**Il ruolo della giustizia amministrativa nel diritto amministrativo**

**Il ruolo del Consiglio di Stato[[1]](#footnote-1)**

**1 Il ruolo del Consiglio di Stato: evoluzione storica.**

**2. Versante processuale: Giudice di ultimo grado e di merito**

2.1 art. 105 cod proc amm ed annullamento con rinvio. 2.2 le plenarie del 2018. 2.3 il percorso argomentativo della plenaria. 2.4 ulteriori problematiche.

**3 i rapporti col diritto europeo**

3.1 giurisprudenza interna ed europea. 3.2 il ruolo della plenaria. 3.3 la rigida europea. 3.4 le deroghe all’obbligo di rinvio.

**4. il giudice dei principi e del relativo aggiornamento**

4.1 ambiti innovativi: l’algoritmo del procedimento amministrativo. 4.2 l’accesso civico generalizzato e gli appalti. 4.3 ambiti tradizionali: le legittimazione degli enti associativi. 4.4 giudicato e discrezionalità amministrativa.

**5. conclusioni**

1 il ruolo del Consiglio di Stato: evoluzione storica.

Il ruolo del Consiglio di Stato nel nostro ordinamento di diritto amministrativo appare il frutto di una costante evoluzione, solo in parte cristallizzata nelle norme di dettaglio che si sono succedute nel tempo, che trova conferma anche dinanzi alla complessità delle moderne società.

Al convivere di due funzioni (consultiva e giurisdizionale), sebbene sul versante sostanziale se ne accompagni da sempre una terza, fa da sfondo l’unicità di valori che caratterizza da sempre l’attività del Consiglio di Stato, concernenti la garanzia del perseguimento della giustizia nell’amministrazione attraverso l’adempimento di tutti i compiti affidati a Palazzo Spada quale supremo organo di consulenza giuridico amministrativa nonché di giurisdizione amministrativa.

Dal punto di vista della ricostruzione storica, con particolare riferimento all’ambito giurisdizionale, il Consiglio di Stato si inserisce nel sistema delle tutele che, nella sua evoluzione, rappresenta il livello di responsabilità dei poteri pubblici che l’ordinamento è disposto a riconoscere; ciò denota la capacità dello Stato di diritto di mettersi in gioco, riconoscendo a un’articolazione autonoma da sé il potere di giudicare la legittimità del suo operare, su richiesta di quegli stessi cittadini, come individui, nel cui interesse, come collettività, è svolta l’attività amministrativa.

La nascita e l’evoluzione storica in Italia della tutela avverso gli atti dei pubblici poteri, nell’ambito del quale il Consiglio di Stato ricopre un ruolo centrale, possono fornire la chiave di lettura di un sistema che si caratterizza proprio per la progressiva emersione di situazioni tutelate, di legittimati, di tecniche di tutela [[2]](#footnote-2).

Il sistema di tutela nei confronti della pubblica amministrazione, negli Stati preunitari, si fondava per lo più sul sistema del contenzioso amministrativo, di derivazione napoleonica. Il sistema di giustizia amministrativa italiano, anche nell’assetto attuale, è frutto di una stratificazione progressiva, in cui nulla si distrugge e ogni nuovo elemento si aggiunge; esso muove dalla legge fondamentale abolitiva del contenzioso, cui si aggiungono altre leggi “per sopperire alle esigenze che si manifestavano” : la legge del 1877 attribuisce la soluzione dei conflitti alla Cassazione; la legge del 1889, nelle intenzioni, dà copertura di tutela agli affari previsti dall’art. 3 della legge n. 2248; il sistema si completa, e si assesta per lungo tempo, con l’istituzione della Quinta Sezione nel 1907 –che, nella giurisdizione “anche in merito” attribuitale, eredita la “giurisdizione propria” dell’allegato D- e con la definitiva precisazione della natura giurisdizionale delle sezioni quarta e quinta del Consiglio di Stato, già anticipata dalla Cassazione al fine di sottomettere la Quarta Sezione alla propria giurisdizione sui conflitti; nella riforma del R.D. 30 dicembre 1923, n. 2840, infine, ritroviamo la giurisdizione esclusiva sui diritti (ma per elencazione tassativa, sul modello Rattazzi). L’assetto, che resisterà per decenni, è delineato nella “codificazione” ad opera del testo unico del 1924, insieme con la disciplina processuale. Gli ulteriori sviluppi prendono le mosse dalla Costituzione e arrivano ai giorni nostri con il codice del processo amministrativo.

Il dato di fondo che si coglie da questa premessa generale di ordine storico è che mai, se non con la legge del 1865 e in realtà nemmeno con quella, in Italia si è assistito a radicali cambiamenti nel sistema delle tutele nei confronti della pubblica amministrazione, ma semmai a un progressivo affinamento delle forme di tutela, con una forte propensione alla duttilità e alla flessibilità dei modelli di riferimento

E’ in questo contesto che nasce la IV Sezione del Consiglio di Stato per la tutela degli interessi legittimi (che in realtà spesso erano diritti soggettivi “degradati”) e l’istituzione del giudice amministrativo si pone in dichiarata continuità con il sistema della legge del 1865 (a.3, l. 1889, poi trasfuso nel testo unico del 1924 sul Consiglio di Stato) e in via residuale nell’ambito del sistema delle tutele (“quando i ricorsi non siano di competenza dell’autorità giudiziaria”).

Come è stato efficacemente ricordato, si determinò una “singolare inversione logica: prima venne individuato un nuovo rimedio esperibile contro i provvedimenti amministrativi illegittimi; solo in un secondo momento si costruì una situazione giuridica soggettiva ad esso correlata”. In altri termini, il sistema di giustizia amministrativa ri-nasce con una motivazione che potremmo ben definire “rimediale”, cioè volta a individuare rimedi di ordine tecnico-processuale per la garanzia di posizioni individuali prive di tutela [[3]](#footnote-3).

La successiva evoluzione della giustizia amministrativa nel quadro costituzionale è stata riassunta in un complesso mutamento significativo, già in nuce presente nel dibattito a cavallo della seconda guerra. In effetti, muta la collocazione del giudice amministrativo nel sistema delle tutele e si assiste alla progressiva e tendenziale perdita di centralità del provvedimento amministrativo (sul piano sostanziale) e del carattere impugnatorio del processo.

Il Consiglio di Stato viene formalmente configurato in Costituzione come un giudice speciale che sopravvive al divieto costituzionale delle giurisdizioni speciali. In realtà, questa configurazione già non era del tutto aderente alla realtà; la struttura impugnatoria del processo era coerente con quella idea, ma la “pratica” del contenzioso di annullamento raccontava un’altra storia: mi riferisco alla capacità del contenzioso di annullamento di penetrare il “fatto” e di sindacare la legittimità intrinseca per mezzo dell’eccesso di potere; e, ancor più, alla giurisdizione di merito (soprattutto quella inerente alla giurisdizione strumentale di natura cautelare e all’ottemperanza) e al progressivo espandersi della giurisdizione esclusiva. Progressivamente va delineandosi l’idea del giudice amministrativo –per dirla con Mario Nigro- come “giudice ordinario degli interessi legittimi”, che porta alla configurazione della giustizia amministrativa come “sistema generale di giustizia, con riferimento all’esercizio del potere pubblico”. In tale contesto, l’interesse legittimo assume una posizione “piena”, attraverso la quale si rende visibile il bene della vita.

La riprova della “nuova” lettura della Costituzione riguardo al sistema di giustizia amministrativa si rinviene nella giurisprudenza costituzionale. Vi sono due affermazioni chiave, che oggi possono essere lette e rese coerenti con l’evoluzione storica del nostro sistema, ma anche con quella degli altri ordinamenti europei.

Le sentenze n. 204 del 2004 e n. 191 del 2006 riconoscono la parità delle situazioni tutelate (diritto e interesse) cui deve corrispondere la parità dei giudici e delle tutele da loro offerte. Il giudice amministrativo è dunque il “giudice naturale dell’esercizio della funzione pubblica”, che deve poter garantire una tutela piena ed effettiva della situazione soggettiva; la pienezza di tutela implica che egli deve poter disporre di tutti i mezzi di tutela conosciuti dall’ordinamento, ivi compreso il risarcimento del danno che così, nell’ottica della Corte, viene visto non come un diritto autonomo e astratto ma come un “rimedio”, cioè come uno dei possibili strumenti di reintegrazione della posizione soggettiva lesa.

La sentenza n. 140 del 2007 afferma che anche la lesione dei diritti fondamentali può essere fatta valere dinanzi al giudice amministrativo, non sussistendo nella Costituzione una norma che riservi tali diritti al giudice ordinario. La migliore dottrina ritiene che non sembra potersi condividere l’idea che ci siano diritti non degradabili, cioè preclusi all’esercizio del potere pubblico, e l’attualità ne ha dato triste conferma. La realtà è che, già sul piano dogmatico, la presenza di un diritto, nella nostra esperienza, perfino di un diritto di libertà, come notò Giannini, non segna il limite (rectius: non delimita il campo) del potere: la garanzia costituzionale opera, a vari livelli, con il combinato disposto della riserva di legge (che nega spazio al potere), della tipicità dei provvedimenti (che richiede il fondamento legislativo del potere) e dei vizi di legittimità (che richiedono il corretto esercizio del potere) .

Il codice del processo amministrativo, nel 2010, recepisce questi indirizzi, delineando un processo a cognizione tendenzialmente piena, con una pluralità di azioni, con un arricchito strumentario istruttorio, con poteri decisori articolati e modellati sulla domanda. Le azioni si modellano dinanzi al giudice e sono scelte dalla parte sulla base della loro maggiore idoneità a soddisfare l’interesse sostanziale .

In definitiva, si delinea un assetto, confermato dalla sentenza n. 204 del 2004 della Corte costituzionale, in cui la giurisdizione amministrativa, configurata come giurisdizione ordinaria sugli interessi legittimi, si qualifica come giurisdizione sui pubblici poteri, o giurisdizione dell’illegittimo esercizio del potere pubblico, che consente di pervenire all’idea di una giurisdizione “piena”, senza passare (necessariamente) per una giurisdizione esclusiva. Si vuole intendere che la giurisdizione del giudice amministrativo assicura una tutela piena, per cognizione e strumenti di tutela, in tutte quelle ipotesi in cui sia in gioco la contestazione della legittimità dell’agire pubblico; in tutte quelle ipotesi –direbbe la Corte- in cui l’amministrazione agisca, anche indirettamente, come autorità e quindi la posizione del privato sia qualificabile come interesse legittimo

Anche all’esito della predetta ricostruzione storica, emerge il ruolo centrale che il Consiglio di Stato ha assunto e mantenuto pur dinanzi all’evoluzione dell’ordinamento. Ciò anche in considerazione del fatto che proprio il governo di fenomeni particolarmente innovativi, quale quelli indotti dalla sempre maggiore interazione con ordinamenti sovranazionali - per un verso - e con ordinamenti settoriali e specializzati - per un altro verso-, impone il ricorso ad un organo che garantisca una adeguata qualificazione giuridica, sia in termini di attività consultiva per gli organi decisori, sia in termini di definizione ultima delle controversie fra autorità e cittadini.

2. Versante processuale: Giudice di ultimo grado e di merito.

La peculiarità del ruolo del Consiglio di Stato non si limita alle conseguenze dell’architettura costituzionale e della prassi consolidata, da cui emerge la tradizionale immagine delle tre funzioni: giurisdizionale, consultiva, seguite dalla c.d. terza funzione, tratta dai ruoli che, ordinariamente e ciclicamente, i consiglieri di Stato sono chiamati a svolgere negli uffici governativi e, in genere, nei più alti gradi della burocrazia.

Se l’attività consultiva, sia istituzionale che singola, ha conosciuto una evoluzione, seppur nella sostanziale costanza di operatività, quella giurisdizionale ha assunto, a partire dall’entrata in funzione dei Tribunali amministrativi regionali, un ruolo via via peculiare, quello di giudice di ultimo grado e di merito.

In sostanza, nelle aule della giustizia amministrativa collocate nel prezioso contesto di Palazzo Spada, si concentrano compiti che in altre giurisdizioni sono ripartiti fra diversi organi. Infatti, al ruolo di giudice di ultima istanza si aggiungono i compiti e le responsabilità del giudice di un gravame rinnovatorio con effetto devolutivo. Pur dinanzi all’esistenza del ricorso per Cassazione per motivi inerenti la giurisdizione, il consolidarsi, da un lato, di orientamenti in materia (purtroppo lento) di riparto e, dall’altro lato, di preclusioni nella rilevabilità (in specie post la sentenza della Corte costituzionale 18 gennaio 2018 n. 6), nel diritto amministrativo il Consiglio di Stato è pacificamente giudice di ultima istanza, sia in termini sovranazionali (ad esempio in relazione all’obbligatorietà del rinvio pregiudiziale alla CGE) che interni (ad esempio in termini di nomofilachia, con particolare riferimento al ruolo dell’Adunanza plenaria).

2.1 art. 105 cod proc amm ed annullamento con rinvio.

Tale peculiarità, oltre a costituire la ragione di un incremento del contenzioso, ha assunto contorni sempre più netti, tale da far giungere ad un parziale conseguenza pratica qualificabile in termini di unicità del grado, con l’entrata in vigore del c.d. codice del processo amministrativo (d.lgs. 104 del 2010).

Come noto, tale fondamentale testo contiene una norma, l’art. 105, che, oltre alla formulazione letterale limitativa circa l’individuazione delle ipotesi di annullamento con rinvio [[4]](#footnote-4), è stata oggetto di una interpretazione tanto dibattuta quanto non certo estensiva da parte della stessa giurisprudenza amministrativa, cristallizzatisi nelle note pronunce rese dall’Adunanza plenaria in materia.

2.2 le plenarie del 2018.

Nel corso dell’anno 2018 l’Adunanza plenaria (cfr. ad es. sentenza 28 settembre 2018, n. 15) ha confermato la inderogabilità dei casi di annullamento con rinvio della sentenza di primo grado previsti dall’art. 105 cit.

A titolo esemplificativo è stato ribadito che tra i casi di annullamento con rinvio non rientra l’erronea declaratoria d’inammissibilità del ricorso per difetto di interesse. Anche in tal caso viene affidato un ruolo esaustivo e conclusivo al giudice d’appello, al quale viene consentito di riqualificare il dispositivo delle sentenze in rito, quando accerti la patologica eversione da parte del giudice di prime cure dall’obbligo della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato o dall’obbligo di motivazione, con possibile integrazione delle ipotesi di annullamento con rinvio per violazione del diritto di difesa e nullità della sentenza impugnata [[5]](#footnote-5).

La sentenza richiamata segue altre tre decisioni precedentemente rese dal Supremo consesso sul tema dell’individuazione dell’esatto ambito applicativo dell’art. 105 cod.proc.amm., dovendosi richiamare le seguenti precedenti pronunce: la sentenza 30 luglio 2018, n. 10 (in tema di sorte in appello della sentenza che ha erroneamente pronunciato la irricevibilità del ricorso di primo grado; la sentenza 30 luglio 2018, n. 11, che ha esaminato la rimessione alla Plenaria effettuata dalla sentenza non definitiva del Consiglio di giustizia amministrativa per la regione siciliana n. 223 del 2018 relativa alle conseguenze in appello della impugnativa di una sentenza che abbia erroneamente pronunciato la inammissibilità o irricevibilità del ricorso di primo grado; la sentenza 5 settembre 2018, n. 14, che ha esaminato la rimessione riferita alla sorte processuale della sentenza di primo grado che ha totalmente e immotivatamente omesso di pronunciarsi sulla domanda risarcitoria, seppur correlata all’esito vittorioso dell’azione di annullamento [[6]](#footnote-6).

Effetto di tale interpretazione è l’affidamento, nelle ipotesi in cui la sentenza di prime cure abbia erroneamente limitato l’analisi ad un profilo preliminare, dell’esame della controversia e dell’affidamento della relativa decisione in unico grado al giudice di ultima istanza, titolare degli stessi poteri di merito di quello di primo livello.

Dinanzi ad un tale paventato rischio la ricchezza argomentativa e la profondità di analisi appaiono, di per sé, esemplificazione del ruolo e del contesto in cui si muove ancora oggi il Consiglio di Stato, per il quale la definizione di Supremo organo giuridico amministrativo dello Stato non appare superata.

2.3 il percorso argomentativo della plenaria.

Riassumendo uno dei percorsi argomentativi, la questione del possibile ampliamento delle ipotesi di annullamento della sentenza appellata con rinvio al TAR di cui all’art. 105 appare espressamente qualificata come delicata, sia sul versante formale in ragione del dato testuale dell’art. 105 stesso, sia sul versante sostanziale in quanto incide sul raggiunto punto di equilibrio tra il principio (in sé non assoluto e non costituzionalizzato [[7]](#footnote-7)) del doppio grado di giurisdizione di merito ed il principio (questo sì tout court costituzionalizzato) della ragionevole durata del giudizio e dell’economicità dei mezzi di impugnazione.

Il ritorno dinanzi al giudice di primo grado ha un costo che appare accettabile nei casi indicati espressamente nell’art. 105, comma 1 suddetto, qual rimedio contro il ben più oneroso mantenimento di gravi patologie della sentenza di primo grado, ma se riferito a tutti i casi di erronea declaratoria d’inammissibilità o d’improcedibilità, costringe la parte stessa ad un nuovo lungo e defatigante percorso tra primo e secondo grado;

La giurisprudenza costituzionale (cfr. in specie sentenza n. 77/2007) ha indicato nel principio di ragionevole durata del processo un significativo parametro interpretativo per le norme processuali.

Storicamente, già l’Adunanza generale del Consiglio di Stato, nel parere n. 236/94 del 6 ottobre 1994 sullo schema di disegno di legge per la riforma del processo amministrativo, suggerì, in sede di riforma dell’art. 35 della l. 1034/1971, che si decidesse in appello «sempre senza rinvio» e nel precedente parere n. 16/89 dell’8 febbraio 1990 su analogo disegno di legge di riforma, osservò che «l’annullamento con rinvio presenta l’inconveniente di dar luogo a quattro gradi di giudizio, oltre a mantenere in vita la distinzione tra vizi di procedura che possono, oppure no, dar luogo a rinvio»; antichi richiami che dimostrano il tendenziale rifiuto di estendere l’art. 105 oltre ai casi che, con prudente ragionevolezza, già gli arresti della giurisprudenza hanno voluto ricondurvi.

Dal punto di vista codicistico, l’art. 101, comma 2 d.lgs. 104 cit. conferma la soluzione da ritenere preferibile: nel prevedere che per le parti diverse dall’appellante principale la riproposizione delle domande non esaminate (o assorbite) può avvenire anche con semplice memoria difensiva, senza necessità di appello incidentale, esclude che in caso di omessa pronuncia su una specifica ed autonoma domanda (che implica la violazione della regola della corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato) l’appellato sia costretto a cominciare ex novo un giudizio di primo grado e possa invece riproporre in grado di appello la domanda non esaminata.

In questa ottica, la violazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato non è, quindi, equiparabile ad una ipotesi di violazione del diritto di difesa: in questo caso, infatti, la parte non lamenta di non essersi potuta difendere nel corso del procedimento, ma lamenta un vizio che attiene al contenuto della decisione, che risulta incompleto rispetto ai motivi o alle domande proposte. Diverso può essere il caso - la cui individuazione determinerebbe la regressione della causa al primo giudice - in cui manchi del tutto la pronuncia sulla domanda o il giudice pronunci su diversa domanda, ovvero sulla domanda fatta valere in giudizio il giudice di primo grado abbia pronunciato con motivazione inesistente o apparente (come chiarito dalle decisioni nn. 11 e 12 della stessa Adunanza plenaria).

In merito poi alla tassatività delle ipotesi di cui all’art. 105 cit., la struttura ed il significato della norma esprimono concetti e valori condivisi, già ancor prima dell’emanazione del Codice, nell’ordinamento generale e nell’unitarietà del processo, pur nelle definite e differenti declinazioni di questo; tra i principi comuni agli ordinamenti processuali civile e amministrativo vi è infatti quello in virtù del quale la sentenza di appello si sostituisce alla sentenza di primo grado ed il Giudice di appello decide nel merito, pure quando il Giudice d’appello rilevi un vizio del processo o di detta sentenza.

Dal punto di vista testuale non vi è un dato che abiliti l’interprete a sfuggire da una tassatività delle ipotesi di rinvio al primo Giudice, che condivide non solo il principio generale d’eccezionalità della regressione della causa al grado inferiore, ma pure un insieme di presupposti ben definiti, comuni agli ordinamenti processuali civile e amministrativo, e non altrimenti valutabili e, dunque, neppure estensibili a vicende che ontologicamente ne divergano; d’altra parte le previsioni dell’art. 105 stesso, sia pure senza ricorrere alla descrizione analitica dei vizi, individuano un insieme chiuso, determinato e tipico di vizi, da richiamare separatamente.

Per quanto concerne la peculiare figura della nullità della sentenza, la plenaria sottolinea come si tratti di patologie non tipizzate a priori, ma evidenziate grazie ad una appropriata lettura, da parte dell’interprete, sulle garanzie dell’integrità della sentenza: sentenza con dispositivo assurdo, incomprensibile o incerto; sentenza emessa nei confronti di parti inesistenti o decedute prima dell'instaurazione del giudizio; sentenza pronunciata a non judice; sentenza resa da un collegio giudicante illegittimamente composto.

Per quanto concerne la peculiare figura della lesione del diritto di difesa, le ipotesi sono tipiche e presuppongono la violazione di norme che prevedono poteri o garanzie processuali strumentali al pieno esercizio del diritto di difesa, tra cui la mancata concessione d’un termine a difesa, l’omesso avviso della data d’udienza, l’erronea fissazione dell’udienza durante il periodo feriale, la violazione dell’art. 73, comma 3, cod.proc.amm. per aver il Giudice posto a fondamento della sua decisione una questione rilevata d’ufficio e non prospettata alle parti, la definizione del giudizio in forma semplificata senza il rispetto delle garanzie processuali prescritte dall’art. 60 cod.proc.amm., la sentenza pronunciata senza che fosse dichiarata l’interruzione nonostante la morte del difensore.

Per quanto concerne l’ipotesi della mancanza del contraddittorio, nella visione fatta propria dalla plenaria è essenzialmente riconducibile al caso in cui si sarebbe dovuto integrare il contraddittorio o non si sarebbe dovuto estromettere una parte, così che una o più parti vengono in radice e sin dall’inizio private della possibilità di partecipare al giudizio-procedimento. In termini di regolamento dei confini, viene fatto rinvio al c.d. “principio della ragione più liquida”, l’art. 49, comma 2, cod.proc.amm., consente al Giudice di secondo grado di statuire pure a contraddittorio non integro, qualora il ricorso risulti manifestamente irricevibile, inammissibile, improcedibile o infondato. Analogamente, di per sé neppure la violazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato potrebbe giustificare la rimessione al primo Giudice, essendo dirimente la constatazione che, una volta che il Giudice dichiari la domanda irricevibile, inammissibile o improcedibile, la pronuncia v’è stata, ancorché vi ravvisi un ostacolo processuale che gli impedisce l’esame del merito.

Per ciò che concerne l’espressa previsione di rinvio al primo giudice in caso di erronea declaratoria circa l’estinzione o la perenzione del giudizio, secondo la plenaria conferma ulteriormente la tassatività delle ipotesi di cui all’art. 105. Questa esprime, infatti, oltre che una volontà “positiva” (includere la perenzione e l’estinzione tra i casi di regressione), pure una chiara volontà “negativa”, la scelta, cioè, d’escludere dai casi dell’annullamento con rinvio tutte le ipotesi di erronea chiusura in rito del processo (irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità), diverse rispetto a quelle espressamente tipizzate (estinzione e perenzione).

In termini di precisazione, è stato evidenziato come non tutte le pronunce in rito determinino la rimessione al primo giudice, ma solo quelle che non hanno già comportato una previa delibazione sulla natura dell'interesse azionato (se tutelabile, o no) e sulla tempestività dell’azione (come nel caso di estinzione e perenzione). Né, in termini di confronto, rileva il fatto che il codice del processo contabile abbia una norma espressa sul rinvio al primo giudice quando erroneamente questi pronunci su questioni pregiudiziali senza delibare il merito di quella causa; il Giudice contabile ha più poteri di quello amministrativo perché il Codice di rito del primo è diverso rispetto a quello del secondo, onde a più forte ragione occorrerebbe una novella all’art. 105, mentre non sembra veramente possibile inferire automaticamente dall’art. 119 del codice di giustizia contabile un concetto valido per reinterpretare l’art. 105, comma 1 cit., non solo per la stratificazione di pronunce in senso contrario, ma perché la Corte dei conti ha altre funzioni.

Per ciò che concerne la possibile riconduzione alle ipotesi di nullità della sentenza per difetto assoluto di motivazione e conseguente violazione del diritto di difesa. La plenaria evidenzia come la Sezione remittente abbia richiamato precedenti giurisprudenziali relativi a fattispecie particolari, che sarebbero tali da sollecitare una maggior larghezza nell’identificazione delle ipotesi d’annullamento con rinvio; ma lo stesso Supremo consesso rileva come, invero, i casi richiamati abbiano affermato principi pacifici in tema di violazione dei diritti della difesa o in tema di nullità della sentenza, rispetto ai quali l’art. 105, comma 1 cit., già sarebbe stato da solo utile, senza forzarne le clausole chiuse e tipizzate, a fornire idonea soluzione, rimediandole appunto con la remissione al primo Giudice, stante la motivazione di fatto inesistente, tale, quindi, da vulnerare il diritto di difesa delle parti [[8]](#footnote-8).

In generale, la categoria della nullità degli atti processuali soggiace ad un principio di tassatività tendenziale, che si rinviene nell’art. 156, primo comma, c.p.c., che si può reputare principio generale del processo (ai sensi del citato rinvio esterno di cui all’art. 39 cod.proc.amm.) ed in virtù del quale la nullità può esser dichiarata solo se è comminata dalla legge (nullità testuale).

Peraltro, la rigida tassatività delle nullità processuali è, tuttavia, ridimensionata dal secondo comma dello stesso art. 156, il quale consente di pronunciare comunque la nullità (pur in assenza di una puntuale previsione testuale), «… quando l’atto manca dei requisiti formali indispensabili per il raggiungimento dello scopo…», sì da introdurre, pure in materia processuale, un’ipotesi di nullità “virtuale”. In tale contesto, non sfugge il carattere eccezionale della nullità processuale virtuale, la quale richiede la carenza di requisiti formali, opera perciò soltanto per le nullità formali (e non per quelle c.d. extraformali) e postula, inoltre, che la forma mancata sia indispensabile ai fini del raggiungimento dello scopo cui l’atto è preordinato.

In termini di ulteriore ipotesi, la nullità della sentenza può essere determinata dal difetto sostanziale di motivazione. Al riguardo, il difetto assoluto di motivazione integra allora un caso di nullità della sentenza, per il combinato disposto degli artt. 88, comma 2, lett. d) e 105, comma 1, cod.proc.amm., non rimediabile attraverso il potere di correzione spettante al Giudice d’appello; anche alla luce del principio processuale di cui all’art. 156, comma 2, c.p.c., d’altronde, la motivazione rappresenta l’indispensabile requisito formale/ sostanziale affinché la sentenza raggiunga il suo scopo. Peraltro, il difetto assoluto di motivazione non s’identifica con la motivazione illogica, contraddittoria, errata, incompleta o sintetica, ma è un vizio di ben più marcata gravità, che dà luogo ad una sentenza abnorme ancor prima che nulla. In termini generali, per aversi nullità occorre una grave ed irrimediabile anomalia motivazionale che si rinviene sia nella mancanza assoluta di motivi sotto gli aspetti materiale e grafico, sia nel contrasto irriducibile tra affermazioni inconciliabili, nella motivazione meramente assertiva, tautologica, apodittica, oppure obiettivamente incomprensibile. E la motivazione apparente non è sindacabile dal giudice, in quanto essa costituisce un atto d’imperio immotivato, e dunque non è nemmeno integrabile, se non con il riferimento alle più varie, ipotetiche congetture, ma una sentenza “congetturale” è, per definizione, una non-decisione giurisdizionale – o, se si preferisce e all’estremo opposto, un atto di puro arbitrio – e, quindi, un atto di abdicazione alla potestas iudicandi.

Invero, è di rilievo l’ulteriore precisazione della plenaria in un’ottica sistematica del codice di rito, per cui è sempre possibile, in linea di principio, riconoscere al Giudice d’appello il potere di sindacare il contenuto della motivazione dell’impugnata sentenza, affinché si possa riqualificare il dispositivo delle sentenze in rito ex art. 35, co. 1, cod.proc.amm., ove s’accerti la patologica eversione del Giudice di prime cure dall’obbligo della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato (art. 112 c.p.c.) o dall’obbligo di motivazione (artt. 74 e 88 cod.proc.amm.) –trattandosi, com’è noto, di vicende che impingono sulla struttura inderogabile ed essenziale della sentenza, rispetto all’oggetto del processo– a condizione, però, che tale patologia (da qualunque causa determinata), investa il complesso della motivazione stessa e non una sola sua parte (invece emendabile nei modi ordinari) o, peggio, il punto di diritto affermato (specie se questo, al di là della precisione semantica o d’una buona forma espositiva, sia fedele agli indirizzi consolidati o prevalenti della giurisprudenza di del Consiglio di Stato); è evidente che dette ultime ipotesi costituiscono, tanto una lesione dei diritti della difesa sostanziale delle parti nel grado di riferimento, quanto una vicenda di nullità della sentenza ed implicano, per forza di cose, l’annullamento con rinvio ex art. 105, comma 1 cit.

2.4 ulteriori problematiche.

L’approfondita e rigida conclusione della plenaria, tesa a definire con la chiarezza richiesta dalla propria funzione nomofilattica e dal principio di fondo condensato nella nozione di certezza del diritto, seppur rigorosa, trova un proprio substrato nella giurisprudenza prevalente del Consiglio di Stato secondo cui l’art. 105 in esame costituisce il punto di sintesi tra il principio del doppio grado di giurisdizione, che prevede l'annullamento con rinvio nei casi in cui più forte è l'esigenza di garantire la riproduzione di un giudizio sul merito della controversia, e le ragioni di celerità della definizione del processo, che militano a favore della regola della ritenzione della causa presso il Giudice dell'appello.

Restano le difficoltà, eminentemente pratiche, derivanti dal concentrare quasi interamente un elevato numero di controversie, spesso al di fuori di reali esigenze giuridiche, dinanzi ad un giudice di ultimo grado. Ciò risulta aggravato dalla prassi dell’assorbimento dei motivi, rispetto alla quale le chiare indicazioni formulate a suo tempo dalla stessa plenaria [[9]](#footnote-9) non sono mai state colte sino in fondo dalla giurisprudenza di prime cure, e non solo con riferimento allo strumento delle sentenze semplificate (o brevi che dir si voglia).

Secondo la consolidata giurisprudenza del Consiglio di Stato, il giudice amministrativo è tenuto a vagliare, di regola, tutti i motivi dedotti e tutte le domande formulate dalle parti. La tecnica dell'assorbimento dei motivi deve ritenersi legittima limitatamente ai casi disciplinati dalla legge ovvero quando sussista un rapporto di stretta e chiara continenza, pregiudizialità o implicazione logica tra la censura accolta e quella non esaminata [[10]](#footnote-10)

Il frequente superamento dei limiti del c.d. assorbimento nonché un ricorso al modello delle cc.dd. sentenze brevi oltre i reali presupposti, finisce con lo spostare molte questioni in ultimo grado. Ciò anche in termini di necessità istruttorie, in merito alla effettiva consistenza delle situazioni di fatto in contestazione, come ad esempio in caso di controversie in materia di governo del territorio, dove la qualificazione degli oggetti controversi e delle diverse prospettazioni impongono una chiara e completa acquisizione degli elementi di fatto, non sempre presenti nel giudizio di prime cure.

A fronte di tali risultanze, emerge la conferma di un problema di fondo, derivante dall’appesantimento di quello che resta un giudizio di ultimo grado cui è richiesta anche la indicazione di principi giuridici tali da costituire indicazione anche futura per le amministrazioni interessate e non solo.

3 il rinvio pregiudiziale quale giudice di ultima istanza.

Come noto, costituisce principio consolidato quello per cui, in generale, il giudice di ultima istanza dello Stato membro ha l’obbligo di rivolgersi alla Corte di giustizia UE ogni qual volta sussista un dubbio circa la corretta applicazione del diritto dell’Unione europea, indipendentemente da qualsiasi pronuncia della Corte di cassazione, dell’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato o della Corte costituzionale.

L’estensione del relativo onere è tale anche a cagione delle indicazioni provenienti dallo stesso giudice europeo, sebbene poi lo stesso abbia a lamentarsi dell’eccesso di rinvii e delle istanze di trattazione urgente (ordinariamente respinte). Se tale eccesso è all’evidenza frutto della specifica previsione di una ipotesi piuttosto ampia di responsabilità per gli stessi organi giudicanti, la giurisprudenza europea ha esteso l’obbligo in termini piuttosto forti [[11]](#footnote-11), reputando che l’art. 267, par. 3, Tfue debba essere interpretato nel senso che il giudice nazionale le cui decisioni non sono impugnabili con un ricorso giurisdizionale è tenuto, in linea di principio, a procedere al rinvio pregiudiziale di una questione di interpretazione del diritto dell'Unione anche nel caso in cui, nell'ambito del medesimo procedimento nazionale, la Corte costituzionale dello Stato membro di cui trattasi abbia valutato la costituzionalità delle norme nazionali alla luce delle norme di riferimento aventi un contenuto analogo a quello delle norme del diritto dell'Unione.

Il ruolo del Consiglio di Stato sul punto assume duplice specifico rilievo: per un verso quale giudice di ultima istanza dotato di poteri di merito; per un altro verso a fronte del primario rilievo che il diritto europeo assume in alcune delle principali materie oggetto di controversie nelle aule di palazzo Spada, dagli appalti, all’ambiente alle comunicazioni, a tacer d’altro.

3.1 giurisprudenza interna ed europea.

La giurisprudenza del Consiglio di Stato [[12]](#footnote-12) richiama gli orientamenti della stessa Corte di Giustizia nonché le relative linee guida (ciclicamente corrette e pubblicate sulla gazzetta ufficiale europea) e, in disparte i casi di controversie fittizie o di questioni puramente ipotetiche, sottolinea che il dovere di rimessione esula soltanto allorché: la questione sia materialmente identica ad altra già affrontata e risolta dalla Corte; la questione inerisca ad punto di diritto già affrontato e risolto dalla Corte, sia pure nell'ambito di una controversia non strettamente identica; la questione, pur non ancora affrontata dalla Corte, sia comunque tale da non lasciare alcun ragionevole dubbio sull'esatta interpretazione da riconoscere al diritto euro-unitario”.

Al fine di chiarire il campo di contestazione in materia, lo stesso giudice della giurisdizione ha evidenziato [[13]](#footnote-13) che non sono riconducibili al novero dei motivi inerenti alla giurisdizione le eventuali violazioni del diritto dell'Unione europea ed il mancato rinvio pregiudiziale ascrivibili alla sentenza pronunciata dal Consiglio di Stato”.

Sul versante processuale poi la giurisprudenza amministrativa ha cercato di sminare ogni questione a monte, al fine di separare l’ambito della cognizione e la delimitazione della controversia dal puro merito da sottoporre eventualmente alla Cge. In particolare, è stato affermato che una volta verificatasi una preclusione o una decadenza processuale non può trovare ingresso la successiva richiesta di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia e il conseguente obbligo di rinvio del giudice di ultima istanza ex articolo 267, comma 3, cit. [[14]](#footnote-14). Invero, principi conformi erano stati già affermati in giurisprudenza [[15]](#footnote-15), ove si era precisato che l’obbligo del rinvio pregiudiziale interpretativo alla Corte UE, sancito dall’art. 267 comma 3, Trattato UE, presuppone l’esistenza non solo di un giudice ma anche di un giudizio correttamente instaurato e altrettanto correttamente celebrato.

3.2 il ruolo della plenaria.

La difficoltà di mediare rispetto all’estensione dell’obbligo di rinvio anche al di là dei limiti processuali ha impegnato in prima persona la stessa Adunanza plenaria

Se da un lato il Supremo Consesso ha evidenziato come le sentenze pregiudiziali interpretative della Corte di Giustizia hanno la stessa efficacia vincolante delle disposizioni interpretate: la decisione della Corte resa in sede di rinvio pregiudiziale, dunque, oltre a vincolare il giudice che ha sollevato la questione, spiega i propri effetti anche rispetto a qualsiasi altro caso che debba essere deciso in applicazione della medesima disposizione di diritto [[16]](#footnote-16), dall’altro lato lo stesso Giudice, nell’esaminare una delicata questione in tema di oneri di sicurezza, ha affrontato il tema della pendenza dinnanzi alla Corte di giustizia di una questione analoga.

In tale contesto l'Adunanza plenaria si trovava di fronte, sotto il profilo del metodo, a tre diverse soluzioni, tutte astrattamente percorribili: a) disporre la sospensione c.d. impropria del giudizio, in attesa che si pronunci il giudice europeo, seguendo l'opzione prescelta, come si è visto, dalle singole Sezioni del Consiglio di Stato; b) sollevare, analogamente a quanto hanno fatto alcuni tribunali amministrativi regionali, una questione pregiudiziale di corretta interpretazione del diritto dell'Unione Europea, per verificare se ed in che misura esso osti all'applicazione del principio di diritto enunciato dalla precedente sentenza n. 9 del 2015 (il che, fra l'altro, consentirebbe alle parti del presente giudizio di poter svolgere le proprie difese dinnanzi alla Corte di giustizia); c) decidere, comunque, la questione nel merito, riesaminando, anche alla luce dei dubbi di compatibilità comunitaria manifestati dall'ordinanza di rimessione, il proprio orientamento espresso nella citata sentenza n. 9 del 2015.

L'Adunanza plenaria ha optato per l'ultima delle soluzioni indicate, ovvero di esaminare nel merito la questione rimessale. Tale scelta corrisponde, secondo lo stesso Supremo consesso, alle richieste delle parti del giudizio, che hanno manifestato espressamente l'interesse ad avere una decisione immediata di questo Consesso, senza attendere i tempi più lunghi richiesti per la decisione della Corte di giustizia sulla questione pregiudiziale di fronte ad essa pendente. Tale soluzione soddisfa, inoltre, una più generale esigenza di sistema, che emerge in maniera chiara ove si consideri che una eventuale mitigazione (o chiarimento) del principio di diritto enunciato nella precedente sentenza (in specie la n. 9 del 2015) potrebbe sortire il duplice positivo effetto, da un lato, di risolvere in via preventiva i dubbi di compatibilità comunitaria sottesi alla questione pregiudiziale sollevata da numerosi tribunali amministrativi regionali, e, dall'altro, di superare la "causa ostativa" che ha determinato la sospensione exart. 79, comma 1, c.p.a. di diversi giudizi amministrativi pendenti anche in grado di appello. L'esercizio della funzione nomofilattica della plenaria “impone di considerare questa esigenza di economia processuale, a maggior ragione se si tiene conto della possibilità, offerta dal presente giudizio, di una pronuncia in tempi più brevi rispetto a quelli occorrenti per la definizione della questione pregiudiziale innanzi alla Corte di giustizia” [[17]](#footnote-17).

3.3 la rigidità europea.

In materia, come noto, è intervenuta la sentenza c.d. Puligienica la quale ha affermato pesanti principi: il diritto europeo deve essere interpretato nel senso che osta a che un ricorso principale proposto da un offerente, il quale abbia interesse a ottenere l’aggiudicazione di un determinato appalto e che sia stato o rischi di essere leso a causa di una presunta violazione del diritto dell’Unione in materia di appalti pubblici o delle norme che traspongono tale diritto, e diretto a ottenere l’esclusione di un altro offerente, sia dichiarato irricevibile in applicazione di norme processuali nazionali che prevedono l’esame prioritario del ricorso incidentale presentato dall’altro offerente; inoltre, l’articolo 267 TFUE deve essere interpretato nel senso che osta a una disposizione di diritto nazionale nei limiti in cui quest’ultima sia interpretata nel senso che, relativamente a una questione vertente sull’interpretazione o sulla validità del diritto dell’Unione, una sezione di un organo giurisdizionale di ultima istanza, qualora non condivida l’orientamento definito da una decisione dell’adunanza plenaria di tale organo, è tenuta a rinviare la questione all’adunanza plenaria e non può pertanto adire la Corte ai fini di una pronuncia in via pregiudiziale [[18]](#footnote-18).

Nella medesima soverchiante ottica si pone l’ulteriore pronuncia limitativa dell’autonomia processuale degli Stati membri [[19]](#footnote-19), con cui la Corte di giustizia UE ha dichiarato che la normativa europea in materia di appalti pubblici deve essere interpretata nel senso che essa osta a che un ricorso principale inteso a ottenere l’esclusione di un altro offerente, proposto da un concorrente che abbia interesse ad ottenere l’aggiudicazione di un determinato appalto e che affermi di essere leso da una violazione del diritto dell’Unione, venga dichiarato inammissibile in base al diritto nazionale, quali che siano il numero di partecipanti alla procedura di aggiudicazione dell’appalto e il numero di quelli che hanno presentato ricorsi. Ebbene in relazione al principio della c.d. “autonomia processuale” degli Stati membri, menzionato dalla pronuncia in rassegna, si segnala che le tensioni latenti tra ordinamento nazionale e comunitario nella disciplina delle condizioni dell’azione nella materia dei contratti pubblici ripropongono il tema della autonomia degli Stati nazionali nella disciplina degli istituti processuali.

La Corte europea è giunta ad incidere sul punto di maggior resistenza del diritto processuale, rappresentato dal giudicato, laddove ha statuito (Corte di giustizia UE, sez. I, 4 marzo 2020, C-34/19, Telecom Italia s.p.a. ) che “Il diritto dell’Unione dev’essere interpretato nel senso che esso non impone a un giudice nazionale di disapplicare le norme di procedura interne che riconoscono autorità di cosa giudicata a una pronuncia di un organo giurisdizionale, anche qualora ciò consenta di porre rimedio a una violazione di una disposizione del diritto dell’Unione, senza con ciò escludere la possibilità per gli interessati di far valere la responsabilità dello Stato al fine di ottenere in tal modo una tutela giuridica dei loro diritti riconosciuti dal diritto dell’Unione”.

3.4 le deroghe all’obbligo di rinvio.

Preso atto di questa pesante limitazione dell’autonomia processuale nazionale, vanno ricordate le tre tradizionali ipotesi di deroga all’obbligo di rinvio, ex art. 267 FUE, individuate dalla giurisprudenza della Corte del Lussemburgo [[20]](#footnote-20) e da quella nazionale [[21]](#footnote-21), rappresentate dalle seguenti: la presenza di specifici precedenti resi dalla CGUE sulla medesima questione controversa; l’irrilevanza della questione interpretativa rispetto alla risoluzione del caso di specie (ed è in tale ambito che si può recuperare alcuni degli eccessi derivanti da una pedissequa applicazione delle regole di auto imposizione della Cge; la presenza di una disposizione europea la cui univocità non faccia ritenere necessario sollevare la questione pregiudiziale c.d. teoria dell’atto chiaro.

Le predette ipotesi assumono un peculiare utilizzo nel rapporto tra rinvio pregiudiziale e questioni in rito, quali possibili casi di esonero dall’obbligo del rinvio, laddove riguardanti il processo principale. In tale ottica la giurisprudenza del Consiglio di Stato persegue un condivisibile bisogno di certezza del diritto, connesso a situazioni e principi tradizionali, non sempre compatibili con i tempi ed i caratteri di molte sentenze europee.

A titolo esemplificativo dello sforzo compiuto dal Consiglio di Stato va richiamato il tema del giudicato di inammissibilità sulla condizione dell’azione, un relazione al quale è stato affermato non sussistere obbligo di rinvio pregiudiziale in presenza di un precedente giudicato di inammissibilità per difetto di una condizione dell’azione [[22]](#footnote-22).

Invero, la stessa giurisprudenza tradizionale europea appariva più attenta alle esigenze perseguite dalle decisioni appena richiamate, laddove veniva formulato l’auspicio che le questioni in rito venissero risolte anteriormente al rinvio pregiudiziale [[23]](#footnote-23).

In tale ottica si è tradizionalmente mosso il giudice nazionale. Infatti, in relazione alla – triplice – possibilità di dar luogo, alternativamente, alla disapplicazione della disposizione interna, al rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE ovvero alla questione di legittimità costituzionale in conseguenza della doppia protezione (interna ed europea) delle situazioni soggettive, la giurisprudenza del Consiglio di Stato ancora di recente [[24]](#footnote-24) ha statuito quanto segue: I) non deve farsi luogo alla disapplicazione della disciplina interna quando le ragioni dell’eventuale contrasto con il diritto dell’Unione non sono immediate, né sufficientemente chiare, precise ed incondizionate; II) è doveroso il rinvio pregiudiziale quando il giudice a quo, che è anche giudice di ultima istanza, dubiti – comunque – della legittimità europea della norma interna; III) in relazione ai paralleli dubbi di costituzionalità, il giudice interno deve comunque preliminarmente vagliare la questione di compatibilità con l’ordinamento in considerazione che l’eventuale declaratoria di incostituzionalità della norma comporterebbe l’espunzione della stessa dall’ordinamento con effetti erga omnes, anziché limitati al caso concreto come in caso di incompatibilità con l’ordinamento UE, la questione di legittimità costituzionale può essere vagliata successivamente alla pronuncia della Corte del Lussemburgo.

Infine, proprio a cagione del ruolo preminente assunto dal Consiglio di Stato sul tema in questione, quale giudice di ultimo grado e di merito nonché a fronte del frequente impatto del diritto europeo, anche sugli elementi identificativi delle questioni interpretative la giurisprudenza di Palazzo Spada si muove da sempre con particolare attenzione in relazione alla necessità che si tratti di questione di diritto UE e non di diritto interno. In proposito è stato evidenziato come il rinvio pregiudiziale della causa alla corte di giustizia europea, volto ad ottenere l'interpretazione di norme comunitarie - rinvio obbligatorio per i giudizi nazionali di ultima istanza, e facoltativo per gli altri - postula in ogni caso: a) che la questione interpretativa riguardi norme comunitarie; b) che sussistano effettivi dubbi sulla interpretazione delle stesse, nonché sulla loro portata, sull'ambito di efficacia e sull'oggetto della disciplina; c) che la questione interpretativa controversa abbia rilevanza ai fini decisori, con valenza idonea a definire il giudizio a quo pendente dinanzi al giudice nazionale.

4. la giurisprudenza del Consiglio di Stato e le sfide della modernità.

Il ruolo del Consiglio di Stato, dinanzi al carattere relativamente giovane del diritto amministrativo [[25]](#footnote-25) e anche per questo così mutevole, al mutar del ruolo dell’Autorità nelle moderne società, assume rilievo fondamentale anche dinanzi alla capacità dimostrata di tenere il passo con le nuove frontiere del diritto. Ciò inquadrando le nuove sfide nell’ambito dei principi dell’ordinamento, contribuendo contestualmente all’evoluzione ed alla piena vitalità degli stessi.

Sia in relazione ad ambiti realmente innovativi, sia rispetto all’evoluzione di ambiti già tradizionalmente affrontati e che tuttavia sono chiamati a nuove sfide.

4.1 ambiti innovativi: l’algoritmo del procedimento amministrativo.

Sul primo versante si colloca, a titolo esemplificativo, la giurisprudenza in materia di utilizzo dell’algoritmo, e più in generale della c.d. intelligenza artificiale, nell’ambito dell’attività amministrativa.

In particolare la sezione sesta [[26]](#footnote-26) ha ricostruito definitivamente il ricorso all'algoritmo nei procedimenti amministrativi, inquadrandolo quale modulo organizzativo, di strumento procedimentale ed istruttorio, soggetto alle verifiche tipiche di ogni procedimento amministrativo, da svolgersi sulla scorta delle legislazione attributiva del potere e delle finalità dalla stessa attribuite all'organo pubblico, titolare del potere.

Un breve richiamo ai passaggi principali della giurisprudenza richiamata evidenzia il ruolo predetto.

In linea generale va ribadito come anche la pubblica amministrazione debba poter sfruttare le rilevanti potenzialità della c.d. rivoluzione digitale. In tale contesto, il ricorso ad algoritmi informatici per l’assunzione di decisioni che riguardano la sfera pubblica e privata si fonda sui paventati guadagni in termini di efficienza e neutralità. In molti campi gli algoritmi promettono di diventare lo strumento attraverso il quale correggere le storture e le imperfezioni che caratterizzano tipicamente i processi cognitivi e le scelte compiute dagli esseri umani, messi in luce soprattutto negli ultimi anni da un’imponente letteratura di economia comportamentale e psicologia cognitiva. In tale contesto, le decisioni prese dall’algoritmo assumono così un’aura di neutralità, frutto di asettici calcoli razionali basati su dati. Peraltro, già in tale ottica è emersa altresì una lettura critica del fenomeno, in quanto l’impiego di tali strumenti comporta in realtà una serie di scelte e di assunzioni tutt’altro che neutre: l’adozione di modelli predittivi e di criteri in base ai quali i dati sono raccolti, selezionati, sistematizzati, ordinati e messi insieme, la loro interpretazione e la conseguente formulazione di giudizi sono tutte operazioni frutto di precise scelte e di valori, consapevoli o inconsapevoli; da ciò ne consegue che tali strumenti sono chiamati ad operano una serie di scelte, le quali dipendono in gran parte dai criteri utilizzati e dai dati di riferimento utilizzati, in merito ai quali è apparso spesso difficile ottenere la necessaria trasparenza.

Peraltro, rispetto all’utilizzo dell’algoritmo non si tratta di sperimentare forme diverse di esternazione della volontà dell’amministrazione, come nel caso dell’atto amministrativo informatico, ovvero di individuare nuovi metodi di comunicazione tra amministrazione e privati, come nel caso della partecipazione dei cittadini alle decisioni amministrative attraverso social network o piattaforme digitali, ovvero di ragionare sulle modalità di scambio dei dati tra le pubbliche amministrazioni. Nel caso dell’utilizzo di tali strumenti digitali ci si trova dinanzi ad una situazione che, in sede dottrinaria, è stata efficacemente qualificata con l’espressione di rivoluzione 4.0 la quale, riferita all’amministrazione pubblica e alla sua attività, descrive la possibilità che il procedimento di formazione della decisione amministrativa sia affidato a un software, nel quale vengono immessi una serie di dati così da giungere, attraverso l’automazione della procedura, alla decisione finale.

L’utilità di tale modalità operativa di gestione dell’interesse pubblico è particolarmente evidente con riferimento a procedure, come quella oggetto del presente contenzioso, seriali o 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.

La piena ammissibilità di tali strumenti risponde ai canoni di efficienza ed economicità dell’azione amministrativa (art. 1 l. 241/90), i quali, secondo il principio costituzionale di buon andamento dell’azione amministrativa (art. 97 Cost.), impongono all’amministrazione il conseguimento dei propri fini con il minor dispendio di mezzi e risorse e attraverso lo snellimento e l’accelerazione dell’iter procedimentale.

Nelle controversie affrontate, relative a procedure di assegnazione di sedi in base a criteri oggettivi, l’utilizzo di una procedura informatica che conduca direttamente alla decisione finale non deve essere stigmatizzata, ma anzi, in linea di massima, incoraggiata: essa comporta infatti numerosi vantaggi quali, ad esempio, la notevole riduzione della tempistica procedimentale per operazioni meramente ripetitive e prive di discrezionalità, l’esclusione di interferenze dovute a negligenza (o peggio dolo) del funzionario (essere umano) e la conseguente maggior garanzia di imparzialità della decisione automatizzata.

Peraltro, l’utilizzo di procedure informatizzate non può essere motivo di elusione dei princìpi che conformano il nostro ordinamento e che regolano lo svolgersi dell’attività amministrativa. In tale contesto, infatti, il ricorso all’algoritmo va correttamente inquadrato in termini di modulo organizzativo, di strumento procedimentale ed istruttorio, soggetto alle verifiche tipiche di ogni procedimento amministrativo, il quale resta il modus operandi della scelta autoritativa, da svolgersi sulla scorta delle legislazione attributiva del potere e delle finalità dalla stessa attribuite all’organo pubblico, titolare del potere.

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.

In disparte la stessa sostenibilità a monte dell’attualità di una tale distinzione, atteso che ogni attività autoritativa comporta una fase quantomeno di accertamento e di verifica della scelta ai fini attribuiti dalla legge, se il ricorso agli strumenti informatici può apparire di più semplice utilizzo in relazione alla c.d. attività vincolata, nulla vieta che i medesimi fini predetti, perseguiti con il ricorso all’algoritmo informatico, possano perseguirsi anche in relazione ad attività connotata da ambiti di discrezionalità.

Piuttosto, se nel caso dell’attività vincolata ben più rilevante, sia in termini quantitativi che qualitativi, potrà essere il ricorso a strumenti di automazione della raccolta e valutazione dei dati, anche l’esercizio di attività discrezionale, in specie tecnica, può in astratto beneficiare delle efficienze e, più in generale, dei vantaggi offerti dagli strumenti stessi.

In tale contesto, premessa la generale ammissibilità di tali strumenti, assumono rilievo fondamentale, anche alla luce della disciplina di origine sovranazionale, due aspetti preminenti, quali elementi di minima garanzia per ogni ipotesi di utilizzo di algoritmi in sede decisoria pubblica: a) la piena conoscibilità a monte del modulo utilizzato e dei criteri applicati; b) l’imputabilità della decisione all’organo titolare del potere, il quale deve poter svolgere la necessaria verifica di logicità e legittimità della scelta e degli esiti affidati all’algoritmo.

Sul versante della piena conoscibilità, rilievo preminente ha il principio della trasparenza, da intendersi sia per la stessa p.a. titolare del potere per il cui esercizio viene previsto il ricorso allo strumento dell’algoritmo, sia per i soggetti incisi e coinvolti dal potere stesso. Il meccanismo attraverso il quale si concretizza la decisione robotizzata (ovvero l’algoritmo) debba essere “conoscibile”, secondo una declinazione rafforzata del principio di trasparenza, che implica anche quello della piena conoscibilità di una regola espressa in un linguaggio differente da quello giuridico. Tale conoscibilità dell’algoritmo deve essere garantita in tutti gli aspetti: dai suoi autori al procedimento usato per la sua elaborazione, al meccanismo di decisione, comprensivo delle priorità assegnate nella procedura valutativa e decisionale e dei dati selezionati come rilevanti. Ciò al fine di poter verificare che i criteri, i presupposti e gli esiti del procedimento robotizzato siano conformi alle prescrizioni e alle finalità stabilite dalla legge o dalla stessa amministrazione a monte di tale procedimento e affinché siano chiare – e conseguentemente sindacabili – le modalità e le regole in base alle quali esso è stato impostato.

In relazione ai soggetti coinvolti si pone anche un problema di gestione dei relativi dati. Ad oggi nelle attività di trattamento dei dati personali possono essere individuate due differenti tipologie di processi decisionali automatizzati: quelli che contemplano un coinvolgimento umano e quelli che, al contrario, affidano al solo algoritmo l'intero procedimento.

Il più recente Regolamento europeo in materia (2016/679), concentrandosi su tali modalità di elaborazione dei dati, integra la disciplina già contenuta nella Direttiva 95/46/CE con l'intento di arginare il rischio di trattamenti discriminatori per l'individuo che trovino la propria origine in una cieca fiducia nell'utilizzo degli algoritmi. In particolare, in maniera innovativa rispetto al passato, gli articoli 13 e 14 del Regolamento stabiliscono che nell'informativa rivolta all'interessato venga data notizia dell'eventuale esecuzione di un processo decisionale automatizzato, sia che la raccolta dei dati venga effettuata direttamente presso l’interessato sia che venga compiuta in via indiretta. Una garanzia di particolare rilievo viene riconosciuta allorché il processo sia interamente automatizzato essendo richiesto, almeno in simili ipotesi, che il titolare debba fornire “informazioni significative sulla logica utilizzata, nonché l'importanza e le conseguenze previste di tale trattamento per l’interessato” . In questo senso, in dottrina è stato fatto notare come il legislatore europeo abbia inteso rafforzare il principio di trasparenza che trova centrale importanza all'interno del Regolamento.

Il ragionamento della giurisprudenza prosegue con un dettagliato esame delle norme di origine europea.

Sul versante della verifica degli esiti e della relativa imputabilità, deve essere garantita la verifica a valle, in termini di logicità e di correttezza degli esiti. Ciò a garanzia dell’imputabilità della scelta al titolare del potere autoritativo, individuato in base al principio di legalità, nonché della verifica circa la conseguente individuazione del soggetto responsabile, sia nell’interesse della stessa p.a. che dei soggetti coinvolti ed incisi dall’azione amministrativa affidata all’algoritmo. In tale contesto, lo stesso Regolamento predetto affianca alle garanzie conoscitive assicurate attraverso l'informativa e il diritto di accesso, un espresso limite allo svolgimento di processi decisionali interamente automatizzati. L'articolo 22, paragrafo 1, riconosce alla persona il diritto di non essere sottoposta a decisioni automatizzate prive di un coinvolgimento umano e che, allo stesso tempo, producano effetti giuridici o incidano in modo analogo sull'individuo. Quindi occorre sempre l’individuazione di un centro di imputazione e di responsabilità, che sia in grado di verificare la legittimità e logicità della decisione dettata dall’algoritmo.

In tema di imputabilità tale giurisprudenza richiama, quale elemento rilevante di inquadramento del tema, la Carta della Robotica, approvata nel febbraio del 2017 dal Parlamento Europeo. Tale atto esprime in maniera efficace questi passaggi, laddove afferma che “l’autonomia di un robot può essere definita come la capacità di prendere decisioni e metterle in atto nel mondo esterno, indipendentemente da un controllo o un'influenza esterna; (…) tale autonomia è di natura puramente tecnologica e il suo livello dipende dal grado di complessità con cui è stata progettata l'interazione di un robot con l'ambiente; (…) 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». Quindi, anche al fine di applicare le norme generali e tradizionali in tema di imputabilità e responsabilità, occorre garantire la riferibilità della decisione finale all’autorità ed all’organo competente in base alla legge attributiva del potere.

A conferma dell’inquadramento proposto si richiamano il diritto sovranazionale da cui emergono tre principi, da tenere in debita considerazione nell’esame e nell’utilizzo degli strumenti informatici.

In primo luogo, il principio di conoscibilità, per cui ognuno ha diritto a conoscere l’esistenza di processi decisionali automatizzati che lo riguardino ed in questo caso a ricevere informazioni significative sulla logica utilizzata. Il principio, in esame è formulato in maniera generale e, perciò, applicabile sia a decisioni prese da soggetti privati che da soggetti pubblici, anche se, nel caso in cui la decisione sia presa da una p.a., la norma del Regolamento costituisce diretta applicazione specifica dell’art. 42 della Carta Europea dei Diritti Fondamentali (“Right to a good administration”), laddove afferma che quando la Pubblica Amministrazione intende adottare una decisione che può avere effetti avversi su di una persona, essa ha l’obbligo di sentirla prima di agire, di consentirle l’accesso ai suoi archivi e documenti, ed, infine, ha l’obbligo di “dare le ragioni della propria decisione”. Tale diritto alla conoscenza dell’esistenza di decisioni che ci riguardino prese da algoritmi e, correlativamente, come dovere da parte di chi tratta i dati in maniera automatizzata, di porre l’interessato a conoscenza, va accompagnato da meccanismi in grado di decifrarne la logica. In tale ottica, il principio di conoscibilità si completa con il principio di comprensibilità, ovverosia la possibilità, per riprendere l’espressione del Regolamento, di ricevere “informazioni significative sulla logica utilizzata”.

In secondo luogo, l’altro principio del diritto europeo rilevante in materia (ma di rilievo anche globale in quanto ad esempio utilizzato nella nota decisione Loomis vs. Wisconsin), è definibile come il principio di non esclusività della decisione algoritmica. Nel caso in cui una decisione automatizzata “produca effetti giuridici che riguardano o che incidano significativamente su una persona”, questa ha diritto a che tale decisione non sia basata unicamente su tale processo automatizzato (art. 22 Reg.). In proposito, deve comunque esistere nel processo decisionale un contributo umano capace di controllare, validare ovvero smentire la decisione automatica. In ambito matematico ed informativo il modello viene definito come HITL (human in the loop), in cui, per produrre il suo risultato è necessario che la macchina interagisca con l’essere umano.

In terzo luogo, dal considerando n. 71 del Regolamento 679/2016 il diritto europeo trae un ulteriore principio fondamentale, di non discriminazione algoritmica, secondo cui è opportuno che il titolare del trattamento utilizzi procedure matematiche o statistiche appropriate per la profilazione, mettendo 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. In tale contesto, pur dinanzi ad un algoritmo conoscibile e comprensibile, non costituente l’unica motivazione della decisione, occorre che lo stesso non assuma carattere discriminatorio. In questi casi, come afferma il considerando, occorrerebbe rettificare i dati in “ingresso” per evitare effetti discriminatori nell’output decisionale; operazione questa che richiede evidentemente la necessaria cooperazione di chi istruisce le macchine che producono tali decisioni

Infine, si evidenzia come il tema dei pericoli connessi allo strumento non sia ovviato dalla rigida e meccanica applicazione di tutte le minute regole procedimentali della legge n. 241 del 1990 ( quali ad es. la comunicazione di avvio del procedimento sulla quale si appunta buona parte dell’atto di appello o il responsabile del procedimento che , con tutta evidenza, non può essere una macchina in assenza di disposizioni espresse ), dovendosi invece ritenere che la fondamentale esigenza di tutela posta dall’utilizzazione dello strumento informatico c.d. algoritmico sia la trasparenza nei termini prima evidenziati riconducibili al principio di motivazione e/o giustificazione della decisione.

4.2 l’accesso civico generalizzato e gli appalti.

Sempre sul primo versante può collocarsi l’approfondimento svolto dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato in ordine al delicato tema del “nuovo” accesso generalizzato, in specie laddove applicato a materie particolarmente rilevanti, in termini di politica economica.

Al riguardo, è sopravvenuta la ricostruzione conclusiva svolta dalla plenaria (decisione 2 aprile 2020, n. 10), la quale ha chiarito che l’impresa non aggiudicataria della gara è titolare di uno specifico interesse all’ostensione di atti e documenti inerenti alla fase esecutiva del rapporto, ciò a condizione che l’istanza non sia esplorativa e l’interesse sotteso all’esibizione sia preesistente. In tale ottica, la documentazione inerente alla fase successiva alla stipulazione del contratto può costituire oggetto di accesso civico generalizzato, fermi restando i limiti di legge a tutela di specifici interessi protetti dall’ordinamento.

La Plenaria, quanto alle modalità dell’esercizio del diritto d’accesso, ha affermato, su un piano più generale, l’obbligo della pubblica amministrazione di esaminare integralmente l’istanza anche quando essa abbia un contenuto generico (id est: senza specificare se si faccia riferimento al cd. classico o all’accesso civico generalizzato) ovvero richiami, in via cumulativa, le predette due modalità di accesso, ad eccezione dei casi nei quali il richiedente abbia circoscritto il suo interesse all’accesso documentale uti singulus ai sensi dell’art. 22 ss. l. n. 241 del 1990, nei quali l’esame deve essere limitato ai presupposti indicati da tale disposizione.

Riassumendo: la pubblica amministrazione ha il potere-dovere di esaminare l’istanza di accesso agli atti e ai documenti pubblici, formulata in modo generico o cumulativo dal richiedente senza riferimento ad una specifica disciplina, anche alla stregua della disciplina dell’accesso civico generalizzato, a meno che l’interessato non abbia inteso fare esclusivo, inequivocabile, riferimento alla disciplina dell’accesso documentale, nel qual caso essa dovrà esaminare l’istanza solo con specifico riferimento ai profili della l. n. 241 del 1990, senza che il giudice amministrativo, adìto ai sensi dell’art. 116 c.p.a., possa mutare il titolo dell’accesso, definito dall’originaria istanza e dal conseguente diniego adottato dalla pubblica amministrazione all’esito del procedimento;

è’ ravvisabile un interesse concreto e attuale, ai sensi dell’art. 22 della l. n. 241 del 1990, e una conseguente legittimazione, ad avere accesso agli atti della fase esecutiva di un contratto pubblico da parte di un concorrente alla gara, in relazione a vicende che potrebbero condurre alla risoluzione per inadempimento dell’aggiudicatario e quindi allo scorrimento della graduatoria o alla riedizione della gara, purché tale istanza non si traduca in una generica volontà da parte del terzo istante di verificare il corretto svolgimento del rapporto contrattuale;

la disciplina dell’accesso civico generalizzato, fermi i divieti temporanei e/o assoluti di cui all’art. 53 del d. lgs. n. 50 del 2016, è applicabile anche agli atti delle procedure di gara e, in particolare, all’esecuzione dei contratti pubblici, non ostandovi in senso assoluto l’eccezione del comma 3 dell’art. 5-bis del d. lgs. n. 33 del 2013 in combinato disposto con l’art. 53 e con le previsioni della l. n. 241 del 1990, che non esenta in toto la materia dall’accesso civico generalizzato, ma resta ferma la verifica della compatibilità dell’accesso con le eccezioni relative di cui all’art. 5-bis, comma 1 e 2, a tutela degli interessi-limite, pubblici e privati, previsti da tale disposizione, nel bilanciamento tra il valore della trasparenza e quello della riservatezza.

4.3 ambiti tradizionali: le legittimazione degli enti associativi.

Sul secondo versante a titolo esemplificativo può evidenziarsi il dibattito in tema di legittimazione degli enti associativi.

La lunga strada seguita dall’ordinamento risulta tratteggiata e compiuta in una recente decisione della stessa Adunanza plenaria (sentenza, 20 febbraio 2020, n. 6).

Il Supremo consesso, chiamato a risolvere la questione interpretativa se sussista una legittimazione generale degli enti esponenziali di tutela degli interessi collettivi dinanzi al giudice amministrativo in assenza di una legittimazione straordinaria espressamente prevista dal legislatore, ha affermato che essa può discendere dall’iscrizione dell’associazione negli appositi elenchi previsti dalla disciplina di riferimento e che è, comunque, ammessa in presenza, in capo all’ente collettivo, dei requisiti sostanziali elaborati dalla giurisprudenza.

Il problema esegetico è sorto in relazione alla sussistenza o meno, alla luce dell’evoluzione dell’ordinamento, e fermo il generale divieto di cui all’art. 81 c.p.c., della possibilità per gli enti esponenziali di tutelare gli interessi collettivi dinanzi al giudice amministrativo in assenza di una legittimazione straordinaria espressamente conferita dalla legge.

L’Adunanza plenaria ha affermato che la legittimazione può essere riconosciuta dallo stesso legislatore (con l’iscrizione dell’associazione o ente negli appositi elenchi) oppure può discendere dal possesso dei requisiti sostanziali elaborati dalla giurisprudenza: una volta riscontrata la legittimazione nei predetti modi, l’ente esponenziale è conseguentemente deputato a esperire tutte le azioni indicate dalla legge, compresa l’azione di annullamento dinanzi al giudice amministrativo.

4.4 giudicato e discrezionalità amministrativa.

Sempre sul secondo versante, si colloca il tentativo della stessa giurisprudenza del Consiglio di Stato sui limiti del giudicato e sul conseguente dovere di esecuzione da parte della p.a.

In tale ottica si è evidenziato come [[27]](#footnote-27) la ‘riduzione' della discrezionalità amministrativa (anche tecnica) possa essere l'effetto: a) sul piano ‘sostanziale', degli auto-vincoli discendenti dal dipanarsi dell'azione amministrativa, contrassegnata dal crescente impiego di fonti secondarie e terziarie rilevanti come parametri rigidi per sindacare l'esercizio della funzione amministrativa concreta (anche se originariamente connotata in termini discrezionali); b) sul piano ‘processuale', dei meccanismi giudiziari che, sollecitando l'amministrazione resistente a svolgere ogni valutazione residua sulla materia controversa, consentono di focalizzare l'accertamento, attraverso successive approssimazioni, sull'intera vicenda di potere (si pensi alla combinazione di ordinanze propulsive e motivi aggiunti avverso l'atto di riesercizio del potere, ma anche alle preclusioni istruttorie e alla regola di giudizio fondata sull'onere della prova), concentrando in un solo episodio giurisdizionale tutta quell'attività di cognizione che prima doveva necessariamente essere completata in sede di ottemperanza. La consumazione della discrezionalità può essere anche il frutto dell'insanabile ‘frattura' del rapporto di fiducia tra Amministrazione e cittadino, derivante da un agire reiteratamente capzioso, equivoco, contradittorio, lesivo quindi del canone di buona amministrazione e dell'affidamento riposto dai privati sulla correttezza dei pubblici poteri. In presenza di un'evenienza siffatta, resta precluso all'amministrazione di poter tornare a decidere sfavorevolmente nei confronti dell'amministrato anche in relazione a profili non ancora esaminati. Questo ‘rimedio' appare in grado di contemperare la regola per cui il processo amministrativo non può attribuire un bene della vita prima di una determinazione della pubblica amministrazione, con l'esigenza di assicurare, sin dove possibile, una tutela piena anche all'interesse pretensivo

Il giudicato amministrativo si presenta in modo proteiforme, a seconda del modello di azione in contestazione (in particolare, a seconda del tipo e grado di discrezionalità amministrativa), delle situazioni giuridiche coinvolte (diritti e interessi legittimi, oppositivi e pretensivi), e della tipologia di vizio posto a fondamento della pronuncia costitutiva.

All’esito dell’evoluzione giurisprudenziale e normativa culminata con il nuovo codice del processo amministrativo, il sistema delle tutele è stato segnato dai seguenti principali sviluppi, che si pongono tutti in direzione di una maggiore “effettività” del sindacato del giudice amministrativo, sia nei casi in cui il provvedimento viene confermato, sia nei casi in cui l’interesse legittimo viene ritenuto leso.

Quanto al primo di tali profili, mentre lo schema classico della giustizia amministrativa era contrassegnato dalla equivalenza di tutte le norme violate, nel contesto attuale le risultanze del processo devono essere invece commisurate alla consistenza dell’interesse materiale: ciò accade, sia nell’azione costitutiva – dove, per effetto dell’art. 21-octies, della legge n. 241 del 1990, la difformità dal diritto obiettivo che non abbia inciso sulla adeguata sistemazione degli interessi in gioco non può comportare l’annullamento dell’atto –, sia nell’azione di condanna, dove pure non può accordarsi protezione al portatore di rimostranze meramente “formalistiche”.

Quanto al secondo di tali profili, anche (rectius, soprattutto) la protezione dell’interesse legittimo ha nel contempo guadagnato in «effettività», sotto i seguenti aspetti:

- il codice del processo prefigura un sistema aperto di tutele e non di azioni tipiche, il quale riflette l’esigenza di una tutela conformata non alla situazioni giuridiche sostantive (secondo la tradizione romanistica) bensì al bisogno differenziato di tutela dell’interesse protetto, il cui grado e la cui intensità sono spesso definiti ex post dal giudice e non ex ante;

- per quanto permanga la centralità della struttura impugnatoria, il codice valorizza al massimo grado le potenzialità cognitive dell’azione di annullamento attraverso istituti che consentono di concentrare nel giudizio di cognizione, per quanto possibile, tutte le questioni dalla cui definizione possa derivare una risposta definitiva alla domanda del privato di acquisizione o conservazione di un certo bene della vita;

- è oramai acclarata la possibilità per il giudice di spingersi “oltre” la rappresentazione dei fatti forniti dal procedimento (l’art. 64 del codice contiene una traccia, sia pure incompiuta, degli oneri di contestazione, di allegazione, di prova necessari ad ordinare in forma sequenziale un giudizio esteso al rapporto), in quanto al giudice compete l’accertamento del fatto senza essere vincolato a quanto rappresentato nel provvedimento;

- al giudice della cognizione è stato attribuito il potere, una volta spendibile solo nella successiva sede dell’ottemperanza, di disporre le misure idonee ad assicurare l’attuazione del giudicato e delle pronunce non sospese, ivi compresa la nomina di un commissario ad acta (art. 34 comma 1 lettera e), consentendo di esplicitare a priori, ovvero nel dispositivo della sentenza, gli effetti conformativi e ripristinatori da cui discende la regola del rapporto, e non più a posteriori, in sede di scrutinio della condotta tenuta dall’amministrazione dopo la sentenza di annullamento;

- in definitiva, la giurisdizione è piena, nel senso che il giudice ha il potere di riformare in qualsiasi punto, in fatto come in diritto, la decisione impugnata resa dall’autorità amministrativa.

Lo stesso codice del processo amministrativo, pur non tratteggiando un modello compiuto, consente di delineare in via interpretativa un dispositivo di chiusura del sistema, volto a scongiurare l’indefinita parcellizzazione giudiziaria di una vicenda sostanzialmente unitaria. Secondo la giurisprudenza in esame tale dispositivo può essere indentificato, su più ampie basi argomentative, nella “riduzione progressiva della discrezionalità amministrativa”, in via sostanziale o processuale, nei termini predetti.

5. conclusioni.

Questa brevissima ed incompleta carrellata può essere degnamente chiusa da due visioni, parimenti importanti per chiarire il ruolo del Consiglio di Stato, sebbene distanti fra loro 140 anni.

La prima è tratta dal noto discorso di Bergamo, di Silvio Spaventa, il cui busto ancora oggi fa bella mostra di sé nell’aula della quarta sezione: “Chi ha anche una scarsa notizia delle nostre leggi amministrative, sa quanto esse siano imperfette e indeterminate, e quanta latitudine per conseguenza lascino all’arbitrio piú che alla prudenza degli amministratori. Pare quasi che la nostra legislazione amministrativa abbia perduto di mira il precetto aureo, cosí stupendamente formulato dal Romagnosi, col quale vuole essere concepito ogni rapporto di diritto pubblico; cioè, con l’intenzione di conseguire il maggior pubblico bene col minimo sacrificio della libertà e della proprietà dell’individuo. Ma una delimitazione cosí perfetta… è, ne convengo, opera difficile, che non si compie in pochi anni, né mediante leggi organiche e generali, sibbene col lavoro paziente del tempo e con leggi speciali e molteplici dettate da rapporti naturali delle cose, o interessi nuovi, o prima, non visti o non curati, che chiedono di essere rispettati e innalzati a dignità di diritti. Convengo ancora che vi sia un campo amministrativo, nel quale è difficilissimo, se non impossibile, prescrivere dei limiti e norme tutelatrici degl’interessi degl’individui, senza rischio o certezza di fallire al fine che si vuol conseguire. Ma, nel diritto pubblico di un paese bene ordinato, e massime nel dritto pubblico moderno, dove la coscienza del diritto individuale è cosí sensitiva e pungente, questo campo, che viene ben detto dai francesi il campo dell’amministrazione arbitraria, deve essere una eccezione e, quindi, racchiuso nei piú stretti e chiari confini. Noi siamo ben lungi da questa mèta”.

La seconda è ben tratteggiata dalle parole conclusive della relazione predisposta per l’inaugurazione dell’anno giudiziario in corso a Palazzo Spada, alla presenza del Capo dello Stato: ”le istituzioni vivono nel tempo se sanno trasformarsi con l’evoluzione dei tempi e delle esigenze delle comunità di riferimento. È necessario che le istituzioni di garanzia sappiano essere all’altezza del prestigio acquisito nel corso della loro storia; prestigio che sarebbe stolto dare per scontato, ma che va coltivato con l’esempio, senza crogiolarsi in vane rendite di posizione. Ma è anche necessario che l’istituzione per eccellenza, cioè la Politica, sappia prendere consapevolezza, quanto meno con lo stesso impegno e con la stessa competenza dei Padri della giustizia amministrativa, nell’Italia unificata e poi alla Costituente, della centralità del “buon andamento” dei pubblici poteri e di un efficace ed efficiente sistema delle tutele. Solo così, tutti insieme, contribuiremo al benessere della comunità e, in definitiva, alla costruzione di una moderna democrazia amministrativa.”

È lungo tali così chiare ed elevate direttrici che ancora oggi si muove il Consiglio di Stato.

**Davide Ponte**

consigliere di Stato

Pubblicato il 19 giugno 2020

1. In corso di pubblicazione nel volume “*Il ruolo della giurisprudenza amministrativa nel diritto amministrativo” Atti dell’Incontro di studio tenutosi all’Università di Genova il 26 marzo 2019*" [↑](#footnote-ref-1)
2. Per una ricostruzione completa cfr.: Merusi, Consiglio di Stato (all.D) e abolizione del contenzioso (all.E), in Storia Amministrazione Costituzione, 150° dell’unificazione amministrativa italiana (legge 20 marzo 1865, n. 2248), Bologna 2015, p.225 ss. Di particolare interesse per la ricostruzione storica e per i profili di attualità del nostro sistema di giustizia amministrativa sono i molteplici e autorevoli contributi contenuti nel volume collettaneo Il Consiglio di Stato: 180 anni di storia, Bologna 2011. Cfr. altresì Patroni Griffi, Una giustizia (amministrativa) in perenne trasformazione : profili storico-evolutivi e prospettive, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), studi e cotnributi. [↑](#footnote-ref-2)
3. Patroni Griffi, Pubblici poteri e tutele nel codice del processo amministrativo, in Scritti in onore di G.Palma, Torino 2012, III, p.2131 ss. [↑](#footnote-ref-3)
4. Art. 105. Rimessione al primo giudice.

   “1. Il Consiglio di Stato rimette la causa al giudice di primo grado soltanto se è mancato il contraddittorio, oppure è stato leso il diritto di difesa di una delle parti, ovvero dichiara la nullità della sentenza, o riforma la sentenza o l'ordinanza che ha declinato la giurisdizione o ha pronunciato sulla competenza o ha dichiarato l'estinzione o la perenzione del giudizio.” [↑](#footnote-ref-4)
5. Cfr. V.Sordi, Dubbi interpretativi sulla individuazione dei casi di annullamento con rinvio al giudice di primo grado, secondo l’art. 105 c.p.a.: il significato dell’espressione <lesione del diritto di difesa> e la portata del principio devolutivo dell’appello in Foro amm., 2018, fasc. 3, 393-403, ove sono rinvenibili ampi riferimenti giurisprudenziali [↑](#footnote-ref-5)
6. Per una prima ampia lettura delle prime tre citate pronunce dell’Adunanza plenaria cfr. M.A. SANDULLI, Il Consiglio di Stato è giudice in unico grado sulle domande declinate o pretermesse dal TAR. La Plenaria definisce i confini del rinvio al primo giudice e stigmatizza la motivazione apparente delle sentenze in Federalismi, 19 settembre 2018. [↑](#footnote-ref-6)
7. Cfr. ex multis Cassazione civile , sez. I , 9 gennaio 2019 , n. 295 “Essendo il principio del doppio grado di giurisdizione privo di copertura costituzionale…”, in Guida al diritto 2019, 19 , 62. [↑](#footnote-ref-7)
8. Sul tema della nullità della sentenza di primo grado, quale ipotesi di annullamento con rinvio da parte del giudice di appello, cfr. R. de Nictolis, Codice del processo amministrativo, Milano, 2017, IV ed., 1567. [↑](#footnote-ref-8)
9. Cfr. in specie Consiglio di Stato ad. plen., 27 aprile 2015, n. 5, in Diritto Processuale Amministrativo 2016, 1 , 205 con nota di Perfetti e Tropea: “Nel processo amministrativo impugnatorio di legittimità in primo grado, in mancanza di rituale graduazione dei motivi e delle domande di annullamento, il g.a., in base al principio dispositivo e di corrispondenza fra chiesto e pronunciato, è obbligato ad esaminarli tutti, salvo che non ricorrano i presupposti per disporne l'assorbimento nei casi ascrivibili alle tre tipologie precisate in motivazione (assorbimento per legge, per pregiudizialità necessaria e per ragioni di economia [↑](#footnote-ref-9)
10. Cfr. ex multis Consiglio di Stato , sez. VI , 2 novembre 2017 , n. 5060, in Foro Amministrativo (Il) 2017, 11 , 2256. [↑](#footnote-ref-10)
11. Cfr. ad es. Corte di giustizia UE, 20 dicembre 2018, C-322/16, Global Starnet Ltd, in Foro it., 2018, IV, 424, con nota di Fortunato. [↑](#footnote-ref-11)
12. Cfr. ad es. Consiglio di Stato, sez. IV, 18 settembre 2019, n. 6219. [↑](#footnote-ref-12)
13. Cfr. ad es. Cass. civ., sez. un., ordinanza 17 dicembre 2018, n. 32623, in Foro it., 2019, I, 2127, con nota di Condorelli. [↑](#footnote-ref-13)
14. Cons. Stato, sez. IV, 18 aprile 2018, n. 2331 e sez. V, 22 gennaio 2015, n. 272, in Foro it., 2015, III, 345 [↑](#footnote-ref-14)
15. Cfr. Consiglio di Stato sez. V, 7 novembre 2012, n. 5649, in Foro it., 2012, III, 597, con nota di L. Carbone. [↑](#footnote-ref-15)
16. Cons. Stato, Ad. plen., 9 giugno 2016, n. 11, in Foro it., 2017, III, 186, con nota di Vaccari, in Giornale dir. amm., 2017, 372, con nota di Carbonara, in Riv. amm., 2017, 87. [↑](#footnote-ref-16)
17. Cons. Stato, Ad. plen., 27 luglio 2016, n. 19 (in Foro it., 2017, III, 309, con nota di Gambino. [↑](#footnote-ref-17)
18. Corte di giustizia UE, grande sezione, 5 aprile 2016, C-689/13, Puligienica (in Foro it., 2016, IV, 325 con nota di Sigismondi. [↑](#footnote-ref-18)
19. Corte di giustizia UE, sez. X, 5 settembre 2019, C-333/18, Lombardi s.r.l., in Foro it., 2020, IV, 55, con nota di Zampetti. [↑](#footnote-ref-19)
20. Cfr. fra le tante, Corte giustizia UE, 9 settembre 2015, C-160/14, F.D.S., in Dir. relazioni ind., 2016, 888 (m), con nota di CAVALLINI; Riv. it. dir. lav., 2016, II, 232, con nota di LOZITO; Corte giustizia CE, 6 ottobre 1982, C-283/81, Cilfit, in Foro it., 1983, IV, 63, con note di TIZZANO e CAPOTORTI; Giust. civ., 1983, I, 3, con nota di CATALANO; Giur. it., 1983, I, 1, 1008, con nota di CAPOTORTI; Rass. avv. Stato, 1983, I, 47, con nota di LAPORTA. [↑](#footnote-ref-20)
21. cfr. fra le tante, oltre a Cons. Stato, sez. IV, 1° aprile 2016, n. 2334, in Dir. proc. amm., 2017, 636, con nota di PETTINARI; Corte cost., 15 giugno 2015, n. 110, in Foro it., 2015, I, 2618 con nota di ROMBOLI [↑](#footnote-ref-21)
22. Cfr. ad es. Cons. Stato, sez. IV, 18 aprile 2018, n. 2331sez. V, 23 ottobre 2013, n. 5131, in Vita not., 2013, 1223. [↑](#footnote-ref-22)
23. Cfr. Corte di giustizia CE, 10 marzo 1981, C-36/80 e C-71/80, Irish Creamery Milk Suppliers Association, secondo cui “La necessità di giungere ad un'interpretazione del diritto comunitario che sia utile per il giudice nazionale esige, […] che sia definito l'ambito giuridico nel quale l'interpretazione richiesta deve porsi. In questa prospettiva, può essere vantaggioso, secondo le circostanze, che i fatti della causa siano accertati e che i problemi di puro diritto nazionale siano risolti al momento del rinvio alla Corte, in modo da consentire a questa di conoscere tutti gli elementi di fatto e di diritto che possono avere rilievo per l'interpretazione che essa deve dare del diritto comunitario”; [↑](#footnote-ref-23)
24. cfr. Cons. Stato, sez. IV, ordinanza 5 settembre 2019, n. 6102. [↑](#footnote-ref-24)
25. S.Cassese, Il diritto amministrativo. Storia e prospettive, Milano 2010. [↑](#footnote-ref-25)
26. Cfr. ad es. sentenze 8 aprile 2019, n. 2270 e 13 dicembre 2019, n. 8472. [↑](#footnote-ref-26)
27. Cfr. ad es. Consiglio di Stato sez. VI, 25 febbraio 2019, n.1321. [↑](#footnote-ref-27)