alle argomentazioni del Collegio dà prova del concreto operare dello strumento nel dinamismo del sistema, sia in termini preventivi – mirando ad incentivare comportamenti corretti nel mercato – che riparatori – essendo finalizzato alla correzione dei fallimenti.

La sua apprezzabilità, tuttavia, non può di certo leggersi disgiuntivamente dalla suggestiva evocazione di “soggetti dominati da apatia razionale” e dunque dalla rilevanza dell'azione pubblicistica a fronte della supposta reticenza delle masse di utenti ad intraprendere, nell'esercizio di un'autonomia privata, azioni pulviscolari tese al ristoro della posizione individuale. Ciò, invero, in quei casi in cui, da un lato, alla luce dell'interiore valutazione del singolo “costi-benefici”, la scelta condurrebbe, perlopiù, ad una rinuncia alla tutela e, dall'altro lato, gli effetti del comportamento scorretto, che assumono rilevanza non già rispetto alla posizione del soggetto – solo minimamente afflitto – bensì “nel sistema” laddove considerati nel loro complesso, siano suscettibili di imprimere un distorto affermarsi dei rapporti tra consumatori e imprese.

Alla luce di tutto ciò si comprende il vaglio di compatibilità, operato dal Consiglio di Stato, tra l'azione regolatoria in oggetto e l'art. 41 rispetto al parametro dell'utilità sociale. Tale arresto non rappresenta una novità se letto nel panorama dottrinale consumeristico laddove, sovente, ad una valorizzazione dei vantaggi per la collettività possono contrapporsi eventuali svantaggi per le imprese⁶⁴. E, ancora, si pone come parametro per affermare il *public enforcement* come garanzia non soltanto delle prerogative dei consumatori e delle imprese, ma dell'interesse pubblico ad un assetto concorrenziale del mercato stesso, da esercitare anche attraverso azioni punitive ed afflittive, in grado di restituire effettività ai principi eurounionali⁶⁵.

Il ruolo delle Autorità amministrative indipendenti risulta dunque cruciale, ove considerato alla luce di una gamma graduata di poteri che l'ordinamento attribuisce loro⁶⁶, evidente se si ha memoria del profilo teorico

⁶⁴ R. DONZELLI, *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*, Napoli, 2008, p. 764-765.

⁶⁵ Direttiva 2014/104/UE.

⁶⁶ Ci si muove da strumenti di *soft law* (F. TIRIO, *Le autorità indipendenti nel sistema misto di enforcement della regolazione*, Torino, 2012, 16 e ss. e part. 20 «l'attività di *soft law* può consentire alle autorità di intervenire laddove siano prive di poteri autoritativi e di agire anche come punto focale del settore, agevolando il coordinamento tra i soggetti regolati e l'osservanza della disciplina senza l'utilizzo (o con minore utilizzo) di strumenti sanzionatori che sono più costosi per le autorità e i soggetti regolati») ai consolidati poteri processuali

evolutivo che ha accompagnato la disciplina dei servizi nell'ordinamento eurounitario e, di riflesso, interno.

L'apatia del consumatore evidenzia un fallimento del mercato che si inserisce in un settore, il servizio di interesse economico generale di telecomunicazioni, caratterizzato da posizioni omogenee e standardizzate, tradizionalmente oggetto di attenzione dall'azione di regolazione pubblica⁶⁷.

In altri termini, la coesistenza tra l'esercizio della funzione (pubblica) in forma di impresa e il mercato concorrenziale assolve ad una finalità pubblica cui si accompagna il potere di conformare il mercato⁶⁸. L'efficienza economica

(G. DE GIORGI CEZZI, *Interessi sostanziali, parti e giudice amministrativo*, in «Dir. Amm.», 2013, 3, p. 401; M. CLARICH, *I nuovi poteri affidati all'Antitrust*, in «Quad. cost.», 2012, 1, p. 115-117; M.A. SANDULLI, *Introduzione a un dibattito sul nuovo potere di legittimazione al ricorso dell'AGCOM nell'art. 21-bis l. n. 287 del 1990*, in «federalismi.it», 12, 2012, p. 2 ss.; ID., *Il processo davanti al giudice amministrativo nelle novità legislative della fine del 2011*, ivi, 4, 2012; R. GIOVAGNOLI, *Atti amministrativi e tutela della concorrenza. Il potere di legittimazione a ricorrere dell'AGCM nell'art. 21-bis legge n. 287/1990*, in «www.giustizia-amministrativa.it», 2012; M. CAPPAL, *Il problema della legittimazione a ricorrere dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato nella prima giurisprudenza amministrativa*, in «Foro amm. Tar», 2013, 5, p. 1607 ss.; R. POLITI, *Ricadute processuali a fronte dell'esercizio dei nuovi poteri rimessi all'AGCM ex art. 21-bis. Legge 287/1990. Legittimazione al ricorso e individuazione dell'interesse alla sollecitazione del sindacato*, in «Federalismi.it», 12, 2012; F. CINTIOLI, *Osservazioni sul ricorso dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (art. 21-bis legge 287 del 1990)*, in «Federalismi.it», 12, 2012; F. APERIO BELLA, *“Ceci n'est pas une note de jurisprudence” : riflessioni critiche a margine del tentativo dell'AGCM di farsi giudice a quo*, in «Diritto e società», 2018, 2, p. 281 ss.).

⁶⁷ Ciò implica che l'azione di regolazione dai tratti si incisivi trovi il suo addentellato normativo ancora più forte nelle finalità pubbliche tutelate anche dal Trattato sul 106. Una approfondita analisi con un approccio non meramente economicistico al tema del servizio pubblico è condotta da E. SCOTTI, *Il pubblico servizio. Tra tradizione nazionale e prospettive europee*, Cedam, Padova, 2003. Similari considerazioni, con specifico riferimento al servizio pubblico locale in EAD., *Servizi pubblici locali e ordinamento comunitario*, in «I servizi pubblici locali», a cura di S. MANGIAMELI, Torino, 2008; EAD., *Servizi pubblici locali (voce)*, in *DDP*, Aggiornamento, Utet, Torino, 2012; EAD., *Il finanziamento dei servizi pubblici locali tra vincoli di bilancio, aiuti di Stato e diritti fondamentali*, in M. Passalacqua (a cura di), *Il “disordine” dei servizi pubblici locali. Dalla promozione del mercato ai vincoli di finanza pubblica*, Torino, 2015, p. 173 e ss.

⁶⁸ Cfr. ALB. ROMANO, *La concessione di un pubblico servizio*, cit. Il passaggio è ben evidenziato da SCOTTI, *Il pubblico servizio*, cit., *passim*. Part. p. 332 «appare evidente che, nei servizi pubblici, si tratta di regolare attività non private ma pubbliche (anche se esercitate da soggetti privati in forme di diritto comune), in vista della loro efficienza e della connessa e strumentale esigenza di promozione e tutela della concorrenza; e di predisporre, fuori dai limiti di cui all'art. 41 Cost., un quadro di regole volte ad attuare ed integrare un programma di erogazione definito a livello politico ed affidato per la sua concreta attuazione a soggetti privati».

che assurge a criterio guida della regolazione pubblica delle attività private e dei relativi mercati⁶⁹ va qui letta osservando in maniera ampia i rapporti di utenza, in considerazione della prospettiva degli equilibri tra i soggetti attivi nel mercato e, in ultima istanza, della necessità di affermare una rete di protezione capace, da un lato, di conformare le scelte di mercato i cui effetti ricadono su una massa ampia e indistinta di destinatari, anche sacrificando segmenti di libertà di impresa e, dall'altro, di ristorare gli equilibri perduti.

Tale potere è esercitato attraverso la regolazione orizzontale e verticale⁷⁰, idonea, quest'ultima, a intervenire nei "silos regolatori" laddove il grado di resilienza dei settori rispetto ai mutamenti delle condizioni economiche (e non solo) richiedono adeguamenti in un contesto ancora non maturo per un "one-size-fits-all approach".

L'evoluzione della figura del consumatore e del suo ruolo nelle dinamiche di mercato pone del resto ulteriori sfide oggetto di studio non soltanto attraverso strumenti giuridici, ma anche dall'intersezione di essi con altri percorsi scientifici, come le neuroscienze⁷¹.

La complessità dei mercati si fa parte di una generale e ben più ampia tendenza alla complessità del reale, oggetto essa stessa di possibili plurime forme di indagine e riflessa in una complessità del sistema, relativamente alle fonti applicabili e ai soggetti da cui esse promanano, in costante ricerca di adeguamento⁷².

⁶⁹ Per un'interessante ricostruzione di questi percorsi, nell'ottica del diritto dell'economia, M. RABITTI, *Il ruolo della Corte di Giustizia nel diritto dell'economia*, in «Analisi Giuridica dell'Economia. Studi e discussioni sul diritto dell'impresa», 2018, 2, 347 ss. Il generale inquadramento di sistema è ricostruito da E. PICOZZA, V. RICCIUTO, *Diritto dell'economia*, Giappichelli, Torino, 2017.

⁷⁰ In generale, sulle autorità indipendenti restano valide le impostazioni di P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Cedam, Padova, 2002; A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri. Profili di diritto amministrativo nella disciplina antitrust*, Giappichelli, Torino, 2007; ID., *Il potere discrezionale dell'autorità garante della concorrenza e del mercato*, in «Venti anni di Antitrust: l'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato», a cura di RABITTI BEDOGNI-BARUCCI, cit. Specifici riferimenti ai temi qui in discorso in CASSINIS-GALASSO, *Il ruolo dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato tra Public e Private Enforcement*, in «I rimedi civilistici agli illeciti anticoncorrenziali», a cura di BENACCHIO, CARPAGNANO, Padova, 2012, p. 19.

⁷¹ N. RANGONE, F. DI PORTO, *Cognitive-based regulation: new challenges for regulators?*, in «Federalismi», 20, 2013; F. DI PORTO, *La regolazione degli obblighi informativi. Le sfide delle scienze cognitive e dei big data*, Napoli, 2017 (e, in particolare, Cap. 3). E. PICOZZA, L. CAPRARO, V. CUZZOCREA, D. TERRACINA, *Neurodiritto. Una introduzione*, Giappichelli, Torino, 2014.

⁷² Limitatamente all'indagine giuridica v. almeno P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Giuffrè, Milano, 2001; A. FALZEA, *Complessità giuridica*, in «Enc. dir.», I,

A ben vedere, il fuoco sulle questioni in oggetto pare sempre più relegarsi sullo sfondo di un scenario in cui lo stesso tema della regolazione dei prezzi dei servizi non può non essere letto alla luce dell'impatto degli algoritmi, talora identificati come occasione per «rendere più trasparenti i mercati a chi li genera e utilizza» talora come ulteriori potenziali fattori distorsivi e collusivi⁷³.

Superato (forse l'unico) nodo giuridico riguardante la sussistenza del potere dell'Autorità di imporre l'operare dell' "l'indennizzo automatico", il Consiglio di Stato risponde puntualmente a tali interrogativi dell'oggi con una sentenza che nel replicare ai molteplici dubbi sollevati dall'impresa nei suoi scritti difensivi, riafferma, di fatto, l'essenzialità dei principi generali che reggono il sistema istituzionale e le dinamiche di mercato che da esso dipendono⁷⁴ – la trasparenza, le garanzie partecipative procedurali, la dimensione finalistica della legalità dell'azione pubblica – «ché le regole sono nulla senza sistema»⁷⁵.

Giuffrè, Milano 2007, 201 ss.

⁷³ Il tema è sollevato da BASSAN, *Potere dell'algoritmo e resistenza dei mercati in Italia*, cit., p. 65 il quale valorizzando il percorso che potrebbe condurre alla costruzione di un vero e proprio "antitrust by design" giudica "naïf" l'idea di "algoritmi collusivi" nel "terreno scelto del parallelismo consapevole". Milita tuttavia in senso opposto la ricostruzione di A. EZRACHI, M. STUCHE, *Artificial intelligence & collusion: when computers inhibit competition*, in «University of Illinois Law Review», 2017, pp. 1776-1810. Affrontano il tema da varie angolazioni i contributi in A. CARLEO, *Decisione robotica*, Il Mulino, Bologna, 2019, part. A. CARLEO, *Sugli algoritmi nel contratto? Per ridurre il contenzioso?*, p. 203; F. DE STEFANO, *Spunti di riflessione sulla decisione robotica negoziale*, p. 215; C. MOTTURA, *Decisione robotica negoziale e mercati finanziari. Contrattazione algoritmica, nuovi abusi di mercato, algoritmi di controllo (degli algoritmi)*, p. 265

⁷⁴ Per tutti, F. DE LEONARDIS, *Principi generali dell'attività amministrativa*, in «L'azione amministrativa», a cura di Alb. Romano, Giappichelli, Torino, 2016.

⁷⁵ Così, pur se relativamente ad altri profili afferenti la regolazione dei mercati, BASSAN, *Potere dell'algoritmo e resistenza dei mercati in Italia*, cit., p. 36.

CONTRIBUTI

Davide Palazzo*

La c.d. ottemperanza di chiarimenti nel processo amministrativo

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. La richiesta di chiarimenti tra effettività della tutela, buon andamento e leale cooperazione – 3. Configurazione e natura della ‘ottemperanza di chiarimenti’ – 3.1. L’azione per l’interpretazione del provvedimento giudiziale– 3.2. La richiesta di chiarimenti da parte del commissario *ad acta* 4. Le pronunce che possono formare oggetto della richiesta di chiarimenti – 5. Legittimazione attiva alla richiesta di chiarimenti – 6. Confini oggettivi dei chiarimenti. Il rapporto con il giudicato – 7. Rimedi esperibili – 8. La richiesta di chiarimenti come mezzo per la revisione delle *astreintes*.– 9. Conclusioni.

1. *Introduzione*

Il Codice del processo amministrativo ha previsto la possibilità di richiedere al giudice dell’ottemperanza chiarimenti in ordine alle modalità di esecuzione di una sentenza o di altro provvedimento suscettibile di ottemperanza ‘amministrativa’.

L’introduzione di tale strumento processuale (variamente denominato come ‘ottemperanza di chiarimenti’ o ‘informativa’ o ‘ermeneutica’) ha suscitato un vasto dibattito, in dottrina e in giurisprudenza, rispetto alle sue caratteristiche, alla individuazione dei soggetti legittimati a proporre la relativa azione, alla natura del provvedimento giudiziale che ne sancisce l’esito, ai rimedi esperibili nei suoi confronti.

In termini critici, si è messa in dubbio l’utilità della introduzione di tale meccanismo in rapporto alla ‘ordinaria’ azione di ottemperanza¹, mentre in una prospettiva opposta si è ritenuto che si tratti di uno strumento funzionale a perseguire l’obiettivo ragionevole durata del processo², ormai

* Assegnista di ricerca di Diritto Amministrativo, Università degli Studi Roma Tre, Dipartimento di Economia

¹ F. VOLPE, *L’ottemperanza “di chiarimento”. Un istituto inutile o dannoso?*, in www.lexitalia.it, 2010. Cfr. anche F. GAFFURI, *Il giudizio d’ottemperanza disciplinato dal codice del processo amministrativo: profili critici e prospettive di riforma*, in «Giurisprudenza italiana», 2017, 1015.

² In giurisprudenza v. TAR Sardegna, 2 dicembre 2019, n. 860. In dottrina, M. SANINO, *Il giudizio di ottemperanza*, Torino, 2014, 217; C. DELLE DONNE, *L’esecuzione: il giudizio*

di rango costituzionale, a sua volta riconducibile a un'istanza più generale di "efficienza" della giustizia³. Se l'oscurità della pronuncia giudiziale non fa venir meno l'obbligo dell'Amministrazione di ottemperare ad essa⁴, l'introduzione di uno strumento volto a eliminare i dubbi interpretativi tenderebbe ad assicurarne la corretta attuazione e a prevenire future liti⁵. Sotto altro profilo, la richiesta di chiarimenti avrebbe una finalità 'precauzionale', mirando «*ad evitare il sorgere di eventuali responsabilità dell'amministrazione per danni derivanti dall'inesatto adempimento della decisione giurisdizionale*»⁶.

I dubbi che circondano la previsione, definita 'rivoluzionaria'⁷, della richiesta di chiarimenti si inseriscono nel contesto, già problematico, del giudizio di ottemperanza, oggetto di un risalente⁸ e mai sopito dibattito in relazione alla sua collocazione tra la tutela di cognizione e quella esecutiva⁹, che ha indotto autorevole dottrina a definirne la natura 'ibrida' o 'mista'¹⁰,

di ottemperanza, in *Il codice del processo amministrativo. Dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, a cura di B. Sassani – R. Villata, Torino, 2012, 1275

³ Sul rapporto tra effettività della tutela giurisdizionale ed efficienza della giustizia v. I. PAGNI, *La giurisdizione tra effettività ed efficienza*, in *La giustizia amministrativa come servizio (tra effettività ed efficienza)*, a cura di G.D. Comperti, Firenze, 2016, 85 ss. Con specifico riferimento alla giustizia amministrativa v. M. CLARICH, *Giustizia amministrativa e processi economici*, in «Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico», 2020, 19 ss.

⁴ Su punto, v. A.M. SANDULLI, *Consistenza ed estensione dell'obbligo dell'autorità di conformarsi ai giudicati*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 1960, 439. Cfr. anche M. CLARICH, *L'effettività della tutela nell'esecuzione delle sentenze del giudice amministrativo*, in «Diritto processuale amministrativo», 1998, 549, il quale si interroga se «*la mancata o inesatta esecuzione della sentenza passata in giudicato dipenda sempre e soltanto da atteggiamenti dell'amministrazione poco rispettosi dell'ideale della legalità oppure anche, almeno in taluni casi, da incertezze obiettive in ordine al contenuto precettivo e agli effetti della sentenza*».

⁵ Accoglie in senso favorevole l'innovazione SANINO, *Il giudizio di ottemperanza*, cit., 209-210.

⁶ Così U.G. ZINGALES, *Il giudizio di ottemperanza e la nullità degli atti violativi o elusivi del giudicato*, in «Giornale di diritto amministrativo», 2011, 513.

⁷ Così SANINO, *Il giudizio di ottemperanza*, cit., 109-110.

⁸ Cfr., *ex multis*, M.S. GIANNINI, *Contenuto e limiti del giudizio di ottemperanza*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 1960, 442 ss.; SANDULLI, *Consistenza ed estensione*, cit., 394 ss., anche per la relativa ricostruzione storica. Su quest'ultima v. pure SANINO, *Il giudizio di ottemperanza*, cit., 5 ss.

⁹ Da ultimo v. F. MANGANARO, *Il giudizio di ottemperanza come rimedio alle lacune dell'accertamento*, in «Diritto processuale amministrativo», 2018, 534 ss.

¹⁰ In proposito si vedano i fondamentali contributi di M. NIGRO, *Il giudicato amministrativo e il processo di ottemperanza*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 1981, 1160 e 1190; ID., *L'esecuzione di sentenze di condanna della pubblica amministrazione*, in *Il foro italiano*, 1965, 63-64; ID., *Sulla natura giuridica del processo di cui all'art. 27, n. 4, della legge sul Consiglio di Stato*, in «Rassegna di diritto pubblico», 1954, 228 ss. Cfr. inoltre C. BUONAURO, *Il giudizio di ottemperanza: ambito di operatività e questioni problematiche*, in

secondo un indirizzo che pare accolto anche dalla giurisprudenza prevalente¹¹.

Il giudizio di chiarimenti tende, se possibile, ad aggravare l'incertezza che circonda l'ottemperanza, introducendo un (ulteriore) elemento di 'discontinuità' nel tentativo di ricostruzione organica del relativo giudizio; elemento che sembra rappresentare il profilo di maggiore problematicità della richiesta di chiarimenti. Ci riferiamo alla possibilità di instaurare il giudizio di ottemperanza prima che l'Amministrazione abbia esercitato (o abbia omesso di esercitare) il potere amministrativo al fine di dare esecuzione al provvedimento giudiziale e dunque prima che la stessa risulti inadempiente rispetto all'obbligo sancito dal giudice¹².

La richiesta di chiarimenti presuppone, almeno nell'ipotesi in cui sia proposta dalle parti¹³, che l'Amministrazione non abbia dato esecuzione (o non abbia completato l'esecuzione¹⁴) alla statuizione giudiziale e, altresì,

«Rivista dell'esecuzione forzata», 2017, 27 ss.; GAFFURI, *Il giudizio d'ottemperanza*, cit., 1006 ss.; C.E. GALLO, *Ottemperanza (giudizio di) (ad vocem)*, in Enc. Dir., 2008, 818.

¹¹ Consiglio di Stato, Ad. Plen., 9 maggio 2019, n. 7; Consiglio di Stato, 20 dicembre 2013, n. 6159; Consiglio di Stato, Ad. Plen., 15 gennaio 2013, n. 2, con nota di A. FALCHI DELITALA, *Il giudice dell'ottemperanza come «giudice naturale dell'esecuzione della sentenza»*, in «Il foro amministrativo CDS», 2013, 1846 ss.; Consiglio di Stato, Ad. Plen., 14 luglio 1978, n. 23, con nota di F.G. SCOCA, *Sentenze di ottemperanza e loro appellabilità*, in «Il foro italiano», 1979, III, 73 ss.

¹² L'art. 27. n. 4 del Testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato (r.d. 26 giugno 1924, n. 1054) e l'art. 37 della legge 6 dicembre 1971, n. 1034 (c.d. legge TAR) definivano i ricorsi in ottemperanza come quelli «*diretti ad ottenere l'adempimento dell'obbligo dell'autorità amministrativa di conformarsi, in quanto riguarda il caso deciso, al giudicato*». Analogamente, l'art. 70, comma 2, del d. lgs. 31 dicembre 1992, n. 546 (Disposizioni sul processo tributario), stabilisce che il ricorso di ottemperanza al giudice tributario «*è proponibile solo dopo la scadenza del termine entro il quale è prescritto dalla legge l'adempimento [...] degli obblighi derivanti dalla sentenza o, in mancanza di tale termine, dopo trenta giorni dalla loro messa in mora a mezzo di ufficiale giudiziario e fino a quando l'obbligo non sia estinto*». In dottrina, NIGRO, *Il giudicato amministrativo*, cit., 1891, individuava tra i presupposti essenziali dell'azione per l'ottemperanza «*l'inadempimento dell'amministrazione agli obblighi nascenti dalla sentenza stessa*». Viceversa, nell'ipotesi di richiesta di chiarimenti «*non si insorge contro una volontà di non ottemperare (o comunque contro una situazione di inottemperanza), né contro una intervenuta violazione o elusione di giudicato, ma si mostra proprio la volontà di voler prestare attuazione alla sentenza, anzi di volere esattamente adempiere, a tal fine richiedendo al giudice che ha pronunciato la precedente sentenza, i chiarimenti di punti del decisum che presentano elementi di dubbio o di non immediata chiarezza*» (così Consiglio di Stato, 17 dicembre 2012, n. 6468).

¹³ Come si avrà modo di approfondire, diversa appare l'ipotesi in cui la richiesta provenga dal commissario *ad acta*.

¹⁴ Per una ipotesi di azione amministrativa scansionata in varie fasi procedurali, v. Consiglio di Stato, 11 ottobre 2019, n. 6910, che ha ritenuto ammissibile la richiesta di chiarimenti fintantoché sussiste una 'occasione procedimentale' tramite cui

che non sia scaduto (l'eventuale) termine per adempiere alla stessa. Ove l'Amministrazione abbia provveduto (od ommesso di provvedere), infatti, il rimedio esperibile sarebbe costituito non dalla richiesta di chiarimenti, ma dalle varie azioni (di accertamento della nullità, di adozione del provvedimento in luogo dell'amministrazione, di risarcimento ecc.) che possono confluire nel giudizio di ottemperanza.

Sotto questo aspetto, appare evidente l'innovazione apportata dal Codice del processo amministrativo. La richiesta di chiarimenti non può considerarsi un mero corollario dell'atipicità delle misure adottabili dal giudice dell'ottemperanza¹⁵, poiché essa incide sui presupposti richiesti per attivare il relativo giudizio, svincolandone l'instaurazione dall'esigenza di rimediare, in via successiva, a un (presunto) inadempimento della parte pubblica¹⁶.

La richiesta di chiarimenti, ove fosse ricondotta al giudizio di ottemperanza (ciò che, come si vedrà, è oggetto di consistenti dubbi), sembrerebbe allora mettere in crisi la qualificazione di quest'ultimo come di 'esecuzione', seppur in senso lato, poiché è destinata ad operare prima ancora che l'Amministrazione possa considerarsi inadempiente ed anzi sul presupposto che non lo sia (ancora). Appare con evidenza, allora, la tensione con il divieto per il giudice amministrativo di pronunciarsi su poteri amministrativi non ancora esercitati¹⁷; divieto che definisce le rispettive sfere di responsabilità

l'Amministrazione può dare esecuzione al giudicato.

¹⁵ Su tale atipicità v. M. CLARICH, *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, in «Diritto processuale amministrativo», 2005, 591. Cfr. anche A. MARI, *Il giudice amministratore: ordine di ottemperare e qualificazione giuridica delle attività conseguenti*, in «Rivista trimestrale di diritto pubblico», 2008, 661 ss.

¹⁶ Cfr. BUONAURO, *Il giudizio di ottemperanza*, cit., 36-37; ANTONIOLI, *Spigolature sul nuovo giudizio di ottemperanza*, cit., 1313. Per la disciplina previgente v. F. PIGA, *Giudizio di ottemperanza e violazione del giudicato*, in «Il foro amministrativo», 1981, 245; NIGRO, *Sulla natura giuridica del processo*, cit., 277 e 294.

¹⁷ Art. 34, comma 2, c.p.a. Tale divieto risultava implicito nella disciplina antecedente al Codice del processo amministrativo e in particolare dall'art. 45 r.d. 26 giugno 1924, n. 1054 (T.U. delle leggi sul Consiglio di Stato) e dall'art. 88 del R.d. 17 agosto 1907, n. 642. (Regolamento per la procedura dinanzi alle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato), comunemente interpretati nel senso che "l'esecuzione delle sentenze amministrative e lo svolgimento dell'azione amministrativa dopo la sentenza spettano in prima battuta all'amministrazione" (così NIGRO, *Il giudicato amministrativo*, cit., 1181). Nella giurisprudenza antecedente al Codice del processo amministrativo v. Cass. Civ., ss. uu., 27 gennaio 1981, n. 601: «La pubblica funzione (...) non ha bisogno di essere preventivamente verificata dal giudice, né può esserlo, giacché può e deve essere responsabilmente esercitata, salve le garanzie apprestate alle posizioni che si assumono lese dall'attività ad essa ascritta. La postulazione di una verifica giudiziale preventiva di essa o del suo esercizio da parte dell'autorità che pur assume di essere investita importerebbe il sottrarsi, da parte dell'autorità stessa, alle responsabilità

dell'Amministrazione e del giudice¹⁸, in ossequio al principio di (tendenziale) separazione tra potere esecutivo e potere giurisdizionale¹⁹.

Più ampiamente, la c.d. ottemperanza informativa sembra mettere in discussione un aspetto ancor più generale e tradizionale del processo amministrativo: la possibilità che esso sia instaurato solo a seguito di una (presunta) lesione di un interesse individuale²⁰. La richiesta, anche ove sia presentata da un privato (qualora ciò si ritenga possibile), non presuppone la lesione di un interesse, ma semmai mira a prevenire tale lesione, chiarendo

*sue proprie, la rinuncia a un attributo per sua natura irrinunciabile, la devoluzione al giudice — questa volta sì — di una inammissibile supplenza. Pertanto tale postulazione è da ritenere in sé, cioè in astratto, strumento incompatibile col ruolo e con la nozione stessa di funzione pubblica e pertanto contraria al nostro sistema che il detto ruolo assegna e che la detta nozione assume»; Cass. Civ., ss. uu., 11 novembre 1975, n. 3781, con nota di C.M. BARONE, in Il foro italiano, 1976, I, 326 ss. In dottrina, da ultimo, v. P. CERBO, *Il limite dei poteri amministrativi non ancora esercitati: una riserva di procedimento amministrativo?*, in «Diritto processuale amministrativo», 2020, 94 ss.; M. TRIMARCHI, *Full jurisdiction and limite dei poteri non ancora esercitati. Brevi note*, in «Persona e amministrazione», 2/2018.*

¹⁸ Sul punto v. CAPACCIOLI, *Per la effettività della giustizia amministrativa*, cit., 467: «la intromissione preventiva del giudice implicherebbe il condizionamento del gestore pubblico ad opera dello stesso giudice: con spostamento della titolarità effettiva del potere amministrativo a favore del giudice, che non sarebbe più neanche tale, o almeno con attenuazione eversiva di tale potere che, per essere dato al fine del soddisfacimento di interessi collettivi, deve poter decidere di propria iniziativa, nei limiti di legge, il se, il quanto, il quando, il come dei suoi interventi».

¹⁹ In giurisprudenza v. TAR Umbria, 31 luglio 2019, n. 452; TAR Liguria, 22 ottobre 2015, n. 835; Consiglio di Stato, Ad. Plen., 27 aprile 2015, n. 5. In dottrina v. M. TRIMARCHI, *Il divieto di «pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati» attraverso il prisma della giurisprudenza*, in «Il foro amministrativo CDS», 2013, 1103 ss. Per una ricostruzione diversa v. M. MAZZAMUTO, *Il principio del divieto di pronuncia con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati*, in «Diritto processuale amministrativo», 2018, 67 ss. e in part. 81 ss. Sulla distinzione fra funzione amministrativa e funzione giurisdizionale v. ampiamente V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione e giurisdizione*, in «Giurisprudenza costituzionale», 2019, 1825 ss.; R. CAVALLO PERIN, *I limiti ai poteri delle giurisdizioni nelle controversie contro gli atti della pubblica amministrazione*, in «Diritto processuale amministrativo», 2016, 981 ss. Cfr. inoltre M. NIGRO, *La giurisdizione amministrativa di merito*, in «Il foro italiano», 1969, 62 ss. Nel senso che «il principio di legalità non ha mai postulato [...] che l'azione dei pubblici poteri fosse sottoposta a un accertamento preventivo di legittimità in sede giurisdizionale», v. M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, 1989, 178. In generale sul principio di separazione dei poteri v. G. SILVESTRI, *Poteri dello Stato (divisione dei) (ad vocem)*, in Enc. Dir., 1985, 670 ss.

²⁰ Cfr. A. ROMANO, *La situazione legittimante al processo amministrativo*, in «Diritto processuale amministrativo», 1989, 532; CAPACCIOLI, *Per la effettività della giustizia amministrativa*, cit., 466-467; F. SATTA, *L'esecuzione del giudicato amministrativo di annullamento*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 1967, 975; E. CASETTA, *Osservazioni sull'ammissibilità di decisioni di mero accertamento da parte del giudice amministrativo*, in «Rassegna di diritto pubblico», 1952, 175.

il contenuto e gli effetti della sentenza ottemperanda. In assenza di una ‘crisi di cooperazione’ da parte dell’Amministrazione, si potrebbe quasi dubitare che in sede di chiarimenti il giudice amministrativo svolga una funzione propriamente giurisdizionale (o comunque contenziosa)²¹ e non, piuttosto, un’attività di ‘consulenza’, la quale tuttavia si realizzerebbe nelle forme del giudizio di ottemperanza e per mezzo del giudice competente per esso. Si potrebbe parlare di ‘attività consultiva in forma giurisdizionale’, se tale espressione, oltre che apparire *ictu oculi* impropria, non desse adito a gravi difficoltà sul piano costituzionale, su cui ci si soffermerà più avanti.

Da queste prime brevi notazioni si può evincere come l’istituto della richiesta di chiarimenti sollevi rilevanti dubbi e incertezze di carattere sistematico²², che si riverberano nelle difficoltà di individuazione del regime giuridico, come testimoniato dai significativi contrasti che si riscontrano in giurisprudenza.

Scopo del presente contributo, richiamati i principi costituzionali e istituzionali che sembrano fare da ‘sfondo’ all’introduzione dello strumento processuale in esame (par. 2), è l’individuazione della natura della richiesta di chiarimenti (par. 3), la determinazione delle pronunce che ne possono costituire oggetto (par. 4), l’identificazione dei soggetti legittimati a promuovere il relativo ricorso (o istanza) (par. 5), la precisazione dei confini oggettivi dei chiarimenti (par. 6) e dei rimedi esperibili avverso la pronuncia che li fornisce (par. 7). Si esaminerà, infine, la possibilità che la richiesta di chiarimenti sia utilizzata per ottenere la revisione o la revoca delle c.d. penalità di mora (par. 8) e si proporranno delle considerazioni conclusive (par. 9).

²¹ Cfr. CERULLI IRELLI, *Amministrazione e giurisdizione*, cit., 1827: «La funzione di giurisdizione come funzione di governo [...] è intesa a risolvere, com’è noto, i conflitti (le “crisi di cooperazione”) che insorgono nella vita sociale, nei rapporti tra cittadini, tra essi e i pubblici poteri, ecc., mediante applicazione oggettiva ai casi concreti delle norme in vigore nell’ordinamento considerato».

²² Cfr. A. SQUAZZONI, *La richiesta di chiarimenti nel corso del giudizio di ottemperanza quale strumento di riforma e di correzione dei malfunzionamenti dell’agire amministrativo*, in «Giustamm.it – Rivista di diritto pubblico», 6/2016, il quale nota che «tra gli istituti per certi versi innovativi del codice, il ricorso per chiarimenti è forse quello che si presterebbe alle più gravi ed interessanti speculazioni teoriche».

2. La richiesta di chiarimenti tra effettività della tutela, buon andamento e leale cooperazione

Prima di ‘immergerci’ nell’esame del regime dell’ottemperanza informativa, appare utile inquadrare quest’ultima nell’ambito dei principi che governano il processo amministrativo. Si ritiene proficuo in particolare soffermarsi su quelli che sembrano assumere particolare rilevanza nella ricostruzione dell’istituto: l’effettività della tutela giurisdizionale, il buon andamento dell’azione amministrativa e la leale collaborazione tra le parti, nonché tra esse e il giudice.

In primo luogo, viene in rilievo la centralità del principio di effettività della tutela giurisdizionale come criterio interpretativo dell’intera disciplina processuale²³. Il principio di effettività della tutela trova solidi ancoraggi nella Costituzione²⁴, individuabili negli artt. 24 e 111 della stessa, nonché con riferimento alle controversie che coinvolgono la Pubblica Amministrazione, dagli artt. 103 e 113²⁵. La sua rilevanza pare però accresciuta dall’inserimento dell’ordinamento nazionale nei meccanismi sovranazionali e internazionali della tutela dei diritti. Il riferimento, ormai scontato, è alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo (specialmente ai suoi articoli 6²⁶ e 13), al diritto dell’Unione europea e alla giurisprudenza delle relative Corti²⁷,

²³ Sul principio di effettività di tutela giurisdizionale v. in questo volume S. TRANQUILLI, *Una rivoluzione che parte dall’effettività della tutela giurisdizionale. Imparzialità e indipendenza del giudice secondo i Giudici di Lussemburgo*.

²⁴ Per un inquadramento costituzionale della giustizia amministrativa v. V. CERULLI IRELLI, *Giurisdizione amministrativa e Costituzione*, in «Giurisprudenza costituzionale», 2004, 3032 ss.

²⁵ *Ex multis* v. Corte Costituzionale, 25 giugno 2019, n. 160; 6 luglio 2004, n. 204. Il radicamento istituzionale della tutela giurisdizionale dell’individuo nei confronti del potere pubblico è ritenuto, del resto, antecedente alla Costituzione: cfr. A. ROMANO, *Interessi ‘individuali’ e tutela giurisdizionale amministrativa*, in «Il foro italiano», 1972, 270. Sull’effettività della tutela giurisdizionale come “principio istituzionale” v. NIGRO, *Il giudicato amministrativo*, cit., 1182-1183. Nel senso che «il principio della pienezza della tutela giurisdizionale nei confronti delle pubbliche Amministrazioni» costituisca una delle innovazioni apportate dalla Costituzione v. però CERULLI IRELLI, *Giurisdizione amministrativa e Costituzione*, cit., 3034. Cfr. anche A. TRAVI, *Gli art. 24 e 111 Cost. come principî unitari di garanzia*, in «Il foro italiano», 2011, 165 ss.

²⁶ In merito all’influenza dell’art. 6 CEDU sui sistemi di giustizia amministrativa europei v. *L’applicazione dell’art. 6 CEDU nel processo amministrativo dei paesi europei*, a cura di A. Carbone, in corso di pubblicazione.

²⁷ Sul principio di effettività nel diritto dell’Unione europea, *ex multis*, v. Corte di Giustizia dell’Unione europea, 10 marzo 2020, C-564/18, LH c. Bevándorlási és Menekültügyi Hivatal, punti 59 ss.; Corte di Giustizia dell’Unione europea, 27 febbraio 2020, cause riunite da C773/18 a C-775/18, TK e altri c. Land Sachsen-Anhalt; Corte di Giustizia

che tanta parte ormai hanno nella conformazione del diritto processuale amministrativo²⁸. La disposizione con cui si apre il Codice del processo amministrativo enfatizza la rilevanza del diritto europeo, in senso lato, nella ricostruzione della disciplina processuale nazionale e del principio di effettività della tutela giurisdizionale²⁹.

Principio che esplica la propria efficacia anzitutto nei confronti del legislatore, vincolandolo alla predisposizione di strumenti processuali idonei ad assicurare ai soggetti dell'ordinamento ciò che ad essi spetta sul piano del diritto sostanziale³⁰, secondo la nota formula chiovendiana³¹. L'effettività della tutela giurisdizionale assurge, inoltre, a 'criterio interpretativo generale' delle disposizioni processuali amministrative³², la cui ricostruzione deve tener conto dell'obiettivo di assicurare la più ampia tutela possibile alle situazioni giuridiche protette³³.

In quest'ottica, si è visto nel giudizio di ottemperanza, che rappresenta un modello del tutto peculiare, se non unico, nel panorama europeo³⁴, un

dell'Unione europea, Grande sezione, 24 giugno 2019, C-619/18, Commissione europea c. Repubblica di Polonia. Sul collegamento tra giusto processo ed esecuzione delle sentenze nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo v. Corte EDU, 17 maggio 2011, ric. n. 357/07, *Ventorino v. Italia*, punti 24 ss.; Corte EDU, 19 marzo 1997, ric. n. 18357/91, *Hornsby v. Grecia*, punti 40 ss.

²⁸ Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Trasformazioni del sistema di tutela giurisdizionale nelle controversie di diritto pubblico per effetto della giurisprudenza europea*, in «Rivista italiana di diritto pubblico comunitario», 2008, 433 ss.; M.A. SANDULLI, *Diritto europeo e processo amministrativo*, in *Federalismi.it*, n. 20/2007; M.P. CHITI, *L'effettività della tutela giurisdizionale tra riforme nazionali e influenza del diritto comunitario*, in «Diritto processuale amministrativo», 1998, 499 ss. V. inoltre G. MARI, *Giudice amministrativo ed effettività della tutela: l'evoluzione del rapporto tra cognizione e ottemperanza*, Napoli, 2013, 34 ss. Nella dottrina tedesca v. E. SCHMIDT-ASSMANN, *Kohärenz und Konsistenz des Verwaltungsrechtsschutzes*, Tübingen, 2015.

²⁹ Art. 1 c.p.a.: «La giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo».

³⁰ Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Giurisdizione amministrativa e pluralità delle azioni (dalla Costituzione al Codice del processo amministrativo)*, in «Diritto processuale amministrativo», 2012, 472.

³¹ G. CHIOVENDA, *Della azione nascente dal contratto preliminare*, in *Id.*, *Saggi di diritto processuale civile*, Roma, I, 1930, 110.

³² Cfr. CLARICH, *Tipicità delle azioni*, cit., 581; *Id.*, *Giudicato e potere amministrativo*, cit., 18-19.

³³ Cfr. CERULLI IRELLI, *Trasformazioni del sistema di tutela giurisdizionale*, cit., 434. V. anche M. CLARICH – G. URBANO, *L'esecuzione delle sentenze amministrative tra giudizio di ottemperanza e giudizio di cognizione ordinario*, in «Giurisprudenza Italiana», 2014, 1700 ss.

³⁴ In proposito v. A. CARBONE, *Riflessioni sul valore sanzionatorio dell'astreinte e sulla sua applicazione nel processo amministrativo*, in «Il foro amministrativo», 2014, 1297 ss.;

istituto ‘essenziale’ per assicurare l’effettività della tutela giurisdizionale³⁵. Se la sua evoluzione si deve, almeno in parte, a una non infrequente ‘riottosità’ delle Amministrazioni ad ottemperare alle decisioni giudiziali³⁶, non si può trascurare come esso risulti un prezioso strumento per garantire la piena esplicazione dei principi di legalità e dello Stato di diritto. La più recente giurisprudenza dell’Unione europea consente di mettere in luce, in una prospettiva comparata, l’utilità del giudizio di ottemperanza a fronte della ‘crisi di cooperazione’ da parte della Pubblica Amministrazione rispetto a un precedente *decisum* giudiziale³⁷.

CLARICH, *L’effettività della tutela*, cit., 523 ss.

³⁵ Sul collegamento tra giudizio di ottemperanza ed effettività della tutela giurisdizionale v. SANINO, *Il giudizio di ottemperanza*, cit., 33 ss.; MARI, *Giudice amministrativo ed effettività della tutela*, cit., *passim*; M. ANTONIOLI, *Spigolature sul nuovo giudizio di ottemperanza*, in «Diritto processuale amministrativo», 2011, 1297; GALLO, *Ottemperanza*, cit., 824-825; NIGRO, *Il giudicato amministrativo*, cit., 1183. In giurisprudenza, da ultimo, Consiglio di Stato, 22 giugno 2020, n. 4003.

³⁶ In proposito v. A. ROMANO, *Premessa*, in *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa* a cura di A. Romano, Padova, 1992, pp. XXV-XXVI. Cfr. anche G. VERDE, *Osservazioni sul giudizio di ottemperanza alle sentenze del giudice amministrativo*, in «Rivista di diritto processuale», 1980, 647 ss., il quale sottolinea che come la prima disciplina legislativa del giudizio di ottemperanza presupponesse «una ben diversa propensione a dare attuazione alle sentenze».

³⁷ La giurisprudenza dell’Unione europea tenda a promuovere, sulla base del principio di effettività della tutela giurisdizionale, rimedi giudiziali che tendono a replicare le dinamiche del giudizio di ottemperanza. Si veda in proposito Corte di Giustizia dell’Unione Europea, 19 marzo 2020, C-406/18 - PG c. Bevándorlási és Menekültügyi Hivatal, punto 19, in materia di protezione internazionale, ove si statuisce che il diritto a un ricorso effettivo «sarebbe privato di qualsiasi effetto utile se si ammettesse che, dopo la pronuncia di una sentenza con la quale il giudice di primo grado ha proceduto, conformemente a tale disposizione, a una valutazione completa ed ex nunc delle esigenze di protezione internazionale del richiedente in forza della direttiva 2011/95, l’organo succitato potesse adottare una decisione contrastante con tale valutazione o potesse lasciar trascorrere un lasso di tempo considerevole, tale da aumentare il rischio che sopravvengano elementi che richiedano una nuova valutazione aggiornata». Di conseguenza, «se una decisione giurisdizionale in cui il giudice ha proceduto ad un esame completo ed ex nunc delle esigenze di protezione internazionale dell’interessato, in esito al quale esso ha dichiarato che una siffatta protezione doveva essergli concessa, è contraddetta dalla successiva decisione dell’autorità amministrativa competente, detto giudice deve, qualora il diritto nazionale non gli conferisca alcun mezzo che gli consenta di far rispettare la sua sentenza, riformare tale decisione dell’autorità amministrativa e sostituire ad essa la propria decisione, disapplicando, se del caso, la normativa nazionale che glielo vieti (v., in tal senso, sentenza del 29 luglio 2019, *Torubarov*, C556/17, EU:C:2019:626, punti 68, 72 e 77)». Cfr. inoltre la recente sentenza della Corte di Giustizia dell’Unione europea, Grande sezione, 10 dicembre 2019, C-752/18, *Deutsche Umwelthilfe eV c. Freistaat Bayern*, in merito al persistente rifiuto da parte di un’autorità nazionale di conformarsi ad una decisione giudiziaria che gli

La progressiva estensione, per via normativa e giurisprudenziale³⁸, dei provvedimenti giudiziali sottoponibili a tale giudizio, può correlarsi a una sempre più ampia protezione del cittadino³⁹ e, viceversa, a un sempre più completo assoggettamento dell'Amministrazione al diritto e al controllo giurisdizionale⁴⁰, il quale si realizza fino alla (eccezionale)⁴¹ sostituzione del giudice agli apparati amministrativi nella adozione delle misure idonee a dare esecuzione al giudicato.

In questo quadro, l'ottemperanza di chiarimenti, mediante una innovativa forma di 'collaborazione', pur in senso lato, tra l'Amministrazione e il giudice amministrativo tende a rafforzare l'effettività della tutela giurisdizionale⁴² della parte vittoriosa nel giudizio di cognizione.

Netta è dunque la distanza da un modello di ottemperanza esclusivamente incentrato sulla coattiva esecuzione di una sentenza a fronte di un inadempimento dell'Amministrazione, fino alla sostituzione di quest'ultima da parte di un giudice che, direttamente o indirettamente, 'si fa amministratore'⁴³.

impone di rispettare un obbligo chiaro, preciso e incondizionato derivante dal diritto UE.

³⁸ Cfr. NIGRO, *Il giudicato amministrativo*, cit., 1159-1160; PIGA, *Giudizio di ottemperanza*, cit., 243, che sottolinea il ruolo di "magistratura creatrice" assunto dal Consiglio di Stato con riferimento al giudizio di ottemperanza. V. anche CLARICH, *L'effettività della tutela*, cit., 531 ss.

³⁹ In questa prospettiva v. Corte di Cassazione, ss. uu., 28 gennaio 2011, n. 2065, con nota di P. QUINTO, *Le Sezioni Unite: la «giurisdizionalità» del ricorso straordinario e l'azionabilità del giudizio di ottemperanza*, in «Il foro amministrativo CDS», 2011, 1466 ss., ove l'estensione della possibilità di instaurare il giudizio di ottemperanza nei confronti dei decreti decisori sui ricorsi straordinari al Capo dello Stato (e al Presidente della Regione siciliana) viene motivata con l'esigenza di assicurare l'effettività della tutela giurisdizionale, anche alla luce degli artt. 6 e 13 CEDU.

⁴⁰ V. Consiglio di Stato, Ad. Plen., 29 aprile 2005, n. 2; Corte Costituzionale, 15 settembre 1995, n. 435; Corte Costituzionale, 8 settembre 1995, n. 419, con nota di G. MONTEDORO, *L'indipendenza del giudice tra amministrazione e giurisdizione. Brevi note in margine ad un conflitto di attribuzioni fra Consiglio superiore della magistratura e giudice amministrativo in tema di ottemperanza ad ordinanze cautelari*, in «Il foro amministrativo», 1996, 19 ss. In dottrina cfr. CERULLI IRELLI, *Amministrazione e giurisdizione*, cit., 1846, il quale esamina anche casi eccezionali (e problematici) in cui si deroga alla generale sottoposizione dell'Amministrazione alla giurisdizione (pp. 1842 ss.); NIGRO, *Il giudicato amministrativo*, cit., 1183-1184.

⁴¹ Sull'eccezionalità delle ipotesi di sostituzioni della giurisdizione alla funzione amministrativa v. CAVALLO PERIN, *I limiti ai poteri delle giurisdizioni*, cit., 1006-1007. Cfr. altresì E. CAPACCIOLI, *Per la effettività della giustizia amministrativa*, in ID., *Diritto e processo. Scritti vari di diritto pubblico*, Padova, 1978, 450-451, il quale chiarisce che il sindacato giurisdizionale non equivale alla gestione dell'interesse pubblico.

⁴² Consiglio di Stato, 9 aprile 2018, n. 2141. In dottrina v. MARI, *Giudice amministrativo ed effettività della tutela*, cit., 361.

⁴³ Cfr. MARI, *Il giudice amministratore*, cit., 647 ss.

Sotto questo profilo, l'effettività della tutela giurisdizionale tende a saldarsi con il principio di leale cooperazione tra le parti processuali e tra queste e il giudice. Si tratta di un «*principio generale del diritto processuale*»⁴⁴ che trova diversi punti di emersione nel codice di procedura di civile e nel codice del processo amministrativo: dal dovere delle parti del processo di comportarsi «*con lealtà e probità*»⁴⁵ al dovere di redigere gli atti in maniera chiara e sintetica⁴⁶. Esso sembra fornire altresì una chiave di lettura utile per la ricostruzione della disciplina della c.d. ottemperanza informativa. Quest'ultima, infatti, può collegarsi al principio di correttezza e buona fede, che sovrintende l'intera attività dell'Amministrazione, come soggetto dell'ordinamento generale⁴⁷, e che, in relazione al processo, si esplica nel dovere di leale cooperazione con il giudice⁴⁸, al quale vengono richiesti i chiarimenti necessari per attuare nella maniera più corretta il giudicato o altro provvedimento equiparato.

Secondo un'altra prospettiva, l'introduzione della c.d. ottemperanza di chiarimenti mirerebbe, più che a tutelare le situazioni giuridiche delle parti coinvolte nel giudizio di cognizione, a prevenire o reprimere fenomeni di cattiva amministrazione⁴⁹, in un'ottica che valorizzerebbe il principio di buon andamento dell'azione amministrativa (art. 97 Cost.)⁵⁰.

Sotto questo profilo, non si può trascurare che il privato, a fronte di una inesatta esecuzione del giudicato o del provvedimento equiparato, potrebbe trovare tutela, seppur in via "successiva", mediante l' 'ordinario' giudizio di ottemperanza, nell'ambito del quale il giudice amministrativo, sostituendosi

⁴⁴ Corte di Cassazione, 20 ottobre 2016, n. 21297.

⁴⁵ Art. 88 c.p.c.

⁴⁶ Art. 3, comma 2, c.p.a. In giurisprudenza v. Consiglio di Stato, 16 marzo 2020, n. 1878; Consiglio di Stato, 24 aprile 2019, n. 2651; Corte di Cassazione, 13 aprile 2017, n. 9570.

⁴⁷ A. ROMANO, *Amministrazione, principio di legalità e ordinamenti giuridici*, in «Diritto amministrativo», 1999, 120. In questo volume v. L. LORENZONI, *I principi di diritto comune nell'azione amministrativa tra regole di validità e regole di comportamento*. Sulla correttezza e buona fede come 'specificazione' o 'concretizzazione' del principio di solidarietà, v. S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 2004, 140 ss. In giurisprudenza v. Corte di Cassazione, ss. uu., 28 aprile 2020, n. 8236; Consiglio di Stato, Ad. Plen., 5 maggio 2018, n. 5.

⁴⁸ Cfr. Consiglio di Stato, Ad. Plen., 15 gennaio 2013, n. 2.

⁴⁹ In questa prospettiva v. SQUAZZONI, *La richiesta di chiarimenti nel corso del giudizio di ottemperanza*, cit., il quale però esprime dubbi sull'utilità dell'istituto.

⁵⁰ In proposito vale richiamare la citazione di un deputato americano, in relazione a una proposta di legge sui *declaratory judgments*, riportata da CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, cit., 209: «*Mentre secondo la legge attuale voi dovete prima muovere il passo nell'oscurità e poi far la luce per vedere se siete caduto in una buca, secondo la legge proposta voi prima fate la luce e poi movete il passo*».

all'Amministrazione, potrebbe adottare i provvedimenti necessari alla corretta esecuzione. L'ottemperanza 'informativa' servirebbe, allora, soprattutto alla parte pubblica, la quale, a fronte di incertezze sul contenuto o sugli effetti del provvedimento ottemperando, potrebbe chiedere chiarimenti al giudice amministrativo, conservando però al contempo di scegliere, ove residuino margini di discrezionalità, le modalità di esecuzione. L'ottemperanza di chiarimenti tenderebbe, allora, a conciliare l'esigenza di 'certezza' rispetto alla interpretazione della pronuncia da eseguire con la conservazione del ruolo e della responsabilità dell'Amministrazione, come soggetto istituzionalmente preposto alla cura dell'interesse pubblico.

Non sembra escluso, peraltro, che la prospettiva dell'effettività della tutela giurisdizionale e quella del buon andamento dell'azione amministrativa⁵¹ tendano a confluire in relazione a un istituto la cui portata innovativa si presta a molteplici chiavi di lettura.

3. Configurazione e natura della 'ottemperanza di chiarimenti'

Molto complessa è l'individuazione della natura giuridica della richiesta di chiarimenti.

Muovendo dal generale al particolare, si possono porre le seguenti questioni:

1) se la richiesta di chiarimenti rientri nell'ambito della giurisdizione o costituisca piuttosto una forma di domanda di 'consulenza' al giudice amministrativo;

2) ammesso che si tratti di attività giurisdizionale, se si rientri nell'ambito della giurisdizione contenziosa o in quella volontaria;

3) ammesso che si tratti di giurisdizione contenziosa, se la richiesta di chiarimenti sia inquadrabile nell'ambito del giudizio di ottemperanza, come *species* di quest'ultimo, o se si tratti di un giudizio con caratteristiche del tutto peculiari e autonome.

In ordine alla prima questione, si è già osservato che la richiesta di chiarimenti, ove sia proposta dalle parti, interviene prima che l'Amministrazione abbia riesercitato il potere ed ha lo scopo di consentire il più corretto esercizio della funzione amministrativa, assicurandone l'aderenza

⁵¹ Cfr. CAPACCIOLI, *Per la effettività della giustizia amministrativa*, cit., 462, il quale osserva che nell'ambito del processo amministrativo il controllo giurisdizionale, pur tenendo a tutelare l'interesse legittimo del ricorrente, «produce, simmetricamente, anche l'effetto del ripristino della legalità».

al contenuto del giudicato o del provvedimento equiparato. Sotto questo profilo, potrebbe emergere il dubbio che il giudice dell'ottemperanza eserciti, in questa particolare ipotesi, un'attività non propriamente giurisdizionale, bensì di consulenza.

Si riproporrebbe così, seppur in termini diversi, il dibattito, ormai in buona parte superato, sulla natura giurisdizionale o amministrativa dell'attività posta in essere dal giudice dell'ottemperanza⁵². In termini diversi, perché con riferimento alla richiesta di chiarimenti, il giudice amministrativo sarebbe chiamato a svolgere funzioni non di amministrazione attiva, bensì consultiva.

Consistenti ostacoli di ordine sistematico e costituzionale sembrano, tuttavia, impedire l'accoglimento della tesi in esame.

In primo luogo, si può osservare che la Costituzione riserva l'attività di consulenza giuridico-amministrativa al Consiglio di Stato⁵³ e che essa comunque trova svolgimento mediante sezioni diverse da quelle giurisdizionali.

In secondo luogo, l'assunzione da parte del giudice amministrativo di un ruolo di consulenza verso una delle parti processuali appare in conflitto con il principio di parità delle parti e di terzietà del giudice⁵⁴, anche alla luce dell'art. 6 CEDU che regola il c.d. giusto processo⁵⁵.

Appurato che si tratti di attività giurisdizionale, si deve valutare se si

⁵² In proposito v. B. SASSANI, *Dal controllo del potere all'attuazione del rapporto. Ottemperanza amministrativa e tutela civile esecutiva*, Padova, 1992, 47 ss.; NIGRO, *Sulla natura giuridica del processo*, cit., 261 ss.; E. CANNADA-BARTOLI, *In margine all'efficacia dell'art. 27, n. 4, T.U. sul C.D.S.*, in «Il foro amministrativo», 1960, 454. In giurisprudenza v. Consiglio di Stato, Ad. Plen., 29 gennaio 1980, n. 2; Corte Costituzionale, 12 maggio 1977, n. 75. In epoca antecedente, il dibattito sulla natura amministrativa o giudiziale aveva riguardato la natura della IV Sezione del Consiglio di Stato e delle sue pronunce. Ricostruisce il relativo dibattito, *ex multis*, CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, cit., 27 ss.

⁵³ Art. 100, comma 1, Cost.

⁵⁴ In proposito v. SANINO, *Il giudizio di ottemperanza*, cit., 212, il quale nega che il giudice in sede di c.d. ottemperanza informativa possa assumere un ruolo «di consulenza nei confronti delle parti», poiché «questa [...] prospettiva, assolutamente non prevista dal Codice condurrebbe ad una violazione dei principi di parità delle parti e di divisione tra il potere giudiziario e il potere amministrativo». In senso analogo MARI, *Giudice amministrativo ed effettività della tutela*, cit., 366. Sul principio di imparzialità del giudice v. in questo volume S. TRANQUILLI, *Una rivoluzione che parte dall'effettività della tutela giurisdizionale*, cit.

⁵⁵ Sul cumulo di funzioni consultive e giurisdizionali in capo a un unico organo v. Corte EDU, sentenza, 9 novembre 2006, ric. n. 65411/01, Sacilor Lormines v. France; Corte EDU, sentenza, 6 maggio 2003, ric. nn. 39343/98, 39651/98, 43147/98, 46664/99, Kleyn e altri v. Netherlands; Corte EDU, sentenza, 28 settembre 1995, ric. n. 14570/89, Procola v. Luxembourg, punti 41 ss.

tratta di giurisdizione volontaria o contenziosa⁵⁶. Anche tale questione è stata affrontata e superata in passato con riferimento al giudizio di ottemperanza, che una parte della giurisprudenza amministrativa aveva inquadrato nella giurisdizione volontaria⁵⁷.

Con riferimento alla richiesta di chiarimenti, a favore della ricostruzione in termini di giurisdizione volontaria potrebbe deporre il fatto che essa non presuppone, come si è accennato, l'inadempimento (presunto) da parte dell'Amministrazione, che viene contestato dal privato vittorioso nel giudizio di cognizione, ma tende semmai a prevenire tale inadempimento, mediante l'individuazione delle modalità per ottemperare al giudicato. In questa prospettiva la richiesta di chiarimenti si realizzerebbe *'inter volentes'*, in assenza di un attuale conflitto e di una lite in senso tecnico. In tal senso sembrerebbe altresì militare la difficoltà di individuare, all'esito del giudizio, la parte vittoriosa e quella soccombente, ad esempio al fine della ripartizione delle spese processuali⁵⁸.

Non sembra, tuttavia, che questa sia la prospettiva corretta. La giurisdizione contenziosa può tendere non solo alla risoluzione di una lite attuale, ma anche a prevenire una lite probabile, eliminando profili di incertezza che possono generare conflitti intersoggettivi⁵⁹. La pronuncia di chiarimenti, individuando la corretta interpretazione di una sentenza o di altro provvedimento ottemperando, sembra perciò inquadrabile nella giurisdizione contenziosa. In tal senso depone anche il fatto che le forme procedurali tramite cui si richiede e si decide la richiesta di chiarimenti sono quelle propriamente giurisdizionali, sia con riferimento alla competenza sia con riferimento alla instaurazione del contraddittorio e alle modalità di svolgimento del giudizio. D'altra parte, sembrerebbe lontana dalla prassi una prospettiva che neghi la presenza di un almeno potenziale conflitto di interessi tra la parte vittoriosa nel giudizio di cognizione, che trarrebbe vantaggio da un'interpretazione *'estensiva'* del vincolo conformativo

⁵⁶ In merito a tale distinzione v. S. SATTA, *Giurisdizione (nozioni generali) (ad vocem)*, 1970, 220 ss. Sulle caratteristiche della giurisdizione volontaria, ritenuta non assimilabile alla giurisdizione contenziosa né all'attività amministrativa v. E. FAZZALARI, *Giurisdizione volontaria (dir. proc. civ.) (ad vocem), ibidem*, 330 ss.

⁵⁷ Cfr. NIGRO, *Sulla natura giuridica del processo*, cit., 265 ss.

⁵⁸ Sul punto v. MARI, *Giudice amministrativo ed effettività della tutela*, cit., 364, secondo cui la condanna alle spese «può intervenire [...] solo nel caso in cui il ricorso venga rigettato per l'evidente chiarezza della sentenza (o del provvedimento equiparato) da ottemperare. Mentre, laddove la parte ricorrente ottenga i chiarimenti, non è possibile ottenere il riconoscimento delle spese sostenute per il giudizio attivato, non essendo configurabile una soccombenza».

⁵⁹ BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, cit., 35-36.

scaturente dal giudicato, e la parte pubblica soccombente, la quale può risultare per contro interessata a una interpretazione restrittiva, onde conservare maggiori margini decisionali in sede di riesercizio del potere.

Se si accoglie la tesi per cui la richiesta di chiarimenti al giudice dell'ottemperanza è inquadrabile nell'ambito della giurisdizione amministrativa contenziosa, si pone l'ulteriore questione di carattere sistematico, relativa alla possibilità di considerare la c.d. ottemperanza informativa come una *species*, pur con alcune peculiarità, dell'azione di ottemperanza, o come una forma di tutela diversa e 'autonoma'.

La questione non sembra possa risolversi in astratto o sulla base di argomenti meramente letterali⁶⁰, richiedendo piuttosto un attento esame della disciplina applicabile. Una risposta netta è del resto complicata dalla varietà di azioni e di pronunce che confluiscono nel giudizio di ottemperanza, ciò che rende tuttora complesso l'inquadramento dogmatico di quest'ultimo.

Anticipando l'esito della ricerca, si può ritenere che le deviazioni della disciplina applicabile alla richiesta di chiarimenti rispetto al modello 'generale' dell'ottemperanza siano tali e tante, in punto di legittimazione, oggetto del giudizio, attitudine al giudicato e rimedi esperibili, da far dubitare che il giudizio di chiarimenti costituisca una forma, seppur peculiare, di processo di ottemperanza⁶¹, rispetto al quale l'unico elemento in comune individuabile con certezza sembrerebbe consistere nella competenza, essendo dibattuti anche gli aspetti più strettamente procedimentali (ad esempio con riferimento alle modalità di introduzione del giudizio⁶²).

Rispetto alla natura della c.d. ottemperanza informativa, si fronteggiano in giurisprudenza due orientamenti.

⁶⁰ In giurisprudenza si è evidenziato che l'art. 112, comma 5, c.p.a. «*lungi dall'affermare che è l'azione di ottemperanza ad essere utilizzabile in questi casi - afferma che è il ricorso introduttivo del giudizio di ottemperanza (cioè l'atto processuale) ad essere a tali fini utilizzabile*» (Consiglio di Stato, Ad. Plen., 15 gennaio 2013, n. 2; Consiglio di Stato, 17 dicembre 2012, n. 6468).

⁶¹ In tal senso v. Consiglio di Stato, 30 maggio 2019, n. 3614; Consiglio di Stato, 17 dicembre 2018, n. 7089; Consiglio di Stato, 19 ottobre 2018, n. 5978; Consiglio di Stato, 30 novembre 2015, n. 5409; Consiglio di Stato, Ad. Plen., 15 gennaio 2013, n. 2, seppur in *obiter dictum*. In dottrina v. SANINO, *Il giudizio di ottemperanza*, cit., 211. In senso diverso v. GAFFURI, *Il giudizio d'ottemperanza*, cit., 1013.

⁶² Cfr. Cons. Giust. Amm. Reg. Sicil., 31 dicembre 2019, n. 1100 che per l'ipotesi in cui l'istanza di chiarimenti provenga dal commissario *ad acta* esclude che la stessa vada notificata, ritenendo «*sufficiente che le parti ne abbiano avuto conoscenza mediante la comunicazione d'ufficio della data della camera di consiglio fissata per l'esame della stessa*». Richiede la notificazione del ricorso, in relazione all'ipotesi in cui la richiesta di chiarimenti provenga dalle parti, TAR Lazio, 18 dicembre 2018, n. 12308. In dottrina v. D. GIANNINI, *Il nuovo giudizio di ottemperanza dopo il Codice del processo*, Milano, 2011, 136.

Secondo una prima tesi, la richiesta di chiarimenti si configurerebbe come azione di accertamento, diretta ad individuare l'esatto contenuto della sentenza e/o del provvedimento ad essa equiparato da eseguire⁶³ e in particolare il vincolo da esso nascente e gravante sull'azione amministrativa⁶⁴.

L'orientamento opposto sostiene che si tratti non di azione di accertamento in senso tecnico ma di mero incidente di esecuzione, utilizzabile ogniqualvolta vi sia una situazione di incertezza da dirimere che impedisce la sollecita esecuzione del titolo esecutivo⁶⁵. In questo senso deporrebbe anche una esigenza di coerenza tra l'istanza di chiarimenti proposta dalle parti e quella proposta dal commissario *ad acta*, non potendo quest'ultima qualificarsi come azione in senso proprio⁶⁶.

Sul piano applicativo, le differenti conseguenze dei due orientamenti sembrano potersi cogliere con riferimento alle questioni dell'appellabilità e dell'idoneità al giudicato (sostanziale) delle pronunce emesse in sede di ottemperanza informativa. Ove si qualifichi la domanda come azione di accertamento in senso proprio, la relativa pronuncia giudiziale avrebbe carattere decisorio e potrebbe acquisire efficacia di giudicato; essa sarebbe inoltre appellabile, almeno nell'ipotesi in cui il giudice competente sia un Tribunale Amministrativo Regionale.

Viceversa, la tesi dell'incidente di esecuzione imporrebbe di verificare caso per caso la natura del provvedimento emesso dal giudice dell'ottemperanza, escludendone l'appellabilità e l'attitudine al giudicato nell'ipotesi in cui esso avesse natura meramente esecutiva e ordinatoria⁶⁷.

L'analisi della natura del giudizio di 'ottemperanza di chiarimenti' non sembra possa prescindere da una distinzione che, pur avendo solo parziale riscontro in giurisprudenza⁶⁸, appare necessaria al fine di individuare le

⁶³ Consiglio di Stato, 17 dicembre 2012, n. 6468.

⁶⁴ Consiglio di Stato, 10 luglio 2014, n. 3539.

⁶⁵ Consiglio di Stato, 6 settembre 2017, n. 4232.

⁶⁶ Consiglio di Stato, 22 luglio 2019, n. 5123; Consiglio di Stato, 9 aprile 2018, n. 2141.

⁶⁷ Consiglio di Stato, 19 ottobre 2018, n. 5978.

⁶⁸ La sentenza che più chiaramente ha individuato i profili distintivi delle due ipotesi che si intende delineare sembrerebbe quella del Consiglio di Stato, 17 dicembre 2012, n. 6468. Con tale pronuncia il giudice amministrativo ha inquadrato la richiesta di chiarimenti proveniente dalle parti come azione di accertamento «*volta all'accertamento dell'esatto contenuto della sentenza e/o del provvedimento ad essa equiparato*» ed estranea al giudizio di ottemperanza, in quanto esperita prima che l'Amministrazione possa dirsi inadempiente. Viceversa, la richiesta di chiarimenti proposta dal commissario *ad acta* si inserirebbe nell'ambito del processo di ottemperanza e non sarebbe qualificabile come azione, «*difettando la titolarità di essa riconosciuta ad una 'parte'*», bensì più propriamente come «*istanza*». Nella medesima prospettiva v. Cons. Giust. Amm. Reg. Sicil., 31 dicembre 2019, n. 1100.

caratteristiche dell'istituto in esame e il relativo regime giuridico.

La distinzione che si intende operare riguarda la richiesta di chiarimenti operata dalle parti processuali ai sensi dell'art. 112, comma 5, c.p.a. da un lato, e la richiesta proveniente dal commissario *ad acta ex* art. 114, comma 7, c.p.a., dall'altro.

Nonostante il tenore letterale di quest'ultima disposizione sembri accomunare le due ipotesi⁶⁹, un'analisi sistematica rivela che si tratta di strumenti processuali diversi, in ragione della differente relazione che intercorre tra ciascuno di essi e il giudicato (o il diverso provvedimento della cui ottemperanza si tratta) e, conseguentemente, per il differente contenuto che può assumere la pronuncia giudiziale emessa sulla richiesta di chiarimenti.

La menzionata distinzione, pur trovando autonomo fondamento nella disciplina del processo amministrativo e in particolare nel divieto per il giudice di pronunciare su poteri amministrativi non ancora esercitati, appare in termini più evidenti dal confronto con il Codice di giustizia contabile (d. lgs. 26 agosto 2016, n. 174)⁷⁰. Nell'ambito di quest'ultimo si distingue, in maniera esplicita, tra il giudizio di «*interpretazione del titolo giudiziale*»⁷¹, che può essere promosso dalle parti o dall'Amministrazione interessata, e la fornitura di chiarimenti nell'ambito del giudizio di ottemperanza, relativo ai processi in materia pensionistica o ad istanza di parte che avviene, «*anche su richiesta del commissario*»⁷².

Le tesi giurisprudenziali che ravvisano nella richiesta di chiarimenti un'azione di accertamento o un incidente di esecuzione colgono, rispettivamente, aspetti rilevanti dell'istituto. Tuttavia, la mancata distinzione tra le due ipotesi sopra delineate comporta che le tesi prospettate in giurisprudenza seppur valide per qualche aspetto possano risultare non

⁶⁹ La disposizione menzionata stabilisce quanto segue: «*Nel caso di ricorso ai sensi del comma 5 dell'articolo 112, il giudice fornisce chiarimenti in ordine alle modalità di ottemperanza, anche su richiesta del commissario*».

⁷⁰ Su tale Codice, in generale, v. A. NAPOLI, *Il Codice di giustizia contabile ad un triennio dall'adozione: disposizioni integrative e corretti* (d. lgs. 7 ottobre 2019, n. 114), in «*Studium Iuris*», 2020, 435 ss.; M. CLARICH – F. LUISO – A. TRAVI, *Prime osservazioni sul recente Codice del processo avanti alla Corte dei conti*, in «*Diritto processuale amministrativo*», 2016, 1271 ss.

⁷¹ Art. 211, Codice di giustizia contabile: «*Qualora ai fini della relativa esecuzione sorga questione sull'interpretazione di una decisione della Corte dei conti, le parti, l'amministrazione o l'ente interessato possono promuovere il giudizio d'interpretazione del titolo giudiziale. Il fatto introduttivo si propone davanti al giudice che ha emesso la decisione. Il procedimento è regolato dalle disposizioni che disciplinano il giudizio ad istanza di parte*». Nella disciplina previgente, l'art. 78 del r.d. 12 luglio 1934, n. 1214 (Approvazione del testo unico delle leggi sulla Corte dei conti) stabiliva: «*Spetta alla Corte il giudizio sulle questioni di interpretazione delle sue decisioni*».

⁷² Art. 218, comma 7, del Codice di giustizia contabile.

del tutto condivisibili sotto altri profili. Nel prosieguo della trattazione, pertanto, si cercherà di precisare le caratteristiche distintive delle due ipotesi delineate, individuandone il rispettivo regime giuridico.

3.1. *L'azione per l'interpretazione del provvedimento giudiziale*

La prima ipotesi che si tende a far confluire nella c.d. ottemperanza di chiarimenti è quella prevista dall'art. 112, comma 5, c.p.a., ai sensi del quale il ricorso in ottemperanza «può essere proposto anche al fine di ottenere chiarimenti in ordine alle modalità di ottemperanza».

Tale disposizione deve leggersi insieme all'art. 34, comma 2, c.p.a. che sancisce, come già accennato, il divieto per il giudice amministrativo di pronunciarsi su poteri amministrativi non ancora esercitati.

Il combinato disposto delle norme menzionate può essere interpretato nel modo seguente.

Le parti del giudizio di cognizione⁷³ possono richiedere al giudice dell'ottemperanza chiarimenti sul contenuto, sulla portata e sugli effetti di una sentenza o di altro provvedimento suscettibile di ottemperanza nel processo amministrativo. L'azione è volta ad ottenere l'esatta interpretazione del provvedimento ottemperando e non può ottenere più di questo, a causa del divieto per il giudice amministrativo di sostituirsi all'Amministrazione nella esecuzione, prima che quest'ultima abbia esercitato od omesso di esercitare il potere, quindi prima che essa possa ritenersi inadempiente o meno rispetto al *dictum* giudiziale⁷⁴. In questa prospettiva, la pronuncia emessa in sede di chiarimenti incontra gli stessi limiti del giudicato o del diverso provvedimento 'interpretato'⁷⁵. Come si avrà modo di approfondire più avanti, il contenuto dei chiarimenti non può esorbitare dai limiti oggettivi e cronologici del giudicato né può imporre regole ulteriori a quelle ricavabili dalla pronuncia 'interpretata'.

La richiesta di chiarimenti dovrebbe allora concepirsi come strumento necessariamente alternativo rispetto all'azione 'ordinaria' di ottemperanza;

⁷³ Più avanti (par. 5) si preciserà se la legittimazione alla richiesta di chiarimenti spetti a tutte le parti processuali o solo ad alcune.

⁷⁴ Cfr. Consiglio di Stato, 19 giugno 2013, n. 3342, che dichiara inammissibile la richiesta di chiarimenti diretta «ad ottenere un bene della vita esulante dal titolo formatosi all'esito del giudizio di cognizione». In dottrina v. GIANNINI, *Il nuovo giudizio di ottemperanza*, cit., 135.

⁷⁵ *Contra* GAFFURI, *Il giudizio d'ottemperanza*, cit., 1013, secondo cui è «discutibile l'opinione giurisprudenziale [...] che tende ad escludere la possibilità, per il giudice chiamato a pronunciarsi sulla domanda di chiarimenti, di integrare il precetto stabilito nella decisione da attuare».

sarebbe utilizzabile solo nei casi in cui quest'ultima non è esperibile, e viceversa⁷⁶. L'alternatività tra istanza di chiarimenti e azione di ottemperanza in senso stretto sembra funzionale ad assicurare la ragionevole durata del processo e l'effettività della tutela, impedendo che l'Amministrazione soccombente, scaduti i termini per adempiere, possa ritardare ulteriormente la soddisfazione della pretesa della parte vittoriosa, presentando domanda di chiarimenti al giudice dell'ottemperanza.

In quest'ottica, entrambe le tesi proposte dalla giurisprudenza non sembrano pienamente convincenti.

In primo luogo, sembra che non sia esatta la qualificazione come incidente di esecuzione in quanto il giudizio di esecuzione, ove si identifichi quest'ultimo, nel processo amministrativo, con il giudizio di ottemperanza⁷⁷, presuppone l'inadempimento della parte obbligata⁷⁸. Inadempimento che, tuttavia, non sussiste al momento della richiesta di chiarimenti.

Pur intendendo il concetto di tutela esecutiva in senso ampio, certo non limitato all'esecuzione civilistica, ma neanche al modello, già differenziato, dell'ottemperanza amministrativa⁷⁹, l'assenza di un inadempimento da parte dell'obbligato e, conseguentemente, di un'attività compulsoria o surrogatoria da parte del giudice sembrerebbe precludere l'iscrizione della richiesta di chiarimenti alla tutela esecutiva.

Rispetto alla tesi che qualifica la domanda di chiarimenti come azione di accertamento, il discorso si fa più complesso.

L'azione di accertamento è volta ad ottenere dal giudice una pronuncia che verifichi l'esistenza o l'inesistenza di uno *status*, di una posizione o di

⁷⁶ L'alternatività tra i due strumenti processuali (la richiesta di chiarimenti e l'azione di ottemperanza in senso proprio) emerge in termini piuttosto netti in Consiglio di Stato, 9 luglio 2013, n. 3636, ove in presenza di due ricorsi, l'uno diretto all'ottemperanza di una pronuncia giudiziale, l'altro alla richiesta di chiarimenti sulla stessa, il giudice dichiara inammissibile il primo, negando che l'Amministrazione potesse considerarsi inerte rispetto all'attuazione del giudicato, e procede all'esame nel merito del secondo.

⁷⁷ Cfr. A. PAJNO, *Il giudizio di ottemperanza come processo di esecuzione*, in «Il foro amministrativo», 1987, 1645 ss.

⁷⁸ Sul punto v. SANINO, *Il giudizio di ottemperanza*, cit., 211.

⁷⁹ Nel senso che la tutela esecutiva si esplicita in varie forme, non riconducibili esclusivamente al modello civilistico, v. GIANNINI, *Contenuto e limiti del giudizio di ottemperanza*, cit., 471. Più di recente, ANTONIOLI, *Spigolature sul nuovo giudizio di ottemperanza*, cit., 1299; SASSANI, *Dal controllo del potere all'attuazione del rapporto*, cit., 25-26. Sull'iscrizione del giudizio di ottemperanza alla tutela esecutiva v. R. VILLATA, *Riflessioni in tema di giudizio di ottemperanza ed attività successiva alla sentenza di annullamento*, in «Diritto processuale amministrativo», 1989, 373 ss.; PAJNO, *Il giudizio di ottemperanza*, cit., 1648-1649; VERDE, *Osservazioni sul giudizio di ottemperanza*, cit., 650 ss.

una situazione giuridica o che individui il modo d'essere di un determinato rapporto giuridico⁸⁰.

La richiesta di chiarimenti proposta dalle parti processuali ha ad oggetto, secondo l'impostazione qui proposta, l'interpretazione di una pronuncia giudiziale. Si chiede al giudice di individuare la portata, il contenuto e gli effetti di una sentenza o di altro provvedimento ottemperando. In senso lato, la pronuncia del giudice dell'ottemperanza possiede, pertanto, un contenuto di accertamento, consistente nell'individuazione della 'regola' scaturente dal giudicato o dal provvedimento equiparato; regola alla quale l'amministrazione deve attenersi nella sua azione successiva⁸¹. In questa prospettiva, la richiesta di chiarimenti al giudice dell'ottemperanza non sembrerebbe differire in maniera significativa dall'ipotesi, che la dottrina più autorevole ha inquadrato tra le azioni di accertamento, in cui si chieda al giudice civile di fornire un'interpretazione 'vincolante' su una clausola contrattuale o una disposizione testamentaria dal contenuto incerto⁸².

Si devono, tuttavia, precisare i limiti dell' 'accertamento' contenuto nella pronuncia con cui il giudice amministrativo si pronuncia sulla c.d. ottemperanza informativa.

In sede di chiarimenti, come si è accennato e si avrà modo di approfondire ulteriormente⁸³, il divieto di pronunciare su poteri amministrativi non ancora esercitati comporta che il giudice non possa tener conto di mutamenti di fatto e di diritto sopravvenuti rispetto al momento della pubblicazione della sentenza ottemperanda o di altro provvedimento equiparato. Pertanto, solo indirettamente si ottiene una pronuncia sulla esistenza o inesistenza di una data posizione o situazione giuridica o sul modo d'essere di un rapporto giuridico, ossia solo entro i limiti e nei termini che hanno formato oggetto del giudizio di cognizione e della pronuncia che ne ha sancito l'esito. Inoltre, la necessità di rispettare i limiti cronologici del giudicato (o del diverso provvedimento) 'interpretato' comporta che in sede di chiarimenti il giudice non pronunci sulla sua esistenza o inesistenza attuale di una data posizione o situazione giuridica o sulla configurazione attuale di un determinato rapporto giuridico, ma unicamente in relazione allo stato di diritto e di

⁸⁰ BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, cit., 34.; E. FAZZALARI, *Sentenza civile (ad vocem)*, in Enc. Dir., 1989, 1250; E.F. RICCI, *Accertamento giudiziale (ad vocem)*, in Dig. Disc. Priv., 1987, 16 ss.; CASSETTA, *Osservazioni sull'ammissibilità di decisioni di mero accertamento*, cit., 147.; G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1933, 191.

⁸¹ Cfr. NIGRO, *Il giudicato amministrativo*, cit., 1163.

⁸² Cfr. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, cit., 208-209.

⁸³ Si rinvia al par. 6.

fatto sussistente assunto come punto di riferimento dalla sentenza che forma oggetto dei chiarimenti. In altri termini, il contenuto di accertamento è, di regola, presente nella sentenza che forma oggetto della c.d. ottemperanza informativa, mentre la pronuncia che fornisce i chiarimenti si limita a fornire l'esatta interpretazione della prima.

In questa prospettiva, è possibile comprendere le esitazioni che parte della dottrina e della giurisprudenza manifestano nel qualificare la pronuncia 'informativa' come una sentenza di accertamento in senso proprio⁸⁴.

La distinzione rispetto all'azione di accertamento potrebbe apparire più chiara ove si assuma una concezione sostanziale del giudicato, come atto idoneo a produrre la norma che regola un determinato rapporto giuridico⁸⁵. In questa prospettiva, la richiesta di chiarimenti tenderebbe a individuare il contenuto di tale norma, mediante una pronuncia interpretativa. Non si avrebbe invece l'applicazione di tale norma al caso concreto, la quale, in forza del divieto di pronunciarsi su poteri amministrativi non esercitati, sarebbe riservata all'Amministrazione, salva la possibilità di reagire, in via successiva, contro l'erronea od omessa applicazione mediante l'azione di ottemperanza (la quale poi consente al giudice di sostituirsi all'Amministrazione). In quest'ottica, la pronuncia emessa in sede di chiarimenti sarebbe assimilabile alla sentenza con cui la Corte di Cassazione a sezioni unite o l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, nell'esercizio della funzione nomofilattica, stabiliscono la corretta interpretazione di una norma, ma ne rimettono l'applicazione concreta, rispettivamente, al giudice di merito e alla sezione semplice del Consiglio di Stato⁸⁶.

Questa prospettiva sembrerebbe allontanare la pronuncia sui chiarimenti dal modello della sentenza di accertamento. Si riconosce infatti generalmente che una pronuncia che abbia ad oggetto esclusivamente l'esistenza o l'interpretazione di una norma giuridica non è considerata una sentenza

⁸⁴ Cfr. VOLPE, *L'ottemperanza "di chiarimento"*, cit., secondo cui la richiesta di chiarimenti «non avrebbe ad oggetto l'esistenza o l'inesistenza di un fatto (giurisdizione di tipo obiettivo) ovvero l'esistenza o l'inesistenza di una situazione giuridica soggettiva (giurisdizione di tipo soggettivo), ma avrebbe ad oggetto un giudizio valutativo: quello inerente al modo più corretto di interpretare una precedente pronuncia giurisdizionale». Pertanto, continua l'autore «non si capisce come possa costituire oggetto di accertamento una valutazione (sia pure condotta secondo parametri giuridici) anziché un fatto ovvero la titolarità di una situazione giuridica soggettiva».

⁸⁵ In ordine all'alternativa tra interpretazione sostanziale e processuale dell'efficacia del giudicato v. F. BENVENUTI, *Giudicato (dir. amm) (ad vocem)*, in Enc. Dir., 1969, 897 ss.

⁸⁶ Sulla funzione nomofilattica nel diritto processuale amministrativo v. A. CARBONE, *La funzione nomofilattica dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato*, in *Diritto e processo amministrativo. Giornate di studio in onore di Enrico Follieri*, a cura di V. Fanti, Napoli, 2019, 721 ss.

di accertamento in senso proprio, poiché non ha ad oggetto diritti o altre situazioni giuridiche soggettive⁸⁷.

Ove si neghi che la richiesta di chiarimenti proposta dalle parti si configuri come azione di accertamento in senso proprio, resterebbe il problema di definire in termini 'positivi' l'azione in esame.

In proposito, per quanto si tratti di una soluzione che lasci a desiderare dal punto di vista dell'attuale sistematica del diritto processuale, la definizione più aderente all'indubbia peculiarità dell'oggetto del giudizio e della pronuncia che ne costituisce esito potrebbe essere quella di azione di interpretazione di un provvedimento giudiziale, secondo una terminologia che ricalca quella utilizzata nel Codice di giustizia contabile⁸⁸.

3.2. *La richiesta di chiarimenti da parte del commissario ad acta*

La richiesta di chiarimenti da parte del commissario *ad acta* presenta caratteristiche diverse dall'ipotesi, esaminata nel paragrafo precedente, in cui il ricorso sia proposto dalle parti del giudizio di cognizione⁸⁹.

La differenza, dalla quale discende una diversa configurazione dell'istituto e l'applicazione di una diversa disciplina, dipende dal fatto che l'intervento del commissario *ad acta* presuppone che l'Amministrazione sia inadempiente rispetto al giudicato o al provvedimento equiparato⁹⁰. Il potere, pertanto, è stato (ri)esercitato male o non è stato esercitato; in entrambe le ipotesi, l'inesatta esecuzione della pronuncia ottemperanda comporta che il giudice amministrativo, eventualmente mediante il commissario *ad acta*, possa provvedere in luogo dell'Amministrazione esercitando il potere sostitutivo o 'surrogatorio' proprio del giudizio di ottemperanza⁹¹, come tipo di

⁸⁷ BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, cit., 36.

⁸⁸ V. il già menzionato art. 211 del Codice di giustizia contabile.

⁸⁹ La distinzione è colta, seppur nell'ambito di una prospettiva differente da quella assunta nel presente scritto, da GAFFURI, *Il giudizio d'ottemperanza*, cit., 1015-1016.

⁹⁰ Ciò vale sia nell'ipotesi in cui il commissario *ad acta* sia nominato dal giudice dell'ottemperanza (art. 114, comma 4, lett. d), c.p.a.), sia nel caso che la nomina avvenga in sede di cognizione (art. 34, comma 1, lett. e, c.p.a.). In entrambe le ipotesi, l'intervento del commissario *ad acta* è subordinato alla scadenza del termine per provvedere assegnato all'Amministrazione o all'inadempimento di quest'ultima rispetto ai vincoli nascenti dal giudicato (o dal diverso provvedimento ottemperando).

⁹¹ Cfr. SASSANI, *Dal controllo del potere all'attuazione del rapporto*, cit., 41. Sulle criticità della "sostituzione" ogniqualvolta sia richiesto l'esercizio di poteri discrezionali v. A. TRAVI, *Il giudizio di ottemperanza ed il termine per l'esecuzione del giudicato*, in «Giornale di diritto amministrativo», 1995, 976 ss.

giurisdizione di merito.

Non sembra, quindi, che abbiano ragione di sussistere i limiti al contenuto dei chiarimenti che si sono fissati in precedenza, ossia per l'ipotesi che il ricorso fosse proposto dalle parti processuali. In particolare, il commissario *ad acta*, quale ausiliario del giudice⁹², può sottoporre a quest'ultimo non solo questioni attinenti alla stretta interpretazione del giudicato o del diverso provvedimento ottemperando, ma anche questioni discendenti da elementi di fatto o di diritto sopravvenuti e, più in generale, ogni questione la cui risoluzione sia necessaria per la corretta riedizione del potere in aderenza a quanto stabilito dall'art. 114, comma 6., prima frase, c.p.a.⁹³.

In quest'ottica, appare corretta, per la ipotesi attualmente esaminata, la tesi giurisprudenziale che qualifica la richiesta di chiarimenti da parte del commissario *ad acta* come incidente di esecuzione⁹⁴. Appare altresì fondato il confronto, pure individuato da una parte dalla giurisprudenza, con l'art. 613 c.p.c., che in tema di esecuzione di obblighi di fare o non fare fungibili, consente all'ufficiale giudiziario di chiedere al giudice dell'esecuzione le opportune disposizioni per eliminare le difficoltà che sorgono nel corso dell'esecuzione⁹⁵.

Si deve però notare che se l'art. 613 c.p.c. è generalmente interpretato nel senso che il giudice dell'esecuzione può rimuovere gli ostacoli di ordine materiale all'esecuzione, la richiesta di chiarimenti da parte del commissario *ad acta* può avere un contenuto più ampio, coprendo, come si è osservato, la risoluzione di ogni questione necessaria alla corretta riedizione del potere. La diversità di significato nei due processi può forse spiegarsi in ragione della peculiarità del giudicato amministrativo rispetto a quello civile e in particolare al fatto che il primo, più o più spesso rispetto al secondo, risulta, soprattutto a fronte di interessi pretensivi, non pienamente satisfattivo dell'interesse del ricorrente e ha la funzione di orientare l'attività amministrativa successiva, il cui esercizio è necessario per l'attribuzione del bene della vita al privato⁹⁶.

Le problematiche che si pongono con riferimento alla richiesta di chiarimenti non appaiono pertanto identiche a quelle cui dà

⁹² Cfr. PAJNO, *Il giudizio di ottemperanza*, cit., 1651-1653,

⁹³ Ai sensi della menzionata disposizione «il giudice conosce di tutte le questioni relative all'ottemperanza, nonché, tra le parti nei cui confronti si è formato il giudicato, di quelle inerenti agli atti del commissario ad acta»

⁹⁴ In senso diverso MARI, *Giudice amministrativo ed effettività della tutela*, cit., 363.

⁹⁵ Cfr. Corte di Cassazione, 10 ottobre 2013, n. 15176; Corte di Cassazione, 10 dicembre 1991, n. 13287.

⁹⁶ Sul punto si rinvia al par. 6 del presente scritto.

luogo l'applicazione dell'art. 613 c.p.c., sebbene tale disposizione sia occasionalmente richiamata dalla giurisprudenza per suffragare determinate interpretazioni (ad es. in punto di non appellabilità delle pronunce emesse in sede di chiarimenti).

4. *Le pronunce che possono formare oggetto della richiesta di chiarimenti*

Rispetto all'individuazione delle pronunce che possono formare oggetto della richiesta di chiarimenti, il Codice del processo amministrativo non individua specifiche esclusioni, stabilendo che il ricorso *ex art.* 112, comma 5, c.p.a. può essere utilizzato per ottenere chiarimenti in ordine alle modalità di ottemperanza. L'ambito oggettivo della c.d. ottemperanza informativa sembrerebbe dunque coincidere con l'insieme dei provvedimenti che possono formare oggetto del giudizio amministrativo di ottemperanza in senso proprio⁹⁷. È opportuno, tuttavia, esaminare nel dettaglio le varie ipotesi.

In primo luogo, la richiesta di chiarimenti può ritenersi consentita per le sentenze, sia passate in giudicato che esecutive, del giudice amministrativo.

L'ipotesi più comune è che la richiesta di chiarimenti abbia ad oggetto una pronuncia di annullamento e, in particolare, sebbene non esclusivamente⁹⁸, l'individuazione dell'effetto conformativo sulla successiva azione amministrativa. Può risultare complesso, infatti, accertare la portata di tale effetto, il quale può definirsi solo sulla base di un attento esame del dispositivo e della motivazione della sentenza⁹⁹, onde determinare se e in quale misura l'Amministrazione goda di (residui) margini di discrezionalità in relazione alla vicenda concreta.

Non si può però escludere che la richiesta di chiarimenti abbia ad oggetto una sentenza di nullità, dalla quale pure si ritiene ricavabile, almeno

⁹⁷ In merito all'ambito oggettivo di applicazione del giudizio di ottemperanza, ossia in ordine alle sentenze e agli altri provvedimenti per l'esecuzione dei quali può instaurarsi tale giudizio v. SANINO, *Il giudizio di ottemperanza*, cit., 62 ss.; DELLE DONNE, *L'esecuzione: il giudizio di ottemperanza*, cit., 1245 ss.

⁹⁸ Non si può infatti escludere che sussista incertezza in ordine all'esatta portata dell'effetto ripristinatorio. In proposito v. NIGRO, *Il giudicato amministrativo*, cit., 1168-1169.

⁹⁹ Cfr. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, cit., 146 ss.; NIGRO, *Il giudicato amministrativo*, cit., 1166. Sugli aspetti della motivazione rilevanti per l'individuazione delle regole per l'azione futura dell'Amministrazione v. GALLO, *Ottemperanza*, cit., 819; F. SATTA, *Brevi note sul giudicato amministrativo*, in «Diritto processuale amministrativo», 2007, 321 ss. Cfr. altresì F. FRANCIOSI, *La sentenza: tipologia e ottemperanza nel processo amministrativo*, in «Diritto processuale amministrativo», 2016, 1028 ss.

in certi casi, un effetto conformativo dell'azione amministrativa. Del pari, può ben accadere che i chiarimenti siano chiesti in ordine a una sentenza pronunciata su ricorso avverso il silenzio, particolarmente quando alla relativa azione si accompagni un'azione di adempimento. Anche in tal caso può risultare incerta la portata del 'vincolo' gravante sull'Amministrazione rispetto al giudicato e, per converso, i margini di discrezionalità che alla stessa residuano in relazione all'istanza del privato.

Discussa è l'ammissibilità di una richiesta di chiarimenti rispetto a una pronuncia di rigetto di un'azione di annullamento. Una parte della giurisprudenza propende per la soluzione negativa, sul presupposto che si tratti di sentenze 'autoesecutive', rispetto alle quali non si porrebbe un problema di ottemperanza¹⁰⁰. Secondo altra tesi, non sarebbe possibile stabilire una preclusione di carattere generale, poiché anche le sentenze di rigetto potrebbero richiedere un'attività di adeguamento all'interpretazione della legge recata dal giudicato¹⁰¹.

L'orientamento più 'permissivo' appare preferibile, ove si tenga conto che le sentenze di rigetto possiedono un contenuto di accertamento (c.d. negativo)¹⁰², al quale, in relazione alle controversie contro la Pubblica Amministrazione, si ricollega un effetto conformativo dell'azione amministrativa, che consiste, perlomeno, nell'impedire all'Amministrazione di annullare d'ufficio il provvedimento per i vizi ritenuti insussistenti dal giudice amministrativo¹⁰³. Risulta peraltro dibattuto se il giudicato di rigetto non si estenda al punto da precludere, secondo il principio del dedotto e del deducibile, l'esame di legittimità del provvedimento, eventualmente in sede di autotutela, anche sotto profili non esaminati dal giudice amministrativo¹⁰⁴. Anche prescindendo da tale soluzione, che si ricollega strettamente all'individuazione dell'oggetto del giudizio amministrativo¹⁰⁵,

¹⁰⁰ TAR Liguria, 22 ottobre 2015, n. 835; Consiglio di Stato, 7 settembre 2015, n. 4141.

¹⁰¹ TAR Lazio, 2 luglio 2018, n. 7325.

¹⁰² Cfr. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, cit., 35.

¹⁰³ In tal senso NIGRO, *Il giudicato amministrativo*, cit., 1192; CAPACCIOLI, *Per la effettività della giustizia amministrativa*, cit., 469-470. Una opinione diversa fu espressa, per i rapporti "bilateri", ossia che non coinvolgono controinteressati, da S. LESSONA, *Giudicato di legittimità dell'atto amministrativo e potere di autoimpugnativa*, in «Il foro italiano», 1949, III, 172 ss.

¹⁰⁴ Su tale questione v. CERULLI IRELLI, *Trasformazioni del sistema di tutela giurisdizionale*, cit., 461; A: TRAVI, *Il giudicato amministrativo*, in «Diritto processuale amministrativo», 2006, 929-931. In senso positivo si è espresso, in relazione ai rapporti "trilateri", LESSONA, *ibidem*, ritenendo applicabile il principio del dedotto e deducibile.

¹⁰⁵ Cfr. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, cit., 45 ss. e 124 ss. Per la tesi tradizionale che esclude che l'oggetto del processo amministrativo consista nel rapporto giuridico

è opinione autorevole che anche le sentenze di rigetto presentino un contenuto di accertamento del (corretto) modo di esercizio del potere e non possano ritenersi escluse dall'ambito del giudicato e della sua esecuzione¹⁰⁶.

In questa prospettiva, non si potrebbe forse neanche escludere che la richiesta di chiarimenti abbia ad oggetto una sentenza di rito, almeno nell'ipotesi in cui quest'ultima accerti l'insussistenza di una delle condizioni dell'azione (ad es. escludendo che il ricorrente sia titolare di una situazione giuridica protetta) e possieda pertanto un contenuto 'sostanziale'¹⁰⁷.

La c.d. ottemperanza informativa può riguardare anche le sentenze di accertamento o di condanna emesse dal giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva; sentenze che, ove abbiano ad oggetto diritti soggettivi, si tende ad assimilare a quelle civili sotto il profilo del contenuto, dell'efficacia e dell'attitudine al giudicato¹⁰⁸.

La giurisprudenza ritiene inoltre ammissibile la richiesta di chiarimenti nei confronti dei provvedimenti cautelari del giudice amministrativo, in virtù dell'art. 59 c.p.a., che, in relazione alle misure cautelari disposte dal giudice di primo grado, attribuisce al Tribunale Amministrativo Regionale «i poteri inerenti al giudizio di ottemperanza»¹⁰⁹.

Non sembra che si sia posta in giurisprudenza la questione se sia possibile richiedere chiarimenti con riferimento a sentenze del giudice civile passate in giudicato e pronunciate nei confronti della Pubblica Amministrazione. Il sistema dualistico della tutela giurisdizionale nei confronti della Pubblica Amministrazione induce a considerare con cautela la possibilità che il giudice amministrativo chiarisca il contenuto di una sentenza del giudice ordinario¹¹⁰. Potrebbe però ritenersi che sia la stessa previsione del giudizio di ottemperanza rispetto alle sentenze civili passate in giudicato a implicare che tale forma di 'interferenza' tra ordini giurisdizionali possa avvenire,

tra Amministrazione e cittadino v., per tutti, BENVENUTI, *Giudicato*, cit., 897. Da ultimo, v. A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo*, I, Torino, 2020

¹⁰⁶ Cfr. NIGRO, *Il giudicato amministrativo*, cit., 1164. *Contra* Consiglio di Stato, 22 giugno 2020, n. 4003.

¹⁰⁷ Sulle sentenze di rito 'con contenuto sostanziale' v. SANINO, *Il giudizio di ottemperanza*, cit., 65-66; sulle sentenze 'apparentemente processuali' v. F. FRANCIANO, *Sentenze di diritto e giudizio di ottemperanza*, in «Diritto processuale amministrativo», 2007, 52 ss.

¹⁰⁸ Cfr. TRAVI, *Il giudicato amministrativo*, cit., 928-929.

¹⁰⁹ Cfr. TAR Sardegna, 2 dicembre 2019, n. 860. Sull'ottemperanza 'cautelare' v. F. CINTIOLI, *Ottemperanza e prospettive del rito cautelare*, in «Il foro amministrativo TAR», 2011, 1123 ss.

¹¹⁰ Sul punto v. SQUAZZONI, *La richiesta di chiarimenti nel corso del giudizio di ottemperanza*, cit.; GIANNINI, *Il nuovo giudizio di ottemperanza*, cit., 136; VOLPE, *L'ottemperanza "di chiarimento"*, cit.

essendo logico che in sede di ottemperanza e nel valutare l'eventuale inadempimento dell'Amministrazione, il giudice amministrativo 'interpreti' la sentenza civile, onde stabilire il vincolo derivante da quest'ultima¹¹¹.

Considerazioni analoghe sembra possano valere per in merito all'ammissibilità dell'ottemperanza informativa rispetto ai decreti decisori pronunciati in esito al ricorso straordinario al Capo dello Stato. Rispetto a tale ipotesi, i dubbi scaturiscono dal fatto che il giudice amministrativo sarebbe chiamato a chiarire la portata, il contenuto e gli effetti di un atto almeno formalmente amministrativo. La questione si interseca con il tema, ampiamente dibattuto, della natura amministrativa o giurisdizionale del ricorso straordinario al Capo dello Stato¹¹². Prescindendo dall'esame *funditus* di tale questione, che richiederebbe un apposito approfondimento, si può rilevare come la giurisprudenza riconosca ormai pacificamente l'ammissibilità dell'azione di ottemperanza nei confronti delle decisioni sul ricorso straordinario¹¹³. Poiché il giudizio di ottemperanza implica necessariamente un'attività di interpretazione del provvedimento da eseguire, sembra che *a fortiori* possa ritenersi ammissibile la richiesta di chiarimenti.

Le considerazioni proposte appaiono estensibili anche all'ipotesi di esecuzione di lodi arbitrali esecutivi e inoppugnabili.

Alla luce della disamina svolta, non appare possibile restringere la possibilità di richiedere i chiarimenti solo a determinate tipologie di sentenze o provvedimenti, sempre che essi rientrino nel novero di quelli per i quali è esperibile il giudizio di ottemperanza¹¹⁴. Una valutazione sull'ammissibilità della richiesta potrà (e dovrà) operarsi in concreto, in particolare in relazione alle condizioni di legittimazione e interesse a ricorrere, su cui ci si sofferma nel prossimo paragrafo.

¹¹¹ Cfr. NIGRO, *Sulla natura giuridica del processo*, cit., 278, il quale osserva che «il potere di surrogarsi all'Amministrazione nel far quello che essa avrebbe dovuto fare [...] intanto può essere esercitato in quanto si stabilisca, anzitutto, che cosa avrebbe dovuto fare l'Amministrazione».

¹¹² V. Corte Costituzionale, 9 febbraio 2018, n. 24, con nota di F.G. SCOCA, *Decisione del ricorso straordinario e giudicato*, in «Giurisprudenza costituzionale», 2018, 247B ss.; Corte Costituzionale, 2 aprile 2014, n. 73, con nota di F.G. SCOCA, *La Corte Costituzionale e il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, in «Giurisprudenza costituzionale», 2014, 1476D ss. In dottrina v. A. CARBONE, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica come rimedio alternativo alla giurisdizione*, in «Diritto processuale amministrativo», 2015, 54 ss.

¹¹³ *Ex plurimis*, v. Consiglio di Stato, Ad. Plen., 5 giugno 2012, n. 18; Corte di Cassazione, ss. uu., 28 gennaio 2011, n. 2065. Sulla relativa evoluzione giurisprudenziale v. BUONAURO, *Il giudizio di ottemperanza*, cit., 50 ss.; SANINO, *Il giudizio di ottemperanza*, cit., 76 ss.

¹¹⁴ In tal senso MARI, *Giudice amministrativo ed effettività della tutela*, cit., 366; *contra* GAFFURI, *Il giudizio d'ottemperanza*, cit., 1014.

5. Legittimazione attiva alla richiesta di chiarimenti

Dibattuta in giurisprudenza è la questione relativa alla individuazione dei soggetti abilitati a richiedere i chiarimenti al giudice dell'ottemperanza. Il Codice stabilisce che il ricorso *ex art. 112* può essere richiesto anche al fine di ottenere chiarimenti sulle modalità di ottemperanza, senza specificare quale parte sia legittimata a proporlo¹¹⁵. Si estende inoltre espressamente la legittimazione al commissario *ad acta*, qualora esso sia stato nominato¹¹⁶.

Pur in assenza di espresse preclusioni, una parte della giurisprudenza ha negato la legittimazione della parte privata a presentare richiesta di chiarimenti. Secondo tale orientamento, la richiesta di chiarimenti sarebbe riservata alla Pubblica Amministrazione soccombente nel giudizio di cognizione o al commissario *ad acta*, quale ausiliario del giudice; dunque, ai soggetti cui spetta eseguire la sentenza ottemperanda. La parte privata vittoriosa in sede di cognizione sarebbe legittimata esclusivamente ad agire per l'ottemperanza della sentenza ogniqualvolta l'Amministrazione soccombente non vi provveda¹¹⁷.

Secondo altra tesi, anche la parte vittoriosa, che si tratti della Pubblica Amministrazione o di un privato, potrebbe presentare istanza di chiarimenti¹¹⁸. Tale orientamento poggia sull'assenza di una preclusione esplicita e sulla circostanza che nella prassi sono spesso i vincitori in sede di cognizione ad attivare la procedura di chiarimenti anticipati¹¹⁹.

Prima di affrontare la questione in esame, sembra si possa fissare un punto fermo. La legittimazione alla richiesta di chiarimenti si pone in termini diversi rispetto alla legittimazione al ricorso di ottemperanza¹²⁰. Questa è ordinariamente riconosciuta alla parte vittoriosa nel giudizio di cognizione, alla parte cioè che ha diritto ed interesse alla esecuzione del giudicato (o di altro provvedimento ottemperando), beninteso entro i limiti oggettivi di quest'ultimo¹²¹. Non è peraltro escluso che sia

¹¹⁵ Art. 112, comma 5, c.p.a.

¹¹⁶ Art. 114, comma 7, c.p.a.

¹¹⁷ Consiglio di Stato, 17 dicembre 2018, n. 7089; Consiglio di Stato, 19 giugno 2013, n. 3342.

¹¹⁸ TAR Lazio, 2 luglio 2018, n. 7325.

¹¹⁹ Consiglio di Stato, 22 luglio 2019, n. 5123; Consiglio di Stato, 9 aprile 2018, n. 2141.

¹²⁰ Tale differenza è spesso sottolineata in giurisprudenza per escludere che la richiesta di chiarimenti si configuri come azione di ottemperanza. *Ex multis*, v. Consiglio di Stato, 30 novembre 2015, n. 5409; Consiglio di Stato, Ad. Plen., 15 gennaio 2013, n. 2; Consiglio di Stato, 17 dicembre 2012, n. 6468.

¹²¹ Cfr. GALLO, *Ottemperanza*, cit., 821 ss. e 831. Nel senso che la parte vittoriosa sia titolare

l'Amministrazione, ad esempio in caso di soccombenza parziale, ad attivare il giudizio di ottemperanza¹²².

Viceversa, in relazione alla richiesta di chiarimenti, il problema della legittimazione si pone in termini per così dire inversi: è pacificamente riconosciuta all'Amministrazione soccombente nel giudizio di cognizione, mentre è discusso se la stessa spetti al privato vittorioso nello stesso giudizio.

La questione sembra dover essere affrontata sulla base dei principi costituzionali e istituzionali che reggono il diritto d'azione¹²³.

Il diritto d'azione per la tutela di diritti soggettivi e interessi legittimi è costituzionalmente protetto (Artt. 24, 103, 113 Cost.) e costituisce componente essenziale del principio del giusto processo (art. 111 Cost.), come riconosciuto dalle già menzionate fonti europee e internazionali. Esso rappresenta il termine di raccordo tra diritto sostanziale e processuale, assicurando l'accesso alla tutela giurisdizionale a chiunque sia titolare di una situazione giuridica protetta¹²⁴; beninteso, nei limiti e secondo le forme e gli strumenti assicurati dall'ordinamento, sempreché essi non rendano impossibile o eccessivamente difficile all'interessato la tutela della propria situazione soggettiva¹²⁵.

La dottrina ha rilevato come il fondamento del diritto di agire per una situazione protetta si trovi già nelle disposizioni costituzionali e prescinde pertanto da un espresso riconoscimento legislativo¹²⁶. Si è altresì ritenuto che una limitazione del diritto di agire per la tutela di una propria situazione giuridica protetta configga in linea di principio con i menzionati parametri

“di un vero e proprio diritto all'adempimento correlato a un obbligo dell'amministrazione”, v. VERDE, *Osservazioni sul giudizio di ottemperanza*, cit., 666. Cfr. anche SASSANI, *Dal controllo del potere all'attuazione del rapporto*, cit., 82. In giurisprudenza v. Consiglio di Stato, Ad. Plen., 12 maggio 2017, n. 2.

¹²² Consiglio di Stato, 6 luglio 2010, n. 4290. Sul punto v. SANINO, *Il giudizio di ottemperanza*, cit., 131.

¹²³ L'economia del presente contributo non consente di esaminare esaustivamente il concetto di legittimazione ad agire, il quale, con specifico riferimento al processo amministrativo, è sottoposto di recente a revisioni e ripensamenti, alla luce delle tensioni provenienti dal diritto dell'Unione europea e dalla CEDU, nonché, sul piano nazionale, alla previsione di forme di legittimazione “oggettiva” che sollevano notevoli difficoltà di inquadramento a livello dogmatico. Cfr. per tutti V. CERULLI IRELLI, *Legittimazione “oggettiva” e legittimazione “oggettiva” ad agire nel processo amministrativo*, in «Diritto processuale amministrativo», 2014, 341 ss.

¹²⁴ Cfr. PAGNI, *La giurisdizione tra effettività ed efficienza*, cit., 89 ss.

¹²⁵ Cfr. G. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Bari, 2012, 6 ss. In giurisprudenza v. Corte Costituzionale, 30 aprile 2015, n. 71.

¹²⁶ Cfr. ROMANO, *I soggetti e le situazioni giuridiche*, cit., 233.

costituzionali¹²⁷, sopranazionali e internazionali. In ogni caso, una siffatta limitazione dovrebbe trovare fondamento in una disposizione legislativa espressa, la cui legittimità sul piano costituzionale dovrebbe poi valutarsi, sulla base del principio di ragionevolezza, nel bilanciamento con interessi contrapposti o sulla base di ragioni oggettive correlate alla «*impossibilità materiale di attingere un determinato risultato*»¹²⁸.

Sotto altro profilo, è proprio il principio di effettività della tutela giurisdizionale a richiedere la ‘massima strumentalità’ del processo al diritto sostanziale e dunque a consentire all’interessato l’esercizio di ogni strumento di tutela, ancorché non espressamente previsto e atipico¹²⁹.

Sulla base di tali principi si deve esaminare la questione della legittimazione soggettiva alla richiesta di chiarimenti.

Il Codice del processo amministrativo, contemplando in generale l’esperibilità di tale strumento processuale, non esclude espressamente il diritto d’azione della parte privata. In assenza di una tale disposizione, appare ragionevole ritenere che il diritto d’azione possa essere esercitato secondo i principi processuali generali. Né sembra possibile disconoscere in capo alla parte privata un interesse giuridicamente protetto a richiedere chiarimenti sul contenuto di una sentenza emessa anche nei suoi confronti, avvalendosi degli strumenti a tal fine predisposti dall’ordinamento. La preclusione, pertanto, potrebbe apparire in conflitto, da un lato, con il principio di effettività della tutela giurisdizionale, di cui l’istituto dei chiarimenti costituisce attuazione¹³⁰, dall’altro con il principio di parità delle parti, quale componente del ‘giusto processo’ (art. 111 Cost.)¹³¹.

In questa prospettiva, l’espressa previsione che consente al commissario *ad acta* di proporre richiesta di chiarimenti dovrebbe considerarsi non come preclusione per il privato, ma al contrario come estensione al commissario, che non costituisce propriamente una parte del giudizio, di una facoltà che spetta ‘naturalmente’ (cioè, in forza dei menzionati principi costituzionali e istituzionali) alle parti processuali¹³². Del resto, che tale facoltà sia eccezionale

¹²⁷ ROMANO, *ibidem*, 232.

¹²⁸ In tal senso v. PAGNI, *La giurisdizione tra effettività ed efficienza*, cit., 92.

¹²⁹ Cfr. PAGNI *ibidem*, 91 ss.; CLARICH, *Tipicità delle azioni*, cit., 582; A. PROTO PISANI, *Introduzione sulla atipicità dell’azione e la strumentalità del processo*, in «Il foro italiano», 2012, 1 ss. Sulla pluralità delle azioni nel processo amministrativo v. CERULLI IRELLI, *Giurisdizione amministrativa e pluralità delle azioni*, cit., 473 e 477.

¹³⁰ Consiglio di Stato, 22 luglio 2019, n. 5123; Consiglio di Stato, 9 aprile 2018, n. 2141.

¹³¹ Cfr. SANINO, *Il giudizio di ottemperanza*, cit., 216.

¹³² In questa prospettiva sembra ANTONIOLI, *Spigolature sul nuovo giudizio di ottemperanza*, cit., 1317, che individua una ipotesi di legittimazione processuale straordinaria. In senso

risulta anche dalla circostanza che la richiesta di chiarimenti è in questo caso consentita non prima che l'Amministrazione sia inadempiente, ma quando, accertata la mancata o scorretta ottemperanza, il giudice amministrativo nomina un ausiliario al fine di assumere i provvedimenti che avrebbe dovuto prendere l'Amministrazione¹³³. Secondo quanto si è avuto modo di osservare in precedenza, la richiesta di chiarimenti da parte del commissario *ad acta* deve considerarsi una ipotesi distinta rispetto all'ottemperanza informativa attivata dalle parti.

In assenza di una disposizione legislativa preclusiva espressa, pertanto, sembra preferibile una interpretazione costituzionalmente conforme che consenta alla parte privata, indipendentemente dalla circostanza che nel giudizio di cognizione abbia assunto la posizione di ricorrente o controinteressato, la possibilità di proporre richieste di chiarimenti al giudice dell'ottemperanza¹³⁴.

L'ammissibilità dell'azione di 'interpretazione' del provvedimento giudiziale è subordinata, inoltre, all'accertamento dell'interesse ad agire in capo alla parte ricorrente. L'interesse ad agire, nonostante i dubbi che circondano anche tale concetto e la sua distinzione dalla legittimazione¹³⁵, è qui inteso, secondo il senso tradizionale, come possibilità di conseguire una utilità o un vantaggio dal positivo esito dell'azione esperita¹³⁶.

Con riferimento alla richiesta di chiarimenti, l'interesse a ricorrere può ritenersi sussistere in presenza di una incertezza (a volte definita come 'obiettiva'¹³⁷) sul contenuto (motivazionale e dispositivo) della pronuncia ottemperanda. Assume rilevanza, in questa prospettiva, come condizione per l'instaurazione del processo, la 'probabilità della lite'¹³⁸, correlata alla menzionata incertezza e pertanto al rischio di contrasti nella

analogo MARI, *Giudice amministrativo ed effettività della tutela*, cit., 362.

¹³³ ANTONIOLI, *Spigolature sul nuovo giudizio di ottemperanza*, cit., 1315-1316.

¹³⁴ In tal senso BUONAURO, *Il giudizio di ottemperanza*, cit., 35-36.; SANINO, *Il giudizio di ottemperanza*, cit., 218; MARI, *Giudice amministrativo ed effettività della tutela*, cit., 363-364. *Contra* GAFFURI, *Il giudizio d'ottemperanza*, cit., 1015.

¹³⁵ Cfr. F. TRIMARCHI BANFI, *L'interesse legittimo attraverso il filtro dell'interesse a ricorrere: il caso della vicinitas*, in «Diritto processuale amministrativo», 2017, 771 ss.

¹³⁶ Cfr. CERULLI IRELLI, *Legittimazione "soggettiva" e legittimazione "oggettiva"*, cit., 362. In giurisprudenza v. Consiglio di Stato, Ad. Plen., 25 febbraio 2014, n. 9.

¹³⁷ Sull'improprietà di tale espressione v. F. CARNELUTTI *Note sull'accertamento negoziale*, in «Rivista di diritto processuale», 1940, 5-6. D'altra parte, può ritenersi comprensibile la tendenza della giurisprudenza a verificare con rigore la sussistenza dell'interesse ad agire, e dunque di una incertezza del contenuto della sentenza, al fine di assicurare la ragionevole durata del processo, ed evitare che la richiesta di chiarimenti si presti a scopi dilatori.

¹³⁸ Cfr. CARNELUTTI, *Note sull'accertamento negoziale*, cit., 4-5.

individuazione delle corrette modalità di esecuzione del provvedimento giudiziale. Possibili dubbi si pongono specialmente con riferimento alle pronunce di annullamento e al relativo effetto conformativo dell'azione amministrativa che da esse discende; effetto la cui portata non sempre si ricava univocamente dalla lettura del dispositivo e della motivazione del provvedimento. In questa prospettiva, emerge in maniera chiara l'interesse della parte privata a prevenire interpretazioni 'riduzionistiche' dell'effetto conformativo da parte dell'Amministrazione¹³⁹.

La giurisprudenza costante richiede che i quesiti interpretativi attengano alle modalità dell'ottemperanza e abbiano i requisiti della concretezza e della rilevanza, non potendosi sottoporre al giudice questioni astratte di interpretazione del giudicato¹⁴⁰.

L'interesse ad agire, del resto, condiziona in pari grado la richiesta di chiarimenti proposta dalla Pubblica Amministrazione, sicché anche sotto questo profilo le posizioni delle parti, pubblica e privata, non appaiono differenziate.

Con riferimento alla richiesta di chiarimenti proposta dal commissario *ad acta*, invece, la tesi, qui condivisa, secondo cui tale istanza non si qualifichi come azione in senso proprio, non essendo il commissario una 'parte' del giudizio, dovrebbe condurre ad escludere la necessità di verificare se esso sia titolare di un interesse a ricorrere.

6. *Confini oggettivi dei chiarimenti. Il rapporto con il giudicato*

Tema centrale per inquadrare l'ottemperanza di chiarimenti è la definizione dei limiti oggettivi entro cui il ricorrente può richiedere e il giudice dell'ottemperanza deve fornire chiarimenti in merito alle modalità di esecuzione di una sentenza o di altro provvedimento suscettibile di ottemperanza 'amministrativa'.

Diffuso in giurisprudenza è il rilievo per cui la c.d. ottemperanza informativa non possa tendere a ottenere una pronuncia *ex ante* in ordine alle modalità o al contenuto dell'esercizio del potere da parte della Pubblica

¹³⁹ Sul punto v. CLARICH, *Tipicità delle azioni*, cit., 575-576.

¹⁴⁰ *Ex multis*, v. Consiglio di Stato, 19 ottobre 2018, n. 5978; Consiglio di Stato, 9 aprile 2018, n. 2141; Consiglio di Stato, 30 novembre 2015, n. 5409. Il collegamento tra i menzionati requisiti di concretezza e rilevanza e l'interesse ad agire è esplicito in Consiglio di Stato, 25 ottobre 2012, n. 5469. In dottrina v. SANINO, *Il giudizio di ottemperanza*, cit., 213; MARI, *Giudice amministrativo ed effettività della tutela*, cit., 365.

Amministrazione¹⁴¹. I chiarimenti consistono, dunque, non in una forma di attività consultiva, bensì in «*delucidazioni su aspetti obiettivamente oscuri o lacunosi del giudicato*». Conseguentemente, la relativa domanda non può «*trasformarsi in un'azione di accertamento della legittimità o liceità della futura azione amministrativa, salvo che la stessa non attenga ad una effettiva modalità di esecuzione della sentenza*»¹⁴². Né d'altra parte è consentito, mediante l'apparente prospettazione di questioni interpretative, rimettere in discussione le statuizioni contenute in una sentenza passata in giudicato¹⁴³.

In questa prospettiva, i limiti dei chiarimenti coinciderebbero con i limiti oggettivi del giudicato o del diverso provvedimento suscettibile di ottemperanza¹⁴⁴.

L'evoluzione del processo amministrativo, pertanto, non sembrerebbe scalfire il principio tradizionale per cui «*l'esecuzione delle decisioni avviene in via amministrativa*»¹⁴⁵ e spetta all'Amministrazione adottare i provvedimenti necessari per l'esecuzione del giudicato¹⁴⁶. Principio da intendere, come chiarito da attenta dottrina, non (più) come riconoscimento di una «*signoria*» dell'Amministrazione che prevarrebbe rispetto ai vincoli posti dal giudicato, bensì come «*non eliminabilità del momento procedimentale amministrativo*» nell'esecuzione delle pronunce giudiziali¹⁴⁷.

Rispetto a tale attività, da ritenersi propriamente amministrativa, l'intervento del giudice, prima che il potere sia riesercitato, è da ritenersi ristretto alla eventuale esplicitazione e delucidazione dei vincoli derivanti dal giudicato.

In via preventiva, dunque, il divieto di pronunciare su poteri amministrativi non ancora esercitati circoscrive le possibilità di intervento del giudice alla interpretazione del provvedimento ottemperando. L'

¹⁴¹ Consiglio di Stato, 30 maggio 2019, n. 3614.

¹⁴² TAR Umbria, 31 luglio 2019, n. 452. Cfr. inoltre Consiglio di Stato, 6 settembre 2017, n. 4232, ove il giudice amministrativo, in sede di ottemperanza 'informativa' su una sentenza che aveva disposto il subentro di un concorrente nella esecuzione di un contratto pubblico, esclude di poter pronunciare sulla sussistenza dei requisiti di gara in capo a tale impresa, statuendo che è compito dell'Amministrazione procedere alla relativa verifica.

¹⁴³ Cfr. Consiglio di Stato, 30 novembre 2015, n. 5409.

¹⁴⁴ Consiglio di Stato, 6 dicembre 2018, n. 6918, che conferma TAR Lazio, 2 luglio 2018, n. 7325.

¹⁴⁵ Art. 88, r.d. 17 agosto 1907, n. 642 (Regolamento per la procedura dinanzi alle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato). V. anche il già menzionato art. 45 del T.U. delle leggi sul Consiglio di Stato.

¹⁴⁶ Cfr. MAZZAMUTO, *Il principio del divieto di pronuncia*, cit., 87-88; PIGA, *Giudizio di ottemperanza*, cit., 244.

¹⁴⁷ Così SASSANI, *Dal controllo del potere all'attuazione del rapporto*, cit., 31 ss.

‘interferenza’ giurisdizionale diventa ben più incisiva, sino al punto di sostituire l’attività dell’Amministrazione, solo successivamente al riesercizio o all’omesso esercizio del potere da parte di quest’ultima.

L’individuazione dell’oggetto dei chiarimenti richiesti dalle parti, pertanto, si collega inevitabilmente con quello del giudicato in senso sostanziale ed è soggetto a tutte le incertezze che avvolgono quest’ultimo nel processo amministrativo.

In questa sede non è possibile certo affrontare in maniera esaustiva siffatta complessissima tematica, che involge la natura stessa del processo amministrativo, la sua evoluzione da giudizio sull’atto a giudizio sul rapporto, l’applicabilità del principio del dedotto e deducibile¹⁴⁸; nonché sul piano sostanziale, le caratteristiche e i limiti della discrezionalità amministrativa e la natura delle valutazioni tecniche¹⁴⁹, la distinzione tra vizi di carattere formale e sostanziale¹⁵⁰, quella tra interessi legittimi oppositivi e pretensivi¹⁵¹, la natura del procedimento amministrativo e il rapporto tra quest’ultimo e il processo¹⁵². È in gioco, in termini più generali, la relazione tra amministrazione e giurisdizione, quale risulta dai principi costituzionali e istituzionali dell’ordinamento.

Il tema, per le ragioni accennate, presenta rilevanza centrale nel diritto amministrativo ed è oggetto di un amplissimo dibattito dottrinale¹⁵³, di cui non appare possibile rendere conto, seppur sinteticamente, in questa sede. Dibattito che coinvolge parimenti la giurisprudenza, come risulta emblematicamente da recenti arresti giurisprudenziali¹⁵⁴ nei quali si manifesta il conflitto, di antica data, tra l’esigenza di assicurare una tutela

¹⁴⁸ Cfr. FRANCARIO, *La sentenza: tipologia e ottemperanza nel processo amministrativo*, cit., 1041 ss.; CLARICH–G. URBANO, *L’esecuzione delle sentenze amministrative*, cit.; CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, cit., 150 ss. Per la tesi tradizionale, che esclude l’applicazione di tale principio nel processo amministrativo v. SANINO, *Il giudizio di ottemperanza*, cit., 124.

¹⁴⁹ Cfr., per tutti, P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova, 2001.

¹⁵⁰ Cfr. NIGRO, *Il giudicato amministrativo*, cit., 1172 ss.; ID., *Sulla riproduzione dell’atto amministrativo annullato in sede giurisdizionale per difetto di motivazione*, in «Il foro italiano», 1958, III, 37 ss.; CAPACCIOLI, *Per la effettività della giustizia amministrativa*, cit., 466 e 481-482; SATTA, *L’esecuzione del giudicato amministrativo*, cit., 985 ss.

¹⁵¹ Cfr. SANINO, *Il giudizio di ottemperanza*, cit., 61.

¹⁵² Cfr. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, cit., 181 ss.

¹⁵³ Si veda per tutti L. FERRARA – G. MANNUCCI, *Giudicato (dir. amm.) (ad vocem)*, in www.treccani.it – Diritto online, 2015; TRAVI, *Il giudicato amministrativo*, cit., 912 ss.; CLARICH, *ibidem*.

¹⁵⁴ Cfr. Consiglio di Stato, 8 gennaio 2020, n. 144; Consiglio di Stato, 25 febbraio 2019, n. 1321.

giurisdizionale effettiva a fronte della ripetuta violazione o elusione del giudicato da parte dell'Amministrazione, da un lato, e l'esigenza di «*non impedire lo sviluppo dell'azione amministrativa*»¹⁵⁵ a fronte della permanenza di margini di discrezionalità in capo all'autorità amministrativa, dall'altro¹⁵⁶.

In questa sede ci si limita a verificare in che modo i limiti oggettivi del giudicato amministrativo, pur in presenza dei dubbi che circondano quest'ultimo, incidano sulla possibilità di richiedere i chiarimenti al giudice dell'ottemperanza, alla luce della giurisprudenza più recente.

I dubbi sui limiti oggettivi del giudicato amministrativo si incentrano specialmente sulle pronunce di annullamento e particolarmente sulla portata dell'effetto conformativo dell'azione amministrativa che si ricollega ad esse. Ed è soprattutto rispetto a tale effetto che vengono richiesti chiarimenti al giudice dell'ottemperanza. Al contempo, sembra che proprio con riferimento alla individuazione dell'effetto conformativo si ponga il maggior rischio che il giudice amministrativo 'invada' la sfera di attribuzioni riservate all'Amministrazione¹⁵⁷, pronunciando, in violazione dell'art. 34, comma 2, c.p.a., su poteri amministrativi non ancora esercitati.

Nel processo amministrativo la portata 'stabilizzante' del giudicato, che preclude alle parti di rimettere in discussione la vicenda decisa nella pronuncia giudiziale¹⁵⁸, deve fare i conti con il principio di inesauribilità del potere, di cui si richiede l'esercizio ogniqualvolta esso sia richiesto dall'esigenza di cura dell'interesse pubblico¹⁵⁹. In questa prospettiva, si è ritenuto che l'esecuzione delle sentenze amministrative risulti condizionata, in misura maggiore rispetto a quanto avvenga ordinariamente nel giudizio civile¹⁶⁰, «*dal contesto nel quale l'azione si situa che può essere diverso o più articolato o anche innovativo*

¹⁵⁵ Cfr. NIGRO, *Sulla riproduzione dell'atto amministrativo annullato*, cit., 40.

¹⁵⁶ Cfr. anche Consiglio di Stato, Ad. Plen., 8 giugno 1986, n. 1.

¹⁵⁷ Sul rapporto tra sindacato giurisdizionale e discrezionalità amministrativa v., per tutti, CERULLI IRELLI, *Amministrazione e giurisdizione*, cit., 1847 ss. Cfr. altresì N. DURANTE, *Effettività del giudicato e processo amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2020. In giurisprudenza, da ultimo, Consiglio di Stato, 11 marzo 2020, n. 1738.

¹⁵⁸ Sul punto v. CAPACCIOLI, *Per la effettività della giustizia amministrativa*, cit., 449 e 455-456.

¹⁵⁹ Cfr. CERULLI IRELLI, *Trasformazioni del sistema di tutela giurisdizionale*, cit., 455; TRAVI, *Il giudicato amministrativo*, cit., 927 e 935-936; CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, cit., 2; NIGRO, *Il giudicato amministrativo*, cit., 1165. In giurisprudenza v. Consiglio di Stato, 8 gennaio 2020, n. 144.

¹⁶⁰ Non si può però trascurare che anche nei rapporti *inter privatos*, la presenza di 'poteri privati' possa dar luogo a problematiche ed esigenze di tutela non molto dissimili da quelle proprie del diritto amministrativo. In proposito v. SASSANI, *Dal controllo del potere all'attuazione del rapporto*, cit., 9 ss. Cfr. anche CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, cit., 154 ss.

in termini reali, rispetto a quello considerato dalla sentenza»¹⁶¹.

I limiti oggettivi dei chiarimenti, dipendendo dal giudicato, non si prestano a una individuazione in termini astratti o ‘una volta per tutte’, ma possono definirsi solo sulla base del caso di specie e, in particolare, del contenuto della pronuncia ottemperanda, dalla situazione sulla quale essa incide, dal tipo di potere che viene in considerazione¹⁶². È possibile però proporre, anche sulla base della giurisprudenza pertinente, alcune considerazioni di carattere generale che potranno poi adattarsi al caso concreto.

Anzitutto, i chiarimenti non possono oltrepassare i limiti ‘cronologici’ o temporali del giudicato sostanziale, il cui accertamento è legato allo stato di diritto o di fatto sussistente al momento del passaggio in decisione del ricorso¹⁶³, pur con il (discusso) temperamento che considera irrilevanti i mutamenti normativi successivi alla notifica della sentenza¹⁶⁴.

A fronte di sopravvenienze normative¹⁶⁵ o fattuali che incidano sulla esecuzione del giudicato (ma il discorso può estendersi agli altri provvedimenti ottemperandi), l’Amministrazione non è vincolata a quanto in esso statuito¹⁶⁶ (salvo l’eventuale diritto al risarcimento del danno per

¹⁶¹ Così CERULLI IRELLI, *Giurisdizione amministrativa e pluralità delle azioni*, cit., 496. In senso analogo, SATTA, *Brevi note sul giudicato amministrativo*, cit., 307 e 324; ID., *L’esecuzione del giudicato amministrativo*, cit., 1000 ss. Cfr. altresì CLARICH, *L’effettività della tutela*, cit., 545.

¹⁶² Cfr. CLARICH – URBANO, *L’esecuzione delle sentenze amministrative*, cit.; SATTA, *L’esecuzione del giudicato amministrativo*, cit., 992.

¹⁶³ Cfr. Consiglio di Stato, 5 luglio 2011, n. 4037; Consiglio di Stato, 3 novembre 2010, n. 7761. Nel processo civile si ritiene che non siano coperti dal giudicato i fatti intervenuti dopo l’udienza di precisazione delle conclusioni, come sede “ultima” per la loro introduzione in giudizio. Cfr. G. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, Bari, 2012, 289.

¹⁶⁴ Consiglio di Stato, Ad. Plen., 8 gennaio 1986, n. 1. In dottrina v. SANINO, *Il giudizio di ottemperanza*, cit., 58 ss.; CERULLI IRELLI, *Giurisdizione amministrativa e pluralità delle azioni*, cit., 495; MARI, *Il giudice amministratore*, cit., 678-679.

¹⁶⁵ Sul rapporto tra *jus superveniens* e giudizio amministrativo v. Consiglio di Stato, Sez. VI, 26 marzo 2014, n. 1472; Consiglio di Stato, Ad. Plen., 21 febbraio 1994, n. 4, con nota di F. FRANCARIO, *Osservazioni in tema di giudicato amministrativo e legge interpretativa*, in «Diritto processuale amministrativo», 1995, 277 ss., cui si rinvia anche per una diffusa analisi delle varie ipotesi di sopravvenienze normative e della relativa influenza sull’esecuzione del giudicato, in particolare alla luce della distinzione tra *jus superveniens* irretroattivo e retroattivo, Cfr. anche F. TRIMARCHI BANFI, *L’interesse legittimo alla prova delle sopravvenienze normative*, in «Diritto processuale amministrativo», 2018, 505 ss.

¹⁶⁶ Cfr. CLARICH, *Tipicità delle azioni*, cit., 599; ID., *Giudicato e potere amministrativo*, cit., 257; NIGRO, *Il giudicato amministrativo*, cit., 1170. In giurisprudenza v. Consiglio di Stato, Ad. Plen., 9 giugno 2016, n. 11: «Il giudicato (...) non può incidere sui tratti liberi dell’azione amministrativa lasciati impregiudicati dallo stesso giudicato e, in primo luogo, sui poteri non esercitati e fondati su presupposti fattuali e normativi diversi e successivi rispetto a quest’ultimo».

l'inesecuzione della pronuncia giudiziale¹⁶⁷) o, secondo altra prospettiva, pur rimanendo fermo il contenuto di accertamento proprio del giudicato, cederebbero gli effetti ulteriori riferibili ad esso in relazione all'attività amministrativa futura¹⁶⁸.

I limiti cronologici del giudicato incidono sulla possibilità di richiedere i chiarimenti, nel senso che non è consentito chiedere al giudice di individuare 'preventivamente' la regola dell'azione amministrativa in relazione a un contesto giuridico e fattuale modificato rispetto a quello preso in considerazione nel giudizio di cognizione. Sul punto vale la pena soffermarsi, perché la problematica mette in causa il rapporto tra funzione amministrativa e funzione giurisdizionale, nonché i rispettivi ruoli e responsabilità dell'autorità amministrativa rispetto al giudice.

L'esecuzione del giudicato, nelle ipotesi in cui è necessaria¹⁶⁹ e richiede il riesercizio del potere amministrativo, impone lo svolgimento di un'attività istruttoria, in relazione all'accertamento degli elementi di fatto e di diritto rilevanti, ossia alla determinazione del 'quadro di riferimento' su cui il (nuovo) provvedimento troverà fondamento¹⁷⁰. Attività, potremmo dire, analoga a quella che l'Amministrazione ha compiuto (o avrebbe dovuto compiere) prima dell'adozione del provvedimento (o del silenzio) che ha formato oggetto del giudizio di cognizione. Attività o, più precisamente, funzione (come cura concreta dell'interesse pubblico)¹⁷¹ propriamente amministrativa¹⁷² e che deve considerarsi riservata, almeno 'in prima battuta', all'Amministrazione¹⁷³.

¹⁶⁷ Cfr. Consiglio di Stato, Ad. Plen., 12 maggio 2017, n. 2.

¹⁶⁸ Cfr. SATTA, *Brevi note sul giudicato amministrativo*, cit., 312.

¹⁶⁹ La necessità di un'attività amministrativa di esecuzione del giudicato non può determinarsi in astratto, ma solo sulla base della vicenda concreta. Sul punto v. SATTA, *Brevi note sul giudicato amministrativo*, cit., 317: «il giudicato in quanto tale non consente di dire se con esso la vicenda è chiusa. È possibile, ma non è certo, che sia necessaria una ulteriore attività amministrativa e addirittura che l'amministrazione possa, quasi a sua discrezione, decidere se svolgerla o non svolgerla; è possibile che un fattore esterno, del tutto indipendente dal giudicato, la precluda (come accade quando l'adozione di qualche atto è sottoposta ad un termine perentorio)».

¹⁷⁰ Cfr. SATTA, *Brevi note sul giudicato amministrativo*, cit., 313; ID., *L'esecuzione del giudicato amministrativo*, cit., 999; A.M. SANDULLI, *Consistenza ed estensione*, cit., 429-430.

¹⁷¹ Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino, 2019.

¹⁷² Cfr. CAPACCIOLI, *Per la effettività della giustizia amministrativa*, cit., 465. Sul punto v. SASSANI, *Dal controllo del potere all'attuazione del rapporto*, cit., 43-44, che proprio nell'incidenza su un'attività giuridicamente qualificabile come funzione, ravvisa le peculiarità e problematicità del giudizio di ottemperanza e la ragione della nomina del commissario *ad acta* (70 ss.).

¹⁷³ SATTA, *Brevi note sul giudicato amministrativo*, cit., 317. Ad avviso di CERBO, *Il limite dei*

In questa prospettiva, non appare ammissibile la richiesta di chiarimenti su elementi che 'esorbitano' i confini oggettivi e cronologici del giudicato, poiché non è consentito al giudice amministrativo (pre)determinare come l'Amministrazione debba esercitare i propri poteri, pena la invasione delle attribuzioni ad essa riservate. La valutazione dei nuovi fatti e dei nuovi elementi di diritto che risultino rilevanti e applicabili alla vicenda in esame è rimessa all'Amministrazione e su di essa il giudice può incidere, fino al punto di modificarla o sostituirla, come si è già osservato, solo in via successiva.

Sotto altro profilo, l'ammissibilità e l'estensione dei chiarimenti dipendono dal tipo di vizio accertato nella pronuncia ottemperanda.

A fronte dell'accertamento di vizi meramente formali di un'attività amministrativa discrezionale, i confini dei chiarimenti devono considerarsi particolarmente ristretti. La portata dell'effetto conformativo, in tale ipotesi, appare infatti limitata alla emendazione del vizio riscontrato (es. omessa richiesta di un parere obbligatorio)¹⁷⁴. Non sembra quindi ammissibile una richiesta di chiarimenti volta a ottenere dal giudice amministrativo la definizione delle modalità e dei criteri sostanziali per il riesercizio del potere discrezionale.

Analoghe considerazioni sono state svolte in giurisprudenza con riferimento a una sentenza di annullamento di un provvedimento discrezionale per difetto di motivazione, rispetto alla quale si è statuita l'inammissibilità della richiesta di chiarimenti volti a individuare direttive, chiarimenti, linee guida per orientare l'azione esecutiva del *decisum*¹⁷⁵. Tale conclusione, tuttavia, non sembra possa essere generalizzata, in ragione del fatto che il vizio motivazionale può avere, a seconda dei casi, una incidenza più o meno accentuata sul contenuto sostanziale del provvedimento o, secondo altra ricostruzione, sull'«esistenza (o l'inesistenza) dei fatti costitutivi del potere»¹⁷⁶, sicché solo un'analisi del caso di specie consentirebbe di individuare i margini decisionali rimessi all'Amministrazione¹⁷⁷.

Sebbene si sia fatto finora riferimento ai limiti dei chiarimenti aventi ad oggetto una sentenza e in particolare un giudicato, si deve precisare che

poteri amministrativi non ancora esercitati, cit., 105 ss., la riserva non sarebbe propriamente riferibile all'Amministrazione, bensì alle modalità di esercizio del potere amministrativo e, pertanto, al procedimento amministrativo. In giurisprudenza v. Consiglio di Stato, 25 ottobre 2012, n. 5469.

¹⁷⁴ Cfr. SANINO, *Il giudizio di ottemperanza*, cit., 43-44; SATTA, *L'esecuzione del giudicato amministrativo*, cit., 1009.

¹⁷⁵ TAR Sicilia, Catania, 9 aprile 2018, n. 723.

¹⁷⁶ CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, cit., 234.

¹⁷⁷ Cfr. SATTA, *L'esecuzione del giudicato amministrativo*, cit., 992-993; NIGRO, *Sulla riproduzione dell'atto amministrativo annullato*, cit., 41 ss.

essi valgono in termini analoghi con riferimento agli altri provvedimenti suscettibili di ottemperanza nel giudizio amministrativo e, in particolare, alle ordinanze cautelari del giudice amministrativo.

Si è chiarito, in proposito, che l'istanza di chiarimenti non può tendere ad ottenere una nuova pronuncia cautelare, dunque non può basarsi su elementi di fatto e di diritto sopravvenuti o comunque diversi rispetto a quelli presi in considerazione nella pronuncia rispetto alla quale si chiedono i chiarimenti¹⁷⁸.

Un'ultima precisazione appare necessaria. I limiti che si sono qui esaminati rispetto al contenuto della richiesta di chiarimenti e della relativa pronuncia giudiziale risultano validi solo per l'ipotesi in cui la richiesta sia presentata dalle parti del giudizio ai sensi dell'art. 112, comma 5, c.p.a; non per il caso, che si è ritenuto diverso, in cui sia il commissario *ad acta* ad attivare l'ottemperanza 'informativa'. Per quest'ultima ipotesi, come si è già osservato, il modello surrogatorio proprio del giudizio di ottemperanza comporta che non trovi applicazione il divieto per il giudice amministrativo di pronunciare su poteri amministrativi non ancora esercitati.

Il commissario *ad acta*, pertanto, può non solo sottoporre quesiti strettamente attinenti alla interpretazione del provvedimento giudiziale da eseguire, ma può anche chiedere al giudice dell'ottemperanza di pronunciarsi sulla rilevanza di eventuali sopravvenienze che incidano sulla esecuzione della pronuncia o, più in generale, su ogni questione la cui risoluzione sia necessaria per la corretta riedizione del potere.

7. Rimedi esperibili

Controversa è l'individuazione dei rimedi esperibili nei confronti della pronuncia emessa in sede di ottemperanza 'di chiarimenti'. Una parte della giurisprudenza, in aderenza a un orientamento tradizionale in tema di appellabilità delle pronunce emesse in sede di ottemperanza¹⁷⁹, tende a verificare in concreto se siffatta pronuncia presenti efficacia decisoria o abbia effetti meramente ed esecutivi ed ordinatori, escludendo in quest'ultima ipotesi la possibilità di appello¹⁸⁰. Viceversa, ove si riconosca il carattere

¹⁷⁸ TAR Sardegna, 2 dicembre 2019, n. 860; Consiglio di Stato, ord., 12 marzo 2014, n. 1059.

¹⁷⁹ Consiglio di Stato, Ad. Plen., 29 gennaio 1980, n. 2. Cfr. SANINO, *Il giudizio di ottemperanza*, cit., 161 ss.

¹⁸⁰ Cons. Giust. Amm. Reg. Sicil., 31 dicembre 2019, n. 1100; Consiglio di Stato, 9 aprile 2018, n. 2141.

decisorio della pronuncia in esame si aprirebbe la strada all'appello verso le sentenze dei Tribunali Amministrativi Regionali, nonché al ricorso per cassazione, per i soli motivi inerenti alla giurisdizione, nei confronti delle sentenze del Consiglio di Stato¹⁸¹, ed alle ulteriori impugnazioni utilizzabili (revocazione e opposizione di terzo).

Il punto centrale sembra, dunque, risiedere nel concetto di decisorietà.

Il tema non è certo nuovo. È stato affrontato dalla giurisprudenza civile e dalla giurisprudenza amministrativa, specialmente in relazione all'appellabilità di determinati provvedimenti¹⁸², alla possibilità di ricorrere al giudizio di ottemperanza per la loro esecuzione¹⁸³ nonché, sebbene si tratti di una problematica non del tutto coincidente¹⁸⁴, all'attitudine degli stessi ad acquisire l'autorità di cosa giudicata. La Corte di Cassazione se ne è poi occupata per individuare le sentenze in senso "sostanziale" o funzionale, suscettibili di ricorso c.d. straordinario in Cassazione *ex art.* 111, comma 7, Cost.¹⁸⁵, nonché, quale giudice della giurisdizione, per l'individuazione dei provvedimenti del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti ricorribili *ex art.* 111, comma 8, Cost. per i soli motivi inerenti alla giurisdizione.

È emerso nella giurisprudenza un concetto di decisorietà intesa come definizione, seppure parziale, di una controversia, e dunque statuizione su determinati diritti, *status* o altre situazioni giuridiche protette, mediante l'applicazione di una *regula iuris* a un caso concreto.

Secondo gli orientamenti sviluppatasi in giurisprudenza, la mera individuazione di un principio di diritto, in assenza della sua applicazione (contestualizzazione) al caso di specie, non dà luogo a una pronuncia

¹⁸¹ Il ricorso per cassazione avverso le sentenze del giudice del giudice amministrativo è ammissibile, come chiarito dalla Corte Costituzionale nella sentenza 18 gennaio 2018, n. 6, per violazione dei limiti esterni alla giurisdizione o per eccesso di potere giurisdizionale. Con particolare riferimento alle sentenze emesse in sede di ottemperanza v. SANINO, *Il giudizio di ottemperanza*, cit., 169 ss., il quale afferma che errori di «interpretazione del giudicato [...] essendo inerenti al giudizio di ottemperanza, restano confinati all'interno della giurisdizione medesima, e sono insindacabili dalla Corte di Cassazione».

¹⁸² Cfr. Consiglio di Stato, 16 marzo 2020, n. 1878, sull'appellabilità delle ordinanze di c.d. accesso istruttorio; Consiglio di Stato, Ad. Plen., 20 gennaio 1978, n. 1, che ha ritenuto ammissibile l'appello avverso le ordinanze sospensive disposte dai Tribunali Amministrativi Regionali.

¹⁸³ Cfr. Consiglio di Stato, Ad. Plen., 10 aprile 2012, n. 2.

¹⁸⁴ Cfr. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, cit., 412.

¹⁸⁵ Si è chiarito che atti che non presentano la denominazione di 'sentenza' sono sottoposti al controllo in Cassazione ove presentino le menzionate caratteristiche di decisorietà e siano definitivi. Cfr. Corte di Cassazione, ss. uu., 8 settembre 2017, n. 20954; Corte di Cassazione ss. uu., 1° febbraio 2017, n. 2610.

decisoria e non è pertanto idonea a formare il giudicato¹⁸⁶ né può essere oggetto di ricorso in Cassazione¹⁸⁷. Altresì, la risoluzione di questioni preliminari di rito o di merito non determina il carattere decisorio del relativo provvedimento qualora non conduca a una definizione, anche parziale, della controversia. Con riferimento al giudizio di ottemperanza, i provvedimenti meramente ordinatori ed interlocutori adottati dal giudice amministrativo non possiedono le caratteristiche di decisorietà¹⁸⁸ e definitività¹⁸⁹.

Nell'applicazione di tali principi alla c.d. ottemperanza informativa, non sembra possa prescindersi dalla distinzione, già delineata, tra la richiesta di chiarimenti proposta dalle parti del giudizio di cognizione ai sensi dell'art 112, comma 5, c.p.a. e quella proveniente dal commissario *ad acta*. Separatamente, nel prossimo paragrafo, si dovrà poi considerare il caso in cui la richiesta di chiarimenti tenda alla revisione o alla revoca della penalità di mora.

Iniziando dalla prima ipotesi, in cui la richiesta di chiarimenti proviene dalle parti, la pronuncia del giudice amministrativo consiste, come si è osservato, nella interpretazione della portata, del contenuto e degli effetti di un giudicato o di altro provvedimento ottemperando. Il divieto di pronunciare su poteri amministrativi non ancora esercitati preclude al giudice amministrativo di andare oltre la delucidazione di aspetti non chiari delle statuizioni giudiziali. In particolare, gli è preclusa la conoscenza di elementi di fatto o di diritto sopravvenuti o, almeno per i profili di fatto, non introdotti nel processo di cognizione.

La questione appare di grande complessità e collegata a profili di teoria generale del diritto, a partire dalla natura dell'attività ermeneutica, che meriterebbero uno specifico approfondimento e un'apposita trattazione.

Rimanendo entro i limiti del presente contributo, due appaiono le vie perseguibili.

La prima, valorizzando i limiti che il giudice amministrativo incontra in sede di c.d. ottemperanza di chiarimenti, potrebbe condurre a negare il

¹⁸⁶ Consiglio di Stato, Ad. Plen, 23 febbraio 2018, n. 2

¹⁸⁷ Cass. Civ. sez. un., 30 ottobre 2019, n. 27842.

¹⁸⁸ Consiglio di Stato, 22 febbraio 2016, n. 725; Consiglio di Stato, 21 ottobre 2015, n. 4806.

¹⁸⁹ Cass. Civ., sez. un., 4 ottobre 2019, n. 24856, ha stabilito che non possiede carattere decisorio né di definitività l'ordinanza con cui il giudice amministrativo, pronunciandosi su un reclamo avverso provvedimenti del commissario *ad acta*, ordina a quest'ultimo di proseguire il procedimento di ottemperanza, individuando le alternative rimesse alla discrezionalità dell'Amministrazione in relazione al procedimento di acquisizione di terreni *ex art. 42-bis* del Testo unico sulle espropriazioni per pubblica utilità (D.P.R. 8 giugno 2001, n. 327) e precisando i criteri per la determinazione dell'eventuale indennizzo.

carattere decisorio e l'appellabilità della relativa pronuncia¹⁹⁰. La pronuncia emessa in sede di chiarimenti, pertanto, avendo una portata prettamente interpretativa¹⁹¹, ossia meramente dichiarativa di effetti prodotti dal giudicato (o dal provvedimento equiparato), non inciderebbe direttamente sulle situazioni giuridiche soggettive delle parti coinvolte. Ciò varrebbe ad escludere, da un lato, che la pronuncia sia appellabile, dall'altro, che la stessa sia idonea ad acquistare l'autorità del giudicato in senso sostanziale.

Appaiono rilevanti, a sostegno di tale tesi, le considerazioni già espresse per negare che la richiesta di chiarimenti sia qualificabile come una azione di accertamento in senso proprio. In particolare, si è escluso che la pronuncia sui chiarimenti accerti il modo d'essere attuale di un rapporto giuridico o di determinate situazioni giuridiche soggettive, dato che al giudice è interdetta la conoscenza degli elementi di diritto o di fatto sopravvenuti alla sentenza di cognizione oggetto dei chiarimenti e il suo ruolo si limita a individuare il contenuto e gli effetti di tale sentenza, in aderenza al divieto di pronunciare su poteri amministrativi non ancora esercitati¹⁹².

Ricordando che il carattere di decisorietà non è riconosciuto alle pronunce che vertano esclusivamente sull'interpretazione di norme giuridiche¹⁹³, si potrebbe allora ritenere che l'individuazione della regola nascente dal giudicato o dal diverso provvedimento equiparato, conservando all'Amministrazione il potere di applicare tale regola, ossia di svolgere «*l'attività di contestualizzazione della regula iuris in relazione alle peculiarità del caso concreto*»¹⁹⁴, non avrebbe carattere decisorio.

Questa tesi potrebbe altresì trovare sostegno nella concezione, accolta dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione, che attribuisce portata normativa al giudicato, la cui interpretazione «*deve essere effettuata alla stregua dell'esegesi delle norme e non già degli atti e dei negozi giuridici*»¹⁹⁵. In questa prospettiva, i chiarimenti, limitandosi ad individuare la *regula iuris* che si ricava dalla sentenza che ne costituisce oggetto, sarebbero privi del connotato di decisorietà.

In tal senso sembrerebbe deporre anche l'esigenza, per così dire 'pratica'

¹⁹⁰ Sembra propendere per tale soluzione SANINO, *Il giudizio di ottemperanza*, cit., 219.

¹⁹¹ La pronuncia emessa in sede di chiarimenti viene spesso denominata in giurisprudenza come una forma di 'interpretazione autentica' del giudicato. Cfr. Consiglio di Stato, 30 novembre 2015, n. 5409; Consiglio di Stato, 25 ottobre 2012, n. 5469.

¹⁹² In questa prospettiva v. VOLPE, *L'ottemperanza "di chiarimento"*, cit.

¹⁹³ Cfr. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, cit., 201.

¹⁹⁴ Consiglio di Stato, Ad. Plen., 23 febbraio 2018, n. 2.

¹⁹⁵ Cfr. Corte di Cassazione, 23 dicembre 2015, n. 25966; Cass., ss. un., 28 novembre 2007, n. 24664.

ma di rango costituzionale, di assicurare la ragionevole durata del processo, evitando che il giudizio di ottemperanza si dipani attraverso numerose fasi processuali che tendono ad allontanare, piuttosto che agevolare, il conseguimento del bene della vita da parte del ricorrente.

Sotto altro profilo, escludere il carattere decisorio non comporterebbe una *deminutio* della effettività della tutela giurisdizionale per le parti processuali, che potrebbero ricorrere al giudizio di ottemperanza ‘ordinario’ contro l’attività amministrativa successiva che sia percepita come lesiva o elusiva del giudicato. La pronuncia in sede di chiarimenti sarebbe, infatti, da ritenersi priva dell’effetto preclusivo tipico del giudicato, il quale vieta al giudice di pronunciarsi su una controversia già definita con una sentenza non impugnabile con i mezzi ordinari.

L’altra via, valorizzando la sussistenza di una controversia, ancorché potenziale, rispetto alla determinazione della portata, del contenuto e degli effetti del giudicato o del provvedimento ad esso equiparato, condurrebbe all’esito, opposto, di riconoscere il carattere decisorio della pronuncia di chiarimenti e la sua appellabilità.

In questa prospettiva, la pronuncia ‘interpretativa’, pur conservando il potere dell’Amministrazione di eseguire la sentenza, risolverebbe un ‘conflitto di pretese’, chiarendo il vincolo gravante sull’azione amministrativa e condizionando pertanto la possibilità per il privato di conseguire il bene della vita perseguito. Non diversamente dalla pronuncia emessa in sede di cognizione, anche la sentenza ‘di chiarimenti’ sarebbe pertanto idonea a incidere sugli interessi delle parti coinvolte nel giudizio, così come sul perseguimento dell’interesse pubblico da parte dell’Amministrazione¹⁹⁶; essa avrebbe pertanto carattere decisorio e sarebbe appellabile¹⁹⁷.

Con riferimento all’ipotesi in cui la richiesta di chiarimenti provenga dal commissario *ad acta*, il discorso sembra porsi in termini differenti. Si è già notato che, secondo la prospettiva qui assunta, tale istanza dia luogo a un incidente di esecuzione che si inserisce all’interno di un giudizio, quello di ottemperanza, nel cui ambito il giudice amministrativo esercita i poteri propri della giurisdizione di merito, potendosi sostituire all’Amministrazione. Si è ritenuto perciò che i limiti che incontrano le parti

¹⁹⁶ Cfr. Corte Costituzionale, 1° febbraio 1982, n. 8, in merito all’appellabilità delle ordinanze cautelari nel processo amministrativo.

¹⁹⁷ In tal senso, quasi lapidariamente, Cons. Giust. Amm. Reg. Sicil., 31 dicembre 2019, n. 1100: «il giudice, nel rispondere a una richiesta di chiarimenti formulata dal commissario *ad acta*, ha interpretato il giudicato da eseguire, sicché ha reso un provvedimento decisorio. Il rimedio è in conseguenza di ciò l’appello, non essendo previsto il rimedio del reclamo al medesimo giudice contro i provvedimenti del giudice dell’ottemperanza».

nel richiedere i chiarimenti e che incontra corrispondentemente il giudice nel fornirli, non trovino applicazione all'ipotesi in cui la richiesta provenga dal commissario *ad acta*.

In questa prospettiva, la questione dell'appellabilità della pronuncia emessa su richiesta di chiarimenti del commissario *ad acta* non sembra possa prescindere da una valutazione caso per caso, ossia sulla base del tenore dei chiarimenti richiesti. Si possono profilare diverse ipotesi.

La prima, in cui i quesiti proposti dal commissario *ad acta* si limitino alla individuazione della corretta interpretazione della pronuncia ottemperanda, assumendo pertanto carattere non dissimile dall'ipotesi in cui la richiesta di chiarimenti provenga dalle parti del giudizio di cognizione. Rispetto a tale ipotesi, si può rinviare alle considerazioni espresse in precedenza rispetto al carattere decisorio o meno della pronuncia 'interpretativa'.

Si può poi prospettare la diversa ipotesi in cui il commissario *ad acta* richieda la risoluzione di questioni di fatto o di diritto ulteriori a quelle risolte dalla pronuncia ottemperanda e che pertanto esorbitano dai limiti oggettivi della stessa. In tal caso, la decisorietà della pronuncia 'di chiarimenti' non sembra dubbia, sicché si ritiene esperibile il rimedio dell'appello (ove la sentenza sia emessa da un Tar), del ricorso per cassazione avverso le sentenze del Consiglio di Stato o di altra impugnazione (revocazione, opposizione di terzo).

Una terza ipotesi può forse individuarsi nella richiesta del commissario di eliminazione degli ostacoli di ordine materiale che si frappongono alla esecuzione del giudicato o del provvedimento equiparato¹⁹⁸. In tal caso, a fronte di provvedimenti meramente ordinatori del giudice dell'ottemperanza, si dovrebbe escludere l'appellabilità, in aderenza ad un consolidato orientamento giurisprudenziale.

8. *La richiesta di chiarimenti come mezzo per la revisione delle astreintes*

Il tema della ottemperanza di chiarimenti si interseca con quello delle *astreintes*, in ragione del fatto che la giurisprudenza ha individuato il giudizio di chiarimenti come la sede per modificare o revocare le penalità di mora che possono essere disposte, su richiesta di parte, dal giudice amministrativo per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo

¹⁹⁸ Si può tuttavia osservare che di regola il commissario *ad acta*, quale ausiliario del giudice, potrebbe autonomamente adottare i provvedimenti volti a eliminare gli ostacoli di ordine materiale all'esecuzione del giudicato o del diverso provvedimento ottemperando.

nell'esecuzione del giudicato¹⁹⁹.

Le *astreintes* hanno, secondo la giurisprudenza, una finalità sanzionatoria e non risarcitoria, in quanto non mirano a riparare il pregiudizio cagionato dalla mancata esecuzione della sentenza ma intendono punire la disobbedienza alla statuizione giudiziaria e stimolare il debitore all'adempimento²⁰⁰. Si tratta di misure coercitive indirette e a carattere pecuniario, tramite cui si vuole vincere la resistenza del debitore, inducendolo ad adempiere all'obbligazione sancita a suo carico dall'ordine del giudice nell'ottica di assicurare l'effettività e la pienezza della tutela giurisdizionale²⁰¹.

Il carattere di strumentalità rispetto all'esecuzione di una pronuncia giudiziale comporta la necessità di una revisione o revoca ogniqualvolta l'obbligato abbia provveduto all'esecuzione (eventualmente parziale) o quest'ultima sia resa impossibile (anche temporaneamente o parzialmente) da fatti sopravvenuti. Si pone, pertanto, una esigenza di tutela rispetto alla corretta applicazione delle sanzioni, onde assicurarne il nesso di strumentalità rispetto all'esecuzione del giudicato. Esigenza resa ancor più pressante dal fatto che, secondo l'orientamento più recente della giurisprudenza amministrativa, la determinazione delle penalità di mora può avvenire già in sede di cognizione²⁰².

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato²⁰³ ha stabilito che la c.d. ottemperanza di chiarimenti è la sede nella quale il giudice amministrativo può modificare, su richiesta di parte, il *quantum* delle penalità di mora.

L'orientamento del giudice amministrativo trova fondamento

¹⁹⁹ Art. 114, comma 4, lett. e), c.p.a. In generale, sull'*astreinte* nel processo amministrativo v. A. CASTORINA, *L'astreinte nel processo amministrativo fra effettività della tutela e buon andamento dell'amministrazione*, in *Federalismi.it*, n. 14/2015; CARBONE, *Riflessioni sul valore sanzionatorio dell'astreinte*, cit., 1297 ss.; M.A. SANDULLI, *L'introduzione delle astreintes nel processo amministrativo: tra effettività e incertezza*, in «Diritto e processo amministrativo», 2013, 883 ss.

²⁰⁰ Consiglio di Stato, Ad. Plen., 9 maggio 2019, n. 7, con nota di N. SPADARO, *Modificabilità dell'astreinte. Un quadro normativo e interpretativo che elide le potenzialità della misura coercitiva*, in «Diritto processuale amministrativo», 2020, 143 ss. Cfr. anche TAR Umbria, 31 luglio 2019, n. 452; Consiglio di Stato, 28 dicembre 2016, n. 5502, con nota di L. PREVITI, *Natura giuridica e risvolti applicativi dell'astreinte nell'ambito del processo amministrativo. La riscoperta della cognizione fra i meandri del giudizio di ottemperanza*, in «Diritto processuale amministrativo», 2017, 1383 ss.

²⁰¹ Consiglio di Stato, Ad. Plen., 25 giugno 2014, n. 15.

²⁰² Consiglio di Stato, Ad. Plen., 9 maggio 2019, n. 7. In tema v. CARBONE, *Riflessioni sul valore sanzionatorio dell'astreinte*, cit., 1306 ss.; DELLE DONNE, *L'esecuzione: il giudizio di ottemperanza*, cit., 1284.

²⁰³ Consiglio di Stato, Ad. Plen., 9 maggio 2019, n. 7.

nell'esigenza di effettività della tutela giurisdizionale dell'Amministrazione sottoposta a penalità inique. In assenza di espressi rimedi previsti dal Codice del processo amministrativo, una parte della giurisprudenza aveva ritenuto che l'unica sede idonea a rivedere o eliminare le sanzioni eccessive risiedesse nella ottemperanza 'informativa'²⁰⁴.

Tale orientamento, pienamente condivisibile sotto il profilo delle finalità di tutela che intende soddisfare, desta alcune perplessità di ordine sistematico.

L'esigenza di assicurare l'effettività della tutela giurisdizionale è senz'altro centrale, come si è osservato, nella ricostruzione della disciplina del processo amministrativo e, in particolare, del giudizio di ottemperanza.

Con riferimento alla posizione del soggetto pubblico sottoposto a misure di esecuzione indiretta inique, tuttavia, l'obiettivo della protezione effettiva può raggiungersi ammettendo rimedi atipici, ove quelli previsti non siano idonee a raggiungere tale risultato. Corollario del principio di effettività della tutela giurisdizionale è, infatti, la previsione di azioni o altri strumenti processuali atipici idonei a tutelare le situazioni giuridiche soggettive ingiustamente lese²⁰⁵.

In relazione alla revisione delle *astreintes*, sarebbe apparsa, pertanto, soluzione idonea quella di consentire alla parte pubblica di adire il giudice dell'ottemperanza per ottenere una pronuncia, pur atipica, di modifica o revisione delle sanzioni precedentemente imposte.

Non sembra invece che l'ottemperanza di chiarimenti rappresenti «*la sede naturale ove valutare le sopravvenienze*» e procedere alla «*concreta determinazione della sanzione alla luce del comportamento successivo delle parti e delle sopravvenienze fattuali e giuridiche*»²⁰⁶. Si è osservato in precedenza che il ricorso per chiarimenti proposto dalle parti non può essere utilizzato al fine di sottoporre al giudice elementi di fatto o di diritto successivi rispetto al giudicato o ad altro provvedimento ottemperando.

Inoltre, la revisione dell'*astreinte* non presuppone una incertezza rispetto al contenuto o agli effetti del giudicato. L'esigenza di modificare

²⁰⁴ Consiglio di Stato, ord., 16 maggio 2017, n. 2324.

²⁰⁵ Pur nell'ambito di una concezione del processo come mezzo d'attuazione della legge, piuttosto che come strumento di tutela delle situazioni giuridiche protette, sempre valido sembra l'insegnamento di CHIOVENDA, *Della azione nascente dal contratto preliminare*, cit., 110-111: «*il processo (...) è per sé stesso la fonte di tutte le azioni praticamente possibili, che tendano all'attuazione d'una volontà di legge*»; ID., *Istituzioni di diritto processuale civile*, cit., 202. In proposito v. anche SASSANI, *Dal controllo del potere all'attuazione del rapporto*, cit., 12. In giurisprudenza v. Consiglio di Stato, Ad. Plen., 29 luglio 2011, n. 15.

²⁰⁶ Consiglio di Stato, Ad. Plen., 9 maggio 2019, n. 7, par. 6.3 della parte in Diritto.

o azzerare l'entità delle sanzioni si determina non a causa di una difficoltà di interpretazione della pronuncia che le ha disposte, bensì in quanto tale pronuncia, nella parte in cui ha previsto le penalità di mora, è *ab origine*²⁰⁷ o è divenuta nel corso del tempo manifestamente ingiusta nelle sue conseguenze applicative e dunque contraria alla legge.

Nonostante la 'nobiltà' del fine perseguito dall'Adunanza Plenaria, l'ascrizione della revisione dell'*astreinte* alla ottemperanza 'informativa' appare una forzatura del sistema che, per quel che qui rileva, determina ulteriori difficoltà nel tentativo di ricostruzione organica di un istituto già problematico sotto numerosi profili.

Per tale ragione si è ritenuto opportuno trattare separatamente l'ipotesi in cui il giudizio di chiarimenti sia instaurato al fine di ottenere revisione o la revoca delle penalità. Tale ipotesi, secondo l'impostazione che qui si assume, presenta caratteri del tutto peculiari che possono rendere non valide le considerazioni che si sono espresse rispetto alle ipotesi, potremmo dire 'ordinarie', di chiarimenti.

In primo luogo, non appare estensibile alla revisione *dell'astreinte* la qualificazione della relativa azione come di 'interpretazione' di un provvedimento giudiziale, poiché come si è osservato, la richiesta di chiarimenti mira in tal caso non a ottenere una 'delucidazione' su aspetti oscuri o controversi di una pronuncia giudiziale, bensì la revisione o la revoca delle misure di esecuzione indiretta precedentemente imposte

Più corretta appare allora per questa ipotesi la qualificazione di 'incidente di esecuzione', diretta a ricondurre entro i parametri legali la previsione di penalità di mora eccessive, poiché non si richiede al giudice tanto (o solo) di accertare la manifesta iniquità delle penalità di mora, quanto di intervenire sulle stesse, modificandola o revocandole.

In punto di appellabilità, le considerazioni svolte nel paragrafo precedente richiedono un adattamento rispetto al caso, che qui si considera. Non si tratta, infatti, di una mera 'interpretazione autentica' della portata di un precedente giudicato, bensì dell'adeguamento della misura dell'*astreinte* alla mutata situazione di fatto o della sua revisione qualora, pur in assenza di mutamenti fattuali, la sua applicazione risulti manifestamente iniqua. In questa prospettiva, la pronuncia giudiziale che dispone le penalità di mora o che interviene sulle stesse, modificando o revocando queste ultime,

²⁰⁷ Secondo l'Adunanza Plenaria, tale ipotesi è da considerarsi eccezionale e ristretta al caso in cui il «*giudice dell'ottemperanza non abbia esplicitamente fissato, a causa dell'indeterminata progressività del criterio dettato, il tetto massimo della penalità, e la vicenda successiva alla determinazione abbia fatto emergere, a causa proprio della mancanza del tetto, la manifesta iniquità*» (Consiglio di Stato, Ad. Plen., 9 maggio 2019, n. 7, par. 9.2 della parte in Diritto).

potrebbe configurarsi come misura accessoria e strumentale rispetto alle statuizioni giudiziali di cui tende ad assicurare l'esecuzione. Per il suo carattere di provvedimento di natura esecutiva e ordinatoria, tale pronuncia appare inidonea ad acquisire l'efficacia del giudicato in senso sostanziale, in quanto priva di un contenuto di accertamento²⁰⁸. L'assenza di decisività sembrerebbe escludere altresì che si tratti di provvedimenti impugnabili.

9. Conclusioni

L'analisi che si è svolta nelle pagine precedenti mette in luce la problematicità di un istituto, senz'altro innovativo, che non sembra suscettibile di agevole inquadramento nelle categorie processuali tradizionali.

La prospettiva che ne ha ispirato l'introduzione nel Codice del processo amministrativo è quella di assicurare l'effettività della tutela giurisdizionale, in un'ottica che coniuga quest'ultima con il principio di leale cooperazione tra le parti e il giudice, da un lato, e il principio di buon andamento dell'azione amministrativa, dall'altro.

I limiti più evidenti dell'istituto in esame risultano dal fatto che l'innovazione introdotta non modifica il principio per cui l'esecuzione/attuazione della sentenza spetta all'Amministrazione, il cui ruolo istituzionale, come autorità preposta alla cura dell'interesse pubblico, comporta che ad essa spetti valutare il contesto giuridico e fattuale nel quale la pronuncia deve trovare attuazione. Rispetto all'esercizio della funzione amministrativa, il controllo del giudice non può essere che successivo. In quest'ottica, l'intervento preventivo, consentito sotto forma di chiarimenti, si riduce all'interpretazione del provvedimento ottemperando.

Tale limite si è ritenuto, tuttavia, inapplicabile nell'ipotesi in cui la richiesta di chiarimenti provenga dal commissario *ad acta*. In tal caso, che presuppone l'inadempimento dell'Amministrazione rispetto al giudicato o al provvedimento equiparato, il carattere surrogatorio del giudizio di ottemperanza consente al giudice amministrativo di pronunciarsi anche su questioni che esorbitano i limiti oggettivi del giudicato e la cui risoluzione è

²⁰⁸ Consiglio di Stato, Ad. Plen., 9 maggio 2019, n. 7, che riconduce l'*astreinte* alle «statuizioni accessorie di carattere meramente strumentale rispetto alla materiale esecuzione del precetto, cristallizzatosi a seguito della fase di cognizione e di attuazione». In senso diverso v. N. SPADARO, *Modificabilità dell'astreinte*, cit., 153; L. PREVITI, *Natura giuridica e risvolti applicativi dell'astreinte*, cit., 1433-1434, secondo cui l'applicazione dell'*astreinte* avrebbe natura cognitoria.

necessaria per il corretto riesercizio del potere.

Sul piano della legittimazione attiva le preclusioni poste da una parte della giurisprudenza non sono apparse convincenti. I principi costituzionali e istituzionali in materia processuale hanno indotto a ritenere che qualsiasi parte possa proporre ricorso per chiarimenti. Si è ritenuto inoltre che quest'ultimo possa avere ad oggetto qualsiasi pronuncia che abbia un contenuto di accertamento e che individui (anche in termini "negativi" come per le sentenze di rigetto) una regola dell'azione amministrativa.

L'applicazione giurisprudenziale tende a fare dell'istituto della ottemperanza di chiarimenti uno strumento flessibile, tramite cui il giudice dell'ottemperanza, come «*giudice naturale della conformazione dell'attività amministrativa successiva al giudicato*»²⁰⁹, può guidare l'esecuzione verso il soddisfacimento della parte vincitrice, in aderenza al principio di effettività della tutela giurisdizionale. La possibilità che in sede di 'chiarimenti' il giudice dell'ottemperanza possa modificare o revocare le c.d. penalità di mora, seppur dia luogo alle difficoltà di carattere sistematico che si è cercato di evidenziare, sembrerebbe andare in questa direzione, dimostrando la tendenza della giurisprudenza a 'riversare' nella ottemperanza di chiarimenti forme di tutela che a stretto rigore sembrerebbe contenere qualcosa di più e di diverso rispetto alla interpretazione di una sentenza dal contenuto incerto.

Non si possono, tuttavia, sottacere i profili di criticità che presenta l'istituto dei chiarimenti.

Il rischio di un abuso della c.d. ottemperanza informativa si pone sia sul lato della Pubblica Amministrazione²¹⁰ che da parte dei privati. Sotto il primo aspetto, non sembra potersi escludere il ricorso ai chiarimenti per fini dilatori²¹¹ o come mezzo tramite cui l'autorità amministrativa abdica all'esercizio delle proprie funzioni, scaricando la responsabilità delle decisioni sul giudice. Dal punto di vista dei privati, invece, la richiesta di chiarimenti può essere uno strumento tramite cui il ricorrente cerchi di ottenere più di quanto gli spetti in base all'esito del giudizio di cognizione²¹².

In termini più generali, la richiesta di chiarimenti al giudice amministrativo, in misura maggiore rispetto al già problematico giudizio di ottemperanza²¹³, sembra rendere molto sottile il confine tra giurisdizione e amministrazione.

²⁰⁹ Consiglio di Stato, Ad. Plen., 15 gennaio 2013, n. 2.

²¹⁰ Cfr. GAFFURI, *Il giudizio d'ottemperanza*, cit., 1014.

²¹¹ Cfr. GAFFURI, *ibidem*, 1016.

²¹² Sul punto v. SANINO, *Il giudizio di ottemperanza*, cit., 217; SQUAZZONI, *La richiesta di chiarimenti nel corso del giudizio di ottemperanza*, cit.; VOLPE, *L'ottemperanza "di chiarimento"*, cit.

²¹³ Cfr. NIGRO, *Il giudicato amministrativo*, cit., 1175.

Richiamando insegnamenti di autorevole dottrina, si deve rimarcare che ogni forma di ‘commistione’ tra funzione amministrativa e funzione giurisdizionale, oltre a porsi in tensione con la Costituzione e con i principi dello Stato di diritto, tende a compromettere il corretto esercizio dell’una e dell’altra. Sotto questo profilo, la ‘giurisdizionalizzazione dell’amministrazione’, ossia l’invasione da parte del giudice di spazi che dovrebbero essere riservati all’Amministrazione, può apparire non meno ‘pericolosa’ della ‘amministrativizzazione della giustizia’, per evitare la quale la Costituzione appresta numerose garanzie²¹⁴.

Un uso sapiente dei propri poteri da parte del giudice amministrativo è allora necessario per ricondurre la c.d. ottemperanza di chiarimenti nell’alveo dei principi costituzionali e istituzionali che reggono la separazione tra funzione giurisdizionale e funzione amministrativa.

²¹⁴ Cfr. NIGRO, *La giurisdizione amministrativa di merito*, cit., 64. V. altresì MAZZAMUTO, *Il principio del divieto di pronuncia*, cit., 83; CAVALLO PERIN, *I limiti ai poteri delle giurisdizioni*, cit., 1005.

Antonio Senatore*

*Responsabilità e risarcimento in ambito
di mancata aggiudicazione di pubblica gara*

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. La natura della responsabilità: peculiarità delle procedure di aggiudicazione – 3. Dalla concezione ‘etica’ di responsabilità alla concezione ‘tecnicistica’ – 4. Gli oneri probatori, la tutela in forma specifica ed il rapporto con la tutela in forma equivalente – 5. La quantificazione del danno da mancata aggiudicazione – 6. Le voci del danno risarcibile da mancata aggiudicazione – 7. Le incidenze negative sul risarcimento (artt. 1227, comma 2, c.c. e 30, comma 3, c.p.a.) – 8. Il risarcimento della perdita di *chance*.

1. *Premessa*

La responsabilità civile della pubblica amministrazione, mentre è da tempo affermata - anche in virtù del disposto dell’art. 28 della cost. - quale conseguenza dell’attività giuridica svolta secondo diritto comune, è un approdo relativamente recente con riferimento all’esercizio del potere pubblico¹.

È alla nota sentenza della Corte di Cassazione Civile a Sezioni Unite n. 500 del 22 luglio 1999² che va attribuito il definitivo superamento del principio di irresponsabilità della pubblica amministrazione, invero, già messo in forte

* Avvocato in Roma

¹ Sul tema A. VIOLANTE, *La responsabilità civile della pubblica amministrazione da atti e comportamenti illegittimi*, Napoli, 2003; G. ALPA, in G. ALPA e M. BESSONE (a cura di), *La responsabilità civile*, III ed., Milano, 2001; F. SATTÀ, *Responsabilità della pubblica amministrazione*, in *Enc. Dir.*, XXXIX, 1988, p. 1369.

² Tra i vari commenti si segnala A. ORSI BATTAGLINI, C. MARZUOLI, *La Cassazione sul risarcimento del danno arrecato dalla pubblica amministrazione: trasfigurazione e morte dell’interesse legittimo*, in *Dir. Pubbl.*, 1/1999, p. 487; G. BERTI, *La giustizia amministrativa dopo il D.Lgs. n. 80 del 1998 e la sentenza n. 500 del 1999 della Cassazione*, *ibidem*, 1/2000, p. 1 s.s.; F.G. SCOCA, *Risarcibilità e interesse legittimo*, *ibidem*, 1/2000; p. 13 ss.; V. CAIANIELLO, *Postilla in tema di riparto fra le giurisdizioni*, *Nota a Cass. sez. un. civ. 22 luglio 1999, n. 500*, in *Foro Amm.*, 1999, pp. 2034 - 2038; V. CARBONE, *La Cassazione riconosce la risarcibilità degli interessi legittimi* *Nota a Cass. sez. un. civ. 22 luglio 1999, n. 500/SU*, in *Danno e resp.*, 1999, pp. 974 - 977.

crisi dal riconoscimento a livello comunitario della responsabilità dello Stato legislatore a causa dell'omesso, tardivo o erroneo recepimento di norme comunitarie non direttamente applicabili nell'ordinamento interno³.

Dopo la sentenza poc'anzi richiamata, seguita dalla modifica dell'art. 7 della legge 6 dicembre 1971, n. 1034 (c.d. legge Tar), a cura dell'art. 7 della legge 21 luglio 2000, n. 205, la giurisprudenza ha definitivamente inquadrato il risarcimento del danno da lesione di interesse legittimo nello schema della responsabilità extracontrattuale di cui all'art. 2043 c.c.⁴, ponendo in posizione recessiva l'orientamento, proposto da parte della dottrina, che qualifica l'illecito come peculiare responsabilità contrattuale derivante dal «contatto amministrativo»⁵.

Tuttavia, non si può che prendere atto oggi della mancanza di un autonomo statuto della responsabilità civile della pubblica amministrazione. La legislazione contempla principalmente regole di carattere processuale, come quelle contenute nel codice del processo amministrativo (artt. 7 30, 121-125), approvato a mezzo del d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, mentre i caratteri sostanziali della responsabilità rimangono ancora quelli elaborati dalla giurisprudenza amministrativa, che segue, come ricordato, lo schema della responsabilità aquiliana di cui all'art. 2043 c.c.⁶ Invero, va rilevato che l'art. 30 c.p.a. contiene alcuni riferimenti, come quelli al danno ingiusto ed all'art. 2058 c.c., che lascerebbero intendere una volontà legislativa, non solo riconducibile alla giurisprudenza, di voler ricondurre per esercizio illegittimo del poter amministrativo, allo schema dell'art. 2043 c.c.

Nemmeno l'ordinamento comunitario fornisce riferimenti utili sul regime della responsabilità della pubblica amministrazione, fatta salva la materia degli appalti, oggetto del presente contributo, ove alcune previsioni di rilievo sono contenute nella c.d. direttiva ricorsi, la direttiva 2007/66/CE, approvata dal Parlamento europeo e del Consiglio, l'11 dicembre

³ Corte di Giustizia CE 19 novembre 1991 (Francovich), che per prima riconosce la configurabilità di una responsabilità a carico degli Stati membri per i danni causati ai singoli cittadini per la violazione dei propri obblighi comunitari. Per la giurisprudenza interna, da ultimo, Cass. Civ., Sez. III, 22 novembre 2019, n. 30502, in *Giust. Civ. Massimario* 2019. E per una trattazione generale della materia si segnala tra molti contributi R. FORNASARI, *La responsabilità dello Stato per atto normativo derivante dalla violazione delle legittime aspettative dell'investitore*, in *Riv. Trim. dir. e proc. civ.*, 1/2019, pp. 219-246.

⁴ Cons. St., Sez. III, 29 gennaio 2020, n. 732 e Cass. Civ., Sez. Un., 14 gennaio 2020, n. 41, in www.dejure.it.

⁵ C. CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in *Studi in onore di L. Mengoni*, Milano, 1995, p. 147; G. SDAGANELLI, *La responsabilità precontrattuale da contatto sociale al vaglio del giudice amministrativo*, in www.giustamm.it.

⁶ Tra le più recenti Cons. St., Sez. V, 9 marzo 2020, n. 1674, in www.giustizia-amministrativa.it.

2007, di avvenuta modifica delle direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE, per il miglioramento delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici. La c.d. direttiva ricorsi non introduce una disciplina organica della responsabilità dell'amministrazione committente, ma si limita a regolare aspetti specifici, da un lato, affermando la distinzione tra risarcimento del danno e sanzioni alternative, dall'altro, lasciando al Legislatore interno la determinazione dei casi di inefficacia del contratto (in aggiunta alle ipotesi indefettibili di obbligatoria inefficacia ivi stabilite) e risarcimento del danno in forma equivalente.

Anche le più recenti direttive 2014/23/UE e 2014/24/UE, approvate il 26 febbraio 2014 dal Parlamento europeo e del Consiglio, recepite internamente da parte del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (c.d. nuovo codice degli appalti pubblici), non recano indicazioni ulteriori, che portano ad affermare che nella particolare materia degli appalti, a differenza delle altre materie costituenti l'ordinamento amministrativo, vi siano norme regolatrici del risarcimento del danno in tutti i suoi aspetti (natura, fatto illecito, elemento soggettivo, nesso di causalità, misura del risarcimento).

Il contributo più significativo, ai fini della determinazione dello statuto della responsabilità per le procedure di appalto della p.a., capace di creare una sensibile differenziazione tra detta responsabilità e quella emergente dall'azione autoritativa condotta in altri settori dell'ordinamento, si riscontra nella nota sentenza della Corte di Giustizia U.E. 9 dicembre 2010, C-568/08.

La pronuncia anzidetta, interpretando gli artt. 1, n. 1, e 2, nn. 1, 5 e 6 della sopra citata direttiva CE 89/665, sostanzialmente riprodotti nelle successive direttive 2014/23/UE e 2014/24/UE, afferma, in maniera assai innovativa, la responsabilità 'oggettiva' dell'amministrazione committente; con una conseguente pretermissione dall'indagine, da condurre a cura dell'organo giudicante, dell'elemento soggettivo (colpa oppure dolo) della responsabilità, che rimane così subordinata alla sussistenza degli altri elementi costitutivi: il danno, l'antigiuridicità della condotta provvedimentoale, la sussistenza di un nesso di causalità diretta e necessaria tra condotta e danno.

Ne è derivata una concezione della responsabilità amministrativa in materia di appalti, come detto, innovativa, senza precedenti, che tuttavia non ha coinvolto la concezione generale della responsabilità derivante dell'esercizio del potere autoritativo, considerato che la giurisprudenza amministrativa seguente, sin da subito, ha ritenuto che l'orientamento espresso da parte della Corte di Giustizia dovesse rimanere confinato alla violazione della normativa comunitaria in tema di appalti e non meritasse di trovare applicazione in maniera estensiva⁷.

⁷ Tra molte in questi termini Cons. St., Sez. V, 7 giugno 2013, n. 3133 e Tar Lazio, Roma,

2. La natura della responsabilità: peculiarità delle procedure di aggiudicazione

Sulla scorta dei fondamentali principi affermati dalla sopra richiamata sentenza della Corte di Cassazione n. 500/1999, la giurisprudenza amministrativa si è costantemente orientata nel ricondurre allo schema dell'art. 2043 c.c. la responsabilità dell'amministrazione derivante dall'esercizio del potere autoritativo. Da questo punto di vista, il primo elemento costitutivo, ma non risolutivo e sufficiente, è l'illegittimità dell'azione amministrativa, cui deve seguire il positivo riscontro di tutti gli altri elementi costitutivi della responsabilità, ossia la lesione della situazione soggettiva di interesse tutelata dall'ordinamento, ossia la sussistenza di un danno, la colpa o il dolo della pubblica amministrazione quale elemento soggettivo, ed infine il nesso causale tra l'illecito e il danno subito⁸.

In modo significativo l'elemento soggettivo è ravvisato, oltre che nel dolo inteso come volontarietà della condotta, tesa a nuocere al privato destinatario dell'azione amministrativa, anche nella c.d. 'colpa di apparato', con essa facendo riferimento non alla colpa del funzionario agente, ma alla colpa dell'amministrazione intesa come apparato. Tale forma di colpa è ravvisata in ogni difettoso funzionamento dell'apparato amministrativo, ossia nella violazione dei canoni di imparzialità, correttezza e buona amministrazione, riconducibili all'art. 97 della cost., oppure nella negligenza, nelle omissioni o negli errori interpretativi di norme, ritenuti non scusabili, in ragione dell'interesse giuridicamente protetto del privato che instaura un rapporto con l'amministrazione pubblica⁹.

A fattore escludente della c.d. colpa di apparato la medesima giurisprudenza eleva l'errore scusabile, ravvisato al cospetto di contrasti giudiziari circa l'interpretazione della norma applicata, oppure, in generale, di un quadro normativo di riferimento incerto o della complessità della situazione di fatto in cui si è calata l'azione amministrativa.¹⁰ La colpa di apparato è ritenuta, altresì, insussistente allorché il comportamento si collochi nella

Sez. III, 7 novembre 2013, n. 11025, entrambe su www.giustizia-amministrativa.it.

⁸ *Ex multis* Cons. St., Sez. IV, 4 febbraio 2020, n. 909 e Cons. St., Sez. V, 2 gennaio 2019, n. 14, *idem* Tar Lazio, Roma, Sez. III *quater*, 5 luglio 2017, n. 7941, tutte su www.giustizia-amministrativa.it. Per una trattazione generale della tutela risarcitoria nei confronti della P.A., si rinvia a F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, X ed., 2017, pp. 226 – 309.

⁹ Sull'elemento soggettivo della responsabilità extracontrattuale della p.a., più di recente, Cons. St., Sez. V, 14 febbraio 2020, n. 1181 e Cons. St., Sez. V, 24 gennaio 2020, n. 601, entrambe in www.dejure.it.

¹⁰ Sull'errore scusabile, tra molte, Tar Lazio, Roma, Sez. III, 3 dicembre 2019, n. 13835, in www.dejure.it.

contingenza e doverosità di sovvenire ad esigenze di celerità - come quello sussistente nel caso di adozione di interdittive prefettizie e in generale di misure cautelari - quando al momento dell'emanazione del provvedimento, non emergono elementi che denotino la mala fede, gravi irregolarità, poco commendevoli mancanze di diligenza, né intendimenti finalizzati in modo evidente a nuocere all'interessato, posto che tali provvedimenti non intendono reprimere la posizione dei singoli, ma salvaguardare gli interessi della pubblica amministrazione¹¹.

Non mancano tuttavia posizioni differenti, volte, non ad elidere il requisito soggettivo della responsabilità, ma quantomeno a semplificare gli oneri probatori in carico al danneggiato. Ci si riferisce a quella tesi secondo cui la colpa di appartato può ritenersi presunta alla luce di elementi significativi, *in primis* l'accertata illegittimità del provvedimento amministrativo, considerato che l'elemento soggettivo è un effetto, se non automatico, comunque altamente probabile dell'accertata illegittimità¹². La tesi conduce, dunque, a ritenere sussistente una presunzione 'semplice', ai sensi degli artt. 2727 e 2729 c.c., di responsabilità, con la possibilità, da parte dell'amministrazione coinvolta, di fornire una prova contraria dell'assenza di colpa, adducendo ipotesi di errore scusabile nei termini di cui sopra ricordato¹³. In altre parole, l'illegittimità dell'azione amministrativa è intesa come indice, grave, preciso e concordante di un atteggiamento colposo dell'amministrazione e, dunque, censurabile, secondo uno schema di prova indiretta e adeguata semplificazione probatoria¹⁴.

Si tratta di una tesi che trova particolare seguito in giurisprudenza,

¹¹ In tema di interdittive antimafia, di cui artt. 84 e 91 del d.lgs. n. 159/2011, Cons. Stato, Sez. III, 1° aprile 2019, n. 2157 e Cons. St., Sez. III, 12 febbraio 2015, n. 748, in www.giustizia-amministrativa.it, in tema P. CANAPARO, *Informativa antimafia illegittima e risarcimento del danno: nessun rapporto automatico*, in *App. e Contr.*, 5/2018, pp. 22-27. Con riferimento alla fattispecie simile dello scioglimento degli enti locali per infiltrazioni mafiose ai sensi all'art. 143 del d.lgs. n. 267/2000, da ultimo Tar Lazio, Roma, Sez. I, 28 febbraio 2020, n. 2623, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹² V. CINGANO, *Onere della prova ed elemento soggettivo nell'azione di responsabilità contro la P.A. per il risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi*, in *Dir. Proc. Amm.*, III/2013, pp. 559-581;

¹³ Tra molte Cons. St., Sez. IV, 3 settembre 2019, n. 6076 e Tar Sicilia, Palermo, Sez. III, 21 giugno 2019, n. 1667, in www.dejure.it.

¹⁴ Cons. St., Sez. IV, 12 aprile 2018, n. 2197 e Tar Piemonte, Sez. I, 27 giugno 2014, n. 1140, in www.dejure.it. Sul tema S. VALAGUZZA, *Percorsi verso una "responsabilità oggettiva" della pubblica amministrazione*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1/2009, pp. 51-100; M.C. CAVALLARO, *La rilevanza dell'elemento soggettivo nella struttura dell'illecito della pubblica amministrazione: un ulteriore chiarimento del Consiglio di Stato*, in *Nuove autonomie*, 5/2005, pp. 741-749.

ma cui è mossa l'obiezione secondo cui la stessa finirebbe per comportare un'inversione dell'onere della prova, da ritenersi inammissibile secondo lo schema dell'art. 2043 c.c.¹⁵ Se ne desume, di conseguenza, che l'azione amministrativa illegittima non sarebbe capace di per sé e da sola di disvelare una c.d. colpa di apparato, rimanendo l'azione risarcitoria assoggettata agli oneri probatori che si impongono al privato danneggiato per ogni elemento costitutivo della responsabilità aquiliana, incluso quello soggettivo. Se ne desume, altresì, che il ricorso alle presunzioni sarebbe consentito, ma con il pieno potere di apprezzamento del giudice in ordine alla relativa idoneità a rango di prova, secondo lo schema del generale onere di cui all'art. 2967 c.c., e secondo le concrete risultanze processuali in essere.

A tale ordine di considerazioni se ne può aggiungere un'ulteriore: la presunzione di colpa da ricondurre all'accertata illegittimità del provvedimento amministrativo, finirebbe per introdurre una peculiare fattispecie di responsabilità 'aggravata', che, unitamente alla responsabilità 'oggettiva', costituiscono, nel sistema del diritto comune a cui si rifa la giurisprudenza amministrativa, fattispecie derogatorie della generale responsabilità aquiliana di cui all'art. 2043 c.c. (come quelle di cui agli artt. 2047, 2050 c.c.), ragione per la quale fattispecie del genere necessitano di una espressa previsione legislativa, che le introduca nell'ordinamento, mancante nel caso di specie, anche considerata la ricordata mancanza di uno statuto giuridico della responsabilità della pubblica amministrazione.

L'orientamento generale sopra delineato, che vuole una decisione del giudice che stabilisce se evento dannoso sia imputabile o meno a titolo di dolo oppure colpa della pubblica amministrazione, e che ravvisa, dunque, la colpa ed il dolo quali componenti indefettibili della responsabilità dell'amministrazione, ha trovato applicazione anche in materia di gare pubbliche¹⁶.

Tuttavia, l'effetto che ne conseguito è stato ricondurre a pochi casi il riconoscimento di un errore elevabile a colpa, in una materia, quella degli appalti pubblici, interessata da una normativa di elevato grado tecnico, soggetta a continue modifiche legislative, ad oscillazioni giurisprudenziali frequenti, capaci di creare situazioni in cui è sempre risultato difficile muovere obiezioni in punto di mancanza di perizia e di diligenza della

¹⁵ R. DE NICTOLIS, *Il risarcimento del danno: modalità e tecniche di liquidazione nel settore delle pubbliche gare*, in www.giustizia-amministrativa.it; *idem* E.M. BARBIERI, *Lesione di interessi legittimi, risarcimento del danno e colpa della pubblica amministrazione*, in *Nuovo notiziario giuridico*, II/2019, pp. 311-320.

¹⁶ Tar Liguria, Sez. I, 23 dicembre 2009, n. 3875 e Tar Sardegna, Sez. I, 17 dicembre 2009, n. 2223, in www.dejure.it.

pubblica amministrazione, a norma dell'art. 1176 c.c.

All'elevato grado di insoddisfazione, per la tutela delle situazioni giuridiche lese, derivante dall'applicazione del suddetto orientamento, ha per così dire posto 'rimedio' la più volte richiamata pronuncia della Corte di Giustizia Europea 9 dicembre 2010, C-568/08. Tale sentenza afferma che al cospetto di una aggiudicazione illegittima la tutela dell'operatore economico leso, che si è visto privare della pubblica commessa, spetta a prescindere dal carattere colpevole della violazione. Secondo la Corte di Giustizia, diversamente opinando, il rimedio del risarcimento in forma equivalente non sarebbe un'alternativa valida ed effettiva rispetto a quello in forma specifica (l'aggiudicazione), che opera a prescindere dal riscontro della colpa. A queste conclusioni giunge in base ali artt. 1, n. 1, e 2, nn. 1, 5 e 6 della direttiva 89/665, finendo per instaurare un parallelismo tra i due rimedi (tutela in forma specifica e per equivalente), tale da far presupporre un'identica natura¹⁷.

L'elemento della colpa è risultato, pertanto, estromesso definitivamente dalla fattispecie della responsabilità della amministrazione pubblica; il che comporta l'impossibilità di quest'ultima di fare leva su ogni difetto di imputabilità soggettiva della violazione della normativa in materia di appalti, rendendo inattuale e superando la presunzione di colpevolezza sulla quale la sopra richiamata giurisprudenza si era soffermata in materia di responsabilità extracontrattuale della p.a.

In linea con le affermazioni della Corte di Giustizia è la pressoché unanime giurisprudenza amministrativa successiva, a mente della quale la responsabilità per danni conseguenti all'illegittima aggiudicazione di una pubblica gara non richiede la prova dell'elemento soggettivo della colpa, trattandosi di un modello di responsabilità 'oggettiva', disancorato dall'elemento soggettivo e coerente con l'esigenza di assicurare l'effettività del rimedio risarcitorio in forma equivalente¹⁸.

¹⁷ In questi termini, ed anche per un efficace commento alla pronuncia, R. GIOVAGNOLI, *Tutela in forma specifica e tutela in forma equivalente dell'interesse all'aggiudicazione*, in *Urb. e App.*, 4/2011, p. 398.

¹⁸ Tar Lazio, Roma, Sez. I, 3 giugno 2019, n. 7132 e 28 maggio 2019, n. 6690 in www.dejure.it; *idem* Cons. St., Sez. V, 25 febbraio 2016, n. 772, in www.giustizia-amministrativa.it; *contra*, in maniera recessiva, Cons. St., Sez. V, 24 febbraio 2011, n. 1184. In tema B. BOSCHETTI, *Natura oggettiva della responsabilità per danni in materia di appalti: nuovi fondamenti tra norme e principi*, in *Urb. e App.*, 2/2013, pp. 165-176.

3. Dalla concezione 'etica' di responsabilità alla concezione 'tecnicistica'

Come sopra rammentato, la Corte U.E. afferma che gli artt. 1, n. 1, e 2, nn. 1, 5 e 6 della direttiva 89/665 non prevedono che la violazione delle norme sugli appalti pubblici, atta a far sorgere un diritto al risarcimento a favore del soggetto leso, debba presentare caratteristiche particolari, quale quella di essere connessa ad una colpa, comprovata o presunta, dell'amministrazione aggiudicatrice. Tuttavia, sul punto si rileva come nell'ordinamento interno, nel quale inevitabilmente deve collocarsi la responsabilità da illegittima aggiudicazione, è ferma la regola generale di una responsabilità extracontrattuale basata sul dolo o sulla colpa, mentre la responsabilità oggettiva, che prescinde dalla colpa, opera con riguardo a specifiche attività e fattispecie, previste in modo espresso dal Legislatore.

Pertanto, la responsabilità oggettiva non può configurarsi sulla base della mera circostanza, evidenziata dalla predetta pronuncia, che vede le norme comunitarie non aver previsto l'elemento costitutivo della colpa. Non può essere un elemento testuale del genere, cioè un mancato richiamo all'elemento soggettivo della colpa, a configurare, senza indicazioni ulteriori, una responsabilità oggettiva, dovendosi ritenere necessaria - rilevando una responsabilità eccezionale rispetto a quella generale extracontrattuale - una norma, non rinvenibile negli articoli poc'anzi citati, che configuri la responsabilità estromettendo in modo espresso l'elemento soggettivo¹⁹.

La natura eccezionale e derogatoria della responsabilità oggettiva imporrebbe, affinché possa configurarsi nella materia degli appalti per l'illegittima aggiudicazione, un'esplicita previsione in questo senso, ossia capace di affermare in maniera chiara ed inequivoca l'irrelevanza dell'elemento soggettivo. Ed una previsione del genere, non solo manca nell'ambito della normativa comunitaria, ma manca anche nell'ordinamento interno, che, come ricordato nelle premesse del presente contributo, non regola la responsabilità risarcitoria della pubblica amministrazione, facendo ancora

¹⁹ Una norma del genere è rinvenibile, nell'art. 112, comma 3, c.p.a., per la responsabilità da impossibile esecuzione in forma specifica del giudicato. L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, 12 maggio 2017, n. 2, in www.giustizia-amministrativa.it, riconduce alla previsione una responsabilità oggettiva della p.a., ossia una «*forma di responsabilità che, nei casi di impossibilità non imputabile a violazione o elusione del giudicato, presentata i caratteri della responsabilità oggettiva, perché non è ammessa alcuna prova liberatoria fondata sulla carenza dell'elemento soggettivo (dolo o colpa), che, invece, necessariamente connota le ipotesi di violazione o elusione del giudicato; potendo la responsabilità essere esclusa solo per la insussistenza (originaria) o il venir meno del nesso di causalità, il cui onere probatorio grava sul debitore medesimo*».

riferimento, a distanza di oltre un ventennio dalla pronuncia delle SS.UU. della Cassazione n. 500/1999, alla fattispecie generale e civilistica dell'art. 2043 c.c.

È criticabile, di conseguenza, lo stesso giudizio conclusivo della Corte U.E., secondo cui le direttive comunitarie devono essere interpretate nel senso che osterebbe alla normativa nazionale subordinare il diritto ad ottenere un risarcimento, quale motivo di una violazione della disciplina sugli appalti, al carattere colpevole di tale violazione, anche nel caso in cui l'applicazione della normativa in questione sia incentrata su una presunzione di colpevolezza in capo all'amministrazione suddetta, nonché sull'impossibilità per quest'ultima di far valere la mancanza di proprie capacità individuali e, dunque, un difetto di imputabilità soggettiva della violazione lamentata. Una conclusione in questo senso avrebbe invero meritato un contrasto che non emerge in maniera così nitida tra la normativa nazionale e la normativa comunitaria, per il fatto che quest'ultima non presenta una formulazione testuale tale da essere interpretata nel senso di prevedere una responsabilità sganciata da ogni indagine e giudizio sulla rimproverabilità soggettiva della violazione occorsa e del pregiudizio arrecato.

Invero, l'orientamento giurisprudenziale originato dalle indicazioni della Corte di Giustizia in materia di illegittima aggiudicazione sembra aver introdotto una concezione di responsabilità extracontrattuale di tipo 'tecnicistico', in contrapposizione alla tradizionale concezione 'etica'.

La concezione 'etica' ravvisa nella responsabilità extracontrattuale la repressione di un atto colpevole, cioè la sanzione che segue alla volontaria violazione di un comando giuridico, che è al tempo stesso un dovere morale: non arrecare ad altrui danno²⁰. Una concezione, dunque, che trova come elemento centrale un atteggiamento biasimevole, espresso dal dolo e dalla colpa, che costituisce il requisito soggettivo dell'illecito, ossia come un modo di essere della volontà del soggetto. Tale concezione tradizionale di responsabilità ha iniziato a patire nel tempo una contestazione, in esito alla progressiva e tutt'ora in essere 'massificazione' del danno²¹, quest'ultima originata dal progresso tecnologico, scientifico ed industriale, che ha comportato una moltiplicazione delle cause di pregiudizio, e contestualmente il moltiplicarsi e l'aumentare della complessità delle prestazioni, dei prodotti, dei servizi, delle stesse norme alla base delle relazioni giuridiche tra consociati²².

²⁰ In tema si veda M. BIANCA, *La responsabilità*, II ed., Milano, 2019, p. 546 ss.

²¹ Si veda ancora M. BIANCA, *La responsabilità*, cit., p. 549.

²² In merito alle ragioni sociali ed economiche della responsabilità oggettiva R. COOTER, U.

La massificazione del danno, per come sopra intesa, ha messo in crisi il sistema della responsabilità per colpa, che è risultata molto spesso inadeguata a far fronte alle istanze di tutela della persona. Di qui la nascita di una concezione tecnicistica della responsabilità, che non deve più essere intesa come un sistema repressivo che colpisce un'azione vietata dall'ordinamento, ma come uno strumento di riequilibrio economico del danno: il compito della responsabilità non sarebbe quello di punire il colpevole, ma di far sì che il danno derivante da un fatto illecito venga riparato²³. Di conseguenza, la concezione tecnicistica si caratterizza per ripudiare la colpa - indicata come elemento irrilevante e ingiustamente limitativo del risarcimento - dagli elementi costitutivi della responsabilità civile, che troverebbe invece proprio fondamento nell'antigiuridicità del fatto e nel nesso causale.

Si tratta tuttavia di una tendenza non ancora largamente condivisa, visto che l'approccio, anche quello più recente, del Legislatore interno, di fronte a materie ed ambiti d'azione che richiedono particolare complessità tecnico o scientifica, è quello di introdurre fattispecie di responsabilità, per così dire, rafforzata, ossia per colpa grave, piuttosto che responsabilità oggettiva o aggravata²⁴.

Per quanto la letteratura giuridica e la giurisprudenza in tema di responsabilità extracontrattuale rimangano tutt'oggi fedeli alla concezione etica della responsabilità, a chi scrive sembra che le indicazioni provenienti dalla giurisprudenza comunitaria abbiano voluto dare ingresso nella materia degli appalti ad una concezione tecnicistica della responsabilità. Del resto, si è sopra ricordato come l'applicazione del tradizionale orientamento in tema di responsabilità extracontrattuale della c.d. colpa di apparato avrebbe come effetto quello, non di rado verificatosi, di rendere particolarmente difficile, nella materia degli appalti caratterizzata da particolare complessità tecnica, il riscontro dell'elemento soggettivo e l'assolvimento del relativo onere della prova in capo al danneggiato, con una conseguente e generale inadeguatezza del sistema di tutela processuale apprestato in favore dell'operatore economico danneggiato dall'amministrazione pubblica²⁵.

MATTEI, P.G. MONATERI, R. PARDOLESI, T. ULEN, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*, Vol. I, Bologna, 1999, p. 215 ss.

²³ In questo senso R. SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità civile*, in *Novissimo Dig. It.*, XV, Torino, 1968, pp. 164 e 171 e M. BARCELLONA, *Corso di Diritto Civile*, Torino, 2011, p. 13.

²⁴ Si veda per la responsabilità da malpratica sanitaria l'art. 6 della legge 8 marzo 2017, n. 24 (Legge Gelli).

²⁵ Sulla natura oggettiva della responsabilità, intesa come strumento di "effettività del rimedio risarcitorio" e, più in generale, come mezzo per una tutela effettiva di cui all'art. 1 del c.p.a., Cons. St., Sez. V, 25 febbraio 2016, n. 772, Tar Campania, Napoli, Sez. I, 13

4. *Gli oneri probatori, la tutela in forma specifica ed il rapporto con la tutela in forma equivalente*

Sotto il profilo degli oneri probatori va ricordato preliminarmente che la giurisprudenza²⁶ e la dottrina²⁷ interpretano gli artt. 63 e 64 c.p.a. richiedendo alle parti l'onere di provare i fatti a sostegno delle proprie pretese, senza però che tale onere si caratterizzi con l'applicazione della regola dall'art. 2697 c.c. in maniera puntuale, ma con un temperamento dato dalla possibilità di un intervento surrogatorio in favore delle parti a cura del giudice. Le parti, in particolare il ricorrente, assolvono i gli oneri istruttori introducendo nel processo elementi probatori "nella loro disponibilità" (comma 1, art. 64), mentre ove tali elementi probatori siano "nella disponibilità della pubblica amministrazione" (comma 3), la conseguenza negativa della mancata allegazione non può comportare una reiezione diretta ed immediata delle loro pretese, ammettendosi in questo caso l'intervento surrogatorio (detto anche acquisitivo) del giudice, che può essere richiesto dalle parti interessate o disposto di ufficio.

Il rapporto tra oneri probatori di parte e poteri istruttori del giudice trova in alcuni casi delle deroghe rispetto al sistema sopra delineato, sia nel senso di un maggiore irrigidimento degli oneri di parte, sia nel senso di una consistente attenuazione di essi, accompagnata da una estensione dell'intervento probatorio officioso; ciò, ovviamente, in virtù del diverso atteggiarsi del rapporto tra le parti del giudizio sul piano della disponibilità della prova. Per il primo caso vale proprio il contenzioso per il risarcimento del danno da lesione di interesse legittimo ed in generale tutte le controversie ove si faccia questione di diritti soggettivi. In queste controversie la giurisprudenza non ammette una attenuazione dell'onere probatorio per la parte ricorrente, appunto, in ragione della piena disponibilità per lo stesso ricorrente della prova del danno e degli altri elementi costitutivi della fattispecie della responsabilità extracontrattuale, ed ancora in considerazione della condizione di parità tra le parti che caratterizza le situazioni giuridiche di diritto soggettivo²⁸.

settembre 2016, n. 4256 e Tar Marche, 7 settembre 2018, n. 581, tutte in www.dejure.it.

²⁶ Per l'ampiezza degli argomenti Tar Sicilia, Catania, Sez. IV, 16 maggio 2014, n. 1639, in www.dejure.it.

²⁷ F.G. SCOCA, *Mezzi di prova ed attività istruttoria*, in A. QUARANTA - V. LOPILATO, *Il processo amministrativo*, Milano, 2011, pp. 543; N. SAITTA, *Sistema di Giustizia Amministrativa*, Milano, 2012, p. 275.

²⁸ Cons. St., Sez. III, 5 marzo 2020, n. 1607 e Cons. St., Sez. III, 24 dicembre 2019, n. 8813, in www.dejure.it.

Come appena detto, non si fa eccezione agli oneri probatori nei termini suddetti in materia di responsabilità e risarcimento del danno da illegittima aggiudicazione, ove le uniche peculiarità discendono nella natura oggettiva (*id est* non colpevole) della responsabilità di che trattasi²⁹.

La conformazione della tutela risarcitoria in materia di pubbliche gare si caratterizza, secondo un'impostazione che la accomuna a quella generale discendente dall'illecito extracontrattuale ed emergente dall'art. 2058 c.c., come volta a privilegiare la tutela in forma specifica degli interessi lesi dell'operatore economico, ponendo come tutela subordinata quella in via equivalente, cui è possibile accedere solo una volta riscontrata l'impossibilità di accedere alla prima forma di tutela.

Gli istituti dello *stand-still* processuale e sostanziale di cui all'art. 32 del d.lgs. n. 50/2016³⁰, il sistema delineato dagli artt. 121 e s.s. del c.p.a., indicano chiaramente una volontà del Legislatore di apprestare, in maniera più efficace e celere possibile, una tutela in forma specifica degli interessi dell'operatore economico partecipante ad una gara i cui atti sono affetti da vizi di legittimità³¹. Una tutela in forma specifica in materia si riscontra, altresì, nella prassi e negli orientamenti seguiti dal giudice amministrativo nell'ambito dell'impugnazione di bandi contenenti c.d. 'clausole escludenti' e dei provvedimenti di esclusione dalla gara, qualora l'atto di aggiudicazione non sia ancora intervenuto; ciò mediante la riammissione in gara dell'operatore escluso oppure con l'ammissione con riserva dell'operatore privo del requisito escludente (e contestato in giudizio), in tal modo attribuendo all'operatore ricorrente la possibilità concreta di ottenere l'ambita commessa pubblica³².

Nell'ottica del risarcimento in forma equivalente, come rimedio derivante dall'impossibilità di accordare un risarcimento in forma specifica, sono significativi i contenuti dell'art. 124, comma 1, del c.p.a., a mente del quale l'accoglimento della domanda dell'operatore economico ricorrente di conseguire l'aggiudicazione e il contratto è condizionato alla dichiarazione di

²⁹ Cons. St., Sez. V, 26 luglio 2019, n. 5283 e Cons., St., Sez. V, 28 gennaio 2019, n. 697, in www.dejure.it. sul tema si veda anche R. CIPPITANI, *La responsabilità delle amministrazioni aggiudicatrici nella fase precedente alla stipula del contratto*, in *Urb. e App.*, 2/2018, p. 246/258.

³⁰ Per un commento dell'art. 32 del d.lgs. n. 50/2016, si segnala, G.D. COMPORTELLI, *Il procedimento e il responsabile* (a cura di M. CLARICH), in *Commentario al codice dei contratti pubblici*, II ed., Torino, 2019, p. 273 e ss.; L. PERFETTI, *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Milano, II ed., 2017, pp. 308-320.

³¹ R. DE NICTOLIS, *Codice del processo amministrativo commentato*, Milano, 2017, p. 1943 ss.

³² Tar Puglia, Bari, Sez. III, 7 gennaio 2020, n. 10 e Tar Lazio, Roma, Sez. I, 5 dicembre 2019, 13915, in www.dejure.it.

inefficacia dello stesso contratto, se stipulato con l'aggiudicatario selezionato illegittimamente, ai sensi degli artt. 121, comma 1, e 122. Tuttavia, precisa l'art. 124, comma 1, al secondo, che «*se il giudice non dichiara l'inefficacia del contratto dispone il risarcimento del danno per equivalente, subito e provato*». Al di là della portata degli oneri probatori derivante dall'art. 124, comma 1, c.p.a., sui quali si tornerà a breve, la norma in esame è indicativa del valore 'recessivo' della tutela in forma equivalente.

Una tutela in forma equivalente che può accordarsi all'operatore economico, leso dall'illegittimità della procedura, al cospetto dell'impossibilità di dichiarare inefficace il contratto e disporre il subentro dello stesso operatore nell'esecuzione dell'appalto, a cui fanno riferimento gli artt. 121, comma 2, 122, comma 1, e 125, c.p.a., e che la prassi ravvisa nel decorso del periodo di affidamento (per i servizi e le forniture) o nell'ultimazione della commessa appaltata (per i lavori)³³.

Una tutela in forma equivalente che può essere accordata, altresì, laddove non risulti nemmeno più possibile quella forma di ulteriore tutela specifica, cennata dall'art. 122, ossia la riedizione della gara, per via dell'annullamento integrale di quest'ultima, quale effetto conformativo del giudicato, da ritenere conseguenza ineluttabile in riscontro di vizi di legittimità radicali, ossia tali da rendere inattendibile nella sua interezza il processo selettivo del contraente della p.a.³⁴

Inoltre, dall'art. 124, ultimo periodo, c.p.a., si deduce che il risarcimento del danno in forma equivalente rimane condizionato, alla prova - da rendere in base ad un giudizio prognostico - che l'operatore ricorrente, qualora la p.a. non fosse incorsa nelle illegittimità riscontrate, avrebbe visto affidarsi certamente l'appalto, tuttavia, non più ottenibile (*id est* eseguibile) per le ragioni suddette³⁵.

L'art. 124 c.p.a., dunque, non fa altro che ribadire, per la peculiare materia degli appalti, il principio generale che ritiene imprescindibile la lesione del 'bene della vita', correlato all'interesse legittimo ugualmente leso

³³ Sull'argomento V. PALMIERI, *Azione d'annullamento quale rimedio giudiziale principale ed azione risarcitoria quale rimedio giudiziale residuale*, in *Nuovo. Notiz. Giur.*, 1/2018, pp. 5 ss.

³⁴ Cons. St., Sez. III, 16 aprile 2018, n. 2258 e 2 marzo 2018, n. 1312, in www.dejure.it. *L'utilitas* che la parte ricorrente in giudizio può ritrarre dalla rinnovazione della gara costituisce un interesse c.d. strumentale, che la Corte di Giustizia U.E. riconosce, nelle controversie relative all'aggiudicazione di appalti pubblici, come meritevole di tutela ed attuazione delle esigenze di effettività (Corte di Giustizia UE, 5 aprile 2016, C-689/13, in www.dejure.it); in tema G. IUDICA, *I vizi radicali nel procedimento amministrativo ed il loro trattamento processuale*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2/2019, pp. 373-465.

³⁵ *Ex multis* Cons. St., Sez. VI, 27 marzo 2019, n. 2036, in www.dejure.it.

da parte della procedura di gara illegittima, quale condizione prodromica per accedere alla tutela risarcitoria. In tali ipotesi rientrano, esemplificando, le controversie ove la seconda classificata in graduatoria dimostra la illegittimità dell'aggiudicazione della gara alla prima classificata, la quale, diversamente, avrebbe meritato di essere estromessa dalla procedura o collocata in posizione inferiore rispetto alla ricorrente.

La certezza dell'*utilitas* non conseguita è l'elemento differenziale tra la tutela in forma equivalente della mancata aggiudicazione della gara e la tutela della perdita della *chance* di ottenere l'aggiudicazione, quest'ultima oggetto di successiva trattazione nel presente contributo, e che per ora si anticipa essere parimenti tutelabile ai sensi dell'art. 124 c.p.a.³⁶

Non di rado la tutela in forma specifica e quella in forma equivalente si pongono, non in rapporto alternativo, bensì di concorrenza per ragioni di effettività e pienezza della tutela complessiva. Si tratta delle ipotesi in cui la pronuncia del giudice amministrativo, che dispone l'annullamento dell'aggiudicazione ed il subentro nel contratto del ricorrente vittorioso, interviene nelle more dell'esecuzione dell'appalto. In tali specifici casi, la domanda di risarcimento in forma equivalente di cui all'art. 124 c.p.a., se proposta contestualmente a quella di tutela in forma specifica, è accoglibile con riferimento al periodo in cui il rapporto ha avuto esecuzione³⁷. Diversamente, se non proposta contestualmente alla domanda di annullamento e di subentro nel contratto, è consentita, all'operatore economico leso e vittorioso, la possibilità di proporre un'autonoma azione risarcitoria, ai sensi dell'art. 30 e dello stesso art. 124 c.p.a, per il ristoro in forma equivalente dei pregiudizi derivati dal non aver potuto eseguire l'appalto; e ciò per il periodo intercorrente tra l'illegittimo affidamento di quest'ultimo ad altro operatore ed il subentro dell'operatore vittorioso in esito all'accoglimento della relativa domanda di tutela in forma specifica di cui agli art. 121 e ss. c.p.a.

Va anche richiamata la possibilità di formulare una domanda risarcitoria in forma equivalente, per la prima volta, in sede di giudizio di ottemperanza, ai sensi degli artt. 112, comma 3, c.p.a. Un potere

³⁶ Dubbi sulla risarcibilità della perdita della *chance* di aggiudicazione della gara erano sorti, in aggiunta a conseguenti dubbi di incostituzionalità, in merito alla disposizione che precedeva l'art. 124 c.p.a., ossia l'art. 245-*quinques* del d.lgs. n. 163/2016, introdotto dal d.lgs. n. 53/2010, al fine di recepire la c.d. direttiva ricorsi, che consentiva di risarcire il danno al «solo ricorrente avente titolo all'aggiudicazione».

³⁷ Tra molte Cons. St., Sez. V, 13 dicembre 2017, n. 5855 e Sez. V, 29 gennaio 2015, n. 404, in www.giustizia-amministrativa.it; G. SABATO, *Il risarcimento del danno senza "pregiudiziale di ottemperanza"*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 4/2016, pp. 555-561.

riconosciuto una volta riscontrata l'obiettivo impossibilità di poter accordare una tutela in forma specifica, con la materiale attribuzione dell'utilità e/o del bene alla vita ambiti (es. l'esecuzione dell'appalto per cui vi è stata causa) alla parte risultata vittoriosa in esito al giudizio cognizione³⁸.

Sull'argomento occorre dare atto dell'esistenza di un orientamento che tende ad escludere detto rapporto di concorrenza tra i due rimedi risarcitori, ossia che si rifiuta di riconoscere la subordinazione del risarcimento in forma equivalente nei casi di impossibilità parziale ad ottenere l'aggiudicazione, attribuendo, sostanzialmente, alla volontà del ricorrente, in caso di vittoria, la scelta se optare per un'esecuzione parziale dell'appalto o, in alternativa, chiedere il risarcimento in forma equivalente.

Si tratta di un orientamento, di natura recessiva, che si fonda sulle seguenti (e ad ogni modo, molto interessanti) considerazioni: *«l'interesse originario dell'impresa è indirizzato all'esecuzione dell'appalto per il suo complessivo valore, quale identificato nel bando di gara, la prestazione del servizio per un periodo di limitata durata introduce condizioni nuove negli aspetti economici ed organizzativi, che l'impresa può valutare con la più ampia sfera di autonomia con riguardo sia al diverso impegno di mezzi e attrezzature, sia al mutato livello di remunerazione che ne può conseguire in relazione all'offerta presentata in sede di gara»*; giungendo, conclusivamente, a riconoscere *«... la possibilità di optare per il risarcimento per equivalente e di rifiutare l'esecuzione, ormai solo parziale del giudicato, deriva anche dall'applicazione del principio di carattere generale, desumibile dall'art.1181 c.c., secondo cui il creditore può sempre rifiutare l'offerta di un adempimento 'parziale' rispetto alla originaria configurazione del rapporto obbligatorio»*³⁹.

L'orientamento anzidetto, non solo è recessivo rispetto all'altro orientamento tradizionale, che configura il risarcimento in forma equivalente unicamente come conseguenza dell'impossibilità di un risarcimento in forma specifica, ma la scelta del ricorrente di optare verso un risarcimento in forma equivalente, come ogni altra condotta processuale

³⁸ Da ultimo Cons. St., Sez. III, 12 febbraio 2020, n. 1089 e Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., 20 dicembre 2019, n. 1077, entrambe in www.dejure.it. Sull'argomento l'Adunanza Plenaria del Cons. St., 12 maggio 2017, n. 2, in www.lexitalia.it, che qualifica la responsabilità dell'amministrazione, a causa dell'impossibile esecuzione del giudicato in forma specifica, come responsabilità 'oggettiva', riconoscendo, perciò, una tutela (sostitutiva) in forma equivalente senza richiedere alcuna indagine e senza alcun giudizio di colpevolezza nei confronti della medesima pubblica amministrazione.

³⁹ Più di recente in questo senso Cons. Giust. Reg. Sic., 6 novembre 2019, n. 947 e Tar Toscana, Sez. I, 19 novembre 2012 n. 1831, entrambe in www.giustizia-amministrativa.it.

(esemplificando, la mancata richiesta di una tutela cautelare), che non abbia come fine ultimo l'ottenimento del bene della vita (l'aggiudicazione della gara), può essere intesa, addirittura, come una condotta riduttiva del danno risarcibile ai sensi dell'art. 1227 c.c., a cui fa riferimento l'art. 30, comma 3, c.p.a., per come interpretato dalla giurisprudenza⁴⁰.

5. La quantificazione del danno da mancata aggiudicazione

L'art. 124 c.p.a. ha assunto un ruolo di grande rilevanza anche con riferimento alle modalità di determinazione del danno, segnando, di fatto, l'abbandono del precedente orientamento maturato in materia, imperniato su una valutazione tendenzialmente equitativa di cui all'art. 1226 c.c.

Ci si riferisce all'orientamento che, per il danno da illegittima aggiudicazione di una procedura di evidenza pubblica, quantificava la perdita dell'utile che l'impresa avrebbe conseguito in caso di aggiudicazione, con il criterio di liquidazione forfettario – equitativo del lucro cessante, nella misura del 10% (c.d. decimo), basandosi sull'art. 345 della legge 20 marzo 1865, n. 2248, senza, perciò, richiedere la prova della percentuale di utile effettivo conseguito in caso di esecuzione dell'appalto⁴¹.

Il definitivo abbandono del criterio forfettario - equitativo nasce anche dalla invalsa convinzione, secondo cui, sempre meno frequentemente (data la concorrenza di operatori economici, sempre più numerosi nel particolare settore dell'affidamento dei pubblici appalti, nonché vista la progressiva integrazione dell'U.E.) l'utile dell'appalto è quasi sempre inferiore alla misura del 10%, la quale ultima, se applicata rigidamente, potrebbe provocare, evidentemente, il paradosso (da scongiurare) di rendere più conveniente per un'impresa agire ai fini del risarcimento in forma equivalente, piuttosto che organizzare le forze produttive per ottenere l'aggiudicazione degli appalti.

L'art. 124 c.p.a., di conseguenza, segna un importante cambio di rotta, imponendo - letto congiuntamente agli artt. 30 e 40 c.p.a. - alla

⁴⁰ Tra molte Cons. St., Sez. IV, 22 ottobre 2019, n. 7173 e Tar Campania, Napoli, Sez. IV, 2 dicembre 2019, n. 5668, in www.dejure.it; sull'argomento anche G. GARGANO, *L'azione di condanna e le regole di limitazione del danno risarcibile tra autonomia e pregiudizialità*, in *Dir. Proc. Amm.*, 3/2015, pp. 1105 – 1137.

⁴¹ Tra le pronunce che valorizzano il criterio forfettario richiamato, intervenute dopo l'entrata in vigore dell'art. 124 c.p.a., si segnalano Cons. St., Sez. IV, 17 febbraio 2014, n. 744, Tar Campania, Napoli, Sez. VIII, 15 aprile 2015, 2146 e Cons. St., Sez. V, 20 aprile 2012, 2317, tutte in www.giustizia-amministrativa.it.

parte vittoriosa di fornire la prova, anche in termini percentuali, dell'utile effettivo di impresa che avrebbe conseguito se fosse risultata aggiudicataria dell'appalto, tenendo come fondamentale riferimento l'offerta economica presentata in gara⁴².

La suddetta petizione di principio va intesa imponendo alla ricorrente, durante lo svolgimento del processo, una prova rigorosa, da intendersi senza le attenuazioni tipiche del processo di legittimità, in ordine al danno patito⁴³; ciò muovendo dalla produzione in giudizio dell'offerta economica, procedendo con l'esplicitazione dell'utile programmato, al netto dei costi e degli altri oneri (sicurezza, ecc.) preventivati, che la stessa impresa, in tale particolare *iter*, è tenuta a dover rappresentare. Un procedimento di esplicitazione dell'offerta economica che si presenta non troppo distante da quello che caratterizza la valutazione di anomalia dell'offerta economica, di cui all'art. 97 del d.lgs. n. 50/2016, che avviene nel corso della procedura di gara tra stazione appaltante ed impresa, al fine di verificare l'affidabilità dell'offerta, ossia la remunerabilità della stessa e la sostenibilità economica, mediante un'esplicitazione dei costi e ricavati derivanti dall'esecuzione della pubblica commessa⁴⁴.

In tale ottica, va evidenziata, secondo una finalità improntata all'effettività della tutela giudiziaria, la possibilità, non di rado ammessa dal giudice, di ricorrere a criteri equitativi per la determinazione del danno in via esclusivamente 'residuale', ossia per come ammesso in generale dall'ordinamento dall'art. 1226 c.c., in tutte quelle ipotesi in cui risulta particolarmente difficile (*id est* in modo obiettivo, protraendo il massimo sforzo di diligenza esigibile) fornire la prova del danno e l'assolvimento dell'onere potrebbe assumere le caratteristiche della c.d. *probatio diabolica*⁴⁵.

Con riferimento alla quantificazione del danno e dei relativi criteri, vanno

⁴² Per un'ampia trattazione dell'argomento Cons. St., Ad Plen., 12 maggio 2017, n. 2, in www.giustizia-amministrativa.it; *idem*, negli stessi termini, Cons. St., Sez. V, 26 luglio 2019, n. 5283 e Cons. St., Sez. V, 10 dicembre 2015, n. 12810 e Tar Lazio, Roma, Sez. III, 23 dicembre 2016, n. 12810, in www.dejure.it. Sul tema si veda V.M. BARBIERI, *L'Adunanza plenaria n. 2 del 2017 sul risarcimento del danno per mancata esecuzione in forma specifica del giudicato in tema di appalti pubblici*, in *Riv. Trim. App.*, 3/2018, pp. 809-820.

⁴³ M.A. QUAGLIA, *Risarcimento per equivalente e appalti pubblici*, in *Riv. Giur. Ed.*, 1/2017, p. 34.

⁴⁴ Sul tema A. LONGO, A. CAVALLARO, *Metodo di calcolo per la determinazione dell'anomalia delle offerte e il risarcimento danni: sottrazione del c.d. "aliunde perceptum"*, in *Urb. e App.*, 2/2018, pp. 207-215.

⁴⁵ Così Cons. St., Sez. V, 25 febbraio 2019, n. 1257, in www.giustizia-amministrativa.it, anche O.M. CAPUTO, *Effettività di tutela e risarcimento del danno nei contratti della P.A.*, in *Urb. e App.*, 3/2016, pp. 265-271.

richiamate infine le previsioni di cui all'art. 34, comma 4, c.p.a., a mente del quale «*in caso di condanna pecuniaria, il giudice può, in mancanza di opposizione delle parti, stabilire i criteri in base ai quali il debitore deve proporre a favore del creditore il pagamento di una somma entro un congruo termine*».

Si tratta di una previsione che nella specifica materia degli appalti rimette al mutuo consenso delle parti la determinazione della misura risarcitoria, sulla base dei criteri stabiliti dal giudicato; con la possibilità, prevista dal successivo periodo della disposizione, che si possa ricorrere al giudizio di ottemperanza, di cui agli artt. 112 e s.s. c.p.a., in caso di mancato consenso, di mancata proposta da parte dell'amministrazione soccombente o di mancato rispetto della proposta formulata.

L'art. 34, comma 4, c.p.a. costituisce un valido strumento per la determinazione della misura del risarcimento in forma equivalente nella materia delle pubbliche gare⁴⁶, considerata la natura tecnica della materia, con quel che ne consegue in termini di difficoltà di determinazione della misura risarcitoria, tenuto conto infine che l'inciso della «*mancanza di opposizione delle parti*» è interpretato costantemente nel senso di non richiedere l'esplicito consenso delle parti stesse⁴⁷. La stessa norma è richiamata anche al fine di affermare, nella particolare materia, che non è ammissibile chiedere ed ottenere condanne generiche della stazione appaltante per il risarcimento del danno, similmente a come riconosciuto al ricorrere dei relativi presupposti nel processo civile, ai sensi dell'art. 278 c.p.c.⁴⁸

6. *Le voci del danno risarcibile da mancata aggiudicazione*

In merito all'entità della posta risarcitoria esigibile in materia di gara, anzitutto la voce del danno emergente, quale componente del danno di cui all'art. 2043 c.c., non trova particolare riconoscimento nella giurisprudenza. In particolare, gli operatori economici ravvisano il danno emergente nei costi di partecipazione alla gara, ma la giurisprudenza è orientata in linea di massima

⁴⁶ Cons. St., Sez. V, 26 luglio 2019, n. 5283 e 28 maggio 2019 n. 3492, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁴⁷ Cons. St., Sez. IV, 29 ottobre 2018, n. 6144 e Sez. V, 10 agosto 2017, n. 3983, in www.dejure.it.

⁴⁸ Tra molte Cons. St., Sez. IV, 11 dicembre 2014, n. 6080, in www.dejure.it; in termini parzialmente difforni Cons. Giust. Reg. Sic., 10 settembre 2018, n. 49, in www.dejure.it, che invece qualifica l'art. 30, comma 4, come peculiare forma di condanna generica, imponendone anche una lettura coordinata con l'art. 278 c.p.c.

nel ritenere detti costi non risarcibili. Sul punto è prevalentemente affermato che la partecipazione alle pubbliche gare di appalto comporta per le imprese dei costi che, ordinariamente, restano a carico delle imprese medesime, sia in caso di aggiudicazione, sia in caso di mancata aggiudicazione⁴⁹.

Il risarcimento dei richiamati costi di partecipazione alla gara, in altri termini, è inteso come il conseguimento di un beneficio maggiore di quello che deriverebbe dall'aggiudicazione medesima, il che evidentemente si pone in contrasto con la *ratio* insita all'istituto del risarcimento in forma equivalente, che non ammette locupletazioni dell'impresa che si assume danneggiata. Tuttavia, va rilevato come i costi di partecipazione alla gara sono a volte oggetto di ristoro per alcune fattispecie risarcitorie, come nel risarcimento del danno da illegittima esclusione, collegandosi alla pretesa dell'impresa a non essere coinvolta in trattative inutili⁵⁰; mentre è una regola in tema di responsabilità precontrattuale, *ex artt.* 1337 e 1338 c.c., ove pure rileva la necessità di tutelare le imprese tratte in trattative inutili condotte dalla p.a., in violazione dei principi di correttezza e buona fede⁵¹.

La voce di danno concretamente ristorabile in ambito di mancata aggiudicazione, alla luce di quanto sopra evidenziato, è il lucro cessante. Tale danno va anzitutto ravvisato nella sottovoce del mancato utile di impresa, rispetto al quale è stata evidenziata l'impossibilità di poter accedere a criteri di quantificazione forfettari – equitativi, essendo necessario la prova del mancato utile effettivo.

Al riguardo, è richiesta una prova, a cura esclusiva del danneggiato, dell'*an* e del *quantum* del danno che assume di aver sofferto in termine di mancato utile (c.d. interesse positivo). Come si è avuto modo di evidenziare in precedenza, spetta all'impresa danneggiata, secondo la regola della c.d. vicinanza di cui all'art. 2697 c.c., offrire la prova dell'utile effettivo che avrebbe ottenuto dalla esecuzione dell'appalto. A tale ultimo fine, la valutazione equitativa, ai sensi dell'art. 1226 c.c., è ammessa soltanto in presenza di una situazione di impossibilità o di estrema difficoltà a rendere una precisa prova sull'ammontare del danno; senza che la parte ipoteticamente danneggiata possa sottrarsi ai propri oneri probatori rimettendo l'accertamento dei propri diritti ad una invocata consulenza tecnica d'ufficio, di cui all'art. 67 c.p.a. Tale mezzo ha la sola funzione di

⁴⁹ *Ex multis* Tar Lazio, Roma, Sez. II, 10 settembre 2019, n. 1081 e Cons. St., Sez. V, 14 agosto 2017, n. 4002, entrambe in www.dejure.it; *contra*, Cons. St., Sez. VI, 7 ottobre 2003, n. 4567.

⁵⁰ In questi termini, tra molte, Cons. St., Sez. V, 14 agosto 2017, n. 4002 e Tar Lazio, Roma, Sez. III, 5 marzo 2013, n. 2358, in www.dejure.it.

⁵¹ *Ex multis* Tar Lazio, Roma, Sez. I, 25 novembre 2019, n. 13508, in www.dejure.it.

fornire all'attività valutativa del giudice l'apporto di cognizioni tecniche non possedute, ma non è di certo destinata ad esonerare la parte ricorrente dalla prova dei fatti dalla stessa dedotti e posti a base delle proprie richieste⁵².

Il c.d. danno curriculare è un'ulteriore componente del lucro cessante di cui all'art. 2043 c.c.

Tale posta risarcitoria è comunemente ricondotta alla mancata possibilità di aver eseguito materialmente il controverso appalto, che impedisce all'impresa ricorrente di arricchire il proprio *curriculum* professionale⁵³, e che impedisce altresì - aspetto ancora più rilevante - rispetto all'appalto non ottenuto di beneficiare di un vantaggio in termini di accrescimento della capacità di competere sul mercato e quindi la *chance* di aggiudicarsi ulteriori e futuri appalti. Non di meno rilevante è l'ulteriore circostanza, non sempre messa in risalto dalla giurisprudenza, che vede nel *curriculum* professionale dell'impresa il possesso dei requisiti di capacità tecnico - professionale ed economico - finanziaria, di cui all'art. 86 del d.lgs. n. 50/2016, necessari per la partecipazione alle gare.

Mentre la risarcibilità del danno curriculare e la relativa riconducibilità al lucro cessante non ha mai creato dubbi in materia, decisamente più problematica è la quantificazione di tale danno e l'assolvimento del relativo onere probatorio gravante sull'impresa danneggiata. Iniziando da quest'ultimo aspetto, all'originaria tesi che riteneva il danno curriculare in *re ipsa*, una volta accertata l'illegittimità della mancata aggiudicazione a favore del ricorrente⁵⁴, ha fatto seguito una tesi che esige specifica prova al riguardo. Infatti, è affermato sempre più costantemente dalla giurisprudenza che la «*richiesta di risarcimento del danno curriculare deve essere respinta se non è stato assolto il relativo onere probatorio, dimostrando che la mancata aggiudicazione ed esecuzione dell'appalto hanno precluso di acquisire ulteriori commesse pubbliche (di pari o superiore rilievo), o specificando quali sarebbero state le negative ricadute della mancata acquisizione della commessa, in termini di minore capacità competitiva e reddituale, sulle sue credenziali tecniche e*

⁵² In termini Tar Lazio, Roma, Sez. II, 10 settembre 2019, n. 10811, in www.dejure.it.

⁵³ *Ex multis* Tar Campania, Napoli, Sez. IV, 22 luglio 2019, n. 4021 e Cons. St., Sez. V, 28 gennaio 2019, n. 697, in www.dejure.it. Sul tema L. PARONA, *La responsabilità della Pubblica Amministrazione nel settore degli appalti pubblici. Profili teorici e questioni applicative*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 4/2017, pp. 1168 - 1197; O. FORLENZA, *Gare in caso di annullamento dell'aggiudicazione; risarcimento per lucro cessante e danno curriculare*, in *Guida al Dir.*, 27/2010, pp. 90 ss; S. MEREU, *Brevi note sulla risarcibilità del danno curriculare e da perdita di chance in caso di assenza di gara pubblica*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 3/2012, pp. 975-981.

⁵⁴ Tra molte in termini si veda Tar Lazio, Roma, Sez. II, 18 marzo 2016, n. 3406, Cons. Stato, Sez. V, 4 settembre 2019, n. 4115 e Cons. St., Sez. V, 3 maggio 2012, n. 2546, tutte in www.dejure.it.

*commerciali»*⁵⁵.

Si tratta di una impostazione che non si condivide fino in fondo, poiché la stessa non considera adeguatamente la rilevanza in sé di ogni commessa pubblica svolta da un'impresa, indipendentemente da ogni possibile prospettazione ed allegazione processuale sul punto svolta, considerato che il fatto stesso di non poter utilizzare le referenze derivanti dall'esecuzione dell'appalto oggetto di controversia, riduce i requisiti di qualificazione, richiesti ai sensi del sopra citato art. 86, per poter partecipare a future gare di appalto (si pensi al fatturato specifico nell'ultimo triennio, al numero di servizi analoghi o identici svolti, che ai sensi della citata norma sono richiesti dalle stazioni appalti ai fini della partecipazione alla gara). Del resto, che l'orientamento oramai maggioritario presenti alcuni limiti di coerenza sembra dimostrarlo la circostanza che la stessa giurisprudenza, da un lato, esige la specifica prova sulla sussistenza del danno curriculare, dall'altro lato, senza eccezioni, continua a fare ampio ricorso al potere equitativo di determinazione dello stesso in applicazione dell'art. 1226 c.c.⁵⁶

La difficoltà appena accennata di quantificare il pregiudizio derivante dal danno curriculare, per tradizione, ha comportato il ricorso al potere di determinazione equitativa, ai sensi del suddetto art. 1226 c.c., cui rinvia l'art. 2056 c.c. in tema di responsabilità extracontrattuale. La casistica giurisprudenziale rivela come al fine si è tenuto conto molto spesso del valore complessivo della gara, quantificando il danno in una percentuale variabile tra l'1% e il 5%⁵⁷; non mancando, nel pieno libero apprezzamento del giudice, l'utilizzo di criteri e forme di quantificazioni diverse, come quelle che commisurano il danno curriculare nel 50% del mancato e provato utile effettivo di impresa⁵⁸.

Dal danno curriculare va distinto il danno all'immagine professionale, che peraltro va considerato come componente del danno emergente e non del lucro cessante a differenza del primo⁵⁹.

Il danno all'immagine va generalmente ammesso anche nella materia

⁵⁵ Da ultimo Cons. St., Sez. III, 5 marzo 2020, n. 1607; *idem* Cons. St., Sez. V, 2 gennaio 2019, n. 14 e 26 aprile 2018, n. 2527, tutte in www.giustizia-amministrativa.it.

⁵⁶ Cons. St., Sez. VI, 27 marzo 2019, n. 2036, in www.dejure.it.

⁵⁷ Cons. St., Sez. VI, 13 settembre 2016, n. 3858 e 10 aprile 2015, n. 1839, in www.giustizia-amministrativa.it;

⁵⁸ Tar Campania, Napoli, Sez. V, 22 luglio 2019, n. 4021, in www.dejure.it; *idem* Cons. St., Sez. V, 13 settembre 2018, n. 5375 e Sez. V, 27 giugno 2018 n. 3954, tutte in www.giustizia-amministrativa.it.

⁵⁹ Il danno all'immagine come danno emergente Cass. Civ., Sez. III, 21 gennaio 2011, n. 1418, www.dejure.it.

degli appalti, ma nella prassi appare difficilmente configurabile, in quanto si presenta non facile da ipotizzarsi (e da realizzarsi) una lesione - comunque, necessitante di rigorosa prova specifica - all'immagine, alla professionalità e all'esperienza dell'impresa, derivante dalla illegittima mancata aggiudicazione.

Infatti, va notato che la non aggiudicazione di una gara di appalto costituisce uno sviluppo non patologico, ma possibile fisiologico, del confronto competitivo tra le imprese operanti sul mercato.

Di conseguenza, il mancato ottenimento di una commessa pubblica difficilmente può essere elevato a forma di lesione dell'immagine dell'impresa, mentre le considerazioni, che emergono da alcuni pronunciamenti⁶⁰, secondo le quali tale danno consisterebbe nel non poter 'spendere' l'appalto non aggiudicato finirebbe evidentemente per creare una indebita confusione tra danno curriculare e danno all'immagine, con la possibile ed inammissibile locupletazione per l'impresa danneggiata.

La risarcibilità di un tale danno all'immagine, ad una attenta analisi, potrebbe configurarsi al cospetto di illegittimi provvedimenti di esclusione dalla gara, adottati sulla base della ritenuta mancanza di requisiti di natura soggettiva di cui all'art. 80 del d.lgs. n. 50/2016 (ad es. la commissione di determinate tipologie di reati o l'esistenza di gravi illeciti professionali da parte di componenti della impresa). Tuttavia, rimane il non semplice assolvimento degli oneri probatori gravanti sulla parte lesa, con riferimento al c.d. *clamor fori*, cioè la diffusione pubblica sui media della vicenda che ha visto coinvolta l'impresa e la relativa lesione derivatane per l'onorabilità di questa ultima⁶¹.

Concludendo sul punto, la quantificazione del risarcimento da mancata aggiudicazione si sostanzia in modo principale (fatte salve le eccezionali ipotesi di ristoro del danno emergente) nella riparazione del danno da lucro cessante, quale voce riparatoria dell'art. 2043 c.c., a sua volta, da ripartirsi nelle sotto-voci del mancato utile di impresa e del danno curriculare.

L'importo del risarcimento da responsabilità aquiliana, in quanto costituisce un debito di valore e non di valuta, è inteso come meritevole di ristoro previa rivalutazione monetaria del danno, secondo gli indici I.S.T.A.T., che la giurisprudenza costantemente impone debba computarsi alla data del verificarsi del danno (stipula del contratto con l'impresa illegittimamente aggiudicataria)⁶².

⁶⁰ Cons. St., Sez. V, 6 febbraio 2007, n. 478, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁶¹ Cass. Civ., Sez. III, 4 aprile 2017, n. 8662 e 25 febbraio 2019, n. 1257, in www.dejure.it.

⁶² Cons. St., Sez. V, 21 giugno 2013, n. 3397 e 9 dicembre 2013, n. 5884, in www.giustizia-amministrativa.it.

7. *Le incidenze negative sul risarcimento (artt. 1227, comma 2, c.c. e 30, comma 3, c.p.a.)*

Per la determinazione complessiva del danno risarcibile assumono particolare rilievo alcune condotte poste in essere dall'impresa che lamenta il pregiudizio; condotte che possono assumere un ruolo in termini di concorso del danneggiato per la configurazione o l'aggravamento del danno, ai sensi dell'art. 1227, comma 2, c.c., i cui contenuti non differiscono dall'art. 30, comma 3, c.p.a.

Infatti, il comma 2, dell'art. 124 c.p.a., prevede che *«la condotta processuale della parte che, senza giustificato motivo, non ha proposto la domanda di cui al comma 1, o non si è resa disponibile a subentrare nel contratto, è valutata dal giudice ai sensi dell'articolo 1227 del codice civile»*.

Tale previsione normativa trova il proprio fondamento nella considerazione che colui che impugna l'aggiudicazione mette in moto un meccanismo che blocca l'azione amministrativa, ed è dunque doveroso, da parte sua, un reale interesse a conseguire l'aggiudicazione e il contratto, mentre non risponde a buona fede e correttezza la condotta di colui che impugna l'aggiudicazione, non perché ha interesse a ottenere il contratto, ma solo perché mira *ab initio* ad un risarcimento per equivalente⁶³.

Ad una conclusione analoga è possibile giungere anche per l'ipotesi, che non si differenzia in modo sensibile dalla precedente, in cui la domanda risarcitoria è proposta in autonomia, *ex artt. 30 e 124 c.p.a.*, ossia senza il contestuale o preventivo esperimento dell'azione di annullamento, ai sensi dell'art. 29 c.p.a., dal momento che la giurisprudenza amministrativa tende ad escludere, proprio in virtù di un richiamo agli artt. 1227 c.c. e 30, comma 3, c.p.a., la risarcibilità di un danno che si sarebbe potuto evitare con un diligente utilizzo dei rimedi processuali messi a disposizione⁶⁴.

Più in generale, ai sensi delle disposizioni richiamate, possono costituire ragioni di esclusione o di decurtazione del danno risarcibile tutte quelle condotte processuali (o tenute preventivamente nel corso del procedimento di gara culminato con il provvedimento impugnato in sede processuale) che denotano una mancanza di buona fede e correttezza da parte dell'operatore economico che si assume danneggiato (esemplificando, la mancata richiesta

⁶³ In termini R. DE NICOLTIS, *Il risarcimento del danno*, cit.

⁶⁴ Cons. St., Ad. Plen., 20 marzo 2011, n. 3, in www.dejure.it. Sull'argomento C. TRECOCI, *Il risarcimento del danno per equivalente da aggiudicazione illegittima. Alcune osservazioni in materia di decadenza dell'azione di condanna, prescrizione e "quantum" risarcibile*, in *Rass. Adv. Stato.* 2/2013, pp. 334-361.

di una tutela cautelare o la rinuncia a questa).

Rileva ai fini della negativa incidenza sul *quantum* risarcibile la questione del mancato utilizzo di maestranze e mezzi, in quanto tenuti a disposizione in vista della commessa, poiché in difetto di tale dimostrazione, può presumersi che l'impresa danneggiata abbia riutilizzato (o avrebbe potuto) mezzi e manodopera per altre commesse, usando l'ordinaria diligenza dovuta al fine di non concorrere all'aggravamento del danno lamentato, a titolo di *aliunde perceptum vel percipiendum*.

L'allocatione dell'*onus probandi* in tema *aliunde perceptum vel percipiendum* a carico della impresa danneggiata crea non poche perplessità⁶⁵, avvalorate dal diverso orientamento assunto dal giudice civile rispetto al giudice amministrativo, secondo cui, costituendo l'*aliunde perceptum vel percipiendum* un fatto impeditivo o modificativo del diritto al risarcimento del danno, il relativo onere probatorio non potrebbe che gravare sulla parte danneggiante ai sensi dell'art. 2697, comma 2, c.c.⁶⁶

Tuttavia, è rilevato che in materia di appalti, ai fini della sussistenza dell'*aliunde perceptum*, può essere invocato il meccanismo della presunzione semplice. In forza di tale meccanismo può quindi individuarsi una presunzione, a sua volta fondata sull'*id quod plerumque accidit*, secondo cui l'imprenditore partecipante alla gara, in quanto soggetto che esercita professionalmente un'attività economica organizzata finalizzata alla produzione di utili, normalmente non rimane inerte in caso di mancata aggiudicazione di un appalto, ma si procura prestazioni contrattuali alternative dalla cui esecuzione trae utili. Pertanto, in mancanza di prova contraria, che l'impresa negante l'*aliunde perceptum* può fornire anche sulla base dei libri contabili, deve ritenersi che essa abbia comunque impiegato proprie risorse e mezzi in altre attività, dovendosi così sottrarre al danno subito per la mancata aggiudicazione l'*aliunde perceptum*, calcolato in genere in via equitativa e forfettaria⁶⁷.

In aggiunta, è rilevato, da un lato, che non risulta ragionevolmente

⁶⁵ Ritiene l'onere probatorio particolarmente gravoso per l'impresa L. PROSPERETTI, *La quantificazione del lucro cessante da illegittima esclusione dalla gara: una prospettiva economica*, in *Urb. e App.*, 7/2013, p. 757.

⁶⁶ Tra molte Cass. Civ., Sez. Lav., 30 maggio 2016, n. 11122 e Cass. Civ., Sez. Lav., 11 giugno 2013, n. 14643, in www.dejure.it. In questo senso, contrariamente all'orientamento maggioritario, si veda Cons. St., Sez. III, 9 febbraio 2016, n. 559 e Sez. V, 15 settembre 2015, n. 4283, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁶⁷ In termini espressi R. DE NICTOLIS, *Il risarcimento del danno*, cit.; di recente Cons. St., Sez. V, 23 ottobre 2019, n. 5803 e Cons. St., Sez. VI, 17 ottobre 2017, n. 4803, in www.giustizia-amministrativa.it.

predicabile la condotta dell'impresa che immobilizza le proprie risorse in attesa dell'aggiudicazione di una commessa, o nell'attesa dell'esito del ricorso giurisdizionale finalizzato ad ottenere l'aggiudicazione ambita, considerato che possono essere molteplici le circostanze di fatto per le quali potrebbe risultare la stessa impresa non aggiudicataria della commessa stessa; dall'altro lato, che, ai sensi dell'art. 1227, comma 2, c.c., il danneggiato ha un puntuale dovere di non concorrere ad aggravare il danno, sicché il comportamento inerte dell'impresa ben può assumere rilievo in ordine all'*aliunde percipiendum*⁶⁸.

Concludendo sul punto, il mancato utile spetta nella misura integrale, in caso di annullamento dell'aggiudicazione impugnata e di certezza dell'aggiudicazione in favore del ricorrente, unicamente se questo dimostri di non aver utilizzato o potuto altrimenti utilizzare maestranze e mezzi, in quanto tenuti a disposizione in vista della commessa. In difetto di una dimostrazione del genere, può presumersi che l'impresa abbia riutilizzato o potuto riutilizzare mezzi e manodopera altrimenti, con conseguente riduzione equitativa dello stesso danno risarcibile a titolo di *aliunde perceptum*.

8. *Il risarcimento della perdita di chance*

Una trattazione a parte merita il risarcimento in forma equivalente del danno originato dalla perdita della *chance* di aggiudicazione della gara, ossia in tutte quelle ipotesi, diverse da quelle finora prese in considerazione, ove non vi è certezza dell'aggiudicazione in favore dell'operatore economico ricorrente, potendosi sul punto essere svolte unicamente prognosi di tipo probabilistico.

Anche per il danno da perdita di *chance* il risarcimento in forma equivalente si atteggia a tutela praticabile in mancanza della possibilità di accordare una tutela in forma specifica, con la ripetizione dell'occasione perduta, o meglio, con la ripetizione della gara non aggiudicata⁶⁹. Il risarcimento a mezzo di un equivalente monetario della *chance* perduta, dunque, si atteggia, nondimeno dal caso del danno da mancata aggiudicazione della gara, a rime-

⁶⁸ Ancora in termini R. DE NICTOLIS, *Il risarcimento del danno*, che richiama tra le altre Cons. St., Sez. V, 9 dicembre 2013, n. 5884 e Sez. V, 27 marzo 2013, n. 1833, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁶⁹ Tra molte in questi termini Tar Lazio, Roma, Sez. II, 8 aprile 2015, n. 5150 e Cons. St., Sez. IV, 17 febbraio 2014, n. 744, in www.dejure.it; *idem* Cons. St., Sez. III, 17 novembre 2017, n. 5303, in www.lexitalia.it.

dio sussidiario rispetto alla rinnovazione della gara, quale forma risarcitoria più aderente al principio dell'effettività di cui all'art. 1 del c.p.a.

Pertanto, fintanto che vi è margine di ripetizione della gara (ad es. perché il servizio non era stato avviato dall'aggiudicatario illegittimo), la *chance* non può essere ristorata in termini economici.

In tale ottica, eventuali sopravvenienze di fatto, capaci di non ricreare le medesime condizioni dell'originaria procedura di gara annullata, sono intese come da ricondurre nell'alea normale propria di qualsiasi procedura, e non sono ritenute giuridicamente apprezzabili; con la conseguenza che è preclusa ogni diversa ed ulteriore tutela risarcitoria (anche equivalente), in quanto, il mutamento della situazione di fatto non è alla p.a. imputabile, purché l'operato di quest'ultima risulti legittimo⁷⁰.

Gli aspetti di maggiore interesse sono rinvenibili tuttavia sotto il profilo della determinazione del *quantum* risarcibile in materia di perdita di *chance* e dei relativi criteri di determinazione, una volta appurata l'impossibilità di poter accordare una tutela in forma specifica.

Sulla questione, si è fatto cenno in premessa alla necessità di un giudizio prognostico di tipo probabilistico, dal momento che un giudizio di spettanza certa dell'appalto all'impresa danneggiata risulta ovviamente configurabile nei soli casi in cui il criterio di aggiudicazione si fondi su parametri vincolati e matematici; mentre si rivela impossibile ove la selezione del contraente avviene sulla base di un apprezzamento tecnico-discrezionale, come per l'offerta economicamente più vantaggiosa, che, ai sensi dell'art. 83 del d.lgs. n. 50/2016, costituisce il criterio selettivo principale da utilizzare.

Dal punto di vista della determinazione del danno risarcibile, va per prima richiamata la tecnica della c.d. 'ripetizione virtuale' della gara, al fine di verificare, anzitutto, se l'impresa lesa sarebbe stata o meno aggiudicataria della gara irrimediabilmente persa. In particolare, quest'ultima è virtualmente rinnovata ai soli fini della verifica del danno e, in caso, della relativa quantificazione, mediante un incarico affidato ad un consulente tecnico di ufficio o alla stessa stazione committente⁷¹.

Tale tecnica di calcolo, peraltro, appare espressione di quella particolare concezione della *chance* di tipo eziologico, ossia dove la misura della probabilità di vittoria della gara rileva soprattutto ai fini dell'*an* del risarcimento, non tanto ai fini del *quantum*.

La tecnica presenta l'indubbio beneficio per l'impresa lesa di farle ottenere una misura risarcitoria, per così dire, piena, ossia interamente

⁷⁰ Cons. St. n. 5303/2017 cit.

⁷¹ Tra molte Cons. St., Sez. VI, 11 gennaio 2012, n. 105, in www.dejure.it.

corrispondente all'utile effettivo che l'impresa stessa avrebbe conseguito ove avesse materialmente svolto l'appalto. Gli aspetti negativi che tuttavia caratterizzano questa tecnica - e che di conseguenza la rendono recessiva rispetto a quella di cui si dirà *infra* - attendono alla carenza di imparzialità dell'amministrazione committente, chiamata a ripetere virtualmente una gara dalla quale scaturirebbe una spesa ulteriore ed in termini risarcitori per l'impresa danneggiata, se quest'ultima dovesse risultare aggiudicataria. In altri termini, il rischio di essere chiamata a rispondere del risarcimento del danno da perdita di *chance* costituisce un chiaro deterrente per l'amministrazione appaltante ad aggiudicare virtualmente la gara all'impresa che si assume danneggiata; il che priva la procedura virtuale di imparzialità, quale esigenza immanente ai sensi degli artt. 97 cost. e 1 della legge n. 241/1990, e rende i giudizi tecnici ivi espressi inattendibili in modo intrinseco. Nemmeno un valido strumento è costituito dalla c.t.u., il cui impiego ai fini della ripetizione virtuale di una gara è distante dalle finalità tipiche del mezzo, compendiate all'art. 67 c.p.a., visto che verrebbe utilizzata per la rinnovazione di un'attività di natura amministrativa.

La tecnica di verifica e di determinazione del danno della gara virtuale, non solo presenta un valore recessivo in giurisprudenza, ma è esclusa, addirittura, in maniera aprioristica in materia di risarcimento del danno derivante dall'illegittimo utilizzo della trattativa privata. Infatti, siccome non vi è stata una gara, non è possibile una valutazione prognostica e virtuale sull'esito di una procedura comparativa mai svolta. Non è possibile prevedere, in particolare, quali e quante offerte sarebbero state presentate, quale offerta avrebbe presentato l'impresa che chiede il risarcimento, e se tale offerta sarebbe stata o meno vittoriosa⁷². Di conseguenza, quando ad un operatore è preclusa in radice la partecipazione ad una gara (senza che non sia possibile dimostrare, *ex post*, la certezza o meno della sua vittoria), la sola situazione soggettiva tutelabile è l'astratta possibilità di un esito favorevole.

A trovare applicazione in questi casi è la seconda tecnica congeniata dalla giurisprudenza, la cui operatività è generale e non solo relativa all'ipotesi dell'utilizzo illegittimo della trattativa privata.

Si tratta di una tecnica, invero, non unitaria e caratterizzata da diverse varianti rinvenibili nella casistica giurisprudenziale, in ragione della sua natura equitativa di cui all'art. 1226 c.c. e, quindi, della discrezionalità che caratterizza ogni giudizio del genere. Inoltre, la tecnica di quantificazione del danno appare espressione di una concezione della *chance* di tipo ontologico,

⁷² In termini Cons. St., Sez. V, 29 luglio 2019, n. 5307; *idem* Cons. St., Sez. V 2 novembre 2011, n. 5837 e Sez. V, 18 aprile 2012, n. 2256, tutte in www.dejure.it.

ossia intesa secondo una prospettiva ove la perdita di un'occasione favorevole si presenta di per sé risarcibile, mentre la misura della probabilità di vittoria rileva unicamente ai fini del *quantum* del risarcimento.

Tale seconda tecnica muove dall'impossibilità di poter verificare a posteriori gli esiti della gara, considerata l'opinabilità delle valutazioni tecnico-discrezionali che l'amministrazione committente compie, e quantifica, di conseguenza, la *chance* da risarcire in base ad un giudizio che tiene conto delle concrete possibilità di vittoria. Quest'ultime sono tratte da c.d. 'indici significativi delle potenzialità di successo' (ad esempio il numero dei concorrenti, la configurazione della graduatoria eventualmente stilata ed il contenuto dell'offerta presentata dall'impresa danneggiata).

È espressione di tale tecnica di calcolo del danno da perdita di *chance* quella che determina il *quantum* del risarcimento per equivalente tenendo conto preliminarmente del numero delle imprese partecipanti alla gara, per poi dividere l'utile d'impresa (quantificato in via forfettaria, tenendo conto del valore complessivo della medesima gara) per il numero di partecipanti: il quoziente ottenuto da tale divisione costituisce la misura del danno risarcibile in termini di mancato utile⁷³, a cui poi devono essere aggiunte le ulteriori voci risarcitorie a titolo di danno curriculare e rivalutazione monetaria e, secondo parte della giurisprudenza richiamata al punto 6, anche le spese di partecipazione alla gara⁷⁴.

⁷³ Tra molte Cons. St., Sez. VI, 21 giugno 2013, n. 3397, Tar Campania, Napoli, Sez. I, 13 settembre 2006, n. 4216 e Tar Veneto, Sez. I, 31 maggio 2017, n. 546, tutte in www.giustizia-amministrativa.it.

⁷⁴ Cons. St., Sez. V, n. 4002/2017 e Tar Lazio, Roma, n. 2358/2003, cit.

Il Laboratorio di diritto amministrativo nasce come iniziativa di incontro e scambio tra giovani studiosi della materia per discutere delle ricerche in corso di svolgimento. L'idea, ispirata dall'esperienza di quanto avviene in altre realtà, soprattutto al di fuori del nostro Paese, si fonda sulla necessità di collocare, nell'ambito di un percorso di ricerca sovente caratterizzato dalla 'solitudine' di chi lo intraprende, un momento di confronto dialettico all'interno della comunità scientifica; un momento in cui, cioè, la comunità stessa metta a disposizione del singolo le proprie eterogenee esperienze e conoscenze, di modo che questi possa conseguire un più proficuo sviluppo del suo lavoro, nell'ottica di un complessivo arricchimento reciproco. Gli esiti di tali ricerche, per l'anno 2019, sono oggetto di pubblicazione del presente volume, insieme agli ulteriori contributi ad essi correlati e ispirati dall'attività del Laboratorio.

Flaminia Aperio Bella è Ricercatore di diritto amministrativo (RTD/B) presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi Roma Tre, dove insegna diritto sanitario. Ha conseguito all'unanimità l'Abilitazione scientifica nazionale a Professore di seconda fascia. È stata Visiting Researcher presso numerosi istituti e università straniere e nel 2019 è risultata vincitrice del finanziamento del DAAD-Deutscher Akademischer Austauschdienst (programma "Research Stays for University Academics and Scientists"). È autrice della monografia "Tra procedimento e processo. Contributo allo studio delle tutele nei confronti della p.A." e di molteplici contributi in materia di diritto amministrativo in riviste e opere italiane e internazionali.

Andrea Carbone è Professore associato di diritto amministrativo presso il Dipartimento di Scienze giuridiche della Sapienza Università di Roma, dove insegna diritto amministrativo II e giustizia amministrativa. Ha conseguito all'unanimità l'Abilitazione scientifica nazionale a Professore di prima fascia. È stato Visiting Researcher al Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht di Heidelberg e ha svolto attività di studio e di ricerca in numerosi centri universitari esteri ed istituti internazionali. È autore delle monografie "L'azione di adempimento nel processo amministrativo", "Il contraddittorio procedimentale. Ordinamento nazionale e diritto europeo-convenzionale" e "Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo, I, Situazioni giuridiche soggettive e modello procedurale di accertamento", oltre che di molteplici contributi in materia di diritto amministrativo.

Enrico Zampetti è Ricercatore di diritto amministrativo (RTD/B) presso il Dipartimento di Scienze Politiche e Internazionali dell'Università di Siena, dove insegna diritto dei servizi pubblici e diritto amministrativo II. Presso la medesima Università ha conseguito il titolo di dottore di ricerca in diritto pubblico ed è stato Assegnista di Ricerca in diritto amministrativo. Ha conseguito all'unanimità l'Abilitazione scientifica nazionale a Professore di seconda fascia. È autore della monografia "Contributo allo studio del comportamento amministrativo" e di molteplici contributi in materia di diritto amministrativo.