Consiglio di Stato

Tribunali Amministrativi Regionali

Rassegna di dottrina

Febbraio 2021

Sommario

Sommario

Amministrazione digitale
Contratti della Pubblica Amministrazione
Demanio
Giustizia amministrativa
Giurisdizione
Intelligenza artificiale
Procedimento amministrativo
Processo amministrativo
Pubblica amministrazione
Razzismo
Sanità pubblica

Amministrazione digitale

G. Sgueo, *Tre idee di design per l'amministrazione digitale,* in *Giornale Dir. Amm.,* 2021, 1

Contratti della Pubblica Amministrazione

D. Capotorto, *Clausole sociali e moralhazard: la regolazione che punisce il virtuoso e premia l'opportunista,* in *Giornale Dir. Amm.,* 2021, 1

Demanio

C. Lenzetti, *La disciplina edilizia per l 'installazione di capanne in legno sul demanio marittimo,* in *Giustamm.it,* n. 2-2021

Giustizia amministrativa

S. Foà, *Giustizia amministrativa e rinvio pregiudiziale alla CGUE: da strumento "difensivo" a mezzo per ridiscutere il sistema costituzionale,* in *Federalismi. it* n. 4/2021

Giurisdizione

A. Granara, *Sindacato pieno della discrezionalità tecnica e principio di effettività della tutela giurisdizionale: dialogo tra le Corti,* in *www.giustizia-amministrativa,* dottrina, febbraio 2021

M. Lipari, *Il sindacato della Cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato per i soli motivi inerenti alla giurisdizione tra l'art. 111, co. 8, della Costituzione e il diritto dell'Unione europea: la parola alla Corte di Giustizia,* in *www.giustizia-amministrativa,* dottrina, febbraio 2021

Intelligenza artificiale

L. Parona, *"Government by algorithm": un contributo allo studio del ricorso all'intelligenza artificiale nell'esercizio di funzioni amministrative,* in *Giornale Dir. Amm.,* 2021, 1

Procedimento amministrativo

G. Barone, *Considerazioni critiche in tema di ritardo dell'amministrazione nella conclusione dei procedimenti,* in *Giustamm.it,* n. 2-2021

Processo amministrativo

G. Condino, *Luci e ombre della posizione processuale della mandante ATI. È ravvisabile, allo stato, una legittimazione attiva a proporre appello per la mandante, rappresentata in primo grado?,* in *Giustamm.it*, n. 2-2021

N. Pignatelli, *Giudizio amministrativo e giudizio costituzionale in via incidentale tra fase ascendente e discendente,* in *Federalismi.it* n.6/2021

A. Ruggeri, *Il giudice e la "doppia pregiudizialità": istruzioni per l'uso,* in *Federalismi.it* n.6/2021

S. Tenca, *Udienza da remoto e contraddittorio orale: una prassi (quasi) consolidata*, in *www.giustizia-amministrativa,* dottrina, febbraio 2021

Pubblica amministrazione

S. De Felice, *Alcune idee per una P.A: migliore per il Paese. Non solo per il* Recovery, in *www.giustizia-amministrativa*, dottrina, febbraio 2021

G. Farneti, *Riflessioni sulla tracciabilità del processo decisionale. Come realizzare un'amministrazione efficiente ed efficace e contrastare la corruzione,* in *AziendeItalia,it,* febbraio 2021

Razzismo

G. Leone, *Il Consiglio di Stato restituisce dignità ed onore a due perseguitati di origine ebraica*, in *www.giustizia-amministrativa,* dottrina, febbraio 2021

Sanità pubblica

C. Ciardo, *Le competenze della Regione in sede di verifica di appropriatezza delle strutture accreditate anche alla luce della recente giurisprudenza*, in *Giustamm.it*, n. 2-2021 N.

ISSN 1826-3534

federalismi.it
RIVISTA DI DIRITTO PUBBLICO ITALIANO, COMPARATO, EUROPEO

10 FEBBRAIO 2021

Giustizia amministrativa e rinvio pregiudiziale alla CGUE: da strumento "difensivo" a mezzo per ridiscutere il sistema costituzionale

di Sergio Foà
Professore ordinario di Diritto amministrativo
Università degli Studi di Torino

Giustizia amministrativa e rinvio pregiudiziale alla CGUE: da strumento "difensivo" a mezzo per ridiscutere il sistema costituzionale*

di Sergio Foà
Professore ordinario di Diritto amministrativo
Università degli Studi di Torino

Abstract [It]: L'articolo analizza il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE riferito alla giustizia amministrativa, sia come provenienza della rimessione sia come oggetto del dubbio interpretativo. Registra un primo atteggiamento "difensivo" dei giudici amministrativi, collegato alla doverosità o alla opportunità del rinvio, e un recente utilizzo più disinvolto, sia dei giudici amministrativi sia della Corte di Cassazione, inteso a ricercare nuove potenzialità dell'istituto. L'ultima frontiera, analizzata criticamente, invoca un sindacato della Corte di Giustizia sulle previsioni costituzionali dedicate al rapporto tra le giurisdizioni e un'interpretazione del giudice sovranazionale riguardo a istituti già scrutinati dalla Corte costituzionale, mediante un nuovo e criticabile utilizzo della "doppia pregiudizialità".

Abstract [En]: The essay analyzes the preliminary reference to the EU Court of Justice referred to administrative justice, both as the origin of the remittance and as the object of the interpretative doubt. It remarks a first "defensive" attitude of the administrative judges, linked to the dutifulness or opportunity of referral, and a recent more pervasive use, both of the administrative judges and of the Court of Cassation, aimed at seeking new potential of the institute. The last frontier, critically analyzed, calls for a review by the Court of Justice on the constitutional provisions dedicated to the relationship between jurisdictions and an interpretation by the supranational judge regarding institutes already scrutinized by the Constitutional Court, through a new and criticizable use of the "double preliminary question".

Sommario: 1. Il rinvio pregiudiziale di interpretazione e i suoi presupposti. **2.** L'obbligo di rinvio pregiudiziale e le preclusioni del processo amministrativo. **3.** La ragionevole durata del processo e la responsabilità del giudice per omesso rinvio. **4.** Una prima risposta della Corte di Giustizia: il giudice di rinvio "dominus" della rilevanza della questione. **5.** I persistenti dubbi del Consiglio di Stato sui rischi della "pan-ermeneutica" europea. **6.** La motivazione della rimessione e la leale collaborazione tra giudici. **7.** Rinvii pregiudiziali "distorsivi" rispetto all'ordinamento nazionale. **7.1.** Rinvio accelerato del T.a.r. in sede di ottemperanza per "disapplicare" il giudicato del Consiglio di Stato. **7.2.** Il dubbio delle singole sezioni verso la nomofilachia dell'Adunanza Plenaria e la conformità al diritto UE del principio di diritto. **7.3.** Rinvio della Corte di Cassazione per sindacare il giudicato del Consiglio di Stato ritenuto contrastante con il diritto UE. Inammissibile *vis expansiva*. **8.** Il parametro di pregiudizialità "conteso" tra Corte di Giustizia UE e Corte costituzionale. Assimilazioni forzate. La nuova frontiera: rinvio pregiudiziale per "modificare" la Costituzione in via interpretativa?

1. Il rinvio pregiudiziale di interpretazione e i suoi presupposti

Negli ultimi anni la giustizia amministrativa è stata ripetutamente interessata dall'applicazione del rinvio pregiudiziale di interpretazione alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea (art. 267, par. 3, TFUE). Tale

* Articolo sottoposto a referaggio.

coinvolgimento ha conosciuto diverse sfumature, da un atteggiamento "difensivo" legato alla doverosità o alla opportunità del rinvio, fino a un atteggiamento disinvolto, sia dei giudici amministrativi sia della Corte di Cassazione, inteso a ricercare nuove potenzialità dell'istituto, esteso al punto di invocare un sindacato sulle previsioni costituzionali dedicate al rapporto tra le giurisdizioni e un'interpretazione del giudice sovranazionale in ordine a istituti già scrutinati dalla Corte costituzionale[1].

Prendendo avvio dall'atteggiamento "difensivo", il Consiglio di Stato italiano ha più volte utilizzato lo strumento in esame proprio per ottenere dal giudice europeo chiarimenti sulle modalità del relativo esercizio e sull'ambito del proprio sindacato di ammissibilità allorquando la domanda di rinvio sia formulata dal ricorrente[2].

Di regola le richieste formulate dalla parte obbligano il giudice di ultima istanza al rinvio pregiudiziale, quando sostanziano questioni di interpretazione del diritto dell'Unione europea, questioni rilevanti al fine della decisione del giudizio, questioni non perfettamente identiche ad altre già decise dalla Corte di giustizia, nonché questioni sulle quali la corretta applicazione del diritto dell'Unione europea "non si impone con tale evidenza da non lasciar adito a nessun ragionevole dubbio sulla soluzione da dare alle questioni sollevate" [3].

Il giudice amministrativo italiano ha tuttavia ravvisato un asserito profilo di contrasto tra il suddetto obbligo, volto a richiedere la pronuncia interpretativa al giudice dell'Unione europea per conformare ad essa la decisione del caso controverso, e le regole processuali nazionali, che renderebbero inammissibili le questioni poste per difetto di rilevanza.

Sotto un primo profilo il Consiglio di Stato censura la formulazione della questione in termini generici o riferita a norme dell'Unione europea palesemente non pertinenti, sì da suggerire una declaratoria di irrilevanza o di inammissibilità o, in alternativa, una integrale riformulazione della questione interpretativa da parte del giudice.

---

[1] Sul rinvio pregiudiziale in generale, F. FERRARO, C. IANNONE (a cura di), *Il rinvio pregiudiziale*, Torino 2020; R. CICCONE, *Il rinvio pregiudiziale e le basi del sistema giuridico comunitario*, Napoli 2011; E. D'ALESSANDRO, *Il procedimento pregiudiziale interpretativo dinanzi alla Corte di giustizia. Oggetto ed efficacia della pronunzia*, Torino 2012. Con particolare riferimento alla giustizia amministrativa, S. FOÀ, *Giustizia amministrativa e pregiudizialità costituzionale, comunitaria e internazionale. I confini dell'interpretazione conforme*, Napoli, 2011; ID., *Giustizia amministrativa atipicità delle azioni ed effettività della tutela*, Napoli, 2012, 182 ss.

[2] Cons. Stato, Sez. VI, ord. 5 marzo 2012, n. 1244 (Pres. Volpe - est. De Nictolis), con commento di S. FOÀ, *Rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia obbligatorio anche a dispetto dei principi e delle preclusioni processuali nazionali?*, in *Nuovo dir. amm.*, 2012, n. 2, 29 ss.

[3] Le modalità di formulazione dei quesiti sono chiarite dalla Corte di Giustizia mediante le "Raccomandazioni all'attenzione dei giudici nazionali, relative alla presentazione di domande di pronuncia pregiudiziale" (oggi 2019/C 380/01), che tengono conto del regolamento di procedura della Corte di giustizia. Il Consiglio di Stato, con la rimessione di cui nel testo, aveva ritenuto "non (…) del tutto esaustivi" i riferimenti delle "Raccomandazioni" allora pubblicate (2011/C 160/01).

Ulteriori profili di inammissibilità delle questioni poste discendono dal diritto processuale nazionale: la genericità del parametro normativo invocato[4]; l'utilizzo improprio del rinvio pregiudiziale, con il quale si chiede la soluzione del caso specifico alla Corte di Giustizia[5]; la formulazione delle questioni mediante elementi della fattispecie concreta, ricostruiti talora in modo parziale; la confusione tra questione di "interpretazione del diritto dell'Unione europea" e l'applicazione dello stesso diritto al caso specifico.

Il Consiglio di Stato si interroga sulla portata del proprio scrutinio di ammissibilità della questione pregiudiziale e lamenta la contrazione dei poteri di valutazione (o di "filtro", per utilizzare l'espressione dell'ordinanza) di fronte alla richiesta del ricorrente: il rinvio pregiudiziale potrebbe essere negato solo se la norma di diritto dell'Unione europea sia chiara al di là di ogni ragionevole dubbio.

L'interpretazione del diritto dell'Unione europea è tuttavia riservata alla Corte di Giustizia, e dato che l'art. 267, par. 3, TFUE prevede un obbligo di rinvio se la parte solleva questione pregiudiziale, sembrerebbe che il giudice nazionale non abbia alcun potere di stabilire che "il diritto comunitario è chiaro" e non dà adito a dubbi interpretativi, e conseguentemente non abbia alcun potere di rifiutare il rinvio pregiudiziale. Alla questione posta dalla parte corrisponderebbe per l'effetto una presunzione assoluta di rilevanza ai fini dell'interpretazione sovranazionale.

Ciò a differenza della questione di legittimità costituzionale sollevata dinanzi al Giudice delle leggi, con riferimento alla quale al giudice (anche di ultima istanza) è riservata la valutazione di rilevanza e non manifesta infondatezza. In siffatta valutazione di "non manifesta infondatezza" il giudice può interpretare sia la legge ordinaria, sia la Costituzione. Rispetto al ragionamento seguito dal giudice amministrativo,

[4] Nel caso di specie si chiedeva l'interpretazione de "l'art. 101 TFUE o altra norma europea".

[5] Che invece esula dalle competenze della stessa, posto che nel procedimento di rinvio pregiudiziale ogni valutazione dei fatti di causa rientra nella competenza del giudice nazionale: CGUE, Sez. II, sentenza 6 settembre 2012, causa C-273/11, *Mecsek-Gabona Kft*, punto 53, che ribadisce l'incompetenza della Corte a verificare e valutare le circostanze di fatto relative al procedimento principale. Spetta quindi al giudice nazionale effettuare una "valutazione globale di tutti gli elementi e le circostanze di fatto relativi a detto procedimento". Cfr. anche le Conclusioni dell'Avvocato generale Y. Bot presentate il 27 marzo 2012, Causa C-83/11, *Secretary of State for the Home Department*: spetta (…) solo ai giudici nazionali cui è stata sottoposta la controversia e a cui incombe la responsabilità della decisione giudiziaria valutare, tenendo conto delle specificità di ogni causa, sia la necessità di una pronuncia pregiudiziale all'emanazione della loro sentenza sia la rilevanza delle questioni che essi sottopongono alla Corte. La Corte può rifiutare di pronunciarsi su una questione pregiudiziale sollevata da un giudice nazionale solo qualora risulti manifestamente che l'interpretazione del diritto dell'Unione richiesta non ha alcuna relazione con l'effettività o con l'oggetto della causa principale oppure qualora il problema sia di natura ipotetica, oppure nel caso in cui la Corte non disponga degli elementi di fatto o di diritto necessari per fornire una soluzione utile alle questioni che le vengono sottoposte. Cfr. anche CGUE 7 luglio 2011, C-310/10, *Agafiţei e a.*, punti 25 e 27 e giurisprudenza ivi citata; 8 maggio 2008 C-491/06; 9 giugno 2005, cause riunite C-211/03, C-299/03 e da C-316/03 a C-318/03; 18 luglio 2007, C-119/05; in particolare, la Corte può pronunciarsi unicamente sull'interpretazione o sulla validità di un testo comunitario in base ai fatti indicati dal giudice nazionale: v. CGUE 16 marzo 1978 C-104/77; 28 settembre 2006 C-467/04. Per un più ampio corredo giurisprudenziale, S. FOÀ, *Giustizia amministrativa e pregiudizialità*, cit., 152 s.

occorre inoltre verificare se la censura di legittimità costituzionale possa essere trattata alla stregua di un motivo di parte in sede di gravame[6].

Un'analisi empirica della giurisprudenza sovranazionale dimostra che il giudizio sulla "rilevanza" espresso dal giudice nazionale sulla pregiudiziale interpretativa è stato finora censurato dalla Corte di giustizia per contestare il difetto di tale requisito, invece riscontrato dal giudice *a quo*[7].

Non è invece chiaro quale sia l'ambito del potere del giudice nazionale di escludere la rilevanza, se per valutare la rilevanza occorra comunque stabilire se il diritto dell'Unione europea è o no applicabile al caso concreto, né quali sono le conseguenze giuridiche, anche in termini di responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'Unione europea, se il giudice *a quo* esclude la rilevanza della questione di interpretazione del diritto dell'Unione europea, errando nel valutare se questo è o meno applicabile al caso concreto.

La giurisprudenza europea è sul punto eterogenea: le questioni poste dai giudici nazionali riguardanti l'interpretazione di una norma di diritto dell'Unione europea comportano in via di principio l'obbligo della Corte di statuire, a meno che non appaia in modo manifesto che la domanda di pronuncia pregiudiziale tende in realtà ad indurla a pronunciarsi mediante una controversia fittizia o a formulare pareri su questioni generali o astratte, oppure che l'interpretazione del diritto comunitario richiesta non ha alcuna relazione con l'oggetto della controversia, o ancora che la Corte non dispone degli elementi di fatto o di diritto necessari per fornire una soluzione utile alle questioni sottoposte al suo esame[8].

L'interpretazione letterale dell'art. 267, par. 3, TFUE escluderebbe secondo il Consiglio di Stato la possibilità per il giudice nazionale di esprimere giudizio di rilevanza, perché ogni qual volta vengano in considerazione, nel giudizio, norme dell'Unione europea, per ciò solo la questione interpretativa dovrebbe essere rilevante. Il passaggio argomentativo sul punto è veloce e sintetizza la tendenza della giurisprudenza europea ad estendere la portata del rinvio pregiudiziale; la vera questione riguarda il caso in cui il rinvio pregiudiziale sia formulato come motivo di ricorso o lo integri surrettiziamente[9].

---

[6] S. FOÀ, *Giustizia amministrativa e pregiudizialità costituzionale comunitaria e internazionale. I confini dell'interpretazione conforme*, Napoli, 2011, 61 ss.; N. PIGNATELLI, *Gli effetti dell'illegittimità costituzionale «nei limiti» dei motivi di impugnazione del provvedimento amministrativo: le regole processuali del Consiglio di Stato* (Nota a C. Stato, sez. VI, 25 agosto 2009, n. 5058, *Soc. Italcementi c. Reg. Campania*), in *Foro it.*, 2010, III, 86.

[7] S. FOÀ, *Giustizia amministrativa e pregiudizialità*, cit., 151 ss.

[8] Richiami giurisprudenziali in S. FOÀ, *op. e loc. cit.*

[9] In letteratura, sui motivi di ricorso, L. IANNOTTA, *Motivi di ricorso e tipologia degli interessi nel processo amministrativo*, Napoli, 1989; M.A. QUAGLIA, C. MIGNONE, *Art. 19 L. Tar*, in Alb. ROMANO (a cura di), *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, Padova, 1992; R. VILLATA, L. BERTONAZZI, *Commento all'art. 40*, in A. QUARANTA, V. LOPILATO (a cura di), *Il processo amministrativo*, Milano, 2011, 385 ss.

2. L'obbligo di rinvio pregiudiziale e le preclusioni del processo amministrativo

L'incompletezza dei chiarimenti resi in via pretoria dal Giudice dell'Unione europea sul rapporto tra obbligo di rinvio pregiudiziale e regole processuali nazionali impone di enucleare i principi del processo amministrativo italiano potenzialmente confliggenti con l'obbligo di investire la Corte di Giustizia della questione interpretativa.

Il fulcro del ragionamento individua nella "domanda pregiudiziale" proposta dall'appellante come motivo di appello un "motivo di ricorso" alla stregua delle regole processuali nazionali. Se così è, la valutazione giudiziale della stessa domanda pregiudiziale, in quanto motivo di ricorso, deve avvenire nel rispetto del principio della specificità della formulazione, con conseguente inammissibilità dei motivi generici, del divieto di modifica dei motivi in corso di causa; in ossequio al principio della domanda, il giudice non può modificare una domanda di parte, pena la violazione del principio del contraddittorio.

Ove il ricorrente miri a censurare l'atto amministrativo impugnato per contrasto con il diritto dell'Unione europea, senza tuttavia trattare la medesima censura come ordinario motivo di ricorso, la sua condotta violerebbe i richiamati principi processuali e le correlate disposizioni del Codice del processo amministrativo italiano.

Anziché censurare in primo grado puntualmente il provvedimento gravato, la parte avrebbe utilizzato impropriamente la questione di interpretazione del diritto UE, senza peraltro chiarire e delimitare l'ambito della stessa questione posta. Senza dimenticare che un utilizzo improprio dell'istituto può rappresentare una forma di abuso del processo[10].

Il quesito posto al Giudice dell'Unione europea è consequenziale e pone una rigida alternativa: la primazia del diritto sovranazionale prevale sui sistemi processuali nazionali e quindi impone al giudice, a dispetto delle regole processuali nazionali, di interpretare, modificare e adattare la domanda di parte, in modo che il quesito pregiudiziale sollevato dalla parte rispetti i requisiti formali e sostanziali richiesti, oppure prevale l'autonomia processuale nazionale, così vietando al giudice di esercitare un potere di soccorso nel senso di correggere e modificare la domanda di parte e di evitare il rinvio non dovuto senza incorrere in responsabilità per violazione del citato art. 267, par. 3, TFUE?

[10] L'ordinanza in esame non si esprime in tali termini, ma sottolinea il carattere emulativo di tale condotta, posto che "una siffatta interpretazione" (intesa ad eludere il principio della domanda) "rischia, da un lato, di incoraggiare il proliferare di richieste di rinvii pregiudiziali in modo emulativo, e dall'altro lato di creare un imbuto alla rovescia con un aggravio del carico di lavoro della Corte di Giustizia oltre ogni ragionevole limite" (cfr. punto 9.10.5. in diritto). Il riferimento compare in altro passaggio argomentativo: "secondo il giudice rimettente, in ossequio ai principi di ragionevole durata del processo, divieto di abuso del diritto di difesa, lealtà processuale, l'art. 267, par. 3 TFUE andrebbe interpretato nel senso che (…)" (punto 9.10.8 in diritto, su cui subito *infra* nel testo). Sull'abuso del processo amministrativo, C.E. GALLO, *L'abuso del processo nel giudizio amministrativo*, in *Dir. e proc. amm.*, 2008, 1005; N. PAOLANTONIO, *Abuso del processo (diritto processuale amministrativo)*, in *Enc. dir. - Annali*, Milano, 2008, vol. II, tomo I, 1.

Rimessa alla Corte di Giustizia la soluzione di tale dubbio, il Consiglio di Stato non rinuncia tuttavia a esprimere la propria opzione ermeneutica, ritenendo che l'art. 267, par. 3 TFUE non dovrebbe ostare alle regole processuali nazionali in tema di termini di ricorso, specificità dei motivi di ricorso, principio della domanda, divieto di modifica della domanda in corso di causa, divieto per il giudice di soccorso della parte nella formulazione delle domande, in violazione della parità delle armi, sicché quando la parte solleva una questione pregiudiziale comunitaria davanti al giudice nazionale dovrebbe farlo in termini sufficientemente chiari e specifici, e coerenti con i parametri richiesti dalla Corte di Giustizia.

L'obbligo di rinvio pregiudiziale non impedirebbe inoltre un vaglio critico da parte del giudice *a quo* della questione d'interpretazione del diritto dell'Unione europea, consentendogli di non rinviare la questione non solo nel caso di "assoluta chiarezza" della norma comunitaria, ma anche nel caso in cui il giudice nazionale ritenga, in base ad un parametro di ragionevolezza e diligenza professionale, che la norma europea sia "ragionevolmente chiara" e non necessiti di ulteriore chiarificazione.

Permanendo tuttavia il dubbio tra le opposte interpretazioni prospettate, il Giudice amministrativo, con tecnica alquanto originale, formula la questione pregiudiziale interpretativa in via alternativa, in ragione della risposta che il Giudice dell'Unione europea vorrà fornire sull'esatta portata dello stesso rinvio pregiudiziale. Così è formulato un rinvio "principale" per il caso in cui la Corte di giustizia dovesse accedere alla tesi del "filtro a maglie larghe" come sopra esposta, e la pregiudiziale è rimessa "negli esatti termini in cui è stata formulata da parte appellante". È proposta altresì una questione "subordinata" risultante dalla riformulazione della domanda di parte effettuata dal giudice *a quo*, che in tal senso anticipa una possibile risposta del Giudice dell'Unione europea.

3. La ragionevole durata del processo e la responsabilità del giudice per omesso rinvio

Altre questioni interpretative attengono alla compatibilità dell'obbligo di rinvio processuale "incondizionato" al principio della ragionevole durata del processo, sancito dal diritto italiano, dallo stesso diritto dell'Unione europea e dal diritto internazionale pattizio. Il giudice amministrativo intende conoscere se il correlato allungamento dei tempi processuali possa far escludere, dal computo dei termini di ragionevole durata del processo interno, la fase di rinvio e decisione della pregiudiziale comunitaria e anche questa è una questione di interpretazione del diritto UE[11].

[11] Per effetto dell'art. 6 del Trattato sull'Unione europea che riconosce alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (per quanto di interesse, art. 47 che comprende tra i diritti fondamentali dell'Unione anche quello alla ragionevole durata del processo).

È invocato un chiarimento in ordine ai casi in cui il mancato rinvio pregiudiziale darebbe luogo a "manifesta violazione del diritto comunitario"[12], e se tale nozione possa essere di diversa portata e ambito ai fini dell'azione speciale nei confronti dello Stato ai sensi della legge 13 aprile 1988, n. 117 per "risarcimento danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie e responsabilità civile dei magistrati" e dell'azione generale nei confronti dello Stato per violazione del diritto comunitario, e tanto, anche al fine di evitare che i giudici nazionali, nel timore di incorrere in violazione del diritto comunitario, aggravino la Corte di Giustizia con rinvii puramente "difensivi" finalizzati a prevenire azioni di responsabilità civile contro i magistrati[13].

La preoccupazione non è peregrina, solo ove si ricordi, ad esempio, che la Commissione europea ha inviato alla Svezia una opinione motivata ai sensi dell'art. 258 TFUE, avviando procedura di infrazione a causa del numero troppo esiguo di rinvii pregiudiziali *ex* art. 267 TFUE operati dagli organi giudiziari di ultima istanza e dall'assenza di motivazione dei provvedimenti che respingono le istanze di rinvio pregiudiziale sollevate dalle parti nei giudizi nazionali[14].

Con riferimento all'ordinamento italiano, come si vedrà, la Cassazione rivendica il proprio sindacato per motivi inerenti la giurisdizione in ordine alle decisioni con cui il Consiglio di Stato non rinvii alla Corte di giustizia una questione pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 TFUE nei casi in cui vi sia tenuto[15].

Anche con riferimento a tali profili correttamente il Consiglio di Stato ha inteso ottenere chiarimenti, specie dopo la pronuncia della Corte di Giustizia che ha censurato la legge italiana sulla responsabilità civile dei magistrati, ritenendo le limitazioni di responsabilità ivi contemplate contrarie al diritto UE[16].

---

[12] CGCE, 30 settembre 2003 C-224/01, *Kobler*, in *Racc.*, 2003, p. I-10239.; Id. 13 giugno 2006 C-173/03, *Traghetti del Mediterraneo*; Id., sez. III 24 novembre 2011, C 379/10. Commissione europea c. Repubblica italiana: con toni critici P.J. WATTEL, *Köbler, CILFIT and Welthgrove: We can't go on meeting like this*, in *Common Market Law Review*, 2004, 184, auspica l'applicazione della giurisprudenza *Köbler* anche a livello comunitario per risarcire *ex* art. 215 del Trattato i danni determinati dagli errori di giudizio della stessa Corte di giustizia; M. BREUER, *Wrongs and Community Law: the Case of Gerhard Köbler v Austria*, in *European Law Review*, 2004, 243; C.D. CLASSEN, *Case Note: Gerhard Köbler v. Republik Österreich*, in *Common Market Law Review*, 2004, 81; J. KOMAREK, *Federal Elements in the State Liability for Judicial Community Judicial System: Building Coherence in the Community Legal Order, Common Market Law Review,* 2005, 9.

[13] Critica la natura non selettiva del rinvio pregiudiziale G. FALCON, *Separazione e coordinamento tra giurisdizioni europee e giurisdizioni nazionali nella tutela avverso gli atti lesivi di situazioni soggettive europee*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 2004, 1153 ss.

[14] Documento della Commissione 2003/2161, C(2004) 3899 del 13.10.2004. U. BERNITZ, *The Duty of Supreme Court to Refer Cases to the ECJ: The Commission's Action Against Sweden*, in *Swedish Studies in European Law*, vol. 1, 2006; M. SCMAUCH, *Lack of preliminary Rulings as an Infringement of Artiche 234 EC? (Commission Case COM 2003/2161, Procedure Against The Kingdom of Sweden)*, in *European Law Reporter* 2005, 445. Già il *Report by the Working Party on the Future of the European Communities' Court System* (noto come "The Due Report"), consegnato al Presidente della Commissione europea R. Prodi nel 2000 avanzava la possibilità per la Commissione di esperire azioni in carenza *ex* art. 226 per far valere la violazione dell'art. 234 del Trattato (oggi art. 267 TFUE) da parte delle corti nazionali di ultima istanza.

[15] *Infra*, *sub* parr. 7.3 e 8. Su tema, cfr. già L. CANNADA BARTOLI, *Impugnabilità in Cassazione,* ex *art. 111 ultimo comma della Costituzione, per omesso rinvio di pregiudiziali da parte del Consiglio di Stato alla CGCE*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 941 ss., spec. 955 ss.

[16] CGUE, 24 novembre 2011, C-379/10. M.R. DONNARUMMA, *Responsabilità dei magistrati e giurisprudenza della Corte europea di giustizia*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2011, 669; M. NISTICÒ, *Dalla Corte di giustizia una censura al diritto vivente in*

Se è vero che l'omesso rinvio pregiudiziale *ex se* non è fonte di responsabilità nell'esercizio della funzione giurisdizionale, ma deve collegarsi ad una violazione sostanziale del diritto sovranazionale, non si può omettere di considerare che le proposte di modifica legislativa giacenti in Parlamento attribuiscono un ruolo essenziale all'omesso rinvio. In tale contesto deve essere letta la richiesta intesa ad ottenere il *placet* dal giudice europeo sulla possibilità di omettere il rinvio quando la norma UE sia "ragionevolmente chiara". È particolare il richiamo ai mezzi di cui il giudice dispone per valutare la chiarezza della disposizione normativa: non già gli strumenti ermeneutici e la possibilità di interpretazione conforme[17], quanto il parametro della diligenza professionale, che rimarca l'accostamento del giudice alla più generale figura del funzionario pubblico cui è affidato l'esercizio della funzione giurisdizionale[18].

L'intervento del legislatore italiano di modifica della disciplina sulla responsabilità civile dei magistrati conferma le preoccupazioni del Consiglio di Stato, laddove afferma che "in caso di violazione manifesta del diritto dell'Unione europea si deve tener conto anche della mancata osservanza dell'obbligo di rinvio pregiudiziale ai sensi dell'articolo 267, terzo paragrafo, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, nonché del contrasto dell'atto o del provvedimento con l'interpretazione espressa dalla Corte di giustizia dell'Unione europea"[19].

Nonostante la risposta della Corte di Giustizia di cui subito in seguito, ancora oggi il Consiglio di Stato dispone rinvii pregiudiziali di tipo "difensivo", assistiti da motivazioni del seguente (perplesso) tenore: "Il Collegio, pertanto, pur consapevole della infondatezza della pretesa dell'appellante e della ingiustificata protrazione dei tempi del processo collegati alla pendenza della questione pregiudiziale, al solo fine di ottemperare al dovere di rinvio pregiudiziale da parte del Giudice nazionale di ultima istanza ed in

tema di responsabilità dei magistrati, in *Quad. cost.*, 2012, 149; M.P. CHITI, *Il rinvio pregiudiziale e l'intreccio tra diritto processuale nazionale ed europeo: come custodire i custodi dagli abusi del diritto di difesa?*, in *Giustizia-amministrativa*, 2012.

[17] Secondo la Corte di Giustizia "il principio di interpretazione conforme esige che i giudici nazionali si adoperino al meglio, nei limiti delle loro competenze, prendendo in considerazione il diritto interno nel suo insieme ed applicando i metodi di interpretazione riconosciuti da quest'ultimo, al fine di garantire la piena efficacia della previsione del diritto UE e di pervenire ad una soluzione conforme allo scopo perseguito da quest'ultima": da ultimo CGUE, Grande Sezione, 5 settembre 2012, causa C-42/11, *Joao Pedro Lopes Da Silva Jorge*, punti 55 e 56, ed ivi richiami giurisprudenziali, ove sono altresì evidenziati i limiti all'applicazione del principio: "l'obbligo per il giudice nazionale di fare riferimento al contenuto (di una decisione quadro) nell'interpretazione e nell'applicazione delle norme pertinenti del diritto interno trova un limite nei principi generali del diritto e non può servire a fondare un'interpretazione *contra legem* del diritto nazionale".

[18] M.A. SANDULLI, *Riflessioni sulla responsabilità civile per le violazioni di legge commesse dagli organi giudiziari*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2012; P. MENGOZZI, *La responsabilità dello Stato per atti del potere giudiziario: dalla sentenza* Köbler *alla sentenza* Ferreira da Silva e Brito, in *Diritto dell'Unione europea*, 2016, 401 ss.

[19] Art. 2, comma 3-*bis*, della legge n. 117 del 1988 introdotto dalla legge n. 18 del 2015: "Fermo restando il giudizio di responsabilità contabile di cui al decreto legge 23 ottobre 1996, n. 543, convertito, con modificazioni, dalla legge 20 dicembre 1996, n. 639, ai fini della determinazione dei casi in cui sussiste la violazione manifesta della legge nonché del diritto dell'Unione europea si tiene conto, in particolare, del grado di chiarezza e precisione delle norme violate nonché dell'inescusabilità e della gravità dell'inosservanza. In caso di violazione manifesta del diritto dell'Unione europea si deve tener conto anche della mancata osservanza dell'obbligo di rinvio pregiudiziale ai sensi dell'articolo 267, terzo paragrafo, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, nonché del contrasto dell'atto o del provvedimento con l'interpretazione espressa dalla Corte di giustizia dell'Unione europea".

considerazione del fatto che l'inosservanza di siffatto dovere determina una diretta responsabilità dello Stato membro di carattere sostanzialmente oggettivo (*omissis*), nonché la responsabilità civile del magistrato ai sensi dell'art. 2, comma 3-*bis*, l. n. 117 del 1988 come introdotto dalla l. n. 18 del 2015, rimette alla Corte di giustizia dell'Unione Europea, sulla base della prospettazione dell'appellante, la seguente questione pregiudiziale (...)"[20]. Il giudice sacrifica quindi espressamente il principio di economia processuale e abdica dalla valutazione di ammissibilità della richiesta di rinvio, deducendo un proprio difetto di legittimazione sul punto, ancorché - paradossalmente - ritenga priva di fondatezza la stessa questione.

4. Una prima risposta della Corte di Giustizia: il giudice di rinvio "dominus" della rilevanza della questione

L'ordinanza di rimessione del Consiglio di Stato è stata da taluni criticata proprio riguardo all'impossibilità per il giudice di far valere *ex* art. 267 TFUE il proprio diverso apprezzamento rispetto a quello manifestato dalla parte, una volta che la questione di rinvio sia stata da quest'ultima sollevata[21].

Per il vero tali critiche non colgono appieno le peculiarità del sistema del processo amministrativo nazionale, salvo argomentare che se l'effetto prodotto dalle disposizioni processuali nazionali evocate dal giudice remittente fosse quello di escludere il "dovere di soccorso" giudiziale, da ciò discenderebbe la contrarietà delle stesse disposizioni al meccanismo del rinvio pregiudiziale, che verrebbe fortemente limitato per effetto di una disposizione interna. Soluzione, quest'ultima, che non potrebbe essere "tollerata" dalla Corte di Giustizia, posto che l'istituto del rinvio pregiudiziale esula dalla competenza degli Stati membri ed è disciplinato dal TFUE[22].

Tale ragionamento è fondato sulla nota giurisprudenza della Corte di Giustizia che affida al giudice nazionale il compito di specificare i motivi per i quali essi ritengano necessaria alla definizione della controversia la soluzione delle questioni loro proposte, sicché alla Corte di giustizia è riservato il compito "non di esprimere pareri a carattere consultivo su questioni generali o ipotetiche, ma di contribuire all'amministrazione della giustizia negli Stati membri. Ad essa non compete pertanto la soluzione di questioni di interpretazione che le siano proposte nell'ambito di schemi processuali precostituiti dalle parti al fine di indurla a pronunciarsi su taluni problemi di diritto comunitario non rispondenti ad una

[20] Da ultimo, Cons. Stato, Sez. IV, 5 agosto 2020, n. 4943, punto 13.

[21] Tale premessa è ritenuta "discutibile e, francamente, inesatta" da A. RUGGERI, *Il Consiglio di Stato e il "metarinvio" pregiudiziale (a margine di Cons. St. n. 4584 del 2012)*, in *diritticomparati.it*, 2012; cfr. altresì R. CONTI, *I dubbi del Consiglio di Stato sul rinvio pregiudiziale alla Corte UE del giudice di ultima istanza. Ma è davvero tutto così poco "chiaro"? (Note a prima lettura su Cons Stato 5 marzo 2012 n. 4584)*, *ibidem*, 2012 ritiene che "Ammettere, così, l'esistenza di un meccanismo di preclusione nei termini prospettati dal Consiglio di Stato finirebbe col tradire (…) l'essenza stessa del rinvio pregiudiziale".

[22] In tali termini R. CONTI, *op. loc. cit.*

necessità obiettiva inerente alla definizione di una controversia". Lo spirito di collaborazione che presidia le funzioni assegnate al giudice nazionale ed alla Corte di giustizia – ora vieppiù confermato dalla richiesta al giudice *a quo* di offrire una possibile soluzione al quesito pregiudiziale proposto - impone per un verso l'obbligo di rispettare le competenze del giudice nazionale, ma anche la funzione specifica di cui la Corte è investita, che riguarda "non soltanto gli interessi delle parti in causa, ma altresì quelli della comunità e quelli degli Stati membri"[23].

Se della delibazione sulla rilevanza della questione comunitaria è *dominus* il giudice nazionale, residuano tuttavia dubbi proprio sull'estensione della servente valutazione, anche in merito all'applicabilità al giudizio pendente della disposizione normativa europea che la parte del giudizio invoca. Il vincolo ai motivi di parte del giudice amministrativo nel nostro ordinamento può così indurre lo stesso, nei casi dubbi, ad ampliare i casi di rinvio pregiudiziale alla Corte; soprattutto riguardo all'inquadramento del caso concreto alla fattispecie delineata dalla fonte sovranazionale. Si sono già notate per l'effetto pronunce del giudice dell'Unione europea occasionate da rimessioni perplesse, tanto da far affermare alla Corte che "(…) il Consiglio di Stato ritiene che la direttiva (…) non si applichi al caso. (…) Il Consiglio di Stato nutre tuttavia dubbi a tale riguardo"[24].

Il vero punto cruciale, lucidamente individuato dall'ordinanza di rimessione, attiene all'utilizzo del rinvio pregiudiziale alla stregua di motivo di ricorso, e in tal senso sorge spontaneo l'interrogativo sull'applicabilità delle preclusioni processuali nazionali alla domanda di parte. In questo quadro devono essere iscritte le note pronunce della Corte di giustizia, ripetutamente invocata in via pregiudiziale a conciliare il principio di effettività del diritto comunitario con il regime processuale nazionale e le correlate preclusioni relative alla decadenza dei termini di impugnazione dell'atto amministrativo[25].

La Corte di giustizia si è pronunciata più volte sull'ammissibilità di norme processuali nazionali di preclusione a fronte di domande fondate sul diritto dell'Unione europea[26]; la soluzione, in vero, non è delineabile in modo generalizzato, richiedendo un'analisi sugli effetti in termini di tutela della situazione soggettiva protetta riguardo alla specifica norma di preclusione. I precedenti consentono comunque di

[23] Già CGCE 16 dicembre 1981, causa C 244/1980, *Foglia c. Novello*, punti 16 ss. Per maggiori riferimenti giurisprudenziali, S. FOÀ, *Giustizia amministrativa e pregiudizialità*, cit., 153.

[24] CGUE, Sez. II, 29 gennaio 2009, C-311/06, *Consiglio Nazionale degli Ingegneri contro Ministero della Giustizia, Marco Cavallera*, riguardo al riconoscimento dei diplomi ai sensi della Direttiva 89/48/CEE e la conseguente omologazione del titolo di studio di Ingegnere.

[25] Sulla tensione tra i principi di effettività ed autonomia processuale e procedurale, F. BECKER, *Application of Community Law by Member States' Public Authorities: Between Autonomy and Effectiveness*, in *Common Market Law Review*, 2007, 1044 ss.

[26] Sentenza 14 dicembre 1995, cause riunite C-430/93 e C-431/93, *Van Schijndel e Van Veen* (*Racc.*, p. I-4705); E. RUSSO, *È sempre "diffuso" il controllo il controllo di conformità al diritto comunitario ad opera del giudice nazionale?*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.,* 1996, 701 ss.; Sentenza 27 giugno 2000, cause riunite da C-240/98 a C-244/98 (*Racc.*, p. I-4941)*;* Sentenza 15 settembre 1998, causa C-231/96, *Edis* (*Racc.,* p. I-4951, punto 48).

dimensionare la portata del principio di effettività e dei limiti imposti agli ordinamenti processuali nazionali. Nello sviluppo della giurisprudenza, la Corte di giustizia ha dovuto affrontare resistenze concettuali alla trasposizione del principio della primazia del diritto comunitario con riferimento alla tutela giurisdizionale esperibile avverso atti amministrativi, e le ha risolte funzionalizzando l'autonomia processuale degli Stati all'effettività delle previsioni del diritto dell'UE[27].

La stessa Corte di giustizia ha negli ultimi anni affermato che il principio dispositivo nel processo amministrativo impedisce al giudice nazionale di sollevare d'ufficio un motivo fondato sulla violazione di norme comunitarie, senza che ciò contrasti con i principi di equivalenza e di effettività della tutela[28]. Ciò ovviamente non preclude al giudice amministrativo di rilevare questioni d'ufficio, purché rispetti il principio del contraddittorio[29].

E così anche l'istituto del rinvio pregiudiziale è stato differentemente percepito da parte della Corte di giustizia, che nella prima giurisprudenza tendeva ad utilizzarlo come strumento di economia processuale correlato all'efficacia del "precedente persuasivo" della pronuncia comunitaria, mentre oggi è inteso quale meccanismo di collaborazione tra giurisdizioni, che sta raggiungendo in via di prassi un nuovo equilibrio, effetto dell'amplificazione del diritto dell'Unione europea accompagnato dall'autolimitazione dei giudici nazionali.

In sintesi pare doversi condividere la scelta del rinvio operato dal Consiglio di Stato con l'ordinanza esaminata, perché se è vero che la disciplina del rinvio pregiudiziale è riservata al diritto dell'Unione europea, è altresì innegabile che il suo esercizio si innesta in meccanismi processuali nazionali che nel giudizio amministrativo mantengono ancora una marcata peculiarità. Non è tanto la costruzione del rinvio pregiudiziale in genere a preoccupare il giudice amministrativo, ma l'utilizzo improprio dello stesso istituto, sì da tradursi in motivi di ricorso inammissibili secondo la legge processuale nazionale.

---

[27] CGCE, Sez. II, 29 aprile 1999, C-224/97, *Erich Ciola e Land Vorarlberg*, in *Racc.*, 1999, I-2517 spec. punto 24, ed ivi la posizione assunta dal governo austriaco, avversa ad applicare "senza alcun vaglio e senza limiti la giurisprudenza sulla preminenza del diritto comunitario ad atti amministrativi individuali e concreti". La posizione veniva fondata sulla esecutorietà degli atti amministrativi, sostenuta dai richiami alla giurisprudenza comunitaria sulla autonomia processuale degli Stati membri. Affermare la preminenza del diritto comunitario nei confronti di un atto amministrativo esecutivo avrebbe potuto rimettere in questione i principi della certezza del diritto, della tutela del legittimo affidamento o dei diritti legittimamente acquisiti.

[28] CGUE, Sez. IV, 7 giugno 2007, C-222/05, *Van der Weerd*, in *Racc.*, 2007, p. I- 4233, con riferimento alla disciplina processuale dei Paesi Bassi. A commento J.H. JANS, A.T. MARSEILLE, in *Common Market Law Rev.*, 2008, 853 ss.

[29] Sul punto il Codice del processo amministrativo italiano si è allineato alla giurisprudenza europea ed alle previsioni del codice processuale civile. Cfr. art. 73, co. 3, Cod. proc. amm.: "Se ritiene di porre a fondamento della sua decisione una questione rilevata d'ufficio, il giudice la indica in udienza dandone atto a verbale. Se la questione emerge dopo il passaggio in decisione, il giudice riserva quest'ultima e con ordinanza assegna alle parti un termine non superiore a trenta giorni per il deposito di memorie". Il principio è stato esaminato da Cons. Stato, Ad. plen., 2 dicembre 2010, n. 3, in *Giust. amm.*, 2010.

Era prevedibile che il giudice dell'Unione Europea funzionalizzasse nuovamente l'autonomia processuale dello Stato rimettente[30] e così in effetti è avvenuto, anche se la Corte di Giustizia non ha dedicato attenzione alle specifiche questioni processuali poste dal Consiglio di Stato. Così la Corte ha ribadito che la determinazione e la formulazione delle questioni da sottoporre ad essa spettano al giudice nazionale e le parti in causa nel procedimento principale non possono modificarne il tenore[31]. Se è pur vero che il predetto giudice è libero di invitare le parti in causa nel procedimento per il quale è adito a suggerire formulazioni che possano essere raccolte nella redazione delle questioni pregiudiziali, resta tuttavia il fatto che solo al giudice medesimo spetta decidere, da ultimo, in merito tanto alla forma quanto al contenuto delle questioni stesse[32]. La Corte afferma quindi che spetti unicamente al giudice del rinvio determinare e formulare le questioni pregiudiziali vertenti sull'interpretazione del diritto dell'Unione che sono necessarie ai fini della risoluzione della controversia oggetto del procedimento principale.

Sbrigativamente il giudice europeo si esprime in ordine alle "norme nazionali di procedura", che sarebbero state invocate dal Consiglio di Stato "senza, però, chiarire la loro esatta portata": al riguardo la Corte ritiene sufficiente ricordare che "siffatte norme non possono ridurre la competenza e gli obblighi incombenti su di un giudice nazionale in quanto giudice di rinvio ai sensi dell'articolo 267 TFUE"[33].

Tale interpretazione consente alla Corte di Giustizia di non affrontare l'eventuale incidenza del principio della durata ragionevole del processo, parimenti menzionata dal giudice del rinvio, visto che la questione è stata da esso formulata solamente per il caso in cui l'articolo 267 TFUE dovesse essere interpretato nel senso che esso impone al giudice nazionale di ultima istanza un obbligo incondizionato di rinvio pregiudiziale di una questione di interpretazione del diritto dell'Unione, sollevata da una parte in causa[34].

5. I persistenti dubbi del Consiglio di Stato sui rischi della "pan-ermeneutica" europea

La giurisprudenza della Corte di giustizia sul c.d. "atto chiaro" ribadisce che, al fine di escludere ogni ragionevole dubbio sulla soluzione da dare alla questione di interpretazione del diritto UE e, pertanto, al

[30] Sulla funzionalizzazione dell'autonomia processuale, L. DE LUCIA, *Amministrazione europea e tutela giurisdizionale*, in ASTRID, *Lo Spazio amministrativo europeo. Le pubbliche amministrazioni dopo il Trattato di Lisbona*, a cura di M.P. CHITI E A. NATALINI, Bologna, 2011; S. FOÀ, *Giustizia amministrativa e pregiudizialità costituzionale*, cit., 191, in termini di "autonomia processuale condizionata". Sulla tensione tra i principi di effettività ed autonomia processuale e procedurale, F. BECKER, *Application of Community Law by Member States' Public Authorities: Between Autonomy and Effectiveness*, in *Common Market Law Review*, 2007, 1044 ss.

[31] CGUE, Sez. IV, 18 luglio 2013, causa C-136/12, punto 29; in precedenza sentenze 14 aprile 2011, Vlaamse Dierenartsenvereniging e Janssens, C-42/10, C-45/10 e C-57/10, Racc. pag. I-2975, punto 43, nonché 21 dicembre 2011, Danske Svineproducenter, C-316/10, Racc. pag. I-13721, punto 32.

[32] Cfr. già CGUE, sentenza 21 luglio 2011, *Kelly*, C-104/10, Racc. pag. I-6813, punto 65.

[33] CGUE, Sez. IV, 18 luglio 2013, causa C 136/12, cit., punto 32; CGUE sentenza16 dicembre 2008, Cartesio, C-210/06, Racc. pag. I-9641, punti 93, 94 e 98.

[34] CGUE, Sez. IV, 18 luglio 2013, causa C 136/12, cit., punto 34.

fine di escludere la necessità del rinvio pregiudiziale *ex* art. 267 TFUE, "il giudice nazionale di ultima istanza deve maturare il convincimento che la stessa evidenza si imporrebbe anche ai giudici degli altri Stati membri ed alla Corte. Solo in presenza di tali condizioni, il giudice nazionale può astenersi dal sottoporre la questione alla Corte risolvendola sotto la propria responsabilità"[35]; con la precisazione, da un lato, che "il giudice nazionale, le cui decisioni non siano più soggette a ricorso giurisdizionale, è tenuto a rivolgersi alla Corte in via pregiudiziale in presenza del minimo dubbio riguardo all'interpretazione o alla corretta applicazione del diritto dell'Unione"[36]; dall'altro, che "l'assenza di dubbi in tal senso necessita di prova circostanziata"[37].

Il Consiglio di Stato ritiene che le condizioni poste dalla Corte di Giustizia per escludere l'obbligo di rinvio pregiudiziale gravante sul giudice di ultima istanza risultino di difficile accertamento "nella parte in cui fanno riferimento alla necessità che il giudice procedente, certo dell'interpretazione e dell'applicazione da dare al diritto unionale rilevante per la soluzione della controversia nazionale, provi in maniera circostanziata che la medesima evidenza si imponga anche presso i giudici degli altri Stati membri e la Corte"[38].

Il giudice amministrativo sottolinea la "soggettività dell'attività interpretativa" nella ricostruzione del significato precettivo da assegnare alle norme giuridiche che, per quanto possa essere limitata, non risulta in radice eliminabile; sicché appare arduo, se non impossibile, escludere nel caso concreto ogni "minimo dubbio" in ordine all'eventualità che altro giudice nazionale appartenente ad uno Stato membro o la stessa Corte di Giustizia decida la medesima questione pregiudiziale in maniera, anche soltanto in parte, divergente da quanto ritenuto dal giudice nazionale procedente.

La prova circostanziata della carenza di dubbio trasmoderebbe in una *probatio diabolica*, con conseguente obbligo di rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE, ogni qual volta la questione interpretativa posta nel giudizio nazionale, rilevante ai fini della soluzione della controversia, non sia materialmente identica ad altra questione, sollevata in relazione ad analoga fattispecie, che sia già stata decisa in via pregiudiziale.

In tal senso il Consiglio di Stato ha nuovamente investito la Corte di Giustizia per ottenere chiarimenti sulla formulazione "tale da non lasciar adito ad alcun ragionevole dubbio sulla soluzione da dare alla questione sollevata", nell'ambito della stretta cooperazione tra la Corte e i giudici degli Stati membri alla base del procedimento pregiudiziale, secondo le stesse Raccomandazioni offerte dalla Corte di Giustizia[39].

[35] CGUE, sentenza 28 luglio 2016, in causa C-379/15, *Association France Nature Environnement*, punto 48.
[36] CGUE, sentenza 28 luglio 2016, in causa C-379/15, cit., punto 51.
[37] CGUE, sentenza 28 luglio 2016, in causa C-379/15, cit., punto 52.
[38] Cons. Stato, Sez. VI, ord. 9 luglio-24 settembre 2020, n. 5588 (Presidente Montedoro-Estensore De Luca), punto 59.
[39] CGUE, Raccomandazioni all'attenzione dei giudici nazionali, relative alla presentazione di domande di pronuncia pregiudiziale, 2018/C 257/01, poi 2019/C 380/01, spec. punto 2.

Per escludere ogni ragionevole dubbio da dare alla questione sollevata e, quindi, per ritenere derogato l'obbligo di rinvio pregiudiziale *ex* art. 267 TFUE gravante sul giudice di ultima istanza, il Consiglio di Stato ha chiesto di chiarire se "il convincimento che la stessa evidenza si imporrebbe anche ai giudici degli altri Stati membri ed alla Corte di Giustizia":

a) debba essere accertato in senso soggettivo, motivando in ordine alla possibile interpretazione suscettibile di essere data alla medesima questione dai giudici degli altri Stati membri e dalla Corte di Giustizia ove investiti di identica questione; ovvero

b) come ritenuto dallo stesso Consiglio di Stato, al fine di evitare una *probatio diabolica* e consentire la concreta attuazione delle circostanze derogatorie all'obbligo di rinvio pregiudiziale indicate da codesta Corte di Giustizia, se sia sufficiente accertare la manifesta infondatezza della questione pregiudiziale (di interpretazione e corretta applicazione della disposizione europea rilevante nel caso concreto) sollevata nell'ambito del giudizio nazionale, escludendo la sussistenza di ragionevoli dubbi al riguardo, tenuto conto, sul piano meramente oggettivo - senza un'indagine sul concreto atteggiamento interpretativo che potrebbero tenere distinti organi giurisdizionali - della terminologia e del significato propri del diritto unionale attribuibili alle parole componenti la disposizione europea (rilevante nel caso di specie), del contesto normativo europeo in cui la stessa è inserita e degli obiettivi di tutela sottesi alla sua previsione, considerando lo stadio di evoluzione del diritto europeo al momento in cui va data applicazione alla disposizione rilevante nell'ambito del giudizio nazionale[40].

È quindi la stessa VI Sezione del Consiglio di Stato, che già aveva richiesto il conforto interpretativo del giudice sovranazionale circa i presupposti di obbligatorietà del rinvio, che ritorna sul tema, invocando la sufficienza di un'operazione ermeneutica condotta a livello nazionale, scevra da "un'indagine sul concreto atteggiamento interpretativo che potrebbero tenere distinti organi giurisdizionali".

6. La motivazione della rimessione e la leale collaborazione tra giudici

Già prima della risposta del Giudice dell'Unione europea ai quesiti formulati sul primo "meta-rinvio", la Sez. V del Consiglio di Stato aveva recisamente negato la sussistenza dell'obbligo di rimettere alla Corte di giustizia la questione di interpretazione di una norma comunitaria quando questa non sia ritenuta rilevante ai fini della decisione o quando ritenga di essere in presenza di un *acte claire* che, in ragione dell'esistenza di precedenti pronunce della Corte ovvero dell'evidenza dell'interpretazione, rende inutile (o non obbligato) il rinvio pregiudiziale[41].

[40] Cons. Stato, Sez. VI, ord. 9 luglio-24 settembre 2020, n. 5588, cit. punto 63.

[41] Cons. Stato, Sez. V, 13 giugno 2012, n. 3474. In tale occasione l'appellante aveva presentato istanza di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, affinché fosse verificata la conformità all'art. 1 della direttiva comunitaria 18/2004 ed ai principi in materia di partenariato pubblico privato di un rapporto di concessione mediante *project financing* nel quale,

Anche in tal caso, tuttavia, così come nella giurisprudenza richiamata, il Giudice amministrativo ha potuto valutare l'irrilevanza della questione posta perché inconferente rispetto al *thema decidendum*, ma non ha toccato il profilo dell'utilizzo del rinvio pregiudiziale alla stregua di motivo di ricorso e del relativo trattamento processuale.

In un caso, infatti, difettavano i presupposti per sollevare una questione per rinvio pregiudiziale dinanzi alla Corte di Giustizia in relazione alla compatibilità con il trattato istitutivo delle misure censurate, non venendo nella specie in rilievo una questione relativa all'interpretazione e all'applicazione del diritto comunitario primario e derivato[42]; in altro caso il diniego di rinvio è stato ricondotto alla "chiarezza, univocità ed evidenza della corretta applicazione del diritto comunitario", tale da non dare adito a nessun ragionevole dubbio interpretativo sulla soluzione da dare alla questione processuale sollevata[43]; così come nel caso dell'insussistenza di dubbi interpretativi sull'applicazione del Trattato e laddove i principi, univoci nella loro portata vincolante per gli Stati membri, risultino rispettati[44].

Da ultimo, confortato dalla giurisprudenza europea, il Consiglio di Stato ha escluso la sussistenza di un diritto incondizionato dei singoli cittadini a vedere sempre sollevata una questione pregiudiziale interpretativa da parte di una Corte suprema[45].

Alle medesime conclusioni è pervenuta la Corte europea dei diritti dell'uomo che, negata la sussistenza di tale diritto incondizionato dei singoli cittadini a vedere sollevata una questione pregiudiziale

---

ferma restando l'assunzione da parte del concessionario del rischio di costruzione e del rischio di disponibilità, il rischio di domanda è assunto dal soggetto pubblico, ed altresì se potesse ritenersi conforme al principio dell'equilibrio economico e finanziario caratterizzante l'istituto concessorio e più in generale quello del partenariato pubblico privato una previsione nazionale che precluda la revisione del piano economico finanziario ai fini del ripristino delle condizioni di equilibrio, nel caso in cui le variazioni alle condizioni ed ai presupposti di base della concessione dipendano da una riduzione della domanda rispetto all'offerta prevista nel progetto originario, allorché il soggetto pubblico abbia assunto su di sé il rischio di domanda. Il Consiglio di Stato ha ritenuto manifestamente irrilevanti i quesiti posti, in quanto eludono la questione principale della controversia, ossia se è possibile omettere le procedure concorrenziali per l'affidamento di una concessione di lavori pubblici al fine di consentire al precedente concessionario di recuperare le perdite o i mancati guadagni. Quesito di agevole soluzione allorché si interpretino le norme del codice dei contratti pubblici che vengono in rilievo alla luce dei principi comunitari.

[42] Cons. Stato, Sez. VI, 20 luglio 2011, n. 4388, in *giustizia-amministrativa*, che ha escluso che la fissazione del particolare regime normativo di cui ai commi 16 e 17 dell'art. 81 d.l. n. 112 del 2008 abbia istituito un regime configurabile come aiuto di Stato ai sensi degli art. 107 e 108, t.f.u.e., per l'effetto venendo meno il presupposto del rinvio pregiudiziale.

[43] Cons. Stato, Sez. VI, 15 giugno 2011, n. 3655, in *giustizia-amministrativa*, relativo alla mancata dichiarazione del possesso dei requisiti per la gara che comporta l'inammissibilità del ricorso, sull'interesse all'aggiudicazione dell'appalto che esclude quello alla sua rinnovazione; sulla sufficienza della dimostrata lesione della libera concorrenza per integrare la legittimazione al ricorso.

[44] Cons. Stato, Sez. VI, 15 giugno 2011, n. 3642, in *giustizia-amministrativa*, sulla questione relativa all'interpretazione del d.lgs. n. 157 del 1995, nella parte in cui introduceva misure limitative dell'accesso alle procedure d'appalto, laddove non sussistevano dubbi interpretativi sulla portata dei principi comunitari ispiratori e, dunque, sulla portata delle disposizioni applicative.

[45] Cons. Stato, Sez. V, sentenza 23 ottobre 2013, n. 5131, in *giustizia-amministrativa*, che ha ritenuto pacifico che la prospettata questione di rinvio pregiudiziale fosse stata già esaminata e risolta dalla Corte di giustizia (sez. VI, 12 febbraio 2004, C-230/02) nel senso che l'impresa che non partecipa alla gara non può in nessun caso contestare l'aggiudicazione in favore di ditte terze.

interpretativa da parte di una corte suprema, ha escluso la conseguente responsabilità omissiva dello Stato membro ai sensi dell'art. 6, § 1, CEDU fatte salve limitate eccezioni riferibili ad una errata valutazione della effettiva rilevanza della questione[46].

Anche la Corte di Giustizia ha mutato sensibilità riguardo all'ammissibilità dei rinvii pregiudiziali non adeguatamente motivati, come ricordato nelle conclusioni dell'Avvocato generale riferite a domande formulate da un giudice amministrativo italiano di primo grado[47].

Le critiche riguardano il pregresso "atteggiamento generoso" della Corte nel valutare l'ammissibilità delle domande, che induce a chiedere se la Corte "non debba ora adottare un approccio più rigoroso al riguardo". Il significativo ampliamento della giurisdizione della Corte per effetto dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, insieme all'allargamento dell'Unione europea nell'ultimo decennio, potrebbe avere un impatto importante sulla capacità della Corte di trattare le cause con la dovuta celerità, pur mantenendo inalterata la qualità delle decisioni[48].

Nel caso di specie il giudice rimettente non aveva motivato la rilevanza delle questioni pregiudiziali[49], sicché l'Avvocato generale suggeriva, in mancanza di qualsiasi "spiegazione in merito agli aspetti cruciali della controversia", che la correlata questione pregiudiziale sottoposta dal TAR Sicilia dovesse essere dichiarata inammissibile, ove l'ordinanza di rinvio fosse in contrasto con l'art. 94 del regolamento di procedura della Corte di Giustizia.

Sono frequenti le ordinanze di rinvio immotivate riguardo alla rilevanza delle disposizioni europee ai fini del giudizio di rinvio e le ipotesi in cui, al contrario, i giudici dubitano della compatibilità di disposizioni normative nazionali con il diritto dell'Unione, senza tuttavia individuare alcuna specifica disposizione dell'UE quale parametro del sindacato di rilevanza.

---

[46] Corte europea dei diritti dell'uomo, sez. II, 8 marzo 2012, nn. 3989/97 e 38353/07.

[47] Conclusioni dell'Avvocato generale Nils Wahl presentate il 12 marzo 2015, Causa C-497/12, Davide Gullotta Farmacia di Gullotta Davide & C. Sas Contro Ministero della Salute, Azienda Sanitaria Provinciale di Catania.

[48] Cfr. le conclusioni dello stesso Avv. Generale nella causa Venturini e a. [da C-159/12 a C-161/12, EU:C:2013:529, paragrafi da 22 a 25.

[49] Conclusioni Avv. Gen. in Causa C-497/12, cit., par. 68: "L'ordinanza di rinvio non spiega, neppure in termini generali, perché il giudice del rinvio ritenga che l'interpretazione dell'articolo 15 della Carta sia necessaria al fine di dirimere la controversia dinanzi ad esso pendente. Il giudice nazionale afferma unicamente di nutrire dubbi circa la piena applicabilità dei principi derivanti dalla suddetta disposizione alla professione di farmacista anche se la professione in parola è stata assoggettata a una serie di obblighi di interesse generale" e par. 73: "Alla luce di siffatto contesto, ci si attenderebbe di rinvenire nell'ordinanza di rinvio qualche spiegazione delle ragioni per le quali il giudice del rinvio ha ritenuto che la normativa nazionale controversa non bilanciasse correttamente i suddetti due diritti fondamentali o delle ragioni per le quali essa non rispettava l'essenza del diritto sancito nell'articolo 15 della Carta". Cfr. anche par. 79: "Anche rispetto alla terza questione devo esprimere i miei dubbi circa la sua ammissibilità. Ancora una volta, l'ordinanza di rinvio non contiene alcuna spiegazione delle ragioni per le quali il giudice del rinvio reputa detta normativa non in linea con gli articoli 102 e 106 TFUE".

L'atteggiamento più rigoroso assunto dalla Corte di Giustizia si fonda sull'art. 19, par. 1, TUE, che designa come custodi del rispetto dell'ordinamento giuridico e del sistema giurisdizionale dell'UE sia la Corte sia gli organi giurisdizionali degli Stati membri.

Il principio di leale collaborazione giudiziaria deve operare quindi in maniera reciproca: se il giudice nazionale è *dominus* della valutazione della rilevanza della questione pregiudiziale, deve anche essere consapevole dei limiti che i Trattati pongono all'attività della Corte di Giustizia[50].

In tali termini il sindacato di rilevanza che il giudice amministrativo ha recuperato anche in ultimo grado di giudizio su questioni poste dalle parti, impone maggiore attenzione nella formulazione dei quesiti alla Corte di Giustizia, in ragione del crescente rigore selettivo che essa utilizza per ammettere i rinvii pregiudiziali.

7. Rinvii pregiudiziali "distorsivi" rispetto all'ordinamento nazionale

Sono infine da segnalare alcuni rinvii pregiudiziali che mirano ad alterare il fisiologico svolgersi dei meccanismi interni di giustizia amministrativa, fino a estendersi indebitamente a sindacare disposizioni costituzionali.

7.1. Rinvio accelerato del T.a.r. in sede di ottemperanza per "disapplicare" il giudicato del Consiglio di Stato

In un caso la questione pregiudiziale è stata sollevata nell'ambito del giudizio di ottemperanza relativo alla sentenza di primo grado, sulla quale è sopravvenuto il giudicato (di annullamento) del Consiglio di Stato[51].

La giurisprudenza europea ha rimesso al giudice nazionale la scelta della fase processuale nella quale sottoporre alla Corte di Giustizia la questione pregiudiziale[52]: il giudice amministrativo di primo grado, nonostante un'interpretazione differente offerta dal giudice di seconda istanza in sede cautelare, può così decidere di sospendere il procedimento avanti a sé pendente per rimettere alla Corte di giustizia la questione interpretativa, ancorché non vi sia obbligato[53].

---

[50] Sul principio di leale collaborazione, cfr. le sentenze The Chartered Institute of Patent Attorneys (C-307/10, EU:C:2012:361, punto 31) e Danske Slagterier (C-445/06, EU:C:2009:178, punto 65). Cfr. anche sentenza Meilicke (C-83/91, EU:C:1992:332, punto 22), sentenze Kamberaj (C-571/10, EU:C:2012:233, punto 41); Zurita García e Choque Cabrera (C-261/08 e C-348/08, EU:C:2009:648, punto 36), e Schneider (C-380/01, EU:C:2004:73, punto 23).

[51] T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. I, ord. 15 gennaio 2013, n. 123, in *www.giustizia-amministrativa.it*, con commento di S. FOÀ, *Rinvio pregiudiziale accelerato del T.A.R. per "disapplicare" il giudicato del Consiglio di* Stato, in *Giur. It.*, 2013, n. 6, 1432.

[52] S. FOÀ, *Giustizia amministrativa e pregiudizialità costituzionale, comunitaria e internazionale*, cit., 140 ss.; CGUE 30 marzo 2000, causa C-236/98, *JämO*, *Racc.* pag. I-2189, punto 30, nonché 17 luglio 2008, causa C-303/06, *Coleman*, punto 29.

[53] CGUE (Prima Sezione), sentenza 6 dicembre 2007, procedimenti riuniti C-463/04 e C-464/04, *Federconsumatori, Adiconsum et al.* (C-463/04); *Associazione Azionariato Diffuso dell'AEM SpA et al.* (C-464/04).

Nel caso richiamato, il T.a.r. rimettente chiede la disapplicazione del sopravvenuto giudicato, invocando a sostegno alcuni noti precedenti della Corte di Giustizia. In primo luogo l'obbligo di riesaminare una decisione amministrativa definitiva per tener conto dell'interpretazione della disposizione pertinente nel frattempo accolta dalla Corte di Giustizia[54].

In sintesi, qualora un provvedimento amministrativo, ritenuto legittimo da una sentenza definitiva del giudice nazionale, si riveli configgente con l'interpretazione della previsione del diritto dell'Unione Europea pertinente fornita successivamente dalla Corte di giustizia, tale provvedimento dovrà essere rivalutato dagli organi amministrativi statali anche a costo di incidere sul principio di certezza del diritto. L'argomentazione richiama le questioni sorte sull'ammissibilità dell'esercizio di poteri di autotutela a fronte di un giudicato formatosi a seguito di sentenza di rigetto del giudice amministrativo; problema non univocamente risolto dalla giurisprudenza nazionale, nella quale residuano ancora dubbi sulla stessa configurabilità del giudicato sostanziale in tali casi[55].

Secondo la Corte di giustizia ai fini del "diritto all'autotutela" non occorre che le parti debbano aver sollevato dinanzi al giudice nazionale la questione di diritto europeo correlata alla sopravvenuta interpretazione: è sufficiente che la questione di diritto dell'Unione europea, la cui interpretazione si è rivelata erronea alla luce di una sentenza successiva della Corte, sia stata esaminata dal giudice nazionale che statuisce in ultima istanza, oppure che essa "avrebbe potuto essere sollevata d'ufficio da quest'ultimo". Il c.d. diritto al riesame di un provvedimento amministrativo definitivo viene quindi configurato secondo una ricostruzione del rinvio pregiudiziale *ex* art. 267 TFUE, per effetto della quale il ricorrente, nella causa principale, non deve aver necessariamente invocato argomenti di diritto dell'Unione europea a sostegno delle censure proposte avverso il provvedimento amministrativo.

A sostegno del rinvio pregiudiziale richiesto, il T.a.r. rimettente invoca anche le pronunce della Corte di Giustizia che hanno rilevato l'anticomunitarietà dell'art. 2909 cod. civ., volto a sancire il principio dell'autorità di cosa giudicata, nei limiti in cui l'applicazione di tale disposizione impedisce il recupero di un aiuto di Stato erogato in contrasto con il diritto comunitario e la cui incompatibilità con il mercato comune è stata dichiarata con decisione della Commissione divenuta definitiva. Pertanto, per effetto del

[54] L'obbligo sussiste qualora ricorrano le seguenti circostanze: l'amministrazione disponga, secondo il diritto nazionale, del potere di riesaminare tale decisione; la decisione in questione sia divenuta definitiva in seguito ad una sentenza di un giudice nazionale che statuisce in ultima istanza; tale sentenza, alla luce di una giurisprudenza della Corte successiva alla medesima, risulti fondata su un'interpretazione errata del diritto comunitario adottata senza che la Corte fosse adita in via pregiudiziale alle condizioni previste all'art. 267, par. 3, TFUE; l'interessato si sia rivolto all'organo amministrativo immediatamente dopo essere stato informato della detta giurisprudenza. In tal senso CGUE, sentenza 13 gennaio 2004, C-453/00, Kühne & Heitz, in Racc. 2004, p. I-837; CGUE 12 febbraio 2008, causa C-2/06, *Willy Kempter KG e Hauptzollamt Hamburg-Jonas*.

[55] C. CACCIAVILLANI, *Giudizio amministrativo e giudicato*, Padova, 2005; A. TRAVI, *Il giudicato amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 912 ss.

primato del diritto UE, la norma nazionale che riconosce la forza di *res iudicata* alla sentenza in questione deve essere disapplicata dal giudice del rinvio[56]. Tale orientamento è stato ribadito dalla Corte di Giustizia in materia tributaria, fuori dal tema degli aiuti di Stato, in risposta ad un rinvio pregiudiziale della Cassazione italiana relativo al superamento del c.d. "principio della frammentazione dei giudicati"[57].

In forza di tali precedenti, il T.a.r. rimettente chiede alla Corte di giustizia l'applicazione del procedimento accelerato ai sensi dell'art. 105, par. 1 del relativo regolamento di procedura[58]: a sostegno della richiesta sono invocate le sentenze della Corte, richiamate in motivazione, adottate "per vicende analoghe a quella oggetto del (presente) rinvio".

Secondo il giudice rimettente la "natura" della causa e le correlate esigenze di rapido trattamento discenderebbero dalla stessa giurisprudenza del giudice europeo, dalla quale si evincerebbe un principio di diritto applicabile anche al caso controverso.

Non constano precedenti specifici sul procedimento pregiudiziale accelerato riferito alla giustizia amministrativa, ma possono assumere rilevanza due recenti casi in cui la Corte di giustizia ha rigettato le domanda di trattazione accelerata di questioni pregiudiziali poste da giudici ordinari[59]. In entrambi i casi, con motivazione identica, il presidente della Corte ha ritenuto che il giudice del rinvio non avesse dimostrato l'urgenza di decidere la controversia.

Con l'evidente fine di limitare un abuso del rinvio accelerato, la Corte di Giustizia ha finora interpretato in modo restrittivo la sussistenza dei presupposti genericamente previsti dal proprio regolamento di procedura: né il rischio di perdite economiche, né il carattere economico o socialmente rilevante della causa principale integrano *ex se* l'urgenza straordinaria richiesta dalla norma[60]. Anche il numero rilevante

---

[56] CGUE, 8 luglio 2007, causa C-119/05, *Lucchini*, in *Racc.* p. I-6199 G. GRECO, *Illegittimità comunitaria e pari dignità degli ordinamenti*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 2008, 515 s., afferma che la disapplicazione dell'art. 2909 cod. civ. costituisce un risultato « umiliante quanto abnorme » atteso che il nostro regime dell'atto amministrativo è del tutto conforme ai principi comunitari dell'equivalenza e dell'effettività.

[57] CGUE, Sez. II, 3 settembre 2009, C-2/08, *Fallimento Olimpiclub S.r.l.*

[58] A mente del quale: "Su domanda del giudice del rinvio o, in via eccezionale, d'ufficio, quando la natura della causa richiede un suo rapido trattamento, il presidente della Corte, sentiti il giudice relatore e l'avvocato generale, può decidere di sottoporre un rinvio pregiudiziale a procedimento accelerato, in deroga alle disposizioni del presente regolamento".

[59] Ordinanza del Presidente della Corte di giustizia 1 ottobre 2010, *Affatato*, C-3/10, in *Racc.* 2010 I-121, su rinvio del Tribunale di Rossano: "Il giudice del rinvio, ritenendo che dette questioni richiedessero una risposta urgente da parte della Corte in considerazione, in particolare, del fatto che il diritto del lavoro mal si concilia con tempi lunghi di giudizio e della circostanza che un gran numero di controversie identiche sono pendenti dinanzi ai giudici nazionali, ha chiesto alla Corte di sottoporre questo rinvio pregiudiziale a procedimento accelerato, in applicazione dell'art. 104 bis, primo comma, del regolamento di procedura. (…) Il presidente della Corte ha respinto tale richiesta con ordinanza 16 marzo 2010, ritenendo non soddisfatte le condizioni previste da detto art. 104 bis, primo comma" (oggi art. 105 del nuovo regolamento di procedura della Corte di Giustizia). Riporta la stessa motivazione anche l'ordinanza del Presidente della Corte di giustizia 16 marzo 2010, *Vino*, C-20/10, in *Racc.* 2010 I-148, su rinvio del Tribunale di Trani.

[60] Ordinanze del Presidente della Corte 18 marzo 2005, causa C-11/05, *Friesland Coberco Dairy Foods*, punti 11 e 12; 23 gennaio 2007, causa C-467/06, *Consel Gi. Emme*, punto 8; 3 luglio 2008, causa C 201/08, *Plantanol*, punto 9, e 4 dicembre 2008, causa C-384/08, *Attanasio Group*, punto 11. Ordinanze del Presidente della Corte 24 settembre 2004, causa C-

di persone o situazioni giuridiche potenzialmente interessate dalla decisione che il giudice del rinvio dovrà adottare dopo aver adito la Corte in via pregiudiziale non può costituire, come tale, una circostanza eccezionale tale da giustificare il ricorso ad un procedimento accelerato[61].

Anche le richiamate Raccomandazioni della Corte di giustizia ai giudici nazionali, relative alla presentazione di domande di pronuncia pregiudiziale invitano ad un ricorso parsimonioso all'istituto, atteso che tale procedimento "impone vincoli rilevanti a tutti i partecipanti al medesimo e, in particolare, al complesso degli Stati membri invitati a presentare osservazioni, scritte o orali, in termini molto più brevi di quelli ordinari", sicché la sua applicazione dev'essere richiesta "solo in circostanze particolari, che giustifichino una rapida pronuncia della Corte sulle questioni proposte"[62].

Proprio perché le informazioni fornite nelle decisioni di rinvio pregiudiziale devono consentire ai governi degli Stati membri nonché alle altre parti interessate di presentare osservazioni ai sensi dell'art. 20 dello Statuto, la Corte deve provvedere affinché tale possibilità sia salvaguardata, tenuto conto del fatto che, a norma della disposizione citata, alle parti interessate vengono notificate solo le decisioni di rinvio. Quindi, è indispensabile che il giudice nazionale che solleva la questione fornisca un minimo di spiegazioni sulle ragioni della scelta delle norme [dell'UE] di cui chiede l'interpretazione e sul rapporto che egli ritiene esista fra tali disposizioni e la normativa nazionale applicabile alla controversia.

Nel caso di specie, il giudice rimettente ha proposto e motivato la soluzione giuridica da fornire alle questioni pregiudiziali sollevate e si è espresso anche sulle ragioni della scelta delle disposizioni del diritto dell'Unione Europea di cui ha chiesto l'interpretazione e sul rapporto ritenuto sussistente fra tali disposizioni e la normativa nazionale applicabile alla controversia.

Debole pare invece l'apparato motivazionale riguardo alle ragioni d'urgenza addotte a sostegno della richiesta del rito speciale, che discenderebbero da precedenti pronunce della Corte di giustizia. Se è vero che tali pronunce sono accomunate da una lettura "sostanziale" di alcuni istituti rilevanti in materia di contratti pubblici, è altresì vero che non si può desumere dalle stesse un principio di diritto che imponga *ipso jure* l'interpretazione suggerita dal richiedente. La vicenda controversa richiede peraltro una motivazione "rafforzata" sulla rilevanza della questione pregiudiziale, dovendo superare il giudicato del Consiglio di Stato, che si è espresso ritenendo integrata in maniera "plateale" una causa tassativa di

344/04, *IATA e ELFAA*, punto 9; 15 novembre 2005, causa C-341/05, *Laval un Partneri*, punti 8 10; 8 novembre 2007, causa C-456/07, *Mihal*, punto 8, e 19 ottobre 2009, causa C-310/09, *Accor*, punto 10.

[61] Ordinanze del Presidente della Corte 21 settembre 2006, cause riunite C-283/06 e C-312/06, *KÖGAZ e a.*, punto 9; *Plantanol*, cit., punto 10; 3 dicembre 2008, cause riunite C-403/08 e C-429/08, *Football Association Premier League e a. e Murphy*, punto 9, nonché 23 ottobre 2009, causa C-240/09, *Lesoochranárske zoskupenie*, punto 11.

[62] "Raccomandazioni all'attenzione dei giudici nazionali, relative alla presentazione di domande di pronuncia pregiudiziale" (2019/C 380/01), cit., punti 33 ss.

esclusione, senza sollevare alcun dubbio sulla conformità di tale conseguenza rispetto alla fonte normativa dell'UE.

È noto del resto che il sindacato della Corte di Giustizia è anche di tipo fattuale, ripetendo essa la delibazione già effettuata dai giudici amministrativi nazionali e valutando il comportamento complessivo dell'Amministrazione: si pensi alla asserita contrarietà al diritto dell'Unione europea di un atto amministrativo precedente ravvisata nel corso di una procedura di gara, con riferimento al quale la Corte di Giustizia ha esaminato la clausola all'origine della controversia e la relativa pubblicazione, le riserve in ordine alla legittimità della clausola comunicate dalla ricorrente all'autorità aggiudicatrice, la reazione di quest'ultima rinviando l'apertura delle offerte e richiedendo alle imprese interessate di trasmettere una documentazione completa[63].

Se la Corte deve dunque effettuare una ricostruzione della vicenda fattuale, nel caso prospettato, vertente sull'interpretazione della clausole di esclusione dalla gara e sull'ambito consentito dell'integrazione documentale, la stessa Corte dovrebbe essere chiamata a valutare il contenuto del disciplinare di gara, la documentazione presentata dall'impresa ricorrente, le successive dichiarazioni riguardanti il direttore tecnico, al fine di comprendere se dalla vicenda complessiva derivi una correzione formale o una integrazione sostanziale dei documenti presentati entro il termine decadenziale. Tale delibazione fattuale dovrebbe poi essere rapportata al giudizio in diritto, comportando la valutazione in ordine al corretto, o meno, recepimento della disciplina sovranazionale ad opera del diritto interno, nella sua applicazione al caso controverso.

Proprio perché le precedenti pronunce della Corte di Giustizia invocate dal rimettente non consentono un'immediata soluzione della questione interpretativa, la rimessione non pare consentire l'accesso al rito accelerato, in difetto di una motivazione rafforzata sulle invocate ragioni d'urgenza, specie a fronte di un giudicato contrario del Consiglio di Stato, giudice di ultima istanza.

Ed invece la Corte di Giustizia ha ritenuto ammissibile il rinvio pregiudiziale, ricordando che una norma di diritto nazionale, ai sensi della quale gli organi giurisdizionali non di ultima istanza siano vincolati da valutazioni formulate dall'organo giurisdizionale superiore, non può privare detti primi organi giurisdizionali della facoltà di sottoporle questioni relative all'interpretazione del diritto dell'Unione, relative a dette valutazioni[64]. La Corte ha infatti considerato che il giudice che non decide in ultima istanza dev'essere libero, se esso ritiene che la valutazione in diritto formulata dal giudice di grado superiore possa condurlo ad emettere un giudizio contrario al diritto dell'Unione, di sottoporre alla Corte le

[63] Conclusioni dell'Avvocato Generale Siegbert Alber presentate il 7 febbraio 2002, Causa C-327/00, *Santex SpA c.Unità Socio Sanitaria Locale n. 42 di Pavia*, par. 101.

[64] CGUE, Sez. X, causa C-42/13, Cartiera dell'Adda SpA contro CEM Ambiente SpA, sentenza 6 novembre 2014, punto 27.

questioni con cui deve confrontarsi[65]. Ne consegue che la sentenza del Consiglio di Stato, quand'anche abbia l'autorità di cosa giudicata secondo il diritto nazionale, non può impedire al giudice del rinvio di deferire alla Corte questioni pregiudiziali, se questi ritiene che tale sentenza possa essere contraria al diritto dell'Unione[66].

7.2. I dubbi delle singole sezioni verso la nomofilachia dell'Adunanza Plenaria e la conformità al diritto UE del principio di diritto

In altro caso il Consiglio di Giustizia amministrativa della Regione Sicilia ha rimesso alla Corte di giustizia la questione pregiudiziale se, limitatamente alle questioni suscettibili di essere decise mediante l'applicazione del diritto dell'Unione europea, osti con l'interpretazione di detto diritto e, segnatamente con l'art. 267 TFUE, l'art. 99, comma 3, c.p.a., laddove stabilisce la vincolatività, per tutte le Sezione e i Collegi del Consiglio di Stato, di ogni principio di diritto enunciato dall'Adunanza Plenaria, nei casi in cui questi, investiti della trattazione della causa, dubitino della conformità o compatibilità con il diritto dell'Unione europea di un principio di diritto già enunciato dall'Adunanza plenaria e pertanto siano tenuti a rimettere a quest'ultima, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso, in ipotesi ancor prima di poter effettuare un rinvio pregiudiziale alla CGUE per la corretta interpretazione del diritto controverso, ovvero se invece la Sezione o il Collegio del Consiglio di Stato possano, o piuttosto debbano, in quanto giudici nazionali di ultima istanza, sollevare autonomamente, una questione pregiudiziale alla CGUE per la corretta interpretazione del diritto dell'Unione Europea[67].

La Corte di Giustizia è stata anche investita della questione pregiudiziale se, qualora ogni Sezione e Collegio del Consiglio di Stato possa sollevare direttamente questioni pregiudiziali davanti alla CGUE ovvero, in ogni caso in cui la CGUE si sia comunque espressa, viepiù se successivamente all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, affermando la sussistenza di una difformità, o di una non completa conformità, tra la corretta interpretazione del diritto dell'Unione europea e il principio di diritto interno enunciato dall'Adunanza plenaria - ogni Sezione e ogni Collegio del Consiglio di Stato, quali giudici comuni di ultima istanza del diritto dell'Unione europea possano o debbano dare immediata applicazione alla corretta interpretazione del diritto dell'Unione europea per come interpretato dalla CGUE o se,

[65] CGUE, Sez. X, causa C-42/13, cit. e ivi richiami alle sentenze *Elchinov*, C-173/09, EU:C:2010:581, punti 25 e 27, nonché Interedil, C-396/09, EU:C:2011:671, punto 35.

[66] [66] CGUE, Sez. X, causa C-42/13, cit., punto 28.

[67] Cons. giust. amm. Sic., Sez. giur., ord. 17 ottobre 2013 n. 848, con nota di P. QUINTO, *La nomofilachia della CGUE e dell'Adunanza Plenaria: collaborazione o concorrenza?*, in *Urb. e app.*, 2014, 328 ss. Cfr. anche A. CALDARERA, *Il principio dello* stare decisis *e la funzione nomofilatica dell'adunanza plenaria del Consiglio di stato al vaglio della Corte di giustizia dell'Unione Europea*, in *Judicium.it*. 2015, 1 ss.; C. SCHEPISI, *Consiglio di Stato, "giudicato interno" e rinvio pregiudiziale: ancora sui rapporti tra sezioni e adunanza plenaria*, in *dirittounioneeuropea.ec*, 2017, 1 ss.; E. ANDREIS, *La nomofilachia del giudice amministrativo tra Italia e Spagna: il paradigma dell'"interesse alla formazione della giurisprudenza"*, in *Federalismi*, n. 9/2019.

invece, anche in tali casi siano tenuti a rimettere, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso all'Adunanza plenaria, con l'effetto di demandare all'esclusiva valutazione di quest'ultima, e alla sua discrezionalità giurisdizionale, l'applicazione del diritto dell'Unione europea, già vincolativamente dichiarato dalla CGUE.

Infine è stata rimessa alla Corte di Giustizia la questione pregiudiziale concernente la compatibilità con il diritto dell'Unione europea di un sistema processuale che rimanda all'esclusiva valutazione della Adunanza Plenaria l'eventuale decisione in ordine ad un rinvio pregiudiziale, risultando più difficoltosa la corretta applicazione dei principi di ragionevole durata del giudizio e di rapida proposizione di un ricorso in materia di appalti, riguardo l'esigenza che il diritto dell'Unione Europea riceva attuazione immediata da ogni giudice di ciascuno Stato membro, in maniera conforme alla interpretazione stabilita dalla CGUE, anche ai fini della massima estensione dei principi del c.d. "effetto utile" e del primato del diritto dell'Unione Europea sul diritto sostanziale e processuale interno del singolo Stato membro.

La Corte di Giustizia ha censurato le disposizioni di diritto nazionale che, relativamente a una questione vertente sull'interpretazione o sulla validità del diritto dell'Unione, impongano a una sezione di un organo giurisdizionale di ultima istanza, qualora non condivida l'orientamento definito da una decisione dell'adunanza plenaria di tale organo giurisdizionale, a rinviare la questione all'adunanza plenaria, senza poter adire la Corte di Giustizia ai fini di una pronuncia in via pregiudiziale[68].

Il rinvio pregiudiziale è stato infine disposto dalla singola sezione del Consiglio di Stato dopo aver investito l'Adunanza plenaria su un punto di diritto ed aver riassunto la causa per la successiva definizione della controversia[69]. Invero la Corte di Giustizia si era già pronunciata sui rapporti tra le sezioni del Consiglio di Stato e l'Adunanza plenaria e sulla possibilità per le prime di disporre un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia nonostante il vincolo, *ex* art. 99 cod proc. amm., di rispettare le statuizioni espresse sui medesimi profili dalla seconda[70]. Il Consiglio di Stato si interrogava «se la Sezione o il Collegio del Consiglio di Stato […] laddove dubitino della conformità o compatibilità con il diritto dell'Unione europea di un principio di diritto già enunciato dall'adunanza plenaria, siano tenuti a rimettere a quest'ultima, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso, […] ovvero […] possano, o piuttosto debbano, in quanto giudici nazionali di ultima istanza, sollevare autonomamente, quali giudici comuni del diritto dell'Unione europea, una questione pregiudiziale» (corsivo aggiunto). La Corte di giustizia si era recisamente espressa nel senso della contrarietà di una disposizione nazionale che impedisca a un organo

[68] CGUE (Grande Sezione) 5 aprile 2016 causa C-689/13, *Puligienica Facility Esco SpA (PFE) contro Airgest SpA*.
[69] Cons. Stato, Sez. VI, ord. 17 gennaio 2017, n. 167.
[70] CGUE, causa C-689/13, *Puligienica*, sentenza 5 aprile 2016, cit. A commento, M. MORETTI, *Continua il dialogo tra Corte di giustizia e giudice amministrativo sul rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale nel contenzioso appalti. Nota a Corte di giustizia, 5 aprile 2016, C-689/13, Puligienica c. Airgest*, in *Osservatorio cost.*, n. 3/2016.

giurisdizionale di ultima istanza nazionale di effettuare un rinvio pregiudiziale e lo obblighi invece a rimettere la questione all'Adunanza plenaria di tale organo[71].

Nel caso oggetto dell'ordinanza di rinvio della singola sezione, l'Adunanza plenaria era intervenuta nell'ambito del medesimo giudizio, sicché la sua statuizione assumeva forza di "giudicato interno" ai fini della soluzione della controversia. L'ordinanza di rinvio non approfondisce la questione della legittimazione a disporre il rinvio, assumendo per scontata la possibilità di discostarsi dal principio di diritto enunciato dall'Adunanza Plenaria qualora sul punto si riveli necessario, per il giudice, rivolgersi alla Corte di giustizia.

È prevedibile che la Corte di Giustizia, nel conclamato *favor* ad ammettere rinvii pregiudiziali anche laddove ostacolati da preclusioni processuali nazionali, possa ammettere la rimessione disposta dalla singola Sezione, pur dopo la pronuncia della Plenaria, allorché residuino dubbi di compatibilità con il diritto dell'Unione europea.

7.3. Rinvio della Corte di Cassazione per sindacare il giudicato del Consiglio di Stato ritenuto contrastante con il diritto UE. Inammissibile *vis expansiva*

Da ultimo le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno disposto rinvio pregiudiziale sulla esatta portata da riconoscere all'art. 111 comma 8 Cost., che prevede il potere delle stesse Sezioni Unite di sindacare le sentenze rese dal Consiglio di Stato, per i soli motivi inerenti alla giurisdizione.

Sulla medesima questione si era pronunciata nel 2018 la Corte costituzionale la quale sembrava aver posto fine ad un dibattito sugli esatti confini del suddetto potere. Tuttavia la Corte di Cassazione a Sezioni Unite decide di interpellare sul punto la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, affinché questa intervenga in merito alla possibilità per le Sezioni Unite di utilizzare il potere attribuito loro dall'art. 111 Cost., al fine di impedire la formazione di un giudicato in contrasto col diritto dell'Unione tutte le volte in cui il Consiglio di Stato decide in violazione di principi del diritto dell'Unione europea.

Nel corso degli anni le Sezioni Unite hanno ampliato il proprio sindacato, enfatizzando la nozione di diniego di giurisdizione, alla quale sarebbero riconducibili i casi in cui il giudice amministrativo si rifiuterebbe in concreto di esercitare una giurisdizione allo stesso attribuita. Il diniego di giurisdizione sarebbe avverato, in tale accezione, ove il giudice amministrativo non esamini controversie assegnate, ad esempio accogliendo eccezioni di rito *in limine litis*[72].

---

[71] C. SCHEPISI, *Consiglio di Stato, 'giudicato interno' e rinvio pregiudiziale: ancora sui rapporti tra sezioni e adunanza plenaria*, in *Osservatorio europeo*, 31 maggio 2017.

[72] C.E. GALLO, *Il controllo della Cassazione sul rifiuto di giurisdizione del Consiglio di Stato*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2017; in precedenza P. PATRITO, *I "Motivi inerenti alla giurisdizione" nell'impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato*, Napoli, 2016; M.V. FERRONI, *Il ricorso in Cassazione avverso le sentenze del Consiglio di Stato*, Padova, 2005.

La materia che ha originato il contrasto riguarda l'esclusione degli operatori economici dalle procedure di affidamento di contratti pubblici e il loro difetto di legittimazione a impugnare il provvedimento di aggiudicazione. Secondo la Cassazione tale impostazione si risolverebbe in una lesione del principio di effettività della tutela giurisdizionale, e ciò in quanto la clausola "motivi inerenti alla giurisdizione" dell'art. 111 c. 8 Cost. considerando "*che è norma sulla giurisdizione non solo quella che individua i presupposti dell'attribuzione del potere giurisdizionale, ma anche quella che dà contenuto a quel potere stabilendo le forme di tutela attraverso le quali esso si estrinseca. Rientra pertanto nello schema logico del sindacato per motivi inerenti alla giurisdizione l'operazione che consiste nell'interpretare la norma attributiva di tutela, onde verificare se il giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 111 Cost., comma 8, la eroghi concretamente*"[73].

La stessa Cassazione aveva sollevato questione di legittimità costituzionale[74] ritenendo che, in sede di impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato, il controllo dei limiti esterni della giurisdizione non includesse il sindacato sulle scelte interpretative del giudice amministrativo, suscettibili di comportare meri errori *in iudicando* o *in procedendo*, "*salvo i casi di radicale stravolgimento delle norme di riferimento (nazionali o dell'Unione) tali da ridondare in denegata giustizia, ed in particolare, salvo il caso, tra questi, di errore "in procedendo" costituito dall'applicazione di regola processuale interna incidente nel senso di negare alla parte l'accesso alla tutela giurisdizionale nell'ampiezza riconosciuta da pertinenti disposizioni normative dell'Unione Europea, direttamente applicabili, secondo l'interpretazione elaborata dalla Corte di giustizia*"[75].

La Corte Costituzionale ha ritenuto inammissibile la questione di legittimità costituzionale sollevata dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione nell'ambito di un giudizio ex art. 111, comma 8, Cost., in cui ci si duole della interpretazione accolta dal Consiglio di Stato di una norma processuale o sostanziale che impedisce

la piena conoscibilità nel merito di una domanda giudiziaria, "*non rientrando siffatta censura nell'ambito del sindacato sui limiti esterni della giurisdizione; ciò in quanto tra i vizi denunciabili con il predetto rimedio sono ricomprese*

[73] Cass. Sez. Un. Civ., ord. 18 settembre 2020, n. 19598, con riferimento alla quale sono ormai abbondanti i commenti: G. TROPEA, *l Golem europeo e i «motivi inerenti alla giurisdizione» (Nota a Cass., Sez. un., ord. 18 settembre 2020, n. 19598)*, in *Giustiziainsieme*, 7 ottobre 2020; A. TRAVI, *La Cassazione sottopone alla Corte di giustizia il modello italiano di giustizia amministrativa*, in *Foronews (Foro It.)*, 12 ottobre 2020; A. CARRATTA-G. COSTANTINO, G. RUFFINI, *Limiti esterni e giurisdizione: il contrasto fra Sezioni Unite e Corte Costituzionale arriva alla Corte UE. Note a prima lettura di Cass. SS.UU. 18 settembre 2020, n. 19598*, in *Questione Giustizia*, 19 ottobre 2020; B. CARAVITA, *Postilla* a S. Barbareschi, L.A. Caruso, *La recente giurisprudenza costituzionale e la Corte di Cassazione «fuori contesto»: considerazioni a prima lettura di ord. Cass. SS.UU. 18 settembre 2020, n. 195982*, in *Federalismi,* 4 novembre 2020; F. FRANCARIO, *Quel pasticciaccio brutto di piazza Cavour, piazza del Quirinale e piazza Capodiferro (la questione di giurisdizione)*, in *Giustiziainsieme*, 11 novembre 2020; ID., *'Quel pasticciaccio' della questione di giurisdizione*, in *Federalismi*, 16 dicembre 2020; B. NASCIMBENE-P. PIVA, *Il rinvio della Corte di Cassazione alla Corte di giustizia: violazioni gravi e manifeste del diritto dell'Unione europea?*, in *Giustiziainsieme*, 24 novembre 2020; M.A. SANDULLI, *Guida alla lettura dell'ordinanza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione n. 19598 del 2020*, in *Giustiziainsieme*, 30 novembre 2020. Cfr. inoltre gli atti del convegno "Limiti esterni di giurisdizione e rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE (a proposito di Cass. S. U. n. 19598 del 2018)", Università Roma Tre, 6 novembre 2020, in *Giustiziainsieme.it*.

[74] Cass. Sez Un. Civ., ord. 8 aprile 2016, n. 6981.

[75] Cass. Sez. Un. Civ., sentenza 29 dicembre 2017, n. 31226.

le sole ipotesi di difetto assoluto ovvero di difetto relativo di giurisdizione mentre non sono tali le questioni attinenti al rispetto dei principi di primazia del diritto comunitario, di effettività della tutela, del giusto processo e dell'unità funzionale della giurisdizione, né il sindacato sugli errores in procedendo *o* in iudicando"[76].

Anche l'asserita violazione del diritto dell'Unione europea non integrerebbe l'ipotesi di mancato esercizio del potere giurisdizionale, fermo essendo il limite costituzionale che consente di sindacare le sentenze del Consiglio di Stato per i soli motivi inerenti alla giurisdizione.

Le SS.UU. della Cassazione hanno quindi deciso di disporre il rinvio pregiudiziale alla CGUE, chiedendo di stabilire se la prassi formatasi in Italia dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 6 del 2018, cit. laddove essa precluda, nelle materie oggetto di normativa comunitaria, come in materia di appalti, alla Cassazione di porre rimedio ad una violazione del diritto sovranazionale, sia conforme o meno allo stesso diritto UE[77].

La decisione della Corte Costituzionale è contestata laddove preclude alla Corte di Cassazione di sindacare le sentenze del Consiglio di Stato che violino il diritto comunitario, dando luogo a giudicati contrastanti con il diritto UE. Si chiede, quindi, alla Corte di Giustizia di stabilire se quell'orientamento, dal momento che consente il consolidarsi di una violazione di diritto UE, contrasti con la primazia del diritto sovranazionale, risolvendosi in una sua violazione, tenuto conto dei limiti alla "autonomia processuale" degli Stati membri.

La Cassazione chiede inoltre alla Corte di Giustizia di censurare il mancato rinvio pregiudiziale da parte del Consiglio di Stato, anche alla luce dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, non risulti pregiudicato dalla prassi giurisprudenziale nazionale per la quale il ricorso alle SU per i "motivi inerenti alla giurisdizione" non risulta utilizzabile come mezzo di impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato che, decidendo su questioni rientranti nella competenza del diritto dell'Unione – come nel caso di specie la materia appalti – omettano immotivatamente di effettuare il rinvio pregiudiziale alla CG, anche in assenza delle condizioni, di stretta interpretazione, da quest'ultima tassativamente indicate che esonerano il giudice nazionale dal suddetto obbligo. Dunque le SSUU chiedono se tale prassi non si ponga *in contrasto con il principio secondo cui sono incompatibili con il diritto dell'Unione le normative o prassi*

[76] Corte cost., sentenza 24 gennaio 2018, n. 6.

[77] L'oggetto della rimessione pare vanificare il Memorandum sottoscritto il 15 maggio 2017 dai vertici delle giurisdizioni superiori, al fine di garantire "cooperazione istituzionale e certezza delle regole, nel rispetto dell'indipendenza di ciascuna magistratura". Sul Memorandum, *ex multis*, cfr. B. CARAVITA, *Nota di presentazione al Memorandum sul dialogo tra le giurisdizioni*, in *Federalismi*, n. 11/2017; G. SEVERINI, *Il dialogo tra le giurisdizioni superiori ordinaria ed amministrativa in Italia*, in *Federalismi*, n.14/2017; F. PATRONI GRIFFI, *Per un "dialogo tra le corti" al servizio del cittadino e non di giudici e giuristi*, in *Foro it.*,V/2018, c. 96; S. CASSESE, L. TORCHIA, *La Costituzione dei diritti e la Costituzione delle prerogative*, in *Memorandum sulle tre giurisdizioni superiori*, in *Foro it.*, V/2018, c. 104 ss.; A. TRAVI, *Rapporti fra le giurisdizioni e interpretazione della Costituzione: osservazioni sul Memorandum dei presidenti delle tre giurisdizioni superiori*, *ibidem*, c. 109; A. PAJNO, *Un Memorandum virtuoso*, *ibidem*, c. 122.

processuali nazionali, seppure di fonte legislativa o costituzionale, che prevedano una privazione, anche temporanea, della libertà del giudice nazionale (di ultimo grado e non) di effettuare il rinvio pregiudiziale, con l'effetto di usurpare la competenza esclusiva della Corte di giustizia nella corretta e vincolante interpretazione del diritto comunitario, di rendere irrimediabile (e favorire il consolidamento del)1 'eventuale contrasto interpretativo tra il diritto applicato dal giudice nazionale e il diritto dell'Unione e di pregiudicare la uniforme applicazione e la effettività della tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche soggettive derivanti dal diritto dell'Unione".

Le questioni poste involgono profili di doppia pregiudizialità (costituzionale e europea), sui quali si tornerà a breve e un'analisi sui limiti della "autonomia processuale" degli Stati membri che, tuttavia, nel caso di specie non trova sede in una fonte primaria di conformazione degli istituti di rito, ma direttamente nella Costituzione. Non potendo tuttavia utilizzare il rinvio pregiudiziale in via diretta per richiedere alla Corte di Giustizia l'interpretazione di un articolo della Costituzione di chiara formulazione, la tecnica di formulazione del rinvio assume come parametro la "prassi" instauratasi dopo la sentenza della Corte costituzionale, di inammissibilità della questione, che avrebbe quindi lasciato aperte le questioni di rilevanza sovranazionale.

8. Il parametro di pregiudizialità "conteso" tra Corte di Giustizia UE e Corte costituzionale. Assimilazioni forzate. La nuova frontiera: rinvio pregiudiziale per "modificare" la Costituzione in via interpretativa?

Sulla c.d. "doppia pregiudizialità", costituzionale e europea, esiste ampia letteratura[78].

È interessante tuttavia esaminare la diversa lettura data dalla Corte costituzionale e dalla Corte di Giustizia UE sulla primazia, cronologica e di competenza, rivendicata dalle due Corti nel fornire la risposta alla questione giuridica formulata dal Consiglio di Stato.

Sul punto si può richiamare la rimessione del giudice amministrativo di ultima istanza alla Corte di Giustizia[79] sull'interpretazione degli artt. 26 (mercato interno), 49 (diritto di stabilimento), 56 (libertà di prestazione dei servizi), 63 (libertà di circolazione dei capitali), sullo stesso art. 267 (pregiudiziale comunitaria) TFUE, dell'articolo 16 (libertà d'impresa) della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE), nonché del principio generale della tutela del legittimo affidamento. La domanda di pronuncia pregiudiziale era stata posta nell'ambito di una controversia in merito alla determinazione dei

[78] Con specifico riferimento alla giustizia amministrativa, S. FOÀ, *Giustizia amministrativa e pregiudizialità costituzionale, comunitaria e internazionale*, cit., 243 ss. Da ultimo, A. CARDONE, *Dalla doppia pregiudizialità al parametro di costituzionalità: il nuovo ruolo della giustizia costituzionale accentrata nel contesto dell'integrazione europea*, in *Consulta on line*, 13 marzo 2020; G. AMOROSO, *La doppia pregiudizialità – costituzionale ed europea – nel quadro della giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte di giustizia*, in *Foro it.*, 2020, V, cc. 265 ss.

[79] Cons. Stato, Sez. IV, ordinanza 4 febbraio 2016, n. 2334.

requisiti per la gestione telematica del gioco lecito mediante apparecchi da divertimento e intrattenimento, nonché al bando di gara per l'affidamento in concessione della realizzazione e conduzione della rete per la gestione telematica del gioco lecito; e sul rapporto concessorio modificato per effetto di una successiva previsione legislativa restrittiva per lo svolgimento dell'attività dei concessionari.

Il Consiglio di Stato, prima del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea, aveva sollevato questione di legittimità costituzionale delle disposizioni di legge nazionale sopraggiunte in materia, per asserita violazione degli artt. 3, 41, primo comma, e 42, terzo comma, della Costituzione.

Il Consiglio di Stato aveva sostanzialmente individuato nelle invocate disposizioni costituzionali il parametro di legittimità delle fonti normative censurate, ritenendo le stesse disposizioni costituzionali corrispondenti al contenuto normativo di cui agli artt. 26, 49, 56 e 63 TFUE e all'art. 16 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE. La Corte costituzionale aveva rigettato la questione, ovviamente con riferimento al parametro di costituzionalità invocato dal giudice *a quo*, ritenendo le disposizioni censurate conformi ai principi della certezza del diritto e della tutela del legittimo affidamento[80].

Ora, nella parte di interesse, il Consiglio di Stato ha nuovamente utilizzato il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia per ottenere chiarimenti sull'obbligo di ricorrere al medesimo istituto, questa volta allorquando i "parametri normativi" da interpretare siano stati già scrutinati dal giudice costituzionale. Il quesito specifico è stato così formulato: «Se l'art. 267, par. 3, del Trattato FUE possa essere interpretato nel senso che non sussiste l'obbligo incondizionato del giudice di ultima istanza di rinvio pregiudiziale di una questione di interpretazione del diritto europeo qualora, nel corso del medesimo giudizio, la Corte costituzionale abbia valutato la legittimità costituzionale della disciplina nazionale, nella sostanza, utilizzando gli stessi parametri normativi di cui si chiede l'interpretazione alla Corte di giustizia, ancorché formalmente diversi perché rivenienti in norme della Costituzione e non dei Trattati europei».

La Corte di giustizia ha ritenuto sussistente l'obbligo di rinvio pregiudiziale, posto che «l'articolo 267, par. 3, TFUE deve 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»[81].

Secondo la Corte di giustizia "il giudice nazionale investito di una controversia concernente il diritto dell'Unione, il quale ritenga che una norma nazionale sia non soltanto contraria a tale diritto, ma anche

[80] Corte cost., sentenza n. 56 del 2015.
[81] CGUE, causa C-322/16, *Global Starned Ltd*, sentenza 20 dicembre 2017.

inficiata da vizi di costituzionalità, non è privato della facoltà o dispensato dall'obbligo, previsti dall'articolo 267 TFUE, di sottoporre alla Corte questioni relative all'interpretazione o alla validità del diritto dell'Unione per il fatto che la constatazione dell'incostituzionalità di una norma di diritto nazionale è subordinata ad un ricorso obbligatorio dinanzi ad una corte costituzionale. Infatti, l'efficacia del diritto dell'Unione rischierebbe di essere compromessa se l'esistenza di un ricorso obbligatorio dinanzi ad una Corte costituzionale potesse impedire al giudice nazionale, investito di una controversia disciplinata dal suddetto diritto, di esercitare la facoltà, attribuitagli dall'articolo 267 TFUE, di sottoporre alla Corte le questioni vertenti sull'interpretazione o sulla validità del diritto dell'Unione, al fine di permettergli di stabilire se una norma nazionale sia compatibile o no con quest'ultimo"[82].

Il giudice nazionale deve quindi essere libero di sottoporre alla Corte di Giustizia, in qualsiasi fase del procedimento che reputi appropriata, ed anche al termine di un procedimento incidentale di controllo di costituzionalità, qualsiasi questione pregiudiziale che esso consideri necessaria.

Per tali ragioni l'efficacia del diritto dell'Unione rischierebbe di essere compromessa e l'effetto utile dell'articolo 267 TFUE risulterebbe sminuito se, a motivo dell'esistenza di un procedimento di controllo di costituzionalità, al giudice nazionale fosse impedito di sottoporre questioni pregiudiziali alla Corte e di dare immediatamente al diritto dell'Unione un'applicazione conforme alla decisione o alla giurisprudenza della Corte[83].

Il punto centrale del ragionamento e la "avocazione" a sé della questione interpretativa è formulato nei termini che seguono: "Il fatto che la Corte costituzionale italiana si sia pronunciata sulla conformità delle disposizioni del diritto nazionale, costituenti anche l'oggetto della seconda questione pregiudiziale, alle disposizioni della Costituzione italiana che il giudice del rinvio considera, in sostanza, come le norme di riferimento corrispondenti e identiche agli articoli 26, 49, 56 e 63 TFUE e all'articolo 16 della Carta dei diritti fondamentali, non ha alcuna incidenza sull'obbligo, previsto dall'articolo 267 TFUE, di sottoporre alla Corte eventuali questioni riguardanti l'interpretazione del diritto dell'Unione»[84].

Secondo tale lettura, il procedimento di legittimità costituzionale dinanzi alle Corti costituzionali nazionali non produce quindi alcun effetto preclusivo rispetto all'obbligo del rinvio pregiudiziale gravante sui

[82] CGUE, causa C-322/16, cit. punto 21 e richiami alla sentenza del 4 giugno 2015, *Kernkraftwerke Lippe-Ems*, C5/14, EU:C:2015:354, punto 34 e la giurisprudenza ivi citata.
[83] CGUE, causa C-322/16, cit. punto 23 e richiami alla sentenza del 4 giugno 2015, *Kernkraftwerke Lippe-Ems*, cit., punto 36 e la giurisprudenza ivi citata.
[84] CGUE, causa C-322/16, cit. punto 25.

giudici nazionali di ultima istanza e di dare immediatamente al diritto dell'Unione un'applicazione conforme alla decisione o alla giurisprudenza della Corte[85].

Diverso l'atteggiamento del giudice costituzionale[86] che, chiamato a pronunciarsi sulla legittimità delle previsioni normative aggiunte al corpo della legge n. 287 del 1990, sulla misura dei contributi dovuti all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, ha operato una distinzione in ragione dell'efficacia della fonte del diritto UE assunta a parametro di valutazione: ove la legge interna collida con una norma dell'Unione europea, il giudice (fallito il tentativo di interpretazione conforme) è tenuto ad applicare direttamente la disposizione dell'Unione europea dotata di effetti diretti, soddisfacendo, ad un tempo, il primato del diritto dell'Unione e il principio di soggezione del giudice soltanto alla legge (art. 101 Cost.), dovendosi per tale intendere la disciplina del diritto che lo stesso sistema costituzionale gli impone di osservare ed applicare. Quando, invece, una disposizione di diritto interno diverge da norme dell'Unione europea prive di effetti diretti, occorre sollevare una questione di legittimità costituzionale, riservata alla esclusiva competenza della Corte costituzionale, senza delibare preventivamente i profili di compatibilità con il diritto europeo, spettando, in tali ipotesi, alla Corte costituzionale giudicare la legge, anche in riferimento ai parametri europei.

Ove la legge sia oggetto di dubbi di legittimità riferiti sia ai diritti protetti dalla Costituzione italiana sia a quelli garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'UE, deve essere sollevata la questione di legittimità costituzionale, «fatto salvo il ricorso al rinvio pregiudiziale per le questioni di interpretazione o di invalidità del diritto dell'Unione, ai sensi dell'art. 267 del TFUE».

I principi e i diritti enunciati nella Carta "intersecano in larga misura i principi e i diritti garantiti dalla Costituzione italiana (e dalle altre Costituzioni nazionali degli Stati membri)": allorquando la violazione di un diritto della persona infranga sia le garanzie presidiate dalla Costituzione italiana, sia quelle codificate dalla Carta dei diritti dell'Unione, si rende necessario un intervento *erga omnes* della Corte costituzionale, anche in virtù del principio che situa il sindacato accentrato di costituzionalità delle leggi a fondamento dell'architettura costituzionale (art. 134 Cost.). La Corte ricorda che il proprio giudizio sarà espresso alla luce dei parametri interni ed eventualmente di quelli europei (*ex* artt. 11 e 117 Cost.), "secondo l'ordine di volta in volta appropriato", anche al fine di assicurare che i diritti garantiti dalla citata Carta dei diritti

[85] B. LAGEDER, *Il giudice nazionale tra rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea e rimessione alla Corte costituzionale, alla luce di due recenti sentenze della Corte costituzionale (sentenza 14 dicembre 2017, n. 269) e della Corte di giustizia dell'Unione europea (sentenza 20 dicembre 2017, causa C-322/16, Global Starned Ltd)*, in *Giustizia-amministrativa*, 25 luglio 2018.

[86] Corte cost., sentenza 14 dicembre 2017, n. 269. A commento, B. LAGEDER, op. e loc. cit., A. RUGGERI, *Svolta della Consulta sulle questioni di diritto eurounitario assiologicamente pregnanti, attratte nell'orbita del sindacato accentrato di costituzionalità, pur se riguardanti norme dell'Unione* self-executing (a margine di Corte cost. n. 269 del 2017), in *Rivista Diritti Comparati*, 3/2017; C. CARUSO, *La Corte costituzionale riprende il "cammino comunitario"*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2017; A. GUAZZAROTTI, *Un "atto interruttivo dell'usucapione" delle attribuzioni della Corte costituzionale? In margine alla sent. n. 269/2017*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2017.

siano interpretati in armonia con le tradizioni costituzionali, pure richiamate dall'art. 6 del Trattato sull'Unione europea e dall'art. 52, comma 4, della CDFUE come fonti rilevanti in tale ambito[87]. Il tutto, peraltro, in un quadro di costruttiva e leale cooperazione fra i diversi sistemi di garanzia, nel quale le Corti costituzionali sono chiamate a valorizzare il dialogo con la Corte di giustizia, affinché sia assicurata la massima salvaguardia dei diritti a livello sistemico (art. 53 della CDFUE). D'altra parte, la sopravvenienza delle garanzie approntate dalla CDFUE a quelle previste dalla Costituzione italiana può generare un concorso di rimedi giurisdizionali.

A tale proposito, di fronte a casi di "doppia pregiudizialità" (controversie che possono dare luogo a questioni di legittimità costituzionale e a questioni di compatibilità con il diritto dell'Unione) la stessa Corte di giustizia, come visto, ha affermato che il diritto dell'Unione «non osta» al carattere prioritario del giudizio di costituzionalità di competenza delle Corti costituzionali nazionali, purché i giudici ordinari restino liberi di sottoporre alla Corte di giustizia, «in qualunque fase del procedimento ritengano appropriata e finanche al termine del procedimento incidentale di controllo generale delle leggi, qualsiasi questione pregiudiziale a loro giudizio necessaria»; di «adottare qualsiasi misura necessaria per garantire la tutela giurisdizionale provvisoria dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione»; di disapplicare, al termine del giudizio incidentale di legittimità costituzionale, la disposizione legislativa nazionale in questione che abbia superato il vaglio di costituzionalità, ove, per altri profili, la ritengano contraria al diritto dell'Unione[88].

Come già da altri rilevato, la prospettiva del giudice delle leggi pare introdurre una sorta di sussidiarietà nel governo del rinvio pregiudiziale, ove la Corte di Giustizia è chiamata a intervenire solo in via sussidiaria rispetto alla Corte costituzionale, che resta il "giudice naturale" della tutela dei diritti della persona[89].

La Corte costituzionale è tornata sul tema delle questioni sottoponibili alla Corte di giustizia all'esito di una pronuncia di rigetto della questione di legittimità costituzionale: con la sentenza n. 20 del 2019, ha chiarito che «Resta fermo che i giudici comuni possono sottoporre alla Corte di giustizia dell'Unione europea, sulla medesima disciplina, qualsiasi questione pregiudiziale a loro avviso necessaria»[90].

---

[87] La nostra Corte costituzionale richiama l'orientamento analogo di "altre Corti costituzionali nazionali di antica tradizione": ad esempio Corte costituzionale austriaca, sentenza 14 marzo 2012.

[88] CGUE, Sez. V, sentenza 11 settembre 2014, causa C-112/13 *A contro B e altri*; CGUE, Grande sezione, sentenza 22 giugno 2010, cause C188/10, *Melki* e C-189/10, *Abdeli*.

[89] G. SCACCIA, *L'inversione della doppia pregiudiziale nella sentenza della Corte costituzionale n. 269/2017 presupposti teorici e problemi applicativi*, cit.: "Può dirsi, allora, che la sentenza in esame ha introdotto in tema di rinvio pregiudiziale una sorta di regola di sussidiarietà, collocando la Corte di giustizia, quanto alla tutela dei diritti, nella medesima posizione della Corte EDU, quale istanza di tutela ultima ed eventuale, alla quale giungere solo successivamente al pronunciamento della Corte costituzionale, giudice naturale in tema di diritti della persona".

[90] Corte cost., sentenza 21 febbraio 2019, n. 20, § 2.3. del *Considerato in diritto*.

La richiamata sentenza n. 20 del 2019 ha esteso il sindacato della Corte costituzionale al diritto derivato dell'Unione europea, purché questo interessi i diritti protetti dalla CDFUE, con un ulteriore effetto di accentramento della tutela delle posizioni giuridiche soggettive di origine sovranazionale presso la sola Corte costituzionale.

La complicazione è ancora aumentata con la sentenza n. 63 del 2019 che ha confermato «il potere del giudice comune di procedere egli stesso al rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia Ue, anche dopo il giudizio incidentale di legittimità costituzionale» oltre al potere dello stesso giudice, ricorrendone i presupposti, di «non applicare, nella fattispecie concreta sottoposta al suo esame, la disposizione nazionale in contrasto con i diritti sanciti dalla Carta», ma ha aggiunto: «laddove però sia stato lo stesso giudice comune a sollevare una questione di legittimità costituzionale che coinvolga anche le norme della Carta, questa Corte non potrà esimersi, eventualmente previo rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia Ue, dal fornire una risposta a tale questione con gli strumenti che le sono propri»[91]. La sentenza lascia quindi al giudice a quo la "scelta" sulla Corte da investire della questione.

In sintesi, la Corte costituzionale ha assecondato la transizione da un regime di precedenza necessaria del giudizio incidentale di costituzionalità a un regime di assenza di precedenze necessarie[92], minando la salvaguardia del controllo accentrato di costituzionalità affermata con l'*obiter dictum* della sentenza n. 269 del 2017, cit.

In questo quadro potrebbe astrattamente iscriversi anche il rinvio pregiudiziale sopra analizzato (*supra*, par. 7.3) con il quale la Corte di Cassazione, preso atto della sentenza della Corte costituzionale (n. 6 del 2018) in ordine ai limiti del proprio sindacato esperibile sulle pronunce del Consiglio di Stato, invoca una interpretazione della Corte di Giustizia che "superi" la prassi instauratasi dopo la stessa pronuncia del giudice delle leggi, al fine di poter compiere un sindacato nel merito del giudicato amministrativo, ove questo si riveli confliggente con il diritto dell'Unione europea. Pare tuttavia evidente che in tal modo il rinvio pregiudiziale viene utilizzato impropriamente per ottenere una interpretazione difforme dalla Costituzione, incidendo anzi sulla stessa portata precettiva della disposizione costituzionale. Si ritiene inammissibile una pronuncia della Corte di Giustizia che "interpreti" l'art. 111 Cost. oltre il suo dato letterale: non si tratterebbe più, in tal caso, di una lettura delle disposizioni processuali interne servente all'effettività del diritto UE, ma di uno scardinamento, incostituzionale, del sistema di giustizia

[91] Corte cost., sentenza 21 marzo 2019, n. 63, § 4.3. del *Considerato in diritto*. A commento delle richiamate sentenze della Corte cost. del 2019, cfr. A. COSENTINO, *Doppia pregiudizialità, ordine delle questioni, disordine delle idee*, in *Questione giustizia*, 6 febbraio 2020.

[92] In tali termini A. COSENTINO, loc. cit.

amministrativa, che offre *ex se* le garanzie per la eventuale attivazione del dialogo con la Corte di Giustizia, nel rispetto dei presupposti sopra esaminati[93].

La stessa Corte costituzionale ha lucidamente chiarito che l'intervento delle sezioni unite, in sede di controllo di giurisdizione, nemmeno può essere giustificato dalla violazione di norme dell'Unione o della CEDU, non essendo peraltro chiaro, nell'ordinanza di rimessione e nella stessa giurisprudenza ivi richiamata, se ciò valga sempre ovvero solo in presenza di una sentenza sopravvenuta della Corte di giustizia o della Corte di Strasburgo[94]. In ogni caso, ancora una volta, viene ricondotto al controllo di giurisdizione un motivo di illegittimità (sia pure particolarmente qualificata), motivo sulla cui estraneità all'istituto in esame non è il caso di tornare[95].

Non disconoscendo il consolidato orientamento della Corte di Giustizia, il problema si pone nell'ipotesi di sopravvenienza di una decisione contraria delle Corti sovranazionali, ma deve trovare la sua soluzione all'interno di ciascuna giurisdizione, eventualmente anche con un nuovo caso di revocazione di cui all'art. 395 cod. proc. civ., come la stessa Corte costituzionale ha auspicato con riferimento alle sentenze della Corte EDU[96]. Non dimenticando, peraltro, che la pronuncia della Corte costituzionale di interesse è di inammissibilità e non preclude un nuovo accesso al giudice costituzionale ove la questione sia diversamente formulata.

Diversamente opinando, si ammetterebbe un'interpretazione pregiudiziale della Corte di Giustizia UE a fronte di un atto chiaro, segnatamente una disposizione costituzionale, surrettiziamente invocando "una prassi" instauratasi dopo la pronuncia del giudice costituzionale come oggetto dello scrutinio sovranazionale.

[93] Non a caso Corte cost., sentenza n. 6 del 2018, cit., punto 12, richiama la precedente nota sentenza n. 204 del 2004 e, in particolare, la posizione assunta in Assemblea Costituente: "Nella stessa sentenza si è osservato come dai lavori dell'Assemblea Costituente emerga chiaramente che ciò comporta l'esclusione della «soggezione delle decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti al controllo di legittimità della Corte di cassazione» e la sua limitazione «al solo "eccesso di potere giudiziario", coerentemente alla "unità non organica, ma funzionale di giurisdizione, che non esclude, anzi implica, una divisione dei vari ordini di giudici in sistemi diversi, in sistemi autonomi, ognuno dei quali fa parte a sé" (così Mortati, seduta pomeridiana del 27 novembre 1947)».

[94] Corte cost., sentenza n. 6 del 2018, cit., punto 14.1.

[95] A. LAMORGESE, *Eccesso di potere giurisdizionale e sindacato della Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato*, in *Federalismi*, 3 gennaio 2018.

[96] Corte cost., sentenza n. 123 del 2017.

Sindacato pieno della discrezionalità tecnica e principio di effettività della tutela giurisdizionale: dialogo tra le Corti.

* * *

Sommario: 1. - *Premessa*. 2. – *Il sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica a partire dalla sentenza Cons. Stato, Sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601*. 3. – *La recente sentenza Cons. Stato, Sez. VI, 21 dicembre 2020, n. 8187*. 4. – *Il sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica tra effettività della tutela e separazione dei poteri*. 5. – *Il criterio di "maggiore attendibilità"*.

* * *

1. *Premessa*.

L'estensione del sindacato del giudice amministrativo nel giudizio di legittimità costituisce da lungo tempo terreno fertile di dibattito dottrinale[1] e giurisprudenziale, alimentato e continuamente ridefinito dagli apporti della giurisprudenza europea e dagli approdi di quella nazionale.

[1] La bibliografia sul tema è assai ampia. A mero titolo esemplificativo, cfr. L. MEUCCI, *Il principio organico del contenzioso amministrativo in ordine alle leggi recenti*, in *Giust. amm*., 1891, IV, 29 ss.; L. ARMANNI, *La riforma del Consiglio di Sato e la giurisdizione amministrativa*, Stab. Tipografico Metastasio, Assisi, 1891; S. ROMANO, *Le giurisdizioni speciali amministrative*, capo III, in V.E. Orlando (a cura di), *Primo Trattato completo di diritto amministrativo Italiano*, vol. III, Soc. Ed. Libraria, Milano, 1907; F. CAMMEO, *Commentario alle leggi sulla giustizia amministrativa*, Vol. I, *Ricorsi amministrativi. Giurisdizione ordinaria*, Vallardi Ed., Milano, 1911; F. BENVENUTI, *Giustizia amministrativa*, in *Enc. dir*., XIX, Milano, 1970, 589 ss.; G.S. PENE VIDARI, *Giustizia amministrativa (storia)*, in *Dig. (disc. Pubbl.)*, VII, 1991, 502 ss.; A. ROMANO, *I caratteri originari della giurisdizione amministrativa e la loro evoluzione*, in *Dir. proc. amm*., 1994, 635 ss.; M. NIGRO, *Silvio Spaventa e la giustizia amministrativa come problema politico*, in *Scritti giuridici*, II, Milano, 1996, 871 ss.; *ID*., *Giustizia amministrativa*, sesta edizione, a cura di Enzo Cardi e Alessandro Nigro, Bologna 2002, 62 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Il problema del riparto delle giurisdizioni*, Editrice Italica, Pescara, 1979; *ID.*, *Giurisdizione amministrativa e pluralità delle azioni (dalla costituzione al codice del processo amministrativo)*, in *Dir. proc. amm*., 2012, num. 2, 436; B. SORDI, *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale. La formazione della nozione di interesse legittimo*, Giuffré, Milano, 1985; P. VIRGA, *La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione*, IV, Giuffré, Milano, 2003, 3 ss.; A. BARBERA, *L'ordinamento della giustizia amministrativa, tra Parlamento e Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 2004, num. 4, 715; L. MAZZAROLLI, *La tutela giurisdizionale del cittadino tra giudice ordinario e giudice amministrativo*, in L. Mazzarolli, G. Pericu, A. Romano, F. Roversi Monaco, F.G. Scoca (a cura di), *Diritto Amministrativo*, II, Monduzzi Editore, Bologna 2005; L. FERRARA, *I riflessi sulla tutela giurisdizionale dei principi dell'azione amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento: verso il tramonto del processo di legittimità?*, in *Dir. amm*., 2006, num. 3; P. DE LISE, *Le prospettive della giustizia amministrativa tra federalismo ed esigenza di efficienza*, in *www.giustizia-amministrativa.it* (novembre 2008); M.S. GIANNINI, *La legislazione italiana sulla giustizia amministrativa*, in Scritti, X, Milano, 2008; A. ANGELETTI, *Le origini del sistema di giustizia amministrativa*, in *Il nuovo processo amministrativo, Commentario sistematico diretto da Roberto Caranta*, Zanichelli, Bologna, 2011, 1 e ss.; R. GRECO, *L'istruttoria e l'accertamento del fatto nel codice del processo amministrativo*, in *Giustizia Amministrativa,* 3 gennaio 2011; S. LICCIARDELLO, *La giustizia amministrativa come servizio pubblico*, *in Dir. proc. amm.*, 2015, fasc. 2, 798 ss.; F.G. SCOCA, *Giustizia amministrativa*, Settima edizione, Torino, 2017, 5 ss.; *ID*., *L'interesse legittimo. Storia e Teoria*, Torino, 2017, pp 6 ss.; F. FRANCARIO e M.A. SANDULLI (a cura di), *Profili oggettivi e soggettivi della giurisdizione amministrativa in ricordo di Leopoldo Mazzarolli*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017; P. MANTINI, *La nuova giustizia amministrativa. Trasformazioni, organizzazione, riforme, con presentazione di Filippo Patroni Griffi*, Giuffré, Milano, 2017.

In tale contesto, assume centrale importanza il tema della discrezionalità tecnica[2], ossia di quella particolare forma di esercizio del potere, cui l'Amministrazione deve ricorrere nelle ipotesi in cui il perseguimento dell'interesse pubblico presupponga valutazioni di tipo tecnico-scientifico che, per loro natura, impongono l'applicazione di una regola propria di un settore scientifico, all'esito della quale l'Amministrazione è in grado di definire il nucleo del contenuto provvedimentale.

Mentre la discrezionalità amministrativa è bilanciamento degli interessi pubblici e privati coinvolti, in applicazione di regole giuridiche, secondo i canoni costituzionali del buon andamento e dell'imparzialità dell'azione amministrativa, la discrezionalità tecnica è indagine ed analisi dei presupposti per la scelta (ma pur sempre scelta e, quindi, in astratto, opinabile) del criterio tecnico e del suo procedimento applicativo, in osservanza di regole tecniche[3].

Ove il criterio sia uno soltanto, poiché in tal senso volgono le regole della scienza e della tecnica, non vi è discrezionalità tecnica[4], così come non vi è discrezionalità amministrativa per l'attività vincolata.

---

[2] Anche in tema di discrezionalità tecnica la produzione dottrinale è copiosa. In proposito, *ex multis*, cfr. F. CAMMEO, *La competenza di legittimità della IV Sezione e l'apprezzamento dei fatti valutabili secondo criteri tecnici*, in *Giur. it*., III, 1902; E. PRESUTTI, *Discrezionalità pura e discrezionalità tecnica*, in *Giur. it*., 1910; *ID.*, *I limiti al sindacato di legittimità*, Giuffré, Milano, 1911; O. RANELLETTI, *Principi di diritto amministrativo*, Vol. I, L. Pierro, Napoli, 1912; C. MORTATI, *Note sul potere discrezionale*, in *Studi dell'Istituto di diritto pubblico e legislazione sociale dell'Università di Roma*, 1936, ora in *Scritti giuridici*, III, Giuffrè, Milano, 1972, 997 ss.; *ID.*, *Norme giuridiche e merito amministrativo*, in *Stato e diritto*, 1941, 136 ss.; C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Giuffré, Milano, 1985; V. CAPUTI IAMBRENGHI, *Discrezionalità della Commissione, signora della prova, e horror vacui del giudice comunitario*, in *Dir. pubbl. comp. e europeo*, 2000, 1770 ss.; F. CINTIOLI, *Nuovo processo amministrativo e sindacato giurisdizionale della discrezionalità tecnica*, in *Dir. & Form.*, 2001, 909 ss.; *ID.*, *Tecnica e processo amministrativo*, in *dir. proc. amm*., 2004, 983 ss.; G. D'ANGELO, *Giudice amministrativo e valutazioni tecniche dopo la L. 21 luglio 2000 N. 205*, in *Dir. Amm*., 2005, 659 ss.; AA. VV., *Il controllo del giudice amministrativo sulla discrezionalità tecnica e, in particolare, sugli atti delle Autorità indipendenti. VII Colloquio Italiano – Spagonolo*, Giuffré, Milano, 2009; P. CIRIACO, *Discrezionalità tecnica e sindacato del giudice amministrativo*, in *Giur. merito*, 2010, 823 ss.; F. G. SCOCA (a cura di), *Diritto Amministrativo*, III Ed., Giappichelli, Torino, 2014, 38 ss.; G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Il sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecniche in materia ambientale*, in *Giustamm*, Anno XVIII, 2021.

[3] In tal senso, cfr. R. DE NICTOLIS, *Il sindacato del giudice amministrativo sui provvedimenti del CSM*, Relazione in occasione del Convegno "*L'indipendenza della magistratura oggi*", svoltosi presso l'Università degli studi di Milano in data 8.11.2019, in *www.sipotra.it*, 2019, 5.

[4] Si parla in tal caso di accertamento tecnico, il quale al pari della discrezionalità tecnica, attiene alla fase istruttoria del procedimento, ma, a differenza di questa, si caratterizza per essere un'attività sostanzialmente vincolata, ossia priva di discrezionalità. Tale attività, in particolare, è posta in essere allorquando l'Amministrazione è tenuta all'impiego di un criterio tecnico-scientifico per esercitare il potere conferitole dalla legge, ma tale criterio o è già predeterminato dalla norma attributiva del potere o è il risultato dell'analisi condivisa dalla comunità scientifica, con la conseguente assenza di qualsivoglia margine di scelta in capo all'Amministrazione, nemmeno in ordine alla determinazione della regola tecnico-scientifica da applicare per la verifica della sussistenza dei presupposti individuati dalla fattispecie normativa. In tale ultima ipotesi, pertanto, attesa la predeterminazione *ex lege* della regola scientifica da applicare al caso e l'esito di tale applicazione, l'Amministrazione è sempre vincolata nella determinazione del nucleo del contenuto dispositivo del

Un'attività vincolata, siccome tipizzata dalla legge sull'*an*, *quid*, *quomodo* e *quando*, esclude qualsiasi discrezionalità, che rimane soltanto (e nei limiti in cui) la legge lasci margini di apprezzamento, ovvero di scelta (amministrativa e/o tecnica).

Conseguentemente, ciò che accomuna i due tipi di discrezionalità consiste nell'essere scelta: una comunanza metodologica, che, come tale, non sopporta distinzioni di sindacabilità, incontrando soltanto il limite esterno del merito amministrativo, che non è scelta, ma valutazione di opportunità, la quale è presupposto della scelta.

Mentre detta valutazione rimane in sé e per sé nell'ambito pregiuridico, rientrando nella c.d. riserva di amministrazione[5], una volta che si è positivamente esplicata, la stessa entra nel mondo giuridico e quindi, divenendo esercizio del potere discrezionale, nella sfera del sindacato giurisdizionale.

Di tal guisa, l'azione amministrativa, secondo un modello di esame analitico, può essere distinta in quattro diverse tipologie, differenziate in ragione del grado d'intensità del potere di scelta riservato all'Amministrazione:

1. attività vincolata quando il potere di scelta è nullo;
2. attività connotata da discrezionalità amministrativa quando il potere di scelta è definito da regole giuridiche, essenzialmente orientate alla luce del principio di proporzionalità, sancito anche e soprattutto dal diritto europeo;
3. attività connotata da discrezionalità tecnica quando il potere di scelta è definito da regole tecnico-scientifiche;
4. attività di merito, che, essendo presupposto di opportunità della scelta, attiene all'ambito pregiuridico[6].

---

provvedimento. Come è agevole osservare, in detta ipotesi, non residuando discrezionalità alcuna in capo all'Amministrazione, pare più corretto parlare di accertamento tecnico, eliminando ogni riferimento, anche lessicale, alla discrezionalità. Cfr., in proposito, G. C. DI SAN LUCA, *op. cit.*, 2021; F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Dir. proc. amm*., 1983, 431 ss.

[5] In tal senso, cfr. C. DEODATO, *Nuove riflessione sull'intensità del sindacato del giudice amministrativo. Il caso delle linee guida dell'ANAC*, in *federalismi.it*, 25 gennaio 2017, p. 13, che, concentrandosi sull'estensione del sindacato del giudice amministrativo relativamente alla discrezionalità tecnica, ricorda l'invalicabilità del limite costituito dalla "riserva di amministrazione, nel senso che, una volta accertata la correttezza del processo tecnico di definizione in concreto del concetto indeterminato stabilito in via astratta nel precetto normativo, rimane precluso al giudice il sindacato della correttezza della scelta finale".

[6] Cfr., in proposito, R. CHIEPPA, *Discrezionalità amministrativa e discrezionalità tecnica*, in R. Chieppa – V. Lopilato, *Studi di diritto amministrativo*, Giuffré, Milano, 2007. L'A., ripercorse le principali posizioni dottrinali sul concetto di merito dell'azione amministrativa, sostiene che "la legittimità attiene alla rispondenza dell'atto alle regole giuridiche, che governano l'esercizio del potere amministrativo, mentre il merito è costituito da prescrizioni non giuridiche, che

Il graduarsi del potere di scelta dell'Amministrazione è, a sua volta, definizione dei limiti del sindacato giurisdizionale, che non sussiste con riferimento alle valutazioni di merito (ovvero le valutazioni di opportunità)[7], è limitato al riscontro dei vizi della violazione di legge e dell'incompetenza nel caso di attività vincolata ed è esteso al riscontro del vizio di eccesso di potere, nelle note figure sintomatiche elaborate dalla giurisprudenza in una lunga tradizione che ha origine nell'intuizione[8] sviluppata dal Consiglio di Stato francese sul *détournement de pouvoir*, quando abbia ad oggetto l'esercizio di attività discrezionale, amministrativa o tecnica.

Invero, la sindacabilità giurisdizionale dell'attività discrezionale della pubblica Amministrazione rappresenta un approdo della giurisprudenza del Consiglio di Stato francese, che, con un orientamento evolutivo, individuò l'esistenza del vizio dell'eccesso di potere, sotto il profilo dello sviamento, in un panorama allora connotato dall'insindacabilità di tale attività, ritenuta ricompresa nella c.d. riserva di Amministrazione e, pertanto, sottratta al sindacato giurisdizionale, in ossequio al principio di separazione dei poteri.

2. *Il sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica a partire dalla sentenza Cons. Stato, Sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601*.

indirizzano l'autorità amministrativa verso una scelta opportuna e conveniente per l'interesse pubblico tutelato". Cfr., inoltre, A. AMORTH, *Il merito dell'atto amministrativo*, Giuffré, Milano, 1939.

[7] In proposito, la dottrina di fine secolo ha messo in luce come in seguito alla positivizzazione, ad opera della Legge 7 agosto 1990, n. 241, dei canoni di efficienza, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa, sia sempre più ristretto lo spazio della c.d. "riserva di amministrazione", in favore dell'estensione del sindacato giurisdizionale. Cfr., in tal senso, F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, Giuffré, Milano, 2011, 1439 ss.; U. ZUBALLI, *Il controllo della discrezionalità*, in V. Parisio (a cura di), *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, Giuffré, Milano, 1998, 155. Cfr. anche, R. CHIEPPA, *op. cit.*, 2007, che evidenzia come "l'affinamento delle tecniche di controllo giurisdizionale sta quindi consentendo una progressiva estensione dell'area della legittimità ad opera della giurisprudenza e una restrizione delle ipotesi di aspetti di merito delle scelte amministrative insindacabili".

In realtà, la tendenza verso la riduzione dell'ambito della c.d. riserva di amministrazione, ben può farsi risalire, a livello normativo, all'entrata in vigore della Carta costituzionale, con la codificazione, all'art. 97, dei principi di buon andamento e imparzialità dell'amministrazione, che già postulavano l'efficienza, l'efficacia e l'economicità dell'azione amministrativa, poi positivizzate dal Legislatore del 1990.

[8] Cfr., in proposito, L. ACQUARONE, *Attività amministrativa e provvedimenti amministrativi.* E.C.I.G., Genova, 1985, 177 ss. L'A. richiama la vicenda sottesa alla prima decisione del Consiglio di Stato francese che individuò il vizio di *détournement de pouvoir*, relativamente al ricorso proposto dai carrozzieri (*fiacres*) di Lilla, avverso un'ordinanza del Sindaco della città, che impediva loro di sostare davanti alla stazione ferroviaria, nel centro cittadino, per presunte ragioni di igiene e salubrità, e, in realtà, per avvantaggiare la sua impresa privata di omnibus. Pur essendo il provvedimento apparentemente valido, il Consiglio di Stato francese, individuò, per tale ragione, un vizio di *détournement de pouvoir*, ossia di scorretto esercizio del potere. Per riferimenti alla giurisprudenza del Consiglio di Stato francese, cfr., anche, E. LAFERRIÈRE, *Chapitre Ier – Notions générales et historiques sur le recours pour excès de pouvoir*, in *Revue générale du droit on line*, n. 52438, 2020, *www.revuegeneraledudroit.eu/?p=52438*.

La giurisprudenza italiana, recepito l'insegnamento dei Giudici amministrativi d'Oltralpe[9], ha, tuttavia inaugurato e dato seguito ad una peculiare distinzione nel sindacato giurisdizionale sulle scelte discrezionali della pubblica Amministrazione, avendo per lungo tempo affermato l'insindacabilità delle valutazioni frutto dell'esercizio di discrezionalità tecnica[10].

Il punto di rottura con la precedente tradizione si deve alla nota decisione del Consiglio di Stato, Sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601, che - richiamato il consolidato orientamento del giudice di legittimità, secondo cui l'eccesso di potere giurisdizionale *ex* art. 111, (ora) comma 8 (e allora comma 3), Cost., "*è configurabile solo quando l'indagine svolta non sia rimasta nei limiti del riscontro di legittimità del provvedimento impugnato, ma sia stata strumentale ad una diretta e concreta valutazione dell'opportunità e convenienza dell'atto, ovvero quando la decisione finale, pur nel rispetto della formula dell'annullamento, esprima una volontà dell'organo giudicante che si sostituisce a quella dell'amministrazione*" (Cass. Civ., 5 agosto 1994, n. 7261) – mette in luce come "*la c.d. "discrezionalità tecnica", invece, è altra cosa dal merito amministrativo*", ricorrendo "*quando l'amministrazione, per provvedere su un determinato oggetto, deve applicare una norma tecnica cui una norma giuridica conferisce rilevanza diretta o indiretta*".

[9] Cfr., in proposito, M.S. GIANNINI, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo*, in *Studi Sassaresi*, Serie II, XVIII, 1940, 153 ss.; F. BASSI F., *Lo straripamento di potere (profilo storico)*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl*., 1964, 245 e ss. Cfr., anche, J.M. SAUVÈ, *L'avenir de la justice administrative dans une perspective européenne. Regards croisés sur les Conseils d'Etat d'Italie et de Framce*, in AA.VV. *Il Consiglio di Stato: 180 anni di storia*, Zanichelli, Bologna, 2015, 7, che ricorda come "le Conseil d'Etat français et le Conseil d'Etat italien ont tous deux étendu par voie jurisprudentielle, selon une dynamique analogue, à la fois les fondaments d'annullation des décisions administratives et l'intensité du contrôle qu'ils opèrent sur l'exercice par l'administration de son pouvoir discrétionnaire. Ainsi le judge administratif français s'est reconnu la possibilité, dès les prèmieres années du XXème siècle, d'effectuer un contrôle, non seulement du détournement de pouvoir, mais aussi de la matérialité des faits. Le contrôle par le judge de cette dernière, initialment restrient à la censure des seules erreurs les plus grossières, les «erreurs manifestes d'appréciation», s'est en outre progressivament approfondi ed étendu".

[10] Tale, in dottrina, era la posizione propugnata dal Presutti, secondo cui "la discrezionalità si concreta nella insindacabilità da parte degli organi esercitanti il sindacato di mera legittimità. Un atto amministrativo, cioè, in tanto è discrezionale, in quanto il diritto obiettivo non consenta che un organo giurisdizionale, esercitante un sindacato di mera legittimità, si esplichi su di esso" (E. PRESUTTI, *op. cit.*, 1910, 16). In giurisprudenza, si segnala Cons. Stato, Sez. IV, 4 marzo 1980, n. 142, secondo cui, quella che oggi è individuata come discrezionalità tecnica, vale a dire "*la scelta di una delle possibili soluzioni ad un problema tecnico*" costituisce "*il merito insindacabile dell'atto discrezionale*". Nel medesimo senso, Cons. Stato, Sez. IV, 18 marzo 1980, n. 270, per cui "*le previsioni di incremento di popolazione comunale in sede di adozione di un p.r.g., sono il risultato di tipiche valutazioni tecnico-discrezionali non sindacabili in sede di legittimità*". Tale ultima decisione, tuttavia, manifestando una visione anticipatoria, afferma la sindacabilità delle valutazioni tecnico-discrezionali "*per manifesti errori logici*".

Definito pertanto il concetto di discrezionalità tecnica, distinto da quello di discrezionalità amministrativa e da quello[11], ancora diverso, di merito amministrativo, la decisione (n. 601/1999), in punto di estensione del sindacato giurisdizionale, rileva che se "*è ragionevole l'esistenza di una "riserva di amministrazione" in ordine al merito amministrativo, elemento specializzante della funzione amministrativa; non anche in ordine all'apprezzamento dei presupposti di fatto e di diritto del provvedimento amministrativo*", sicché "*il sindacato giurisdizionale sugli apprezzamenti tecnici può svolgersi, allora, in base non al mero controllo formale ed estrinseco dell'iter logico giuridico seguito dall'autorità amministrativa, bensì invece alla verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza quanto a criterio tecnico e procedimento applicativo*".

Superata così la tesi dell'insindacabilità delle valutazioni connotate da discrezionalità tecnica, fondata sull'equivoca confusione con le valutazioni di merito, così come la tesi che deponeva nel senso per cui il controllo giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica dovesse essere solo formale ed estrinseco, vale a dire limitato agli aspetti di manifesta irrazionalità e illogicità[12], la predetta decisione ha posto le basi per il sorgere dell'ulteriore dibattito circa l'estensione di tale sindacato giurisdizionale, incentrato, in particolare, sulla possibilità di configurazione di un sindacato pieno o attenuato.

Al riguardo, si è discusso della possibilità di sindacare le valutazioni frutto di discrezionalità tecnica della Pubblica Amministrazione con riferimento a tutte le figure sintomatiche

[11] Rileva R. CHIEPPA, *op. cit.*, 2007, riferendosi al pensiero del Giannini, che "l'esistenza di una autonoma categoria denominata "discrezionalità tecnica" è stata contestata da autorevole dottrina, che ha ritenuto l'espressione scorretta", in quanto "concluso l'accertamento tecnico la scelta non può che essere vincolata". Nello stesso senso, cfr. C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Cedam, Padova, 1976, 239-240, secondo cui "impropriamente […] si parla di una 'discrezionalità tecnica' con riferimento ai casi in cui l'agente, per potere esplicare un'attività a lui imposta, deve procedere preventivamente all'accertamento di situazioni di fatto tali da richiedere valutazioni le quali sono da attingere a discipline tecniche. Infatti, in tali casi fa difetto l'elemento caratterizzante della discrezionalità e cioè la determinazione di ciò che è più opportuno fare per soddisfare un pubblico interesse". Cfr., anche, R. DE NICTOLIS, *op. cit.*, 2019, 5, secondo cui "è improprio parlare di discrezionalità tecnica, anche se la categoria è ancora utilizzata: piuttosto si deve distinguere tra accertamento tecnico (che porta a un risultato scientificamente certo) e valutazione tecnica, che ricorre nei casi in cui la tecnica lascia un margine finale di opinabilità e dunque di scelta tra più soluzioni tecniche tutte altrettanto plausibili; sicché sulla valutazione tecnica si innesta la scelta più propriamente discrezionale dell'azione amministrativa; in tal caso, se la soluzione tecnica è corretta e attendibile ancorché opinabile, si scende nel campo della condivisibilità o meno, che esula dal sindacato del giudice". In realtà, la discrezionalità tecnica non opera alcun bilanciamento di interessi, ma sceglie la soluzione tecnica più attendibile dal punto di vista scientifico, ovvero una delle soluzioni parimenti attendibili, se esistenti. In tale scelta consta la discrezionalità tecnica, poiché se vi è una soluzione più attendibile di tutte le altre, allora la scelta è vincolata.

[12] In giurisprudenza, tuttavia, si riscontrano ancora decisioni orientate nel senso per cui le valutazioni frutto dell'esercizio di discrezionalità tecnica "*sono sindacabili in sede giurisdizionale solo se viziate da manifesta irragionevolezza o illogicità*" (T.A.R. Lazio - Roma, Sez. III-*quater*, 1° giugno 2020, n. 5771).

dell'eccesso di potere, come avviene per la discrezionalità amministrativa, oppure limitatamente ad alcune di esse, ossia l'illogicità, l'irrazionalità e la contraddittorietà purché manifeste, così ritornando, con un circuito vizioso, ad un sindacato di tipo estrinseco che si riteneva superato[13].

A ben guardare, tale ulteriore dibattito è basato su di un equivoco di fondo.

Infatti, se è ben vero che discrezionalità amministrativa e discrezionalità tecnica siano entrambe espressione di una scelta dell'Amministrazione, sempre sindacabile dal giudice amministrativo, i due tipi di scelta differiscono in ragione del loro oggetto.

Mentre la discrezionalità amministrativa consiste nel bilanciamento dei contrastanti interessi, pubblici e privati, all'esito del quale, nel rispetto dei canoni costituzionali di imparzialità e buon andamento, l'Amministrazione definisce quello prevalente nel caso di specie, con il minor sacrificio dei diversi interessi pubblici e/o privati confliggenti, secondo il principio di proporzionalità, la discrezionalità tecnica consiste nella scelta dell'Amministrazione del criterio specialistico, proprio di una disciplina tecnico – scientifica, da adottarsi, nella fattispecie concreta, per la valutazione dei presupposti ai quali la norma legislativa riconduce l'esercizio del potere.

---

[13] Il dibattito origina da un atteggiamento di *self-restraint* assunto dalla giurisprudenza amministrativa in particolari settori del diritto pubblico. Tale orientamento, invalso soprattutto in materia di procedure concorsuali e selettive, depone nel senso per cui il sindacato del Giudice amministrativo, in presenza di valutazioni delle Commissioni giudicatrici, frutto di esercizio della discrezionalità tecnica, dovrebbe arrestarsi all'estrinseco, rilevando soltanto la manifesta irrazionalità o illogicità. In tal senso, si segnalano, *ex multis*, Cons. Stato, Sez. V, 18 febbraio 2013, n. 978, secondo cui "*nelle gare pubbliche il controllo del giudice della legittimità sugli apprezzamenti tecnici dell'Amministrazione deve essere svolto "extrinsecus" nei limiti della rilevabilità "ictu oculi" dei vizi di legittimità dedotti, essendo diretto ad accertare il ricorrere di seri indici di invalidità e non alla sostituzione dell'Amministrazione*"; più di recente, a dimostrazione che il retaggio istituzionale è ancora resistente, Cons. Stato, Sez. V, 8 gennaio 2019, n. 173, che ha "*ribadito che la valutazione delle offerte nonché l'attribuzione dei punteggi da parte della commissione giudicatrice, rientrano nell'ampia discrezionalità tecnica riconosciuta a tale organo, sicché le censure che impingono il merito di tale valutazione (opinabile) sono inammissibili, perché sollecitano il giudice amministrativo ad esercitare un sindacato sostitutorio, al di fuori dei tassativi casi sanciti dall'art. 134 c.p.a., fatto salvo il limite della abnormità della scelta tecnica (Cons. Stato, V, 11 dicembre 2015, n. 5655). Ne deriva che, come da ripetuta affermazione giurisprudenziale, per sconfessare il giudizio della commissione di gara non è sufficiente evidenziarne la mera non condivisibilità, dovendosi piuttosto dimostrare la palese inattendibilità e l'evidente insostenibilità del giudizio tecnico compiuto*". Nello stesso senso, cfr. anche Cons. Stato, Sez. II, 20 novembre 2020, n. 7216, che, ancora, riconosce "*l'estrema limitatezza del sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni della commissione giudicatrice sulle prove di concorso, atteso che il giudice può annullare la valutazione per eccesso di potere nelle ipotesi-limite di vizi riscontrabili dall'esterno e con immediatezza dalla sola lettura degli atti (errore sui presupposti, travisamento dei fatti, manifesta illogicità o irragionevolezza) (cfr., ex multis, Consiglio di Stato, sez. VI, 9 febbraio 2011, n. 871)*". In realtà, anche le richiamate decisioni pongono il limite al sindacato giurisdizionale sulle valutazioni discrezionali tecniche nell'impossibilità per il giudice di operare un sindacato di tipo sostitutivo, vale a dire l'impossibilità di sostituire il giudizio dell'Amministrazione con un proprio giudizio ritenuto migliore. L'orientamento *de quo*, predicando l'astensione del Giudice amministrativo se non in presenza di vizi rilevabili *ictu oculi*, lascia un vuoto di tutela per quelle situazioni ove l'irragionevolezza e l'illogicità dell'azione amministrativa non emerge *prima facie*, ossia non è manifesta, ma necessita di un esame *funditus*.

Mentre la discrezionalità amministrativa dirime un conflitto di interessi, la discrezionalità tecnica individua il criterio tecnico-scientifico da seguire[14] e questo non può essere che quello ritenuto più attendibile dalla comunità scientifica, o, comunque (e di qui la scelta), uno dei criteri ritenuti di pari attendibilità in ambito tecnico – scientifico.

Per operare il sindacato della discrezionalità tecnica, occorre individuare gli aspetti del provvedimento in cui essa si esprime[15].

La peculiarità dell'oggetto e del momento[16] in cui viene in rilievo la discrezionalità tecnica definisce l'ambito del relativo sindacato giurisdizionale, poiché l'ontologica conformazione di tale valutazione rende inconfigurabili alcune delle figure sintomatiche dell'eccesso di potere.

---

[14] Celebre è la definizione di discrezionalità tecnica elaborata da A.M. Sandulli, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Jovene, Napoli, 1989, 593-594, secondo cui tale modulo procedimentale "non implica valutazione e ponderazione di interessi, né possibilità di scelta (in ordine all'agire) alla stregua di esse. Nei casi in questione la scelta (del comportamento da tenere) alla stregua degli interessi pubblici fu eseguita a priori una volta per tutte, e in modo vincolante, dal legislatore; e all'Amministrazione è rimessa semplicemente una valutazione (dei fatti posti dalla legge a presupposto dell'operare) alla stregua di conoscenze (e perciò di regole) tecniche".

[15] Cfr., in proposito, Cons. Stato, Sez. IV, 31 marzo 1997, secondo cui *"è, invero, frequente riscontrare una linea di demarcazione molto sfuggente tra il momento della valutazione tecnica opinabile e quello della ponderazione dell'interesse pubblico, insieme con l'interesse del ricorrente e degli altri interessi in gioco. Non solo tra di essi è spesso apprezzabile contestualità cronologica, ma addirittura parziale sovrapposizione concettuale sul piano logico. Accade, insomma, che la valutazione tecnica e la ponderazione degli interessi, lungi dal potersi tenere distinte, appaiono talora fuse in un procedimento logico unitario; e la difficoltà di superare i due momenti è in larga misura accentuata dallo sviluppo della tecnica e dai mutamenti organizzativi e funzionali dell'azione amministrativa*".

[16] Si è messo in luce come l'esercizio della discrezionalità tecnica attenga alla fase istruttoria del procedimento e, segnatamente, al momento della valutazione dei presupposti, posti dalla norma attributiva del potere, per il susseguente esercizio di quest'ultimo. Cfr., in tal senso R. CHIEPPA, *op. cit.*, 2007, secondo cui "l'esercizio della discrezionalità tecnica afferisce al momento della istruttoria procedimentale, in cui la P.a. mediante le conoscenze tecniche in proprio possesso – ovvero mediante l'acquisizione di pareri ad opera di specifici organi consultivi tecnici – comprende ed accerta i presupposti oggetto del procedimento amministrativo al fine di procedere alla successiva fase decisoria". In dottrina, si è anche tuttavia ritenuto che nel caso in cui in esito alla scelta del criterio tecnico ed alla sua applicazione, non rimangano ulteriori margini di discrezionalità (amministrativa) all'Amministrazione, potrebbe verificarsi il fenomeno dello "scivolamento" della discrezionalità tecnica in discrezionalità amministrativa. La tesi è di Clemente di San Luca, secondo cui "laddove la norma lasci margini di scelta soltanto in relazione ai criteri tecnico-scientifici da utilizzare per la verifica della sussistenza dei presupposti, la P.A. sia portata – tutto sommato comprensibilmente – a prefigurarsi gli scenari conseguenti all'adozione del (ed a valutare gli effetti prodotti dal) provvedimento che la legge ha definito in modo vincolato, e dunque di fatto a prendere in considerazione anche gli interessi coinvolti in concreto (ciò che, versandosi nella fase istruttoria del procedimento, dovrebbe esserle precluso). Detto più chiaramente: una volta chiamata a scegliere se accogliere l'una o l'altra interpretazione del fatto/presupposto tecnico dell'azione amministrativa, nel caso in cui la rilevazione della sua sussistenza sia incerta, è più che naturale (verrebbe quasi di dire: umano) immaginare che la P.A. valuti le conseguenze che il riconoscere tale sussistenza potrà produrre sugli interessi compresenti quando, cioè, per effetto di detto riconoscimento, avrà emanato il provvedimento. Il che equivale a dire che, in ultima istanza, sarà l'apprezzamento del pubblico interesse a condurre alla scelta di assumere l'una o l'altra valutazione tecnica per l'acclaramento del presupposto" (G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *op. cit.*). Il pensiero è ripreso da C. MARZUOLI, *op cit*., p. 207. La tesi, tuttavia, pur abilmente argomentata, si presta all'obiezione per cui nessuna norma può lasciare all'Amministrazione "libertà" di scelta del criterio tecnico, poiché l'Amministrazione deve sempre scegliere quello più attendibile e l'apprezzamento di esso è solo sulla maggiore o minore attendibilità dello stesso.

In particolare, la discrezionalità tecnica, ovvero la scelta del criterio scientifico ed il suo procedimento applicativo, è insindacabile da parte del giudice amministrativo con riferimento a quegli elementi sintomatici dell'eccesso di potere che attengono precipuamente alla definizione del contenuto provvedimentale ed al bilanciamento dei contrastanti interessi[17] (che appartengono al distinto esercizio della discrezionalità amministrativa).

Tuttavia, in realtà, non si tratta di una limitazione del sindacato, in quanto tali aspetti non attengono in alcun modo all'esercizio della discrezionalità tecnica.

Ne consegue, dal punto di vista lessicale, l'inappropriatezza del vocabolo limitazione, che impone un confronto con una situazione connotata dall'assenza di limiti, in quanto il sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica, proprio per l'oggetto e la natura sopra evidenziati di quest'ultima, può avere come parametro solo alcune delle figure sintomatiche dell'eccesso di potere, ovvero quelle che attengono alla fase istruttoria e quelle che costituiscono declinazione del principio di ragionevolezza, sulla valutazione di attendibilità del criterio.

Pertanto, il sindacato sulla discrezionalità tecnica, al pari di quello sulla discrezionalità amministrativa, è un sindacato pieno, in quanto involge tutti gli aspetti che vengono in rilievo per la prima, senza aprioristiche ed ingiustificate limitazioni[18].

---

[17] Lo sviamento, la perplessità, l'indeterminatezza dell'oggetto, l'ingiustizia manifesta e la disparità di trattamento.
Una precisazione si impone per il difetto motivazionale. Mentre con riguardo alla discrezionalità amministrativa la motivazione consiste nell'espressione delle ragioni che hanno determinato l'esito del bilanciamento dei contrastanti interessi operato dall'Amministrazione, nell'ambito della discrezionalità tecnica, l'obbligo motivazionale assume un carattere di riscontro relativo, per due ragioni. In primo luogo, la scelta di un criterio, rispetto ad un altro, è *ipso facto* giustificata dalla sua maggiore attendibilità, il cui difetto dà luogo ad un'ipotesi di irrazionalità o illogicità. Dipoi, accertata l'attendibilità del criterio tecnico prescelto, l'attività amministrativa diviene vincolata e, in particolare, vincolata all'esito che risulta dall'applicazione del criterio, che, a sua volta, determina la decisione dell'Amministrazione nel senso predeterminato dal Legislatore. Ne consegue che, come per la generale attività vincolata della Pubblica Amministrazione che non involge profili di discrezionalità tecnica, l'obbligo motivazionale è compiutamente assolto con l'indicazione delle ragioni di fatto e di diritto che hanno condotto alla determinazione, senza necessità di motivare circa la scelta dell'interesse prevalente, che non viene svolta dall'Amministrazione, ma, *ex ante*, dal Legislatore.
In realtà, la configurabilità di tali elementi sintomatici ritorna in gioco allorquando l'Amministrazione non si limiti ad un esercizio di attività discrezionale tecnica in purezza, ma ricada in un'ipotesi di "scivolamento", nei termini sopra illustrati alla nota che precede, in quanto in tali casi, la scelta del criterio tecnico scientifico è orientata dalla determinazione dell'interesse pubblico perseguendo, con la conseguenza che è la discrezionalità amministrativa, il cui esercizio dovrebbe, invero, logicamente e cronologicamente, guidare l'esercizio di quella tecnica.

[18] Cfr., in tal senso, C. DEODATO, *op. cit.*, 2017, 14: "Il sindacato della discrezionalità tecnica appare del tutto assimilabile al controllo della legittimità dell'esercizio di una funzione caratterizzata da discrezionalità amministrativa, sicché anche la consistenza di questa tipologia di esame può intendersi esaurita da una verifica seria e scrupolosa dei profili attinenti all'istruttoria, se de caso con l'ausilio di un esperto, e alla motivazione".

3. – *La recente sentenza Cons. Stato, Sez. VI, 21 dicembre 2020, n. 8187*.

In tal senso, si è strutturata la giurisprudenza del giudice amministrativo, di cui la sentenza Cons. Stato, Sez. VI, 21 dicembre 2020, n. 8187, è la chiara conferma, laddove, riferendosi al giudizio di una Commissione giudicatrice che aveva deposto per la non intellegibilità di una domanda di un concorso, rileva come tali "*considerazioni sono evidentemente espressione di discrezionalità tecnica e come tali sfuggono al sindacato di legittimità del Giudice Amministrativo, non essendo manifestamente illogiche, irrazionali, irragionevoli arbitrarie ovvero fondate su di un altrettanto palese e manifesto travisamento dei fatti, neppure venendo in rilievo specifiche censure circa la plausibilità dei criteri valutativi o la loro applicazione, né essendo sufficiente che la determinazione assunta possa in astratto considerarsi, sul piano del metodo e del procedimento seguito, meramente opinabile*" (Cons. Stato, Sez. VI, 21 dicembre 2020, n. 8187).

La questione originava dal ricorso di un concorrente al concorso per l'ammissione di medici alle Scuole di specializzazione di area sanitaria per l'anno accademico 2019/2020 avverso il provvedimento del competente Ministero, che, avendo ritenuto scarsamente intellegibile una delle domande della prova, sulla scorta di un giudizio tecnico in proposito della Commissione giudicatrice, aveva attribuito un punto, per tale domanda, a tutti i concorrenti.

Il T.A.R. del Lazio, Sez. III, con sentenza 23 novembre 2020, n.12358, ritenendo che la Commissione non avesse "*verificato quanti concorrenti hanno dato una risposta esatta e probabilmente non sono un numero irrilevante*", in accoglimento del gravame, concludeva affermando che "*allora si dovrebbe dar conto di come mai vi sia stato un numero non irrisorio di risposte corrette dal momento che le ipotesi sono due: l'illustrazione non rendeva impossibile individuare con esattezza di che tipo di frattura si trattasse oppure bisogna ipotizzare che molti hanno tirato ad indovinare una risposta tra cinque possibili. Ovviamente solo la prima ipotesi è plausibile e ciò è sufficiente ad evidenziare l'insufficienza della motivazione dedotta*", attesa altresì l'esistenza di "*un giudizio pro veritate espresso da un ortopedico che ha affermato come dall'illustrazione riportante la radiografia era possibile rilevare una serie di dati che convergevano verso la risposta esatta*".

Il Tribunale, in altri termini, con la propria decisione, ha preteso di sostituire il proprio giudizio, addirittura con un ragionamento di tipo induttivo, circa la chiarezza o meno della

domanda concorsuale in questione, a quello formulato dalla Commissione esaminatrice, nell'esercizio della propria discrezionalità tecnica.

Infatti, pur in assenza di censure specifiche all'attendibilità del criterio tecnico prescelto dalla Commissione per l'espressione della sua valutazione, il Tribunale, ha ritenuto che il giudizio della Commissione difettasse sotto il profilo motivazionale, non avendo spiegato il contenuto delle rimostranze ricevute da diversi concorrenti.

La decisione risulta, in realtà, contraddittoria, in quanto è lo stesso giudice ad affermare che "*la ragione dell'annullamento della domanda è stata individuata nella difficoltà di osservare in modo inequivoco l'esistenza di eventuali lesioni a causa della riproduzione dell'illustrazione della radiografia nello strumento informatico*", dando così conto della motivazione che aveva condotto la Commissione all'adozione del provvedimento impugnato.

Si noti che, trattandosi di esercizio di discrezionalità tecnica, la motivazione risiede nell'utilizzo di un criterio tecnico attendibile, il quale è da solo sufficiente a supportare il contenuto decisorio del provvedimento, allorquando coerente con l'esito cui l'Amministrazione perviene in seguito all'applicazione del criterio.

Come sopra rilevato, infatti, allorquando venga in gioco l'esercizio di discrezionalità tecnica, la susseguente attività dell'Amministrazione assume i caratteri dell'attività vincolata e, come tale, non necessita di un apparato motivazionale che giustifichi la scelta dell'interesse pubblico ritenuto prevalente, in quanto tale individuazione è operata in astratto dal Legislatore con la mediazione (assente nel caso di attività vincolata *tout court*) dell'applicazione, al caso di specie, del criterio tecnico, individuato da parte dell'Amministrazione.

Quanto sopra disvela come quello che il Tribunale qualifica come difetto motivazionale, in realtà, tale non è, avendo il giudice di prime cure, censurato la scelta del criterio tecnico operata dalla Commissione, pur senza rilevarne l'inattendibilità, con la predilezione di un altro criterio, senza alcuna valutazione (e neanche indicazione) di una sufficiente attendibilità di quest'altro.

L'eccesso di potere giurisdizionale in cui è incorso il primo giudice emerge vieppiù laddove la sentenza richiama, a proprio sostegno, il parere espresso da un tecnico di parte, di segno contrario rispetto alle conclusioni della Commissione.

È bene premettere come sia assolutamente consentito al giudice acquisire *aliunde* pareri di contenuto tecnico e ciò, *a fortiori*, in seguito alla novella di cui all'art. 16 della Legge n. 205 del 2000, che ha introdotto il potere di disposizione di CTU nel giudizio amministrativo di legittimità[19].

Come ha avuto modo di rilevare la giurisprudenza formatasi in materia, la possibilità per il giudice amministrativo di avvalersi della CTU, ha consentito l'affermazione di diversi principi che sovrintendono il giudizio di legittimità e, segnatamente:

"*a) la presenza di una valutazione tecnica non implica, di per sé, l'instaurazione di un regime speciale di insindacabilità;*

b) il giudice amministrativo ha il potere di accertare tutti i presupposti di fatto del rapporto controverso, ivi compresi i processi conoscitivi seguiti dall'amministrazione che coinvolgono apprezzamenti di natura tecnica;

c) il sindacato del giudice non deve attuarsi solo sulla base di massime d'esperienza appartenenti al sapere comune e di dominio dell'intera collettività, ma, quando effettivamente tali massime siano insufficienti, può disporre grazie al c.t.u. di tutte le conoscenze tecnico-specialistiche che appaiono, secondo i casi, necessarie alla più completa conoscenza dei fatti" (Cons. Stato, Sez. IV, 27 marzo 2001).

Tuttavia, la medesima giurisprudenza ha sentito la necessità di chiarire che "*la consulenza tecnica d'ufficio è uno strumento di conoscenza posto a disposizione del giudice, che giova unicamente ad arricchirne la cognizione di nozioni che non appartengono al patrimonio dell'intera collettività, né sono desumibili. Grazie all'apporto del consulente il giudice fruisce di conoscenze tecnico specialistiche appartenenti a campi del sapere caratterizzati da obiettiva complessità, ai quali non si accede senza la disponibilità di sofisticati strumenti di indagine. Ne discende che, in primo luogo, la c.t.u. non può supplire l'onere della parte di allegare i fatti e di introdurli nel processo; in secondo luogo che il compito della fissazione e*

[19] Cfr., in proposito, M. A. SANDULLI, *La consulenza tecnica d'ufficio*, in *Il Foro Amministrativo*, Vol VII, 2008, 3533 ss.; F. G. SCOCA, *Giustizia amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2014, 394 ss.

qualificazione del fatto non è delegabile al c.t.u., ma deve essere espletato dal giudice. Questi può solo ampliare la sua conoscenza, come rilevato, grazie all'ausilio di una consulenza specialistica. Il giudice, proprio perché "dominus" della qualificazione del fatto, non può mai limitarsi a recepire acriticamente le risultanze della consulenza tecnica, ma è sempre tenuto ad un'autonoma valutazione e rielaborazione del fatto anche "alla luce" dei dati tecnico-scientifici offerti dal c.t.u. Al giudice non interessa tanto la valutazione finale del consulente, che pure troverà gli opportuni spazi nella relazione illustrativa, ma il percorso conoscitivo che questi avrà svolto nel ripercorrere l'intero iter della determinazione tecnica assunta dall'amministrazione".

Date tali coordinate di diritto, nella citata sentenza del T.A.R. del Lazio, emerge come il giudice, non abbia affatto fruito della consulenza, peraltro di parte, al fine di rilevare l'inattendibilità del criterio impiegato dall'Amministrazione, ma se ne sia giovato delle conclusioni per avvalorare la propria decisione, che, pur sotto il velo del difetto motivazionale, si è posta come sostitutiva a quella dell'Amministrazione.

Tale sconfinamento di giurisdizione, violativo del principio di separazione dei poteri, è stato infatti, censurato dal giudice di appello, il quale non si è risparmiato di osservare che "*in relazione alle modalità del sindacato giurisdizionale, questo deve considerarsi limitato a verificare se l'Amministrazione abbia violato il principio di ragionevolezza tecnica, senza che sia consentito, in coerenza con il principio costituzionale di separazione, sostituire le valutazioni dell'Amministrazione, anche se in astratto opinabili, con quelle giudiziali, anche se deve ammettersi in tale sede una piena conoscenza del fatto e del percorso intellettivo e volitivo seguito dall'Amministrazione. In ogni caso, tuttavia, il giudice non può sostituirsi ad un potere già esercitato, ma deve solo stabilire se la valutazione complessa operata nell'esercizio del potere debba essere ritenuta corretta, sia sotto il profilo delle regole tecniche applicate, sia nella fase di contestualizzazione delle norme poste, tra l'altro, a tutela dei principi di parità di trattamento e non discriminazione, sia nella fase di raffronto tra i fatti accertati ed il parametro contestualizzato*".

L'analisi della decisione del giudice d'appello consente di individuare il vero ed unico limite che incontra il sindacato giurisdizionale sull'attività dell'Amministrazione connotata dall'impiego di discrezionalità tecnica (analogo a quello della discrezionalità amministrativa),

vale a dire l'impossibilità per il giudice di sostituire, la scelta dell'Amministrazione, con una propria, ritenuta migliore.

In tal senso, infatti, il Consiglio di Stato, sulla scia di consolidata giurisprudenza[20], ha precisato che "*il giudice amministrativo non può sostituire – in attuazione del principio costituzionale di separazione dei poteri – proprie valutazioni a quelle effettuate dall'autorità pubblica, quando si tratti di regole (tecniche) attinenti alle modalità di valutazione delle fattispecie al suo esame*", atteso che "*la discrezionalità tecnica esercitata dalla Commissione* […] *non può ritenersi soggetta ad un sindacato giudiziale sostitutivo, dovendo il giudice limitarsi a verificare se la risposta da essa fornita mediante la "contestualizzazione" dei parametri giuridici indeterminati ed il loro raffronto con i fatti accertati, rientri o meno nella ristretta gamma di risposte plausibili, ragionevoli e proporzionate che possano essere date a quel problema, alla luce sia sella tecnica, che delle scienze rilevanti e di tutti gli elementi di fatto*".

---

[20] Difatti anche il Giudice di legittimità, in più occasioni, ha avuto modo di ribadire che se "*le valutazioni tecniche, inserite in un procedimento amministrativo complesso e dipendenti dalla valorizzazione dei criteri predisposti preventivamente, sono assoggettabili al sindacato giurisdizionale del giudice amministrativo, senza che ciò comporti un'invasione della sfera del merito amministrativo*", tuttavia "*il sindacato del giudice, essendo pur sempre un sindacato di legittimità e non di merito, è destinato ad arrestarsi sul limite oltre il quale la stessa opinabilità dell'apprezzamento operato dall'amministrazione impedisce di individuare un parametro giuridico che consenta di definire quell'apprezzamento illegittimo*[,] *con l'ovvio corollario che compete comunque al giudice di vagliare la correttezza dei criteri giuridici, la logicità e la coerenza del ragionamento e l'adeguatezza della motivazione con cui l'amministrazione ha supportato le proprie valutazioni tecniche, non potendosi altrimenti neppure compiutamente verificare quali siano in concreto i limiti di opinabilità dell'apprezzamento da essa compiuto*" (Cass. Civ., Sez. Un., 20 gennaio 2014, n. 1013, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 1057 ss.). L'orientamento ha ricevuto ulteriore conferma dalla successiva pronuncia Cass. civ., Sez. Un., 16 gennaio 2014, n. 774, in *Giust. Civ. Mass.*, 2014, secondo cui "*l'eccesso di potere giurisdizionale*, *denunziabile ai sensi dell'art. 111 Cost., comma 3* [*rectius*, comma 8]*, sotto il profilo dello sconfinamento nella sfera del merito, è configurabile solo quando l'indagine svolta non sia rimasta nei limiti del riscontro di legittimità del provvedimento impugnato, ma sia stata strumentale ad una diretta e concreta valutazione dell'opportunità e convenienza dell'atto, ovvero quando la decisione finale, pur nel rispetto della formula dell'annullamento, esprima una volontà dell'organo giudicante che si sostituisce a quella dell'amministrazione. Il che vuol dire che il giudice, procedendo ad un sindacato di merito, emette una pronuncia autoesecutiva, intendendosi come tale quella che abbia il contenuto sostanziale e l'esecutorietà stessa del provvedimento sostituito, senza salvezza degli ulteriori provvedimenti dell'autorità amministrativa (v. per tutte Cass. S.U. 28 aprile 2011 n. 9443)* […]. *D'altro canto, val la pena di ricordare che, anche sulla spinta evolutiva dell'ordinamento comunitario i confini tra limiti della discrezionalità amministrativa, non sindacabile, e limiti della giurisdizione si sono ormai definitivamente aperti ad un cammino improntato al rispetto dei due principii fondamentali: della pienezza della tutela giurisdizionale (full jurisdiction. Art. 6 CEDU e art. 47 dei diritti fondamentali dell'Unione) e dei limiti di proporzionalità, finalizzati a restringere l'area del merio amministrativo, insindacabile*".

L'orientamento condiviso dalle citate pronunce si pone quale *revireménto* rispetto al precedente indirizzo delle Sezioni Unite, che era nel senso di limitare il sindacato del Giudice amministrativo, relativamente alle valutazioni frutto di discrezionalità tecnica, ai soli aspetti della manifesta irrazionalità o illogicità. In proposito, cfr. G. SABBATO, *La full jurisdiction nella giurisprudenza nazionale. Un quadro complesso in evoluzione*, in *P.A. Persona e Amministrazione. Ricerche Giuridiche sull'Amministrazione e l'Economia*, Vol. II, 2018, 297 ss. e riferimenti giurisprudenziali ivi citati.

Tale rimane, dunque, l'unico limite che incontra il giudice amministrativo[21], che si arresta di fronte alla pari attendibilità della scelta tecnica operata dall'Amministrazione, secondo il principio di ragionevolezza, che è canone costituzionalmente sancito tra i principi fondamentali (art. 3 Cost.).

Tuttavia, come sopra accennato, detto limite non è proprio del sindacato su provvedimenti che siano frutto di attività discrezionale tecnica, ma riguarda, in generale, il giudizio amministrativo di legittimità, nell'ambito del quale, l'operatività del principio di separazione dei poteri impedisce che il giudice possa sostituire le proprie scelte a quelle operate discrezionalmente dall'Amministrazione.

Ne discende che i limiti al sindacato giurisdizionale nel giudizio amministrativo sono esattamente gli stessi, sia in relazione all'esercizio del potere discrezionale, sia in ordine all'impiego di discrezionalità tecnica.

Le valutazioni di ragionevolezza, logicità e coerenza, che sono riservate al giudice amministrativo per l'eventuale configurazione del vizio di eccesso di potere, se non consentono all'organo giudicante una sua sostituzione all'Amministrazione, tuttavia configurano un sindacato pregnante del giudice stesso sull'esercizio, in senso sostanziale, del potere discrezionale[22].

La pienezza del sindacato giurisdizionale nei confronti dell'attività discrezionale della pubblica amministrazione ha trovato chiara conferma nell'anticipazione, nell'ambito della giurisdizione generale di legittimità, delle indicazioni conformative dell'azione amministrative, che erano, in precedenza, proprie del giudizio di ottemperanza, non a caso,

[21] In tal senso, si segnala Cons. Stato, Sez. III, 25 marzo 2013, n. 1645, la quale, sulla via del sindacato pieno, ha precisato che "*anche materie o discipline connotate da un forte tecnicismo settoriale, infatti, sono rette da regole e principi che, per quanto "elastiche" o "opinabili", sono pur sempre improntate ad una intrinseca logicità e ad un'intima coerenza, alla quale anche la p.a., al pari e, anzi, più di ogni altro soggetto dell'ordinamento in ragione dell'interesse pubblico affidato alla sua cura, non può sottrarsi senza sconfinare nell'errore e, per il vizio che ne consegue, nell'eccesso di potere. Il giudice amministrativo, quindi, deve poter sempre verificare, anche mediante l'ausilio della c.t.u., se la p.a. abbia fatto buon governo delle regole tecniche e dei procedimenti applicativi che essa ha deciso, nell'ambito della propria discrezionalità, di adottare per l'accertamento o la disciplina di fatti complessi e se la concreta applicazione di quelle regole a quei fatti, una volta che esse siano prescelte dalla p.a., avvenga iuxta propria principia*".

[22] Cfr. G. SABBATO, *op. cit.*, 310: "Il limite del sindacato giurisdizionale sulla c.d. discrezionalità tecnica – in disparte le antinomie dovute a crisi classificatorie – deve potersi attestare su una linea di controllo che, senza ingerirsi nelle scelte discrezionali della Pubblica amministrazione, sia in grado di assicurare la legalità sostanziale del suo agire, per la sua intrinseca coerenza, anche e soprattutto in materie connotate da un elevato tecnicisimo".

esteso al merito, laddove il riesercizio del potere a seguito dell'annullamento giurisdizionale fosse stato mancante o sviato.

In ciò consiste la grande novità introdotta dall'art. 34, lett. e), c.p.a., in forza della quale, il giudice, nel pronunciare sentenza di accoglimento del ricorso, "*dispone le misure idonee ad assicurare l'attuazione del giudicato e delle pronunce non sospese, compresa la nomina di un commissario ad acta, che può avvenire anche in sede di cognizione con effetto dalla scadenza di un termine assegnato per l'ottemperanza*".

Le stesse valutazioni devono ammettersi in ordine ai provvedimenti connotati dall'esercizio di discrezionalità tecnica, per i quali, tuttavia, la ragionevolezza, la logicità e la coerenza della scelta del criterio risiedono nell'attendibilità stessa del criterio tecnico prescelto e nel rispetto del susseguente procedimento applicativo.

Ove il criterio sia attendibile ed il suo procedimento applicativo sia stato rispettato, la scelta del suo impiego è sempre ragionevole, logica e coerente, a prescindere dall'esistenza di altri criteri parimenti attendibili, ma non più di quello prescelto.

Infatti, "*non è* […] *l'opinabilità degli apprezzamenti tecnici dell'amministrazione che ne determina la sostituzione con quelli del giudice, ma la loro inattendibilità per l'insufficienza del criterio o per il vizio del procedimento applicativo*"[23] (Cons. Stato, Sez. IV, 19 gennaio 1999, n. 601).

Analogamente, pur con la relativa distinzione di oggetto, nell'ambito della discrezionalità amministrativa, la valutazione giudiziale di attendibilità consiste nel giudizio di ragionevolezza del bilanciamento degli interessi effettuato dall'Amministrazione, in quanto ove il Giudice ritenga detto bilanciamento ragionevole e proporzionato, non può procedere all'annullamento del provvedimento, a meno che non abbia in astratto individuato un bilanciamento dagli esiti più ragionevoli, secondo il principio di proporzionalità.

Emerge così, come sia per la discrezionalità amministrativa, sia per la discrezionalità tecnica, la ragionevolezza (*id est*, per la seconda, l'attendibilità) della scelta dell'Amministrazione costituisce il limite oltre il quale al Giudice è preclusa ogni valutazione.

[23] Inattendibilità, che, tuttavia, parimenti non consente una vera e propria sostituzione giudiziale, ma impone al giudice di demandare all'Amministrazione il compimento di una nuova scelta, essendo solo questa l'organo titolato all'esercizio del potere.

4. – *Il sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica tra effettività della tutela e separazione dei poteri*.

Il riconoscimento di tale limite esterno al sindacato, comunque pieno, del giudice amministrativo, necessario per assicurare il rispetto del principio di separazione dei poteri, deve essere verificato alla luce della giurisprudenza sovranazionale, che in nome di un "*fair trial*", depone verso il riconoscimento di una "*full jurisdiction*".

Infatti, il principio di effettività della tutela giurisdizionale, già immanente nella Carta costituzionale e successivamente declinato dalla Convenzione EDU (artt. 6 e 13) e dalla Carta di Nizza (art. 47), postula, secondo la giurisprudenza delle Corti europee, "*che il giudizio concretamente instaurato trovi il suo sbocco in un provvedimento di tutela idoneo ad assicurare la piena soddisfazione dell'interesse azionato*" (Cfr. Corte Giust., sentenza 15 maggio 1986, causa C-222/84, Johnson).

Dal canto suo, la Corte EDU, nella nota decisione *Menarini Diagnostics vs. Italia*, ha ritenuto che i giudici amministrativi italiani "*soddisfano i requisiti di indipendenza e di imparzialità del «giudice» di cui all'articolo 6 della Convenzione*"[24], in ragione, tra l'altro, del fatto che, nel caso esaminato, "*la competenza del giudice amministrativo non si è limitata ad un semplice controllo di legittimità*" [25], avendo "*potuto verificare se, in relazione alle particolari circostanze*

[24] In realtà già dalla pronuncia *Predil Anstalt S.A. vs. Italia*, n. 31993/96, 8 giugno 1999.

[25] Sebbene la Corte EDU abbia ritenuto rispettati i principi di cui all'art. 6 della Convenzione, degna di nota è la *dissenting opinion* manifestata dal giudice Pinto De Albuquerque, a tenore della quale "*la giurisdizione «piena» è giustamente caratterizzata dalla sua natura esaustiva, poiché essa può e deve comprendere tutti gli aspetti sia di fatto che di diritto della responsabilità per il presunto illecito. La giurisdizione non è «piena» se non è esaustiva. La «pienezza» della giurisdizione implica necessariamente la sua esaustività. Nella logica pura, sono contraddittorie le proposizioni che presentano qualità incompatibili, come ad esempio: il giudice controlla pienamente la decisione amministrativa ma non può sostituire la propria valutazione tecnica a quella della decisione amministrativa. Per un'implicazione logica elementare, una sola di queste proposizioni è vera, l'altra è falsa. In questo caso, è la seconda parte della frase nell'esempio ad essere falsa. Seguendo l'interpretazione «debole», i fatti sono realmente accertati dalle autorità amministrative e, in pratica, non possono essere contestati dalle persone condannate davanti ad un «tribunale».* ["*En suivant l'interprétation «faible», les faits sont réellement établis par les autorités administratives et dans la pratique ils ne peuvent être contestés par les condamnés devant un «tribunal»*"] *Così, le autorità amministrative decidono in prima e ultima istanza sui fatti, soprattutto per quanto riguarda la valutazione del contesto economico del comportamento sanzionato e la definizione di concetti giuridici indeterminati. L'applicazione di concetti giuridici fondamentali come il mercato rilevante, l'abuso di posizione dominante e le intese che limitano la concorrenza è effettivamente sottratta al controllo giurisdizionale. Il giudice amministrativo si converte in questo modo in un organo subalterno del potere giudiziario, che deve inchinarsi dinanzi alle onnipotenti autorità amministrative. Pertanto, il contenzioso sulle sanzioni amministrative non concerne l'eccesso di potere perché un ricorso avverso un eccesso di potere non soddisfa i requisiti di cui all'articolo 6 della Convenzione. Come sostengono Delmas-Marty e Teitgen-Colly, il ricorso per eccesso di potere è caratterizzato da una «mancanza di controllo in termini di punizione» (si veda Delmas-Marty e Teitgen-Colly, Punir sans juger? De la répression administrative au droit administratif pénal, Paris, Economica, 1992, p. 124). Bisogna riconoscere un ampio ricorso alla giurisdizione estesa al merito e alla sostanza di tutti gli elementi di fatto e di diritto su cui si basa l'attribuzione di responsabilità per un illecito amministrativo, seguendo l'esempio della giurisprudenza della Corte Costituzionale tedesca stabilita dalla sentenza del 14 ottobre 1958 sulla compatibilità della Bussgeldverfahren con la Grundgesetz, in cui la Corte Costituzionale ha affermato che la costituzionalità di questa procedura è stata garantita*

della causa, l'AGCM aveva fatto uso appropriato dei suoi poteri" ed "*esaminare l'adeguatezza e la proporzionalità della misura della AGCM e anche controllarne le valutazioni di ordine tecnico*"[26].

---

dal fatto che «i tribunali sono abbastanza liberi nella determinazione e valutazione giuridica dei fatti e possono anche determinare a loro discrezione il quantum della sanzione ad esclusione della reformatio in pejus» (vedere la dottrina tedesca uniforme, Göhler, Ordnungswidrigkeitengesetz, 15. Auflage, München, Beck, pp. 351 e 668, Rebmann, Roth e Herrmann, Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, Band 1, Stuttgart, Kohlhammer, annotazione 2 al § 65, e Wolfgang Ferner, Gesetz über Ordnungswidrigkeiten Kommentar, Band 1, Köln, Luchterhand, annotazione 1 al § 67, e nella dottrina francese, Romain Tinière, La notion de «pleine juridiction» au sens de la Convention européenne des droits de l'homme et l'office du juge administratif, in Revue française de droit administratif, luglio-agosto 2009, pp. 735-737, e Catherine Mamontoff, La notion de pleine juridiction au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et ses implications en matière de sanctions administratives, in Revue française de droit administratif, 15, sett.-ott.1999, pp. 1009-1015). L'ampiezza del concetto di giurisdizione estesa al merito per le sanzioni amministrative è confermata anche dall'articolo 31 del Regolamento (CE) n. 1/2003 del 16 dicembre 2002 concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato che prevede la giurisdizione estesa al merito (nel testo inglese, unlimited jurisdiction) della Corte di giustizia sulle condanne della Commissione per violazione delle norme a tutela della libera concorrenza. Tale giurisdizione estesa al merito include il potere della Corte di giustizia di sostituire la propria valutazione di fatto e di diritto a quella della Commissione, e di farlo anche in assenza di un errore significativo della Commissione (vedere, circa gli sviluppi della giurisprudenza comunitaria, Florian Schmidt, Die Befugnis des Gemeinschaftsrichters zu unbeschränkter Ermessensnachprüfung, Baden-Baden, Nomos, 2004, p.144-163, Taehi Hwang, Das Sanktionensystem des europäischen Kartellrechts nach der VO 1/2003, Hamburg, Verlag Dr. Kovac, 2007, pp. 105-106, e Melchior Wathelet et Jonathan Wildmeersch, Contentieux européen, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 230-233). La discussione sulla compatibilità dell'interpretazione «debole» dei poteri di controllo giurisdizionale con il regime convenzionale non si limita all'articolo 6 della Convenzione e deve essere condotta a un livello più profondo. Questa interpretazione pone anche seri problemi riguardo al principio della separazione dei poteri e al principio di legalità delle sanzioni (articolo 7 della Convenzione) (a questo proposito, si vedano le considerazioni di Catherine Mamontoff, op. cit., pp. 1010 e 1021). In termini di principi, l'applicazione delle sanzioni pubbliche travalica le tradizionali funzioni dell'amministrazione e compete solo a un giudice. Se la verifica delle condizioni di fatto per l'applicazione di una sanzione pubblica fosse riservata a un organo amministrativo, senza un successivo controllo rigoroso da parte dei giudici, tali principi sarebbero completamente disattesi. L'accettazione di un diritto «pseudo-penale» o di un diritto penale «a due velocità», in cui l'amministrazione esercita un potere di punizione, infliggendo a volte delle sanzioni pecuniarie estremamente severe, senza applicare le tradizionali garanzie del diritto e della procedura penale, avrebbe due conseguenze inevitabili: l'usurpazione da parte delle autorità amministrative della prerogativa del potere giudiziario di punire e l'affidamento della tutela delle libertà individuali ad una amministrazione onnipotente. Se ragioni di efficienza e complessità tecnica della moderna funzione amministrativa possono giustificare l'attribuzione di un potere sanzionatorio alle autorità amministrative, tuttavia esse non possono giustificare che la pubblica amministrazione abbia l'ultima parola sull'esercizio del potere punitivo. L'auspicabile processo di depenalizzazione non può diventare un assegno in bianco rilasciato all'amministrazione. Bisogna che, al termine della procedura sanzionatoria amministrativa, ci sia un giudice al quale gli amministrati possano rivolgersi per chiedere giustizia, senza alcun limite. Il principio sotteso all'interpretazione «debole» dei poteri di controllo dei giudici amministrativi resta il potere discrezionale dell'amministrazione, anche nel campo delle sanzioni amministrative (si veda l'estratto citato della sentenza del Consiglio di Stato n. 2199/2002). Questa posizione di principio è insostenibile. Se vi è un settore in cui l'assoluta discrezionalità del potere amministrativo non può essere ammessa in uno stato di diritto, è quello delle sanzioni amministrative. Lo stato di diritto, che si basa sul primato delle libertà individuali, è per sua natura incompatibile con la libera discrezionalità in materia di sanzioni amministrative. L'interpretazione «debole» dei poteri dei giudici amministrativi in questo settore può essere intesa solo come un residuo dello Stato di polizia intrinsecamente in contrasto con le libertà individuali". L'opinione si conclude con "*una nota di ottimismo*", data dal fatto che "*l'interpretazione «debole» dei poteri di controllo dei tribunali amministrativi sulle sanzioni imposte dalle autorità amministrative è stata infine abolita dal nuovo codice di procedura amministrativa, che prevede esplicitamente nell'articolo 134, lettera c) la «giurisdizione estesa al merito» dei tribunali amministrativi per le sanzioni pecuniarie amministrative, ivi comprese quelle imposte dalle autorità amministrative indipendenti. Dal momento dell'entrata in vigore del nuovo codice, i giudici amministrativi italiani potranno controllare in totum le decisioni di applicazione delle sanzioni amministrative. Il legislatore italiano ha riconosciuto l'errore e si è avviato sulla strada giusta*".

[26] La decisione della Corte di Strasburgo riguardava un provvedimento sanzionatorio dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato. Tali provvedimenti costituiscono terreno di sindacato del giudice amministrativo esteso al merito, ai sensi dell'art. 134, comma 1, lett. c), cpa, nell'esercizio del quale, ai sensi dell'art. 7 cpa, "*il giudice amministrativo può sostituirsi all'amministrazione*". È interessante notare che l'opinione dissenziente del Giudice Pinto De Albuquerque postula un controllo giurisdizionale sostitutivo sugli atti sanzionatori dell'AGCM, muovendo dal

Gli insegnamenti dei giudici sovrastatali, a ben guardare, non postulano un sindacato del giudice amministrativo che impinga nel merito delle scelte della pubblica amministrazione, ma depongono nel senso per cui il giudice, per soddisfare i requisiti previsti dagli artt. 6 e 13 CEDU, nonché dall'art. 47 della Carta di Nizza e, conseguentemente, garantire un *fair trial* ed una tutela giurisdizionale effettiva, siano posti nella condizione di poter valutare la ragionevolezza delle decisioni dell'Amministrazione, sotto il profilo della proporzionalità.

Ed allora scolorano le tesi che propugnano un contrasto tra il sindacato di legittimità del giudice amministrativo italiano ed il principio di effettività della tutela giurisdizionale, in quanto, al primo, è pacificamente riconosciuto il sindacato di ragionevolezza sui provvedimenti dell'Amministrazione, siano essi esercizio di discrezionalità amministrativa generale o di discrezionalità tecnica[27].

---

presupposto per cui l'assetto della separazione dei poteri riserverebbe il potere sanzionatorio all'organo giurisdizionale e non a quello amministrativo, se non in via del tutto eccezionale, temperata dalla possibilità di un ricorso effettivo al giudice. Muovendo da tale premessa, l'opinione *de qua* riesce a coniugare sindacato di merito del Giudice amministrativo, nel senso di sindacato sostitutivo e rispetto del principio di separazione dei poteri. In proposito, cfr. R. GIOVAGNOLI, *Autorità indipendenti e tecniche di sindacato giurisdizionale*, Relazione al Convegno "*Le Autorità amministrative indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello di vigilanza e regolazione dei mercati*", Roma, Palazzo Spada, 28 febbraio 2013. L'A., riprendendo G. SEVERINI*, Sanzioni amministrative (processo civile)*, in *Enc. dir.*, *Agg.*, VI, Milano, 2002, 1005 ss., sostiene che "il fondamento della giurisdizione ordinaria sulle sanzioni deve […] essere ricercato nella circostanza che il giudice ordinario è storicamente e tradizionalmente il giudice delle "punizioni" dei comportamenti umani, il principale titolare della funzione punitiva, funzione che solo provvisoriamente e per ragioni deflattive della giurisdizione viene svolta dalla p.a. […]. Secondo questa prospettiva, l'ordinanza – ingiunzione è solo *provocatio ad opponendum* e rappresenta un intervento provvisorio destinato ad essere sostituito, su volontà del destinatario-opponente, dall'intervento del giudice: […] ogni potestà sanzionatoria punitiva resta in ultimo espressiva della giurisdizione (*nulla poena sine iudicio*), non per i beni incisi, quanto per il fatto stesso della valutazione e retribuzione dei comportamenti antigiuridici: la restituzione alla giurisdizione di quanto precariamente traslato nell'attività ad essa alternativa giustifica l'eccezionale ma strumentale potere di annullamento di un atto, a ben vedere solo soggettivamente, amministrativo". Una soluzione intermedia è stata, peraltro, proposta dallo stesso R. GIOVAGNOLI, in *op. cit.*, 2013, nel senso che "la giurisdizione estesa al merito riguarda […] solo l'importo della sanzione, ma non anche la valutazione di esistenza dei suoi presupposti" (R. GIOVAGNOLI, *op. cit.*, 2013). In punto di sindacato giurisdizionale sugli atti delle Autorità amministrativa indipendenti, cfr., *ex plurimis*, anche G. SABBATO, *op. cit.*, 2018; A. TORTORA, *La discrezionalità tecnica e il sindacato giurisdizionale delle Autorità indipendenti*, in *www.contabilità-pubblica.it*, 2019; R. CHIEPPA, *La tutela giurisdizionale*, in G.P. Cirillo – R. Chieppa (a cura di), *Le autorità amministrative*, CEDAM, Padova, 2010; M. SANINO, *La tutela giurisdizionale nei confronti degli atti delle Autorità indipendenti*, CEDAM, Milano, 2019; C. CONTESSA, *Forme e metodi del sindacato giurisdizionale sugli atti delle Autorità indipendenti*, in C. Contessa, P. Del Vecchio, *Codice delle Comunicazioni Elettroniche Commentato e Annotato articolo per articolo*, Piacenza, La Tribuna, 2018; F. CARINGELLA, *Il controllo giurisdizionale su atti e comportamenti dell'Autorità Antitrust*, in AA. VV., *Il controllo del giudice amministrativo sulla discrezionalità tecnica e, in particolare, sugli atti delle Autorità indipendenti. VII Colloquio Italiano – Spagonolo*, Giuffré, Milano, 2009, 127 ss.

[27] In tal senso, si richiama nuovamente Cons. Stato, Sez. III, 25 marzo 2013, n. 1645, che ricorda come "*la giurisprudenza di questo Consiglio, nel tentativo di superare l'angusta e, per certi versi, riduttiva contrapposizione sindacato forte-debole, si è attestata su una linea ermeneutica secondo la quale ciò che rileva non è tanto la qualificazione del controllo come "forte" o "debole", ma "l'esercizio di un sindacato comune a livello comunitario, in cui il principio di effettività della tutela giurisdizionale sia coniugato con la specificità di controversie, in cui è attribuito al giudice il compito non di esercitare un potere, ma di verificare – senza alcuna limitazione – se il potere a tal fine attribuito all'Autorità antitrust sia stato correttamente esercitato" (Cons. St., sez. VI, 20.2.2008, n. 595). Questa giurisprudenza ha messo in rilievo come il sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica, ben al di là di viete e stereotipe formule definitorie, sia effetto e, insieme, garanzia, a livello nazionale ed europeo, della legalità dell'azione amministrativa, sulla quale il giudice*

Ciò che non può fare il giudice è sostituirsi all'Amministrazione nella valutazione di opportunità, ovvero quella valutazione che l'Amministrazione svolge nell'ambito del pregiuridico, la c.d. sfera del merito amministrativo, e, relativamente all'esercizio della discrezionalità tecnica, nella scelta del criterio da adottarsi, anche se il criterio prescelto sia opinabile e tuttavia parimenti attendibile, ma non inconferente, irrazionale o illogico.

La distinzione tra il merito amministrativo e la discrezionalità segue quella tra volontà e valutazione: il primo è insindacabile, attenendo all'opportunità di una scelta o di un'altra liberamente apprezzabile dall'amministrazione nel perseguimento dell'interesse pubblico; la seconda è sempre sindacabile sia essa amministrativa o tecnica, rientrando nella sfera della razionalità e dell'attendibilità

Tale limitazione non contrasta con il diritto sovranazionale o con il diritto europeo, ma ne è, anzi, puntuale attuazione, in quanto espressione del principio di separazione dei poteri, che è principio generale e comune alla cultura costituzionale europea ed al suo patrimonio giuridico.

In tal senso, infatti, si è più volte espressa la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, avendo ritenuto che "*il principio della tutela giurisdizionale effettiva costituisce un principio generale del diritto dell'Unione, oggi espresso all'articolo 47 della carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (v, in tal senso, in particolare, sentenze Chalkor/Commissione, C-386/10 P, EU:C:2011:815, punto 52, e giurisprudenza ivi citata). Dalla giurisprudenza dell'Unione risulta quindi che, allorché è adito, ai sensi dell'articolo 263 TFUE, con un ricorso d'annullamento di una decisione di applicazione dell'articolo 81, paragrafo 1, CE, il Tribunale deve, in generale, sulla base degli elementi prodotti dal ricorrente a sostegno dei motivi invocati, esercitare un controllo completo relativamente alla questione se ricorrano o meno i requisiti di applicazione di tale disposizione (v., in tal senso, sentenze Remia e a./Commissione, 42/84, EU:C:1985:327, punto 34; Chalkor/Commissione, EU:C:2011:815, punti 54 e 62, nonché Otis e a., C-199/11, EU:C:2012:684, punto 59). Il Tribunale deve altresì verificare se la Commissione ha motivato la propria decisione (v., in tal senso, sentenze Chalkor/Commissione, EU:C:2011:815, punto 61 e giurisprudenza ivi citata,*

amministrativo, come ha chiarito anche la Corte Costituzionale nella sent. 204/2004 e nella sent. 191/2006, è chiamato ad esercitare il suo controllo quale "giudice naturale"".

nonché Otis e a. EU:C:2012:684, punto 60). In occasione di detto controllo, il Tribunale non può basarsi sul margine discrezionale di cui dispone la Commissione, in virtù del ruolo ad essa assegnato, in materia di politica della concorrenza, dai Trattati UE e FUE, per rinunciare ad esercitare un controllo approfondito tanto in fatto quanto in diritto (v., in tal senso, sentenze Chalkor/Commissione, EU:C:2011:815, punto 62, nonché Otis e a., EU:C:2012:684, punto 61). In particolare, se è vero che la Commissione dispone, in virtù di tale ruolo, di un margine discrezionale in materia economica, segnatamente in ambito di valutazioni economiche complesse, ciò non comporta che, come risulta dal punto precedente della presente sentenza, il Tribunale debba astenersi dal controllo della qualificazione giuridica di dati di natura economica operata dalla Commissione. Infatti, pur non spettando a quest'ultimo sostituire la propria valutazione economica a quella della Commissione, la quale ha in materia competenza istituzionale […], da una giurisprudenza ormai consolidata emerge che il giudice dell'Unione deve, in particolare, non soltanto verificare l'esattezza materiale degli elementi di prova invocati, la loro affidabilità e la loro coerenza, ma anche controllare se tali elementi costituiscono l'insieme dei dati rilevanti che devono essere presi in considerazione per la valutazione di una situazione complessa e se essi sono idonei a corroborare le conclusioni che ne sono tratte (v., in tal senso, in particolare, sentenze Chalkor/Commissione, EU:C:2011:815, punto 54 e giurisprudenza ivi citata, nonché Otis e a., EU:C:2012:684, punto 59)" (CGUE, Sez. III, 11 settembre 2014, C-67/13 P)[28].

Quindi sindacato pieno, ma non sostitutivo degli atti della Commissione europea quale modello generale, al più alto livello, di tutela giurisdizionale effettiva.

[28] Ed ancora la giurisprudenza della Corte di Giustizia europea, si è assestata nel senso per cui allorché un'Autorità, anche europea, "*è chiamata nell'esercizio delle sue attribuzioni, a compiere valutazioni complesse, dispone per tale motivo di un ampio potere discrezionale il cui esercizio è assoggettato ad un controllo giurisdizionale limitato, il quale non implica che il giudice comunitario sostituisca la sua valutazione degli elementi a quella di detta autorità. Talché il giudice comunitario si limita, in casi del genere, ad esaminare l'esattezza sostanziale dei fatti e le qualificazioni giuridiche che questa autorità ne ha desunto e, in particolare, se l'operato di quest'ultima non sia inficiato da errore manifesto o sviamento di potere, o se tale autorità non abbia manifestamente oltrepassato i limiti del proprio potere discrezionale*" (CGUE 21 gennaio 1999, C-120/1997, *Upjohn Ltd vs. The Licensing Authority established by the Medicines Act 1968 e a*.). L'insegnamento è stato più volte ripreso dalla successiva giurisprudenza, tanto da assurgere al rango di principio del diritto processuale europeo, che limita il controllo dei giudici comunitari relativamente alle "*valutazioni economiche complesse fatte dalla Commissione* […] *alla verifica del rispetto delle regole di procedura e di motivazione nonché dell'esattezza materiale dei fatti, dell'insussistenza di errore manifesto di valutazione e di sviamento di potere (sentenza Aalborg Portland e a./Commissione)*" (CGUE, *GlaxoSmithKline Services Unlimited vs. Commissione*, C – 501, 513, 515 e 519/09).

Detto schema di controllo giurisdizionale assicura la contemporanea salvaguardia del principio di separazione dei poteri, che concorre, con il principio personalista il principio democratico e la garanzia di un sistema di giustizia costituzionale a definire il patrimonio costituzionale comune dei Paesi dell'Unione Europea.

Pretendere, infatti, che il giudice possa sostituirsi alle valutazioni discrezionali della Pubblica Amministrazione importerebbe la fine del potere amministrativo, con la sua sottoposizione al potere giurisdizionale.

Se, da un lato, l'interesse pubblico, per sua natura, non si atteggia al pari dell'interesse privato, di fronte al quale, il giudice ordinario è tenuto ad arrestarsi a prescindere dalla sua condivisibilità in ossequio al principio d'insindacabilità dell'autonomia privata che non si ponga *contra legem*, l'individuazione del primo, tuttavia, rimane appannaggio esclusivo dell'Amministrazione, con la conseguenza che tale operazione può essere sanzionata dal giudice soltanto ove conduca a risultati irragionevoli e non quando questi siano meramente opinabili.

Ma ciò, come si è avuto modo di osservare, non inficia il principio di effettività della tutela, in quanto il ricorso al rimedio giurisdizionale, con il sindacato di ragionevolezza, che è parametro costituzionale, è pienamente garantito.

La tutela giurisdizionale avverso gli atti della pubblica amministrazione postula, infatti, che questi siano conformi alla legge e la ragionevolezza è presupposto di tale conformità.

Ipotizzare che il sindacato del giudice amministrativo possa spingersi oltre, ovvero fino a sanzionare le scelte amministrative legittime, ma opinabili, significa liberare il giudice dal vincolo di soggezione alla Legge e farne, insieme, giudice, amministratore e legislatore.

Richiamando alcune distinzioni care alla dottrina amministrativista, può agevolmente affermarsi che il principio di effettività della tutela giurisdizionale è rispettato e garantito allorquando il giudice amministrativo possa esercitare un sindacato pieno, ossia connotato da una conoscenza *funditus* di tutti i profili di fatto e di diritto che vengono in gioco nel processo intellettivo e volitivo dell'Amministrazione ed esteso all'individuazione di tutti i vizi dell'atto amministrativo.

Al di là dell'equivoca e superata distinzione tra sindacato forte e sindacato debole, i caratteri del giudizio ed il suo oggetto non importano violazione del principio di effettività della tutela giurisdizionale.

5. *Il criterio di "maggiore attendibilità"*.

Si può quindi affermare che la discrezionalità tecnica della Pubblica Amministrazione è tesa a individuare il criterio tecnico maggiormente attendibile, secondo le acquisizioni della comunità scientifica ed in ciò consiste la ragionevolezza della scelta. Il giudice amministrativo ha il potere di sindacare tale individuazione e tale scelta, utilizzando le usuali tecniche decisionali del giudizio amministrativo ed avvalendosi, se necessario, anche alla luce delle prospettazioni e degli apporti tecnici e conoscitivi delle parti, dei mezzi istruttori idonei allo scopo, quali la verificazione (art. 66 c.p.a.) e la consulenza tecnica (art. 67 c.p.a.).
Come ha di recente sostenuto autorevolissima dottrina, richiamando a conforto la Relazione del Presidente del Consiglio di Stato sull'attività della Giustizia amministrativa per l'anno 2020[29], "il giudice valuta se la scelta effettuata in concreto sia quella dotata di "maggiore attendibilità" e non semplicemente quella comunque riconducibile al novero delle opzioni possibili".
Infatti, se "in linea di principio non può essere dubbio che la pienezza della tutela implica che le scelte tecniche dell'Amministrazione sono sindacabili a fondo in sede giurisdizionale" non comportando valutazioni di opportunità, è "privo di senso che il sindacato sulla discrezionalità tecnica possa risolversi in un semplice accertamento di macroscopica irragionevolezza o marcata arbitrarietà delle scelte tecniche proposte (imposte) dall'Amministrazione"[30].

---

[29] Cfr. F. PATRONI GRIFFI, *Relazione sull'attività della giustizia amministrativa del Presidente del Consiglio di Stato*, Palazzo Spada, 5 febbraio 2020, 16: "Anche la cognizione, nel nuovo processo, assume una fisionomia ben diversa: non solo concerne la piena conoscenza del fatto (con l'ausilio degli strumenti probatori occorrenti), ma estende il controllo di legittimità alla discrezionalità tecnica. In virtù di ciò, in settori tradizionali (per esempio, quello dei beni culturali o dei concorsi universitari, mentre resiste quello degli esami di abilitazione) o di più recente rilevanza (soprattutto quello delle sanzioni e della regolazione economica, sia pure con accenti che devono restare differenti), l'area del merito amministrativo resta confinata alla scelta vera e propria, mentre il giudice valuta se la scelta effettuata in concreto sia quella dotata di "maggiore attendibilità" e non semplicemente quella riconducibile al novero delle opzioni possibili".

[30] Così F.G. SCOCA, *Il processo amministrativo ieri, oggi, domani*, in *Dir. proc. amm.*, n. 4, 2020, 1109 ss. L'A., con la solita chiarezza e perspicacia, nota che "l'aspetto più inquietante dell'orientamento giudiziale è la convinzione che la sostituzione in giudizio della scelta fatta dall'Amministrazione, come quella risultata la "più attendibile" a seguito della fase istruttoria sia possibile solo in esercizio della giurisdizione di merito", ossia "mai, essendo le ipotesi di giurisdizione estesa al merito assolutamente marginali", se non "inesistenti", poiché, a parte il giudizio di ottemperanza, in cui il giudice si sostituisce all'Amministrazione inadempiente al giudicato, nelle altre ipotesi previste dall'art. 134 CPA, "esula qualsiasi segmento, anche marginale, di discrezionalità amministrativa".

La discrezionalità tecnica inerisce alla conoscenza del fatto, che deve essere compiutamente identificato dal giudice, al pari del diritto, affinché sia rispettato il canone costituzionale del giusto processo (art. 111 Cost.), che presuppone la parità delle parti (e quindi anche della P.A. rispetto agli altri soggetti processuali).

È quindi la stessa Costituzione che impone il sindacato pieno della discrezionalità tecnica, affinché sia rispettato il principio di effettività della tutela giurisdizionale (art. 24 Cost.).

A ben guardare, trattasi di un sindacato ancora più ampio di quello della discrezionalità amministrativa, poiché la prima, a differenza della seconda, non è tesa a bilanciare interessi (attività riservata all'Amministrazione), ma ad individuare il criterio tecnico più attendibile con una valutazione scientificamente verificabile.

Il giudice amministrativo, pertanto, nel sindacare la scelta tecnica non si sostituisce all'Amministrazione (né esercita, in proposito, alcuna giurisdizione di merito), ma afferma la prevalenza della scelta tecnica "più attendibile".

Prof. Avv. Daniele Granara

Università di Genova

Pubblicato il 18 febbraio 2021

Il sindacato della Cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato per i soli motivi inerenti alla giurisdizione tra l'art. 111, co. 8, della Costituzione e il diritto dell'Unione europea: la parola alla Corte di Giustizia (*)

NOTA CRITICA ALL'ORDINANZA DELLE SEZIONI UNITE DELLA CORTE DI CASSAZIONE 18 SETTEMBRE 2020 N. 19598[1]

Sommario: 1. Il ricorso per cassazione avverso le decisioni del Consiglio di Stato e l'art. 111, comma ottavo, della Costituzione. Un punto fermo: la decisione della Corte costituzionale n. 6 del 2018. Il concetto di "*motivi inerenti alla giurisdizione*" e l'applicazione uniforme delle Sezioni Unite. - 2. Il caso concreto e le tre distinte questioni sollevate dall'ordinanza. - 3. La posizione della Corte costituzionale: la critica alla teoria della *giurisdizione dinamica* e la risposta della Cassazione. L'opinabile scelta del rinvio alla CGUE. - 4. La non improbabile valutazione della CGUE di non intromettersi nel dibattito interno tra le Corti nazionali. - 5. L'analisi del primo quesito. La Cassazione come giudice di ultimo grado sulle violazioni del diritto UE e il chiaro disegno della Costituzione. L'irrilevanza della questione per l'ordinamento europeo. Gli argomenti espressi dall'ordinanza. L'assenza di critiche alla decisione della Corte costituzionale. - 6. La violazione del diritto UE integra sempre un'ipotesi di carenza di potere per esercizio di un potere normativo con contestuale violazione della sovranità dell'Unione europea? L'abbandono della tesi del *rifiuto*, o *arretramento* di giurisdizione. - 7. L'asserita minaccia alla sovranità delle istituzioni europee e la posizione istituzionale della Cassazione. - 8. Il potere-dovere di prevenire la violazione del diritto UE, immanente fino a quando il giudizio non è definito dal giudicato. Il ruolo del giudizio di revocazione e l'asserito favore per il sindacato della cassazione. - 9. Il nodo centrale dell'argomentazione della Cassazione: L'autonomia procedurale degli Stati membri non giustificherebbe la soluzione dell'ordinamento italiano; non sarebbero rispettati i principi-cardine di equivalenza e di effettività della tutela giurisdizionale. - 10. L'assetto italiano viola il principio di *effettività* nella tutela giurisdizionale delle posizioni giuridiche protette dal diritto UE? L'equivoco della asserita necessità della verifica in concreto. - 11. La soluzione indicata dalla Costituzione italiana minerebbe la certezza del diritto. - 12. L'oggetto della questione: l'illegittimità comunitaria dell'art. 111, comma ottavo, della Costituzione. - 13. Il potere della Cassazione giustificato dalla finalità di prevenzione delle violazioni del diritto dell'Unione europea prima del passaggio in giudicato della sentenza e la responsabilità patrimoniale dello Stato - 14. Il problema della riparazione

---

(*) **Articolo pubblicato sulla Rivista on-line *GiustiziaInsieme*, 11 dicembre 2020**

[1] Le opinioni espresse in questo scritto non riflettono necessariamente la posizione del Consiglio di Stato e non intendono interferire sulla definizione del contenzioso in atto.

in forma specifica delle accertate violazioni giurisdizionali del diritto UE: i limiti del sistema delineato dalla legge 117/1988 e la revocazione. Le possibili correzioni, a normazione vigente e nell'ottica di una ipotetica riforma. - 15. Il giudice nazionale unico della nomofilachia europea? Esiste una previsione UE in tal senso? Il favore per il controllo giurisdizionale diffuso sull'applicazione del diritto UE. - 16. La prospettiva europea della CEDU: Cassazione e Consiglio di Stato come Corti di ultima istanza, paritariamente garanti dell'attuazione nazionale del diritto convenzionale, abilitati a sollevare la questione pregiudiziale facoltativa davanti al giudice di Strasburgo. - 17. La seconda questione proposta dalla Cassazione: la violazione dell'obbligo di rinvio pregiudiziale e i suoi rimedi. L'applicabilità dell'art. 111, comma ottavo. Dubbi sull'autonomia del problema e della sua rilevanza nella precedente vicenda, in assenza di un motivo di ricorso sul punto. - 18. L'individuazione dei casi in cui si verifica la violazione dell'obbligo del rinvio. Le conseguenze secondo l'ordinamento comunitario e secondo il diritto interno. la difficile conciliazione logica tra la posizione di giudice di "ultima istanza" e la sindacabilità della decisione negativa davanti a un altro giudice. - 19. La ricerca della delimitazione dei casi di violazione dell'obbligo di rinvio pregiudiziale. I possibili rimedi: revocazione per errore sul "fatto processuale"; la tesi del ricorso per violazione dei limiti della giurisdizione nazionale: la natura meramente procedimentale del vizio. - 20. Il terzo quesito: il problema della legittimazione al ricorso e la complessità delle diverse fattispecie sostanziali, anche in relazione allo sviluppo processuale del contenzioso concreto. - 21. La riapertura del dibattito sull'ambito del sindacato della Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato.

1. Il ricorso per cassazione avverso le decisioni del Consiglio di Stato e l'art. 111, comma ottavo, della Costituzione. Un punto fermo: la decisione della Corte costituzionale n. 6 del 2018. Il concetto di "*motivi inerenti alla giurisdizione*" e l'applicazione uniforme delle Sezioni Unite.

L'ordinanza 18 settembre 2020 n. 19598 delle Sezioni Unite ha bruscamente acceso i riflettori sul tema dell'interpretazione dell'art. 111, comma ottavo, della Costituzione: "*Contro le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti il ricorso in Cassazione è ammesso per i soli motivi inerenti alla giurisdizione*"[2].

[2] Per l'indicazione di alcuni dei principali contributi sul tema, si rinvia a M.V. FERRONI,*Il Ricorso in Cassazione avverso le sentenze del Consiglio di Stato*, Padova, Cedam, 2005 e I. ZINGALES, *Pubblica amministrazione e limiti alla giurisdizione tra principi costituzionali e strumenti processuali*, Milano, 2007; M.A. SANDULLI, *Finalmente "definitiva" certezza sul riparto di giurisdizione in tema di "comportamenti" e sulla c.d. "pregiudiziale" amministrativa? Tra i due litiganti vince la "garanzia di piena tutela" (a primissima lettura in margine a Cass., Sez. Un., 13659, 13660 e 13911 del 2006)*, in *Riv. giur. ed.*, 2006; R. VILLATA, *Corte di Cassazione, Consiglio di Stato e c.d. pregiudiziale amministrativa*, in *Dir. proc. amm*., 2009); M. MAZZAMUTO, *L'eccesso di potere giurisdizionale del giudice della giurisdizione*, in *Dir. Proc. Amm*., 2012, IV, p. 1677 ss.; A. CORPACI, *Note per un dibattito in tema di sindacato della Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato*, in *Dir. Pubbl*., I, 2013, p. 341 e ss.; R. VILLATA,*Sui "motivi inerenti alla giurisdizione"*, in *Riv. dir. proc*., 2015, 632 ss.; P. PATRITO, *I "Motivi inerenti alla giurisdizione" nell'impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato*, Napoli, 2016; R. DE NICTOLIS, *L'eccesso di potere giurisdizionale (tra ricorso per "i soli motivi inerenti alla giurisdizione" e ricorso per "violazione di legge")*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2017; F. FRANCARIO, *Il sindacato della Cassazione sul rifiuto di giurisdizione*, in *Libro dell'anno del diritto*, Treccani, Roma, 2017; C.E. GALLO, *Il controllo della*

La questione, seppure di evidente complessità[3], sembrava definitivamente chiusa, in modo coerente e lineare, dopo l'intervento chiarificatore della sentenza della Corte Costituzionale 18 gennaio 2018 n. 6. In tale occasione la Consulta ha affrontato il tema in modo approfondito, superando radicalmente alcune precedenti oscillazioni giurisprudenziali e smentendo perentoriamente l'orientamento minoritario emerso nella più recente – ma non univoca - giurisprudenza della Cassazione, favorevole ad un certo ampliamento del concetto di "*motivi inerenti la giurisdizione*", letto in una chiave asseritamene *dinamica* od *evolutiva*, volta ad estendere il perimetro del controllo della Cassazione in ulteriori ambiti, variamente definiti dalle singole pronunce, anche in funzione dei percorsi argomentativi prescelti[4].

Nella tendenza ampliatrice si possono inscrivere le pronunce che, muovendo dalla nuova formulazione dell'art. 111, comma primo, della Costituzione, secondo cui "*La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge*", hanno, di volta in volta:

- dilatato il concetto di "*rifiuto di giurisdizione*", comprendendovi il caso in cui il giudice amministrativo affermi, erroneamente, l'esistenza di una preclusione processuale tale da impedire la valutazione del merito della domanda;

Cassazione sul rifiuto di giurisdizione del Consiglio di Stato, in www.giustizia-amministrativa.it, 2017; M.A. SANDULLI, *A proposito del sindacato della Corte di Cassazione sulle decisioni dei giudici amministrativi*; A. PANZAROLA, *Il controllo della Corte di cassazione sui limiti della giurisdizione del giudice amministrativo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ*., I, 2018; A. CASSATELLA, *L'eccesso di potere giurisdizionale e la sua rilevanza nel sistema di giustizia amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl*., n. 2 del 2018; P. TOMAIUOLI, *L'altolà della Corte Costituzionale alla giurisdizione dinamica (a margine della sentenza n. 6 del 2018)*, in *Consulta online*, I, 2018; A. POLICE-F. CHIRICO, *I «soli motivi inerenti alla giurisdizione» nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in *Il Processo*, I, 2019, 113 ss.

[3] Secondo M.A. SANDULLI, *Guida alla lettura dell'ordinanza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione n. 19598 del 2020*, Giustiziainsieme, peraltro, "*Il problema dell'ambito del potere di "cassazione" delle pronunce del Consiglio di Stato e della Corte dei conti previsto dall'art. 111, comma 8, Cost. non è nuovo e, soprattutto, non è legato ai rapporti con il diritto UE. Mario Nigro, nella sua "Giustizia amministrativa", negli anni '70, rappresentava l'esigenza di "precisare l'ambito della verifica che la Cassazione è chiamata a compiere", riportando le diverse formule usate dal Codice processuale civile e dalla Costituzione, per rilevare che "nessuna di tali disposizioni, come si vede, è idonea a fornire precisazioni circa il detto ambito"*.

[4] La sentenza n. 30254 del 23 dicembre 2008 delle Sezioni Unite, cassando la decisione dell'Adunanza Plenaria, che aveva affermato il principio della "pregiudiziale di annullamento quale condizione per poter promuovere l'azione risarcitoria a tutela degli interessi legittimi, per "rifiuto della giurisdizione", afferma che, alla luce della "convergenza" degli artt. 24, primo comma, 113, primo e secondo comma, e 111, primo comma ("che, mediante i principi del giusto processo e della sua ragionevole durata, esprime quello di effettività della tutela giurisdizionale"), il termine "giurisdizione", per quanto interessava ai fini della questione sottoposta alla Suprema Corte, "è termine che va inteso nel senso di tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi e dunque in un senso che comprende le diverse tutele che l'ordinamento assegna ai diversi giudici per assicurare l'effettività dell'ordinamento". La conseguenza di tale ragionamento era che "Se attiene alla giurisdizione l'interpretazione della norma che l'attribuisce, vi attiene non solo in quanto riparte tra gli ordini di giudici tipi di situazioni soggettive e settori di materia, ma vi attiene pure in quanto descrive da un lato le forme di tutela, che dai giudici si possono impartire per assicurare che la protezione promessa dall'ordinamento risulti realizzata, dall'altro i presupposti del loro esercizio".

- ipotizzato la possibilità di sindacare pronunce del Consiglio di Stato giudicate "*abnormi*", in quanto caratterizzate dalla asserita evidenza di un errore sull'applicazione della disciplina sostanziale o processuale;

- hanno ritenuto che la violazione di norme di derivazione europea (siano esse dell'UE o della Convenzione europea dei diritti dell'Uomo) comporti il travalicamento dei confini dei poteri di cognizione del giudice amministrativo, sia pure con riguardo al contrasto evidente con una decisione, anche successiva, della Corte di giustizia dell'Unione europea (CGUE)[5].

Secondo la Corte costituzionale, nessuna di queste ipotizzate letture *evolutive* è compatibile con la ratio e con la lettera dell'art. 111, co. 8, della Costituzione.

In particolare, con la decisione n. 6/2018, la Consulta, confutando analiticamente i diversi argomenti espressi dai nuovi filoni ermeneutici emersi nella giurisprudenza della Cassazione, ha riaffermato la tesi più tradizionale e rigorosa, fedele alla lettera e allo spirito della disposizione costituzionale, tenuta ferma per oltre un settantennio[6] dalle stesse Sezioni Unite, che delinea la portata dello strumento del ricorso per Cassazione, in conformità al disegno pluralistico delle giurisdizioni, voluto dal Costituente.

In questo senso, quindi, il *decisum* della Corte costituzionale, lungi dal rappresentare una svolta "restrittiva" del precedente diritto vivente, non fa che riprendere il filo ininterrotto di una lettura omogenea dell'art. 111 della Costituzione, sufficientemente chiara e certa nel suo funzionamento pratico[7].

La Corte costituzionale afferma perentoriamente che la tesi estensiva, secondo cui il ricorso in Cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione dovrebbe comprendere anche il sindacato su *errores in procedendo* o *in iudicando* in cui sia eventualmente incorso il giudice amministrativo di ultimo grado, non può affatto qualificarsi "*evolutiva*" e "*dinamica*", perché essa è comunque incompatibile con la lettera e lo spirito della norma costituzionale.

Ne consegue, pertanto, che deve ritenersi inammissibile ogni interpretazione che consenta una più o meno completa assimilazione del ricorso in Cassazione avverso le sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei conti per "motivi inerenti

---

[5] Secondo la decisione n. 2242 del 6 febbraio 2015, pure largamente citata nell'ordinanza in commento, "in tema di impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato, il controllo del rispetto del limite esterno della giurisdizione (che l'articolo 111 Cost., u.c. affida alla Corte di cassazione) non include anche una funzione di verifica finale della conformità di quelle decisioni al diritto dell'Unione europea, neppure sotto il profilo dell'osservanza dell'obbligo di rinvio pregiudiziale ex articolo 267, comma 3, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea.

[6] Come osserva esattamente TRAVI, op. cit.

[7] Su un altro terreno, si pongono le considerazioni sulla opportunità di una revisione costituzionale che attenui o cancelli il sistema pluralistico vigente. Il problema attuale consiste nel verificare quale spazio possano avere tesi interpretative "evolutive", che superino il dato letterale della disciplina scritta.

alla giurisdizione" con il ricorso in Cassazione per violazione di legge, previsto dalla Costituzione solo in relazione alle decisioni dei giudici speciali.

La sentenza n. 6/2018 chiarisce, poi, che l'intervento delle sezioni unite, in sede di controllo di giurisdizione, nemmeno può essere giustificato dalla prospettata violazione di norme dell'Unione europea o della CEDU, non essendo peraltro chiaro, nell'ordinanza di rimessione e nella stessa giurisprudenza ivi richiamata, se ciò valga sempre ovvero solo in presenza di una sentenza sopravvenuta della Corte di giustizia o della Corte di Strasburgo, caso in cui la giurisprudenza costituzionale auspica la previsione di un nuovo caso di revocazione ai sensi dell'art. 395 c.p.c., mediante un intervento legislativo idoneo.

In questa rigorosa prospettiva, pertanto, la nozione di "*eccesso di potere giudiziario*", sindacabile mediante il ricorso ex art. 111, comma 8, va riferito alle sole ipotesi di *difetto assoluto di giurisdizione*, e cioè quando il Consiglio di Stato o la Corte dei conti affermi la propria giurisdizione nella sfera riservata al legislatore o all'amministrazione (cosiddetta *invasione* o *sconfinamento*), ovvero, al contrario, la neghi sull'erroneo presupposto che la materia non può formare oggetto, in via assoluta, di cognizione giurisdizionale (cosiddetto *arretramento*); nonché alle fattispecie del *difetto relativo di giurisdizione*[8].

La posizione coerente della Corte costituzionale si svolge anche attraverso la chiara affermazione secondo cui il concetto di *controllo di giurisdizione* affidato dalla Costituzione alla Cassazione, così puntualmente delineato, non ammette nemmeno

---

[8] Si veda l'accurata ricostruzione di M.A. SANDULLI, op. cit., la quale, richiamando M. NIGRO, osserva che "le ipotesi di sconfinamento nel terreno di attività di organi legislativi e costituzionali si possono ritenere meramente teoriche e che lo sconfinamento nel campo legislativo si avrebbe quando il giudice non applica la norma esistente, ma una norma da lui creata e aggiungeva "ma è chiaro che di solito si tratta di mera e legittima attività interpretativa del giudice" (a sostegno dell'affermazione, citava le sentenze delle Sezioni Unite nn. 2543 del 1954 e 304 del 1967 e, in diverso senso, soltanto la sentenza n. 333 del 1946 che aveva annullato per eccesso di potere giurisdizionale una decisione della Commissione per i ricorsi in materia di proprietà intellettuale per avere applicato una norma che, a giudizio della stessa Suprema Corte, era incostituzionale per eccesso di delega. Lo stesso Autore riconduceva poi alla tipologia "sconfinamento in campo riservato ad altro organo costituzionale" l'ipotesi in cui il giudice esamina tanto a fondo una questione di legittimità costituzionale da superare i limiti di valutazione della non manifesta infondatezza, dando però atto della circostanza che la Suprema Corte aveva escluso un tale caso di sconfinamento con la sentenza n. 82 del 1968. Da ultimo, sottolineava che la tendenza a estendere il difetto giurisdizione al di là dei limiti in cui lo colloca l'articolo 37 aveva portato la Cassazione a comprendervi i vizi inerenti alla stessa posizione dell'organo giurisdizionale (organo privo della indipendenza) o alla sua costituzione (collegio composto da un numero di membri diverso da quello fissato dalla legge), nonché "la mancata motivazione" e aggiungeva che, con riferimento all'impugnativa di decisioni dei giudici amministrativi, la Cassazione aveva invece "giustamente negato" che rientrassero fra i motivi attinenti alla giurisdizione le denunce di vizi di extra o ultra petizione, di violazione del giudicato e di "improponibilità del ricorso per carenza di legittimazione ed interesse ad agire (Cass. 3145/1983) o per tardività del ricorso".

soluzioni intermedie, come quella pure proposta dal giudice *a quo*, espressione di un indirizzo minoritario e "moderato" delle Sezioni Unite, secondo cui la lettura estensiva dell'art. 111, co. 8, dovrebbe essere limitata ai casi in cui si sia in presenza di sentenze "*abnormi*" o "*anomale*", ovvero di un ipotizzato "*stravolgimento*", a volte definito "*radicale*", delle "norme di riferimento". Infatti, attribuire rilevanza al dato qualitativo della gravità del vizio è, sul piano teorico, incompatibile con la definizione degli ambiti di competenza e, sul piano fattuale, foriero di incertezze, in quanto affidato a valutazioni contingenti e soggettive[9].

La lettura dell'art. 111, co. 8 esposta dalla Corte costituzionale è stata costantemente confermata dalla successiva giurisprudenza delle Sezioni Unite[10], senza riserve o limiti[11], sino alla pronuncia dell'ordinanza n. 19598/2020, la quale, invece, manifesta un netto e motivato dissenso nei confronti delle conclusioni

---

[9] La Corte aggiunge che alla competenza naturale della Corte costituzionale, quale interprete ultimo delle norme costituzionali e di quelle che regolano i confini e l'assetto complessivo dei plessi giurisdizionali, spetta verificare l'affermazione delle sezioni unite della Cassazione (come organo regolatore della giurisdizione e non nell'esercizio della funzione nomofilattica), quale giudice rimettente, circa la sussistenza di un motivo di ricorso inerente alla giurisdizione, quale presupposto della legittima instaurazione del giudizio *a quo*.

In questo modo, la Corte costituzionale compie una duplice precisazione:

- La verifica del rispetto dell'art. 111, comma ottavo, va svolta anche ai fini dell'ammissibilità della questione incidentale di costituzionalità proposta dalle Sezioni Unite;
- Trattandosi di stabilire il significato di una disposizione di rango costituzionale, tale compito è istituzionalmente attribuito alla Corte costituzionale, ancorché le Sezioni Unite siano chiamate ad applicare l'art. 111 e abbiano contribuito a delinearne il contenuto in relazione ai casi concreti sottoposti al loro vaglio.

[10] In tal senso: Cass., SS.UU., 6 marzo 2020, n. 6460; 17 dicembre 2018, n. 32622; 19 dicembre 2018, n. 32733, anche con specifico riguardo alla materia della esclusione e di aggiudicazione di appalti pubblici (Cass., SS. UU., 16 maggio 2019, n. 13243). In quest'ultima pronuncia le Sezioni Unite hanno ritenuto inammissibile il ricorso per cassazione del concorrente escluso avverso la sentenza con cui il Consiglio di Stato aveva confermato la decisione di primo grado che aveva prioritariamente scrutinato e accolto il ricorso incidentale c.d. «escludente», con cui l'aggiudicatario deduceva profili di illegittimità dell'ammissione alla gara del ricorrente principale, non prima di aver sottolineato la «pregnanza e vincolante rilevanza della richiamata sentenza della Corte costituzionale » e affermato l'impossibilità di ricondurre «il vizio denunciato in relazione alla decisione del Consiglio di Stato in una violazione dei limiti esterni della giurisdizione».

[11] Basterebbe citare, fra le tante, la decisione delle Sezioni unite, 10 giugno 2020, n. 11125, secondo cui non è consentita «la censura della sentenza con la quale il giudice amministrativo adotti una interpretazione di una norma processuale tale da impedire la piena conoscibilità del merito della domanda ed in tal senso è intervenuta la Corte costituzionale (sentenza n. 6 del 2018), che ha ridimensionato drasticamente quell'ambito non solo escludendo in radice ogni legittimità dell'interpretazione estensiva (sulla base del concetto funzionale od evolutivo o dinamico della giurisdizione), ma pure circoscrivendo sensibilmente l'operatività della giurisprudenza maggioritaria. Il Giudice delle leggi ha invero statuito che la tesi che il ricorso in Cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione comprenda anche il sindacato su errores in procedendo o in iudicando non può qualificarsi "evolutiva" o "dinamica", perché irrimediabilmente illegittima in quanto incompatibile con la lettera e lo spirito della norma costituzionale. Pertanto, deve ritenersi inammissibile ogni interpretazione che consenta una più o meno completa assimilazione del ricorso in Cassazione avverso le sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei conti per "motivi inerenti alla giurisdizione" con il ricorso in Cassazione per violazione di legge (punto 11 delle ragioni in diritto della qui esaminata sentenza della Consulta), visto che l'intervento delle Sezioni Unite, in sede di controllo di giurisdizione, nemmeno può essere giustificato dalla violazione di norme dell'Unione o della Cedu. Ne consegue che l' "eccesso di potere giudiziario" va riferito alle sole ipotesi di difetto relativo di giurisdizione, nonché a quelle di difetto assoluto di giurisdizione, cioè quando il Consiglio di Stato o la Corte dei conti affermino la propria giurisdizione nella sfera riservata al legislatore o all'amministrazione (cosiddetta invasione o sconfinamento), ovvero, al contrario, la neghino sull'erroneo presupposto che la materia non può formare oggetto, in via assoluta, di cognizione giurisdizionale (cosiddetto arretramento).

raggiunte dalla decisione n. 6/2018, seguendo un originale percorso argomentativo e procedimentale.

La divergenza dalla Corte costituzionale espressa dall'ordinanza in commento non si riduce alla mera riproposizione di tutti od alcuni degli indirizzi riconducibili alla tesi della "*giurisdizione dinamica*", perché l'ordinanza prefigura una nuova definizione dell'ambito applicativo dell'art. 111, co., 8, corrispondente alla verifica della corretta applicazione del diritto europeo.

In questo modo, l'auspicata dilatazione del sindacato della Cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato è, al tempo stesso, *più ampia* e *più ristretta*, rispetto a quanto preteso, a suo tempo, dagli orientamenti della giurisprudenza "evolutiva" delle Sezioni Unite, stigmatizzati dalla Corte costituzionale:

- *Più ampia*, perché, se bene si intende il ragionamento espresso dall'ordinanza, il sindacato esteso della Cassazione dovrebbe riferirsi, indistintamente, a qualsiasi ipotizzata violazione del diritto UE, sia essa di natura sostanziale o processuale. Non si tratterebbe, quindi, dei soli casi in cui l'errata applicazione del diritto UE determini un "*rifiuto di giurisdizione*"[12], oppure consista in "*abnorme errore*", o discenda dalla disapplicazione di una puntuale decisione della CGUE. Inoltre, il largo potere di controllo sulle pronunce del Consiglio di Stato esercitato dalla Cassazione dovrebbe estendersi anche alle fattispecie del mancato rinvio di una questione pregiudiziale alla CGUE, ai sensi dell'art. 267 del TFUE[13].
- *Più ristretta*, perché l'ordinanza si riferisce, indiscutibilmente, alla sola problematica riguardante il potere della Cassazione di sindacare la violazione del diritto dell'Unione europea, senza considerare altre eventualità disciplinate dal solo diritto nazionale[14].

---

[12] In questo senso si pongono i dubbi di M.A.S. Sandulli, op. cit., secondo la quale la cassazione forse non avve nemmeno bisogno di interrogare la Corte di Giustizia: "*Si trattava, pertanto, di una ipotesi "classica" di "diniego di giustizia", censura che, a partire dalle note pronunce gemelle del 13 giugno 2006 sulla cd pregiudiziale di annullamento della tutela risarcitoria, seguite, a fronte del perdurante orientamento del giudice amministrativa a favore di tale pregiudiziale, dalla – più netta e "severa" – sentenza n. 30254 del 2008, ha "turbato" il "dialogo" tra la Corte di cassazione e i giudici amministrativi di ultima istanza (Consiglio di Stato e Corte dei conti), già messo a rischio dall'improvvida estensione della giurisdizione esclusiva su "gruppi di materie", opportunamente frenata dalla "storica" sentenza n. 204 del 2004, ingenerando la preoccupazione dei secondi di subire la "cassazione" delle proprie sentenze (oltre che per l'invasione dell'ambito delle altre giurisdizioni e della sfera riservata al "merito amministrativo") anche per il cd "arretramento" dalla propria potestas iudicandi.*"

[13] Come si dirà infra, l'ordinanza in commento, nel secondo quesito proposto alla CGUE considera il caso del (solo) rinvio immotivato. Sembra, però, che questa formulazione non debba essere intesa in senso limitativo, perché il primo quesito, riguardando qualsiasi violazione del diritto UE, comprende, logicamente, anche il mancato rinvio (per quanto formalmente motivato).

[14] Poiché il mezzo processuale prescelto dalla Cassazione è quello del rinvio alla CGUE, il tema del sindacato ex art. 111, comma ottavo è riferito solo al diritto europeo. L'ordinanza, tuttavia, non afferma, espressamente, la propria adesione all'indirizzo rigoroso espresso, in termini generali, dalla Corte costituzionale n. 6/2018.

In coerenza con l'impostazione interpretativa e con il mezzo processuale prescelti, l'ordinanza non spiega quali ulteriori conseguenze applicative "di sistema" potrebbero derivare dalla auspicata pronuncia della Corte di Giustizia, qualora essa dovesse risultare favorevole ad una estensione del sindacato sulle pronunce del giudice amministrativo violative delle norme UE.

Ma è ragionevole prevedere che, qualora la CGUE dovesse, per avventura, ritenere illegittimo il sistema costituzionale italiano, allargando il sindacato della Cassazione sulle pronunce del Consiglio di Stato a tutte le violazioni del diritto UE, le Sezioni Unite potrebbero sostenere la necessità di rimeditare globalmente la lettura dell'art. 111, co. 8, secondo una sorta di *inversione logica* del principio di equivalenza nella tutela di posizioni giuridiche riconosciute deal diritto UE e dal diritto nazionale, espresso dalla CGUE. E, in effetti, restando sul piano delle supposizioni, resterebbe difficile spiegare il diverso trattamento delle altre violazioni: *in primis* del diritto della CEDU e, in secondo luogo, dell'intero diritto nazionale, in forza del principio di eguaglianza di cui all'art. 3 della Cost.[15]

[15] Meno scontate sono le ricadute di una decisione della CGUE che affermi, espressamente, la compatibilità europea del sistema italiano, o che (ipotesi forse più probabile) decida di accantonare il tema (secondo il possibile itinerario argomentativo che sarà illustrato *infra*).

A stretto rigore, si potrebbe dire che la Cassazione, concentrando il proprio dissenso dalla Corte costituzionale solo sui profili di diritto UE, avrebbe implicitamente avallato il disegno interpretativo fissato dalla sentenza n. 6/2018.

Sicché, all'esito della decisione della CGUE non avrebbe altra strada che dichiarare inammissibile il ricorso e confermare la lettura tradizionale dell'art. 111 della Cost.

In senso opposto, tuttavia, si può pronosticare che la Cassazione possa comunque riaprire il dibattito sulla portata dell'art. 111 in un'ottica di (solo) diritto interno.

Va aggiunto che l'incertezza del quadro derivante dalla pronuncia della CGUE potrebbe complicarsi in dipendenza della risposta al terzo quesito proposto dalla Cassazione e delle conseguenti iniziative processuali delle parti del giudizio.

Come già rilevato dai primi commenti[16], l'ordinanza della Cassazione n. 19598/2020 è certamente molto motivata ed articolata[17] (forse anche *troppo motivata*, dal punto di vista *quantitativo*, per gli standard redazionali della CGUE, che, se confermasse la propria prassi, potrebbe anche procedere a vigorosi tagli dell'ordinanza in sede di traduzione nelle altre lingue ufficiali).

E la pronuncia è senz'altro animata dal lodevole scopo di assicurare la massima tutela giurisdizionale del cittadino, nella prospettiva di assicurare il più incisivo ed armonico ingresso del diritto europeo nell'ordinamento interno, correggendo gli errori commessi nei gradi precedenti di giudizio[18].

Ha anche l'ulteriore pregio di approfondire l'aspetto del rapporto tra giurisdizione e verifica della corretta applicazione del diritto UE, secondo i parametri dell'art. 111, comma ottavo, della Costituzione.

---

[16] M. CLARICH, *Giurisdizione: partita a poker tra Cassazione e Consulta sulle sentenze del Consiglio di Stato*, in *Norme e Tributi, Il sole 24ore*, 14 ottobre 2020; M.A.SANDULLI, *Guida alla lettura dell'ordinanza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione n. 19598 del 2020*, *Giustiziainsieme;* G. TROPEA, *l Golem europeo e i «motivi inerenti alla giurisdizione» (Nota a Cass., Sez. un., ord. 18 settembre 2020, n. 19598)*, in *Giustiziainsieme*, 7 ottobre 2020; A. TRAVI, *La Cassazione sottopone alla Corte di giustizia il modello italiano di giustizia amministrativa*, in *Foronews (Foro It.)*, 12 ottobre 2020; A. CARRATTA-G. COSTANTINO-G. RUFFINI, *Limiti esterni e giurisdizione: il contrasto fra Sezioni Unite e Corte Costituzionale arriva alla Corte UE. Note a prima lettura di Cass. SS.UU. 18 settembre 2020, n. 19598*, in *Questione Giustizia*, 19 ottobre 2020, si sono aggiunti quelli di B. CARAVITA, *Postilla* a S. Barbareschi, L.A. Caruso, *La recente giurisprudenza costituzionale e la Corte di Cassazione «fuori contesto»: considerazioni a prima lettura di ord. Cass. SS.UU. 18 settembre 2020, n. 195982*, in *federalismi,* 4 novembre 2020; F. FRANCARIO, *Quel pasticciaccio brutto di piazza Cavour, piazza del Quirinale e piazza Capodiferro (la questione di giurisdizione)*, in *Giustiziainsieme*, 11 novembre 2020; Ginevra GRECO, *La violazione del diritto dell'Unione europea come possibile difetto di giurisdizione?*, in *Eurojus,* 2020; B. NASCIMBENE-P. PIVA, *Il rinvio della Corte di Cassazione alla Corte di giustizia: violazioni gravi e manifeste del diritto dell'Unione europea?*, in *Giustiziainsieme*, 24 novembre 2020.

[17] B. CARAVITA, op. cit., osserva che "*Certo, l'acribìa dimostrata dalla Cassazione nel costruire la questione di interpretazione avrebbe potuto essere esercitata per trovare una soluzione. Certo, si sarebbe potuto cercare ancora una strada interna alle giurisdizioni nazionali. Certo, dall'organo supremo di giustizia ci si sarebbe potuto attendere maggiore prudenza nell'indubbiare la Costituzione.*"

[18] Come si spiegherà più avanti, la Cassazione imposta il tema in una prospettiva "unilaterale", considerando l'ipotesi (corrispondente alla vicenda contenziosa in oggetto), in cui il ricorso per cassazione intenda far valere una situazione di "arretramento" o "rifiuto" della giurisdizione, derivante dall'errata disapplicazione del diritto europeo.

Questo atteggiamento potrebbe forse collegarsi all'esigenza di dimostrare che l'assetto normativo italiano è difettoso perché comporta concreti e seri rischi di inattuazione del diritto europeo.

Evidentemente, però, qualora si accedesse alla tesi estensiva propugnata dall'ordinanza, il sindacato della Cassazione dovrebbe operare anche in direzione inversa. Vale a dire che si potrebbe denunciare lo "sconfinamento" della giurisdizione amministrativa, la quale abbia erroneamente attribuito prevalenza al diritto europeo, accogliendo la domanda di tutela della parte attrice.

In altri termini l'estensione del sindacato della Cassazione a qualsivoglia violazione del diritto UE, non determina alcuna certezza che il giudizio si concluda in senso più favorevole alla posizione del ricorrente che invochi tutela giurisdizionale.

La decisione, però, si espone a numerose obiezioni e, con ogni probabilità, non permetterà di ottenere i risultati sperati.

Anche le stesse Sezioni Unite, con la pronuncia 30 ottobre 2020 n. 24107, resa da un diverso collegio, del resto, hanno vistosamente preso le distanze dall'ordinanza in commento, manifestando un motivato e significativo dissenso, per quanto cauto e parzialmente giustificato dalla asserita diversità dei casi esaminati[19].

2. IL CASO CONCRETO E LE TRE DISTINTE QUESTIONI SOLLEVATE DALL'ORDINANZA.

Per analizzare in modo puntuale l'ordinanza in commento, è utile schematizzare subito il caso concreto, salvi alcuni ulteriori approfondimenti di fatto, connessi alla valutazione del terzo quesito formulato dalla Cassazione.

Un operatore economico partecipa alla gara per l'affidamento di un servizio.

Nella fase di valutazione tecnica delle offerte, svolta da una commissione giudicatrice, secondo il metodo del *confronto a coppie*, l'operatore ottiene un punteggio "insufficiente" rispetto alla cosiddetta *soglia di sbarramento*.

Pertanto, la sua offerta è esclusa dall'ulteriore corso della procedura selettiva e non è valutata in relazione alla componente economica. L'appalto è quindi affidato all'impresa collocata al primo posto della graduatoria di merito.

L'operatore *escluso* propone un ricorso al TAR, con cui censura gli atti di gara, articolando una pluralità di vizi:

- L'erroneità del giudizio di insufficienza della sua offerta tecnica, determinante l'esclusione dalla fase di valutazione delle offerte economiche;
- L'illegittima composizione della commissione giudicatrice, sotto distinti profili;
- L'irragionevolezza dei criteri di assegnazione dei punteggi, compresi quelli relativi alla valutazione delle offerte tecniche;
- L'illegittimità della mancata suddivisione in lotti dell'appalto.

A fronte delle difese articolate dalle parti resistenti e controinteressate, il TAR, dopo avere confermato la legittimità della *esclusione* del ricorrente, dichiara espressamente ammissibili tutte le altre censure, ma le respinge nel merito,

[19] Il punto riguarda il secondo quesito proposto dall'ordinanza n. 19598, concernente la violazione dell'obbligo di rinvio pregiudiziale. Come si spiegherà in prosieguo, peraltro, le argomentazioni relative al primo e al secondo quesito sono largamente coincidenti. L'unico elemento di significativa differenza potrebbe riguardare la certa praticabilità del ricorso per revocazione (e non per cassazione) nei casi (peraltro non frequenti), di omessa ingiustificata pronuncia sulla richiesta di rinvio ritualmente formulata dalle parti.

La differenza riguarderebbe la circostanza relativa all'assenza, o meno, di una motivazione del mancato rinvio.

giudicando tardivo il motivo riguardante la mancata suddivisione in lotti, perché a suo dire, la relativa clausola del bando doveva ritenersi immediatamente lesiva.

All'esito del giudizio di appello, il Consiglio di Stato:

- Giudica infondato il primo motivo riproposto con l'appello principale dall'operatore economico *escluso*, riferito alla valutazione insufficiente dell'offerta tecnica;
- In accoglimento dell'appello incidentale proposto dall'aggiudicatario dell'appalto, riforma parzialmente la sentenza di primo grado e dichiara inammissibili i restanti tre motivi, senza esaminarli nel merito, con assorbimento – implicito - della questione relativa alla tardività del motivo concernente la mancata suddivisione in lotti.

La pronuncia di inammissibilità dei motivi si basa su un preciso argomento:

il concorrente che non ottiene un punteggio sufficiente per l'offerta tecnica (e quindi non supera la *soglia di sbarramento*) è *escluso* dalla procedura.

Pertanto, una volta accertata in giudizio la legittimità dell'esclusione, questo soggetto è privo della legittimazione a proporre altre censure avverso gli atti di gara, ancorché finalizzati alla caducazione dell'intera procedura, poiché perde la posizione differenziata derivante dalla partecipazione al procedimen to, diventando titolare di un mero interesse di fatto a far valere censure il cui accollamento che potrebbero determinare il travolgimento della gara e la sua riedizione.

L'operatore impugna la decisione del Consiglio di Stato, richiamando la giurisprudenza della CGUE, orientata, a suo dire, a riconoscere un'ampia legittimazione al ricorso, anche in capo al concorrente legittimamente escluso da una gara.

Ma le altre parti, oltre a difendersi nel merito, replicano che le censure non sono ammissibili, alla luce del chiaro indirizzo espresso dalla Corte costituzionale n. 6/2018 e della conforme giurisprudenza delle Sezioni Unite, che non consente di sindacare le decisioni del Consiglio di Stato per motivi non attinenti alla giurisdizione, da intendersi in senso stretto e rigoroso.

L'ordinanza in commento espone con chiarezza il proprio avviso sul tema controverso tra le parti:

- Le censure proposte dal ricorrente mettono in luce l'esistenza di una violazione (qualificata come *grave*) del diritto UE, compiuta dalla sentenza impugnata;
- Tuttavia, l'ammissibilità di tali censure, mediante il ricorso per cassazione ai sensi dell'art. 111, co. 8, andrebbe esclusa, in applicazione della "prassi interpretativa" inaugurata dalla pronuncia n. 6/2018;

- Questo assetto normativo, tuttavia, seppure ritenuto condivisibile in termini generali, riferiti al diritto interno, impedisce di riparare una grave violazione del diritto UE e, quindi, risulta di dubbia compatibilità con l'ordinamento eurounitario.

L'ordinanza solleva, quindi, tre distinte questioni pregiudiziali, ai sensi dell'art. 267 del TFUE.

I) La prima, di portata più generale ed ampia, riguarda la compatibilità con il diritto europeo della normativa nazionale (anche di rango costituzionale e formata altresì dalla "prassi interpretativa"[20] imposta dalla Corte costituzionale e seguita dalle Sezioni Unite della Cassazione) che impedisce il ricorso per cassazione avverso le pronunce del Consiglio di Stato in contrasto con il diritto UE.

Non è mancato chi ha notato la singolarità dell'argomento della Cassazione che, per alcuni versi, sembra proprio voler censurare la legittimità comunitaria della propria "giurisprudenza consolidata", seppure "vincolata" dal *dictum* della Corte costituzionale.[21]

---

[20] In questo caso, la Cassazione sembra profilare, gradatamente, due argomenti:

Il primo è che la Corte costituzionale, attraverso un'errata "prassi interpretativa", avrebbe stravolto il significato dell'art. 111, comma ottavo.

Il secondo argomento è che l'art. 111, quand'anche fosse stato interpretato correttamente dalla Corte cost., entrerebbe in conflitto con il diritto di rango europeo.

Con riguardo al primo argomento, tuttavia, potrebbe essere utile richiamare i rilievi critici di TRAVI, op.cit.: "*Di fronte a una norma costituzionale che risulta del tutto chiara nelle sue ragioni originarie, alla quale si è uniformato anche in codificazioni recenti il legislatore ordinario, che è stata oggetto di interpretazione costante fino ad anni recenti e di cui la Corte costituzionale ha puntualmente confermato la portata, mi pare che sia difficile, per giustificare un'interpretazione contrapposta, invocare gli spazi dell'interpretazione. In particolare non mi sembra si possa invocare un modo diverso, e più aggiornato, di esercitare la giurisdizione e di concepire la funzione giurisdizionale per giustificare una sostanziale disapplicazione dell'art. 111, ult. comma, Cost. A maggior ragione, da parte delle sezioni unite.*

Né va trascurato che la lettura cristallizzata dalla Corte cost. si connette ad una tradizione interpretativa pluridecennnale, smentita solo in singoli casi e in tempi relativamente recenti, dal diverso indirizzo di alcune pronunce della Cassazione.

La ricostruzione dell'ordinanza, in questa parte, sembra quasi ipotizzare, invece, che la Corte costituzionale abbia improvvisamente arrestato l'evoluzione della giurisprudenza della cassazione.

Né può trascurarsi che l'ordinanza risulta eccessivamente sintetica, poiché non dà conto dei puntuali argomenti espressi dalla Corte costituzionale, anche con specifico riguardo alla sindacabilità delle violazioni del diritto UE.

[21] Nella vicenda in esame possono riscontrarsi differenze ed analogie rispetto al tema sollevato dal CGA siciliano dinanzi alla CGUE, risolto dalla nota sentenza *Puligienica*.

Anche in quel caso il giudice remittente lamentava che il codice del processo amministrativo comportasse un vincolo al rispetto della giurisprudenza della Plenaria, ritenuto in contrasto con il primato del diritto comunitario.

La decisione *Puligienica* ha forse frainteso la posizione del CGA in seno alla giurisdizione amministrativa, e il suo rapporto, istituzionale e procedimentale, con l'Adunanza Plenaria.

Le ricadute della decisione della CGUE, tuttavia, non sono particolarmente significative, anche sul versante della prassi. Le Sezioni semplici del Consiglio di Stato, in presenza di dubbi di compatibilità tra il diritto UE e i principi della Plenaria hanno compattamente scelto la strada del rinvio alla Plenaria.

La soluzione, oltre a rispecchiare meglio le caratteristiche unitarie dell'organo "Consiglio di Stato", rafforza la corretta applicazione del diritto eurounitario, affidando all'organo nomofilattico il compito di dettare principi uniformi e solidi.

Nel caso in esame, al contrario, la Corte costituzionale risulta titolare di un potere vincolante, relativo alla interpretazione del parametro costituzionale di legittimità delle leggi.

Il quesito, pur originato, in concreto, da un ricorso che prospetta la lesione del diritto di difesa definito dalla normativa UE, pare assumere una dimensione estesa a qualsiasi contrasto con il diritto UE, sia esso sostanziale o processuale, senza ridursi, quindi, ai soli casi riconducibili alla nozione – peraltro controversa - di "*rifiuto di giurisdizione*" o di *arretramento*.

Non solo, ma il sindacato esteso ipotizzato dall'ordinanza dovrebbe riguardare non solo i casi di evidente contrasto *frontale*, desumibile da una pronuncia della CGUE, anteriore o successiva alla sentenza impugnata (ancorché alcuni passaggi della motivazione sembrino inclini a censurare la sentenza del Consiglio di Stato proprio per la sua ipotizzata contrarietà ad una serie di pronunce della CGUE), ma anche le circostanze in cui la denunciata violazione implichi un'operazione ermeneutica più complessa e articolata, come avviene quando sussiste un dubbio comportante la necessità di sollevare la questione pregiudiziale davanti alla stessa Corte di Giustizia. Detta situazione è quella che la Cassazione ritiene sussistere nella presente vicenda, poiché, pur partendo dal presupposto che si sia in presenza di una *grave violazione* del diritto UE, preferisce demandare un quesito interpretativo "di merito" alla Corte[22].

II) La seconda questione, di portata più limitata, riguarda la compatibilità comunitaria delle regole nazionali che impediscono di censurare, in cassazione, la violazione –"*immotivata*" – dell'obbligo di rinvio pregiudiziale alla Corte UE. Si tratta, quindi, di un'ipotesi "specifica" di violazione del diritto UE.

Come si dirà meglio nei paragrafi successivi, però, non è chiaro quale sia il rapporto tra il primo e il secondo quesito. Pare di comprendere che il primo, concernendo qualsivoglia violazione del diritto UE, sia idoneo a comprendere anche il mancato rinvio, sia esso motivato o immotivato. Invece, il secondo quesito avrebbe senso solo se la CGUE dovesse respingere la prospettazione della Cassazione riguardante il generale sindacato delle violazioni UE: in tal caso, nell'ottica dell'ordinanza, potrebbe rilevare, allora, il rifiuto del rinvio, ma solo se *immotivato*, in quanto espressione di una gravissima trasgressione del potere di decisione riservato alla CGUE.

Tuttavia, l'ordinanza non esplicita questa posizione. Si potrebbe immaginare, allora, che il secondo quesito abbia una funzione per così dire "limitatrice", del primo: la violazione dell'obbligo di rinvio dovrebbe essere sindacata solo se totalmente "immotivata".

E, tuttavia, se non può escludersi, a priori, la denuncia della illegittimità comunitaria di norme costituzionali, il giudice "comune" resta titolare del potere di sollecitare la stessa Corte costituzionale a verificare la correttezza del proprio indirizzo ermeneutico

[22] La Corte non esplicita se il rinvio, esposto nel terzo quesito, sia disposto perché ritenuto obbligatorio, o, semplicemente perché considerato *opportuno*, per ragioni di certezza ermeneutica generale.

Ma pare evidente che la Cassazione si sia ritenuta obbligata al rinvio.

Ciò per due motivi.

I) Alla luce del precedente secondo quesito, si evince che la Cassazione sia convinta che l'impugnata sentenza del Consiglio di Stato abbia, a sua volta, violato l'obbligo.

II) La prospettata violazione del diritto UE non è palese, ma richiede una verifica della Corte.

Resta però da osservare che, qualora la Corte dovesse accogliere la prospettiva "massimalista" del primo quesito formulato dall'ordinanza, il tema del sindacato del mancato rinvio perderebbe in ogni caso di consistenza, per due ovvie ragioni concorrenti.

1) Verosimilmente, la Cassazione, chiamata a verificare la corretta applicazione del diritto UE, non avrebbe ostacoli di sorta ad interrogare direttamente la CGUE, in presenza di dubbi interpretativi.
2) Ma, più in radice, non sarebbe nemmeno ipotizzabile la violazione dell'obbligo di rinvio in capo al Consiglio di Stato, perché il giudice di ultimo grado, in relazione alla corretta applicazione del diritto UE, diventerebbe la stessa Cassazione.

III) Infine, il terzo quesito – la cui ammissibilità, per come prospettato dalla stessa Cassazione, sembrerebbe assolutamente condizionato dalla risposta positiva al primo e al secondo - riguarda la coerenza con il diritto UE della "prassi interpretativa" del giudice amministrativo che nega all'operatore economico escluso da una procedura di gara il diritto di agire in giudizio per ottenere l'annullamento integrale della procedura e la sua riedizione, facendo valere il proprio *interesse strumentale* al conseguimento di un *determinato appalto*.

Senza potere affrontare dettagliatamente tutti i temi agitati dall'ordinanza, nelle loro molteplici implicazioni, costituzionali, comunitarie, processuali, amministrative, financo di diritto internazionale, è opportuno concentrare l'attenzione soltanto sui nodi essenziali del suo itinerario argomentativo, svolgendo le pertinenti notazioni critiche, relative ai seguenti punti.

a) La verifica della ritualità e utilità del percorso processuale del rinvio alla Corte GUE, prescelto dalla Cassazione e le effettive probabilità di un esito chiarificatore, nel senso voluto dalle Sezioni Unite;

b) La persuasività degli argomenti, *nuovi* e vecchi, esposti dalla Cassazione, per sostenere la ventilata tesi ampliatrice del sindacato sulle decisioni amministrative, con particolare riguardo alla enunciata finalità di "*prevenire il consolidamento delle violazioni del diritto UE*";

c) La debolezza degli argomenti riguardanti il rispetto dell'autonomia procedurale degli Stati membri, in coerenza ai principi di equivalenza ed efficacia della tutela giurisdizionale assicurata dall'ordinamento italiano;

d) Le numerose criticità riguardanti la seconda questione proposta, concernente l'individuazione gli strumenti di reazione alla violazione dell'obbligo di rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE, imposto agli organi giurisdizionali di ultima istanza;

e) L'effettiva rilevanza e pertinenza delle questioni "sostanziali" sollevate dalla Cassazione con il terzo quesito, con specifico riferimento all'intima connessione con il merito della controversia e con le regole processuali del giudizio;

f) Le possibili implicazioni che la pronuncia in esame potrebbe determinare sullo sviluppo del dibattito in atto, anche al di fuori del solco del diritto UE.

3. LA POSIZIONE DELLA CORTE COSTITUZIONALE: LA CRITICA ALLA TEORIA DELLA *GIURISDIZIONE DINAMICA* E LA RISPOSTA DELLA CASSAZIONE. L'OPINABILE SCELTA DEL RINVIO ALLA CGUE.

La prima riserva riguarda il mezzo processuale scelto dalla Cassazione per manifestare il proprio indirizzo frontalmente critico della lettura interpretativa consolidatasi per effetto della sentenza n. 6/2018: il rinvio pregiudiziale alla CGUE ex art. 267 TFUE, teso a denunciare la sospetta illegittimità comunitaria del vigente assetto costituzionale.

Il dubbio non attiene tanto alla astratta ritualità e legittimità della decisione adottata dal collegio, quanto alla *opportunità*, in relazione al consueto svolgimento del dialogo tra le Corti e alla effettiva idoneità dell'itinerario seguito a realizzare l'auspicato chiarimento interpretativo, consistente nell'allargamento del sindacato della Cassazione sulle pronunce del Consiglio di Stato.

La possibilità di rivolgersi alla CGUE è indiscutibilmente riconosciuta dall'ordinamento: infatti, se il collegio nutre ragionevoli e serie perplessità sulla compatibilità dell'ordinamento nazionale – anche di rango costituzionale - con quello europeo, il passaggio attraverso la valutazione pregiudiziale della CGUE è consentito, o addirittura doveroso, considerata la posizione della Cassazione, quale giudice di ultima istanza.

Tuttavia, per contrastare la lettura seguita dalla Corte costituzionale, anche soltanto in relazione al circoscritto tema della sindacabilità in cassazione delle violazioni del diritto UE, si potevano ipotizzare, ragionevolmente, altre due principali strade alternative.

La prima, sicuramente molto rischiosa, avrebbe potuto essere quella di contrapporsi, in tutto o in parte, all'orientamento della Corte costituzionale, attraverso decisioni di sostanziale riproposizione degli indirizzi ruotanti intorno all'idea della "*giurisdizione dinamica*", rafforzata, o perfezionata, attraverso la necessaria enunciazione di nuovi argomenti critici e l'affermazione perentoria del ruolo attribuito dalla stessa Costituzione alla Cassazione, quanto meno in concorrenza a quello del giudice delle leggi, nella interpretazione del concetto di *giurisdizione* ex art. 111.

Una tale immediata "ribellione" della Cassazione, tuttavia, avrebbe potuto comportare una deleteria crisi istituzionale nel rapporto con la Corte costituzionale, esponendosi anche all'ulteriore pericolo di suscitare un possibile conflitto di

attribuzioni azionato dal Consiglio di Stato, a tutela delle prerogative assegnategli dalla Costituzione.[23]

La seconda strada, decisamente più trasparente e lineare, benché non priva anch'essa di incognite, sarebbe stata quella di interrogare proprio la Corte costituzionale, provocando una nuova decisione sul tema, basata su una confutazione puntuale e circostanziata degli argomenti espressi nella decisione e sull'illustrazione di eventuali ragioni nuove. E tra queste si potrebbero certamente annoverare anche quelle derivanti dall'approfondimento del quadro eurounitario, illustrati dall'ordinanza, salva la verifica della loro effettiva pertinenza e persuasività.

Una tale opzione, del resto, avrebbe consentito di comprendere se le Sezioni Unite intendano conformarsi, o meno, al *dictum* della Corte costituzionale nella sua dimensione generale, riferita al diritto interno, e se il loro dissenso riguardi, o no, il solo tema della violazione del diritto UE.

Questa via procedimentale sembrerebbe coerente con l'atteggiamento più recente della Corte costituzionale, favorevole all'esercizio di un "*doppio sindacato*" sulle norme nazionali sospettate di illegittimità comunitaria (e quindi, incostituzionali in base all'art. 117 della Cost.), e ormai propensa ad utilizzare essa stessa lo strumento del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, qualora entri in gioco un problema interpretativo della disciplina UE.

Anche questa via, peraltro, si espone a notevoli insidie, perché molte ragioni, anche non strettamente giuridiche, indurrebbero a ritenere che la Corte costituzionale, nel momento attuale, potrebbe essere propensa a non smentire sé stessa, nemmeno per limitati aspetti, a così breve distanza dal proprio precedente e meditato *decisum*, innestando confusione e incertezza in una materia che esige regole precise e prevedibili nella loro applicazione.

Una seconda "bocciatura" della idea estensiva della giurisdizione propugnata dalla Cassazione, inoltre, potrebbe comportare una cristallizzazione, pressoché definitiva, della lettura seguita dai giudici della Consulta, chiudendo ogni ragionevole spiraglio di apertura od "evoluzione", cui potrebbe anelare una parte degli interpreti.

L'ordinanza in commento, invece, un po' a sorpresa (ma forse pienamente consapevole delle difficoltà dei due indicati percorsi alternativi), sceglie una terza

---

[23] Non si può escludere che la questione della legittimità costituzionale della normativa, sul ricorso per cassazione, intrepretata secondo la tesi della giurisdizione dinamica potrebbe giungere alla Corte in via incidentale.

Si tratta di un'ipotesi più problematica, in considerazione della difficile dimostrazione della rilevanza del tema in sede di rinvio, quando si è ormai consumata la fase in Cassazione.

Ma potrebbe anche ventilarsi il caso, in cui, a fronte di un indirizzo della Cassazione contrastante con la sentenza n. 6/2018, siano le parti resistenti nel giudizio davanti alla Cassazione, a sollevare esse il dubbio di legittimità costituzionale, reclamando il rispetto della lettura voluta dalla Consulta.

In tale eventualità, la Corte sarebbe costretta a rinviare la questione alla Corte costituzionale, poiché la dichiarazione eventuale di manifesta infondatezza implicherebbe davvero una elusione del doveroso controllo della Corte costituzionale sul rispetto dell'art. 111, comma ottavo.

opzione e ritiene di coinvolgere la Corte di Giustizia dell'UE, prospettando l'idea che l'art. 111, comma 8, così come interpretato dalla Corte costituzionale, si ponga in contrasto con svariate regole e numerosi principi di matrice europea, impedendo di contrastare efficacemente le violazioni del diritto UE – anche particolarmente gravi – asseritamente commesse dal giudice amministrativo.

La pronuncia, peraltro, lungi dal prospettare un mero *ammorbidimento* dei severi e nitidi principi espressi dalla Consulta, sembra voler sostenere un concetto di *motivi inerenti alla giurisdizione* sensibilmente più ampio[24] di quello affermato dalla tradizionale giurisprudenza della Corte di Cassazione ascrivibile ai filoni della *giurisdizione dinamica*, quanto meno con riferimento ai casi in cui si tratti di sindacare la corretta applicazione del diritto europeo, sia esso sostanziale o processuale.

4. LA NON IMPROBABILE VALUTAZIONE DELLA CGUE DI NON INTROMETTERSI NEL DIBATTITO INTERNO TRA LE CORTI NAZIONALI.

Prima di entrare nel merito del ragionamento sviluppato dalla Cassazione, e dei nuovi argomenti proposti, potrebbe essere azzardata subito una previsione sulla scarsa probabilità che la CGUE adotti una decisione conforme ai desiderata della Cassazione.

È assai prevedibile, infatti, che la Corte comprenderà agevolmente la portata tutta "interna" all'ordinamento italiano del contrasto interpretativo in atto e che, contrariamente alle aspettative della Cassazione, non si appassionerà affatto al dibattito in corso nell'ambiente nazionale.

Pur apprezzandone l'importanza, infatti, la CGUE non lo dovrebbe considerare particolarmente rilevante ai fini delle valutazioni di sua stretta competenza.

La CGUE non ha motivo per assumere una posizione rigida, di accoglimento o di reiezione della prospettazione della Cassazione, destinata a segnare la sconfitta per una delle due Corti, con riflessi ordinamentali rilevantissimi anche sul ruolo della giurisdizione superiore amministrativa. Alimentare la crisi nei rapporti interni tra le giurisdizioni non potrebbe che danneggiare la stessa armonica e lineare applicazione del diritto UE.

La previsione di una soluzione misurata e *leggera* della CGUE deriva da due ragioni solo apparentemente contraddittorie: la questione sollevata dalla Cassazione è, al tempo stesso, *troppo semplice* e *troppo complicata* per giustificare un'analisi approfondita del concetto di *giurisdizione* nel sistema italiano, e del correlato ambito del sindacato della Cassazione ex art. 111, co. Ottavo, della Cost.

---

[24] Vedi M.A. SANDULLI, op. cit., secondo la quale, la posizione della Corte costituzionale n. 6/2018 "*ha però scatenato una reazione al "rialzo", spingendo la Corte di cassazione a investire la Corte di Giustizia della ridefinizione del proprio ruolo di giudice ultimo di garanzia del rispetto del diritto dell'Unione da parte degli organi detentori del potere giurisdizionale nel nostro ordinamento."*

Troppo semplice, perché, in fondo, dal punto di vista del diritto europeo, si tratta solo di stabilire se nella propria autonomia procedurale, l'ordinamento italiano abbia rispettato gli standard europei di *equivalenza* ed *efficacia*, garantendo strumenti di tutela idonei a garantire la piena attuazione del diritto UE.

Al riguardo, tuttavia, l'ordinanza della Cassazione non menziona precedenti della giurisprudenza della CGUE che potrebbero giustificare l'esito interpretativo auspicato.

Anzi, in senso contrario alla tesi sostenuta dall'ordinanza, potrebbe essere sufficiente richiamare un precedente particolarmente calzante della CGUE, secondo la quale "*il diritto dell'Unione, in linea di principio, non osta a che gli Stati membri, conformemente al principio dell'autonomia processuale, limitino o subordinino a condizione i motivi che possono essere dedotti nei procedimenti per cassazione, purché siano rispettati i principi di effettività e di equivalenza*" (Corte di giustizia, sezione prima, 17 marzo 2016, *Abdelhafid Bensada Benallal*, C-161/15).

Ma la questione delineata dalla Cassazione è anche *troppo complicata*, per giustificare l'impegno della Corte, perché investe gli equilibri istituzionali nel sistema della giustizia italiana. E non è certo pronosticabile che la CGUE intenda "arbitrare" il conclamato dissidio tra la Corte di cassazione e la Corte costituzionale, né che desideri occuparsi del possibile contrasto tra la Costituzione italiana e il diritto UE.

La CGUE, poi, non si sentirà in alcun modo vincolata alla prospettazione dell'ordinanza, secondo la quale l'ammissibilità del terzo quesito "di merito" sarebbe subordinato all'esito dei primi due quesiti. Infatti, la Corte, con ogni probabilità, dirà semplicemente che il suo compito è quello di garantire la corretta interpretazione generale del diritto UE, mentre la rilevanza del principio espresso dovrà essere vagliata dal giudice nazionale nel giudizio *a quo* [25].

Dunque, in estrema sintesi, molteplici elementi lasciano presagire che la CGUE potrebbe adottare una pronuncia del seguente contenuto:

- Una *neutrale* presa di posizione sulla legittimità del sistema costituzionale italiano riferito ai poteri della Cassazione, in conformità al criterio dell'autonomia procedurale degli Stati membri, demandando però al giudice nazionale il compito di svolgere una serrata verifica del pieno rispetto dei principi di equivalenza ed efficacia della tutela;
- Una decisione *di merito* sul terzo quesito, orientata a riconoscere, in termini molto generali e assai distaccati dalla peculiare situazione concreta oggetto di contenzioso, la piena legittimazione al ricorso del concorrente escluso in qualsiasi fase, che faccia valere il proprio interesse strumentale alla

[25] Questo profilo sarà analizzato più diffusamente nei paragrafi successivi.

ripetizione della gara, purché la legittimità della sua esclusione non sia già stata definitivamente accertata con decisione già passata in giudicato[26].

A tale ultimo riguardo, va precisato che, secondo l'ordinanza di rinvio, l'esame del terzo quesito è subordinato all'esito dei primi due.

Tuttavia, è molto probabile che la Corte non si sentirà affatto condizionata da questa "subordinazione" e, anche per ragioni di opportunità ed economia processuale, deciderà comunque il terzo quesito.

A sostegno di questa conclusione la Corte, inoltre, potrà aggiungere, quasi certamente, che il suo compito è quello di affermare principi di carattere generale, in relazione alle sollecitazioni derivanti dalle iniziative del giudice nazionale. Sicché, l'utilizzabilità dell'esito interpretativo del terzo quesito da parte del giudice di rinvio resta una questione riservata alla disciplina processuale dell'ordinamento nazionale.

Occorre riflettere attentamente su questo futuro scenario, perché esso risulta, allo stato, fortemente probabile e, al tempo stesso, foriero di possibili incertezze, sia sul giudizio in corso, sia, in generale, sull'orientamento che assumeranno le Sezioni Unite.

La Cassazione avrebbe dinanzi a sé varie opzioni, correlate, tuttavia, anche alle possibili iniziative delle parti, che dovrebbero essere messe in grado, evidentemente, di precisare le rispettive posizioni.

A stretto rigore, la Cassazione, restando coerente con l'impostazione dell'ordinanza, a fronte di una pronuncia della CGUE che non affermi la prospettata illegittimità comunitaria del sistema italiano, dovrebbe dichiarare comunque l'inammissibilità del ricorso per cassazione, non avendo ricevuto lo sperato avallo della CGUE, circa la lettura ampliatrice ed evolutiva dell'art. 111, comma ottavo[27].

La pronuncia della CGUE sul terzo quesito conserverebbe rilevanza soltanto ai fini dell'eventuale azione di responsabilità della parte interessata, ai sensi della legge n. 117/1988.

La situazione così creata, tuttavia, apparirebbe davvero singolare[28], ancorché destinata a non ripetersi più, una volta appurato che la Cassazione non ha il potere di

---

[26] Nell'ipotesi in cui la CGUE dovesse esplicitamente giudicare conforme al diritto UE la normativa nazionale, la Cassazione dovrebbe dichiarare inammissibile il ricorso, non emergendo più un tema di rilevanza comunitaria.

Sarebbe l'esito più semplice del contenzioso in atto. Ma, francamente, il quesito generale, per come formulato (ed al netto della sua corretta aderenza alla fattispecie concreta), pare destinato ad una diversa soluzione.

[27] Non sembra plausibile che la Cassazione, eventualmente chiamata ad approfondire il test di equivalenza ed efficacia della normativa italiana, possa concludere nel senso che l'autonomia procedurale italiana non sia rispettosa dei parametri euro unitari (vedi *infra*).

[28] Emerge, in tal modo, la "forzatura" compiuta dall'ordinanza in commento, forse preoccupata di dimostrare alla CGUE che si sarebbe in presenza di una violazione "sostanziale" del diritto al ricorso, previsto dall'ordinamento UE.

sindacare la violazione del diritto UE e, conseguentemente, di attivare il rinvio pregiudiziale su questioni riservate alla cognizione del giudice amministrativo[29].

Vero è che l'appassionata e ampia motivazione dell'ordinanza di rinvio descrive una situazione che potrebbe allarmare un lettore distratto e pare destinata a colpire la stessa Corte: si ha quasi l'impressione che la Cassazione sia rimasto, in Italia, l'unico baluardo di difesa del diritto dell'Unione europea, e che la sua funzione di estremo garante del diritto eurounitario le sia impedito da una Corte costituzionale, inspiegabilmente arroccata sulla difesa formale dell'art. 111, comma ottavo, a suo dire male applicato e interpretato, con la conseguente moltiplicazione delle violazioni del diritto UE da parte del giudice amministrativo, a sua volta ritenuto oggettivamente non adeguato al compito di tutelare la piena e corretta attuazione della normativa UE.

Ma la Corte del Lussemburgo ha ben compreso che già troppe volte è stata impropriamente tirata in ballo dai giudici nazionali che, a torto o ragione, intendono contrastare la giurisprudenza degli organi di appello e di cassazione.

Sia chiaro, come ha opportunamente rilevato TRAVI, la tecnica del rinvio alla Corte di giustizia, per porre in discussione orientamenti non condivisi di altri giudici non è, di per sé, illegittima o inopportuna. "*Questa tecnica spesso è stata criticata, anche di recente, quasi fosse 'eversiva', per la tendenza dei giudici di merito a ricorrere al giudice di Lussemburgo per porre in discussione orientamenti non condivisi delle nostre giurisdizioni superiori. La rimessione alla Corte di giustizia è una prerogativa riconosciuta dal Trattato anche ai giudici di merito: di conseguenza non è criticabile di per sé la rimessione, se realmente giustificata dal diritto dell'Unione; piuttosto dovrebbe far riflettere la circostanza che talvolta solo l'intervento della Corte di giustizia abbia consentito di superare incrostazioni giurisprudenziali insostenibili e che senza tale intervento la giurisprudenza interna non sarebbe riuscita ad emendarsi*."[30]

La Corte conosce altrettanto bene le criticità emerse in alcune realtà giurisdizionali dei Paesi membri, nei quali i giudici di ultima istanza hanno manifestato

---

A stretto rigore, la Cassazione avrebbe dovuto fermarsi ai primi due quesiti. Solo se avesse ricevuto l'avallo della CGUE avrebbe potuto porsi gli ulteriori problemi applicativi. In tal senso, fra l'altro, la Cassazione avrebbe dovuto stabilire se la violazione dell'obbligo del rinvio pregiudiziale, comporti il potere della Cassazione di sostituirsi al Consiglio di Stato, mediante la diretta formulazione del quesito pregiudiziale alla CGUE o non determini, piuttosto, l'annullamento con rinvio al Consiglio di Stato, cui verrebbe restituito il potere di decidere, motivatamente, *an* e *quomodo* del rinvio pregiudiziale.

[29] Non va trascurato che se la CGUE mantenesse fermo il principio della sostanziale insindacabilità della legittimazione del giudice a comune a sollevare la questione pregiudiziale, secondo il diritto interno, la Cassazione, in futuro, potrebbe essere tentata – in punto di fatto – ad effettuare comunque il rinvio, magari allo scopo di vagliare la sussistenza del paventato vizio e dell'illecito ex lege n. 117/1988.

Ma si tratterebbe di una patologia, che potrebbe essere stigmatizzata davanti alla Corte costituzionale e, obiettivamente, poco probabile.

[30] TRAVI, op. cit.

atteggiamenti smaccatamente ostili alla penetrazione del diritto europeo, a fronte di indirizzi più aperti dei giudici di merito.

Ma non sembra questo il caso dell'ordinamento italiano: anche negli ambienti delle istituzioni europee, il giudice italiano (ordinario e amministrativo) è unanimamente apprezzato per la sua capacità di far vivere il diritto europeo nell'ordinamento nazionale, in modo efficace e costante.

Sarebbe del tutto ingeneroso ed errato sospettare che la Corte costituzionale italiana abbia assunto una posizione "culturale" di resistenza al diritto europeo. Quando sono emersi oggettivi problemi di coordinamento tra la Costituzione e il diritto UE, la Consulta ha percorso la strada costruttiva del dialogo, come dimostra esemplarmente la delicata vicenda del caso *Taricco*, affrontata cercando –ed ottenendo - la convergenza e non lo scontro con la CGUE.

E sarebbe profondamente sbagliato rappresentare il Consiglio di Stato come un giudice poco sensibile al diritto dell'UE o addirittura "ribelle" alle sentenze della CGUE.

Al riguardo, basterebbe considerare l'elevatissimo numero (assoluto e relativo) delle ordinanze di rinvio pregiudiziale pronunciate dal giudice amministrativo[31].

Ed anche il delicato tema della legittimazione al ricorso, alla base dell'ordinanza in commento, seppure fa emergere un problema di non uniformità di vedute tra la CGUE e il Consiglio di Stato, testimonia la tendenza all'armonizzazione degli ordinamenti e delle decisioni. La semplice lettura dell'ordine in cui sono intervenute le principali decisioni in materia evidenzia che il giudice amministrativo si è sempre uniformato, tempestivamente e compiutamente, ai mutamenti della giurisprudenza della Corte del Lussemburgo.

La sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 4/2011, che aveva affermato il difetto di legittimazione del ricorrente illegittimamente ammesso alla gara, infatti, risultava pienamente conforme al diritto eurounitario all'epoca vigente, espresso dalla decisione della Corte 19 giugno 2003, *Hackermüller*, C 249/01.

La successiva sentenza 4 luglio 2013, *Fastweb*, C100/12, originata da un caso particolarissimo, probabilmente non rientrante nello spettro applicativo della sentenza n. 4/2011, ha segnato, comunque, un mutamento di indirizzo della giurisprudenza della CGUE.

[31] Le statistiche indicano che il Consiglio di Stato italiano è, in Europa, l'organo giurisdizionale che compie il maggior numero di rinvii pregiudiziali. E il dato è particolarmente significativo, considerando il rapporto con il numero dei ricorsi esaminati annualmente.

L'Adunanza Plenaria, con la sentenza n. 9/2014 ha puntualmente recepito il nuovo indirizzo della Corte, estendendone la portata anche al di là dei limiti indicati espressamente definiti dalla pronuncia del giudice europeo.

La sentenza della CGUE 5 aprile 2016, *Puligienica*, C-689/13 ha ulteriormente dilatato la nozione di legittimazione al ricorso, segnando una nuova modifica dell'orientamento del giudice europeo, provocando, però, alcune obiettive difficoltà applicative, linearmente esposte dal Consiglio di Stato, la quale ha sollecitato un nuovo intervento della Corte, attuato con la sentenza della CGUE 5 settembre 2019, *Lombardi*, C-333/18.

Insomma, nella vicenda, sicuramente articolata e complessa, non pare esatto riscontrare un'ostilità del giudice amministrativo al diritto dell'Unione europea.

Quale che sia la valutazione sulla correttezza dell'uno o dell'altro orientamento, emerso attraverso il dialogo tra le Corti, anche in relazione ai valori in gioco e alla bontà dei contrapposti argomenti proposti, resta indiscutibile un dato. Il Consiglio di Stato non ha mai ostacolato la piena operatività del diritto UE, formato dalla giurisprudenza della CGUE, progressivamente formatasi sul tema della legittimazione al ricorso.

Quando ha riscontrato significativi ed oggettivi dubbi interpretativi sulla portata della normativa europea, il Consiglio di Stato ha seguito la strada lineare del rinvio pregiudiziale, adeguandosi, poi, senza difficoltà o resistenze, al *dictum* della CGUE[32].

5. L'ANALISI DEL PRIMO QUESITO. LA CASSAZIONE COME GIUDICE DI ULTIMO GRADO SULLE VIOLAZIONI DEL DIRITTO UE E IL CHIARO DISEGNO DELLA COSTITUZIONE. L'IRRILEVANZA DELLA QUESTIONE PER L'ORDINAMENTO EUROPEO. GLI ARGOMENTI ESPRESSI DALL'ORDINANZA. L'ASSENZA DI CRITICHE ALLA DECISIONE DELLA CORTE COSTITUZIONALE.

La prima questione sollevata dall'ordinanza occupa la parte più consistente della motivazione, anche in considerazione del suo asserito carattere pregiudiziale rispetto all'ammissibilità del terzo quesito e, sotto altri profili, anche rispetto al secondo.

La pronuncia in esame prende una posizione piuttosto netta, nel senso della affermata prevalenza della normativa europea, la quale dovrebbe imporre la correzione dell'orientamento ermeneutico espresso dalla Corte costituzionale.

---

[32] La posizione istituzionale del Consiglio di Stato, favorevole all'incremento delle occasioni di dialogo, non può impedire in via assoluta che, in casi concreti, le decisioni possano risultare contrastanti con il diritto europeo.

E, tuttavia, non risultano, al momento, decisioni che abbiano accertato la violazione del diritto UE, ai sensi della legge n. 1117/1988. Né si conoscono procedure di infrazione originate dalla asserito illegittimo esercizio della funzione giurisdizionale da parte del Consiglio di Stato.

Pertanto, elenca una serie di argomenti diretti a sostenere la tesi della illegittimità comunitaria dell'assetto nazionale.

Non sono esposti particolari dubbi in ordine alle possibili opzioni alternative.

In questo senso, va notata l'assenza non solo di una contestazione specifica degli argomenti esposti dalla Corte costituzionale, ma anche la stessa mancanza di un'analitica illustrazione delle ragioni espresse dall'ordinanza n. 6/2018.

La sottovalutazione degli argomenti espressi dalla Corte costituzionale potrebbe essere in parte giustificata dalla scelta di affrontare il tema dal solo angolo visuale del diritto eurounitario, che non richiederebbe di approfondire gli altri profili "interni".

D'altro canto, la Cassazione intende rafforzare il proprio punto di vista, come è certamente legittimo, piuttosto che segnalare una oggettiva incertezza ermeneutica.

Gli argomenti indicati dall'ordinanza, per sostenere il primo quesito, sono molteplici.

Non tutti, peraltro, sembrano riallacciarsi con evidenza ad aspetti di sicura rilevanza comunitaria, riguardando, piuttosto, la ricostruzione del diritto interno.

In particolare, sul piano del diritto UE potrebbero richiedere approfondimento soltanto gli argomenti incentrati sulla asserita posizione di "sovranità" assegnata agli organi deputati alla formazione e all'applicazione del diritto europeo, nonché quelli riguardanti l'asserita violazione dei principi di *equivalenza* ed *efficacia* dei mezzi di tutela previsti dall'ordinamento nazionale.

Si può tentare di vagliarli analiticamente, nel loro ordine di esposizione.

6. LA VIOLAZIONE DEL DIRITTO UE INTEGRA SEMPRE UN'IPOTESI DI CARENZA DI POTERE PER ESERCIZIO DI UN POTERE NORMATIVO CON CONTESTUALE VIOLAZIONE DELLA SOVRANITÀ DELL'UNIONE EUROPEA? L'ABBANDONO DELLA TESI DEL *RIFIUTO*, O *ARRETRAMENTO* DI GIURISDIZIONE.

Anzitutto, l'ordinanza sostiene la tesi secondo cui la decisione del Consiglio di Stato che viola il diritto UE è emessa, sempre, in *carenza di potere giurisdizionale*, perché si risolve nell'attività di diretta produzione di norme, riservata al legislatore comunitario.

Per la Cassazione, il giudice nazionale il quale faccia applicazione di normative nazionali (sostanziali o processuali) o di interpretazioni elaborate in ambito nazionale che risultino incompatibili con disposizioni del diritto dell'Unione, come interpretate dalla Corte di giustizia, «*esercita un potere giurisdizionale di cui è radicalmente privo, ravvisandosi un caso tipico di difetto assoluto di giurisdizione — per avere compiuto*

un'attività di diretta produzione normativa non consentita nemmeno al legislatore nazionale — censurabile per cassazione con motivo inerente alla giurisdizione».

Questa tesi è suggestiva e si riallaccia ad un certo filone teorico, non del tutto nuovo, portato alle sue estreme conseguenze. Ma risulta visibilmente assiomatica nella sua perentorietà e non dà conto delle numerose e fondate obiezioni che le si oppongono, pure alla stregua delle valutazioni espresse al riguardo dalla dottrina, assai attenta a distinguere il procedimento di interpretazione delle norme dallo stravolgimento operato dal giudice che si sostituisca al legislatore, *inventando* una norma inesistente.

Va comunque evidenziato che la Corte europea non sembra mai essersi spinta ad affermare una siffatta tesi, ritenendo che la violazione del diritto UE integri indefettibilmente un'usurpazione del potere normativo delle Istituzioni comunitarie, anche perché tale ricostruzione del sistema non pare in alcun modo influenzare il problema dei gradi di impugnazione che gli ordinamenti nazionali devono prevedere per assicurare l'applicazione corretta del diritto europeo.

Né si vedono particolari differenze tra la violazione di legge nazionale e la violazione del diritto UE: l'operazione logica compiuta dal giudice che interpreta erroneamente la normativa è identica in entrambi i casi[33]: essa può qualificarsi, o meno, come sostanziale produzione di norme, in entrambi i casi.

Non è chiaro, poi, se la Cassazione intenda affermare che questa inammissibile "invasione" del potere normativo si verifichi solo in presenza della creazione di un "diritto vivente", correlato ad una reiterata e consolidata "prassi giurisprudenziale" seguita dal Consiglio di Stato, o derivi, comunque, pure da un'isolata decisione errata.

Questa incertezza emerge anche in relazione al terzo quesito, in maniera ancora più vistosa: l'ordinanza sottopone alla verifica di compatibilità con il diritto eurounitario non una disposizione di legge specificamente individuata, ma una asserita "prassi giurisprudenziale" nazionale, quasi a voler dire che, in tal modo, il Consiglio di Stato ha creato una norma nazionale consuetudinaria, contrastante con il diritto UE.

Il passaggio argomentativo è piuttosto delicato, correlandosi anche alla valutazione del modo in sui si esprime la giurisprudenza del Consiglio di Stato, giudice amministrativo di ultimo grado, che cumula le funzioni dell'appello con quelle di legittimità e nomofilattiche.

Al riguardo, va rammentato che l'esplicita formulazione di un "*principio di diritto*", vincolante secondo specifici limiti procedurali, è stabilita solo dall'art. 99 del

---

[33] Ci si potrebbe chiedere se la formulazione di "principi di diritto" ad opera della Plenaria, o anche il semplice consolidarsi di prassi interpretative, possano configurarsi come "produzione di norme", in senso molto lato.

In tali eventualità, però, l'eventuale contrasto con il diritto dell'Unione europea potrebbe derivare dal contenuto della decisione e non già dalla sua efficacia ex art. 99 del CPA.

CPA[34]. Non è invece previsto che le pronunce delle Sezioni semplici statuiscano un puntuale *principio di diritto*, nemmeno nei casi in cui la decisione si concentri su un aspetto di interpretazione del diritto e non su una questione di fatto.

Va da sé che la CGUE non avverte la necessità di sottilizzare troppo in ordine all'oggetto del diritto nazionale sottoposto al vaglio di compatibilità con la normativa UE, poiché intende conservare un controllo esteso sulla corretta applicazione del diritto dell'Unione europea e, pertanto, non pone seriamente in discussione la prospettazione del giudice comune.

Quindi, per la CGUE può costituire *diritto nazionale* non solo una norma scritta, ma anche una "prassi giurisprudenziale", se il giudice di rinvio prospetta la questione in questi termini. Men che mai il giudice del Lussemburgo si attribuisce il compito di appurare se si sia effettivamente in presenza di una *prassi giurisprudenziale* derivante dal consolidarsi di un indirizzo ermeneutico. Per la CGUE è utile affermare il principio, quale che sia l'effettiva incidenza sulla vicenda in corso e il carattere isolato o reiterato della lamentata violazione.

La Corte considererà inammissibili solo questioni pregiudiziali che si strutturino, anche formalmente, come esplicite richieste di soluzione del caso concreto, senza delineare un problema interpretativo.

Ciò chiarito, resta ferma, però, la criticità dell'argomento speso dall'ordinanza, secondo la prospettiva del diritto interno. Una *prassi giurisprudenziale* non è "produzione di norme", effettuata invadendo il potere legislativo. A maggior ragione non lo è una sporadica, singola, o minoritaria, tesi giurisprudenziale.

Ma ancor meno persuasiva potrebbe essere l'affermazione secondo cui l'enunciazione di un principio di diritto (da parte dell'Adunanza Plenaria, o anche per ipotesi, di una Sezione semplice), in ipotetica violazione del diritto UE, consista nell'usurpazione di un potere normativo, dal momento che si tratterebbe pur sempre di una funzione espressamente assegnata al giudice dal CPA. Si può anche discutere, in astratto, se la decisione dell'Adunanza Plenaria sia, o meno, esercizio di una funzione *materialmente* normativa, con effetti parzialmente vincolanti, ma è chiaro che essa è prevista e regolamentata espressamente dalla legge: pertanto essa non può mai considerarsi, *ex se*, invasiva di un potere spettante ad altri organi.[35].

7. L'ASSERITA MINACCIA ALLA SOVRANITÀ DELLE ISTITUZIONI EUROPEE E LA POSIZIONE ISTITUZIONALE DELLA CASSAZIONE.

[34] Art. 99, co. 3 del C.P.A: "*Se la sezione cui è assegnato il ricorso ritiene di non condividere un principio di diritto enunciato dall'adunanza plenaria, rimette a quest'ultima, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso.*"

[35] Non è questa la sede per affrontare il problema se il meccanismo del vincolo procedimentale stabilito dalla disposizione determini una limitazione del potere di decisione del giudice.

Un secondo argomento espresso dall'ordinanza è il seguente: la decisione contrastante con il diritto UE determina una lesione della *sovranità comunitaria*. In tale eventualità, si dice, il giudice invade il potere riservato non solo ad un altro organo, ma addirittura si intromette nelle prerogative di un distinto *ente sovrano*, titolare di poteri propri, nell'ordinamento internazionale, o, quanto meno, in quello eurounitario.

Questo argomento risulta oggettivamente nuovo e affascinante, ma anche francamente piuttosto oscuro, nella sua formulazione, e, inevitabilmente, poco persuasivo nelle sue implicazioni, vuoi di diritto nazionale processuale, vuoi di diritto internazionale ed europeo.

Secondo l'ordinanza diversamente "dalla sentenza affetta da semplice violazione di legge in fattispecie regolate dal diritto nazionale, ove la erronea interpretazione o applicazione della legge è, di regola (tranne in casi eccezionali), pur sempre riferibile a un organo giurisdizionale che è emanazione della sovranità dello Stato, *nelle controversie disciplinate dal diritto dell'Unione lo Stato ha rinunciato all'esercizio della sovranità, la quale è esercitata dall'Unione tramite i giudici nazionali, il cui potere giurisdizionale esiste esclusivamente in funzione dell'applicazione del diritto dell'Unione*."

Ora, anche ammettendo che sia effettivamente così, e cioè che la violazione del diritto UE determini – automaticamente - una lesione della *sovranità* riservata alle Istituzioni europee, non si comprende quale riflesso potrebbe determinarsi in ordine alla definizione dei rimedi giurisdizionali di diritto interno e alla proclamata necessità di realizzare un'espansione del ruolo assegnato alla Cassazione.

Né risulta chiaro perché il potere di tutelare la sovranità dell'Unione debba essere intestato alla Cassazione, che è, indiscutibilmente, organo di vertice della sovranità giurisdizionale statale. Né si comprende per quale ragione la funzione di protezione della sovranità eurounitaria debba essere svolta attraverso l'estensione del ricorso ex art. 111, comma ottavo, della Cost.

Non sembra che la Corte di Cassazione, sotto l'aspetto strutturale, sia titolare di una particolare legittimazione eurounitaria, quale "garante naturale" della sovranità europea, diversa da quella spettante al Consiglio di Stato, nel quadro costituzionale del pluralismo delle giurisdizioni.

Né pare convincente la prospettata contrapposizione funzionale tra l'applicazione del diritto nazionale e quella del diritto europeo, perché entrambe le attività sono riconducibili ad una funzione giurisdizionale unitaria.

Sul piano culturale, prima ancora che giuridico, il giudice tende ad armonizzare diritto interno e diritto europeo in un unico sistema multilivello, valorizzando le convergenze, anziché esaltare ipotetiche antitesi.

L'idea di una doppia anima del giudice comune, emanazione dell'Unione europea o dello Stato, a seconda della norma applicata, appare davvero forzata e non corrisponde affatto dal fisiologico modo di pensare del giudice. Senza dire che, in concreto, non sono poi così frequenti le materie regolate, alternativamente, solo dal diritto europeo o solo dal diritto nazionale.

Da ultimo va ricordato che la violazione del diritto europeo è pienamente equiparata, ormai, alla violazione del diritto nazionale, in relazione al regime di invalidità dell'atto amministrativo.

Dopo qualche iniziale incertezza ermeneutica, nessuno sostiene più che l'atto amministrativo in contrasto con il diritto UE possa provocare una lesione della sovranità dell'Unione, determinante una reazione speciale dell'ordinamento, concretantesi nella sanzione della nullità. Infatti, la violazione del diritto UE non è un'ipotesi di *carenza di potere* e non comporta la necessità di una disciplina processuale speciale e "rafforzata".

A tutto concedere, allora, impostata in termini di lesione della *sovranità eurounitaria*, incidente sui rapporti internazionali tra Stato e Unione, la violazione del diritto europeo potrebbe giustificare l'attribuzione ad un organo extrastatale il compito di accertare tale illegittimità, ma non l'assegnazione di tale compito ad un'autorità giurisdizionale nazionale, investita di un potere capace di derogare alla regola fissata dall'art. 111, co. 8, della Costituzione.

8. IL POTERE-DOVERE DI PREVENIRE LA VIOLAZIONE DEL DIRITTO UE, IMMANENTE FINO A QUANDO IL GIUDIZIO NON È DEFINITO DAL GIUDICATO. IL RUOLO DEL GIUDIZIO DI REVOCAZIONE E L'ASSERITO FAVORE PER IL SINDACATO DELLA CASSAZIONE.

Un terzo argomento esposto dall'ordinanza richiama il dovere del giudice di intervenire per contrastare la violazione del diritto UE in atto, *finché la decisione non è passata in giudicato*. La Cassazione sottolinea, al riguardo, «*l'esigenza di scongiurare il consolidamento di una violazione del diritto comunitario da parte del Consiglio di Stato tramite lo strumento del ricorso per cassazione è ineludibile fintanto che ciò sia possibile, come accade quando il giudicato non si sia ancora formato, essendo pendente il giudizio di impugnazione della sentenza amministrativa cui sia imputata quella violazione*».

La pronuncia aggiunge che, altrimenti, verrebbe eluso l'obbligo, imposto agli Stati membri dall'articolo 1, terzo comma, della direttiva ricorsi[36], di garantire che «le

[36] Direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, 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 (GU 1989, L 395, pag. 33), come modificata dalla direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2007.

decisioni prese dalle autorità aggiudicatrici possano essere oggetto di un ricorso efficace e, in particolare, quanto più rapido possibile».

Questo passaggio della motivazione muove da una premessa incontrovertibile, ma non ne trae le corrette conseguenze applicative.

Infatti, il potere-dovere di intervento del giudice deve esser strettamente correlato proprio alle regole che disciplinano lo svolgimento del processo, nei suoi vari gradi, definendo l'ambito della cognizione riservata, di volta in volta, al giudizio di impugnazione.

Si tratta, quindi, di un potere che sussiste solo nella misura in cui non si siano verificate preclusioni processuali che impediscono la cognizione del profilo della vicenda regolato dal diritto UE.

È certamente vero che il ricorso per cassazione impedisce che la decisione del Consiglio di Stato passi in giudicato, ma questo non significa affatto che, per tale ragione, la Cassazione possa automaticamente estendere il proprio sindacato a questioni non rientranti nel concetto di *motivi inerenti alla giurisdizione*, ampliando i suoi poteri di cognizione oltre i limiti costituzionali.

La stessa ordinanza, poi, evidenzia che la *direttiva ricorsi* esige la massima rapidità del giudizio relativo alla violazione del diritto UE. In questa prospettiva, allora, l'aggiunta di un terzo grado comporterebbe un palese rallentamento della definizione del giudizio, senza necessariamente garantire una maggiore efficacia nella tutela.

Tale esito, inoltre, comporterebbe anche una evidente violazione del principio di equivalenza, poiché determinerebbe un appesantimento del processo riguardante il diritto dell'Unione europeo, non prevista, invece, nei casi in cui entri in gioco il solo diritto nazionale[37].

Né si deve dimenticare che, seguendo la prospettiva della Cassazione, il terzo grado del processo non è necessariamente destinato a garantire l'applicazione del diritto eurounitario che si assume disconosciuto dal Consiglio di Stato. Al contrario, il ricorso per cassazione, così allargato, finirebbe per costituire l'arma dilatoria con cui le parti soccombenti davanti al giudice amministrativo potrebbero dedurre che la sentenza del Consiglio di Stato abbia erroneamente applicato il diritto europeo.

La Cassazione anticipa la scontata obiezione, derivante anche da un preciso spunto contenuto nella sentenza n. 6/2018, la quale non disconosce l'utilità di un possibile rimedio processuale di diritto interno per reagire alle violazioni delle norme UE: il passaggio in giudicato è impedito anche dal ricorso per revocazione avverso le

[37] Si potrebbe replicare che un grado ulteriore *aumenti* il livello di tutela del diritto UE e quindi, l'autonomia procedurale potrebbe liberamente esercitarsi in tale direzione. Ma il terzo grado potrebbe essere utilizzato proprio dalla parte che intenda rallentare la rapida operatività del diritto UE, *diminuendo* l'efficacia della tutela giurisdizionale,

pronunce del Consiglio di Stato; pertanto, potrebbe essere questo giudizio e non il ricorso per cassazione, lo strumento migliore per garantire la riparazione dell'errore.

Secondo l'ordinanza, invece, l'esigenza di una tutela processuale preventiva non può essere soddisfatta mediante lo strumento della revocazione, sia per la sua configurazione attuale, che per suoi non modificabili limiti strutturali[38], non potendosi escludere che «anche la sentenza emessa ipoteticamente in sede di revocazione possa incorrere in violazione dei limiti della giurisdizione».

Ora, non sembra contestabile che, secondo la disciplina nazionale vigente, il ricorso per revocazione sia attualmente limitato a determinati vizi della sentenza del Consiglio di Stato, tra i quali non è prevista espressamente la violazione del diritto UE.

Ma la stessa situazione si verifica, in modo ancora più netto, anche per il ricorso per cassazione, che l'ordinamento vigente limita ai *soli motivi inerenti alla giurisdizione*. Non si comprende allora perché andrebbe accordata prevalenza al giudizio per cassazione, caratterizzato, a ben vedere, da limiti intrinseci assai più stringenti, attesa la radicale preclusione costituzionale di un sindacato sul merito della sentenza del Consiglio di Stato.

I vigenti limiti strutturali della revocazione, del resto, dipendono esclusivamente dalla conformazione di diritto positivo stabilita dalla legge ordinaria e non già dalle prescrizioni di livello costituzionale racchiuse nell'art. 111 che modellano inderogabilmente i poteri della Cassazione. Ne consegue che gli attuali limiti della revocazione potrebbero essere superati non solo attraverso una ipotizzabile pronuncia additiva della Corte costituzionale, superando alcuni ostacoli manifestati dalla stessa Consulta, con riguardo al limitrofo tema della violazione della Convenzione CEDU, ma anche, più semplicemente, mediante un intervento legislativo *ad hoc*, come meglio si illustrerà *infra*.

È appena il caso di sottolineare, infine, la scarsa consistenza dell'argomento secondo cui la decisione pronunciata in sede di revocazione potrebbe risultare anch'essa emessa in contrasto con il diritto UE, perché questa eventualità, evidentemente, potrebbe verificarsi anche per le sentenze della Cassazione. A meno che non si voglia affermare che esistano dati oggettivi capaci di far prevedere che la Cassazione abbia un minore tasso di fallibilità.

9. IL NODO CENTRALE DELL'ARGOMENTAZIONE DELLA CASSAZIONE: L'AUTONOMIA PROCEDURALE DEGLI STATI MEMBRI NON GIUSTIFICHEREBBE LA SOLUZIONE

[38] La Cassazione richiama anche la stessa giurisprudenza della Corte costituzionale, la quale con sent. n. 93 del 2018, è pervenuta a conclusioni di tenore analogo a quelle raggiunte nella già citata sent. n. 123 del 2017, dichiarando infondata la questione di costituzionalità degli artt. 395 e 396 cod. proc. civ., nella parte in cui non prevedono tra i casi di revocazione della decisione del giudice amministrativo, quello in cui essa si renda necessaria per consentire il riesame nel merito della sentenza impugnata per la necessità di uniformarsi a statuizioni vincolanti rese, in quel caso, dalla Corte europea dei diritti dell'uomo.

DELL'ORDINAMENTO ITALIANO; NON SAREBBERO RISPETTATI I PRINCIPI-CARDINE DI EQUIVALENZA E DI EFFETTIVITÀ DELLA TUTELA GIURISDIZIONALE.

Finalmente, poi, l'ordinanza affronta il punto centrale di tutta l'argomentazione, riguardante la verifica del rispetto del canone di autonomia procedurale degli Stati membri, nella determinazione degli strumenti, anche giurisdizionali, attraverso cui va data attuazione e garanzia al diritto dell'Unione europea.

A ben vedere, infatti, i precedenti argomenti, più o meno convincenti, non mettono in luce apprezzabili profili di contrasto con il diritto UE, perché si risolvono, in ultima analisi, nella affermazione di una preferenza, secondo l'organizzazione italiana, di un controllo esteso della Cassazione sull'applicazione del diritto UE.

Il tema dell'autonomia procedurale degli Stati membri è affrontato dalla Cassazione forse in modo troppo sintetico, sia per quanto riguarda la ricognizione della giurisprudenza UE che definisce il principio, sia con riferimento alla individuazione degli argomenti in forza dei quali l'autonomia procedurale nazionale dovrebbe cedere il passo a regole europee sul funzionamento della giustizia.

E va notato come l'atteggiamento dell'ordinanza sia visibilmente sbilanciato verso una sola opzione interpretativa. Da parte del giudice nazionale italiano, titolare del potere di nomofilachia generale, ci si poteva aspettare, probabilmente, una posizione almeno equidistante tra le possibili soluzioni ermeneutiche, se non una maggiore attenzione verso la difesa delle prerogative ordinamentali sancite dalla Costituzione italiana[39].

L'ordinanza in commento parte dal rilievo, assolutamente pacifico, secondo cui l'autonomia procedurale riconosciuta agli Stati membri, in base alla quale è rimessa ad essi l'individuazione degli strumenti processuali per assicurare tutela ai diritti riconosciuti dall'Unione, può essere sempre invocata, ma soltanto alla duplice condizione che le modalità prescelte non siano meno favorevoli rispetto a quelle relative a situazioni analoghe assoggettate al diritto interno (*principio di equivalenza*) e non rendano in pratica impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dal diritto dell'Unione (*principio di effettività*).

Nell'enunciazione di questa esatta premessa interpretativa, peraltro, l'ordinanza trascura di evidenziare che la giurisprudenza della Corte è stata molto attenta a verificare il rispetto dei limiti dell'autonomia procedurale, verificando le

[39] Un'analisi accurata del problema è svolta da TROPEA, op cit., il quale rileva che "*pare molto dubbio sostenere, come fanno le Sezioni unite, che il Consiglio di Stato abbia esercitato un potere giurisdizionale di cui sarebbe privo «per avere compiuto un'attività di diretta produzione normativa non consentita nemmeno al legislatore nazionale – censurabile per cassazione con motivo inerente alla giurisdizione».*

Il giudice amministrativo nostrano si è limitato, invece, proprio a dare una corretta interpretazione della norma europea vigente, mentre l'attività veramente creativa, sia in punto di individuazione delle posizioni legittimanti, che di (ri)perimetrazione della nozione di "motivi inerenti alla giurisdizione", appare quella compiuta dalla Cassazione."

regole procedurali “oggettive”, assumendo, invece, un atteggiamento molto *iù prudente con riguardo al sindacato della organizzazione strutturale dei sistemi di giustizia degli Stati membri.

Ed è molto indicativa la già citata specifica giurisprudenza della CGUE, la quale ha ritenuto perfettamente compatibile con il diritto eurounitario proprio una normativa interna che non prevede specifici mezzi di impugnazione ulteriori delle sentenze, per la sola violazione del diritto UE.

L’ordinanza in commento, pur consapevole della decisività del passaggio argomentativo relativo all’autonomia procedurale, fornisce elementi di giudizio alquanto esigui, sia sul piano *qualitiativo* che su quello *quantitativo*: e gli argomenti indicati non sembrano evidenziare il paventato rischio di violazione dei criteri di equivalenza ed efficienza.

Anzitutto , l’ordinanza sostiene che nel caso di specie, il principio di *equivalenza* non sarebbe rispettato, poiché nelle controversie aventi ad oggetto l’applicazione del diritto nazionale è ammesso il ricorso per cassazione per difetto di potere giurisdizionale avverso le sentenze del Consiglio di Stato, «cui si imputi di avere svolto un’attività di produzione normativa invasiva delle attribuzioni del legislatore», mentre, nelle controversie aventi ad oggetto l’applicazione del diritto dell’Unione, sarebbero inammissibili i ricorsi per cassazione «volti a denunciare il difetto di potere giurisdizionale del giudice che, elaborando ed applicando regole processuali di diritto nazionale, eserciti poteri di produzione normativa preclusi allo stesso legislatore nazionale, essendo esclusivamente riservati al legislatore comunitario sotto il controllo della Corte di giustizia».

Ora, una siffatta rappresentazione della stessa giurisprudenza della Cassazione, che sarebbe caratterizzata da una irrazionale divaricazione tra le due situazioni, a detrimento del diritto UE, non è affatto convincente e la stessa ordinanza non cita le pronunce che manifesterebbero l’ipotizzata contrapposizione.

A ben vedere, non pare proprio che, dopo la sentenza n. 6/2018, le Sezioni Unite abbiano mai riproposto l’idea secondo cui la violazione di legge interna si concretizzi sempre in un difetto assoluto di giurisdizione, per invasione del potere normativo spettante al legislatore.

Meno che mai si riscontrano decisioni che abbiano teorizzato la possibilità di riservare alla violazione del diritto UE un trattamento addirittura deteriore rispetto alle violazioni del diritto interno, sostenendo l’opinione riportata dall’ordinanza.

Ma se anche così fosse, resterebbe evidente che spetta alla Cassazione il compito di definire in modo omogeneo la propria posizione, eliminando le ventilate incertezze applicative e correggendo ingiustificate asimmetrie di interpretazione.

E, in tale prospettiva, riesce davvero difficile sospettare che le Sezioni Unite possano mai affermare, o addirittura consolidare, una così clamorosa e arbitraria trasgressione del principio di equivalenza.

Va ricordato, comunque, che la CGUE, nello spettro fisiologicamente limitato del proprio giudizio, ben potrebbe attestarsi sulla rappresentazione fornita dal giudice remittente. Dunque, non è da escludere che la CGUE possa anche affermare, in via ipotetica, che se, effettivamente, la Cassazione ha consolidato un singolare indirizzo interpretativo penalizzante il diritto UE, il sistema processuale nazionale italiano deve essere riallineato, consentendo il ricorso per cassazione diretto a censurare una violazione del diritto UE alle medesime condizioni previste per la proposizione del ricorso che lamenti la trasgressione del diritto nazionale. Una eventuale pronuncia di tale contenuto, tuttavia, sarebbe *inutiliter data*, dal momento che l'ipotizzata mancanza di equivalenza non sembra sussistere nella realtà.

Sarebbe preferibile, comunque, che il giudizio dinanzi alla Corte non sia caratterizzato da fraintendimenti e deformazioni dei suoi presupposti. Allo stato, non sembra proprio che, nella normativa vigente e nella prassi delle Sezioni Unite, vi siano minacce, anche remote, o solo potenziali, al principio di equivalenza.

10. L'ASSETTO ITALIANO VIOLA IL PRINCIPIO DI *EFFETTIVITÀ* NELLA TUTELA GIURISDIZIONALE DELLE POSIZIONI GIURIDICHE PROTETTE DAL DIRITTO UE? L'EQUIVOCO DELLA ASSERITA NECESSITÀ DELLA VERIFICA IN CONCRETO.

Sgombrato il campo da una insussistente violazione del principi di *equivalenza*, non resta che esaminare il breve passaggio motivazionale dell'ordinanza riguardante la compatibilità tra l'autonomia procedurale degli Stati membri e il principio di effettività della tutela giurisdizionale.

Non vi è dubbio che la CGUE, qualora decida di affrontare il merito del quesito, ancorché in modo sommario, concentrerà l'attenzione su questo essenziale aspetto e non sugli altri argomenti, considerando la loro scarsa persuasività e l'assenza di sufficiente pertinenza rispetto alla logica del diritto eurounitario.

Pertanto, ci si sarebbe potuti attendere dall'ordinanza un'analisi ampia e diffusa del problema, accompagnata dalla chiara enunciazione dei punti ritenuti critici del vigente sistema processuale italiano, per la parte in cui prevede due gradi fi giurisdizione amministrativa, oltre al ricorso in cassazione per i soli motivi inerenti alla giurisdizione.

L'ordinanza in esame, invece, risolve la propria argomentazione nell'assiomatico enunciato secondo cui non sarebbe rispettato il principio di effettività, poiché esso, inteso «*non in astratto ma in concreto, in relazione al procedimento di formazione della decisione giurisdizionale*» (punto 43 della

motivazione), dovrebbe sempre imporre un esame del merito della controversia, in relazione agli aspetti di rilevanza comunitaria, anche nel giudizio di cassazione, in seguito alla proposizione del ricorso *ex* art. 111, comma ottavo.

Sembra di capire che l'ordinanza svolga questo ragionamento: poiché, nella concreta vicenda in esame, il motivo di ricorso proposto dall'interessato ha messo in luce una violazione del diritto UE, che la Cassazione stessa ritiene "grave", in quanto incidente sul diritto di azione, compiuta dall'impugnata decisione del Consiglio di Stato, il principio di *effettività* risulta per ciò solo compromesso, giacché la parte interessata ha diritto ad una decisione su questo aspetto del contenzioso, ora al vaglio della Cassazione.

In altri termini, secondo questo assunto, poiché il doppio grado del giudizio amministrativo non ha impedito la consumazione dell'asserita violazione del diritto UE, risulterebbe dimostrato, *per tabulas*, che il sistema italiano non ha saputo garantito l'effettività della tutela di posizioni giuridiche di rilevanza comunitaria. Ciò sarebbe possibile, invece, assicurando all'interessato la possibilità di far valere la violazione dinanzi alla Cassazione.

Non vi è bisogno di sottolineare l'erroneità di questo argomento.

La necessità di una verifica per così dire "sostanziale" della efficacia delle regole processuali interne è fuori discussione. Occorre comprendere, infatti, il funzionamento pratico del processo, in tutti i suoi aspetti. Ma non è certamente condivisibile l'idea secondo cui il sistema si dimostra inefficace solo perché si è verificata, in concreto, una violazione.

Occorre verificare, semmai, se l'ordinamento processuale abbia garantito, o meno, la possibilità di tutelare posizioni giuridiche protette dal diritto europeo, senza frapporre ostacoli od ingiustificate preclusioni.

Ed allora, in questo senso, l'esistenza di un doppio grado di giudizio amministrativo, con un appello pienamente devolutivo, in questo senso, è condizione pacificamente idonea a ad assicurare l'effettività della tutela. Anzi, determina un livello di protezione superiore a quello richiesto dagli *standard* europei, considerando che la CGUE non ha mai dubitato della legittimità di sistemi processuali caratterizzati da un unico grado di giudizio.

Il rispetto del principio di efficacia della normativa europea in ordine all'articolazione del giudizio in due gradi, anziché in tre, ovviamente, lascia impregiudicata la distinta questione relativa alla legittimità comunitaria dalla normativa italiana che stabilisce i presupposti della legittimazione al ricorso.

Forse l'ordinanza in commento ha equivocato proprio su questo punto, sovrapponendo i due temi. Ma è chiaro che l'eventuale affermazione della illegittimità comunitaria della norma nazionale che restringe la legittimazione al

ricorso non ha nulla a che vedere con la diversa questione riguardante il numero dei gradi di giudizio in cui, secondo il diritto interno, tale questione deve essere esaminata e decisa, nel rispetto del diritto di difesa delle parti.

Insomma, non sembra che la proposta argomentativa sviluppata dall'ordinanza in esame possa determinare significativi dubbi circa l'efficacia complessiva del sistema italiano di giustizia amministrativa.

11. LA SOLUZIONE INDICATA DALLA COSTITUZIONE ITALIANA MINEREBBE LA CERTEZZA DEL DIRITTO.

L'ordinanza aggiunge un ulteriore argomento, in forza del quale l'assetto italiano non garantirebbe nemmeno la *certezza del diritto* e lederebbe l'affidamento dei cittadini, così minando uno dei principi cardine del diritto eurounitario.

Si sostiene, al proposito che un "*analogo dubbio di legittimità comunitaria può essere avanzato con riguardo ai principi di certezza del diritto e di affidamento dei cittadini, se si considera che analoghi ricorsi per cassazione, in controversie similari aventi ad oggetto l'impugnazione degli atti di esclusione e aggiudicazione di gare di appalto disciplinate dal diritto dell'Unione, sono stati dichiarati ammissibili e accolti quando decisi dalle Sezioni Unite prima del 18 gennaio 2018 (data della sentenza della Corte costituzionale n. 6 del 2018), mentre sono stati dichiarati inammissibili quando decisi dopo tale data (v. Cass., Sez. Un., n. 13243 del 2019), pur se presentati in epoca precedente*."

Non emerge, tuttavia, né la pertinenza di questo argomento e, né, tanto meno, la sua *esattezza*.

Infatti, a partire dalla sentenza n. 6/2018, l'assetto italiano è caratterizzato senz'altro da certezza e da omogeneità. L'intervento della Corte è stato motivato, fra l'altro, proprio dall'esigenza di ripristinare l'ordine messo in crisi dalle oscillazioni giurisprudenziali determinate dalle teorie della *giurisdizione dinamica*. In questo senso, è significativa la contestazione delle tesi "intermedie", pure a suo tempo sostenute da un certo indirizzo delle Sezioni Unite, ma fortemente stigmatizzate dalla Corte, proprio per la loro attitudine a generare confusione.

La decisione della Corte costituzionale può essere contestata, ovviamente, ma non le si possono imputare vizi di *indeterminatezza*[40]. Senza dimenticare che, come già ricordato, la decisione della Corte costituzionale, lungi dal comportare inaspettati capovolgimenti di indirizzi interpretativi risalenti nel tempo, non ha fatto altro che ripristinare il consolidato orientamento ermeneutico, circa la portata dell'art. 111, comma ottavo, della Cost.

[40] Alla Corte, semmai, qualcuno ha rimproverato l'eccessiva rigidità del principio espresso, che non consentirebbe alcuna modulazione in funzione delle peculiarità di determinate ipotesi.

In ogni caso, la vicenda del mutamento di giurisprudenza non può considerarsi lesiva di alcun principio di diritto eurounitatio, a meno che non si voglia sostenere che la nomofilachia consista nella pietrificazione dell'interpretazione affermata dalla Corte superiore.

12. L'OGGETTO DELLA QUESTIONE: L'ILLEGITTIMITÀ COMUNITARIA DELL'ART. 111, COMMA OTTAVO, DELLA COSTITUZIONE.

Da ultimo, la Cassazione tocca un altro aspetto nevralgico della propria opzione interpretativa: la dimensione costituzionale della norma nazionale di cui dubita la compatibilità con il sistema eurounitario.

Al paragrafo 45, si afferma quanto segue. «*Infine non sembra che possa assumere rilievo determinante la natura costituzionale della disposizione (art. 111, ottavo comma, della Costituzione), la cui interpretazione da parte della Corte costituzionale italiana (con sentenza n. 6 del 2018) ha determinato la prassi giurisprudenziale che è oggetto della questione pregiudiziale in esame.*»

«*È infatti inammissibile che norme di diritto nazionale, quand'anche di rango costituzionale, possano menomare l'unità e l'efficacia del diritto dell'Unione.*»

Secondo l'ordinanza, tutte queste considerazioni, pertanto, porterebbero a ritenere che l'estremo rimedio a tutela del diritto dell'Unione violato dai giudici amministrativi (e contabili) sia dato dal ricorso per cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione, senza che rilevi la sua ristretta conformazione voluta dalla Costituzione (a tutela della pluralità delle giurisdizioni), perché anche le norme costituzionali devono essere disapplicate se lesive dei principi di primazia ed efficacia diretta del diritto dell'Unione.

Questa parte della motivazione suscita senz'altro riflessioni di carattere più generale.

Come sottolineato da TRAVI, in questa parte l'ordinanza non dà atto delle ragioni contrarie della Corte costituzionale e descrive come "*prassi giurisprudenziale*" l'orientamento delle Sezioni Unite, che, attraverso l'intervento della Corte di giustizia, si vorrebbe superare.

Proprio questa puntualizzazione induce a chiedersi, di nuovo, se non sarebbe stato preferibile manifestare queste gravissime perplessità alla stessa Corte costituzionale, prima di rivolgersi, direttamente al giudice del Lussemburgo.

In tale eventualità, la Corte, opportunamente investita dei dubbi ermeneutici affiorati nelle Sezioni Unite, avrebbe potuto stabilire se, alternativamente:

- Rimeditare autonomamente il proprio indirizzo, in tutto o in parte;

- Rinviare essa stessa la questione della compatibilità comunitaria dell'art. 111, comma ottavo, alla CGUE, eventualmente con argomenti "bilaterali", capaci di difendere l'assetto costituzionale vigente, allo scopo di eliminare in radice le perplessità della Cassazione;
- Confermare integralmente il proprio orientamento espresso con la pronuncia n. 6/2018.

Solo in questa terza eventualità, il giudice nazionale avrebbe poi potuto valutare l'opportunità di rivolgersi direttamente al Lussemburgo, o di seguire, a sua volta, un diverso orientamento.

13. IL POTERE DELLA CASSAZIONE GIUSTIFICATO DALLA FINALITÀ DI PREVENZIONE DELLE VIOLAZIONI DEL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA PRIMA DEL PASSAGGIO IN GIUDICATO DELLA SENTENZA E LA RESPONSABILITÀ PATRIMONIALE DELLO STATO

Fra i diversi argomenti espressi dalla Cassazione, meritano di essere ulteriormente approfonditi quelli incentrati sulla necessità di assicurare la riparazione rapida della violazione del diritto UE, anche in chiave di prevenzione dell'eventuale responsabilità patrimoniale dello Stato, ai sensi della legge n. 117/1988, come modificato dalla legge del 2014[41].

L'argomento espresso dalla Cassazione, presenta, a prima vista, notevoli elementi di suggestione.

Chi potrebbe negare il buon senso di regole volte a "prevenire" gli illeciti, anziché a sanzionarli soltanto *ex post*, realizzando direttamente e *in forma specifica* gli interessi delle parti, con significativo risparmio dello Stato, nonché, e si potrebbe aggiungere, con l'ulteriore non trascurabile vantaggio di proteggere i singoli magistrati autori delle violazioni, dalle azioni di rivalsa e disciplinari?[42]

---

[41] Già la sentenza n. 2242 del 6 febbraio 2015, citata nell'ordinanza di remissione alla CGUE, aveva fatto leva sull'argomento della prevenzione della responsabilità patrimoniale dello Stato, asserendo che vada cassata la sentenza del Consiglio di Stato a seguito di una sopravvenuta giurisprudenza della CGUE "*al fine di "impedire, anche nell'interesse pubblico, che il provvedimento giudiziario, una volta divenuto definitivo, esplichi i suoi effetti in contrasto con il diritto comunitario, così come interpretato dalla Corte di giustizia, con grave nocumento per l'ordinamento europeo e nazionale e con palese violazione del principio secondo cui l'attività di tutti gli organi degli Stati membri deve conformarsi alla normativa comunitaria. In altri termini, la Cassazione, che deve decidere di un motivo di difetto di giurisdizione, applica, nel momento in cui decide, la regola che risulta dalla giurisprudenza della Corte di giustizia e, se riscontra che la regola applicata dal Consiglio di Stato è diversa, cassa la decisione impugnata*".

[42] Senza sottovalutare il problema per così dire economico, si deve però ricordare che, proprio nella vicenda considerata dalla Cassazione si è in presenza di un interesse "strumentale", la cui traduzione in termini di lesione patrimoniale concreta, è del tutto eventuale ed ipotetica.

Infatti, l'eventuale cassazione con rinvio della decisione lascerebbe aperti una serie di problemi applicativi in rito, che potrebbero comunque condurre ad un esito processuale della controversia. In ogni caso, la legittimità, nel merito, degli atti della procedura di gara contestata è tutta da verificare.

Dunque, in caso di inammissibilità del ricorso per cassazione, l'eventuale azione risarcitoria proposta dall'interessato si appunterebbe sulla lesone di una chance, la cui ricorrenza in concreto dovrebbe però essere dimostrata in giudizio.

Tuttavia, il ragionamento della Cassazione non è idoneo a dimostrare la lamentata illegittimità comunitaria, per una serie di motivi convergenti.

Ancora una volta, è assorbente il rilevo riguardante la piena compatibilità comunitaria dell'assetto definito dal sistema italiano. Le esigenze "di opportunità" descritte dall'ordinanza, per quanto significative nel dibattito *de iure condendo*, non si traducono in alcun modo in fondati sospetti di illegittimità comunitaria.

A) Anzitutto, è vero che anche le Istituzioni comunitarie caldeggiano regole nazionali volte ad assicurare la più incisiva operatività del diritto europeo già nella fase di "prima applicazione" in sede giurisdizionale. Tuttavia, i vincoli puntuali imposti al legislatore nazionale sono soltanto quelli relativi alla previsione di efficaci rimedi riparatori[43], senza alcuna necessità di stabilire anche ulteriori mezzi processuali *preventivi* altrettanto precisi e rigorosi.

E, in ogni caso, tra i mezzi indispensabile per garantire la piena efficacia della tutela giurisdizionale, non pare certo compresa la necessità di istituire, per il contenzioso affidato alla giurisdizione amministrativa, un terzo grado davanti alla Cassazione, una volta riconosciuto che il sistema nazionale conosce due gradi di cognizione piena della controversia.

Né, tanto meno, il diritto UE impone che la previsione di un ulteriore grado di impugnazione, a cognizione limitata, secondo le regole costituzionali interne, debba dilatarsi in un giudizio esteso all'esame del rispetto del diritto UE.

Se la CGUE "limita" la tutela risarcitoria alla ricorrenza di determinati presupposti sostanziali, questo non può significare affatto la necessità di colmare, attraverso la moltiplicazione dei rimedi interni "preventivi", l'asserita insufficienza dei mezzi di reazione successiva.

B) Questa obiezione vale anche dall'angolo visuale della coerenza del diritto interno. La previsione di un rimedio "successivo" tipico, per il caso della violazione del diritto europeo, rappresentato dalla tutela risarcitoria, introdotta dal legislatore del 2014, proprio al conclamato scopo di uniformarsi alle prescrizioni dell'ordinamento UE, non può certo significare la contestuale necessità di prevedere anche un ulteriore rimedio pretorio, costituito dallo stravolgimento del ricorso per cassazione ex art. 111, comma ottavo, non previsto dall'ordinamento.

Il legislatore nazionale avrebbe potuto forse introdurre anche dei rimedi processuali preventivi, ma, al momento, ha scelto di limitarsi alla codificazione nazionale di una nuova fattispecie di responsabilità patrimoniale, imposta dal diritto UE.

C) Seguendo il ragionamento "funzionale e finalistico" della Cassazione, la dilatazione del ricorso ex art. 111 Cost., allora, dovrebbe predicarsi in relazione a tutte

---

[43] Corte di giustizia, sentenza del 30 settembre 2003, causa C-224/01, *Köbler c. Austria*; Corte di giustizia, sentenza del 13 giugno 2006, causa C-173/03, *Traghetti del Mediterraneo*.

le fattispecie contemplate dalla legge n. 117/1988, compresi i casi di errori di fatto del giudice ordinario, tradizionalmente esclusi dalla cognizione della Cassazione. Ma questo significherebbe riscrivere tutto il sistema delle impugnazioni, con ricadute sistemiche catastrofiche.

D) Come si è detto, l'obiettivo della "prevenzione" dell'illecito comunitario, se anche ritenuto praticabile in via interpretativa, non necessariamente dovrebbe passare attraverso il *ricorso per cassazione*, che ha "limiti" intrinseci evidenti, non meno di altri strumenti, volti a sterilizzare gli effetti di una decisione violativa del diritto UE. Anzi, i confini del sindacato della Cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato sono stabiliti dalla Costituzione, e, quindi, sono assai più difficili da superare.

In ogni caso, una volta ritenuta l'opportunità di rimedi processuali preventivi, non sarebbe più semplice, come ventilato proprio dalla Corte costituzionale, l'estensione dello strumento della revocazione, che consente di entrare nel merito della controversia in modo assai più efficace?[44]

14. IL PROBLEMA DELLA RIPARAZIONE *IN FORMA SPECIFICA* DELLE ACCERTATE VIOLAZIONI GIURISDIZIONALI DEL DIRITTO UE: I LIMITI DEL SISTEMA DELINEATO DALLA LEGGE 117/1988 E LA REVOCAZIONE. LE POSSIBILI CORREZIONI, A NORMAZIONE VIGENTE E NELL'OTTICA DI UNA IPOTETICA RIFORMA.

Ferma restando l'assenza di una illegittimità comunitaria della legislazione italiana, va riconosciuto che la Cassazione ha individuato un problema reale, tutto di diritto interno e di opportunità, la cui soluzione, però andrebbe ricercata in una direzione completamente diversa da quella ipotizzata dall'ordinanza. Si tratta di evidenziare le palesi incongruenze dell'impianto attuale della legge n. 117/1988, ulteriormente aggravate dall'affrettato intervento modificativo del 2014.

A fronte di una violazione del diritto europeo commessa dal giudice amministrativo, il diritto al risarcimento del danno può esercitato attraverso un percorso lungo e accidentato, affidato alla cognizione di un organo che non sembra possedere la fisionomia del giudice naturale della controversia.

La complessità del tema è evidente e, al riguardo, la discussione è aperta.

Ma è certo singolare che, dopo la pronuncia del Consiglio di Stato che definisce il giudizio, si possa riaprire lo stesso contenzioso, ma davanti ad un altro plesso giurisdizionale.

Al di là del contenuto formale dell'azione risarcitoria, è indiscutibile che il nocciolo della domanda con cui si prospetta l'errata applicazione del diritto UE,

---

[44] In una prospettiva di più largo respiro, ci si potrebbe chiedere se la reazione alla violazione del diritto UE non possa essere allora attuata mediante l'ampliamento di altri strumenti processuali, quali, per ipotesi, il giudizio di ottemperanza (che ora, secondo il codice, può essere azionato anche dall'amministrazione soccombente), o mediante la proposizione di un autonomo giudizio di accertamento.

Sono palesi i limiti strutturali attuali di tali mezzi, ma questo non significa affatto che la dilatazione del sindacato della Cassazione costituisca necessariamente la via obbligata.

concerne, né più, né meno, la revisione, nel merito, della decisione del giudice amministrativo, il cui esito è considerato violativo del diritto UE.

Per quale ragione tale compito di revisione sostanziale della decisione amministrativa, sia pure ai soli fini risarcitori, spetta al giudice ordinario?

Si potrebbe affermare che l'oggetto "reale" sia la contestazione della funzione giurisdizionale in sé considerata, a fronte della quale si pongono solo "diritti", con la conseguente giurisdizione ordinaria "fisiologica".

Ma nemmeno questa interpretazione convince. A parte la considerazione secondo cui si tratterebbe, allora, del sindacato di un "potere pubblico", ancorché non amministrativo, resta il dato indiscutibile che la lesione lamentata non si riferisce, genericamente, al patrimonio della parte attrice, ma riguarda la posizione giuridica azionata nel giudizio amministrativo e, si ripete, risulta attuata attraverso l'inesatta applicazione delle norme che il Consiglio di Stato avrebbe dovuto considerare.

Molto probabilmente, l'assetto normativo attuale deriva da fattori storici che ora dovrebbero reputarsi superati dall'evoluzione dell'ordinamento.

La sofferta costruzione del sistema della responsabilità patrimoniale dello Stato originata dall'attività giurisdizionale non aveva potuto affatto prevedere lo scenario futuro, in cui la maggior parte del contenzioso originato da azioni di responsabilità dello Stato riguarda proprio le pronunce del giudice amministrativo, quasi sempre in relazione ad asserite violazioni del diritto UE.

Inoltre, la legge del 1988 era ampiamente condizionata dai noti principi della irrisarcibilità sostanziale degli interessi legittimi. Pertanto, non sarebbe stata nemmeno concepibile, per assenza di un danno risarcibile, la contestazione di una decisione del giudice amministrativo, tranne i limitati casi della lesioni di diritti soggettivi compresi in ambiti tipizzati di giurisdizione esclusiva.

Infine, l'azione risarcitoria non poteva che competere al giudice ordinario, dal momento che il potere di condanna al risarcimento del danno del giudice amministrativo era consentito solo in casi eccezionali.

La riforma del 2015 non ha in alcun modo corretto questa impostazione, perdendo l'occasione di un esame sereno ed obiettivo delle problematiche correlate alla particolarissima fattispecie della responsabilità dello Stato derivante dalla violazione del diritto UE concretizzata in una pronuncia del giudice.

A ciò si deve aggiungere che, per una serie di motivi "politici", la legge sembra indirizzata a "sanzionare" i singoli magistrati, piuttosto che a ristorare colui che è stato vittima di un errore oggettivo.

Pertanto, oggi resta difficilmente comprensibile come mai chi si ritenga leso da una decisione amministrativa contrastante con il diritto europeo debba intraprendere un giudizio articolato in tre gradi, davanti ad un giudice ordinario, che non si occupa affatto di quella materia.

Né si può dire che si faccia valere il "diritto soggettivo" al risarcimento, posto che, come chiarito dalla sentenza n. 204/2004 della Corte cost., la tutela risarcitoria è

mezzo di tutela della posizione giuridica, sia essa di interesse legittimo o diritto soggettivo, affidata alla cognizione del giudice amministrativo.

Ed ancora più ingiustificata appare la mancata previsione di un agile strumento di reazione che consenta di ottenere tutela in forma specifica, sulla falsariga della *revocazione*.

Al contrario, la dilatazione del termine decadenziale per l'esercizio dell'azione, ora portato a ben tre anni dal verificarsi dell'illecito, appare di dubbia razionalità: se la decisione del giudice fonte di responsabilità si pone in "contrasto evidente" con il diritto UE e quindi è agevolmente percepibile, sembrerebbe molto più logica, anche nell'interesse della certezza del diritto, prevedere un termine più breve, insieme alla individuazione di uno strumento efficace di tutela "in forma specifica".

E) Si può aggiungere, ancora, che il legislatore del 2014, eliminando la fase del cosiddetto "filtro" di ammissibilità del giudizio di responsabilità dello Stato, ha inteso velocizzare i tempi per l'accesso alla giustizia, ferma restando la regola secondo cui l'azione risarcitoria è proponibile solo dopo l'esaurimento dei mezzi di impugnazione. Sicché, la prospettata introduzione di un terzo grado in Cassazione, con tempi non certo brevi, quale passaggio necessario prima dell'esercizio dell'azione risarcitoria, si pone in contrasto con la scelta acceleratoria, magari discutibile, ma chiara, della riforma.

F) A questo riguardo, occorre un chiarimento. Come era logico aspettarsi, l'ordinanza della Cassazione, manifestando un apprezzabile – ma trasparente - orientamento decisamente "*filoeuropeista*", implicitamente dà per scontato che il terzo grado di giudizio svolto attraverso il ricorso ex art. 111, comma ottavo, non possa che assicurare la corretta interpretazione e applicazione del diritto europeo. Il che è certamente auspicabile e anche molto probabile.

Insomma, sembrerebbe ipotizzarsi che la desiderata estensione del sindacato della Cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato sia destinata ad operare solo "*unilateralmente*", nel duplice senso che:

- il sindacato della Cassazione si attiverebbe solo di fronte a sentenze del giudice amministrativo che disconoscono posizioni giuridiche protette dall'ordinamento europeo;
- la decisione della Cassazione sarebbe inevitabilmente conforme al diritto europeo, consentendo la correzione delle decisioni del Consiglio di Stato in chiave europea, a difesa del ricorrente vittima di un'errata pronuncia.

Questa premessa non esplicitata, del resto, si connette alla prospettiva ermeneutica "intermedia" dell'indirizzo emerso dalla Cassazione, collegata alla estensione del concetto di "*rifiuto di giurisdizione*": la violazione del diritto europeo sarebbe sindacabile in Cassazione solo nelle ipotesi in essa cui si risolve nella sostanziale *negazione* di una posizione giuridica tutelata dal diritto UE[45]. Sarebbe

[45] Resta però da chiedersi in quali casi si potrebbe isolare il "rifiuto di giurisdizione" dalla decisione di merito o processuale.

escluso, o, quanto meno, difficilmente configurabile l'opposto caso di "eccesso di giurisdizione", configurabile quando il giudice amministrativo accolga erroneamente una domanda, a tutela di una posizione giuridica non protetta dall'ordinamento europeo.

Ma, evidentemente, la prospettiva *unilaterale* non potrebbe funzionare, se si volesse garantire coerenza al sistema.

Se si ammette il ricorso per cassazione in relazione a qualsivoglia violazione del diritto europeo, il rimedio, ovviamente, dovrà operare anche, *a parti invertite*. Pertanto, esso sarà praticabile pure quando, per esempio il ricorrente lamenti che la decisione del Consiglio di Stato abbia dichiarato tutelabile una posizione non riconosciuta dall'ordinamento (*eccesso di giurisdizione*).

Né può trascurarsi che il ricorso per cassazione potrebbe allora proporsi, con finalità dilatorie, dalla parte che denunci l'erroneità dell'applicazione del diritto europeo da parte del Consiglio di Stato, in chiave per così dire ampliatrice della posizione del ricorrente.

L'esecutività delle sentenze del Consiglio di Stato non sospese potrebbe attenuare solo in parte le conseguenze perverse di una dilatazione indiscriminata dell'ambito di ammissibilità del ricorso per cassazione,

Quindi, non si può escludere con assoluta certezza che anche la stessa decisione della Cassazione potrebbe risultare, anch'essa, pronunciata in violazione del diritto europeo, perpetuando l'errore della sentenza impugnata, o, persino, provocandolo, autonomamente, per la prima volta[46].

Insomma, il terzo grado di giudizio potrebbe aumentare le probabilità di una decisione giusta, ma potrebbe anche moltiplicare le occasioni di errore[47].

In questo caso, quale potrebbe essere il rimedio preventivo? Si obietta: un quarto grado sarebbe davvero troppo e risulterebbe difficile individuare l'organo competente alla decisione.

Ma proprio queste obiezioni dimostrano che la suggestiva idea di rafforzare gli strumenti di tutela preventiva, seppure astrattamente condivisibile, non riesce affatto a convincere della necessità, e persino della utilità di un *terzo grado* definitivo in cassazione e non spiega perché sia reputato del tutto insufficiente un doppio grado di giudizio (a cognizione piena) e perché non si debba prevedere, allora, un ulteriore quarto grado, allo scopo di controllare la correttezza della decisione della Cassazione.

---

[46] Anche volendo ritenere per ipotesi che, oggi, la Cassazione sia davvero più *filo-europea* del Consiglio di Stato, chi garantisce che, domani, non possa accadere il contrario?

[47] Senza voler semplificare un discorso di stampo, per così dire "culturale" molto delicato, non è possibile stabilire se il Consiglio di Stato sia più o meno filoeuropeista di quanto non lo sia la Cassazione.

15. Il giudice nazionale unico della nomofilachia europea? Esiste una previsione UE in tal senso? Il favore per il controllo giurisdizionale diffuso sull'applicazione del diritto UE.

In una prospettiva di carattere più generale e astratto, ci si potrebbe chiedere se sia opportuna, o meno, una *nomofilachia* comunitaria accentrata in un unico organo giurisdizionale nazionale[48], fermo restando che nessun argomento induce attualmente a ritenere che ciò sia imposto dal sistema UE.

La dottrina ha già notato che "*La violazione del diritto dell'Unione non rappresenta, di per sé, una ragione valida per violare il rapporto fra le giurisdizioni stabilito nell'ordinamento nazionale.*

La circostanza che l'ordinamento nazionale non avesse prodotto una decisione giurisdizionale conforme al diritto dell'Unione può costituire un titolo di responsabilità, ma non può introdurre un grado di giudizio non ammesso dall'ordinamento interno, anzi, nel nostro caso, non ammesso da una norma costituzionale.

Il ragionamento può forse non apparire di piena evidenza se si considera solo il modello italiano, che ammette uno spazio, peraltro puntualmente circoscritto, per il ricorso alla Cassazione contro le sentenze in ultimo grado del giudice amministrativo, ma può risultare più chiaro se si considerano anche altri ordinamenti, come quello francese, che non consente ricorsi, tanto meno alla Corte di cassazione, contro le decisioni del Conseil d'État."[49]

Ora, contro l'astratta prospettiva di un giudice unico della nomofilachia eurounitaria, realizzata attraverso un'ipotizzata modifica costituzionale, si pongono diverse obiezioni.

I) Dal punto di vista dell'ordinamento europeo non sembra affatto che vi sia un vincolo in tal senso, sicché il problema ha una connotazione tutta interna al nostro sistema.

II) Una visione superficiale potrebbe portare ad affermare l'opportunità di una "*specializzazione*", diretta alla creazione di un giudice superiore, esperto di diritto UE, che potrebbe garantire maggiore omogeneità di esiti interpretativi. Ma è inevitabile osservare che il diritto dell'Unione europea, se è vero che si regge su alcuni principi trasversali, non può considerarsi una materia unitaria a sé stante, contrapposta al diritto amministrativo nazionale.

Al contrario, il diritto comunitario si articola, ormai, in molteplici normative speciali. Inoltre, il diritto UE si intreccia con le discipline nazionali dei diversi settori.

---

[48] Ovviamente, il problema sarebbe superato qualora si optasse per una soluzione costituzionale incentrata sulla giurisdizione unica o sulla estensione del ricorso per cassazione avverso le decisioni del Consiglio di Stato a tutte le ipotesi di violazione di legge, nazionale, od europea.

[49] Travi, op. cit.

Non avrebbe senso, allora, affidare la nomofilachia a organi diversi, a seconda della fonte della norma. A ciò si aggiunga che proprio l'asserita "specialità" del diritto UE potrebbe comportare proprio l'effetto opposto a quello auspicato, rallentando, anziché assecondando, l'integrazione tra le discipline.

III) Se proprio si vuole notare una tendenza del diritto europeo verso l'una o l'altra soluzione organizzativa, si potrebbe notare che la CGUE incoraggia notevolmente il sindacato diffuso sulla compatibilità tra diritto interno e diritto UE esercitato dal giudice comune di merito. L'accentramento presso un unico organo nomofilattico è considerato un filtro alla più ampia operatività del diritto europeo[50].

IV) D'altro canto, non deve trascurarsi che la *nomofilachia* europea è assicurata istituzionalmente, dal ruolo della CGUE. E questo ridimensiona notevolmente il problema concreto.

16. La prospettiva europea della CEDU: Cassazione e Consiglio di Stato come Corti di ultima istanza, paritariamente garanti dell'attuazione nazionale del diritto convenzionale, abilitati a sollevare la questione pregiudiziale facoltativa davanti al giudice di Strasburgo.

Prima di approfondire l'analisi dei problemi posti dal secondo quesito formulato dall'ordinanza in commento, può essere utile segnalare un argomento di carattere sistematico, idoneo a lumeggiare il rapporto tra Consiglio di Stato e la Cassazione, con riguardo alla corretta applicazione del diritto di matrice europea, destinato a prevalere sulle fonti interne.

Si tratta delle chiare scelte compiute dai progetti di legge concernenti la ratifica e l'esecuzione del Protocollo 16 della CEDU. Come è noto, la norma convenzionale contiene la previsione secondo ciascuno Stato che decide di ratificare il Protocollo può attribuire alle giurisdizioni superiori la facoltà di richiedere alla Corte di Strasburgo un parere non vincolante sull'interpretazione della normativa convenzionale rilevante nella controversia[51].

L'ordinamento europeo legittima alla richiesta le sole giurisdizioni superiori, positivamente indicate da ciascuno Stato membro.

---

[50] Uno spunto importante al riguardo è fornito proprio dalla decisione Puligienica, che ha chiarito come il meccanismo previsto dall'articolo 99 del CPA, inteso ad assicurare la funzione nomofilattica dell'Adunanza Plenaria non può impedire alle Sezioni semplici di procedere direttamente all'applicazione del diritto europeo o al rinvio pregiudiziale.

La pronuncia non ha forse colto con esattezza il rapporto interno tra le sezioni semplici e la Plenaria, ma è chiaro lo sfavore per ordinamenti caratterizzati da un controllo accentrato sulla corretta applicazione del diritto europeo.

[51] Per un'illustrazione della disciplina convenzionale e dei progetti di legge di ratifica, sia consentito rinviare al commento di Lipari M., *Il rinvio pregiudiziale previsto dal Protocollo n. 16 annesso alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Federalismi.it.*

Ai sensi dell'articolo 1 del Protocollo "*Le più alte giurisdizioni di un'Alta Parte contraente, designate conformemente all'articolo 10, possono presentare alla Corte delle richieste di pareri consultivi su questioni di principio relative all'interpretazione o all'applicazione dei diritti e delle libertà definiti dalla Convenzione o dai suoi protocolli*". Il successivo e richiamato art. 10 prevede invece che "*Ciascuna Alta Parte contraente della Convenzione indica, al momento della firma o del deposito del proprio strumento di ratifica, di accettazione o di approvazione, per mezzo di una dichiarazione indirizzata al Segretario Generale del Consiglio d'Europa, quali autorità giudiziarie nomina ai fini dell'articolo 1, paragrafo 1, del presente Protocollo. Tale dichiarazione può essere modificata in qualsiasi momento nello stesso modo*."

Ebbene, nella scorsa legislatura è stato approvato da un ramo del Parlamento il ddl di ratifica disegno di legge n. AC-2801[52], il quale indica chiaramente che il Consiglio di Stato è giurisdizione superiore: cioè organo chiamato ad avere "l'ultima parola" sulla questione sottoposta al suo esame.

Tale impostazione è stata confermata anche nella presente legislatura (DDL AC-1124). Secondo il comma 1 dell'art. 3 dello schema presentato dal Governo all'esame del Parlamento, "*La Suprema Corte di cassazione, il Consiglio di Stato, la Corte dei conti e il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana possono presentare alla Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo richieste di parere ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 1, del Protocollo di cui all'articolo 1, comma 1, lettera b), della presente legge*".

Per opinabili ragioni politiche, riguardanti l'impianto complessivo della normativa convenzionale, nella presente legislatura, il DDL, si è ora arenato e la ratifica italiana del Protocollo 16 si è allontanata.

Ma nessuno mette in dubbio che, nei riguardi della CEDU, Consiglio di Stato e Cassazione sono considerati paritariamente, come organi di ultima istanza, titolari del potere nomofilattico nazionale, per tutto ciò che concerne l'applicazione della CEDU nei rispettivi ambiti di giurisdizione.

La portata sistematica di scelte pacifiche e condivise, quindi, non può essere trascurata.

17. LA SECONDA QUESTIONE PROPOSTA DALLA CASSAZIONE: LA VIOLAZIONE DELL'OBBLIGO DI RINVIO PREGIUDIZIALE E I SUOI RIMEDI. L'APPLICABILITÀ DELL'ART. 111, COMMA OTTAVO. DUBBI SULL'AUTONOMIA DEL PROBLEMA E DELLA SUA RILEVANZA NELLA PRECEDENTE VICENDA, IN ASSENZA DI UN MOTIVO DI RICORSO SUL PUNTO.

[52] Il DDL governativo concerne la "Ratifica ed esecuzione dei seguenti protocolli: a) Protocollo n. 15 recante emendamento alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, fatto a Strasburgo il 24 giugno 2013; b) Protocollo n. 16 recante emendamento alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, fatto a Strasburgo il 2 ottobre 2013".

Il secondo quesito proposto dall'ordinanza della Cassazione in commento, riguarda la compatibilità con il diritto comunitario della disciplina nazionale che impedisce di censurare, mediante il ricorso per cassazione, la violazione dell'obbligo di rinvio pregiudiziale, previsto dall'art. 267 del Trattato.

La formulazione proposta suscita diversi interrogativi.

Anzitutto, andrebbe verificata la complessiva coerenza della motivazione dell'ordinanza: si intravede una certa frizione tra l'affermazione, assai perentoria, della esistenza, nella vicenda in esame, di una "*grave violazione*" del diritto UE, che rappresenta uno degli spunti da cui muove l'argomentazione del primo quesito e la contestuale statuizione della sussistenza di un dubbio interpretativo tale da imporre l'obbligo del rinvio pregiudiziale.

Tale contraddizione, forse, potrebbe essere sciolta, immaginando che, secondo la valutazione interlocutoria della Cassazione:

- *in prima battuta*, l'impugnata pronuncia del Consiglio di Stato abbia concretizzato una sicura violazione del diritto europeo;

- solo *in linea subordinata*, sia quanto meno *dubbia* la lamentata violazione del diritto UE.

Pur con questa precisazione, peraltro, il quesito formulato non sembra presentare autonomia rispetto al primo, risolvendosi, in fondo nella semplice specificazione di una tra le tante possibili violazioni del diritto UE, che l'ordinanza ritiene non sindacabili in cassazione, alla luce del vigente ordinamento nazionale.

Ed infatti, nell'ordinanza non sembrano profilarsi argomenti diversi, od ulteriori, a sostegno della asserita illegittimità comunitaria del sistema nazionale, che definisce i "*motivi inerenti alla giurisdzione*".

Forse, tra le righe dell'ordinanza potrebbe intravedersi la convinzione, peraltro non sviluppata esplicitamente, secondo cui la violazione dell'obbligo del rinvio sarebbe addirittura "*più grave*" della altre (per ipotesi, perché incidente in modo vistoso sul ruolo nomofilattico assegnato alla CGUE), giustificando un trattamento speciale e più severo.

In altri termini, l'eventuale accoglimento della proposta interpretativa formulata dalla Cassazione, con riguardo al primo quesito, determinerebbe l'automatico assorbimento del secondo quesito. Solo nel caso in cui la CGUE dovesse riconoscere, invece, la complessiva legittimità eurounitaria dell'assetto ordinamentale nazionale, emergerebbe un problema riguardante specificamente l'obbligo di rinvio pregiudiziale.

L'esigenza della prospettazione di un autonomo quesito, poi, potrebbe dipendere dalla considerazione che, prima dell'intervento della Corte costituzionale n. 6/2018, l'orientamento basato sulla teoria della giurisdizione dinamica, pur ritenendo sindacabile la violazione del diritto UE traducentesi in un "rifiuto di

giurisdizione", escludeva espressamente la possibilità di censurare in cassazione il mancato rinvio pregiudiziale[53].

Pur con queste precisazioni, tuttavia, l'impostazione seguita dall'ordinanza di rinvio non riesce persuasiva.

L'argomento centrale svolto dalla cassazione consiste nell'affermare che l'ordinamento europeo prevede una serie di severe conseguenze derivanti dall'inadempimento dell'obbligo, tra le quali rientra la già citata responsabilità risarcitoria dello Stato: la regola UE, derivante dalla giurisprudenza della CGUE, è stata trasposta nella legge n. 117 del 1988, come novellata nel 2014.

Pertanto, a dire della Cassazione, l'ordinamento dovrebbe prevedere anche dei mezzi processuali volti a rimediare immediatamente alla violazione, prima del passaggio in giudicato della sentenza.

La replica a questo primo argomento può riprendere quanto già osservato in relazione alle ragioni che l'ordinanza adduce a supporto del primo quesito:

a) L'ordinamento UE si limita ad imporre il rimedio risarcitorio e non richiede ulteriori strumenti di diritto interno;
b) Proprio la tipizzazione del mezzo di reazione introdotto dal legislatore nazionale indica con chiarezza la scelta compiuta: forse opinabile sul piano dell'opportunità, e magari migliorabile sul piano dell'efficacia, ma lineare nel suo contenuto.

18. L'INDIVIDUAZIONE DEI CASI IN CUI SI VERIFICA LA VIOLAZIONE DELL'OBBLIGO DEL RINVIO. LE CONSEGUENZE SECONDO L'ORDINAMENTO COMUNITARIO E SECONDO IL DIRITTO INTERNO. LA DIFFICILE CONCILIAZIONE LOGICA TRA LA POSIZIONE DI GIUDICE DI "ULTIMA ISTANZA" E LA SINDACABILITÀ DELLA DECISIONE NEGATIVA DAVANTI A UN ALTRO GIUDICE.

Il secondo quesito formulato dall'ordinanza, poi, disvela altre criticità.

La prima riguarda la difficoltà di accertare con precisione la concreta violazione dell'obbligo di rinvio pregiudiziale.

L'altra attiene a quello che potrebbe configurarsi come il *paradosso* del giudice di ultimo grado, insieme alla difficoltà del funzionamento del rimedio endoprocessuale per riparare l'accertata violazione dell'obbligo del rinvio.

Contrariamente a quanto traspare dall'ordinanza della Cassazione, non è affatto chiaro quando possa ritenersi violato, in concreto, l'obbligo del rinvio

[53] La Corte di cassazione ha costantemente escluso che anche la propugnata lettura "evolutiva" della nozione di "giurisdizione" possa legittimare l'attrazione al suo sindacato del mancato esercizio di detto obbligo di rinvio (sentenza n. 6605 del 2015, cit., che, confermando la propria linea di estrema cautela, osserva che, dal momento che "*la suddetta Corte non opera, nell'esercizio del potere d'interpretazione delle norme del Trattato, come giudice del caso concreto, bensì come interprete di disposizioni ritenute rilevanti ai fini del decidere da parte del giudice nazionale (in capo al quale permane in via esclusiva la funzione giurisdizionale), il mancato rinvio pregiudiziale da parte del Consiglio di Stato a detta Corte non configura una questione attinente allo sconfinamento dalla giurisdizione del giudice amministrativo*).

pregiudiziale, ancorché la stessa CGUE, a partire dalla decisione *Cilfit* del 6 novembre 1982, abbia codificato il noto principio secondo il quale affinché una corte di ultima istanza possa considerarsi esentata dall'obbligo di rinvio pregiudiziale devono sussistere particolari condizioni, tra le quali rientrano la non rilevanza della questione, il fatto che la medesima disposizione di diritto europeo sia già stata interpretata dalla Corte o che la sua interpretazione non lasci adito a ragionevoli dubbi interpretativi.

Sembra quasi che la Cassazione muova dal rilievo secondo cui ogni violazione sostanziale del diritto della UE contenga sempre, al suo interno, anche la violazione procedimentale dell'obbligo di rinvio pregiudiziale. Schematizzando, si potrebbe sostenere che l'errore interpretativo sia dipeso causalmente proprio dalla violazione dell'obbligo di adire preventivamente la CGUE, la quale, se ritualmente interpellata, avrebbe potuto fornire la risposta preventiva determinante per decidere la controversia, in senso conforme al diritto UE[54].

Va ricordato che il Consiglio di Stato, in alcune occasioni, ha ritenuto utile e opportuno interrogare la stessa CGUE, allo scopo di ottenere criteri direttivi sicuri in ordine alla portata dell'obbligo di rinvio pregiudiziale, con particolare riguardo alle deduzioni delle parti, al principio della domanda e alle preclusioni processuali consumate nel secondo grado del giudizio. Le risposte della Corte, forse non esaustive, individuano un principio alquanto elastico, correlato alla duplice esigenza di valutare le deduzioni delle parti e di motivare la scelta di non adire la Corte del Lussemburgo[55].

È quindi assai significativo che l'ordinanza della Cassazione limita il quesito alla sindacabilità della pronuncia in cui si verifichi un caso di "omissione immotivata" del rinvio, fermo restando, però, che l'omissione "motivata" sarebbe in sostanza censurabile nel quadro della generale deduzione della violazione del diritto UE, come esposta nel primo quesito.

Pur così precisato il quadro, tuttavia, ci si deve chiedere se, nel caso in esame, siamo davvero in presenza di questa evenienza.

Non è dubbio che, nella motivazione della pronuncia del Consiglio di Stato, manca, in radice, qualsiasi spiegazione del mancato rinvio alla CGUE.

Ma ciò si spiega agevolmente: da quanto si evince dalla lettura della sentenza impugnata e dalla stessa ordinanza della Cassazione, il tema dell'applicazione del diritto europeo non ha mai formato oggetto di discussione.

Non lo hanno menzionato le parti. Non lo ha considera la sentenza di primo grado. E la decisione del Consiglio di Stato non si occupa affatto il diritto europeo e della sua applicazione, limitandosi a richiamare la normativa nazionale e qualche precedente della giurisprudenza interna.

---

[54] Specularmente, allora, la violazione dell'obbligo non si dovrebbe mai verificare qualora la giurisdizione superiore, pur consapevole del dubbio interpretativo, stabilisca di deciderlo autonomamente, e, tuttavia, pervenga ad una lettura ermeneutica corretta.

[55] Cons. Stato, sez. VI, n. 1244 del 5 marzo 2012 e Corte giust., C-136/12, del 18 luglio 2013.

Allora, si possono indicare alcuni elementi di riflessione.

L'omissione *immotivata* del rinvio sussiste con certezza quando il giudice:

a) Trascura totalmente le deduzioni delle parti, intese a proporre un dubbio interpretativo rilevante o, anche, a sollecitare l'applicazione del diritto UE;
b) Pur consapevole di un dubbio o di una incertezza ermeneutica, procede direttamente alla interpretazione del diritto europeo a alla formulazione di un giudizio di compatibilità del diritto nazionale, dimenticando di esplicitare l'assenza dei presupposti per il rinvio.

Più problematico è riconoscere la sussistenza della violazione dell'obbligo del rinvio quando la pronuncia si svolge – seppure per ipotesi erroneamente – tutta all'interno del diritto interno, alla luce delle deduzioni delle parti, che non invocano affatto il diritto UE, e del tema decisorio definito dalla sentenza di primo grado.

Non può trascurarsi che proprio nel caso in esame, i profili di compatibilità comunitaria della decisione del Consiglio di Stato sono emersi, per la prima volta, solo con il ricorso per cassazione, e che, a quanto consta, non è stato dedotto alcuno specifico motivo di impugnazione incentrato sull'asserita violazione dell'obbligo di rinvio[56].

19. LA RICERCA DELLA DELIMITAZIONE DEI CASI DI VIOLAZIONE DELL'OBBLIGO DI RINVIO PREGIUDIZIALE. I POSSIBILI RIMEDI: REVOCAZIONE PER ERRORE SUL "FATTO PROCESSUALE"; LA TESI DEL RICORSO PER VIOLAZIONE DEI LIMITI DELLA GIURISDIZIONE NAZIONALE: LA NATURA MERAMENTE PROCEDIMENTALE DEL VIZIO.

Una volta delimitati i casi di violazione dell'obbligo di rinvio, riemerge, e si riacutizza la difficoltà di sostenere la "rimediabilità" dei vizi della decisione, attraverso lo strumento del ricorso per cassazione.

È palese, infatti, che l'omesso rinvio si risolve sempre in un vizio *procedurale*, ancorché esso, in base alle circostanze, possa essere ritenuto particolarmente grave.

Quali rimedi di diritto interno potrebbero essere attivati, secondo l'ordinamento vigente e in un'eventuale prospettiva di riforma del sistema?

Con riguardo alla omissione immotivata del rinvio pregiudiziale richiesto dalle parti non vi sono ostacoli di sorta per applicare i consolidati principi giurisprudenziali sulla rilevanza dell'errore di fatto sugli atti processuali, che legittima la proposizione del ricorso per revocazione, a nulla rilevando che la violazione riscontrata potrebbe risolversi astrattamente, al tempo stesso, anche in un "*rifiuto di giurisdizione*", secondo la discussa concezione ampliatrice a suo tempo propugnata dalla Cassazione.

---

[56] Si potrebbe discutere se, in via interpretativa, il motivo di ricorso riguardante al violazione del diritto UE comprenda, implicitamente, una censura riguardante il mancato rinvio. Ma questa opzione non è sviluppata dalla Cassazione e pare difficilmente conciliabile con i severi principi di specificità dei motivi di ricorso.

Più incerta sembra invece l'altra ipotesi, che si verifica nei casi in cui il giudice, d'ufficio, interpreta direttamente il diritto europeo, dopo avere constatato l'esistenza di un dubbio ermeneutico e trascura di esplicitare la sussistenza delle ragioni che esonerano dall'obbligo del rinvio[57].

Si è ipotizzato che, in una eventualità del genere sussisterebbe un'invasione del potere di cognizione riservato al giudice europeo, unico competente a risolvere il dubbio ermeneutico: quindi, si tratterebbe di un'ipotesi di *difetto di giurisdizione relativa*[58].

Ne conseguirebbe, allora che il vizio sarebbe denunciabile in cassazione, anche secondo le coordinate ermeneutiche delineate dalla sentenza n. 6/2018. Accedendo a questa impostazione, tuttavia, resterebbe da chiarire quale decisione dovrebbe assumere la Cassazione, una volta riscontrato il vizio della decisione.

Poiché l'accertamento riguarderebbe, a ben vedere, l'*omessa motivazione* e non l'*omesso rinvio*, in sé considerato, la Cassazione non potrebbe mai procedere direttamente ad operare in via surrogatoria, rivolgendo essa stessa il quesito alla Corte, ma dovrebbe limitarsi ad annullare la decisione del Consiglio di Stato, affinché esso, rivalutata la vicenda contenziosa, stabilisca se effettuare o meno il rinvio pregiudiziale, previa adeguata motivazione.

In tal modo, però, si metterebbe in evidenza la reale natura del vizio, che non riguarda il riparto di funzioni giurisdizionali tra i diversi organi, ma l'errore procedurale e motivazionale compiuto dal giudice amministrativo. E pare difficile negare che, sotto entrambi i profili, tale tipo di vizio sia irriducibile al concetto di *difetto relativo di giurisdizione*, denunciabile attraverso il ricorso per cassazione.

Le considerazioni che precedono consentono di esporre le ulteriori criticità relative al "*paradosso*" che deriverebbe dalla ipotizzata impugnabilità per cassazione della decisione del giudice di ultima istanza che omette il doveroso rinvio pregiudiziale.

A ben riflettere, se si stabilisse che la decisione di non proporre la questione pregiudiziale potrebbe essere sindacabile davanti a un giudice funzionalmente superiore, si determinerebbe una contraddizione logica difficilmente superabile.

Se si attribuisce alla Cassazione il compito di stabilire se sussiste, o meno l'obbligo del rinvio pregiudiziale, nella sostanza si prevede che questo organo giurisdizionale diventa la Corte di ultima istanza, con riguardo alla questione relativa alla corretta applicazione del diritto UE.

La contraddizione logica sarebbe solo attenuata in parte, ma non superata, prevedendo, per ipotesi, la limitazione della impugnabilità della decisione ai soli casi

---

[57] In base alle circostanze, questa pronuncia potrebbe qualificarsi come decisione a sorpresa, emessa in violazione dell'art. 73, co. 3, del CPA, senza il prescritto *contraddittorio verticale* con le parti.

Poiché si tratterebbe di errore di diritto, però, non sembrerebbe costituire motivo di revocazione.

[58] È questa l'opinione diffusamente esposta da GINEVRA GRECO, op. cit.. Più problematica è la posizione di M.A. SANDULLI, *Guida alla lettura*, cit.

di totale assenza di motivazione insieme alla regola che, in caso di accoglimento del ricorso, la Cassazione dovrebbe rinviare la decisione finale al Consiglio di Stato.

20. IL TERZO QUESITO: IL PROBLEMA DELLA LEGITTIMAZIONE AL RICORSO E LA COMPLESSITÀ DELLE DIVERSE FATTISPECIE SOSTANZIALI, ANCHE IN RELAZIONE ALLO SVILUPPO PROCESSUALE DEL CONTENZIOSO CONCRETO.

La Cassazione ritiene di rivolgere alla Cassazione un terzo quesito, giudicato direttamente collegato alla soluzione della specifica controversia sottoposta al suo esame.

Nella prospettiva dell'ordinanza, una volta riconosciuta la fondatezza del primo quesito, riguardante la sindacabilità in cassazione delle violazioni del diritto UE, non vi sarebbe alcun ostacolo per investire direttamente la CGUE della questione ritenuta dubbia.

Per altro aspetto, l'ordinanza lascia intendere che anche l'ipotizzata violazione dell'obbligo di rinvio, di cui al secondo quesito, possa essere riparata attraverso l'intervento surrogatorio della stessa Cassazione.

Si è già sottolineato che, a stretto rigore, secondo i *desiderata* dell'ordinanza di rinvio, la CGUE dovrebbe pronunciarsi su tale terzo quesito solo rispondendo positivamente ad entrambi o anche ad uno soltanto dei due precedenti quesiti.

Ma è prevedibile, come si è detto, che, invece, la CGUE preferirà "accantonare", o circoscrivere l'esame delle prime due questioni, fornendo una risposta generica ed interlocutoria. Insomma, verosimilmente la Corte potrebbe vagliare nel merito solo il terzo quesito, lasciando al giudice comune il compito di verificare se poi, in concreto, il principio affermato potrà essere applicato, o meno, nel giudizio *a quo*[59].

Prima di svolgere alcune considerazioni sul contenuto del quesito proposto devono svolgersi alcune considerazioni di carattere generale.

Ad una prima lettura veloce dell'ordinanza, si potrebbe ricavare l'impressione che l'impugnata pronuncia del Consiglio di Stato costituisca un esempio eclatante di ingiustificata ritrosia del giudice amministrativo a considerare attentamente la portata del diritto europeo, in un contesto già particolarmente arato dalla giurisprudenza del Lussemburgo, nel fitto dialogo con l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato.

---

[59] Nonostante le maglie molto larghe della valutazione sulla rilevanza normalmente operata dalla Corte di giustizia, sembra che a tale questione essa possa sentirsi chiamata a rispondere solo ove, improbabilmente, ritenga che la Corte di cassazione, in sede di motivi inerenti alla giurisdizione, debba sindacare il diritto dell'Unione e operare il rinvio pregiudiziale quale giudice di ultima istanza, mentre in caso contrario quella questione non avrebbe alcuna influenza concreta sulla soluzione (d'inammissibilità) del ricorso.

La vicenda controversa, infatti, pare inquadrarsi, con poche peculiarità, nella risalente problematica relativa alla legittimazione al ricorso dell'operatore economico escluso legittimamente da una gara per l'affidamento di un contratto pubblico, che faccia valere il proprio interesse strumentale alla caducazione dell'intera procedura e alla tutela della *chance* di ottenere l'appalto, all'esito di una nuova procedura di affidamento.

Insomma, la vicenda metterebbe in luce la profonda "*crisi*" del sistema italiano di giustizia amministrativa, incapace di arginare la violazione del diritto europeo, concretizzata non in una isolata decisione asseritamente sbagliata, ma, addirittura, in una *prassi interpretativa* ritenuta contraria alla granitica giurisprudenza della CGUE.[60]

Resterebbe da chiedersi, allora, perché l'ordinanza, pur sembrando vistosamente orientata a ritenere che l'impugnata sentenza del Consiglio di Stato non sia conforme ai parametri sanciti dal diritto UE, manifesti, al tempo stesso, l'esigenza di sottoporre un quesito alla CGUE, ancorché formulato in termini schematici ed assertori.

La scelta, che potrebbe apparire contraddittoria, sembra finalizzata ad ottenere una statuizione di principio da parte della CGUE, capace di vincolare, per il futuro, il giudice amministrativo[61]. Dunque, in questa prospettiva, la strada seguita dalla Cassazione appare pienamente apprezzabile.

Sia consentita, però, una considerazione critica.

Nella materia della legittimazione al ricorso, l'impostazione decisamente ampliatrice voluta dalla CGUE risulta sufficientemente consolidata, sicché potrebbe risultare poco utile promuovere interrogativi specifici, riferiti a fattispecie solo parzialmente diverse da quelle esaminate nei precedenti dalla Corte, a meno che non si vogliano evidenziare con chiarezza le ragioni del dubbio. Nella formulazione del quesito in esame, di contro, l'ordinanza non indica, nemmeno ipoteticamente, quali conseguenze potrebbe determinare la riscontrata differenza della fattispecie esaminata, rispetto ai casi già affrontati dalla giurisprudenza comunitaria.

---

[60] La cronistoria della vicenda interpretativa potrebbe risultare complessa, così come è disagevole esprimere una valutazione sul perché il tema si sia così ingarbugliato.

Si rinvia a TROPEA, op. cit., anche per ulteriori indicazioni bibliografiche e di giurisprudenza.

Probabilmente, alla base del problema si pone la ricerca di un equilibrio tra la cultura "soggettivistica" della giurisdizione, radicata nel Consiglio di Stato e l'impostazione *oggettivistica* preferita dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, la quale, peraltro, ha visibilmente modificato la propria giurisprudenza nel corso degli anni, pronunciando decisioni, talvolta oscillanti, che, seppure condivisibili, hanno presentato evidenti limiti, che ne hanno reso problematica l'applicazione.

Sarebbe ingeneroso affermare, allora, che il Consiglio di Stato abbia manifestato un atteggiamento di contrapposizione frontale alla CGUE, poiché il dialogo tra le Corti si è svolto sempre in modo lineare e collaborativo.

[61] Non può trascurarsi, peraltro, che la proposizione del quesito, ha anche la funzione di richiamare l'attenzione della Corte sugli errori in cui può cadere il Giudice amministrativo, così rafforzando l'asserita necessità di intensificare il sindacato della Cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato, prospettata con il primo e il secondo quesito.

E, come si dirà più avanti, molteplici elementi avrebbero potuto suggerire la proposizione di un quesito più articolato e maggiormente aderente al caso controverso.

Un altro aspetto che merita approfondimento riguarda l'individuazione della normativa italiana che si assume in contrasto con il diritto europeo.

L'ordinanza non menziona specifici articoli del codice del processo amministrativo, richiamando solo la "*prassi interpretativa*" del Consiglio di Stato.

Questa formulazione non è inusuale nelle ordinanze di rinvio, e viene utilizzata anche dalla stessa CGUE[62] ma è suscettibile di generare qualche equivoco[63].

Va detto, intanto, che la CGUE non dovrebbe porsi troppi problemi di ammissibilità di una questione formulata in questi termini, anche in considerazione della finalità di affermare comunque principi ermeneutici chiari e comprensibili, in ordine alla corretta lettura della disciplina di derivazione europea, anche se forse, avrebbe potuto gradire un'indicazione del quadro di insieme entro cui si colloca, per l'ordinamento italiano, il tema della legittimazione e dell'interesse ad agire.

In altre parole, la risposta al quesito da parte della CGUE si potrà risolvere agevolmente indicando la corretta interpretazione della normativa europea, tale da vincolare i giudici nazionali.

Pertanto, dal punto di vista del giudice del Lussemburgo potrebbe diventare irrilevante stabilire se la "*prassi giurisprudenziale*", menzionata dall'ordinanza, costituisca davvero una fonte del diritto interno, suscettibile di verifica di compatibilità con il diritto UE.

A fortiori, per la CGUE non occorre accertare se, in concreto, si sia veramente in presenza di una "*prassi*" o se l'orientamento interpretativo dell'impugnata

---

[62] Si veda, per tutte, la decisione 5 settembre 2019, *Lombardi*, C-333/18, la quale, nel proprio dispositivo, va riferimento esplicito alle violazione del diritto UE derivante "*dalle norme o delle prassi giurisprudenziali procedurali nazionali*": "L'articolo 1, paragrafo 1, terzo comma, e paragrafo 3, della direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, 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 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2007, deve essere interpretato nel senso che esso osta a che un ricorso principale, proposto da un offerente che abbia interesse ad 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 quest'ultimo, ed inteso ad ottenere l'esclusione di un altro offerente, venga dichiarato *irricevibile in applicazione delle norme o delle prassi giurisprudenziali procedurali nazionali* disciplinanti il trattamento dei ricorsi intesi alla reciproca esclusione, quali che siano il numero di partecipanti alla procedura di aggiudicazione dell'appalto e il numero di quelli che hanno presentato ricorsi."

[63] Si potrebbe sospettare che il riferimento alla "prassi interpretativa", anziché alle norme nazionali, per come interpretate dal Consiglio di Stato, voglia realizzare due scopi.

a) Sottolineare una ipotizzata gravità della violazione, perpetuata dal Consiglio di Stato.

b) Dimostrare che l'indirizzo del Consiglio di Stato, sganciato da qualsiasi norma di diritto positivo, rappresenti un'indebita produzione di norme, che implicherebbe una violazione dei limiti della giurisdizione, persino nell'ottica della sentenza n. 6/2018.

sentenza del Consiglio di Stato, asseritamente contrastante con il diritto europeo, sia diffuso o isolato[64].

In sintesi, la CGUE, per giudicare della "pertinenza" e "rilevanza" del quesito si baserà sulla prospettazione del giudice nazionale, senza dovere indagare sui dettagli specifici della vicenda contenziosa.

Ciò chiarito, restano però seri dubbi in ordine alla adeguata formulazione del quesito, in relazione alla complessa vicenda sostanziale e processuale portata all'attenzione della Cassazione. Questo dipende dalla circostanza che il giudizio della Cassazione è sempre incentrato su una valutazione di legittimità e, nel caso dell'impugnazione delle decisioni del Consiglio di Stato, resta circoscritto alle sole questioni inerenti alla giurisdizione, ancorché dilatate, secondo l'auspicio dell'ordinanza di rinvio.

Ma la verifica della concreta violazione del diritto europeo, insieme alla decisione di rinvio alla CGUE si intreccia indissolubilmente con gli apprezzamenti del fatto sostanziale e delle tappe processuali attraverso cui si è snodato il giudizio nei suoi diversi gradi.

In tale ottica, si può notare che la decisione in commento non tiene in debito conto una serie di elementi particolarmente significativi. Alcuni di questi avrebbero potuto essere sottolineati, forse, per rafforzare i dubbi circa la conformità della decisione ai principi UE.

I) La determinazione di *esclusione* del ricorrente dalla procedura di gara si è verificata in una fase della procedura successiva a quella, preliminare, delle ammissioni dei concorrenti. È dunque una situazione certamente diversa da quella che si verifica quando un operatore economico è escluso, *in limine*, per carenza dei requisiti soggettivi o per manchevolezze oggettive dell'offerta, quali ad esempio, la tardività della sua presentazione.

II) Il giudizio di non sufficienza dell'offerta sotto l'aspetto tecnico è conseguito alla valutazione svolta da una commissione giudicatrice secondo il metodo del *confronto a coppie*. Ciò significa che il punteggio "insufficiente" deriva da una valutazione comparativa relativa, che non comporta necessariamente un giudizio di inidoneità tecnica assoluta dell'offerta.

---

[64] La sentenza impugnata richiama due precedenti pronunciati dalle Sezioni semplici.

Uno dei due (la sentenza n. 2852/2017), però, si limita ad un breve *obiter dictum*, nel contesto di una pronuncia di inammissibilità incentrata su una diversa assorbente ragione.

L'altro, invece (la sentenza n. 570/2018), riguarda, effettivamente, una vicenda analoga a quella esaminata dalla pronuncia impugnata.

Tale precedente, a sua volta, fa riferimento a due pronunce dell'Adunanza Plenaria (n. 4/2011 e n. 9/2014), riguardanti la questione specifica del rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale reciprocamente escludenti, ma dette pronunce non si occupano espressamente della questione riguardante la legittimazione del concorrente escluso per mancato superamento della soglia di sbarramento relativa alla valutazione dell'offerta tecnica.

III) La maggior parte delle censure non esaminate dal Consiglio di Stato riguarda aspetti della procedura influenti sulla stessa legittimità della determinazione di esclusione, involgendo la composizione della commissione giudicatrice e i criteri generali di assegnazione dei punteggi. In tal modo, la parte ricorrente non intende far valere un *ulteriore* interesse strumentale alla ripetizione della gara, ma vuole contestare, sotto molteplici profili, proprio il provvedimento di esclusione.

Sarebbe stato opportuno lumeggiare questi particolari aspetti, peraltro trascurati anche dall'impugnata decisione del Consiglio di Stato, per rendere più chiaro il quesito proposto alla Corte[65].

Emergono, però, anche altre peculiarità della vicenda, trascurate dall'ordinanza, che, al contrario, potrebbero attenuare l'evidenza del denunciato contrasto con il diritto UE.

A) Un primo aspetto riguarda la legittimazione alla proposizione delle singole censure, in correlazione alle ragioni dell'esclusione dell'operatore economico e del vizio lamentato. Ci si potrebbe chiedere, ad esempio, se l'imprenditore escluso per assoluta inidoneità tecnica della propria offerta abbia un interesse giuridicamente protetto a lamentare la mancata suddivisione in lotti dell'appalto, dal momento che anche nell'eventualità di un corretto dimensionamento dell'appalto, la sua offerta, giudicata priva di requisiti tecnici essenziali, non avrebbe avuto alcuna chance di aggiudicazione.

B) Un secondo profilo riguarda l'approfondimento delle conseguenze derivanti dalla diversità delle posizioni processuali delle parti, a seconda che si versi in ipotesi di ricorsi incrociati reciprocamente escludenti o in casi di contestuale impugnazione della propria esclusione, dell'aggiudicazione e dell'intera procedura di gara. In un caso la verifica della legittimazione al ricorso si incentra sull'accoglimento o sulla reiezione di una domanda di parte. Nell'altro, invece, la legittimazione va verificata d'ufficio dal giudice.

C) Con particolare riguardo al tema della legittimazione al ricorso in relazione alla censura ella mancata suddivisione in lotti, andrebbe tenuto conto della circostanza che della questione si sono già occupate la Corte costituzionale[66] e la CGUE[67], esigendo il requisito della partecipazione alla procedura e precisando altresì

---

[65] È certo che alla Corte non dovrebbero essere posti quesiti talmente dettagliati da risolversi, in ultima analisi, nella richiesta di indicare la decisione della controversia.

Né si può trascurare che la Cassazione deve in ogni caso riferirsi all'argomentazione giuridica utilizzata dall'impugnata decisione del Consiglio di Stato, ancorché non del tutto pertinente in relazione al caso concreto.

Tuttavia, sarebbe stato preferibile evidenziare la circostanza che la premessa giuridica della sentenza, anche se ritenuta coerente con il diritto UE, non dovrebbe avere influenza sulla decisione della controversia.

[66] Sentenza n. 245 del 22 novembre 2016.

[67] Corte giustizia Unione Europea, sez. III, sentenza 28/11/2018 n. C 328/17.

che sussiste l'onere di immediata impugnazione delle clausole del bando, ritenute immediatamente lesive[68].

Va peraltro osservato che nella formulazione del quesito, l'ordinanza in commento menziona tutte le censure non esaminate dal Consiglio di Stato, senza fare riferimento al motivo riguardante la mancata suddivisione in lotti. Non è chiaro se si tratti di una mera dimenticanza o di una scelta deliberata e se questa delimitazione del quesito potrà assumere rilevanza ai fini della pronuncia della CGUE.

D) Un ultimo aspetto riguarda il delicato problema dell'integrità del contraddittorio, in relazione alla domanda di annullamento dell'intera procedura di gara (e non della sola ammissione dell'aggiudicatario), che potrebbe travolgere anche le aspettative dei soggetti collocati in graduatoria[69] A differenza del caso *Puligienica*, le parti collocate in graduatoria dopo l'aggiudicatario, non otterrebbero alcun beneficio potenziale dall'accoglimento del ricorso, ma perderebbero l'aspettativa ad un eventuale scorrimento della graduatoria. In altri termini, non sono cointeressati all'accoglimento del ricorso, ma potrebbero essere qualificati come (ulteriori) controinteressati.

Tutti questi interrogativi non solo mettono in rilievo lo scarto, non modesto, tra la concreta vicenda contenziosa e il quesito formulato, ma soprattutto dimostrano che il sindacato sulla violazione del diritto UE è normalmente intrecciato, in modo indissolubile, ad apprezzamenti sul merito della controversia, alla sua dimensione fattuale e alla peculiarità degli snodi processuali della vicenda: insomma, profili certamente estranei alla naturale fisionomia del giudizio di cassazione.

21. La riapertura del dibattito sull'ambito del sindacato della Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato.

In attesa degli esiti del giudizio dinanzi alla CGUE, ci si deve chiedere se l'ordinanza della Cassazione possa determinare, già nell'immediato, alcuni effetti di carattere sistematico, mettendo in discussione le certezze acquisite dopo la pronuncia n. 6/2018 della Corte costituzionale, in ordine all'assetto pluralistico delle giurisdizioni.

---

[68] Secondo la citata decisione della CGUE, "*occorre ricordare che un ricorso siffatto non può, a pena di violare gli obiettivi di rapidità ed efficacia previsti sia dalla direttiva 89/665 sia dalla direttiva 92/13, essere presentato dopo che la decisione di aggiudicazione dell'appalto è stata adottata dall'amministrazione aggiudicatrice (v., in tal senso, sentenza del 12 febbraio 2004, Grossmann Air Service, C 230/02, EU:C:2004:93, punto 37).*

53 Inoltre, poiché è solo in via eccezionale che un diritto di proporre ricorso può essere riconosciuto a un operatore che non ha presentato alcuna offerta, non si può considerare eccessiva la richiesta che quest'ultimo dimostri che le clausole del bando rendevano impossibile la formulazione stessa di un'offerta."

[69] Dalla lettura dell'ordinanza non risulta con chiarezza se le parti resistenti abbiano sviluppato questa difesa. Uno spunto in tal senso deriva dal passaggio della narrativa nel quale si dice che "la R. era unica ricorrente in giudizio all'esito di una gara cui avevano partecipato anche altri operatori economici che non avevano proposto impugnazione, con la conseguenza che l'aggiudicazione a favore del RTI S.-U. si sarebbe definitivamente consolidata." (punto 13.2).

Il dibattito si è riaperto e, accanto a commenti prevalentemente critici sull'ordinanza in esame sono emerse anche alcune posizioni moderatamente favorevoli alla estensione del sindacato della cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato.

In questo quadro di generale ripensamento del sistema, si può certamente considerare l'utilità del sistema pluralistico delle giurisdizioni, sancito dalla vigente Costituzione. Secondo una dottrina condivisibile, "*gli argomenti di Calamandrei, disattesi dall'Assemblea costituente, non hanno perso nulla del loro valore; anzi con gli anni, con l'estensione della giurisdizione esclusiva, con la revisione dei confini fra diritto amministrativo e diritto privato, con lo spazio maggiore riconosciuto oggi all'amministrazione consensuale, hanno acquisito un'attualità ancora più intensa. Il superamento del modello delle due giurisdizioni separate, a mio parere, si impone, nell'interesse innanzi tutto dei cittadini, e non è la meno importante o la meno urgente delle riforme che il nostro Paese meriterebbe. Nello stesso tempo, per rispetto dei ruoli definiti dalla Costituzione, è una riforma demandata al legislatore come appunto aveva richiesto Calamandrei, e non all'interpretazione dei giudici*."[70]

Ma è appena il caso di osservare che oggi gli argomenti nell'uno o nell'altro senso sono davvero tanti.

E, certamente, mettere mani sulle norme costituzionali che regolano la giurisdizione è operazione delicatissima, se non accompagnata da un'attenta e serena *istruttoria* politica ed istituzionale e condivisa dai protagonisti.

Come si è detto, invece, possono studiarsi alcuni aggiustamenti volti a rendere più omogena la disciplina processuale dei diversi ambiti.

Nel dibattito in atto meritano di essere segnalate, anche le interessanti ed articolate opinioni di chi, pur criticando l'impianto argomentativo delle Sezioni Unite, caldeggia una ragionevole apertura dell'ambito del ricorso per cassazione ex art. 111, comma ottavo, della Cost.

In questo senso va segnalata, la motivata posizione di chi ritiene che proprio nel caso di specie, considerato dall'ordinanza della Cassazione, si sia in presenza di un evidente *rifiuto di giurisdizione*, senza necessità di invocare i parametri del diritto UE. "*Qui non ci si può trincerare dietro giri di parole, cercando di sostenere che è questione soltanto di assenza di presupposti processuali, di mancanza cioè di un interesse a ricorrere cha abbia i caratteri dell'attualità e dell'immediatezza. Affermare che il ricorrente è portatore di un interesse di mero fatto significa escludere che possa vantare la titolarità di un interesse che l'ordinamento ritiene meritevole di tutela e che possa quindi agire per chiederne la protezione in sede giurisdizionale.*"[71]

---

[70] TRAVI, op. cit.

[71] F. FRANCARIO, op. cit.

Il punto è che, per quanto convincente possa risultare questa opinione e possa considerarsi più o meno aderente alla corretta esegesi della norma costituzionale, essa sembra divergere dalla rigorosa posizione espressa, al momento, dalla Corte costituzionale e dal nucleo essenziale degli argomenti che la sorreggono.

Volendo schematizzare, si muove dal rilievo che l'eventualità di errori, anche gravi, del Consiglio di Stato non è affatto remota, giustificando l'estensione meditata dello strumento del ricorso per cassazione.

Si ricostruisce lo stesso indirizzo della Corte costituzionale, evidenziando che pure tale pronuncia apre importanti spiragli.

Si aggiunge che la tesi dell'ordinanza della Cassazione non convince affatto nella parte in cui predica una contrapposizione tra violazioni del diritto nazionale e del diritto europeo.

Le conclusioni meritano di essere analizzate con la massima attenzione.

Il rifiuto radicale di giustizia, sub specie di "arretramento" – aprioristico e astratto – dall'obbligo di fornire tutela giurisdizionale a una situazione giuridica soggettiva protetta dall'ordinamento, adducendo ostacoli in rito manifestamente confliggenti con il sistema normativo primario, è una species, particolarmente grave, del genus "eccesso di potere giudiziario" nei confronti del potere legislativo[72].

la Corte di cassazione dovrebbe potere, e a mio avviso può e deve, cassare le decisioni dei giudici amministrativi di ultima istanza nell'ipotesi in cui "creino" un radicale e aprioristico vuoto di tutela, in frontale contrasto con il quadro legislativo interno.

Quindi, si ritiene che il problema tocca o dovrebbe toccare solo accidentalmente il diritto eurounitario, ovvero lo tocca soltanto se e in quanto il "rifiuto" si realizza rispetto a una fonte UE.

La dottrina in esame ne trae la convinzione secondo cui il rifiuto aprioristico di tutela di una posizione giuridica nelle forme stabilite dall'ordinamento non è una mera "violazione di legge", ma è, incontrovertibilmente, una "*questione di giurisdizione*".

Non è possibile entrare nel vivo degli argomenti proposti in tal senso e delle relative obiezioni: alcuni temi sono strettamente giuridici, altri toccano profili di opportunità e investono anche ipotesi di innovazioni legislative e costituzionali.

Possono indicarsi, però solo alcuni sintetici spunti di riflessione.

---

[72] Così M.A. SANDULLI, op. cit. la quale aggiunge che "Ricostruito in questi termini – e davvero non si vede come possa non esserlo – il "rifiuto" è, tipicamente, una "*questione di giurisdizione" e rientra, come tale, nell'ambito delle garanzie primarie dello Stato democratico che il Costituente ha inteso assicurare, anche, e direi proprio, nei confronti dei giudici amministrativi, che più facilmente, anche per la loro istituzionale vicinanza al potere normativo (come consulenti istituzionali e come componenti degli uffici legislativi), possono propendere allo sconfinamento*).

a) Le proposte ermeneutiche ampliatrici formulate dalla dottrina non sembrano trovare spunti negli argomenti eurounitari espressi dall'ordinanza delle Sezioni Unite.

b) Ma è davvero utile, nel momento attuale, prevedere una sorta di generalizzato intervento nomofilattico della Cassazione sulle decisioni del giudice amministrativo? Non vi è il rischio di una dilatazione dei tempi di definizione delle liti, con un uso strumentale del ricorso per cassazione? E il giudice ordinario è munito della strumentazione "specialistica" necessaria per penetrare nel profondo della giurisdizione amministrativa, considerando il carattere trasversale del diritto UE?

c) Se pure si decidesse di introdurre dei meccanismi di nomofilachia accentrata, non sarebbe allora inevitabile la costituzione di organi a composizione mista, come avviene, con successo, in altri ordinamenti e come auspicato, a suo tempo, dai vertici delle magistrature superiori?[73]

Se ciò appare ancora prematuro, non sarebbe utile intensificare la prassi, avviata con ottimi risultati, di coordinare la preparazione di interventi nomofilattici di comune interesse, come è avvenuto in materia di *astreintes* e di *compensatio lucri cum damno*.

d) Fino a che punto esiste un vero problema di "*deficit*" di tutela nella giurisdizione amministrativa, articolata in un doppio grado a cognizione tendenzialmente piena e devolutiva? Quali dati oggettivi dovrebbero indurre ad allargare l'ambito dei mezzi di impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato?

e) Se proprio si ritiene opportuno rimediare agli errori (per avventura, anche gravi) in cui può cadere il Consiglio di Stato, più o meno sporadicamente, non sarebbe utile rivedere la logica distorta della legge n. 117/1988, prevedendo un agile e rapido strumento di reazione "*in forma specifica*", davanti allo stesso giudice, modellato sul giudizio di revocazione?

f) Con riguardo ai temi più specifici della tutela giurisdizionale nel settore dei contratti pubblici, non potrebbe essere utile avviare una serena riflessione riguardante la messa a punto di un "*diritto processuale europeo*", capace di chiarire i residui punti controversi, a cominciare dal nodo della legittimazione al ricorso? La direttiva ricorsi, nel suo nucleo essenziale, è rimasta ancorata all'impianto ormai "*preistorico*" del 1989: principi generici, riempiti di contenuto da una giurisprudenza pretoria non sempre lineare, come dimostra l'evoluzione della questione della legittimazione al ricorso.

g) Come si è detto, la strada imboccata dall'ordinanza delle Sezioni Unite, nonostante le sue lodevoli intenzioni, è destinata a realizzare pochi risultati sul versante del diritto eurounitario.

---

[73] Si è consapevoli della netta contrarietà espressa dalla maggioranza degli attuali componenti della Cassazione e della serietà degli argomenti addotti, anche di rilievo costituzionale. E, tuttavia, la proposta meriterebbe approfondimento.

Gli argomenti esposti, in ogni caso, non sembrano capaci di mettere seriamente in discussione l'impianto argomentativo della decisione n. 6/2018 e la conforme giurisprudenza della Cassazione.

L'attuale sistema delle tutele è probabilmente migliorabile, sotto diversi profili.

Ma non pare davvero che vi sia un'urgenza di intervenire sulle scelte di fondo della Costituzione, modificando l'equilibrato assetto del pluralismo delle giurisdizioni, scolpito con chiarezza dalla Corte costituzionale.

Marco Lipari

Presidente di sezione del Consiglio di Stato

Pubblicato il 12 febbraio 2021

ISSN 1826-3534

federalismi.it
RIVISTA DI DIRITTO PUBBLICO ITALIANO, COMPARATO, EUROPEO

24 FEBBRAIO 2021

Giudizio amministrativo e giudizio costituzionale in via incidentale tra fase *ascendente* e *discendente*

di Nicola Pignatelli
Professore associato di Istituzioni di diritto pubblico
Università degli Studi di Bari "Aldo Moro"

Giudizio amministrativo e giudizio costituzionale in via incidentale tra fase *ascendente* e *discendente*[*]

di Nicola Pignatelli
Professore associato di Istituzioni di diritto pubblico
Università degli Studi di Bari "Aldo Moro"

Abstract [It]: L'articolo esamina la problematica dei rapporti tra processo amministrativo e processo costituzionale in via incidentale sia nella fase *ascendente* (di sollevamento della questione di legittimità costituzionale nel processo amministrativo) sia nella fase *discendente* (ossia relativa al seguito degli effetti delle sentenze della Corte costituzionale sui provvedimenti amministrativi adottati sulla base di una norma dichiarata incostituzionale). Più specificatamente il lavoro analizza l'incidenza del principio della domanda nel processo amministrativo sul funzionamento del giudizio costituzionale, indagando la specialità di alcune dinamiche processuali.

Abstract [En]: The article examines the problem of the relationship between the administrative process and the constitutional process in an incidental way both in the ascending phase (raising the question of constitutional legitimacy in the administrative process) and in the descending phase (i.e. relating to the follow-up of the effects of the judgments of the Constitutional Court on administrative measures adopted on the basis of a rule declared unconstitutional). In particular, the paper analyzes the impact of the demand principle in the administrative process on the functioning of the constitutional judgment, investigating the specialty of some procedural dynamics.

Parole chiave: giudizio amministrativo; giudizio costituzionale; fase; ascendente; discendente
Keywords: administrative process; constitutional judgment; phase; ascending; descending

Sommario: 1. Una notazione preliminare. **2.** Il principio della domanda nel processo amministrativo impugnatorio quale elemento di *condizionamento* per il giudizio costituzionale in via incidentale (sia nella fase *ascendente* che *discendente*). **3.** Un'analisi *quantitativa* come strumento interpretativo del *condizionamento*. **4.** La fase *ascendente*: il sollevamento della questione di legittimità costituzionale nel processo amministrativo. **4.1.** Il potere di sollevamento *ex officio* nel processo amministrativo. **4.2.** I *limiti* al potere di sollevamento *ex officio* derivanti dal principio della domanda. **4.3.** Alcuni peculiari corollari processuali tra *questione* di costituzionalità e *motivi* di ricorso. **4.4.** Il *cedimento* dei *limiti*: le questioni di legittimità aventi ad oggetto norme sulla *genesi* del potere. **4.5.** Il contributo minimo della giurisprudenza costituzionale alla definizione dei *limiti*. **4.6.** I *limiti ulteriori* relativi al giudizio di ottemperanza. **4.7.** La questione di costituzionalità proposta con un motivo di ricorso. **4.8.** La questione di costituzionalità in sede cautelare. **5.** La fase *discendente*: gli effetti delle sentenze di illegittimità costituzionale sui provvedimenti amministrativi. **5.1.** La sorte del provvedimento amministrativo adottato sulla base di una disposizione dichiarata incostituzionale: la problematica. **5.2.** La negazione della *inesistenza* (le regole dell'Ad. Pl. n. 8/1963). **5.3.** L'invalidità sopravvenuta ed il regime di annullabilità (nella giurisprudenza amministrativa successiva alla Ad. Pl. n. 8/1963). **5.4.** I limiti all'annullamento *ex officio* del provvedimento amministrativo (nella giurisprudenza amministrativa successiva alla Ad. Pl. n. 8/1963). **5.5.** Il cedimento dei *limiti* anche nella fase discendente (nella giurisprudenza amministrativa successiva alla Ad. Pl. n. 8/1963). **5.6.** Un quadro sulla più recente giurisprudenza amministrativa nella fase *discendente*. **6.** Una notazione finale.

[*] Articolo sottoposto a referaggio. Il presente contributo costituisce il testo scritto della relazione tenuta nell'ambito del corso di formazione dei magistrati amministrativi organizzato in data 1 e 2 ottobre 2020 a Palazzo Spada, Sala Pompeo, dall'Ufficio Studi della Giustizia amministrativa in collaborazione con la Corte costituzionale: "*Il diritto amministrativo tra giudizio comune e giudizio costituzionale*".

1. Una notazione preliminare

Con il presente lavoro s'intende esaminare i rapporti, *rectius*, le "interazioni" tra giudizio amministrativo e giudizio costituzionale in via incidentale, sia nella fase *ascendente* (di sollevamento della questione di legittimità costituzionale nel processo amministrativo) sia nella fase *discendente* (ossia relativa al seguito degli effetti delle sentenze della Corte costituzionale sui provvedimenti amministrativi adottati sulla base di una norma dichiarata incostituzionale).

L'analisi che condurremo è volta a verificare alcuni approdi scientifici raggiunti in altra sede[1], in una logica quindi di aggiornamento, anche alla luce della più recente giurisprudenza costituzionale e amministrativa.

2. Il principio della domanda nel processo amministrativo impugnatorio quale elemento di *condizionamento* per il giudizio costituzionale in via incidentale (sia nella fase *ascendente* che *discendente*)

L'esame sui rapporti tra il giudizio amministrativo e il giudizio costituzionale deve essere ritagliato intorno al modello classico di quest'ultimo, ossia alla logica *impugnatoria*, sul presupposto che può essere apprezzata in relazione a tale modello una *specialità* rispetto al processo civile ordinario (di cognizione in primo grado), una peculiare configurazione di una regola processuale propria dei due giudizi comuni, quella della domanda, secondo la quale il giudice non ha il potere di dare avvio al procedimento giurisdizionale né di pronunciarsi sulla sussunzione di una fattispecie concreta se non sia stato sollecitato da una parte (*ne procedat iudex ex officio*)[2]. E' evidente come l'affermata titolarità dell'azione presupponga la titolarità di una situazione giuridica soggettiva (diritto soggettivo o interesse legittimo), che si assume lesa e la cui violazione l'attore o il ricorrente intendono rimuovere attraverso l'iniziativa giudiziale[3]. In questa logica presupposta il principio della domanda si atteggia (geneticamente) come potere di iniziativa della parte e (sostanzialmente) come principio dispositivo[4] (*rectius*, di disposizione di interessi giuridici), la cui effettività è intimamente connessa alla indipendenza e alla imparzialità dell'organo giudicante, che sarebbero negate e compromesse qualora si riconoscesse a colui che giudica una libertà sull'*an* del giudizio[5].

---

[1] Sia quindi consentito rinviare a N. PIGNATELLI, *Le "interazioni" tra processo amministrativo e processo costituzionale in via incidentale*, Torino, 2008.

[2] Cfr. G. VERDE, *Domanda (principio della), I) diritto processuale civile*, in *Enc. giur.*, Milano, 1989, 1 ss.; M. NIGRO, *Domanda (principio della), II) diritto processuale amministrativo*, in *Enc. giur.*, Milano, 1990, 1 ss. Esula dal nostro campo di indagine il giudizio penale non qualificabile, come quello civile e quello amministrativo, come "processo di parti".

[3] Sul raccordo tra il sistema processuale ed il sistema sostanziale cfr. S. SATTA, *Diritto processuale civile*, Padova, 1967, 137; A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, I, Milano, 1962, 92.

[4] Cfr. E.T. LIEBMAN, *Fondamento del principio dispositivo*, in *Problemi del processo civile*, Napoli, 1962, 4.

[5] Cfr. E. FAZZALARI, *La imparzialità del giudice*, in *Studi in memoria di C. Furno*, Milano, 1973, 337 ss.; A. PIRAS, *Brevi note sulla posizione del giudice nell'istruzione*, in *Jus*, 1956, 525.

In realtà il principio della domanda non si risolve nella iniziativa processuale ma si arricchisce di una forza performativa sul giudizio, sul *thema decidendum*[6] della dialettica giurisdizionale, alla luce della quale il giudice (non soltanto non può dare avvio autonomamente ad un giudizio ma) è vincolato alle richieste delle parti, non potendo pronunciarsi oltre i limiti della domanda stessa, identificabile attraverso il profilo soggettivo, della *causa petendi* e del *petitum*[7]. La regola sull'impulso processuale porta con sé, come un corollario, il principio di corrispondenza tra ciò che è chiesto e ciò che è pronunciato, che introduce il complesso tema del "governo" del processo e delle relazioni che intercorrono tra i poteri delle parti e i poteri del giudice. Ai nostri fini è necessario rilevare, in una più specifica prospettiva, come la natura del giudizio amministrativo incida su tale principio, rafforzandolo e specificandolo, rispetto al processo civile, *fino a generare peculiari dinamiche relazionali con il processo costituzionale*.

Nel processo civile la necessità di corrispondenza tra la richiesta e il *decisum*, come ricostruibile alla luce dell'art. 112 c.p.c., impone al giudice di pronunciarsi su tutta la domanda e di non eccederne i limiti, come sarebbe se concedesse più di quanto richiesto dalla parte (ultrapetizione) o una cosa diversa (extrapetizione). Il provvedimento giurisdizionale si risolve, così, in una risposta ad una pluralità di domande sull'esistenza del fatto narrato, sulla esistenza di una norma sotto la quale sussumere quel fatto, sugli effetti della riconducibilità del fatto accertato ad un modello normativo e sulla individuazione dei soggetti destinatari degli effetti normativi[8]. Tuttavia il giudice civile, per quanto sia vincolato all'allegazione dei fatti, non lo è alla qualificazione giuridica prospettata dall'attore, avendo la libertà di ricercare le norme sotto le quali sussumerli; una libertà attraverso la quale il giudice può estrarre il fatto dalla *causa petendi*. Il principio *iura novit curia* attribuisce al giudice uno spazio pieno di disponibilità in seno alla *causa petendi*, pur nei limiti della ricostruzione del fatto e del *petitum*, con cui il *decisum* dovrà misurarsi[9].

Per quanto il principio della domanda, come già anticipato, valga anche per il giudizio amministrativo, sia nel suo significato più immediato, connesso alla genesi del processo[10], sia nel suo significato derivato,

---

[6] Cfr. S. SATTA, *Diritto processuale,* cit., 115; T. CARNACINI, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, in *Studi in onore di Redenti*, II, Milano, 1951, 56 ss.

[7] Cfr. E. GRASSO, *La regola della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato e la nullità da ultra e da extrapetizione*, in *Riv. dir. proc.*, 1965, 388.

[8] In tal senso E. GRASSO, sub *art. 112*, in E. ALLORIO (a cura di), *Commentario del codice di procedura civile*, II, 1973.

[9] Cfr. G.A. MICHELI, *Iura novit curia*, in *Riv. dir. proc.*, 1961, 575 ss.; S. SATTA, *Iura novit curia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1955, 380 ss.; E. GRASSO, sub *art. 112*, cit., 1260 ss.; E.T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, II, Milano, 1968, 83 ss.; P. CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, Torino, 1920; ID., *Diritto consuetudinario in Cassazione*, in *Opere giuridiche*, VIII, Napoli, 1979, 493 ss.; A. PIZZORUSSO, *Iura novit curia*, in *Enc. giur.*, Milano, 1990, 1 ss., il quale afferma che "il brocardo *iura novit curia* esprime la regola in base alla quale, anche nei processi ispirati al principio dispositivo (in virtù del quale la pronuncia giurisdizionale incontra limiti corrispondenti alle richieste avanzate dalle parti ed alle prove da esse prodotte o richieste) il giudice ha il potere di individuare, anche di sua iniziativa e di applicare ai fatti dedotti ed accertati le norme giuridiche che, secondo il diritto vigente ed in base alle regole sull'efficacia della legge nello spazio e nel tempo, debbano disciplinare i fatti stessi".

[10] Dagli artt. 26, 33, 37 e 45 T.U. Cons. St. e dagli art. 2, 3, 5, 6, 22 l. TAR può desumersi che il giudice amministrativo non può pronunciarsi d'ufficio, necessitando di un ricorso.

relativo alla definizione del *thema decidendum* e quindi alla corrispondenza tra *petitum* e *decisum*, non può negarsi come questo secondo profilo assuma un connotato distintivo e più stringente rispetto al processo civile[11]. Il giudice amministrativo può conoscere, infatti, soltanto i vizi dell'atto dedotti dal ricorrente principale (ed eventualmente dal ricorrente incidentale), essendo così vincolato alla norma assunta come violata, che concorre con i fatti storici violatori a definire il vizio-motivo[12]. Da questa logica emerge una *rigidità dell'oggetto* e una riduzione degli spazi di manovra dell'organo giudicante, dinanzi al quale la soddisfazione del *petitum*, ossia dell'annullamento di un provvedimento amministrativo, è indefettibilmente connessa alla fondatezza della *causa petendi*[13], così come congegnata dal ricorrente[14], al quale spetta indicare e specificare la l'allontanamento dell'atto dalla fattispecie normativa che ne disciplina la funzione sottesa. La corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato si risolve così in un sindacato sulla corrispondenza tra il vizio-motivo denunciato e il vizio-motivo utilizzato dal giudice come paradigma al fine di pronunciare o rifiutare l'invalidazione dell'atto[15].

Può così desumersi che il giudice amministrativo "non è affatto libero nella scelta della norma di legge da applicare"[16]. Nella vincolatività ai motivi di parte[17] e nella rigorosità della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato può leggersi un *affievolimento* del principio *iura novit curia*[18]; "l'affermazione, ampia e pacifica per il processo civile, che il giudice non è vincolato alla scelta della norma e alla interpretazione giuridica dei fatti, fornite dalle parti, è valida nel processo amministrativo in misura molto attenuata. La scelta della norma spetta al ricorrente"[19]. Appare, così, limitato il potere del giudice, esercitabile nel processo civile,

---

11 V. CAIANIELLO, *Lineamenti del processo amministrativo*, Torino, 1979, 261, afferma che "nel processo amministrativo il principio della iniziativa di parte è ancor più rigido".

12 Cfr. A. ROMANO, *Pregiudizialità nel processo amministrativo*, Milano, 1958, 326 ss.; M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., 288.

13 Cfr. M. NIGRO, *L'appello nel processo amministrativo*, Milano, 1960, 302 ss.

14 R. JUSO, *Lineamenti di giustizia amministrativa*, Milano, 2001, 258, definisce il ricorrente il "vero *dominus* della vicenda processuale da lui introdotta con l'atto di ricorso".

15 Cfr. M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., 288.

16 A. ROMANO, *Pregiudizialità nel processo*, cit., 215.

17 Cfr. F. LA VALLE, *Il vincolo del giudice amministrativo ai motivi di parte*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1966, 20 ss.; F. BENVENUTI, *La istruzione nel processo amministrativo*, Padova, 1953, 19 ss.; V. CAIANIELLO, *Lineamenti del processo amministrativo*, cit., 216 ss.; F. D'ALESSIO, *Le parti nel giudizio amministrativo*, Roma, 1915, 219 ss.; L. MIGLIORINI, *L'istruzione nel processo amministrativo di legittimità*, Padova, 1977, 23 ss.; F. SATTA, *Giustizia amministrativa*, Padova, 1993, 308 ss.

18 A. PIZZORUSSO, *Iura novit curia*, cit., 3, afferma che "il limite derivante per il giudice dall'enunciazione dei motivi contenuti nel ricorso comporta indubbiamente un certo vincolo anche al suo potere di qualificazione giuridica dei fatti dedotti". In modo ancor più netto A. ROMANO, *Pregiudizialità nel processo amministrativo*, cit., 343, scrive che "il giudice amministrativo è vincolato alle indicazioni delle norme di legge che il ricorrente deve compiere, nel senso che egli può valutare solo alla luce di queste, la fattispecie concreta esposta nel ricorso; e, in questo si vede comunemente una *limitazione dell'applicazione del principo iura novit curia*, che domina incontrastato il processo civile (…). Non si può negare che un certo vincolo del potere di cognizione del giudice amministrativo, alle norme di legge dedotte dal ricorrente, sussita effettivamente". Cfr. anche C. ANELLI, *La rilevanza delle questioni di legittimità costituzionale nel giudizio amministrativo,* in *Studi in memoria di Franco Piga*, Milano, 1992, 86 ss.

19 M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., 288.

di estrarre il fatto dalla *causa petendi* per ricondurlo ad una fattispecie normativa diversa da quella prospettata dal ricorrente[20], così che l'atto introduttivo del processo amministrativo non è qualificabile come una *vocatio in ius*, come quello del processo civile di cognizione, ma come una *vocatio iudicis,* con cui il giudice è chiamato a decidere sulla sussistenza non di un vizio ma del vizio lamentato nel ricorso. Nel giudizio amministrativo di legittimità "l'oggetto del contendere rimane immutabilmente fissato dall'atto introduttivo del giudizio, con una tale rigida preclusione, quale *non trova forse riscontro in alcun altro tipo di processo*"[21] (fatta certamente eccezione -aggiungiamo- per gli altri giudizi informati alla logica dei motivi di impugnazione, come quello di cassazione[22]).

Ai fini del presente lavoro ciò che rileva, come detto, è la potenziale incidenza della natura del processo amministrativo di impugnazione sul funzionamento del sindacato incidentale di costituzionalità. La vincolatività del giudice amministrativo ai motivi del ricorso, la forza performativa dell'iniziativa giudiziale, l'affievolimento del principio *iura novit curia* sembrano essere fattori in grado di condizionare i rapporti tra il giudizio amministrativo e quello costituzionale, potendo attribuire a quei rapporti una configurazione peculiare[23].

La delimitazione e la definizione dell'oggetto del processo attraverso la scrittura del ricorso sembrerebbero poter rappresentare un limite e un apparente strettoia per il funzionamento del giudizio costituzionale sia nella sua fase "ascendente", connessa al sollevamento della questione, sia nella sua fase "discendente", connessa alla produzione retroattiva degli effetti di una sentenza di illegittimità sui giudizi amministrativi pendenti.

Quanto alla fase *ascendente*, sarà necessario verificare se la vincolatività del giudice amministrativo si risolva in una *limitazione* del potere di sollevare *d'ufficio* una questione di costituzionalità, la cui rilevanza sarebbe intimamente connessa alla fissazione dei motivi di parte. In questa prospettiva il dialogo tra il giudice amministrativo e la Corte costituzionale deve ritenersi fortemente condizionato dall'atto introduttivo del processo comune.

---

[20] M. NIGRO, *L'appello nel processo*, cit., 328, mette in evidenza come "non è applicabile al processo amministrativo, nemmeno nella sua attenuata accezione, il principio che l'azione si individua per il fatto e non per la norma di legge".

[21] F. LA VALLE, *Il vincolo del giudice amministrativo*, cit., 47.

[22] Analoghe considerazioni valgono, ad esempio, per il processo tributario (cfr. F. TESAURO, *Profili sistematici del processo tributario*, Padova, 1980, 15 ss.) o per i processi relativi all'impugnazione dei c.d. atti esercizio di poteri privati, quali il licenziamento o le deliberazioni dei gruppi organizzati degli enti collettivi. Quanto a quest'ultimo profilo cfr. specificatamente S. A. VILLATA, *Impugnazioni di delibere assembleari e cosa giudicata*, Milano, 2006, 406 ss.

[23] Sulle analoghe problematiche relative al sollevamento della questione di costituzionalità nel giudizio di cassazione e nel conseguente giudizio di rinvio cfr. A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, Milano, 2004, 166 ss.; ID., *Gli effetti delle decisioni di accoglimento della corte costituzionale e le preclusioni processuali*, in *Foro it.*, 1993, I, 1206 ss.; R. CAPONI, *In tema di "ius superveniens" sostanziale nel corso del processo civile*, in *Foro it.*, 1992, I, 149 ss.; V. ANDRIOLI, *Giudizio di rinvio ed incidente di costituzionalità, in Giur. cost.*, 1977, I, 1545; F. CARNELUTTI, *Ancora sulle questioni di costituzionalità nel giudizio di rinvio, in Riv. dir. proc.*, 1960, 475 ss.; F. DE LUCA, *Sui limiti di proponibilità dell'eccezione di costituzionalità nel giudizio di rinvio*, in *Cons. St.*, 1978, II, 1233 ss..

Quanto alla fase *discendente*, dovrà essere indagata la compatibilità tra la retroazione degli effetti della dichiarazione di incostituzionalità di una norma sulla base della quale sia stato emanato un atto impugnato in un giudizio non ancora concluso e la non rilevabilità *ex officio* ai fini dell'annullamento di vizi estranei a quelli indicati dal ricorrente. Sembra, infatti, porsi una problematica individuazione degli spazi entro cui è esercitabile da parte del giudice amministrativo il potere di annullamento dell'atto per un vizio "sopravvenuto" ed in quanto tale non conosciuto (anche se prospettabile) e non dedotto.

È proprio quindi la specialità, connessa alla natura demolitoria del processo amministrativo (sugli atti), a generare una serie di tensioni peculiari con il giudizio costituzionale in via incidentale[24], potendo quindi in questa sede prescindersi dalle note evoluzioni del giudizio amministrativo verso il "rapporto", nella cui dimensione tali specialità tendono a diluirsi.

3. Un'analisi *quantitativa* come strumento interpretativo del *condizionamento*

L'esame in concreto dell'evocato condizionamento, al fine di una migliore comprensione, deve essere preceduta da una lettura dei dati *quantitativi* (disponibili sino al 2019) connessi all'attivazione del giudizio costituzionale in via incidentale in seno al processo amministrativo.

In primo luogo, analizzando i dati dell'ultimo triennio 2017-2019, secondo il metodo triennale degli "*Aggiornamenti in tema di processo costituzionale"* (a cura di R. Romboli), appare significativo come per la prima volta i TAR siano i primi "portieri" della Corte costituzionale, per *numero di questioni* di legittimità sollevate, superando anche i giudici ordinari[25]; più specificatamente TAR (237), Tribunali ordinari (229), Corte di cassazione (64), Corti d'appello (63), Commissioni tributarie (56), Consiglio di Stato (46), Giudici di pace (34), Corte dei conti (34).

Peraltro deve ritenersi rilevante anche lo specifico dato quantitativo delle questioni sollevate dal Consiglio di Stato; la Presidente Cartabia nella relazione sull'attività della Corte costituzionale nel 2019 ha ritenuto "particolarmente significativa" proprio "la circostanza che in occasioni *sempre più numerose* siano la Cassazione, il Consiglio di Stato e la Corte dei conti a interpellare la Corte costituzionale. Si conferma così la preziosa propensione delle supremi corti del nostro ordinamento a collaborare per il comune fine di diffondere i principi costituzionali in profondità in ogni piega dell'ordinamento".

In secondo luogo merita di essere segnalato, analizzando il diverso dato delle *decisioni* rese dalla Corte costituzionale nel giudizio incidentale su questioni sollevate dal giudice amministrativo (TAR o Consiglio di Stato), come nell'ultimo triennio (2017-2019) su 471 decisioni rese nel giudizio in via incidentale (pari al 57% delle decisioni totali) circa il 20% siano state rese a seguito di una questione sollevata dai giudici

[24] Si rinvia per un esame più approfondito di questi profili a N. PIGNATELLI, *Le "interazioni"*, cit. 19 ss.
[25] R. ROMBOLI, *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2017-2019)*, Torino, 2020, 31.

amministrativi (2019: 30; 2018: 33; 2017: 32)[26]. In altre parole nell'ultimo triennio 1 decisione su 5, pronunciata dalla Corte nel giudizio costituzionale incidentale, è stata resa su una questione sollevata da un giudice amministrativo.

Da tali dati possono desumersi due osservazioni di carattere sistemico, anticipando alcune riflessioni che seguiranno:

i) il processo amministrativo non costituisce una *zona franca* del controllo di costituzionalità[27]; la struttura impugnatoria del processo non si risolve quindi in una strettoia per il giudizio costituzionale;

ii) risulta altresì smentita nei fatti la ideologia di una parte della dottrina che ha sostenuto la *autoreferenzialità* dei giudici amministrativi e più in generale una *insensibilità* culturale al controllo di costituzionalità[28]; l'analisi degli stessi dati quantitativi conferma che una tale critica poteva avere un qualche fondamento soltanto in relazione ad un certo e risalente momento storico (e in particolar modo per il Consiglio di Stato al periodo tra il 1956 e il 1971 e per i TAR al periodo tra il 1974 e il 1981); peraltro i dati dell'ultimo triennio non fanno altro che confermare un *trend* ascendente (apprezzabile in modo significativo già a partire dall'inizio degli anni '90, con una media annua di circa 7 decisioni rese dalla Corte costituzionale su questioni sollevate dal Consiglio di Stato e di circa 35 decisioni rese dalla Corte costituzionale su questioni sollevate dai TAR).

Più in generale, al di là del ruolo del giudice amministrativo nel sistema di giustizia costituzionale, appare inoltre sintomatica di un complessivo mutamento culturale la forte valorizzazione del ruolo del giudice amministrativo come baluardo di *tutela dei diritti fondamentali* da parte dello stesso Presidente Patroni Griffi nella relazione inaugurale per il 2020[29].

In questa sede ci soffermeremo principalmente sui profili processuali (*sub* i), lasciando sullo sfondo la problematica del ruolo costituzionale del giudice amministrativo (*sub* ii), tenendo però fermi i suddetti

[26] Per completezza si riportano tutti i dati relativi alle decisioni rese dalla Corte costituzionale su questioni sollevate dai giudici amministrativi (tra il 2008 e il 2020). Si riporta di seguito l'anno, il totale delle decisioni della Corte, il numero delle decisioni rese su questioni sollevate dai Tar e dal Consiglio di Stato (segnalando che il totale potrebbe non coincidere alla somma delle decisioni, nei casi in cui una stessa decisione sia stata resa su questione sollevata sia da un Tar che dal Consiglio di Stato): 2020 (totale 26; Tar: 22; CdS: 5); 2019 (totale 30; Tar: 21; CdS: 9); 2018 (totale 33; Tar: 23; CdS: 10); 2017 (totale 32; Tar: 22; CdS: 12); 2016 (totale 38; Tar: 31; CdS: 8); 2015 (totale 32; Tar: 25; CdS: 8); 2014 (totale: 41; Tar: 35; CdS: 7); 2013 (totale 36; Tar: 34; CdS 7); 2012 (totale 30; Tar: 28; CdS 4); 2011 (totale 31; Tar: 29; CdS 3); 2010 (totale 46; Tar 40; CdS 6); 2009 (totale 37; Tar 30; CdS 7); 2008 (totale 41; Tar 36; CdS 5). Per i dati relativi al periodo precedente (1956-2007) si rinvia alla nostra tabella elaborata in N. PIGNATELLI, *Le "interazioni"*, cit. 167 ss.

[27] Sulla problematica generale cfr. R. BALDUZZI, P. COSTANZO (a cura di), *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale*, Torino, 2007.

[28] Sulla problematica generale della sensibilità costituzionale del giudice amministrativo sia consentito rinviare a N. PIGNATELLI, *Le "interazioni"*, cit. 163 ss.

[29] Cfr. anche N. PIGNATELLI, *I diritti inviolabili nel riparto di giurisdizione: la resistenza di un "falso" costituzionale*, in *www.federalismi.it*, 2020.

dati quantitativi, che permettono di comprendere la reale natura del *condizionamento* (del processo amministrativo sul processo costituzionale), senza distorte letture ideologiche.

L'analisi che segue potrà ritenersi riferibile, sotto il profilo processuale, anche alle questioni di costituzionalità sollevabili in sede di *ricorso straordinario*, vista la progressiva giurisdizionalizzazione dell'istituto (cfr. art. 69 l. n. 69/2009).

4. La fase *ascendente*: il sollevamento della questione di legittimità costituzionale nel processo amministrativo

4.1. Il potere di sollevamento *ex officio* nel processo amministrativo

Il principio della domanda e la rigorosa configurazione della corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato sembrano, come anticipato, determinare una limitazione degli spazi entro i quali il giudice può sollevare *ex officio* una questione di costituzionalità, dovendo ritenersi vincolato, anche a tali fini, al contenuto ed ai motivi del ricorso. In questa logica la nozione di *rilevanza* nel processo amministrativo risulta ricomponibile in intima connessione con l'atto processuale introduttivo, dotato di una forza performativa sul giudizio e sulle (eventuali) questioni di legittimità costituzionale; "la sollevabilità d'ufficio della questione (…) presenta più di una *complicazione* in riferimento ai giudizi di tipo radicalmente impugnatorio (quando il giudice è vincolato ai "motivi" di impugnazione)"[30]. Già Andrioli, ancor prima che la Corte costituzionale iniziasse a funzionare, aveva lucidamente intuito che l'art. 1 della cost. 1/1948, in cui si legge che una questione di costituzionalità è sollevata "nel corso di un giudizio", non avrebbe fatto "male a nessuno" nel giudizio civile diversamente da quello che sarebbe potuto accadere nel giudizio amministrativo[31].

Deve precisarsi come ancora oggi, quanto a questa problematica, rimangano un riferimento imprescindibile, per la giurisprudenza amministrativa, gli assunti contenuti nell'Adunanza Plenaria n. 8/1963, che possono essere sintetizzati nel modo seguente:

i) il potere di sollevamento della questione di legittimità costituzionale ha natura *officiosa* e non può essere subordinato all'esplicita rubricazione da parte del ricorrente di un *motivo di ricorso* avente ad oggetto il vizio di illegittimità costituzionale (*rectius*, la censura del provvedimento conforme ad una norma incostituzionale);

ii) tale potere non può essere limitato a norme relative alla giurisdizione o ai presupposti processuali ma deve essere esteso anche a norme relative al *merito* del giudizio;

[30] Così A. CERRI, *La "dialettica" del giudizio incidentale: rimeditazioni sul tema*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, Milano, 1988, 124 ss.

[31] V. ANDRIOLI, *Profili processuali del controllo giurisdizionale delle leggi*, in *Atti del I Convegno Internazionale di diritto processuale civile (1950)*, Padova, 1953, 53 dell'estratto.

iii) tale potere, e con esso il sistema di giustizia costituzionale, *non* può quindi incontrare *ostacoli nella struttura del processo amministrativo*.

Più specificatamente l'Adunanza Plenaria ha affermato che attribuire al giudice il potere di sollevare d'ufficio una certa questione (nel caso di specie la questione di legittimità costituzionale) non avrebbe senso se non servisse alla definizione del giudizio; tale potere è, così, esercitabile non solo per risolvere dei dubbi sulla giurisdizione o sui presupposti processuali ma anche per risolvere quelli concernenti il merito della controversia, cioè la legittimità dell'atto impugnato. Il Consiglio di Stato proseguiva il proprio ragionamento, affermando che poiché il potere è attribuito da una norma costituzionale (art. 1 l. cost. n. 1/1948, della quale l'art. 23, 3° comma, l. 87/1953 è "semplice reiterazione") "non si può ritenere che esso trovi ostacolo nei principi di legge ordinaria", secondo il quale il giudice amministrativo "può decidere solo su motivi dedotti dal ricorrente"[32].

Non può negarsi come il Consiglio di Stato si trovasse a fare tale precisazione all'alba del funzionamento della Corte costituzionale (quando peraltro non erano stati ancora istituiti i Tribunali amministrativi regionali), sentendosi in dovere di legittimare un'alterazione della natura del giudizio amministrativo consolidatasi negli anni e dovendo misurare questa tradizione processuale con il novello meccanismo di funzionamento del controllo di costituzionalità[33]. La deroga al principio della domanda, nella sua configurazione derivata di principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, veniva fatta risiedere in una *interpretazione adeguatrice*[34] delle norme di rango ordinario disciplinanti il processo dinanzi al Consiglio di Stato all'art. 1 l. cost. 1/1948, che attribuisce al giudice il potere di sollevare d'ufficio una questione di legittimità.

Tuttavia si annidava una forte problematicità nell'affermazione secondo la quale il potere di sollevare d'ufficio una questione di costituzionalità fosse "*senza limitazione alcuna*".

Tale assunto ha generato in dottrina due tipi di reazione critica, una radicale (a) e una ragionevole (b), per quanto entrambe alimentate dalla medesima preoccupazione, quella di preservare la natura originaria del giudizio impugnatorio.

Nella prospettiva più radicale (a) si sosteneva che la vincolatività del giudice ai motivi di parte dovesse risolversi in una *negazione* del sollevamento *ex officio* della questione di costituzionalità; secondo questa

[32] Cons. St., Ad. Plen., 8 aprile 1963, n. 8, in *Giur. Cost*., 1963, 1214 ss.

[33] Anche nelle parole del Presidente C. BOZZI, *Relazione del Presidente del Consiglio di Stato al Presidente del Consiglio dei Ministri sull'attività svolta nel 1966*, in *Foro amm*., 1967, III, 331, può scorgersi una lettura di quella pronuncia nel senso del bilanciamento tra tradizione e "lenta rivoluzione", tra principio dispositivo ed interesse pubblico.

[34] Cfr. Cons. St., Ad. Plen., 8 aprile 1963, n. 8, cit., 1228 ss., secondo cui "non si può partire dal presupposto che il sistema del procedimento giurisdizionale costituisca un blocco, per dir così, chiuso ed impermeabile alle sopravvenute norme costituzionali. Si deve anzi ritenere che le norme in oggetto debbono essere *interpretate ed integrate* con quelle della Costituzione".

logica, nel giudizio amministrativo l'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale avrebbe dovuto necessariamente essere subordinata ad una specifica doglianza contenuta nel ricorso. L'immissione dei poteri officiosi del giudice (di attivazione del controllo di costituzionalità) rischiava, in tale logica, di minare l'integrità del principio dispositivo nel processo amministrativo; si sosteneva, infatti, che l'indebito ampliamento del *thema decidendum* avrebbe così dato vita (ad un vizio di extrapetizione e quindi) ad un "nuovo tipo di processo", più simile ad un *controllo* oggettivo esercitato nell'interesse dell'ordinamento giuridico e quindi in dissonanza con la natura del *giudizio* amministrativo[35]. Un dubbio di costituzionalità, alla luce di tale impostazione, sarebbe così rilevabile, indipendentemente da una sollecitazione di parte, *soltanto* quando l'eventuale dichiarazione di incostituzionalità non dia vita ad un *vizio diverso*[36] da quello lamentato dal ricorrente. Nella stessa giurisprudenza amministrativa immediatamente successiva alla Adunanza Plenaria n. 8 del 1963 è riemersa in modo contraddittorio questa resistenza delle regole processuali proprie della struttura impugnatoria[37].

In questa prospettiva sarebbero, più specificatamente, individuabili soltanto poche ipotesi in cui il giudice amministrativo sarebbe legittimato, nel rispetto dei limiti stringenti dei motivi del ricorso, ad attivare il giudizio costituzionale: i) questioni di costituzionalità aventi ad oggetto norme che attengono al rito o a taluno dei presupposti processuali, ossia che attengono a questioni rilevabili *ex officio*[38]; ii) questioni di costituzionalità aventi ad oggetto una norma (non sul *quomodo* di esercizio del potere) ma sulla *attribuzione* del potere stesso, sul presupposto che la dichiarazione di incostituzionalità produrrebbe (non una semplice illegittimità sopravvenuta ma) una inesistenza sopravvenuta dell'atto impugnato (un vizio più radicale) e quindi la potenziale reviviscenza di talune situazioni di diritto soggettivo temporaneamente affievolite, la cui giurisdizione non sarebbe più quella del giudice amministrativo ma quella del giudice ordinario[39]; iii) questioni di costituzionalità che non immettano nel giudizio un *vizio "nuovo"* rispetto a quelli fatti valere, come nell'ipotesi in cui il dubbio di costituzionalità (non sollecitato dal ricorrente), in

[35] Così F. LA VALLE, *Annullamento d'ufficio da parte del Consiglio di Stato?*, in *Giur. it.*, 1965, III, 203; lo stesso F. LA VALLE, *La rilevanza nel giudizio amministrativo della incostituzionalità delle leggi*, in *Giur. it.*, 1964, III, 75, parla del rischio di un processo amministrativo svincolato dal principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato.

[36] N. LIPARI, *Orientamenti in tema di effetti delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale*, in *Gius. civ.*, 1963, I, 2256, afferma che non si può sollevare "d'ufficio la questione di legittimità di una norma invalidante di riflesso un atto amministrativo il cui vizio non può essere rilevato d'ufficio dal giudice".

[37] Cfr., ad esempio, Cons. St., sez. IV, 4 giugno 1969 n. 251, in *Foro it.*, 1969, III, 98 ss.; Cons. giust. amm. sic., 23 ottobre 1965, n. 155, in *Foro it.*, 1966, III, 297 ss.; Cons. St., sez. VI, 18 novembre 1977 n. 871, in *Foro amm.*, 1977, I, 2688 ss.; Cons. St., sez. VI, 4 marzo 1980, n. 289, in *Cons. St.*, 1980, I, 318 ss.; Tar Toscana, 25 luglio 1985, n. 705, in *Trib. amm. reg.*, 1985, 3383 ss.

[38] F. LA VALLE, *La rilevanza nel giudizio amministrativo della incostituzionalità delle leggi*, cit., 78. Più di recente cfr. anche A. CERRI, *Gli effetti delle decisioni di accoglimento della corte costituzionale e le preclusioni processuali*, cit., 1206 ss.

[39] Cfr. F. LA VALLE, *La rilevanza nel giudizio amministrativo della incostituzionalità delle leggi*, cit., 73. Sul punto cfr. anche A. BERLIRI, *Sulla proponibilità dinanzi al Consiglio di Stato della eccezione di incostituzionalità di una legge*, in *Foro amm.*, 1964, II, 50 ss.

caso di accoglimento, *si limiti* a determinare l'infondatezza del ricorso, giovando fattualmente al resistente[40].

In realtà un'impermeabilità del processo amministrativo al controllo di costituzionalità (*rectius*, una subordinazione delle regole processuali del processo costituzionale a quelle del processo amministrativo) produrrebbe come conseguenza che il giudice, quando il ricorrente denunci una violazione di legge senza rilevare la illegittimità costituzionale del parametro legale dell'atto impugnato, non potrebbe, anche se convinto (o perlomeno ragionevolmente dubbioso) della incostituzionalità della stessa legge, sollevare d'ufficio la questione, dovendo invece applicare la norma alla fattispecie[41]. In questo modo, una certa configurazione delle regole processuali si risolverebbe nella primazia del principio di legalità ordinaria su quello di legalità costituzionale. Il processo di impugnazione degli atti rappresenterebbe, così, non una semplice strettoia ma una immensa zona franca del controllo. Per di più nella ricostruzione sopra esposta appare problematica la trattazione della questione di costituzionalità alle stregua di un qualsiasi motivo di parte[42].

La reazione invece più ragionevole (b) rispetto all'indirizzo della Ad. Pl. n. 8/1963 (caratterizzata da una "*formulazione troppo ampia e indiscriminata*"[43]), pur non arrivando a sostenere la subordinazione dell'attivazione del controllo di costituzionalità ad una esplicita doglianza (come visto sopra), ha posto il reale problema del coordinamento e della armonizzazione[44] tra giudizio impugnatorio e sollevamento d'ufficio della questione di legittimità, in altre parole il problema dei *limiti*, che l'Adunanza Plenaria sembrava aver fatto saltare; "fuori da tali limiti, in un processo nel quale viga la *Dispositionsmaxime*, non c'è *judicium*". Tale precisazione "diminuisce il campo entro il quale il giudice amministrativo può sollevare d'ufficio la questione di costituzionalità *ma non la elimina affatto*"[45]. Evidentemente la ragione che muoveva queste considerazioni era sempre la medesima, ossia la preoccupazione di conservare la validità del principio dispositivo[46].

---

[40] Cfr. F. LA VALLE, *Annullamento d'ufficio da parte del Consiglio di Stato?*, cit., 211.

[41] Cfr. A CERVATI, *Gli effetti della pronuncia di incostituzionalità delle leggi sull'atto amministrativo*, in *Giur. cost.*, 1963, 1228; S. LESSONA, *Riflessi sul giudizio amministrativo della "cessazione di efficacia" pronunciata dalla Corte costituzionale*, in *Studi per il XX anniversario dell'Assemblea costituente*, Firenze, 1969, 353.

[42] Cfr. C. D'ANTONE, *"Motivi dedotti" e "rilevabilità d'ufficio" della questione di legittimità costituzionale nel processo amministrativo*, in *Foro amm.*, 1978, 2168 ss; C. ANELLI, *La rilevanza delle questioni di legittimità costituzionale nel giudizio amministrativo,* cit., 97; C. MIGNONE, *I motivi aggiunti nel processo amministrativo*, Padova, 1984, 115 ss.

[43] A. ROMANO, *Pronuncia di illegittimità costituzionale di una legge e motivo di ricorso giurisdizionale amministrativo*, in *Foro amm.*, 1964, 140.

[44] S. LESSONA, *Riflessi sul giudizio amministrativo*, 353.

[45] A. ROMANO, *Pronuncia di illegittimità*, cit., 140; ID., *Incidente di costituzionalità in giudizio amministrativo*, in *Foro it.*, 1970, III, 101. In senso analogo cfr. C. ANELLI, *La rilevanza,* cit., 93 ss.; N. LIPARI, *Orientamenti in tema di effetti*, cit., 2256. Anche A. CERRI, *Gli effetti delle decisioni*, cit., 1207, afferma che ogni giudizio impugnatorio comporta una "limitazione di competenza del giudice".

[46] Questa è la provocazione suggestiva di A. ROMANO, *Pronuncia di illegittimità costituzionale di una legge*, cit., 139.

La problematica non è stata oggetto di particolari attenzioni da parte degli studiosi del diritto processuale costituzionale[47]. Appare peraltro significativo come la giurisprudenza amministrativa, anche a cinquant'anni di distanza dalla nascita della Corte costituzionale, abbia avuto ancora il bisogno di ribadire che il sistema processuale non può risolversi in una preclusione *assoluta* per l'attivazione d'ufficio del giudizio costituzionale[48]; lo stesso Consiglio di Stato ha riproposto il problema della legittimazione del giudice amministrativo a sollevare una questione di costituzionalità nell'ipotesi in cui tale vizio non sia stato prospettato nell'atto introduttivo del giudizio[49].

In ogni caso dalla sopravvivenza della problematica, anche a distanza di molti anni dalla Ad. Pl. n. 8/1963, non poteva certamente dedursi un sintomo di una latente diffidenza verso il funzionamento del sindacato di costituzionalità in via incidentale (come i dati quantitativi sopra analizzati dimostrano) ma, più realisticamente, la prova che l'introduzione del sistema di giustizia costituzionale ha generato una scossa per la struttura del processo amministrativo; una necessaria "alterazione del principio della domanda"[50], "venendo meno il principio della corrispondenza dell'oggetto del giudizio amministrativo con il contenuto del ricorso"[51].

Tuttavia il vero problema, fermo il riconoscimento della legittimazione al sollevamento *ex officio* della questione di costituzionalità da parte del giudice amministrativo, è stato quello della ricostruzione dei *limiti*.

4.2. I *limiti* al potere di sollevamento *ex officio* derivanti dal principio della domanda

La giurisprudenza amministrativa ha progressivamente definito quindi gli spazi nell'ambito dei quali esercitare tale potere, tentando un bilanciamento tra il funzionamento del sindacato in via incidentale e la natura del giudizio impugnatorio; posta la pacifica possibilità che il giudice amministrativo sollevi *ex officio* una questione di legittimità (quando la parte non abbia specificatamente dedotto tra i motivi quello della "incostituzionalità"), possiamo parlare della peculiare configurazione che tale potere officioso assume.

---

[47] Fanno eccezione le considerazioni di A. CERVATI, *Gli effetti della pronuncia di incostituzionalità,* 1963, 1228 ss.; V. ONIDA, *Pubblica amministrazione e costituzionalità delle leggi*, Milano, 1967, 201 ss.; M. MAGRI, *La legalità costituzionale dell'Amministrazione*, Milano, 2002, 344 ss.; A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, cit., 166 ss.; ID., *La "dialettica" del giudizio incidentale*, cit., 124 ss.; ID., *Gli effetti delle decisioni di accoglimento*, cit., 1206 ss.; M. MASSA, *Problemi e modelli del sindacato sui regolamenti amministrativi*, *Tesi di Dottorato di ricerca in Giustizia costituzionale e diritti fondamentali*, Pisa, 2005, 202 ss.

[48] Tar Lombardia, 21 ottobre 2002, n. 1510, in *Trib. amm. reg.*, 2002, I, 4318.

[49] Cfr. Cons. St., sez. V, 6 febbraio 1999, n. 138, in *Cons. St.*, 1999, I, 220.

[50] Tar Lazio, 9 giugno 1980, n. 583, in *Trib. amm. reg.*, 1980, I, 2308. Peraltro appare sintomatico anche un inciso contenuto in un un'ordinanza di rinvio (Tar Lazio, 28 ottobre 1981, in *Giur. cost.*, 1981, 194 ss.) in cui si legge che "all'occorrenza" il giudice può sollevare una questione di costituzionalità "anche d'ufficio".

[51] Tar Toscana, 25 luglio 1985, n. 705, in *Trib. amm. reg.*, 185, I, 3383 ss.

Nei motivi del ricorso il ricorrente indica le norme alla stregua delle quali accertare l'illegittimità dell'atto impugnato e necessarie per individuarne il vizio; tali norme rappresentano il modello legale sotto il quale sussumere i fatti, che con esse permettono di specificare la *causa petendi*. Evidentemente il potere del giudice amministrativo di sollevare una questione di costituzionalità è fortemente condizionato dalle scelte del ricorrente, sul presupposto che una questione di costituzionalità potrà essere sollevata soltanto sulla base delle norme fatta valere nell'atto introduttivo del processo e non su altre norme delle quali in tale atto non si fa menzione, non risultando necessarie al sindacato sul vizio dedotto. Nel processo amministrativo il potere di rilevare d'ufficio un dubbio di costituzionalità non sembra quindi "auto-limitato" dalle norme individuate dallo stesso giudice ma "etero-limitato" e vincolato alle norme indicate dal ricorrente. In questa logica la nozione di rilevanza nel processo amministrativo può essere qualificata in modo peculiare come una rilevanza *condizionata*[52].

La giurisprudenza amministrativa[53] ha progressivamente tentato di definire e specificare i limiti al sollevamento della questione di costituzionalità, affermando che è pur vero che il dubbio di legittimità costituzionale può essere rilevato d'ufficio ma occorre che tale dubbio sia riferibile e ben ancorato ad un motivo del ricorso, tempestivamente presentato[54].

Risulta certamente paradigmatica in tal senso la sentenza del Tar Campania 26.3.2003, n. 2970, confermata in appello nella solida impostazione teorica da Consiglio di Stato, sez. VI, 25.8.2009 n. 5058[55]. In tale prospettiva è certamente irrilevante la questione che non risulta avere un qualche collegamento con uno specifico motivo di gravame, rispetto al quale possa essere apprezzata la pregiudizialità, sul presupposto che una tale questione, così esorbitante dalla domanda giudiziale, determinerebbe un indebito ampliamento dell'oggetto del processo, che è invece indisponibile non solo per il giudice ma anche per il ricorrente (fatta salva la disciplina dei motivi aggiunti) nella fase successiva a quella di instaurazione del giudizio amministrativo.

[52] Secondo C. ANELLI, *La rilevanza*, cit., 82, la rilevanza nel giudizio amministrativo "non è indifferente alle caratteristiche strutturali e funzionali di questo".

[53] Cfr., *ex plurimis*, Tar Lombradia, 6 aprile 2004, n. 1434, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Tar Campania, 26 marzo 2003, n. 2970, in *Trib. amm. reg.*, 2003, I, 2134 ss.; Cons. St., sez.IV, 20 marzo 2000, n. 1495, in *Foro amm.*, 2000, 844 ss.; Id., sez. VI, 19 luglio 1999, n. 973, *ivi*, 1999, I, 190; Id., sez. V, 6 febbraio 1999, n. 138, in *Cons. St.*, 1999, 220; Id., sez. VI, 25 maggio 1996, n. 436, *ivi*, 1996, 793 ss.; Id., sez. IV, 27 aprile 1989, n. 268, in *Foro amm.*, 1989, 960 ss.; Id., sez. VI, 2 dicembre 1987, n. 938, in *Cons. St.*, 1987, I, 1779 ss.; Id., sez. VI, 13 febbraio 1984, n. 72, *ivi*, 1984, I, 187 ss.; Tar Lazio, 9 giugno 1980, n. 583, in *Trib. amm. reg.*, 1980, I, 2308 ss.; Cons. St., sez. IV, 10 luglio 1979, n. 599 in *Foro amm.*, 1979, I, 1459 ss.

[54] Cfr. Tar Lazio, 9 giugno 1980, n. 583, cit., 2308 ss., in cui si legge espressamente che "il prevalente orientamento della giurisprudenza è invero, nel senso di ritenere che l'iniziativa d'ufficio *non sia illimitata* e che debba, anzi, in qualche modo, coordinarsi con i caratteri di impugnazione".

[55] Su questa pronuncia cfr. N. PIGNATELLI, *Gli effetti di illegittimità costituzionale "nei limiti" dei motivi di impugnazione del provvedimento amministrativo: le regole processuali del Consiglio di Stato*, in *Foro it.*, 2010, III, 86 ss.

In definitiva il giudice amministrativo può sollevare questione di costituzionalità quando debba fare applicazione della stessa norma illegittima e nel processo amministrativo il giudice può fare applicazione di una norma esclusivamente quando abbia costituito oggetto di un dedotto vizio di legittimità. In questa logica una norma è indispensabile ai fini della definizione della controversia soltanto se costituisce un *parametro* (ordinario, nella gerarchia delle fonti) *per l'esame della legittimità del provvedimento*, così come si evince dai *motivi del ricorso*; al contrario, se la norma non è invocata in tali motivi (a prescindere evidentemente dalla deduzione espressa della sua illegittimità) il giudizio amministrativo potrà essere definito indipendentemente da quella[56]. Più in generale può dirsi che i limiti della rilevanza della questione di costituzionalità discendono dagli *speciali* limiti, propri del processo amministrativo, sulla conoscibilità da parte del giudice della *res in iudicium deducta*[57].

Deve, però, precisarsi come l'incidenza della natura del giudizio amministrativo sui poteri del giudice e l'indebolimento del principio *iura novit curia* in seno a quello di corrispondenza tra *petitum* e *decisum* non ne neutralizzano la funzione interpretativa. Se al ricorrente spetta la scelta delle norme, al giudice spetta "di *riconoscere* quale norma il ricorrente abbia scelto"[58]. La funzione di ricognizione si concretizza in una interpretazione del ricorso al fine di individuare il modello legale e la fattispecie normativa a cui fa riferimento il ricorrente, attraverso un'attività di "estrazione" sostanziale (quindi di identificazione) delle norme che si intendono violate[59]. Ciò posto, ai fini del sollevamento d'ufficio della questione di costituzionalità, i limiti derivanti dalla natura impugnatoria devono essere definiti anche alla luce di queste considerazioni, non potendo essere ritenute applicabili soltanto le norme *materialmente* indicate nella redazione del ricorso.

Inoltre come il principio della domanda conserva la propria vincolatività al di là del giudizio di primo grado[60], allo stesso modo il sollevamento in appello della questione di costituzionalità (sia d'ufficio che

[56] Assai significativa l'analisi di M. MASSA, *Problemi e modelli*, cit., 198 ss., che ricostruisce la problematica delle tensioni tra *officiosità della disapplicazione* dei regolamenti e principio dispositivo alla luce delle analoghe tensioni che intercorrono tra sollevamento *d'ufficio* della questione di costituzionalità e principio dispositivo, sul presupposto che la cognizione officiosa sulla incostituzionalità delle leggi e sulla illegittimità dei regolamenti "hanno in comune un'identica radice, cioè il principio *iura novit curia*".

[57] Cfr. F. LA VALLE, *Annullamento d'ufficio da parte del Consiglio di Stato?*, cit., 206.

[58] M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., 288.

[59] In tale logica il giudice non si sostituisce al ricorrente nella scelta della norma, ma sviluppa tutte le implicazioni della denuncia dello stesso ricorrente. Cfr. Tar Lazio, sez. I, 23 dicembre 1981, n. 1107, in *Trib. amm. reg.*, 1982, I, 34 ss., secondo cui non è sufficiente per negare la rilevanza la semplice considerazione che l'atto amministrativo impugnato sia stato emanato in applicazione di norme diverse da quelle cui direttamente si riferisce la questione di costituzionalità, visto che la rilevanza non può escludersi quando il provvedimento, oggetto del ricorso, sia riconducibile ad un sistema di norme, che sono tra loro inscindibili ai fini della produzione degli effetti normativi. Nello stesso senso si è espressa una più risalente giurisprudenza: Cons. St., sez. V, 1 dicembre 1967, n. 1784, in *Cons. St.*, 1967, 1039 ss.

[60] In dottrina cfr. R. VILLATA, *Considerazioni sull'effetto devolutivo dell'appello nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, 398 ss.; M. NIGRO, *L'appello nel processo amministrativo*, cit., *passim*; ID., *Il Consiglio di Stato come giudice d'appello*, in *Atti del*

su istanza di parte) incontra i limiti dei motivi del ricorso, non potendo né il giudice né le parti ampliare l'oggetto del giudizio amministrativo.

Su questo presupposto è inammissibile la questione di legittimità costituzionale che venga dedotta o sollevata dal giudice *in appello* nei confronti di una norma rispetto alla quale il ricorso di primo grado non conteneva nessuna censura. Evidentemente anche nel processo amministrativo il giudice potrà sollevare un dubbio di legittimità "in ogni fase *e grado*" ma sempre riferibile ad un motivo tempestivamente proposto, non potendo infatti esaminare la legittimità di norme non richiamate nei motivi del ricorso[61] o la legittimità di norme riguardanti un provvedimento che non sia stato in alcun modo oggetto di impugnazione[62].

Deve, inoltre, precisarsi come il Consiglio di Stato, oltre ad incontrare i medesimi limiti dei Tribunali amministrativi regionali, ossia quelli che discendono dalla vincolatività del principio della domanda, incontri anche le limitazioni imposte dal *principio devolutivo*, secondo il quale potrà conoscere soltanto questioni risolte nei capi impugnati ed esclusivamente in questo ambito potrà vagliare i dubbi di costituzionalità di una norma.

In sintesi risulterà irrilevante una questione di costituzionalità sollevata in secondo grado dal Consiglio di Stato i) su norme contenute in motivi del ricorso non decisi dai capi impugnati delle sentenza; ii) su norme non richiamate nei motivi decisi dai capi impugnati; iii) su norme relative ad un atto del procedimento non impugnato con il ricorso di primo grado.

Tuttavia non può negarsi come siano rilevabili anche nella più recente giurisprudenza amministrativa dei residui, pur sporadici, di resistenza; in alcune occasioni il Consiglio di Stato, in modo dissonante rispetto al quadro sopra ricostruito, ha continuato ad affermare che una questione di costituzionalità non può essere sollevata per la prima volta in secondo grado, presupponendo quindi un'irragionevole assimilazione della questione di legittimità costituzionale ad un motivo di parte (al quale dovrebbe applicarsi il divieto dello *ius novorum*)[63].

4.3. Alcuni peculiari corollari processuali tra *questione* di costituzionalità e *motivi* di ricorso

La struttura impugnatoria, interagendo con l'attivazione del giudizio costituzionale in via incidentale, può produrre alcune peculiari dinamiche processuali, da cui desumere dei corollari:

Convegno del 150° anniversario della istituzione del Consiglio di Stato, Milano, 1983, 279 ss.; ID., *Giustizia amministrativa*, cit., 336 ss.

[61] Cfr. Cons. St., sez. IV, 27 aprile 1989, n. 268, cit., 960; Cons. St., sez. VI, 19 luglio 1999, n. 973, in *Cons. St.*, 1999, I, 1190.

[62] Cfr. Cons. St., sez. VI, 2 dicembre 1987, n. 938, *ivi*, 1987, I, 1179 ss. Nello stesso senso Id., 10 luglio, 1979, n. 599, *ivi*, 1979, I, 977 ss.

[63] Cfr., a titolo esemplificativo, Cons. St., sez. VI, ord. 3554 del 31.7.2015.

a) nell'ipotesi in cui il ricorrente impugni un provvedimento con il motivo I per violazione della norma x e il giudice adotti una sentenza non definitiva di rigetto del motivo I, sollevando contestualmente questione di legittimità costituzionale sulla medesima disposizione x, la questione di legittimità costituzionale dovrà ritenersi inammissibile per *esaurimento del potere decisorio*, posto che la suddetta disposizione x, oggetto del dubbio di legittimità costituzionale, risulterebbe già applicata e quindi irrilevante ai fini del giudizio costituzionale[64]; in questa logica può dirsi che il giudice amministrativo non può sollevare questione di legittimità costituzionale dopo aver deciso il merito del giudizio, pur con sentenza non definitiva;

b) ad analoga conclusione deve giungersi nell'ipotesi in cui il ricorrente impugni un provvedimento con il motivo I per violazione della disposizione x, sollecitando soltanto in subordine (come motivo II, nell'ipotesi in cui tale norma debba essere altrimenti interpretata) il sollevamento della questione di costituzionalità su di essa, e il giudice, trattando e rispondendo ai motivi nell'ordine contenuto nel ricorso, dichiari infondato il motivo I con una sentenza non definitiva, applicando quindi la disposizione x, e sollevi questione di costituzionalità sulla stessa disposizione x, già applicata;

c) nell'ipotesi in cui il ricorrente strutturi il proprio ricorso rubricando un motivo I per violazione della disposizione x e *in subordine* un motivo II per violazione della disposizione y, il giudice amministrativo potrà sollevare (d'ufficio o anche su istanza di parte) questione di costituzionalità sulla disposizione y, richiamata nel motivo in subordine, soltanto dopo aver motivato sulla infondatezza del motivo I, ossia sulla infondatezza del motivo ritenuto prioritario e quindi idoneo in ipotesi a determinare all'annullamento del provvedimento impugnato; diversamente, nel caso in cui il giudice amministrativo sollevi questione di costituzionalità direttamente sulla disposizione y, relativa al motivo subordinato, la questione dovrebbe ritenersi inammissibile perché prematura o irrilevante[65]; deve in ogni caso precisarsi come la stessa giurisprudenza costituzionale riconosca in capo al giudice amministrativo (e non alla Corte costituzionale) il potere di riconoscere l'ordine dei motivi di diritto[66], potendo quindi farsi derivare da tale ordine la suddetta preclusione (per quanto tale potere del giudice sia comunque geneticamente vincolato al principio dispositivo e con esso al principio di gradazione dei motivi, nelle mani del ricorrente[67]);

d) alla luce di quanto visto *sub* c), può quindi rilevarsi che il giudice amministrativo può con sentenza non definitiva decidere sui motivi prioritari, rigettandoli nel merito, e contestualmente sollevare questione di

[64] Cfr. Corte cost., nn. 215/2003; 346/2001; 264/1998; 67/1998; 315/1992; 166/1992; 242/1990.
[65] Cfr. Corte cost. nn. 158/2013; 73/2011. In questa logica può dirsi quindi onere del giudice amministrativo chiarire l'ordine dei motivi, spiegare la priorità dei motivi decisi e quindi chiarire i presupposti della pregiudizialità. Così cfr. Corte cost. n. 24/2015.
[66] Corte cost. n. 125/2018.
[67] Ad. Pl. n. 4/2015.

legittimità costituzionale su una norma richiamata nel motivo "non deciso"[68]; la giurisprudenza costituzionale riconosce quindi alla sentenza non definitiva (quale "unico atto") la idoneità a decidere parzialmente il merito del giudizio amministrativo e contestualmente a radicare il giudizio costituzionale[69].

4.4. Il *cedimento* dei *limiti*: le questioni di legittimità aventi ad oggetto norme sulla *genesi* del potere

Nel quadro sopra ricostruito le tensioni e gli attriti tra il principio *dispositivo* e il potere *officioso* di attivazione del sindacato di costituzionalità sembrano essere riconducibili ad unità.

Tuttavia sono individuabili alcuni casi, eccezionali, in cui il principio della domanda sembra cedere in modo più forte dinanzi alla *vis espansiva* del sindacato in via incidentale. In questa logica possono ritenersi ammissibili questioni di legittimità costituzionali aventi ad oggetto non norme *richiamate* nei motivi di impugnazione ma norme *non richiamate*, ossia presupposte dalle norme richiamate.

Si pensi alle questioni di cotituzionalità sollevate dal giudice amministrativo, e ritenute ammissibili, sulle norme sulla *genesi* stessa del potere (censurato in concreto) e specificatamente alle questioni di costituzionalità (a) su norme sulla *attribuzione* del potere[70], (b) sulla *composizione* dell'organo che ha adottato il provvedimento impugnato[71] o (c) ancora sulla *istituzione* della stessa Amministrazione resistente[72].

In questo senso la giurisprudenza amministrativa sembra smentire anche la dottrina più sensibile alla definizione dei limiti al sollevamento della questione di costituzionalità, secondo la quale nell'ipotesi in cui, ad esempio, il ricorrente lamenti l'illegittimità del punteggio assegnato in un concorso pubblico, il giudice non potrebbe rilevare d'ufficio l'illegittimità costituzionale della norma disciplinate la composizione della commissione giudicatrice[73].

Da queste ipotesi, il cui profilo comune è la non coincidenza tra le norme, direttamente connesse al *petitum*, richiamate nel ricorso e quelle della cui legittimità costituzionale si dubita, emerge una nozione peculiare di rilevanza, elaborata dalla giurisprudenza amministrativa ed ammessa dalla Corte costituzionale.

---

[68] Cfr. Corte cost. n. 254/2019, su questione sollevata con una sentenza non definitiva di un TAR; Corte cost. n. 86/2017, su questione sollevata con una sentenza non definitiva dal Consiglio di Stato.

[69] Cfr. Corte cost. nn. 208/2019; 126/2018.

[70] Cfr. Corte cost., 346/1991; 231/1985; 143/1972. In dottrina cfr. A. PIZZORUSSO, *Questione di costituzionalità della legge e questione di legittimità dell'atto sindacato dal giudice "a quo": applicazione della legge e pregiudizialità della questione*, in *Foro it.*, 1982, I, 337 ss.

[71] Cfr. Corte cost., 620/1987;189/1986; 143/1972.

[72] Cfr. Id., 204/1981.

[73] L'esempio è formulato da C. ANELLI, *La rilevanza*, cit., 96.

Come è noto, invece, la ricostruzione tradizionale[74] della rilevanza è legata a due caratteri logicamente distinti: il primo connesso con l'*origine* del processo costituzionale, individuabile nel requisito della *applicabilità*, alla luce del quale la norma oggetto dell'ordinanza riguarda, in qualche modo, il processo comune e senza il quale vi è un difetto assoluto di rilevanza; il secondo, invece, connesso al *fine* del processo costituzionale, che si concretizza (solitamente) nella disapplicazione della norma a seguito di una dichiarazione di illegittimità costituzionale e (in alcuni casi) in una generica *influenza* sul processo[75]. La mancanza di questo secondo requisito produce un difetto relativo, potendo concludersi che l'applicabilità sembrerebbe un requisito necessario ma non sufficiente ai fini della rilevanza, la cui sussistenza richiede anche l'influenza della decisione della Corte sul giudizio *a quo*. In questa logica la concretezza del sindacato in via incidentale sarebbe apprezzabile sia "in partenza", con riferimento all'origine di tale processo e alla applicabilità in questo della norma oggetto del dubbio di legittimità, sia "in arrivo", rispetto alla definizione del giudizio[76].

Le ipotesi esaminate in precedenza sembrerebbero discostarsi da questa ricostruzione, poiché potrebbe sostenersi, quasi per paradosso logico, che sussiste in tali casi il requisito della influenza ma non quello della diretta applicabilità della norma della cui costituzionalità si dubita, visto che una decisione di illegittimità costituzionale produrrebbe i propri effetti sull'atto impugnato, il cui vizio sarebbe un vizio derivato[77], ma tale norma non sarebbe applicabile alla fattispecie concreta perché non indicata nei motivi del ricorso come parametro di legittimità dell'oggetto della impugnazione.

In realtà, può escludersi in questi casi una applicabilità "in senso stretto", potendo essere tali esclusivamente quelle norme necessarie a definire il merito della causa (quindi, nel processo amministrativo, a soddisfare l'annullamento dell'atto come richiesto nel ricorso) ed idonee ad incidere direttamente sugli interessi materiali fatti valere nel giudizio ma non una applicabilità intesa "in senso lato", che si risolve invece in una incidenza soltanto mediata[78]. Tuttavia deve precisarsi che con la nozione di applicabilità "in senso lato" si è tradizionalmente fatto riferimento alle norme che il giudice ritenga

[74] A. PIZZORUSSO, sub *art. 137*, in *Commentario della Costituzione*, cit., 245.

[75] A tal proposito si vedano le lucide analisi di G. DOLSO, *Giudici e Corte alle soglie del giudizio di costituzionalità*, Milano, 2003, 51 ss., e di F. DAL CANTO, *La rilevanza e il valore del fatto nel giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in E. MALFATTI, R. ROMBOLI, E. ROSSI (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua "diffusione"*, Torino, 2002, 177 ss. Sulla nozione di influenza cfr. in particolar modo P. CARNEVALE, *La disapplicazione dell'art. 22 delle "Norme integrative": un fatto che era nell'aria*, in *Giur. it*, 1998, I, 422; N. TROCKER, *La pregiudizialità costituzionale*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1988, 836 ss.; F. MODUGNO, P. CARNEVALE, *Sentenze additive, "soluzione costituzionalmente obbligata" e declaratoria di inammissibilità per mancata indicazione del "verso" della richiesta addizione*, in AA.VV., *Giudizio" a quo" e promovimento del processo costituzionale*, Milano, 1991, 342; A. RUGGERI, A. SPADARO, *Linemaneti di giustizia costituzionale*, Torino, 2001, 258 ss.

[76] G. SILVESTRI, *Controllo di costituzionalità delle leggi*, in *Dig. disc. pubbl.*, 1994, 148.

[77] Come si evince in modo palese da Corte cost., 189/1986.

[78] Cfr. G. ZAGREBELSKY, *Diritto processuale costituzionale?*, in AA.VV., *Giudizio "a quo"*, cit., 135 ss.; F. DAL CANTO, *La rilevanza*, cit., 170 ss.

incidentalmente di dover applicare e che attengono a profili processuali, come alla indipendenza e all'imparzialità del giudice o alla composizione e alla formazione del collegio[79]. Nelle ipotesi rilevanti ai nostri fini può desumersi invece una ulteriore specificazione di quella categoria, posto che la incidenza mediata sul giudizio amministrativo non è determinata dalla applicazione incidentale di talune norme ma dal vincolo genetico indissolubile tra le norme direttamente applicabili (indicate nei motivi del ricorso), che regolano il potere, e le norme sulla base delle quali tale potere si fonda. Non può negarsi tra l'altro come le norme relative alla posizione e alla composizione del giudice non abbiano "alcun legame con la *res litigiosa*"[80], diversamente da quelle sulla genesi del potere, che pur evocando una applicabilità soltanto indiretta, sono prossime al merito, potendo infatti determinare un vizio dell'atto impugnato (anche se diverso da quello lamentato dal ricorrente).

In questa logica l'applicabilità in senso lato si specifica in una applicabilità *presupposta* delle norme attributive di una funzione, di quelle sulla composizione di un organo titolare di una funzione o di quelle sulla istituzione di una Amministrazione. La concomitanza del requisito della influenza con quello della applicabilità, seppur in senso lato e seppur in una sua ulteriore specificazione, si risolvono così in una rilevanza "indiretta"[81] della questione di costituzionalità, in una sorta di rilevanza di doppio grado, alla luce delle quale oltre ad essere (eventualmente) rilevante una questione di costituzionalità su una norma direttamente applicabile (quindi indicata nei motivi del ricorso) lo sono anche le questioni di costituzionalità sulle norme che attengono agli strumenti (processuali) di applicazione delle norme direttamente applicabili e le questioni di costituzionalità sulle norme che rappresentano i presupposti (genetici) di applicazione di quelle.

In definitiva sembra che la rilevanza di una questione di costituzionalità sia in grado di "risalire" rispetto ad una certa norma e ad un certo rapporto processuale.

Non può negarsi però come questa nozione di rilevanza, ampliando l'accesso al giudizio di costituzionalità, produca non un semplice affievolimento del principio della domanda ma una sua profonda alterazione. Sembra che un vizio diverso da quello lamentato possa essere immesso nel giudizio attraverso il sollevamento della questione di costituzionalità, con cui si realizza una dilatazione del *thema decidendum*. Infatti nell'ipotesi in cui venga sollevata questione, ad esempio, su una norma sulla attribuzione di una funzione all'amministrazione resistente, l'atto impugnato per una violazione di legge potrebbe essere annullato, se la Corte ritenga fondato il dubbio di costituzionalità, per un vizio diverso.

[79] In argomento di recente cfr. la lucida analisi di T. GIOVANNETTI, *Riflessioni a margine di un caso di (presunta) irrilevanza di una complessa questione di legittimità costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2004, 357 ss.
[80] G. ZAGREBELSKY, *Diritto processuale costituzionale*, in AA. VV., *Giudizio "a quo"*, cit., 131.
[81] Su questa nozione v. A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, cit., 160 ss.

4.5. Il contributo minimo della giurisprudenza costituzionale alla definizione dei *limiti*

Nella giurisprudenza costituzionale si rinvengono, invece, tracce impercettibili di quella limitazione connessa al principio della domanda, potendo leggersi soltanto qualche breve passaggio sulla problematica[82]. Da un'analisi sulle pronunce di inammissibilità ci pare di poter affermare che la Corte costituzionale arrivi assai raramente a dichiarare irrilevante una questione sul presupposto che il giudice amministrativo abbia valicato i limiti del ricorso, sollevando *d'ufficio* questione su una norma non richiamata nei motivi[83]; a maggior ragione non sono rintracciabili, come anticipato, riferimenti alla problematica delle questioni sollevate su norme sulla genesi del potere.

Provando a indagarne le ragioni può affermarsi che questo tipo di sindacato appare peculiare rispetto a quello sulla rilevanza proprio di altri giudizi *a quibus* o esercitato nello stesso processo amministrativo relativamente ad altri profili, presupponendo, infatti, che la Corte non si limiti ad esaminare la questione attraverso lo studio dell'ordinanza di rinvio. Il rispetto dei limiti derivanti dal principio della domanda necessiterebbe, infatti, di un controllo effettivo sulla configurazione dello stesso ricorso (quindi sulle norme richiamate in questo), ossia anche sugli atti trasmessi. Al contrario la Corte costituzionale ha sostenuto che "gli elementi richiesti per l'ammissibilità della questione (…) debbono risultare esclusivamente dall'ordinanza di rimessione e *non possono eventualmente essere tratti dagli atti del giudizio a quo*"; infatti soltanto l'ordinanza, debitamente pubblicata, rende noto per ogni effetto alla generalità dei cittadini e agli organi giudiziari, la pendenza del giudizio costituzionale in tutti i suoi estremi"[84]. Proprio da questa discrasia tra la necessità che il rispetto del principio della domanda sia accertato attraverso l'esame del ricorso e l'irrilevanza del fascicolo processuale, ai fini del sindacato sulla pregiudizialità costituzionale, può forse desumersi come la Corte costituzionale pronunci assai raramente l'inammissibilità di una questione costituzionalità perché il giudice abbia tradito il vincolo derivante dall'impugnazione.

Tuttavia non può negarsi come probabilmente la stessa cultura giuridica dei giudici amministrativi, sensibile alla natura del proprio processo e delle sue regole, rappresenti di per sé un filtro funzionante, idoneo ad impedire che giungano alla Corte costituzionale questioni esorbitanti i limiti del *petitum*. Il giudice amministrativo non soltanto, come abbiamo visto, impone a sé i limiti dell'impugnazione nel sollevamento *ex officio* ma sembra esercitare un vaglio stringente anche sulle eccezioni di parte.

---

[82] Cfr., ad esempio, Corte cost. 595/1990, in cui si legge che la questione deve essere "circoscritta sotto l'aspetto della rilevanza", facendo riferimento alle norme sulla base delle quali è stato emanato l'atto impugnato.

[83] Cfr., ad esempio, Corte cost. n. 30/2020; Corte cost. 139/1974.

[84] Id. 451/1989. In senso critico cfr. R. ROMBOLI, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in ID. (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1993-1996),* Torino, 1996, 95 ss.

Diversamente risultano quantitativamente più rilevanti le ipotesi in cui la Corte costituzionale dichiara inammissibile una questione di costituzionalità per *omessa descrizione dei motivi di ricorso*[85], per *carenza di autosufficienza della stessa ordinanza di rinvio* (come nell'ipotesi in cui una sezione del Consiglio di Stato si è limitata nella propria ordinanza di rimessione a rinviare, sotto il profilo motivazionale, ad analoga ordinanza di rimessione della Adunanza Plenaria)[86] o più in generale per *erronea individuazione della norma applicabile*[87].

Al di là del controllo sulla ordinanza in sè, come appena visto, è rilevabile un controllo sui *presupposti processuali del giudizio amministrativo*, per quanto estrinseco e quindi limitato alla implausibilità della motivazione contenuta nella stessa ordinanza di rimessione.

Un controllo non soltanto sulla (manifesta carenza di) *giurisdizione* o *competenza*[88] ma anche sulla *tardività* del ricorso[89], sulla (manifesta carenza di) *legittimazione processuale* del ricorrente[90] o *interesse a ricorrere*[91]; un controllo che può condurre, come nei casi citati, alla dichiarazione di inammissibilità della questione di costituzionalità per una difetto (non rilevato dal giudice amministrativo) su uno dei presupposti del giudizio *a quo*.

Tuttavia a conferma ulteriore dell'*autonomia* dei due giudizi (amministrativo e costituzionale), può essere citato, in senso inverso, il c.d. caso De Magistris[92], in cui la Corte ha dichiarato comunque ammissibile la questione sollevata dal giudice amministrativo, per quanto nel mentre le Sezioni Unite della Cassazione si fossero pronunciate nel senso del difetto della giurisdizione amministrativa e il giudizio fosse proseguito, secondo la logica della *traslatio*, innanzi alla giurisdizione ordinaria; una autonomia che più in generale risulta positivizzata nell'art. 18 N.I., secondo cui la sospensione, interruzione o l'estinzione del giudizio *a quo* non producono effetti sul giudizio costituzionale.

4.6. I *limiti ulteriori* relativi al giudizio di ottemperanza

Un'ultima problematica che deve essere affrontata in seno alla fase ascendente è quella relativa alla ammissibilità della questione di costituzionalità sollevata in sede di ottemperanza, essendo tale profilo intimamente connesso alla natura di questo tipo di giudizio.

---

[85] Corte cost. n. 251/2017.
[86] Corte cost. n. 19/2018.
[87] Corte cost. n. 206/2020.
[88] Sia consentito rinviare per la problematica generale del controllo sui presupposti processuali del giudizio amministrativo a N. PIGNATELLI, *Le "interazioni"*, cit., 66 ss.
[89] Corte cost. n. 261/2019.
[90] Corte cost. n. 245/2016.
[91] Corte cost. nn. 276/2017; 272/2018.
[92] Corte cost. n. 236/2015.

La rilevanza della questione di costituzionalità in questo giudizio trova nello stesso presupposto necessario dell'ottemperanza di una sentenza di un giudice amministrativo, ossia nel giudicato, il proprio limite strutturale, visto che risulta irrilevante perché *non influente* un dubbio di legittimità costituzionale sollevato su una norma, pur nei limiti propri dei motivi del ricorso o nei limiti delle norme applicate dal giudice nella sua (eventuale) attività di cognizione. L'attivazione del sindacato incidentale incontra nel giudizio di ottemperanza il limite invalicabile dei rapporti esauriti (perché già giudicati) alla retroazione degli effetti della dichiarazione di incostituzionalità *ex* art. 136 Cost.; sembra che si possa parlare di una *irrilevanza istituzionale*, derivante non dalla natura delle norme[93] ma dalla natura del giudizio.

Anche di recente la Corte costituzionale ha dichiarato inammissibile per irrilevanza una questione di costituzionalità sollevata in sede di ottemperanza[94].

A dimostrazione della limitazione strutturale connessa alla natura del giudizio può infatti addursi l'esiguo numero di pronunce rese su dubbi di legittimità costituzionale sollevati in sede di ottemperanza di una sentenza[95].

Pertanto, a nostro avviso, sono rinvenibili esclusivamente tre tipologie di questione di costituzionalità sollevabili nel giudizio di ottemperanza (nel rispetto del suddetto limite), ossia:

(a) quelle relative a *norme processuali* sul giudizio di ottemperanza (come, ad esempio, in materia di contraddittorio[96], regolamento preventivo di giurisdizione in sede di ottemperanza[97], presupposti oggettivi della ottemperanza[98]), quindi questioni di legittimità costituzionali sulla disciplina del processo di ottemperanza;

(b) quelle relative a *norme sopravvenute elusive del giudicato*[99], quindi questioni a tutela del giudicato;

(c) quelle relative a *norme attributive di un potere esercitato in violazione del giudicato*[100], quindi questioni attinenti ad una violazione *in astratto* del giudicato.

---

93 Sulle "strettoie" del giudizio in via incidentale derivanti dalla natura delle norme v. G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988, 225 ss.

94 Corte cost. n. 171/2020.

95 Cfr., ad esempio, Id., 364/2007; 100/2006; 441/2005; 226/2002; 406/1998; 40/1995; 269/1994; 1050/188; 395/1988;123/1987; 246/1983.

96 Id., 441/2005. In senso identico cfr. Id., 100/2006.

97 Cfr. Id., 246/1983.

98 Cfr. Id., 406/1998.

99 Cfr. Id., 364/2000; 40/1995; 269/1994;123/1987; Id., 1050/1988.

100 Sulla problematica cfr. Cons. St., sez. IV, 30.11.2010 n. 8363, sulla quale cfr. N. PIGNATELLI, *Il giudizio di ottemperanza dinanzi agli effetti della illegittimità costituzionale: la violazione "in astratto" del giudicato*, in *Foro it.*, 2011, III, 96 ss.

4.7. La questione di costituzionalità proposta con un motivo di ricorso

Non appare traumatico, invece, per la natura del giudizio amministrativo e per l'effettività del principio della domanda, il caso in cui il ricorrente abbia rilevato un dubbio di legittimità costituzionale su una norma da applicare alla fattispecie dedotta, secondo la configurazione della *causa petendi*. L'ipotesi è quella della impugnazione di un provvedimento amministrativo perché emanato in applicazione di una norma ritenutra costituzionalmente illegittima[101].

In questo caso la configurazione dell'atto giudiziale introduttivo sembra incidere sulla nozione di *rilevanza* dissolvendo la logica della pregiudizialità tra due questioni, l'una principale e l'altra strumentale, per generare una (apparente) coincidenza tra il dubbio sulla legittimità di una norma e la risoluzione del merito della controversia dinanzi al giudice amministrativo; in questa ipotesi sembra quasi neutralizzata (salvo che il ricorso sia palesemente arbitrario) la possibilità che sia rilevata *in limine litis* la irrilevanza della questione. Questa peculiare logica di impugnazione può risolversi anche in un unico motivo di ricorso; l'ipotesi che la lite (portata davanti al giudice *a quo*) consti della *sola* questione di legittimità costituzionale fu prospettata in dottrina per la prima volta da Andrioli[102].

L'Avvocatura dello Stato nei primi anni di funzionamento della Corte costituzionale, in cui tra la molteplicità dei problemi del sistema delle garanzie ciò che risultava certamente chiaro agli operatori giuridici era la mancanza di uno strumento di impugnazione delle leggi nella disponibilità dei cittadini, tentò invece di qualificare come ricorsi in via principale le impugnazioni di un atto conforme ad una norma illegittima, al fine di vederli dichiarati inammissibili[103]. In realtà il Consiglio di Stato da subito ebbe modo di precisare che tale peculiarità, che abbiamo definito *coincidenza* delle questioni (quella principale e quella pregiudiziale), non nega il carattere incidentale del dubbio di legittimità costituzionale sul presupposto che non rileva se l'eventuale decisione della Corte costituzionale "*possa esaurire la materia sottoposta all'indagine del giudice che ha ordinato la trasmissione degli atti, vincolando completamente la sua pronuncia alla*

---

[101] Cfr. Corte cost., 361/2004; 71/2001; 30/1987; Corte cost., 86/1982; Corte cost. 134/1963 in cui i ricorrenti hanno congegnato il ricorso articolandolo su due motivi entrambi coincidenti con dubbi di costituzionalità. Cfr. anche Corte cost. 66/1970, 54/1963. In dottrina cfr. G. ABBAMONTE, *Il processo costituzionale italiano*, I, Napoli, 1957, 77; G. GUARINO, *Profili costituzionali, amministrativi e processuali delle leggi per l'Altipiano silano e sulla riforma agraria e fondiaria*, in *Foro. it.*, 1952, IV, 87; F. MAZZIOTTI DI CELSO, *Osservazioni sulla impugnabilità degli atti amministrativi per sole questioni di costituzionalità e sul presunto dovere della pubblica amministrazione di conformarsi alle leggi ritenute incostituzionali*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1962, 569 ss.; E. GUICCIARDI, *Nota* a Cons. St., sez. IV, 3 aprile 1957, n. 395, in *Giur. it.*, 1958, III, 93; R. JUSO, *Sulla natura incidentale della eccezione di incostituzionalità di una legge*, in *Foro amm.*, 1957, I, 506; S. POMODORO, *Di un sindacato degli organi amministrativi sulla costituzionalità delle leggi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1959, 535.

[102] V. ANDRIOLI, *Profili processuali del controllo giurisdizionale delle leggi*, cit., 1953, 53 dell'estratto.

[103] Cfr. Corte cost., da 59 a 82/1959. Queste pronunce sono state rese a seguito di processi in cui erano stati censurati atti amministrativi per soli motivi di incostituzionalità delle leggi provvedimento (c.d. leggi di riforma fondiaria) sulla base delle quali tali erano stati emanati. In questi processi l'Avvocatura dello Stato, tentò di far riconoscere la natura "principale" delle questioni di costituzionalità. In senso analogo la difesa dell'INPS nel processo costituzionale deciso dalla Corte con la sentenza 24/1959 e la difesa della Regione Sicilia nel processo deciso con la sent. 4/2000.

sentenza" della stessa Corte[104]. In questa logica una questione non perde la propria natura pregiudiziale o incidentale se *fattualmente* possa determinare la risoluzione della questione principale. La stessa Corte ha affermato chiaramente che anche la "*circostanza che la dedotta incostituzionalità di una o più norme legislativa costituisca l'unico motivo di ricorso innanzi al giudice a quo non impedisce di considerare sussistente il requisito della rilevanza*"[105]. Tra l'altro dalla giurisprudenza costituzionale è emerso analogamente come la soluzione di una questione di legittimità costituzionale sollevata in via incidentale su una norma possa esaurire contemporaneamente sia il processo costituzionale sia quello comune nell'ipotesi in cui oggetto del giudizio di costituzionalità sia una legge-provvedimento[106].

La sussistenza della pregiudizialità e quindi la scindibilità della "coincidenza" tra le questioni è provata dal fatto che anche nell'ipotesi in cui la Corte arrivi a dichiarare illegittima la norma sulla base della quale (a vario titolo) è stato emanato l'atto impugnato, rimarrà il giudice amministrativo il padrone del proprio processo, dovendo esercitare il potere di annullamento dell'atto; non può certo sostenersi infatti che la sentenza di illegittimità possa soddisfare direttamente il *petitum* del ricorso[107]. Per di più la questione di costituzionalità fatta valere in via di azione non paralizza i poteri del giudice amministrativo, che potrà decidere su tutte le questioni pregiudiziali al dubbio di costituzionalità[108], come per esempio il difetto di giurisdizione[109], la nullità del ricorso, la violazione del termine di notifica al resistente e ai controinteressati o del termine di deposito. In queste ipotesi il giudizio amministrativo può essere definito indipendentemente dalla risoluzione della questione di costituzionalità[110]. Sembra, così, ravvisabile una pregiudizialità di doppio grado, caratterizzata da un primo grado connesso ai presupposti processuali, qualificabile come pregiudiziale rispetto alla questione di costituzionalità, e da un secondo grado relativo

[104] Cons. St., sez. IV, 3 aprile 1957, n. 393, in *Giur. it.*, 1953, III, 93. Cfr. anche Tar Sicilia, ord. 27 novembre 1997, n. 3121, in *Giust. amm. sic.*, 1997, 1340, in cui si riconosce chiaramente che "la dedotta incostituzionalità di una norma può costituire *l'unico motivo* su cui può validamente fondarsi l'impugnazione".

[105] Corte cost., 4/2000. Il medesimo principio è affermato, in riferimento all'impugnazione di atti, anche al di fuori della giurisdizione amministrativa. Cfr. Id., 138/2017; 16/2017; 128/1999; 263/1994.

[106] La giurisprudenza costituzionale sul punto è stata univoca dai suoi esordi. Cfr. Corte cost., 7/1957. In senso analogo la giurisprudenza sviluppatasi intorno alle leggi di riforma fondiaria. In dottrina cfr. A. PACE, *Espropri incostituzionali: restituzioni e responsabilità civili della Pubblica amministrazione per l'applicazione di leggi illegittime*, in *Giur. cost.*, 1959, 1228 ss.

[107] In questo senso cfr. E. GUICCIARDI, *Nota* a Cons. St., 3 aprile 1957, n. 393, cit., 93.

[108] Cfr. Cons. St., 21 gennaio 1967, n. 233, in *Cons. St.*, 1967, 1046, secondo cui "l'esame della rilevanza e in via subordinata della non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale (art. 23 l. 11 marzo 1953 n. 87) presuppone, cioè, pur sempre che la questione stessa sia *rituale e ammissibile*".

[109] Cfr. Cons. St, sez. IV, 22 marzo 1957, in *Foro amm.*, 1957, I, 474 ss.; Cons. St., sez. IV, 30 ottobre 1959, in *Giur. cost.*, 1959, 812 ss. Cfr. in dottrina F. LA VALLE, *La retroazione della pronuncia di incostituzionalità sui provvedimenti e sugli adempimenti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1963, 903.

[110] Appare ancora valida, anche se risalente, l'analisi di B. CAVALLO, *Rapporti di priorità tra questioni di legittimità costituzionale e questioni di inammissibilità e irricevibilità del ricorso del Consiglio di Stato*, in *Giur. it.*, 1963, IV, 20 ss. E' per altro persuasuasiva l'affermazione di G. ABBAMONTE, *Il processo costituzionale italiano*, cit., 42, secondo cui in termini logici la questione di costituzionalità occupa il posto, nell'ordine delle questioni da affrontare, occupato dalla norma a cui inserisce. Sulla problematica cfr. anche A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, cit., 158 ss.

alla legittimità di una norma che deve trovare applicazione nel processo, qualificabile come pregiudiziale rispetto al merito ed adesso intimante connesso.

In altre parole, l'impatto della natura del giudizio amministrativo sul processo costituzionale è soltanto "apparente", sul presupposto che apparente è la coincidenza della questione pregiudiziale con quella principale; la peculiare configurazione della rilevanza non si risolve (e non può risolversi) certo nella introduzione nel sistema costituzionale di un ricorso in via principale contro una legge o un atto avente forza di legge. In definitiva può dirsi che il giudizio costituzionale non ha il medesimo *petitum* del giudizio amministrativo, per quanto possa esaurire il merito di quest'ultimo, sul presupposto che la questione di costituzionalità rappresenta la *causa petendi* della impugnazione dell'atto[111].

Peraltro lo stesso Consiglio di Stato ha affermato in modo chiaro come la giurisdizione di legittimità si esplica sugli atti (e non sui rapporti), così che il soggetto titolare di un interesse giuridico qualificato, assunto come leso da parte dell'esercizio di un potere pubblico, "*deve dedurre la questione di legittimità costituzionale di una norma con riferimento ad un provvedimento tempestivamente impugnato*"[112], risultando così inammissibile una questione di legittimità proposta in via principale (ossia svincolata da un provvedimento amministrativo)[113] e potendo evidentemente dedursi *a contrario* la sussistenza della "incidentalità" quando ad essere impugnato sia un atto (anche se) conforme ad una norma illegittima[114].

Per di più l'autonomia delle questioni è confermata dal fatto che una volta instaurato il processo costituzionale dinanzi alla Corte, come è stato autorevolmente affermato, non si discuterà dell'interesse

---

111 Cfr. Corte cost., 361/2004. In questa vicenda processuale l'Amministrazione resistente nel giudizio amministrativo costituitasi davanti alla Corte costituzionale aveva sollevato la eccezione di inammissibilità della questione proprio per difetto del carattere incidentale. La Corte, però, ha respinto tale eccezione affermando infatti che "il *petitum* dell'azione proposta" dal ricorrente "è *distinto e separato* dalla questione di legittimità costituzionale". In una logica conforme cfr. Cons. St., sez. IV, 3 febbraio 1996, n. 109, in *Giur. it.,* III, 1996, 630. Su questa pronuncia cfr. E. CANNADA BARTOLI, *Rivalutazione dell'interesse legittimo*, *ivi*, 1996, III, 625 ss.

112 Cons. St., 18 ottobre 1977, n. 805, in *Cons. St.*, 1977, 1492 ss.

113 Cfr. Id., sez. IV, 3 febbraio 1996, n. 109, cit., 630 ss. La stessa Corte costituzionale (17/1999) ha avuto modo di affermare chiaramente che "la sollevata questione di legittimità costituzionale" non può presentarsi "*impropriamente* come azione diretta contro una legge"; questo accade quando l'"eventuale pronunzia di accoglimento" concreta "*di per sé* la tutela richiesta" e la esaurisce, "mentre il carattere di incidentalità presuppone necessariamente che il petitum del giudizio nel corso del quale viene sollevata la questione non coincida con la proposizione della questione stessa". Nel caso di specie non era "dato scorgere, una volta venute meno le norme censurate, quale provvedimento ulteriore" doveva essere emesso per rimuovere la denunciata turbativa a danno del ricorrente, "essendosi nel giudizio principale richiesto *soltanto* di stabilire "se fosse legittimo il disegno di legge regionale"". Cfr. anche Id., 175/2003; 214/1986.

114 Cfr. Tar Basilicata, 18 dicembre 1984, n. 398, in *Trib. amm. reg.*, 1984, I, 726, secondo cui "il principio che attribuisce al giudizio di legittimità costituzionale delle leggi carattere *incidentale* è fatto salvo anche quando il ricorso proposto nel giudizio a quo si regga *esclusivamente sull'eccezione di incostituzionalità* della legge che regola l'atto amministrativo impugnato". In senso analogo cfr. anche Tar Piemonte, 18 gennaio 1977, n. 12, *ivi*, 1977, I, 809 ss.; Id., 19 ottobre 1976, n. 285, *ivi*, 1976, I, 3800. Inoltre, ciò che non potrà mancare nel giudizio amministrativo, ai fini della ammissibilità della questione, è un soggetto istituzionale che sia legittimato passivo, ossia un'Amministrazione resistente, non potendo prospettarsi "la eventualità di una lite tra il cittadino e il legislatore". Così P. CALAMANDREI, *La legittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*, Padova, 1950, 64.

del ricorrente ad ottenere la dichiarazione di inefficacia della legge che è stata applicata ai suoi danni e che egli ha denunciato come illegittima, ma si discuterà direttamente di quella legge in generale, potendo il ricorrente anche non costituirsi[115].

Non può negarsi, però, come in questo peculiare modo di atteggiarsi del ricorso la *causa petendi* sia argomentata alla luce di un vizio dell'atto che è soltanto "sperato", perché eventualmente derivato dall'accertamento successivo da parte della Corte costituzionale dell'illegittimità della norma sulla base della quale l'atto stesso è stato emanato[116]; l'impugnazione è, infatti, finalizzata a creare i presupposti della illegittimità dell'atto che non è viziato nel momento in cui è posto in essere in conformità ad una norma (ancora) costituzionalmente legittima. Lo stesso *petitum* (l'annullamento dell'atto impugnato) non è qualificabile come immediato ma soltanto come "mediato", essendo condizionato all'esito del processo costituzionale, sul presupposto che la demolizione giuridica dell'oggetto del giudizio amministrativo presuppone la demolizione giuridica a seguito di una dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma applicata dall'Amministrazione nell'esercizio di una funzione[117]. In questa logica il requisito della *utilità*[118], come elemento connaturato all'interesse a ricorrere, sembra non aderire strettamente (*rectius*, immediatamente) al processo amministrativo, sul presupposto che il vantaggio per il ricorrente, la restituzione del bene della vita sacrificato dall'atto impugnato trova nel processo costituzionale il suo momento decisivo.

Deve rilevarsi come questa peculiare tipologia di ricorso abbia rappresentato e rappresenti per gli Enti locali, in assenza di un ricorso diretto alla Corte costituzionale, uno strumento di *accesso indiretto*, a tutela della propria autonomia costituzionale; sono molti i casi, infatti, in cui gli Enti locali impugnano provvedimenti amministrativi adottati da altre Amministrazioni in applicazione di norme statali o regionali, queste in contrasto con le norme costituzionali poste a tutela della propria autonomia amministrativa o finanziaria[119].

[115] Così ID., *Corte costituzionale e autorità giudiziaria*, cit., 10.
[116] Su talune contraddizioni che si annidano dietro tale logica cfr. V. ONIDA, *Pubblica amministrazione*, cit., 201 ss.
[117] Sul punto cfr. F. LA VALLE, *La retroazione della pronuncia di incostituzionalità*, cit., 1963, 902 ss.
[118] Sull'interesse a ricorrere e sulla configurazione di tale istituto nella giurisprudenza cfr. B. SPAMPINATO, *L'interesse a ricorrere nel processo amministrativo*, Milano, 2004.
[119] Cfr. nella più recente giurisprudenza costituzionale Corte cost. nn. 135/2020; 85/2017; 10/2016; 129/2016. Sulla problematica del ricorso per motivi di costituzionalità come strumento dell'autonomia locale si rinvia a N. PIGNATELLI, *Le "interazioni"*, cit. 186 ss.

4.8. La questione di costituzionalità in sede cautelare

Il "nesso di implicazione che dunque esiste tra atto amministrativo e legge fa *a maggior ragione* apparire necessario un *ordine che inibisca all'amministrazione di portare a puntuale effetto il precetto legislativo della cui validità si dubita*"[120].

Ai nostri fini interessa l'ipotesi in cui il ricorrente impugni un provvedimento perché conforme ad una norma in contrasto con un principio o con una regola costituzionale, chiedendo inoltre la sospensione del provvedimento medesimo. Questa è una ipotesi più specifica di quella relativa alla proposizione della questione di costituzionalità in sede di ricorso, essendo affiancata a tale peculiare impugnazione la richiesta cautelare.

Tale ipotesi è caratterizzata da alcune peculiarità che devono essere indagate:

a) In primo luogo sembra opportuno soffermarci sul *fumus* come presupposto necessario per la concessione di un provvedimento cautelare sospensivo di un atto emanato sulla base di una norma, della cui legittimità costituzionale si dubita. Tale *fumus* sembra coincidere con la fondatezza della questione di costituzionalità sulla norma di cui il provvedimento amministrativo costituisce applicazione; nella maggior parte dei casi, infatti, la dichiarazione di incostituzionalità di una norma può generare in via derivata l'annullamento dell'atto amministrativo impugnato. In questa logica l'esito del ricorso (quindi il *fumus*) è intimamente condizionato dalla "non manifesta infondatezza" della questione di costituzionalità, *rectius* l'esito del ricorso (quindi il *fumus*) può risolversi nella decisione della Corte costituzionale.

Tuttavia, deve essere precisato come tale corrispondenza non sia necessaria[121].

b) Inoltre è necessario rilevare un'annosa problematica processuale, che in alcuni casi ha generato dei cortocircuiti tra i due processi.

I giudici amministrativi, nel momento di attivazione del giudizio costituzionale in sede cautelare, si sono trovati, infatti, innanzi ad un potenziale "circolo vizioso"[122], stretti nelle morse dei presupposti necessari

---

[120] M. ESPOSITO, *Giudizio incidentale di legittimità costituzionale e misure cautelari*, in *Giur. cost.*, 1997, 1851.

[121] Non può escludersi, ad esempio, che la Corte, attraverso una decisione manipolativa, possa dichiarare incostituzionale una norma (non "sulla genesi" ma) sul procedimento, facendo assumere alla norma stessa un significato alla luce del quale l'atto amministrativo non sia invalido ma legittimo. In questa logica il *fumus*, ai fini della concessione del provvedimento cautelare, e la non manifesta infondatezza, non risultano coincidenti, come la pronuncia della Corte sembra poter manifestare *ex post*; in altre parole la (non manifesta in-) fondatezza della questione di costituzionalità non va di pari passo con l'annullamento dell'atto amministrativo. I due elementi, almeno teoricamente -al di là della possibile confusione/coincidenza fattuale che il ricorso per motivi di costituzionalità può generare-, si pongono su piani diversi, l'uno di giustizia ordinaria e l'altro di giustizia costituzionale. Cfr. G. BORRÈ, *Questione di costituzionalità e provvedimenti di urgenza*, in AA.VV., *I processi speciali (studi offerti a Virgilio Andrioli)*, Napoli, 1979, 145, nota 64.

[122] A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, cit., 138. Sulla problematica cfr. anche M. MANGIONCALDA, *Incidente di costituzionalità e procedimento d'urgenza: un problema ancora aperto,* in P. COSTANZO (a cura di)*, Percorsi attuali della giustizia costituzionale*, Milano, 1995, 105 ss.; A. VALLEBONA, *Inammissibilità di un provvedimento d'urgenza fondato sulla ipotesi di incostituzionalità di una norma*, in *Gius. civ.*, 1993, I, 2757 ss.; B. SASSANI, *Rimessione della questione alla Corte costituzionale e tutela in via d'urgenza*, *ivi*, 1992, I, 1822 ss.; G. ZAGREBELSKY, *La tutela d'urgenza*, in L. CARLASSARE (a cura di), *Le garanzie giurisdizionali dei diritti fondamentali*, Padova, 1988, 27 ss.; L. CHIEFFI, *Tutela cautelare e diritti di rilievo "costituzionale",* in *Giur.*

della incidentalità ed in particolar modo della rilevanza. La strettoia della sede cautelare sembrerebbe *prima facie* irrisolvibile, visto che una questione di costituzionalità sollevata dopo la concessione della sospensiva sull'atto adottato sulla base delle stesse norme indubitate sarebbe inammissibile, vista la irrilevanza determinata dall'esaurimento del potere decisorio nel momento della concessione cautelare, e al contempo il sollevamento della questione di costituzionalità precedente alla concessione della sospensiva renderebbe la stessa tutela cautelare *inutiliter data*, vista la incommensurabilità tra i tempi del processo costituzionale e le esigenze urgenti di tutela del ricorrente dai *pericula* che possono derivare dall'atto impugnato nelle more del giudizio.

Dalla giurisprudenza costituzionale emerge chiaramente come sia necessaria ai fini del sollevamento della questione di costituzionalità che il giudizio cautelare *sia in corso*[123], visto che qualora il giudice si sia pronunciato sulla domanda di sospensione, la definizione dell'incidente risulterà irrilevante ai fini del giudizio cautelare, potendo se mai incidere sul merito. La inammissibilità della questione è stata motivata dalla Corte in alcuni casi facendo riferimento alla irrilevanza ai fini della decisione cautelare[124], visto che tale misura è stata già concessa, e in altri al difetto di legittimazione del giudice[125], non essendo questo investito di potestà decisoria, per quanto non sembra reperibile una reale ragione dietro l'adozione di una argomentazione e non dell'altra[126]. In tale logica sembra evidente come la valutazione della rilevanza debba essere posta in essere facendo riferimento non al giudizio complessivamente inteso ma a ciascuna fase o stadio di esso[127], vista l'autonomia dei singoli segmenti all'interno dei quali il giudice competente esercita una autonoma (appunto) *potestas iudicandi*.

Quando, invece, si solleva questione di costituzionalità prima di emettere il provvedimento di urgenza[128] si neutralizzano le esigenze cautelari, disapplicando la stessa disciplina sulla sospensione dell'atto[129], che richiede una decisione immediata, utile (soltanto) in quanto tale. La effettività della tutela giurisdizionale *ex* artt. 24, 113 Cost. impone che la tutela cautelare, quale presidio strumentale, debba essere concepita

cost., 1986, 2581 ss.; G. CAMPANILE, *Procedimento d'urgenza ed incidente di legittimità costituzionale*, in *Riv. dir. proc.*, 1985, 133 ss.; A. PACE, *Sulla sospensione cautelare dell'esecuzione delle leggi autoapplicative impugnate per incostituzionalità*, in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, II, Padova, 1972, 1200 ss.; A. PREDIERI, *Appunti sui provvedimenti cautelari nella giustizia costituzionale*, in G. MARANINI (a cura di), *La giustizia costituzionale*, Firenze, 1966, 173 ss.

123 Come mette in evidenza A. VUOLO, *L'accesso al giudizio costituzionale nella fase cautelare del processo amministrativo e la tutela delle situazioni giuridiche soggettive*, in A. ANZON, P. CARETTI, S. GRASSI (a cura di), *Prospettive di accesso*, cit., 695.

124 Cfr. Corte cost., 112/1991; 92/1990; 398/1989; 142/1988; 428/1987; 68/1986; 254/1985; 252/1985; 140/1984; 117/1984; 300/1983; 116/1974; 110/1974; 19/1974; 105/1973; 183/1972; 65/1964.

125 Cfr. Id., 286/1983; 74/1982; 211/1976; 186/1970; 60/1970.

126 Come fa notare ancora A. VUOLO, *L'accesso al giudizio costituzionale nella fase cautelare*, cit., 696.

127 Cfr. A. PIZZORUSSO, sub *art. 137 Cost.*, *Commentario della Costituzione*, cit., 250 ss.

128 A tal proposito cfr. Cons. St., IV sez., 24 ottobre 2000, n. 5426, in *Cons. St.*, 2000, I, 2387.

129 Cfr. G. SILVESTRI, *Procedimenti cautelari e questioni di costituzionalità: una vecchia questione che si trascina*, in *Giur cost.*, 1994, 457, che fa tale osservazione in riferimento al rischio di disapliccazione dell'art. 700 c.p.c. da parte del giudice civile.

come componente naturalmente aderente alla stessa tutela giurisdizionale, al fine di sventare qualsiasi irreparabile *periculum in mora*[130].

Questa alternativa cieca tra inammissibilità della questione di costituzionalità e inutilità del provvedimento cautelare, generata dalle naturali (-strutturali) strettoie del giudizio in via incidentale, ha richiesto una sorta di affinamento dei moduli temporali di tutela e più in generale uno sforzo verso la *diffusione* del controllo di costituzionalità. I giudici amministrativi (in alcune pronunce) hanno imboccato due vie della diffusione, due logiche graduate, una "forte"[131] (ormai datata e superata) ed una "necessaria" (fattasi diritto vivente). La logica "necessaria" è stata affinata dalla giurisprudenza amministrativa[132] e avvallata da quella costituzionale, elaborando il principio della modulabilità *bifasica* del provvedimento di sospensiva cautelare del provvedimento amministrativo e congegnando (i) una fase eventuale, urgente e provvisoria, e (ii) una fase definitiva-successiva; in tale logica il giudice amministrativo può concedere, in prima battuta, un provvedimento cautelare di natura soltanto *interinale* (-provvisorio), che non esaurisce il potere decisorio, potendo così la questione di costituzionalità essere sollevata sulla stessa norma di cui si fa (dis-)applicazione al fine di adottare tale provvedimento. Il processo amministrativo sarà così sospeso fino alla camera di consiglio successiva alla restituzione degli atti della Corte; spetterà poi al giudice amministrativo, alla luce della decisione della Corte, decidere (iii) in via definitiva sulla istanza sospensiva adottando eventualmente un provvedimento sospensivo[133].

Anche di recente la Corte costituzionale ha ritenuto ammissibili questioni di costituzionalità sollevate dal Consiglio di Stato in sede cautelare con provvedimento provvisorio[134].

---

130 Così A. PROTO PISANI, *Procedimenti cautelari*, in *Enc. giur.*, Roma, 1991, 4.

131 Cons. St., Ad. pl., ord. 20 dicembre 1999, n. 2, *ivi*, 2000, III, 9, che ha sostenuto la adottabilità di un provvedimento cautelare definitivo, rinviando al merito il sollevamento della questione di costituzionalità.

132 Cfr., ad esempio, Cons. St., sez. IV, 29 luglio 2004, n. 3486, in *Cons. St.*, 2004, I, 1702 ss.; Tar Veneto, 26 febbraio 2004, n. 201, in *Foro amm.-Tar*, 2004, 386 ss.; Cons. giust. amm. sic., sez. giurisdiz., 13 giugno 2001, n. 458, in *Urb. app.*, 2002, 223 ss.; Cons. St., sez. VI, 4 dicembre 2001, n. 6477, in *Ragiusan*, 2002, 215; Id., sez. IV, 24 ottobre 2000, n. 5426, in *Cons. St.*, 2000, I, 2387; Tar Lazio, 4 ottobre 2000, n. 7389, in *Foro amm.*, 2001, 967; Tar Puglia, 26 maggio 1999, n. 408, in *Ragiufarm*, 2000, 11 ss.; Cons. St., 10 ottobre 1995, n. 1395, in *Giorn. dir. amm.*, 1996, 743.

133 La stessa Corte costituzionale ha accolto questa soluzione affermando che "il giudice amministrativo ben può sollevare questione di costituzionalità in sede cautelare, sia quando non provveda sulla domanda cautelare, sia quando conceda la relativa misura, purché tale concessione non si risolva, per le ragioni addotte a suo fondamento, nel definitivo esaurimento del potere cautelare del quale in quella sede il giudice amministrativo fruisce: con la conseguenza che la questione di legittimità è inammissibile -oltre che ovviamente, se la misura è espressamente negata- quando essa sia concessa sulla base di ragioni, quanto al fumus boni iuris, che prescindono dalla non manifesta infondatezza della questione stessa; (…) *la potestas iudicandi* non può ritenersi esaurita quando la concessione della misura cautelare è fondata, quanto al *fumus boni iuris*, sulla non manifesta infondatezza della questione di costituzionalità, *dovendosi in tal caso la sospensione dell'efficacia del provvedimento impugnato ritenere di carattere provvisorio e temporaneo fino alla ripresa del giudizio cautelare dopo l'incidente di legittimità costituzionale*". Così Corte cost. 25/2006. Nello stesso senso cfr. Id., 4/2000; 183/1997; 359/1995; 30/1995; 24/1995; 367/1991; 444/1990.

134 Corte cost. nn. 10/2018; 99/2018.

Sembra evidente come sia riconosciuto al giudice amministrativo un potere di delibazione della questione di costituzionalità non al solo fine di attivare il giudizio costituzionale ma anche al fine di concedere la sospensione cautelare dell'atto amministrativo. Evidentemente la concessione di tale tutela cautelare presuppone la *disapplicazione* della norma che disciplina l'atto impugnato. In altre parole mentre si sospende il processo all'interno del quale una certa norma *dovrà* trovare applicazione soltanto dopo la risoluzione di un dubbio pregiudiziale sulla legittimità costituzionale, quella norma è già (dis-)applicata e quel dubbio è già risolto, nel senso della fondatezza, per quanto soltanto provvisoriamente, prospettando così una deroga ed una *alterazione del modello accentrato di giustizia costituzionale*.

Sembra evidente come il giudice amministrativo in sede cautelare abbia "piegato"[135] la questione di costituzionalità alla tutela delle situazioni giuridiche soggettive e ai bisogni giurisdizionali di tale fase, trasformando questo giudizio da mero incidente a sede di "decisione" sulla legittimità costituzionale delle norme. Non può negarsi però come questa trasformazione, in deroga alla natura originaria del modello accentrato, possa essere tollerata soltanto nelle forme ("necessarie") meno traumatiche per il modello stesso. Tra l'altro la diffusione del controllo di costituzionalità, pur avendo come fine quello della tutela immediata e urgente, è in realtà contestualmente *strumentale* anche al funzionamento dello stesso sindacato accentrato, potendo evitare che i censurati vizi di legittimità costituzionale diventino ineliminabili.

Può così dirsi che l'alterazione del modello accentrato non è finalizzata soltanto ad una esigenza interna al processo amministrativo (la sospensione dell'atto) ma anche ad una esigenza esterna a quello, anche se intimamente connessa, ossia ad una esigenza del processo costituzionale, quale la sua funzionalità. La mancanza di tale elemento di diffusione, infatti, rischierebbe di generare nell'ordinamento giuridico effetti (collegati concretamente all'atto amministrativo) che la eventuale e successiva dichiarazione di illegittimità costituzionale non potrebbe certamente neutralizzare; infatti la mera rimessione dell'incidente costituzionale, senza contestuale sospensione dell'atto impugnato, asseconderebbe la produzione degli effetti della legge sospettata di incostituzionalità, pregiudicando in modo irreversibile la posizione del ricorrente nelle more del processo costituzionale.

Deve comunque ribadirsi come la concessione di provvedimenti cautelari interinali si risolva in una disapplicazione *limitata nel tempo* e meramente *strumentale* alla definitiva risoluzione della questione di costituzionalità da parte della Corte costituzionale, che è l'unico organo competente a giudicare con effetti *erga omnes* sulla invalidità di una norma.

c) Quanto al modello sopra ricostruito, deve essere precisato, alla luce delle indicazioni dell'Ad. P. n. 28/2014, che, a seguito della pubblicazione della sentenza della Corte costituzionale, è onere del

[135] F. LUBRANO, *Il giudizio cautelare amministrativo*, Roma, 1997, 74.

ricorrente depositare una istanza di prosecuzione del giudizio *ex* art. 80 c.p.a. (quindi nel termine di 90 giorni dalla suddetta pubblicazione); a tale istanza seguirà quindi la fissazione di una nuova camera di consiglio per l'adozione dell'eventuale provvedimento cautelare definitivo. Tuttavia la contiguità tra esigenze cautelari e merito, di cui si è già detto, rende probabile, in caso di sopravvenienza di una sentenza di illegittimità costituzionale, una accelerazione del giudizio amministrativo e quindi l'adozione di una sentenza in forma semplificata *ex* art. 60 c.p.a. proprio all'esito della suddetta camera di consiglio.

d) la stessa Ad. Pl. n. 28/2014 ha altresì affermato che è configurabile una "sospensione impropria" del processo amministrativo, legittimando il giudice amministrativo a concedere la misura cautelare, *senza* sollevare una questione di costituzionalità, quando sia pendente o sia stata sollevata analoga questione di costituzionalità, quindi in attesa della definizione di un giudizio costituzionale idoneo a dispiegare effetti sul giudizio amministrativo sospeso. Tale opzione è espressamente subordinata a una rinuncia espressa delle parti del giudizio amministrativo a costituirsi nel processo costituzionale; diversamente tale sospensione si risolverebbe in una lesione del diritto di difesa, posto che le parti di un giudizio sospeso non sarebbero legittimate a intervenire nel processo costituzionale[136], non essendo qualificabili come terzi (nella logica dell'attuale dell'art. 4 N.I.);

e) quanto all'art. 55, 10° comma, c.p.a., e quindi alla misura della sollecita fissazione della udienza pubblica, può ritenersi che la questione di costituzionalità possa essere sollevata sia con l'ordinanza che fissa l'udienza pubblica, all'esito quindi della camera di consiglio, sia con una ordinanza adottata all'esito dell'udienza pubblica; potrebbe ritenersi preferibile la prima soluzione, perché maggiormente idonea a garantire la ragionevole durata del processo amministrativo;

f) è poi da ritenersi inammissibile una questione di costituzionalità sollevata con una ordinanza che rigetti la misura cautelare[137] o che accolga la misura cautelare per ragioni diverse dalla non manifesta infondatezza[138];

g) Deve altresì precisarsi che l'ordinanza di rinvio non rende intangibile, fino alla decisione della Corte costituzionale, il provvedimento cautelare provvisorio (adottato dal giudice amministrativo in primo grado), che potrà essere annullato dal Consiglio di Stato nella ipotesi in cui ritenga carente il *periculum in mora* o la questione di costituzionalità manifestamente infondata[139], quindi insussistente il presupposto del *fumus boni iuris*[140]. Tuttavia, nell'ipotesi in cui sia accolto l'appello, la questione di costituzionalità

[136] Corte cost. n. 69/2017, che ha dichiarato inammissibile tale tipologia di intervento.
[137] Corte cost. n. 82/2005.
[138] Corte cost. n. 451/1993.
[139] Cfr. Cons. gius. amm. sic., sez. giurisdiz., 16 dicembre 1999, n. 1056, in *Foro it.*, 2000, III, 451 con nota di A. PAJNO.
[140] Cfr. I. NICOTRA GUERRERA, *Pregiudizialità costituzionale e doppio grado di giudizio nel processo cautelare amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1991, 33 ss. Non può negarsi che la sospensione del processo di merito, generata dal sollevamento della questione di costituzionalità, non può produrre un effetto espansivo, determinando la sospensione dell'appello al

sollevata e giunta alla Corte non perderebbe il requisito della rilevanza, "restando ininfluenti gli eventuali provvedimenti adottandi o adottati successivamente"[141], come ribadito anche di recente[142], e potrebbe essere la Corte stessa, nel caso non concordasse con la valutazione del Consiglio di Stato sulla manifesta infondatezza, a valorizzare *ex post* gli esiti della diffusione del controllo di costituzionalità.

In ogni caso non può ignorarsi come il Consiglio di Stato[143], nell'ambito della vicenda c.d. De Magistris, abbia espressamente affermato in sede cautelare, rigettando l'appello, che la delibazione del giudice di primo posta in essere con l'ordinanza che ha sollevato la questione di legittimità costituzionale "*non può formare oggetto di riedizione in sede di appello, salvo i casi di assoluta abnormità e di evidente irrilevanza ai ini del decidere*", introducendo così una fattuale auto-alimitazione, non prevista da alcuna norma processuale.

h) è necessario chiedersi inoltre se, nelle ipotesi in cui una ordinanza di un TAR si limiti a sollevare la questione di costituzionalità, senza concedere la misura cautelare, tale ordinanza sia appellabile in Consiglio di Stato esclusivamente nella parte in cui rigetta tacitamente la misura cautelare richiesta[144];

i) Da ultimo è necessario segnalare come la Corte costituzionale, valorizzando la introduzione del codice del processo amministrativo e quindi la maggiore contiguità tra fase cautelare e fase di merito (come desumibile dall'art. 55, 4° e 11° comma, c.p.a.), sia giunta a ritenere ammissibile (anche) una questione di costituzionalità sollevata con provvedimento cautelare *definitivo*[145]; tale pronuncia sembra quindi riconoscere una variante al modello bifasico, sopra ricostruito, accedendo ad una nozione di rilevanza non frazionata per fasi del giudizio ma unitaria, ossia ritagliata intorno al giudizio nel suo complesso[146]. Tuttavia tale modello alternativo non sembra aver trovato seguito nella giurisprudenza amministrativa, che ha continuato a utilizzare la soluzione bifasica (e quindi a sollevare questione di costituzionalità contestualmente all'adozione di misure cautelari soltanto provvisorie).

provvedimento cautelare. La vicenda cautelare ha una sua specifica autonomia rispetto al merito, per quanto fattualmente, come già detto, la concessione del provvedimento sospensivo, l'esito della questione di costituzionalità e l'annullamento dell'atto possano coincidere. Più in generale sull'appello al Consiglio di Stato nel quadro dei principi costituzionali cfr. F. SORRENTINO, *Il doppio grado nel giudizio amministrativo*, in *Scritti in onore di A. Predieri*, Milano, 1996, II, 1386 ss.

141 Corte cost., 367/1991. Cfr. anche Id., 97/1987.

142 Corte cost. nn. 160/2019; 99/2018.

143 Cons. St., sez. III, ord. 5343 del 20.11.2014, che conferma l'ordinanza del Tar Campania n. 1801 del 30.10.2014, con cui era stata contestualmente concessa la misura cautelare provvisoria di sospensione del provvedimento prefettizio di sospensione dalla carica di Sindaco del Comune di Napoli e sollevata la questione di costituzionalità sulla normativa applicata (sulla c.d. Legge Severino).

144 Così, suggestivamente, A. VUOLO, *L'accesso al giudizio costituzionale*, cit., 701.

145 Corte cost. n. 200/2014.

146 Per una analisi di questa giurisprudenza si rinvia a A. VUOLO, *L'incidente di costituzionalità nella fase cautelare del processo amministrativo: nuovi orientamenti della Corte costituzionale*, in *www.federalismi.it*, 2014, 1 ss.

5. La fase *discendente*: gli effetti delle sentenze di illegittimità costituzionale sui provvedimenti amministrativi

5.1. La sorte del provvedimento amministrativo adottato sulla base di una disposizione dichiarata incostituzionale: la problematica

Dopo aver indagato la fase ascendente è necessario analizzare le forme di interazione tra i due processi, relative alla fase *discendente* del giudizio di costituzionalità, ossia al seguito nel giudizio amministrativo della dichiarazione di incostituzionalità di una norma sulla genesi o sull'esercizio del potere. In particolar modo, ciò che interessa, ai nostri fini, è la definizione degli spazi entro i quali il giudice amministrativo può esercitare il potere di annullamento dell'atto impugnato, facendo valere un vizio che *deriva* dalla retroazione di una dichiarazione di incostituzionalità di una norma sulla base della quale l'atto stesso è stato emanato. Anche nella fase discendente si ripropone quella tensione tra dimensione *soggettiva* dei vincoli imposti dai motivi e dimensione *oggettiva* dell'interesse al controllo di costituzionalità, che, investendo il fondamento normativo dell'atto, sembrerebbe poter attribuire al giudice un potere eccezionale, al di là delle regole processuali del giudizio amministrativo, di annullamento di un atto anche per un motivo *diverso* da quello fatto valere dal ricorrente.

Tale tensione non emerge tanto nel giudizio amministrativo in cui la questione di costituzionalità è stata sollevata, sul presupposto che la problematica dei limiti al potere di annullamento è in realtà assorbita da quella (precedente) dei limiti al sollevamento *ex officio* della questione di costituzionalità. Più significativa in questa sede appare la produzione degli effetti della dichiarazione di incostituzionalità sugli altri giudizi amministrativi *pendenti*, in cui sia stato impugnato un provvedimento adottato sulla base della norma oggetto del giudizio di costituzionalità. In definitiva dovrà verificarsi se in questi casi il potere di annullamento dell'atto trovi una preclusione assoluta nella regola processuale del principio della domanda, nelle ipotesi in cui il vizio derivato dalla pronuncia di illegittimità costituzionale non sia stato eccepito dalle parti, potendo così parlarsi di una peculiare limitazione agli effetti *erga omnes* del sindacato di costituzionalità (esorbitante l'esaurimento dei rapporti giuridici), o se al contrario possa configurarsi un anomalo potere di annullamento d'ufficio dell'atto impugnato, al di fuori dei vizi dedotti dal ricorrente. In questo spazio tra la limitazione al sindacato in via incidentale e la configurazione di un potere di annullamento[147], dovranno essere apprezzati il grado di resistenza della natura originaria del processo impugnatorio e la forza espansiva del sindacato in via incidentale.

[147] C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1975, 1288, distingue tra annullamento d'ufficio e annullamento su apposita impugnativa dei ricorrenti in relazione alla natura della norma (rispettivamente riguardante la struttura organizzativa o il *quomodo* di esercizio del potere) dichiarata incostituzionale.

In realtà queste prime considerazioni danno per acquisito che il regime di un atto amministrativo emanato sulla base (quanto alla genesi del potere) o in conformità (quanto al *quomodo* del suo esercizio) di una legge dichiarata incostituzionale sia quello della *annullabilità* e quindi della impugnabilità nelle forme del processo amministrativo.

Tuttavia non può dimenticarsi come la definizione di tale regime giuridico (sostanziale e processuale) sia stata assai travagliata (e in parte continui ad esserlo), ponendo un problema "conturbante" e di "eccezionale gravità"[148], come si dirà di seguito.

5.2. La negazione della *inesistenza* (le regole dell'Ad. Pl. n. 8/1963)

In una prima fase (1956-1963) la giurisprudenza amministrativa, pur ritenendo l'atto esistente *medio tempore*, aveva dichiarato cessata la materia del contendere[149] ed in altri casi aveva ritenuto invece l'atto *inesistente*, giungendo talune volte a dichiarare improcedibile[150] il ricorso ed altre volte a rilevare il difetto di giurisdizione[151].

Questa incerta giurisprudenza era caratterizzata da forti contraddizioni logiche ancor prima che giuridiche[152].

Più specificatamente quanto alla rilevazione del difetto di giurisdizione del giudice amministrativo non può negarsi come sia apparso debole lo stesso presupposto logico di quelle soluzioni processuali, ossia il regime giuridico della *inesistenza* dell'atto emanato sulla base di una norma successivamente dichiarata incostituzionale. Deve precisarsi come questo orientamento presupponeva necessariamente che la norma dichiarata illegittima fosse una norma attributiva di un potere o istitutiva di un ufficio[153], quindi una norma "sul potere", ossia sulla *genesi* del potere, rimanendo invece distinta l'ipotesi in cui la norma oggetto del controllo di costituzionalità fosse una norma sul *quomodo* di esercizio o sul procedimento strumentale all'adozione dell'atto, quindi una norma "del potere"; infatti in questo secondo caso il venir meno delle norme regolatrici della funzione pubblica avrebbe determinato la sola annullabilità del provvedimento.

---

148 F. LA VALLE, *La retroazione della pronuncia di incostituzionalità*, cit., 889.

149 Cons. gius. amm., 19 gennaio 1962, n. 10, in *Cons. St.*, 1962, I, 174; Id., 19 gennaio 1962, n. 11, in *Foro it.*, 1962, III, 150 ss.; Id., 19 gennaio 1962, n. 19, *ivi*, 1962, III, 150.

150 Cfr. Cons. St., sez. VI, 10 febbraio 1960, n. 51, in *Cons. St.*, 1960, I, 271 ss.; Id., 13 aprile 1960, n. 241, in *Mass. amm.*, 1960, II, 288; Id., 8 marzo 1961, n. 234, in *Foro amm.* 1961, I, 1071 ss.

151 Cfr. Id., 30 maggio 1962, n. 454, in *Foro it.*, 1962, III, 263 ss. In dottrina cfr. F. MODUGNO, *Esistenza della legge incostituzionale e autonomia del "potere esecutivo"*, in *Giur. cost.*, 1963, 1728; N. LIPARI, *Orientamenti in tema di effetti delle sentenze*, cit., 2259; G. GIONFRIDA, *Giudizio di legittimità costituzionale della legge e questioni pregiudiziali attinenti al cosiddetto processo principale*, in *Studi in onore di Ernesto Eula*, Milano, 1957, II, 98 ss.; B. CAVALLO, *Rapporti di priorità fra questioni*, cit., 24 ss.; P. CALAMANDREI, *Corte costituzionale e autorità giudiziaria*, cit., 20; M. CAPPELLETTI, *La pregiudizialità*, cit., 103.

152 Sia consentito rinviare a N. PIGNATELLI, *Le "interazioni"*, cit., 81 ss.

153 Questa distinzione è teorizzata da F. LA VALLE, *La retroazione della pronuncia di incostituzionalità*, cit., 883 ss.

In questa logica -si sosteneva- la caducazione del potere determinata dalla caducazione della norma che lo sorregge genera l'inesistenza dell'atto visto che un atto emanato da un potere inesistente non potrebbe non considerarsi un atto inesistente; attraverso una finzione giuridica si apprezzava l'atto come esistente *medio tempore*, ossia nel lasso tra l'emanazione della norma e la sua dichiarazione di illegittimità, vista la vigenza (anche se precaria) della norma, e poi, a seguito della dichiarazione di incostituzionalità inesistente *ab origine*. Tale vizio appariva così originario quanto alla decorrenza (*quoad effectum*) ma sopravvenuto quanto alla sua riconoscibilità (*quoad causam*)[154]. Peraltro questa ricostruzione era intimamente connessa ad una certa concezione della sorte delle norme dichiarate incostituzionali (ritenute inesistenti, *rectius* divenute *ex post* inesistenti) ed ancor prima ad una certa concezione della natura delle sentenze di illegittimità costituzionale (ritenute meramente dichiarative e non costitutive)[155]. Quanto, invece, agli effetti sulle dinamiche processuali, la configurazione di un vizio così radicale dell'atto non avrebbe incontrato nessuna preclusione imposta dalla perentorietà dei termini di decadenza, potendo il cittadino leso attivare in qualsiasi momento *l'azione di accertamento* della inesistenza (sopravvenuta) dell'atto.

In realtà questa ricostruzione è stata smontata dalla stessa Ad. Plenaria n. 8/1963, già citata in relazione alla fase ascendente, partendo proprio dalla affermazione (ormai pacifica anche se assai discussa all'alba del funzionamento del controllo di costituzionalità) della natura costitutiva delle dichiarazioni di incostituzionalità, che pur producendo effetti *ex tunc* non escludono, fino al momento di eliminazione di una norma dall'ordinamento, l'efficacia di essa; non si spiegherebbe come un atto (legislativo) inesistente potrebbe generare conseguenze giuridiche di qualsiasi sorta (come, ad esempio, gli atti amministrativi). Infatti quando una norma è dichiarata incostituzionale ed abbia generato degli effetti, questi effetti non possono che "essere un effetto giuridico e non un mero fatto naturale"[156]. Peraltro "inesistente" è ciò che non è mai esistito e non ciò che ha prodotto effetti precari. Così "quando, con la dichiarazione di incostituzionalità, la legge perde l'efficacia, la conseguenza che bisogna trarre" relativamente agli atti amministrativi "è solo che vi è stata una illegittima attribuzione di potestà discrezionale", quindi "l'esercizio di un potere *viziato per riflesso* del vizio di costituzionalità che inficia la norma attributiva"[157].

---

[154] ID., *La retroazione della pronuncia di incostituzionalità*, cit., 885.

[155] Su tale problematica cfr. F. MODUGNO, *Esistenza della legge incostituzionale e autonomia del "potere esecutivo"*, cit., 1735 ss.; A. CERVATI, *Gli effetti della pronuncia di incostituzionalità*, cit., 1214 ss.

[156] Così, suggestivamente, F. MODUGNO, *Esistenza della legge incostituzionale e autonomia del "potere esecutivo"*, cit., 1742.

[157] Cons. St., Ad. pl., 8 aprile 1963, n. 8, cit., 1223. Anche una parte della dottrina aveva criticato quella giurisprudenza amministrativa che faceva derivare dalla dichiarazione di incostituzionalità di una norma sulla genesi del potere la inesistenza del provvedimento amministrativo. In particolar modo quanto agli effetti della illegittimità costituzionale di norme *istitutive di organi* cfr. C. ESPOSITO, *Inesistenza o illegittima inesistenza di uffici ed atti amministrativi per effetto della dichiarazione di illegittimità costituzionale di norme organizzatorie?*, in *Giur. cost.*, 1960, 330 ss., secondo cui i pubblici uffici non si costituiscono "magicamente" con una disposizione di legge e l'attività di questi non può volatilizzarsi con la eliminazione di tale disposizione; quanto, invece, alle norme *attributive* di poteri ad organi già esistenti cfr. G. BORZELLINO, *Illegittimità costituzionale di norme e validità di atti amministrativi*, in *Foro amm.*, 1962, 13 ss.

In definitiva mentre può sostenersi che esiste un intima connessione tra esistenza dell'atto amministrativo ed *efficacia* della norma sulla base del quale l'atto è emanato, non può dirsi altrettanto quanto alla relazione tra esistenza dell'atto amministrativo e *validità* della norma, alla luce di una "autonomia del momento amministrativo"[158], che, al di là delle possibili notazioni critiche appuntabili a tale espressione[159], si risolve semplicemente (e relativamente ai nostri fini) nella autonomia del vizio dell'atto amministrativo e (in modo a noi ancor più conferente) nell'autonomia del sistema processuale (amministrativo e non costituzionale) in cui tale vizio può essere fatto valere.

5.3. L'invalidità sopravvenuta ed il regime di annullabilità (nella giurisprudenza amministrativa successiva alla Ad. Pl. n. 8/1963)

In questa logica, quindi, gli atti emanati sulla base di una norma (successivamente dichiarata) incostituzionale non sono stati qualificati come inesistenti (o nulli[160]) ma come esistenti e quindi divenuti (eventualmente) invalidi a seguito di una pronuncia della Corte[161]. La giurisprudenza amministrativa ha

158 Cons. St., Ad. pl., 8 aprile 1963, n. 8, cit., 1223.

159 Cfr. F. MODUGNO, *Esistenza della legge incostituzionale e autonomia del "potere esecutivo"*, cit., 1755.

160 L'istituto della nullità è stato utilizzato, relativamente agli atti adottati sulla base di norme dichiarate incostituzionali, in alcuni casi dalla dottrina (cfr., ad esempio, F. LA VALLE, *La retroazione della pronuncia di incostituzionalità*, cit., 884) ed in altri dalla stessa giurisprudenza amministrativa, che talune volte (in modo poco rigoroso) ha ritenuto questa categoria "fungibile" con la categoria della inesistenza. In realtà, di recente la l. 15/2005, in una logica profondamente diversa, introducendo nella l. 241/1990 un Capo IV *bis* sulla "Efficacia ed invalidità del provvedimento amministrativo. Revoca e recesso", ha positivizzato il vizio di nullità (per mancanza degli elementi essenziali, *per difetto assoluto di attribuzione*, per violazione del giudicato, salvo altri casi normativamente previsti), presupponendo e palesando una differenza con la categoria della inesistenza, in ossequio alle risalenti riflessioni scientifiche di T. ASCARELLI, *Inesistenza e nullità*, in *Problemi giuridici*, Milano, 1959, 227 ss. L'atto inesistente è, infatti, l'atto che non solo non produce effetti giuridici ma neppure effetti materiali, mentre l'atto nullo, pur non potendo produrre effetti giuridici per la mancanza di elementi propri essenziali, può produrre effetti materiali, generando una sorta di realtà fittizia, rimovibile attraverso una azione di accertamento. Alla luce di queste considerazioni, nel caso preso in esame, avrebbe allora dovuto parlarsi, coerentemente a tale impostazione, *non di nullità ma (se mai) soltanto di inesistenza*. Nella nozione di "difetto assoluto di attribuzione" (a cui si applica il regime della nullità) sono infatti riconducibili soltanto le ipotesi di *incompetenza assoluta*, ossia quando una amministrazione esercita una funzione propria di altro potere dello Stato (legislativo/giurisdizionale) o una funzione di cui è titolare un'altra amministrazione radicalmente diversa, ma non l'ipotesi della *carenza in astratto di potere*, ossia quando una amministrazione esercita un potere in mancanza nell'ordinamento di una norma attributiva. In quest'ultimo caso, infatti, non potrebbe neppure parlarsi, a stretto rigore, di un atto (inesistente) ma di un (mero) comportamento illecito, riconducibile nell'alveo della giurisdizione ordinaria. Sui presupposti teorici della categoria della inesistenza cfr. R. CARANTA, *L'inesistenza dell'atto amministrativo*, Milano, 1990. *Tuttavia* neppure la categoria dell'inesistenza può venire in rilievo, poichè *l'atto emanato sulla base di una norma attributiva poi dichiarata incostituzionale non è un atto adottato in assenza di una norma ma un atto adottato sulla base di una norma invalida*, analogamente all'ipotesi in cui sia dichiarata incostituzionale una norma meramente regolativa del potere. Cfr., ad esempio, Cons. St., sez. IV, 31 gennaio 2007, n. 381, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Id., 10 maggio 2006, n. 2575, in *Foro amm.-Cons. St.*, 2006, 1511; Id., 11 febbraio 2004, n. 546, in *Foro amm.-Cons. St.*, 2004, 386 ss.; Id., sez. V, 11 luglio 2001, n. 3853, in *Com. d'Italia*, 2001, 1279 ss.; Id., sez. VI, 19 giugno 2001, n. 3237, in *Foro amm.*, 2001, 406 ss.; Tar Puglia, 25 ottobre 1996, n. 784, in *Trib. amm. reg.*, 1996, 1604; Tar Calabria, 12 febbraio 1996, n. 199, in *Trib. amm. reg.*, 1996, I, 4682 ss.; Tar Lazio, 8 gennaio 1990, n. 21, in *Foro amm.*, 1990, 1850 ss.

161 Sulla negazione della categoria della inesistenza cfr. Cons. St., 1 marzo 2001, n. 1153, in *Cons. St.*, 2001, I, 524 ss.; Tar Lazio, sez. I, 22 ottobre 1997, n. 1591, in *Foro amm.*, 1998, 1859; Cons. St., sez. VI, 21 gennaio 1993, n. 62 in *Cons. St.*, 1993, I, 92; Tar Lazio, sez III, 9 giugno 1980, n. 583, in *Trib. amm. reg.*, 1980, I, 2308 ss.; Cons. gius. amm., 30 novembre

infatti utilizzato la categoria dell'invalidità "sopravvenuta"[162] (o "derivata"), alludendo ad un atto amministrativo conforme al proprio modello legale nel momento della emanazione e quindi nel momento di esercizio del potere sotteso ma divenuto viziato a seguito della dichiarazione di incostituzionalità della stessa norma (attributiva o regolativa), rispetto alla quale risultava legittimo un momento prima della dichiarazione di incostituzionalità[163]. È così apprezzabile una precarietà del provvedimento (*medio tempore* legittimo ed efficace) connessa alla precarietà della stessa norma potenzialmente oggetto dello scrutinio di costituzionalità e la configurazione di un vizio *originario* quanto alla decorrenza, vista la retroazione *ex tunc* delle sentenze della Corte, ma *sopravvenuto* quanto alla sua riconoscibilità.

In questa sede è quindi necessario indagare come il giudice amministrativo dia *seguito* alla dichiarazione di incostituzionalità di una norma "sul" potere o "del" potere. In definitiva ciò che rileva è la *annullabilità*

1977, n. 193, in *Cons. St.*, 1977, 1766 ss.; Cons. St., sez. VI, 5 giugno 1970, n. 496, in *Giur. it.*, 1970, 48 ss.; Id., sez. IV, 29 settembre 1966, n. 630, in *Cons. St.*, 1966, I, 143 ss.

[162] L'Adunanza plenaria n. 8 del 1963 parlava di "vizio riflesso" dell'atto amministrativo. Si parla, invece, di invalidità o illegittimità "sopravvenuta" o "derivata" in Cons. St., sez. IV, 14 settembre 2005, n. 4758, in *Foro amm.-Const. St.*, 2005, 2528; Cons. St., sez. VI, 10 maggio 2006, n. 2575, in *Foro amm.-Cons. St.*, 2006, 1511; Id., sez. IV, 27 ottobre 2005, n. 6043, in *Foro amm.-Cons. St.*, 2005, 2923; Id., sez. IV, 11 febbraio 2004, n. 551, in *Foro amm-Cons. St.*, 2004, 387; Tar Campania, 26 marzo 2003, n. 2970 in *Trib. amm. reg.*, 2003, 2134 ss.; Cons. St., sez. VI, 7 luglio 1995, n. 663, in *Cons. St.*, 1995, I, 1100; Id., sez. VI, 20 novembre 1986, n. 855, in *Foro amm.*, 1986, 2468 ss.; Tar Puglia, 30 settembre 1982, n. 410, in *Foro amm.*, 1983, I, 2455; Tar Lazio, 9 giugno 1980, n. 583, cit., 2308 ss.; Cons. gius. amm., 11 luglio 1962, n. 281, in *Foro it.*, 1962, III, 245 ss. Uno dei primi autori che ha utilizzato tale categoria per il caso in esame è A.M. SANDULLI, *La giustizia costituzionale in Italia*, in *Giur. cost.*, 1961, 844 ss., secondo cui "Per quanto riguarda gli atti non giurisdizionali, e in particolare gli atti amministrativi, il *ius superveniens* inerente alla dichiarazione di illegittimità delle norme, sul presupposto delle quali essi vennero emanati, comporta che gli atti stessi siano da considerare viziati per illegittimità sopravvenuta". Sul punto cfr. anche F. LA VALLE, *La retroazione della pronuncia di costituzionalità*, cit. 888, per quanto questo Autore, come già detto, utilizzi la categoria della illegittimità sopravvenuta limitatamente agli effetti della dichiarazione di incostituzionalità di una norma sul *quomodo* del potere e non sulla genesi del potere (rispetto alla quale utilizza invece la categoria di inesistenza). Sulla nozione di illegittimità sopravvenuta si sofferma anche F. MODUGNO, *Esistenza della legge incostituzionale e autonomia del "potere esecutivo"*, cit., 1755. In una accezione scettica verso questa categoria cfr. R. PEREZ, *I vizi dell'atto amministrativo conseguenti alla pronuncia di incostituzionalità delle leggi*, in *Foro it.*, 1964, III, 364 e gli autori citati in quest'ultimo lavoro.

[163] Deve precisarsi come la retroazione degli effetti della sentenza della Corte non dia vita (necessariamente) ad un *autonomo* vizio di illegittimità derivata dell'atto amministrativo, ad una sorta di quarta tipologia rispetto a quelle classiche (violazione di legge, incompetenza, eccesso di potere). Infatti proprio rispetto al *sopravvenuto* "significato" o alla *sopravvenuta* "caducazione" della norma-parametro o della norma attributiva dovrà essere qualificato (eventualmente) il vizio dell'atto; in questa logica si tratta di capire quale delle tre tipologie di invalidità sopravvenga a seguito della pronuncia della Corte. Cfr. Tar Lazio n. 7641/2014, che parla di effetti "non sempre prevedibili". Ad esempio, una sentenza di illegittimità costituzionale di una norma attributiva del potere può generare un vizio di *incompetenza* dell'atto impugnato -in un giudizio pendente- (cfr. Cass., sez. I, 23 ottobre 1968, n. 3414, in *Gius. civ.*, 1969, I, 909) così come una sentenza di illegittimità costituzionale di una norma sul *quomodo* del potere può generare un vizio per *violazione di* (altra) *legge* (cfr. F. DELFINO, *La dichiarazione di illegittimità costituzionale delle leggi*, Napoli, 1970, 169). Peraltro nulla esclude che la sentenza della Corte incida su una norma eliminando il vizio originario dell'atto amministrativo (cfr. ad esempio Corte cost. n. 11/2016). Sulla autonomia dei vizi dell'atto amministrativo rispetto al regime della legge "incostituzionale" cfr. V. ONIDA, *Pubblica amministrazione*, cit., 192 ss.; ID., *Conseguenze processuali della dichiarazione di ilegittimità costituzionale di una legge attributiva di potestà alla Pubblica amministrazione*, in *Giur. it.*, 1966, I, 1025 ss. Sulla utilizzabilità della categoria della violazione di legge relativamente alla illegittimità sopravvenuta a seguito di una dichiarazione di incostituzionalità cfr. D. MONTINARO, *Gli atti amministrativi applicativi di norme incostituzionali*, in *ww.filodiritto.it*, 7 ss., il quale tra l'altro rileva come, invece, l'eccesso di potere sia un vizio sempre originario (e mai sopravvenuto).

dell'atto amministrativo, quindi la necessità che venga formalmente rimosso attraverso una pronuncia giudiziale (fatta salva la diversa problematica dell'autotutela[164] in caso di maturazione di decadenza) nei termini operativi per l'impugnazione di qualsiasi atto inficiato da un qualsiasi vizio, essendo così negata la logica della rimozione sostanziale[165] o la logica dell'azione di accertamento. Svanisce in tal modo quella distinzione tra gli effetti della incostituzionalità di una norma attributiva, da cui si riteneva di poter desumere la inesistenza dell'atto generato, e quelli di una norma regolatrice, dalla quale si riteneva, invece, di poter desumere il regime di annullabilità[166], così come svanisce qualsiasi scenario di mutamento della giurisdizione.

Da questo quadro sembra di poter desumere come la giurisprudenza amministrativa parlando di "autonomia" del potere esecutivo non abbia voluto legittimare la conservazione di "tutte le proprietà di imperio del provvedimento (stabilità, continuità, unilateralità, ecc.)"[167] ed un potere terribile del Governo e delle amministrazioni. La riconducibilità dell'atto amministrativo, emanato sulla base o in conformità ad una legge incostituzionale, sotto la logica della rimozione formale attraverso l'esercizio del potere di annullamento del giudice si risolve invece nella valorizzazione del "processo amministrativo come *sede naturale di emersione (e anche di eliminazione) degli effetti prodotti dalla legge incostituzionale sotto la forma del provvedimento*"[168]. Non può negarsi allora come la logica della "autonomia" abbia virtuosamente dato vita ad un sistema di reazione costitutiva (perché preordinata all'annullamento) contro atti amministrativi che verrebbe da chiamare, solo con una certa approssimazione, "incostituzionali"[169].

Posta allora la utilizzabilità della categoria della invalidità (derivata) e del regime della annullabilità, sembra riproporsi un problema speculare a quello, analizzato nella fase ascendente, del sollevamento *ex officio* della questione di costituzionalità, dovendo interrogarci su quali siano gli spazi di esercizio del potere di annullamento e se tale potere sia vincolato ad un motivo del ricorso.

---

[164] Sulla problematica cfr. N. PIGNATELLI, *Legalità costituzionale e autotutela amministrativa*, in *Foro it.*, 2008, V, 311 ss.; N. PIGNATELLI, *Le norme "anti-Caselli": l'illegittimità costituzionale, l'atto amministrativo e gli esclusi*, in *Foro it.*, I, 2007, 2653 ss. in relazione al seguito di una nota dichiarazione di incostituzionalità, relative alla normativa in materia di incarichi giudiziari direttivi, e ai rapporti con il potere di autotutela del CSM rispetto alle procedure di conferimento di tali incarichi.

[165] Cfr. Cons. St., sez. IV, 22 marzo 2001, n. 1695, in *Foro amm.*, 2001, 406.

[166] Questa è l'impostazione di F. LA VALLE, *La retroazione della pronuncia di incostituzionalità*, cit., 885.; N. LIPARI, *Orientamenti in tema di effetti delle sentenze*, cit., 2253 ss. *Contra* cfr. A. CERVATI, *Gli effetti della pronuncia di incostituzionalità*, cit., 1219 ss.

[167] M. MAGRI, *La legalità costituzionale dell'Amministrazione*, cit., 119.

[168] ID., *La legalità costituzionale dell'Amministrazione*, cit., 119.

[169] G. LAURICELLA, *L'"incostituzionalità" dell'atto amministrativo*, Milano, 1999.

5.4. I limiti all'annullamento *ex officio* del provvedimento amministrativo (nella giurisprudenza amministrativa successiva alla Ad. Pl. n. 8/1963)

Come anticipato, anche quando in un giudizio amministrativo pendente il dubbio di costituzionalità non sia stato rilevato d'ufficio o sollecitato dalle parti in via d'azione o di eccezione, la dichiarazione di incostituzionalità di una norma, sulla base della quale (quanto alla genesi del potere) o in conformità della quale (quanto al *quomodo* del potere) è stato emanato l'atto impugnato, produce i propri effetti, andando evidentemente oltre "l'ambito processuale in cui è stata invocata ed ottenuta"[170]. Anche in questo caso il giudice amministrativo può esercitare il potere di annullamento dell'atto, avendo il potere, *rectius*, il "potere-dovere di trarre d'ufficio le *conseguenze,* ivi compresa quella dell'annullamento dell'atto"[171] anche "indipendentemente dalla proposizione da parte del ricorrente dell'eccezione di costituzionalità"[172]. In questa logica, quando il fatto sopravvenuto è rappresentato da una sentenza della Corte e quando il fatto antecedente è rappresentato dalla mancata deduzione del vizio derivabile dalla pronuncia di incostituzionalità in seno al ricorso introduttivo, tale omissione originaria non comporta né la preclusione della deduzione né la necessità di deduzione integrativa (dei motivi aggiunti)[173].

Può scorgersi così anche nella fase discendente la irruzione del sindacato di costituzionalità sulla natura del giudizio di impugnazione, in seno al quale viene immesso un potere officioso (e con esso un vizio "nuovo" dell'atto amministrativo) in stridente contrasto con la logica dispositiva; un potere caratterizzato da una legittimazione *oggettiva*, derivante dalla efficacia *erga omnes* delle sentenze di illegittimità costituzionale, in dissonanza con la dimensione *soggettiva* dei vizi-motivo e della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato. Inutile dire che le critiche della dottrina, di cui si è già detto, più sensibile alla conservazione dei tratti originari del giudizio di impugnazione, si sono rivolte a maggior ragione anche verso l'annullamento dell'atto amministrativo a seguito di una dichiarazione di incostituzionalità[174].

---

[170] Cons. St., sez VI, 21 gennaio 1993, n. 62, in *Cons. St.*, 1993, I, 92, conforme allo storico precedente: Cons. St., Ad. pl., 8 aprile 1963, n. 8, cit., 1230. Cfr. anche Tar Lazio, sez. I, 22 ottobre 1997, n. 1591, in *Foro amm.*, 1998, 1859 ss.; Cons. St., sez. VI, 16 settembre 1993, n. 621, in *Cons. St.*, 1993, 345 ss.

[171] Id., sez. V, 6 febbraio 1999, n. 138, *ivi*, 1999, I, 220.

[172] Cons. gius. amm., sez. giurisd., 2 giugno 1994, n. 148, in *Giur. amm. sic.*, 1994, 256 ss. In senso analogo cfr. Tar. Sicilia, 2 giugno 1995, n. 1522, *ivi*, 1995, 455 ss.; Id, 30 settembre 1993, n. 716, in *Trib. amm. reg.*, 1993, 4299; Cons. St., sez. VI, 20 novembre 1986, n. 855, in *Cons. St.*, 1986, I, 1807 ss.; Tar Toscana, 25 luglio 1985, n. 705, in *Trib. amm. reg.*, 1985, I, 3383; Tar Puglia, 30 settembre 1982, n. 410, in *Foro amm.*, 1982, 410 ss.; Cons. St., sez. IV, 20 ottobre 1964, n. 1044, in *Cons. St.*, 1964, 1700 ss.

[173] In tal senso Tar Calabria, 12 febbraio 1996, n. 199, in *Trib. amm. reg.*, 1996, I, 1604 ss; Tar Abruzzo, 2 marzo 1999, n. 281, in *www.giustiza-amministrativa.it*. A tal proposito cfr. l'analisi C. MIGNONE, *I motivi aggiunti*, cit., 115 ss.; G. LEONE, *Incidenza delle decisioni della Corte costituzionale nel processo amministrativo*, in *Cons. St.*, 1980, 974.

[174] Significativo il titolo di un lavoro di F. LA VALLE, che sembrava chiedersi sbalordito: *Annullamento d'ufficio da parte del Consiglio di Stato?*, cit., 201. In senso critico anche A.M. SANDULLI, *Illegittimità delle leggi e rapporti giuridici,* in *Stato sociale,* 1966, 107. V. ONIDA, *Pubblica amministrazione*, cit., 201, parla di una contraddizione tra l'autonomia riconosciuta all'atto amministrativo rispetto alla legge e il potere di annullamento d'ufficio a seguito di una dichiarazione di incostituzionalità delle legge stessa. Sulla problematica cfr. anche V. F. FENUCCI, *Giudicato implicito ed impliciti effetti della dichiarazione di*

Tuttavia la giurisprudenza amministrativa da subito ha escluso che si potesse riconoscere alle norme di rango ordinario che disciplinano il processo amministrativo una "supposta forza di resistenza" alle norme di rango costituzionale sul funzionamento del sindacato in via incidentale[175]; non si può certo affermare che "il sistema del procedimento giurisdizionale costituisca un *blocco*, per così dire, *chiuso ed impermeabile* alle sopravvenute norme incostituzionali"[176]. Si deve anzi ritenere la disciplina del processo amministrativo debba essere sottoposta ad una interpretazione adeguatrice alle dinamiche del controllo di costituzionalità in via incidentale.

In realtà anche in questo caso, come per il sollevamento della questione di costituzionalità, la giurisprudenza amministrativa ha progressivamente definito i *limiti* agli effetti dirompenti del sindacato in via incidentale sulla natura del giudizio di impugnazione, tentando una sorta di bilanciamento tra la natura officiosa del potere di annullamento e la delimitazione del *thema decindendum* derivante dai motivi del ricorso.

Una sorta di sintesi di tali limiti può desumersi da una decisione del Consiglio di giustizia amministrativa[177], nella parte in cui si afferma che le sentenze di illegittimità costituzionale sono produttive di effetti in un processo amministrativo pendente, anche indipendentemente dalla proposizione da parte del ricorrente dell'eccezione di incostituzionalità, quando (a) l'applicazione delle norme dichiarate incostituzionali rientri nelle questioni sottoposte al giudice amministrativo con i motivi del ricorso, quando (b) riguardi il potere sulla base del quale è stato emanato l'atto amministrativo, quando (c) interessi eccezioni rilevabili d'ufficio.

Quanto alla ipotesi c), possiamo rilevare come fosse pacifica anche per la dottrina che ha negato l'esercizio officioso del potere di annullamento[178] (come già visto in relazione al sollevamento *ex officio* della questione di costituzionalità), sul presupposto che la natura di una questione attinente al rito o alla sussistenza di un presupposto processuale rientri nella disponibilità cognitiva del giudice senza nessun rischio per il principio della domanda. Quanto alla ipotesi b) diremo più avanti. Ciò che qui interessa è invece (a) la relazione che intercorre tra il potere di annullamento in un giudizio pendente e i motivi del ricorso. Sembra paradigmatica ed illuminante in tal senso la pronuncia del Tar Campania, sentenza del

illegittimità costituzionale delle leggi sugli atti amministrativi, in *Giur. cost*., 1981, 1990 ss. e più di recente cfr. D.F.G. TREBASTONI, *L'applicazione delle dichirazioni di incostituzionalità nei giudizi amministrativi in corso*, cit., 3052 ss.; F. GALANTI, *L'effetto delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale sugli atti amministrativi impugnati e sui motivi del ricorso*, in *Diritto e Diritti*, n.33, 2004; D. MONTINARO, *Gli atti amministrativi applicativi di norme dichiarate incostituzionali*, cit., 1 ss.

[175] Cons. St., Ad. pl., 8 aprile 1963, n. 8, cit., 1231.

[176] Id., Ad. pl., 8 aprile 1963, n. 8, cit., 1231.

[177] Cons. giust. amm. sic., sez. giurisdiz., 2 giugno 1994, n. 148, in *Giur. amm. sic*., 1994, 256 ss.

[178] Cfr. F. LA VALLE, *La rilevanza nel giudizio amministrativo della incostituzionalità delle leggi*, cit., 78.

Tar Campania 26.3.2003, n. 2970[179], confermata in appello nella solida impostazione teorica da Consiglio di Stato, sez. VI, 25.8.2009 n. 5058[180] (pur con problematico *obiter* di cui si dirà), entrambe già citate in relazione alla fase ascendente.

In tale vicenda, in pendenza del giudizio amministrativo di primo grado era sopravvenuta una sentenza della Corte costituzionale con cui si dichiarava illegittimo l'art. 6 della L. Reg. Campania n. 33 del 1993 recante norme sulla istituzione dei parchi e riserve naturali in quella Regione. In particolar modo si ritenne non soddisfatta la previsione, contenuta in una legge di principio dello Stato, di partecipazione degli Enti locali alla istituzione dell'Ente parco. Si trattava in definitiva di una dichiarazione di costituzionalità di una norma non sulla attribuzione del potere ma sul *quomodo* di esercizio di quello[181]. Proprio tale norma era stata applicata dal Presidente regionale nella emanazione del decreto impugnato dinanzi al giudice amministrativo. Così i ricorrenti, una volta presa conoscenza della sentenza della Corte, hanno depositato una memoria con cui si chiedeva al giudice amministrativo di dare seguito alla pronuncia di incostituzionalità e di annullare l'atto impugnato per illegittimità sopravvenuta.

In particolar modo in tale memoria si affermava, in assonanza alla giurisprudenza amministrativa, la assoluta irrilevanza, al fine dell'annullamento dell'atto, della mancanza di un motivo di ricorso in tal senso, ossia di una specifica eccezione sulla illegittimità costituzionale dell'art. 6 della legge regionale. Il Tar Campania però pur condividendo le premesse del ricorrente è giunto a non condividerne le conclusioni, attraverso una logica argomentativa assolutamente parallela a quella utilizzata dalla giurisprudenza nella definizione dei limiti al sollevamento d'ufficio della questione di costituzionalità. Infatti, dopo aver precisato che nel giudizio impugnatorio l'esame della fondatezza della lesione dell'interesse legittimo del ricorrente avviene attraverso l'esame della legittimità dell'atto, si è affermato che tale giudizio non è condotto in "senso *oggettivo e pieno*" ma "*attraverso e nei limiti dei vizi di legittimità*" dedotti dal ricorrente nei specifici motivi di ricorso, così che per le eventuali illegittimità non rilevate con i mezzi di gravame l'atto è da considerarsi inoppugnabile. Al contrario se il giudice amministrativo, preso atto della sopravvenuta dichiarazione di incostituzionalità di una norma sulla base della quale l'atto è stato emanato, annulla l'atto stesso, anche quando tale norma non sia "decisiva" (quindi rilevante nella prospettiva ascendente) per la decisione, si genera un'indebita dilatazione della giurisdizione amministrativa[182].

[179] Sulla quale cfr. R. GIOVAGNOLI, *I motivi aggiunti*, in R. GIOVAGNOLI, L. IEVA, G. PESCE (a cura di), *Il processo amministrativo di primo grado*, Milano, 2005, 599 ss. Questa pronuncia sembra affinare e approfondire la problematica già affrontata dieci anni prima in Id., sez. IV, 28 luglio 1993, n. 301, in *Trib. amm. reg.*, 1993, I, 3731 ss.

[180] Su questa pronuncia cfr. N. PIGNATELLI, *Gli effetti di illegittimità costituzionale "nei limiti" dei motivi di impugnazione del provvedimento amministrativo: le regole processuali del Consiglio di Stato*, in *Foro it.*, 2010, III, 86 ss.

[181] La norma in questione disciplina infatti il *procedimento* di esercizio di un potere istituitivo di una amministrazione e non è qualificabile come una norma direttamente istitutiva di una amministrazione.

[182] Cfr. anche Cons. St., 16 gennaio 1997, n. 99, in *Foro amm.*, 1997, 186 ss.

In altre parole, sembra corretto affermare che "il giudice non può applicare di ufficio la intervenuta pronuncia di illegittimità costituzionale della norma, in ipotesi in cui, *ex ante*, non avrebbe potuto sollevare, di ufficio o su istanza di parte, la questione di legittimità costituzionale della norma predetta, per difetto di rilevanza"; nel caso di specie, per quanto l'art. 6 della legge regionale fosse una norma certamente applicata dalla Amministrazione nell'emanazione dell'atto impugnato, in realtà non appariva nel ricorso come parametro di legittimità dell'atto, i cui vizi lamentati erano altri. Il Tar Campania così come non avrebbe potuto sollevare questione su tale norma perché irrilevante allo stesso modo ha deciso di non poter dar seguito alla dichiarazione di costituzionalità. Nè *l'interesse generale* (richiamato dai ricorrenti) "che norme dichiarate incostituzionali non trovino più applicazione[183] da parte del giudice" può determinare lo stravolgimento della natura del giudizio amministrativo. Tale interesse legittima l'immissione del potere di annullamento *ex officio* ma questo elemento di novità e di tensione nel processo amministrativo deve rimanere pur sempre ancorato ai motivi del ricorso[184].

In questa logica la valorizzazione della nozione stessa di rilevanza, da cui può desumersi in modo speculare lo spazio per il potere di annullamento nella fase discendente, sembra essere la chiave di volta di queste interazioni e del delicato equilibrio tra retroazione delle sentenze di incostituzionalità e principio dispositivo del giudizio di impugnazione. La pregiudizialità costituzionale, come paradigma dello stesso potere di annullamento d'ufficio, si risolve così in una preclusione processuale a facili ragioni "sostanzialstiche".

In definitiva, il giudice amministrativo può procedere all'annullamento dell'atto fondato su una norma dichiarata incostituzionale soltanto quando "attraverso un motivo del ricorso, il rapporto tra l'atto impugnato e la norma predetta sia portato a sua conoscenza e, quindi, l'esame della norma stessa sia necessario ai fini del decidere"[185].

5.5. Il cedimento dei limiti anche nella fase discendente (nella giurisprudenza amministrativa successiva alla Ad. Pl. n. 8/1963)

La distinzione tra le norme sul *quomodo* di esercizio del potere e quelle sulla *genesi* del potere assume una rilevanza propria anche nella fase discendente. Nella fase ascendente il giudice può sollevare d'ufficio una

[183] Lo stesso Tar Campania, 26 marzo 2003, n. 2970, cit., 2138, afferma lucidamente come nell'affermare da parte del ricorrente che si dovrebbe evitare di continuare a dare applicazione a norme illegittime si annida un "equivoco: non è la norma incostituzionale a trovare ancora applicazione; è invece il rapporto ad essere ormai esaurito (…). L'atto amministrativo, rispetto alla sopravvenuta declaratoria di illegittimità costituzionale della norma, si presenta come fatto temporalmente antecedente".

[184] Sul parallelismo tra rilevanza e retroazione delle pronunce della Corte cfr. V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova, 1984, II, 385; A. PIZZORUSSO, sub *art. 137*, cit., 185; ID., *I sistemi di giustizia costituzionale*: *dai modelli alla prassi*, in *Quad. cost.*, 1982, 526; A. CERRI, *Gli effetti delle decisioni*, cit., 1207.

[185] Tar Campania, 26 marzo 2003, n. 2970, cit., 2134 ss.

questione di costituzionalità su una norma nei limiti dei motivi del ricorso, quindi nei limiti delle norme indicate come parametro di legittimità dell'atto impugnato (indipendentemente dalla deduzione del vizio di incostituzionalità -eventuale- dell'atto amministrativo). Come detto, tali limiti cedono quando la Corte costituzionale dichiari illegittima una norma sulla "genesi" del potere. In questo caso il giudice amministrativo, dinanzi al quale è radicato un giudizio di impugnazione di un atto emanato sulla base di quella norma espulsa dall'ordinamento, può esercitare un potere di annullamento d'ufficio, anche quando il ricorrente abbia assunto come violate tutt'altre norme[186].

È così evidente come l'equilibrio ed i limiti al potere saltino quando il controllo di costituzionalità sottende una maggiore *astrattezza*, connessa alla natura della norma oggetto del giudizio di costituzionalità. In questo caso i giudici amministrativi sono disposti ad accettare una più profonda alterazione del principio della domanda, fino a tollerare un sindacato che non può non essere definito pienamente *oggettivo*.

5.6. Un quadro sulla più recente giurisprudenza amministrativa nella fase *discendente*

Il quadro sopra ricostruito ha trovato delle conferme nella giurisprudenza amministrativa più recente, per quanto non manchino contraddizioni e indirizzi minoritari.

i) In primo luogo giova rilevare come le regole processuali, sopra ricostruite, siano state sintetizzate in modo assai efficace da Consiglio di Stato, sez. IV, 30.11.2010 n. 8363 (pur in un giudizio di ottemperanza), che a nostro avviso contiene un *bilancio* efficace del modello delle interazioni tra giudizio amministrativo e giudizio costituzionale.

In essa si legge efficacemente:

"*Sintetizzando i termini di un complesso dibattito giurisprudenziale, che ha preso le mosse dall'adunanza plenaria 8 aprile 1963, n. 8, il punto di equilibrio raggiunto tra l'interesse generale alla legalità costituzionale e la natura del giudizio amministrativo impugnatorio (innervato dal principio dispositivo e dunque ancorato ai motivi di ricorso), si snoda nei seguenti passaggi logico giuridici (cfr. da ultimo Cass., sez. un., 5 aprile 2007, n. 8521; Cons. St., sez. VI, 25 agosto 2009, n. 5058; sez. VI, 22 agosto 2007, n. 4476; sez. IV, 6 febbraio 2007, n. 1217, cui si rinvia a mente dell'art. 74 c.p.a.):*

a) dalla carenza in astratto del potere esercitato deriva, per pacifica giurisprudenza civile ed amministrativa, la nullità del provvedimento che ne costituisce estrinsecazione (cfr. da ultimo Cons. St., ad. plen., 22 ottobre 2007, n. 12; Cass., sez.

[186] Cfr., ad esempio, Cons. St., sez. VI, 20 novebre 1986, n. 855, in *Foro amm.*, 1986, 2468 ss., secondo cui "la dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma nella quale trova *esclusivo fondamento* il potere esercitato dalla p.a. con il provvedimento impugnato, svolge i suoi effetti *ex tunc* nei giudizi in corso, comportando l'illegittimità del provvedimento stesso, del quale va dichiarato l'annullamento con sentenza del giudice amministrativo". In tal senso cfr. Cons. St., sez. V, 31 gennaio 2007, n. 381, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Id., sez. VI, 10 maggio 2006, n. 2575, in *www.giustizia-amministrativa.it*.; Cons. St., sez. VI, 27 marzo 1990, n. 409, in *Foro amm.*, 1990, 678.

un., 23 gennaio 2006, n. 1207); in tal modo si completa il catalogo delle patologie più radicali per le quali l'ordinamento ha previsto espressamente la massima sanzione della nullità (art. 21 septies, co. 1, l. n. 241 del 1990);

b) le sentenze di incostituzionalità producono effetti retroattivi erga omnes, con il limite dei rapporti esauriti; esse non travolgono, pertanto, le situazioni consolidate, fra le quali è annoverata l'ipotesi della decadenza dall'impugnativa di un provvedimento amministrativo, ovvero della mancata tempestiva proposizione di un motivo di ricorso avente ad oggetto il contenuto precettivo della norma dichiarata incostituzionale;

c) il provvedimento emanato in applicazione di una norma dichiarata incostituzionale dà luogo ad una fattispecie di invalidità "sopravvenuta" o "derivata", che non attribuisce al giudice amministrativo la indiscriminata disponibilità del provvedimento; in questa ricostruzione si coglie la logica di una precarietà dell'atto (medio tempore legittimo ed efficace), connessa alla precarietà della stessa norma potenzialmente oggetto dello scrutinio di costituzionalità e la configurazione di un vizio originario quanto alla decorrenza, vista la retroazione ex tunc delle sentenze del giudice delle leggi, ma sopravvenuto quanto alla sua riconoscibilità;

d) gli effetti della pronuncia di incostituzionalità sul giudizio amministrativo si diversificano a seconda che la norma scrutinata dal giudice delle leggi attribuisca all'amministrazione il potere ovvero ne regoli i modi di esercizio: nel primo caso il giudice può procedere all'annullamento officioso del provvedimento sottoposto ritualmente al suo sindacato (per la più recente giurisprudenza di questo Consiglio, sez. VI, n. 5058 del 2009 cit., resa in sede di giudizio impugnatorio, verrebbe in rilievo una autentica fattispecie di nullità, sul punto il collegio può esimersi dal prendere posizione in relazione a quanto si preciserà subito appresso); nel secondo caso, invece, potrà farlo solo se il ricorrente abbia articolato, nella sostanza, una censura avente ad oggetto il cattivo esercizio della funzione pubblica regolato dalla norma poi eliminata dalla Consulta (e pur se il ricorrente non abbia esplicitato una questione di legittimità costituzionale di una siffatta norma "procedimentale")".

La sentenza del Consiglio di Stato, sez. IV, 30.11.2010 n. 8363, nell'ambito del regime processuale della *annullabilità*, ha quindi riconosciuto rilevanza alla distinzione tra norme *attributive* e norme *regolative* del potere al solo fine di diversificare i *limiti* al potere di annullamento d'ufficio (come già visto sopra), non aderendo alla tesi prospettata in un *obiter* dalla sentenza del Consiglio di Stato, sez. VI, sez. VI, 25.8.2009 n. 5058, che aveva, invece, affermato il regime della *nullità* per i (soli) provvedimenti adottati sulla base di *norme attributive* del potere dichiarate incostituzionali.

Nel medesimo senso successivamente si è espresso anche Cons. St., sez. V, 19.4.2013 n. 2215, in cui si ribadisce chiaramente che il difetto assoluto di attribuzione *ex* art. 21 *septies* l. n. 241/1990 è "*ravvisabile unicamente nel caso di mancanza di norme fondante il potere amministrativo, laddove la relativa contrarietà a Costituzione costituisce pacificamente una causa di invalidità suscettibile di condurre ad una pronuncia costitutiva di annullamento ex art. 136 Cost.*".

ii) Tuttavia la sentenza del Consiglio di Stato, sez. VI, sez. VI, 25.8.2009 n. 5058, che ha riproposto una soluzione antica (già sconfessata, anche sotto il profilo teorico, dalla Ad. Pl. n. 8/1963), non è rimasta isolata.

La tesi della nullità è stata, infatti, riproposta dalla sentenza del Consiglio di Stato, sez. IV, 3.3.2014 n. 993, in relazione ai provvedimenti acquisitivi postumi adottati sulla base di una norma *attributiva* (l'art. 43 DPR n. 380/2001) dichiarata incostituzionale (Corte cost. n. 293/2010); tale sentenza, infatti, ha evocato nuovamente la categoria della nullità per difetto assoluto di attribuzione.

Da tale qualificazione sono desumibili due corollari: i) l'esperibilità dell'azione di accertamento entro il termine lungo di 180 giorni *ex* art. 31, 4° comma, c.p.a.; ii) in ogni caso la rilevabilità d'ufficio di tale vizio senza preclusioni:

"*Ad essere dichiarata incostituzionale infatti non è stata una qualunque norma al quale l'attività amministrativa avrebbe dovuto prestare ossequio, ma la stessa disposizione di legge che fonda ed attribuisce il potere. In assenza dell'art. 43 l'amministrazione non avrebbe mai potuto acquisire coattivamente la proprietà dell'immobile, ed un eventuale provvedimento della specie considerata, sarebbe stato emesso in situazione di totale carenza di potere. Ammessa dunque la rilevanza nel giudizio, della pronuncia di incostituzionalità, il vizio che ne scaturisce è quello previsto dall'art. 21 nonies della legge 241/90, ossia il difetto assoluto di attribuzione, come tale presidiato dalla sanzione della nullità.*

2.7. Com'è noto la nullità inficia radicalmente l'atto, e per questo, accanto ad un azione di accertamento sottoposta a regime decadenziale dilatato, il codice del processo ha previsto che la nullità dell'atto possa "sempre essere rilevata d'ufficio dal giudice". La previsione normativa non può avere altro significato che l'attribuzione al giudice, analogamente a quanto previsto per le nullità civilistiche, di un potere di rilievo ufficioso a presidio di un interesse generale all'eliminazione dall'ordinamento di fattispecie pubblicistiche radicalmente in contrasto con lo stesso. E nel giudizio amministrativo di legittimità, a differenza che in quello civile, il potere di rilievo è utilmente esercitabile nell'interesse (anche del ricorrente), proprio, se non esclusivamente, nelle ipotesi di sopravvenienza del vizio, atteso che, in via generale, il carattere meramente giuridico della modificazione autoritativa della posizione giuridica del privato, il termine di decadenza, e l'identità di effetti della declaratoria di nullità rispetto alla sentenza di annullamento, finiscono per svuotare di contenuto la previsione, rendendo di fatto impraticabile il potere ufficioso di rilievo della nullità.

Ben poteva, dunque, il giudice di primo grado considerare - come ha fatto - la memoria prodotta dal ricorrente, quale mera sollecitazione all'esercizio di un potere ufficioso legittimamente esercitabile.

In conclusione, la statuizione caducatoria del provvedimento di cui all'art. 43 pronunciata dal primo giudice è giustificata dalla sopravvenuta declaratoria di incostituzionalità della norma citata, e non impedita dalla mancata notificazione della memoria che ne ha argomentato la rilevanza (sul punto, re melius perpensa, devono intendersi evidentemente superate le statuizioni cautelari nella parte in cui profilavano possibili conclusioni di segno opposto)".

c) In realtà tale indirizzo, nel senso della *nullità*, sembra aver avuto un seguito quasi esclusivamente nella materia dell'acquisizione sanante (Tar Sicilia, sez. II, 14.3.2019 n. 535; Tar Veneto n. 890/2019; Tar Calabria, sez. I, 22.3.2019 n. 625; Tar Campania, sez. V, 14.3.2018 n. 1625; Tar Calabria, 25.2.2017 n. 143; Tar Lazio, I, 20.1.2016 n. 17; Tar Campania, sez. V,10.3.2016 n. 1366; Tar Piemonte, sez. I, 13.5.2016 n. 663).

d) Peraltro la stessa sentenza del Consiglio di Stato, sez. IV, 3.3.2014 n. 993 era stata contraddetta, in modo solido, pochi mesi dopo da Consiglio di Stato, sez. VI, 11.9.2014, che ha ribadito il regime dell'*annullabilità* anche nelle ipotesi in cui sia dichiarata incostituzionale una norma *attributiva* del potere: "*si tratta di stabilire se sia possibile dichiarare l'illegittimità di un atto amministrativo a seguito della dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma posta a base del potere esercitato nel caso in cui la questione di costituzionalità non sia stata posta nel giudizio di primo grado ma solo nel giudizio di appello. Sul piano sostanziale, l'atto amministrativo adottato sulla base di una legge dichiarata incostituzionale è annullabile. La legge in contrasto con la Costituzione è, infatti, una legge invalida ancorché efficace sino alla pubblicazione della sentenza della Corte costituzionale che la dichiara illegittima. Tale sentenza, producendo effetti retroattivi incidenti sui rapporti pendenti, comporta che il provvedimento amministrativo viene privato, anch'esso con effetti retroattivi, della sua base legale. La conseguenza sarà sempre l'annullabilità e non la nullità dell'atto anche nel caso in cui la norma dichiarata costituzionalmente illegittima sia l'unica attributiva del potere.*

Sul piano processuale, deve essere coordinato il principio della rilevabilità d'ufficio della questione di costituzionalità con il principio della domanda che caratterizza il processo amministrativo. La questione può essere rilevata d'ufficio purché la parte abbia introdotto nel processo i fatti principali su cui il giudice deve pronunciarsi. In particolare, è necessario che il ricorrente abbia impugnato il provvedimento amministrativo facendo valere, mediante la formulazione di censure, la sua illegittimità per contrasto con la norma, senza che sia necessario avere anche indicato, tra i motivi, l'illegittimità costituzionale della norma (in questo senso Cons. Stato, Sez. IV, 18 giugno 2009, n. 4002).

Quando sussistono questi presupposti non è necessario che nel giudizio di appello venga fatto valere il vizio sopravvenuto dell'atto impugnato in primo grado mediante la proposizione di motivi aggiunti (Cons. Stato, Sez. IV, 25 giugno 2013, n. 3449)".

e) Anche in materia di acquisizione sanante di recente il Consiglio di Stato, sez. IV, con la sentenza 1.7.2020 n. 4221 ha contraddetto la opzione processuale della nullità, ribadendo la regola della *annullabilità* in relazione alla dichiarazione di illegittimità costituzionale di una norme *attributiva* (in tal senso già Tar Toscana, sez. I, 25.9.2013 n. 1291); in senso analogo, ossia qualificando il vizio come una illegittimità sopravvenuta riconducibile al regime della annullabilità, si è pronunciata la giurisprudenza amministrativa anche in altre materie, come in materia edilizia (Tar Umbria, sez. I, 10.1.2019), di edilizia di culto (Tar Lombardia, sez. II, 10.8.2020 n. 1558), in materia sanitaria (Tar Sicilia, sez. II, 30.7.2019 n. 1982; 24.4.2019

n. 1132), in materia di servizi energetici (Cons. St., sez. VI, 19.2.2018 n. 1064) e in modo copioso in materia di revoca della patente di guida (a seguito della dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 120 Cod. strada, ossia della norma attributiva del potere di revoca: Tar Marche, sez. I, 23.10.2018 n. 692; Tar Campania, sez. V, 27.4.2020 n. 1492; sez. V, 7.6.2019 n. 3112; sez. V, 21.3.2019 n. 1584; sez. V, 9.11.2018 n. 6537; sez. V, 2.10.2018 n. 5750; sez. V, 19.7.2018 n. 4844).

f) Una recente pronuncia che può ritenersi un punto di approdo per questo lungo travaglio giurisprudenziale è certamente la sentenza del Tar Lazio, sez. II Quater, 9.3.2020 n. 3055, che ha annullato il decreto di indizione di nuove elezioni del CPGA, in luogo della surroga per scorrimento, e il provvedimento di diniego di scorrimento, a seguito della dichiarazione di illegittimità costituzionale (Corte cost. n. 10/2018) della norma che prevedeva espressamente il meccanismo della indizione delle nuove elezioni a seguito di dimissioni o cessazione di uno dei membri del CPGA. Si precisa peraltro che tale questione è stata sollevata (non dal Tar Lazio ma) dal Consiglio di Stato in sede cautelare, a seguito della riforma della ordinanza di rigetto dello stesso Tar Lazio.

Di seguito i passaggi motivazionali più rilevanti, che ribadiscono tutta l'attualità proprio delle regole elaborate dalla Ad. Pl. n. 8/1963:

"*La controversia in esame solleva diverse spinose questioni: quella del "seguito amministrativo" delle pronunce di illegittimità costituzionale, cioè il problema della sorte dei provvedimenti divenuti "illegittimi" per effetto della sentenza che dichiara incostituzionale la norma con gli stessi applicata, ed il connesso problema dei limiti alla retroattività degli effetti di tale sentenza; (…) La questione delle conseguenze della sentenza dichiarativa dell'illegittimità costituzionale di una norma sull'atto amministrativo che ne ha fatto applicazione è stato risolto dal Consiglio di Stato con la pronuncia dell'Adunanza Plenaria del 8 aprile 1963, n. 8 - che costituisce ancor oggi il punto di riferimento della giurisprudenza e della dottrina – (…)*

Tale pronuncia costituisce un punto di riferimento per tutta la giurisprudenza successiva, anche per quanto riguarda il superamento della distinzione -che invece il ricorrente vorrebbe riattualizzare, come si vedrà in seguito, in sede di esame della domanda risarcitoria- tra norme attributive di potere (che determinano la nullità dell'atto amministrativo "per vizio della causa") e quelle che regolano solo le modalità di esercizio di un potere (che determinano solo l'illegittimità dell'atto), osservando che non esiste nel nostro ordinamento alcuna norma che consenta di ignorare che la legge è stata efficace.

La problematica è stata così reimpostata sulla base della differenziazione del rapporto tra esistenza dell'atto ed efficacia della norma, da un lato, e tra esistenza dell'atto e validità della norma su cui l'atto è fondato, dall'altro, evidenziando che si tratta di binomi che operano su piani distinti (in quanto la validità attiene alla conformità dell'atto all'ordinamento giuridico, con conseguente suscettibilità ad essere rimosso, se viziato, mentre la efficacia attiene alla possibilità di operare, di incidere su situazioni soggettive). Per cui, come l'invalidità non impedisce l'operatività, l'efficacia dell'atto, ugualmente si deve ritenere che la pronuncia di illegittimità costituzionale della norma non comporti il venir meno dell'efficacia dell'atto,

poiché non esiste tra legge ed atto amministrativo un rapporto di stretta conseguenzialità, per cui la caducazione della norma non vale automaticamente a travolgere l'atto; piuttosto ne rende obbligatoria la sua rimozione (salvo che abbia esaurito i suoi effetti).

In tale prospettiva secondo la dottrina della invalidità "successiva" o "sopravvenuta", siccome l'atto amministrativo, nel momento in cui è stato emanato era pienamente legittimo, efficace e soprattutto proveniente dall'amministrazione nel pieno dei suoi poteri conferiti dalla legge stessa al fine di perseguire l'interesse pubblico affidato alle sue cure, ne deriva che il regime del provvedimento invalido rimane quello ordinario, caratterizzato dalla provvisoria efficacia e dall'annullabilità. In altri termini, non è possibile ritenere tale atto inesistente o automaticamente caducato a seguito della sentenza della Corte. Esso può essere solo considerato viziato per "illegittimità successiva o derivata" e, per essere eliminato dal mondo giudico, è necessaria una formale rimozione (annullamento), non essendo questo un mero "effetto conseguenziale" alla dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma in base alla quale è stato emanato o di cui il provvedimento ha fatto applicazione. Tale orientamento è stato costantemente seguito dalla giurisprudenza e può ritenersi ormai consolidato (vedi, tante, Cons. Stato, sez. IV, n. 2102/2010; n. 4002/2009; n. 3458/2006; TAR Sicilia, sez. III, n. 1499/2013; TAR Piemonte, n. 21/2011; TAR Calabria, sez. I 1721/2007).

Al Collegio non resta che fare applicazione di tali principi nel caso in esame e, pertanto, riconoscere che l'atto di diniego di surroga impugnato con il ricorso introduttivo è divenuto illegittimo "a seguito e per effetto della sentenza della Corte Costituzionale n. 10/2018" - che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della norma di cui esso costituisce applicazione - , e, conseguentemente disporne l'annullamento, al fine di determinarne la definitiva eliminazione dal mondo giuridico. Da ciò consegue, altresì, in virtù del rapporto di stretta conseguenzialità tra l'atto di diniego predetto e quelli successivamente adottati, con cui è stata disposta l'indizione delle elezioni e la nomina del controinteressato, la caducazione di questi ultimi, in accoglimento dei primi e dei secondi motivi aggiunti con cui essi sono stati impugnati".

g) in una logica conforme al suddetto punto di approdo si veda anche Tar Campania, sez. V, 17.7.2020 n. 3185, che ribadisce come il potere di annullamento d'ufficio del giudice amministrativo, a seguito di una sentenza di illegittimità costituzionale, non possa essere esercitato quando la norma (sul *quomodo* del potere) dichiarata incostituzionale non sia stata richiamata dal ricorrente nei motivi di ricorso; Tar Veneto, sez. I, 18.2.2019 n. 210, Tar Sicilia, sez. II, 30.7.2019 n. 1982, che affermano come il potere di annullamento d'ufficio del giudice amministrativo, a seguito di una sentenza di illegittimità costituzionale, non possa essere esercitato se i provvedimenti (adottati sulla base della disposizione dichiarata incostituzionale) non siano stati tempestivamente o ritualmente impugnati. Cfr. più in generale Tar Veneto, sez. I, 3.12.2018 n. 1103; Tar Puglia, Lecce, sez. I, 9.2.2018 n. 203; Tar Puglia, Bari, sez. I, 5.1.2011 n. 4; Cons. St, sez. IV, 13.4.2016 n. 1458.

h) in modo del tutto minoritario, e dissonante rispetto al quadro sopra ricostruito, sono rilevabili alcune pronunce che sembrano pretendere la proposizione di *motivi aggiunti* a seguito della sentenza di illegittimità

costituzionale avente ad oggetto una norma sulla base della quale è stato adottato il provvedimento impugnato (CGARS 26.9.2019 n. 836; Tar Campania, sez. I, 8.6.2016); in realtà, giova ribadirlo, la giurisprudenza maggioritaria, non assimilando tale *questione* (rilevabile anche d'ufficio, pur entro certi limiti) a un *motivo*, ritiene che il ricorrente possa introdurre la questione anche con *memoria non notificata* o *oralmente in udienza*, quindi sollecitando il potere (in realtà) officioso del giudice.

i) Sul tema del rapporto tra illegittimità costituzionale e riedizione del potere si segnala Tar Lazio, sez. II, 17.7.2014 n. 7641;

l) Su una suggestiva questione sollevata (non in un giudizio di annullamento ma) in sede di accertamento del silenzio-inadempimento, in materia di SCIA, si veda Corte costituzionale n. 45/2019 (su questione sollevata da Tar Toscana, sez. III, ord. 11.5.2017 n. 667, in *Urb. app.*, 2017, 528 con note di Dipas e Viola).

m) La giurisprudenza amministrativa più di recente si è occupata della complessa problematica del rapporto tra legalità costituzionale e autotutela amministrativa[187] (Tar Marche, sez. I, 5.1.2018 nn. 3 e 4; Tar Calabria, sez. II, 12.12.2016 n. 2404; TRGA di Bolzano, 1.7.2019 n. 157), ribadendo la natura *discrezionale* del potere di autotutela anche in relazione a provvedimenti amministrativi adottati sulla base di norme successivamente dichiarate incostituzionali e quindi negando la configurabilità di un *obbligo* di annullamento e in alcuni casi finanche di provvedere in modo espresso (foss'anche in senso confermativo o meramente confermativo) innanzi ad una istanza del privato; qualche spunto in senso diverso, nella sensibile materia della edilizia di culto, si scorge in Tar Lombardia, sez. II, 10.8.2020 n. 1557, che sembra affermare una doverosità per un Comune di riesaminare, a seguito della sentenza di illegittimità costituzionale, la istanza del privato volta alla individuazione di un luogo di culto.

6. Una notazione finale

In sintesi può dirsi come le "interazioni" tra i due giudizi non si risolvano nel tema classico dell'innesto dei principi e delle regole del processo comune nel processo costituzionale[188], ma, da una parte, in una impressione di *specialità* del *processo amministrativo sul processo costituzionale*, una incidenza del principio della domanda sul funzionamento del controllo di costituzionalità in via incidentale, attraverso una continua tensione tra dimensione *soggettiva* dei motivi di impugnazione, come ricostruibile alla luce della peculiare configurazione del principio della domanda nel processo amministrativo impugnatorio, e dimensione *oggettiva* dell'interesse alla legalità, e, dall'altra, all'inverso, in una incidenza del *processo costituzionale sul processo*

[187] cfr. N. PIGNATELLI, *Legalità costituzionale e autotutela amministrativa*, in *Foro it.*, 2008, V, 311 ss.

[188] Tema oggetto di un Convegno del "Gruppo di Pisa" a Siena nel 2007. Cfr. E. Bindi, M. Perini, A. Pisaneschi (a cura di), *I principi generali del processo comune e i loro adattamenti alle esperienze di giustizia costituzionale*, Torino, 2008.

amministrativo, per il quale il sollevamento della questione (nella fase ascendete) e gli effetti della illegittimità costituzionale (nella fase discendente) generano una problematica *vis espansiva*.

ISSN 1826-3534

federalismi.it
RIVISTA DI DIRITTO PUBBLICO ITALIANO, COMPARATO, EUROPEO

24 FEBBRAIO 2021

Il giudice e la "doppia pregiudizialità": istruzioni per l'uso

di Antonio Ruggeri
Professore emerito di Diritto costituzionale
Università degli Studi di Messina

Il giudice e la "doppia pregiudizialità": istruzioni per l'uso*

di Antonio Ruggeri
Professore emerito di Diritto costituzionale
Università degli Studi di Messina

Abstract [It]: Il contributo presenta un'analisi di diverse questioni problematiche relative al rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione europea. In particolare in riferimento al tema della c.d. "doppia pregiudizialità" e, specificamente, all'ordine temporale di presentazione della questione pregiudiziale e della questione di legittimità costituzionale.

Abstract [En]: The article presents an analysis of several problematic issues relating to the reference for the preliminary ruling to the Court of Justice of the European Union. in particular, moving by the issue of the so-called "double preliminary ruling" and, specifically, on the temporal order of presentation of the question for a preliminary ruling to the CJEU and the question of constitutional legitimacy.

Parole chiave: Keywords: pregiudiziale, doppia pregiudiziale, Corte di Giustizia dell'Unione europea, Corte costituzionale, priorità, ordinamento eurounitario
Keywords: preliminary ruling, double reference, Court of Justice of the European Union, Constitutional Court, priority, European Union legal system

Sommario: 1. Le ragioni di una scelta e della opportunità di muovere dal punto di approdo della evoluzione ad oggi maturata dalla giurisprudenza costituzionale, ancorché per varie ragioni non persuasivo, verificando quale via convenga battere con precedenza ovvero in alternativa rispetto all'altra. **2.** Il giudice certo dell'antinomia e l'obbligo d'immediata applicazione della norma eurounitaria. **3.** Il giudice-Amleto: la naturale priorità da accordare, in caso di dubbio a riguardo della esistenza dell'antinomia, alla pregiudizialità eurounitaria rispetto alla costituzionale. **4.** Una succinta notazione finale.

1. Le ragioni di una scelta e della opportunità di muovere dal punto di approdo della evoluzione ad oggi maturata dalla giurisprudenza costituzionale, ancorché per varie ragioni non persuasivo, verificando quale via convenga battere con precedenza ovvero in alternativa rispetto all'altra

Desidero fare subito una confessione ad alta voce, prima di rappresentare le brevi notazioni che seguono su una questione spinosa e fatta oggetto di un'autentica e ad oggi ininterrotta alluvione di scritti di vario segno; ed è che mi ero ripromesso già da tempo di non tornare più a trattare di essa, dopo averne più volte trattato in altri luoghi. E, invero, quando un tema di ricerca mi coinvolge in particolare misura, sì da indurmi a riguardarlo in più tempi e da diversi angoli visuali e magari di tornare a ripensare su taluni esiti teorico-ricostruttivi dapprima raggiunti, avverto poi il bisogno di distaccarmi da esso definitivamente o, comunque, almeno per alcuni anni. Credo che questa sensazione, con specifico riferimento alla "doppia

* Articolo sottoposto a referaggio.

pregiudizialità", sia avvertita e condivisa anche da altri studiosi. Non a caso, d'altronde, ancora di recente, nel corso di un seminario *on line*, svoltosi il 22 gennaio scorso, al quale hanno partecipato illustri studiosi ed operatori[1], più d'uno si è dichiarato di non entusiasmarsi più al tema, sotto lo specifico aspetto, qui nuovamente esplorato, dell'ordine temporale di presentazione delle due questioni pregiudiziali; e nessuno, forse, più di me, può capirli…

Perché, allora, tornare ancora una volta a dirne? La ragione è semplice e l'ha esplicitata, con la sua consueta cristallina chiarezza ed incisività, un insigne studioso che ha rivestito altresì l'ufficio di Vicepresidente della Corte di giustizia, A. Tizzano, a conclusione di un altro seminario[2], avvertendo dei rischi per la uniforme applicazione della Carta di Nizza-Strasburgo (e – può aggiungersi, specie dopo Corte cost. n. 20 del 2019 – anche per norme sovranazionali ad essa *quodammodo* "connesse"[3]), conseguenti alla precedenza accordata al giudizio di costituzionalità rispetto all'interpello della Corte dell'Unione[4]. L'illustre studioso ha, poi, ulteriormente rincarato la dose, specificando che il *vulnus* che potrebbe patirne il principio del primato del diritto eurounitario comporterebbe fatalmente – piaccia o no – la retrocessione dell'Unione da ordinamento sovranazionale ad una organizzazione internazionale al pari di molte altre in circolazione. Per la mia parte, aggiungo, poi, che potrebbe aversene una grave *deminutio capitis* per i diritti fondamentali, quali riconosciuti in ambito europeo, e, *per ciò stesso*, come si dirà a momenti, per la Costituzione e l'identità costituzionale dello Stato.

Ecco, questa è la posta in palio; e non possiamo (e dobbiamo) nascondercelo, quasi che la questione qui nuovamente (e sia pure *per essentialia*) riconsiderata sia da omologare a tante altre di mera natura

[1] … e svoltosi per iniziativa dell'Università di Napoli sul tema *Il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia: attualità e prospettive*, in occasione della presentazione del libro curato da F. Ferraro e C. Iannone su *Il rinvio pregiudiziale*, Giappichelli, Torino 2020.

[2] … su *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nel sistema integrato di tutela*, tenutosi a Milano l'11 dicembre 2020.

[3] Non insisto qui sulla strutturale ambiguità di siffatta qualifica d'invenzione giurisprudenziale, della quale si attende ancora oggi la opportuna chiarificazione concettuale. Tornano a soffermarsi ora sul punto, tra gli altri, B. GUASTAFERRO, *Il cammino* euro-unitario *della Corte costituzionale nel seguito giurisprudenziale della sentenza n. 269 del 2017*, in AA.VV., Granital revisited*? L'integrazione europea attraverso il diritto giurisprudenziale*, a cura di C. Caruso - F. Medico - A. Morrone, in *Ann. dir. cost.*, Bononia University Press, Bologna 2020, 92 ss., e, pure *ivi*, S. LEONE, *In che direzione va la nuova giurisprudenza costituzionale sui casi di violazione di diritto fondamentale a* doppia tutela*?*, 118 ss., e A. MORRONE, *Divisione o fusione degli orizzonti di senso?*, 219, che prospetta l'ipotesi di un ulteriore – e, a mio avviso, preoccupante – allargamento del campo in cui potrebbe spiegarsi il meccanismo del sindacato accentrato. Un'ipotesi, questa, che, specie dopo Corte cost. nn. 11, 44 e 182 del 2020, parrebbe ricevere credito [cfr., al riguardo, le letture che ne danno C. PADULA, *Uno sviluppo nella saga della "doppia pregiudiziale"? Requisiti di residenza prolungata, edilizia residenziale pubblica e possibilità di disapplicazione della legge*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 1/2020, 30 marzo 2020, spec. 177 ss., e C. MASCIOTTA, *La doppia pregiudizialità nella più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Oss. fonti* (www.osservatoriosullefonti.it), 3/2020, spec. 1284 ss.].

[4] Molto severo anche il giudizio di D. GALLO, *La disapplicazione è sempre figlia dell'effetto diretto, non del (solo) primato:* Poplawski, in AA.VV., Granital revisited*? L'integrazione europea attraverso il diritto giurisprudenziale*, cit., 81, che, riferendosi alla linea giurisprudenziale tracciata dalla Consulta tanto con la 269 quanto in occasione della vicenda *Taricco*, discorre di "uno snaturamento e un'erosione dei due principi costituzionali del diritto UE deputati a governare i rapporti tra ordinamento europeo e ordinamenti nazionali: primato ed effetto diretto". Non dissimile l'avviso manifestato da V. PICCONE, *Primato e pregiudizialità: il ruolo dell'interpretazione conforme*, in AA.VV., *Il rinvio pregiudiziale*, cit., 325 ss., spec. 328.

processuale, rilevanti sì – certo – ma non a tal punto da far rimettere in discussione una conquista faticosamente raggiunta qual è appunto quella avutasi con la istituzione delle Comunità europee prima e, quindi, dell'Unione. Una conquista che, laddove dovesse invece regredire o – peggio – andare smarrita non soltanto, come invece erroneamente si pensa da alcuni nazionalisti ad oltranza, non restituirebbe agli Stati sovrani il loro antico splendore ma, tutt'all'inverso, comporterebbe un pregiudizio irreparabile per la loro stessa identità che non può ormai più fare a meno dell'apporto offertale dall'Unione per il suo mantenimento e l'integra trasmissione nel tempo[5]: un sostegno, dunque, senza il quale non potrebbero trovare appagamento taluni bisogni elementari della persona e dell'intera collettività, così come, per vero, dal suo canto, la stessa Unione non può fare a meno dell'appoggio degli Stati, al di là poi del fatto, astrattamente da mettere in conto, che possa assistersi al recesso di uno di essi, specie se di peso, com'è stato con l'uscita della Gran Bretagna. Insomma, come si è detto in altra occasione[6], *simul stabunt vel simul cadent*.

Muovo, dunque, in questa mia riflessione dal punto di approdo della evoluzione (a parer mio e di altri, ancora in corso[7]) della giurisprudenza costituzionale[8], a seguito delle "precisazioni" fatte alla 269 del 2017 nel corso del 2019 (in ispecie, con la già richiamata decisione n. 20 e, quindi, con la 63 e la 117), vale a dire dal superamento della necessaria precedenza da accordare alla pregiudizialità costituzionale – così come così come, a detta di un consistente numero di commentatori, avrebbe stabilito la 269[9] – e, dunque, dal riconoscimento operato a beneficio del giudice comune della scelta circa l'ordine temporale di presentazione delle due questioni pregiudiziali[10], non tacendosi nondimeno da parte della Consulta la

[5] Su quest'autentico *punctum crucis* della teoria costituzionale ho insistito a più riprese [ad es., nel mio *Dopo* Taricco*: identità costituzionale e primato della Costituzione o della Corte costituzionale?*, in *Oss. fonti* (www.osservatoriosullefonti.it), 3/2018, 31 dicembre 2018].

[6] Ragguagli sul punto possono, volendo, aversi dal mio *Stato di diritto sovranazionale e Stato di diritto interno:* simul stabunt vel simul cadent, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies* (www.fsjeurostudies.eu), 3/2020, 15 novembre 2020, 10 ss.

[7] Varie notazioni al riguardo, di recente, nei contributi che sono in AA.VV., Granital revisited*? L'integrazione europea attraverso il diritto giurisprudenziale*, cit.

[8] Da una prospettiva di ampio respiro, elenca uno ad uno, con molta accuratezza, i "segni della nuova stagione" in cui s'inscrive l'indirizzo inaugurato dalla 269 M. MASSA, *Dopo la "precisazione". Sviluppi di Corte cost. n. 269/2017*, in *Oss. fonti* (www.osservatoriosullefonti.it), 2/2019, 10 s.

[9] Una lettura, questa, da cui, già in sede di prima annotazione alla decisione *de qua* e quindi in altri luoghi (tra i quali, *Corte costituzionale, Corti europee, giudici comuni: le aporie di una costruzione giurisprudenziale* in progress *e a geometria variabile*, in Liber amicorum *per Pasquale Costanzo. Diritto costituzionale in trasformazione*, III, *Nuovi scenari per la giustizia costituzionale nazionale e sovranazionale*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 321 ss., spec. 335), ho preso le distanze, non rinvenendosi in essa alcuna esplicita indicazione in tal senso. Tesi nella quale mostra ora di riconoscersi una sensibile studiosa, a cui avviso la 269 si sarebbe semplicemente limitata a rimuovere il vincolo dapprima fatto al giudice di accordare la precedenza alla pregiudizialità comunitaria [C. MASCIOTTA, *La doppia pregiudizialità nella più recente giurisprudenza costituzionale*, cit., spec. 1269 ss.; ripropongono, invece, l'opinione patrocinata dalla dottrina maggioritaria, di recente, G. TESAURO - P. DE PASQUALE, *La doppia pregiudizialità*, in AA.VV., *Il rinvio pregiudiziale*, cit., 294 ss.].

[10] Una sensibile dottrina (C. CARUSO, Granital Reloaded. *La "precisazione" nella integrazione attraverso i conflitti*, in AA.VV., Granital revisited*? L'integrazione europea attraverso il diritto giurisprudenziale*, cit., 39 ss.) ha al riguardo affacciato l'idea di

propria preferenza per essere interpellata per prima[11]. Una conclusione, questa, che, sotto più aspetti, non mi persuade, a partire da quello per cui, in conseguenza della libera ed insindacabile determinazione del singolo operatore di giustizia, potrebbe ben darsi il caso che la medesima questione in senso oggettivo (in relazione ai termini normativi in gioco) sia quindi definita a mezzo di tecniche decisorie diverse. In particolare, nell'un caso (qualora dovesse accordarsi la precedenza all'interpello del giudice dell'Unione) potrebbe assistersi alla messa in atto della tecnica della "non applicazione" della norma interna accompagnata dalla contestuale applicazione di quella sovranazionale (se con questa incompatibile), mentre nell'altro (di precedenza della questione di costituzionalità) è da mettere in conto l'eventuale annullamento della prima norma (una volta che dovesse essere giudicata incompatibile con la norma sovranazionale e sempre che il giudice costituzionale passi a far luogo a siffatto accertamento[12]). Insomma, come dire che, in presenza di una questione doppiamente pregiudiziale, si tireranno i dadi e si vedrà quale strada imboccare al posto dell'altra o, comunque, in precedenza rispetto ad essa.

Non vale, al riguardo, obiettare – come talora si è fatto – che si utilizzano già, per sistema, tecniche decisorie diverse in relazione alle antinomie tra norme interne e norme sovranazionali, a seconda che siano rilevate, rispettivamente, col procedimento in via d'eccezione ovvero con quello in via d'azione. Il rilievo, infatti, non è pertinente, per la elementare ragione che, in sede di controversia Stato-Regioni, non v'è altro modo, in forza del "diritto vivente" ormai consolidatosi[13], per risolvere l'antinomia, diversamente

distinguere tra la condizione dei giudici di ultima istanza e quella dei giudici le cui decisioni siano impugnabili: i primi sarebbero liberi (ma – chiarisce l'A. – si tratta di mera apparenza) di determinarsi come credono, diversamente dai secondi che sarebbero tenuti ad accordare la precedenza alla pregiudizialità costituzionale. In disparte la conclusione, qui – come si vedrà – rimessa in discussione, è da aggiungere che di siffatta diversità di trattamento non v'è, in realtà, traccia alcuna nelle pronunzie della Consulta evocate nel testo.

[11] Rilievo corrente: *ex plurimis*, G. VITALE, *I recenti approdi della Consulta sui rapporti tra Carte e Corti. Brevi considerazioni sulle sentenze nn. 20 e 63 del 2019 della Corte costituzionale*, in *Federalismi* (www.federalismi.it), 10/2019, 22 maggio 2019; nella stessa *Rivista*, S. CATALANO, *Doppia pregiudizialità: una svolta 'opportuna' della Corte costituzionale*, e N. LUPO, *Con quattro pronunce dei primi mesi del 2019 la Corte costituzionale completa il suo rientro nel sistema "a rete" di tutela dei diritti in Europa*, 13/2019, 10 luglio 2019, part. § 6; A.M. NICO, *La costruttiva e leale cooperazione fra i diversi sistemi di garanzia al banco di prova dei controlimiti*, in *Dir. fond.* (www.dirittifondamentali.it), 2/2019, 16 luglio 2019; C. AMALFITANO, *Il dialogo tra giudice comune, Corte di giustizia e Corte costituzionale dopo l'*obiter dictum *della sentenza n. 269/2017*, in *Oss. fonti* (www.osservatoriosullefonti.it), 2/2019, 25 ss.; M. MASSA, *Dopo la «precisazione». Sviluppi di Corte cost. n. 269/2017*, cit.; G. REPETTO, *Il significato europeo della più recente giurisprudenza della Corte costituzionale sulla "doppia pregiudizialità" in materia di diritti fondamentali*, in *Riv. AIC* (www.rivistaaic.it), 4/2019, 25 ottobre 2019, 1 ss.; G. SCACCIA, *Alla ricerca del difficile equilibrio fra applicazione diretta della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e sindacato accentrato di legittimità costituzionale. In margine all'ordinanza della Corte costituzionale n. 117 del 2019*, in *Oss. AIC* (www.osservatorioaic.it), 6/2019, 5 novembre 2019.

[12] Come si dirà meglio più avanti, la precedenza è però, il più delle volte, data alla questione di costituzionalità in senso stretto.

[13] Molti anni addietro, avevo al riguardo obiettato che anche Stato e Regioni avrebbero potuto far subito luogo alla "non applicazione" della norma interna, salvo ovviamente il caso della "esposizione" dei "controlimiti". Poiché, però, le cose sono andate per altro verso, non insisto una volta di più a ribadire un punto di vista respinto da una monolitica esperienza.

da ciò che si ha nel caso nostro (con riguardo, cioè, a vicende processuali che si svolgano presso il giudice comune), al quale soltanto il raffronto delle tecniche decisorie deve restare circoscritto.

Non vale, inoltre obiettare – come pure si è fatto da parte di accreditati studiosi[14] – che non sarà la sorte a decidere da che parte andare, dal momento che vi sarebbe già un criterio da tenere fermo, in relazione al carattere discrezionale dell'attuazione demandata al legislatore statale nei riguardi della fonte sovranazionale. Si dice, infatti, che, in difetto dello stesso, sollevando la questione subito davanti alla Corte costituzionale, si avrebbe violazione del diritto dell'Unione europea, a differenza di ciò che potrebbe aversi laddove la norma interna risulti essere il frutto di un apprezzamento politico-discrezionale compiuto dal legislatore (e, dunque, di una scelta all'interno di un ventaglio più o meno ampio e pur tuttavia consistente di soluzioni attuative ugualmente consentite dal diritto eurounitario)[15].

Ad una siffatta impostazione della questione, a mio modo di vedere può opporsi un duplice ordine di ragioni. Per un verso, infatti, molte volte non è dato sapere con sicurezza se si dia e quanto sia consistente il (supposto) carattere discrezionale sottostante la produzione normativa di diritto interno: un nodo, questo, che – com'è chiaro – può sciogliersi solo attraverso l'interpello del giudice dell'Unione[16]; e non si vede, dunque, quale convenienza abbia il giudice interno a correre il rischio di sbagliare, tanto più poi laddove l'errore dovesse risultare irreparabile, trattandosi di giudice avverso le cui pronunzie non si dà in ambito interno alcun gravame.

---

[14] V., part., A. REPETTO, oltre che nella *op. ult. cit.*, 11 s., già, in *Concorso di questioni pregiudiziali (costituzionale ed europea), tutela dei diritti fondamentali e sindacato di costituzionalità*, in *Giur. cost.*, 6/2017, 2961 ss.; A. CARDONE, *Dalla doppia pregiudizialità al parametro di costituzionalità: il nuovo ruolo della giustizia costituzionale accentrata nel contesto dell'integrazione europea*, in Liber amicorum *per Pasquale Costanzo*, III, cit., 13 marzo 2020, spec. 369 ss.; F. DONATI, *I principi del primato e dell'effetto diretto del diritto dell'Unione in un sistema di tutele concorrenti dei diritti fondamentali*, in *Federalismi* (www.federalismi.it), 12/2020, 29 aprile 2020, 104 ss., con le ulteriori precisazioni dallo stesso A. ora svolte nel suo *La questione prioritaria di costituzionalità: presupposti e limiti*, intervento al Seminario via web su *Un riaccentramento del giudizio costituzionale? I nuovi spazi del giudice delle leggi, tra Corti europee e giudici comuni*, tenutosi nell'Università "La Sapienza" di Roma il 13 novembre 2020, in *Federalismi* (www.federalismi.it), 3/2021, 27 gennaio 2021, 1 ss., spec. 7 ss.; C. MASCIOTTA, *La doppia pregiudizialità nella più recente giurisprudenza costituzionale*, cit., spec. 1283 s., favorevole nondimeno ad un uso flessibile del criterio di cui ora si discorre che, peraltro, ad avviso di questa studiosa, sarebbe stato ora fatto proprio da Corte cost. n. 182 del 2020. A me pare, però, che la circostanza per cui al legislatore, nel caso in questione, fosse riconosciuto un potere di apprezzamento discrezionale non escluda ad ogni buon conto che, in altri casi, le cose possano andare diversamente.

[15] Si è affacciata al riguardo da una sensibile dottrina (G. MARTINICO, *Corte costituzionale e diritti fra armonie e disarmonie giurisprudenziali*, in AA.VV., Granital revisited*? L'integrazione europea attraverso il diritto giurisprudenziale*, cit., 144) l'ipotesi che, laddove si abbia il riconoscimento di un potere discrezionale a beneficio del legislatore, è da presumere che la disciplina normativa dell'Unione non sia *self executing*. Non mi sembra, tuttavia, che si dia alcun automatismo in tal senso; forse, ciò è proprio quanto si ha il più delle volte. Non credo, tuttavia, che si possa basare su un calcolo statistico, ammesso (e non concesso) che sia corretto, una conseguenza teorico-ricostruttiva qual è quella rilevante nel caso nostro. Insomma, non è comunque possibile fare a meno di una verifica caso per caso.

[16] Questo pensiero può vedersi già nel mio *Tecniche decisorie dei giudici e "forza normativa" della Carta di Nizza-Strasburgo*, in AA.VV., Granital revisited*? L'integrazione europea attraverso il diritto giurisprudenziale*, cit., spec. 169. Similmente, C. MASCIOTTA, *op. et loc. ult. cit.*

Per un altro verso, poi, la presentazione in via prioritaria della questione davanti al giudice delle leggi potrebbe essere fatta a bella posta, anche da parte di un giudice consapevole del fatto che la norma interna non costituisce il frutto di alcuna valutazione politico-discrezionale. In una circostanza siffatta, più che discorrere di una "violazione" del diritto dell'Unione, si avrebbe nei fatti la denunzia del superamento dei controlimiti da parte della norma sovranazionale: nulla di più e nulla di meno, dunque. Ovviamente, presupposto di siffatta qualificazione è la (sospetta) incisione non già di una "ordinaria" norma costituzionale bensì di un principio fondamentale: una eventualità comunque non rara (e, forse, sistematicamente ricorrente), dal momento che le norme in gioco riguardano i diritti fondamentali, il cui riconoscimento ha la sua fonte prima – come si sa – proprio nei principi che stanno a base dell'ordine interno e dello stesso ordine sovranazionale, nella parte in cui entrano a comporre le "tradizioni costituzionali comuni"[17].

Ad ogni buon conto, non insisto oltre sul punto, preferendo per ragioni di pratica opportunità, muovere dal "diritto vivente" (perlomeno, da quello che ad oggi sembra essere tale…), favorevole – com'è noto – a lasciare fluide ed aperte, per l'aspetto ora considerato, le relazioni tra le istituzioni giudicanti (e, di riflesso, tra gli ordinamenti cui esse appartengono).

2. Il giudice certo dell'antinomia e l'obbligo d'immediata applicazione della norma eurounitaria

Ebbene, ciò posto, allo scopo di verificare la tenuta dell'orientamento inaugurato dalla Consulta a partire dalla 269 (con le "precisazioni" ad essa successivamente apportate), giova, a mio modo di vedere, partire da un dato incontrovertibile, quello dell'alternativa astrattamente configurabile per ciascun operatore di giustizia e per ciascun caso di (potenziale) "doppia pregiudizialità"; due, infatti, i corni dalla stessa esibiti, i soli appunto teoricamente immaginabili: per l'uno, il giudice è certo della sussistenza dell'antinomia tra norma interna e norma sovranazionale, per l'altro invece è dubbioso.

Ricorrendo la prima eventualità (ad es. in quanto si dia una consolidata giurisprudenza eurounitaria in tal senso), in due soli casi si giustifica (ed anzi impone) il (prioritario) ricorso alla Consulta: che la norma dell'Unione violata non abbia carattere *self-executing* ovvero che la stessa risulti incompatibile con principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale, sì da richiedere l'entrata in campo dei "controlimiti". A quest'ultimo riguardo, va però subito sgombrato il campo da un equivoco ricorrente; ed è che possono immaginarsi casi in cui ora la violazione della norma sovranazionale da parte di quella interna ed ora,

[17] Non si trascuri, tuttavia, neppure la circostanza per cui, in forza della previsione di cui all'art. 4.2 del Trattato dell'Unione, l'osservanza dei principi di struttura del *singolo* ordinamento nazionale è principio di base dell'Unione stessa, con la conseguenza che, a rigore, ogni qual volta una norma sovranazionale dovesse considerarsi incompatibile anche con un principio di struttura tipico del singolo ordinamento nazionale, ugualmente dovrebbe predicarsi la incisione del canone fondamentale di cui al disposto sopra richiamato.

all'inverso, quella dei principi fondamentali da parte della prima[18] risulti talmente macroscopica ed evidente da indurre a qualificare come radicalmente nulla-inesistente (e non meramente annullabile) la norma che se ne renda responsabile, sì da poter essere subito messa da canto dal giudice nazionale. Non sarebbe, dunque, necessario (e, forse, a rigore, neppure possibile), nell'un caso, investire la Corte dell'Unione e la stessa Corte costituzionale e, nell'altro, quest'ultima perché ne diano l'accertamento. E, tuttavia, per quanto la pratica giuridica non ignori la "graduazione" dei vizi, distinguendosi tra una *invalidità* – potrebbe dirsi con un'autorevole dottrina[19] – *in senso forte* ed una invece *in senso debole* (l'una quale causa di nullità-inesistenza, l'altra di annullamento), nei fatti la Consulta tende ad attrarre a sé la cognizione di ogni specie di vizio[20], tanto da addentrarsi nel merito delle questioni sollevatele anziché dichiararne la manifesta inammissibilità per inesistenza dell'oggetto[21]. Ed è in ragione di ciò che, dunque, della ipotesi sopra teoricamente formulata può non tenersi conto nello studio che ora si svolge.

Quanto, poi, al caso – il solo qui specificamente interessante – che la norma-parametro presenti l'attitudine ad essere portata ad immediata applicazione[22] e non se ne sospetti il conflitto con i principi suddetti, dalla certezza a riguardo della sussistenza dell'antinomia discende immediato l'obbligo della "non applicazione" della norma interna accompagnata dall'applicazione di quella sovranazionale[23], tanto più, poi, laddove la norma sovranazionale dovesse risultare prodotta in un tempo successivo rispetto alla venuta alla luce della norma interna, sì da potersi discorrere dell'abrogazione della seconda da parte della prima[24]. Cos'altro potrebbe infatti aggiungere il ricorso alla Consulta? Le cose non cambierebbero

[18] … per quanto, per vero, risulti altamente improbabile che una norma della Carta di Nizza-Strasburgo urti frontalmente con uno o più dei principi fondamentali di diritto interno.

[19] R. GUASTINI, *Dalle fonti alle norme*[2], Giappichelli, Torino 1992, 207 ss.; altri (A. SPADARO, *Limiti del giudizio costituzionale in via incidentale e ruolo dei giudici*, ESI, Napoli 1990, 262 ss.) ha invece proposto al riguardo di discorrere ora di "anticostituzionalità" ed ora di "incostituzionalità" (in senso stretto); non sembra, tuttavia, che alla diversità del linguaggio corrisponda una diversa sostanza.

[20] Emblematica, al riguardo, sempre al piano delle relazioni interordinamentali, la qualifica data da Corte cost. n. 238 del 2014 di norma internazionale generalmente riconosciuta vistosamente lesiva della dignità della persona umana e di altri diritti inviolabili, la cui inesistenza (in ambito interno) ridonderebbe nella mancata produzione della norma di adattamento, *ex* art. 10, I c., Cost. (in tema, si è avuta una pioggia di commenti di vario segno; mi limito qui solo a segnalare, per l'inquadramento teorico di ampio respiro, solo F. POLACCHINI, *Costituzione e* ius cogens, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 3/2020, 501 ss., spec. 514 ss.).

[21] Così è, appunto, stato in occasione della vicenda definita dalla pronunzia richiamata in nt. prec.

[22] Per una messa a punto della vessata nozione, tra gli altri e di recente, v. A. AMATO, *Giudice comune europeo e applicazione diretta della Carta dei diritti fondamentali dell'UE: Corte di giustizia e Corte costituzionale a confronto*, in *Giur. cost.*, 1/2020, 445 ss., e, dello stesso, *L'effetto diretto della Carta di Nizza nei rapporti* inter privatos*: problemi e prospettive*, in AA.VV., Granital revisited*? L'integrazione europea attraverso il diritto giurisprudenziale*, cit., 21 ss., nonché, ora, G. SORRENTI, *CDFUE e rapporti* inter privatos *ovvero «*L'essenziale è invisibile agli occhi*»? (ancora sulla doppia pregiudizialità… passando per* Saint Exupery*)*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 1/2021, 19 gennaio 2021, 1 ss.

[23] Così anche F. SPITALERI, *Doppia pregiudizialità e concorso di rimedi per la tutela dei diritti fondamentali*, in *Dir. Un. Eur.*, 4/2019, spec. § 4.

[24] A ben vedere, questo è un punto che attende ad oggi la sua opportuna chiarificazione teorica. Non è detto infatti che sia appropriato far ricorso allo schema dell'abrogazione in vece dell'altro della mera "irrilevanza" – come affermato dalla Consulta in *Granital* – della norma interna per la definizione del caso. Sono evidenti le diverse conseguenze che ne

ugualmente, pur dopo l'eventuale accertamento da parte di quest'ultima della invalidità della norma interna, producendosi ugualmente l'effetto della sua messa da canto seguita dall'applicazione della norma sovranazionale. Certo, si avrebbe l'innegabile beneficio della caducazione *erga omnes* della norma stessa e – si suole dire da quanti guardano con favore alla precedenza temporale della pregiudizialità costituzionale –, per ciò stesso, un servizio alla certezza del diritto, nella sua più elevata espressione, quale certezza cioè del diritto costituzionale.

Ad un siffatto inquadramento della questione ora nuovamente discussa si può tuttavia – a me pare – opporre un duplice ordine di argomenti.

Per un verso, come vado dicendo da tempo, la certezza del diritto costituzionale, che pure è, senza dubbio alcuno, un valore prezioso da custodire e preservare, ha pregio se (ed in quanto) si traduca e risolva nell'esperienza in *certezza dei diritti costituzionali*, vale a dire nella prontezza ed effettività della loro tutela; ed è tutto da dimostrare che il meccanismo del sindacato accentrato risulti ancora più conducente allo scopo rispetto a quello diffuso. La qual cosa, com'è chiaro, obbligherebbe all'ennesimo raffronto dei meccanismi in parola, qui di tutta evidenza fuor di luogo.

Per un altro (e risolutivo) verso, poi, l'argomento in parola non è di certo spendibile in generale per i casi di antinomia col diritto eurounitario, dal momento che, portato fino alle sue ultime e lineari conseguenze, solleciterebbe a dare *sempre* la precedenza alla pregiudizialità costituzionale, pure dunque laddove non si faccia questione della violazione della Carta di Nizza-Strasburgo e/o di altra norma di diritto derivato a questa "connessa". Solo che ciò farebbe suonare le campane a morto per il principio (espressivo di un autentico *Grundwert*) della uniforme applicazione del diritto dell'Unione in seno agli Stati che vi appartengono e riporterebbe perciò al centro della scena il severo ammonimento di A. Tizzano, poc'anzi richiamato.

Questo rilievo non merita di essere mai perduto di vista o, come che sia, sottostimato; e va, dunque, tenuto presente nel momento in cui dovesse sottoporsi a nuovo vaglio, senza alcun preconcetto ideologico o di dottrina, l'orientamento inaugurato dalla 269. Non si dimentichi, infatti, che l'art. 11 della Carta costituzionale, per la lettura ormai pacificamente datane e stabilmente affermatasi, non fa alcuna distinzione tra norma e norma dell'Unione, in ispecie non assegna alcun rilievo alla fonte da cui esse risultano prodotte, se la Carta di Nizza-Strasburgo o altro atto, sia o no a questa "connesso".

Su cosa mai, dunque, poggia la tesi, accreditata dalla Consulta, che porta a far luogo a qualificazioni diverse dell'antinomia, ora a mezzo dello schema della invalidità ed ora a quello della "non applicazione",

derivano: per la seconda qualifica, la norma interna resta in vigore e si pone, dunque, quale risorsa in ogni tempo spendibile qualora la norma sovranazionale dovesse, per qualunque ragione, venire meno o essere sostanzialmente innovata; per la prima qualifica, invece, non è detto che sia abbia "reviviscenza" della norma interna per effetto della cessazione di efficacia di quella eurounitaria. Di tutto ciò, nondimeno, in altri luoghi.

cui consegue la definizione del caso per il tramite di tecniche decisorie parimenti diverse? Può – come opinano la Corte delle leggi e i suoi benevoli *laudatores* – il mero dato, pure in sé non insignificante, della qualità del parametro evocato in campo dal caso stesso, a seconda cioè che sia o no coinvolta in modo diretto o indiretto la Carta dell'Unione, bastare a mettere da canto l'art. 11 ed a far riespandere l'usuale meccanismo del sindacato accentrato di costituzionalità? Perché proprio questo è ciò che, a conti fatti, viene a determinarsi in conseguenza dell'indirizzo inaugurato dalla 269, assistendosi ad un continuo capovolgimento della clessidra costituzionale. Per norma, infatti, come sappiamo, l'art. 134 è obbligato a recedere a fronte della formidabile *vis* espansiva dell'art. 11, col quale sarebbe stato introdotto – si è detto da parte di molti – un anomalo meccanismo diffuso di costituzionalità per *ogni* caso di antinomia tra norma interna e norma sovranazionale *self executing*[25]. Quando, però, quest'ultima risulta dalla Carta di Nizza-Strasburgo (o fonte a questa "connessa"), l'ordine naturale in cui si dispongono le norme costituzionali suddette si rovescia su se stesso, e il primo dei disposti ora richiamati torna ad affermarsi sul secondo. Tutto ciò – si faccia caso – esclusivamente *ope juris prudentiae*, al di fuori di un'indicazione positiva di cui – è doveroso riconoscere – non si ha alcun riscontro né nella nostra Carta né nel Trattato o in altra norma ancora dell'Unione[26].

Ricorrendo, dunque, l'ipotesi che il giudice nazionale sia certo della sussistenza dell'antinomia, la "non applicazione" della norma interna accompagnata dall'applicazione della norma sovranazionale comporta, per ciò stesso, l'assorbimento della pregiudizialità costituzionale che non ha pertanto più motivo d'essere[27]. Non si trascuri, d'altronde, che la stessa giurisprudenza costituzionale ha vigorosamente incoraggiato l'adozione di tecniche decisorie, quale quella della interpretazione conforme, a finalità deflattiva del contenzioso costituzionale. È vero che, specie negli anni a noi più vicini, si sono registrati non secondari aggiustamenti nell'indirizzo giurisprudenziale dapprima invalso, prontamente rilevati dalla

[25] Prende dunque corpo una *rottura della Costituzione*, quale si ha in presenza di una deroga apportata da una norma ad altra dello stesso documento costituzionale; la cosa singolare – come si è altrove osservato – è qui però data dal fatto che, a differenza di ciò che usualmente si ha, la deroga non è da parte di una *regola* nei riguardi di un *principio* (ad es., dell'art. 68 o dell'art. 90 rispetto all'art. 3) bensì dell'uno (di cui all'art. 11) rispetto all'altra (iscritta nell'art. 134).

[26] Muovendo dall'assunto che il diritto dell'Unione imponga la immediata applicazione di *ogni* norma dell'Unione stessa che ne abbia l'attitudine e che, *dal punto di vista dell'ordine interno*, ciò sia categoricamente prescritto dal principio fondamentale di cui all'art. 11, la deroga a quest'ultimo *ipso facto* ridonda e si converte in violazione dello stesso. Ciò che – non si teme di esagerare – parrebbe spiegabile unicamente attingendo alla teoria del potere costituente, facendo cioè applicazione degli schemi in base ad essa utilizzati per l'inquadramento dei fatti che ne testimoniano l'avvento (così, ora, nel mio *La metamorfosi della giustizia costituzionale in Italia*, in *Lo Stato*, 1/2021, § 5).

[27] Si ha, insomma, qualcosa di analogo a ciò che usualmente si riscontra nelle esperienze della giustizia costituzionale, ogni qual volta si faccia appunto ricorso alla tecnica decisoria in parola (in merito alla quale, per tutti, A. BONOMI, *L'assorbimento dei vizi nel giudizio di costituzionalità in via incidentale*, Jovene, Napoli 2013), con la pur non secondaria differenza che della stessa il giudice comune è obbligato ad avvalersi, in forza di uno stringente vincolo in tal senso che gli viene dall'ordinamento eurounitario, nel mentre il giudice costituzionale ha le mani libere in merito al se farvi luogo (che, poi, sia opportuno stabilire uno schema, sia pure di larga massima, relativo alle modalità di esercizio della tecnica in parola, è un discorso che, ovviamente, non può qui essere fatto).

più avvertita dottrina che, con varietà di argomenti e di orientamenti, ne ha messo in chiaro talune oscillazioni, anche vistose[28]. Non è di tutto ciò, ad ogni buon conto, che giova ora dire. Quel che solo conta è che il riscontro dell'antinomia comporta di necessità l'inutilità (ed anzi l'impossibilità) del ricorso alla Consulta.

Una sensibile dottrina ha, per vero, prodotto uno sforzo encomiabile per giustificare pure in siffatta evenienza l'apertura del giudizio di costituzionalità, con specifico riguardo al caso che il diritto dell'Unione appaia agli occhi del giudice comune in grado di offrire una tutela più avanzata ai diritti in gioco rispetto a quella che potrebbe ad essi venire dal diritto interno (anche costituzionale!)[29]. Sarebbe, dunque, data al giudice l'opportunità di sospendere momentaneamente l'applicazione della norma interna, portando subito ad effetto la norma sovranazionale maggiormente favorevole e, al contempo, di sollevare ugualmente sulla prima una questione di legittimità costituzionale[30]. Si assisterebbe, insomma, ad un anomalo "surrogato" – se così può dirsi – della più lineare soluzione del cumulo dei rimedi: anomalo e, però, allo stesso tempo francamente poco comprensibile[31], faticandosi per vero a rinvenire il fondamento positivo sul quale possa poggiare la proposta ricostruttiva in parola. La via piana da battere, volendosi conciliare l'aspettativa nutrita dalla Consulta di attrarre a sé la cognizione delle questioni di "costituzionalità-eurounitarietà" coinvolgenti la Carta di Nizza-Strasburgo e il bisogno di far luogo all'applicazione diretta della norma sovranazionale, parrebbe piuttosto essere – come mi sono sforzato di argomentare altrove[32] – proprio quella di un cumulo dei rimedi *stricto sensu* e fatto alla luce del sole.

---

[28] Di recente, M. RUOTOLO, *L'interpretazione conforme torna a casa?*, in *Riv. Gruppo di Pisa* (www.gruppodipisa.it), 3/2019, 30 ottobre 2019, 37 ss.; nella stessa *Rivista*, A.I. ARENA, *Note minime su interpretazione e giudizio accentrato di costituzionalità*, 5 dicembre 2019, 163 ss., nonché R. ROMBOLI, *Il sistema di costituzionalità tra "momenti di accentramento" e "di diffusione"*, 2/2020, 26 maggio 2020, 4 ss., e, dello stesso, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in AA.VV, *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2017-2019)*, a cura dello stesso R., Giappichelli, Torino 2020, 72 ss.; G. PITRUZZELLA, *L'interpretazione conforme e i limiti alla discrezionalità del giudice nella interpretazione della legge*, in *Un riaccentramento del giudizio costituzionale? I nuovi spazi del giudice delle leggi, tra Corti europee e giudici comuni*, cit., in *Federalismi* (www.federalismi.it), 3/2021, 27 gennaio 2021, 161 ss.; nella stessa *Rivista*, v., inoltre, l'*Editoriale* di G. DE VERGOTTINI, *La Corte costituzionale tra riaccentramento e riequilibrio del sistema*, spec. § 2, e S. STAIANO, *Corte costituzionale e giudici comuni. La congettura del riaccentramento*, 102 ss., che discorre di una "trasfigurazione" del canone interpretativo in parola. Quanto, poi, all'indirizzo della giurisprudenza eurounitaria, per una recente messa a punto, v. V. PICCONE, *Primato e pregiudizialità: il ruolo dell'interpretazione conforme*, cit., 325 ss.

[29] V., nuovamente, gli scritti sopra richiamati di F. DONATI.

[30] L'ipotesi di una provvisoria disapplicazione della norma interna è stata affacciata anche da C. AMALFITANO, *Il rapporto tra rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia e rimessione alla Consulta e tra disapplicazione e rimessione alla luce della giurisprudenza "comunitaria" e costituzionale*, in *Riv. AIC* (www.rivistaaic.it), 1/2020, 18 febbraio 2020, spec. 311 ss.

[31] Puntuali rilievi critici alla tesi ora evocata possono vedersi in G. SORRENTI, *CDFUE e rapporti* inter privatos *ovvero «*L'essenziale è invisibile agli occhi*»? (ancora sulla doppia pregiudizialità… passando per* Saint Exupery*)*, cit., spec. 11 ss.

[32] Spec. in *Dopo la sent. n. 269 del 2017 della Consulta sarà il legislatore a far da paciere tra le Corti?*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 1/2018, 23 marzo 2018, 155 ss. Cfr., inoltre, sul punto lo scritto di R. ROMBOLI, *Caro Antonio ti scrivo (così mi distraggo un po') in dialogo con il Ruggeripensiero sul tema della "doppia pregiudizialità"*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 3/2019, 25 novembre 2019, spec. 655, e, nella stessa *Rivista*, il mio *Caro Roberto, provo a risponderti sulla "doppia pregiudizialità" (così mi distraggo un po' anch'io…)*, 9 dicembre 2019, 678 ss., spec. 682 ss.

Purtroppo però, come mi sono trovato a dover riconoscere nel momento stesso in cui ho ritenuto di doverla affacciare, essa comporta di tutta evidenza il superamento della incidentalità; cosa che potrebbe aversi unicamente a mezzo di una previsione *ad hoc* con norma di legge, in deroga all'impianto stabilito nella disciplina relativa ai giudizi davanti alla Corte[33].

3. Il giudice-Amleto: la naturale priorità da accordare, in caso di dubbio a riguardo della esistenza dell'antinomia, alla pregiudizialità eurounitaria rispetto alla costituzionale

Passiamo dunque ad esaminare l'ipotesi che il giudice comune sia dubbioso circa la sussistenza dell'antinomia e, prima ancora, circa il reale significato dell'enunciato sovranazionale. Un'ipotesi verosimilmente assai frequente, specie in relazione ai casi di oscillazioni riscontratesi nella giurisprudenza eurounitaria ovvero di novità della questione, su cui dunque la Corte dell'Unione non abbia ancora avuto modo di esprimersi o, come che sia, di dar vita ad un indirizzo "consolidato" (per riprendere ora una indicazione ad altro riguardo data da Corte cost. n. 49 del 2015).

Ebbene, una volta che il giudice stesso sia stato sciolto dal vincolo stringente di dare necessariamente la precedenza alla pregiudizialità costituzionale, è da chiedersi cosa gli convenga maggiormente fare al fine della ottimale impostazione della questione e, quindi, della sua risoluzione.

Non ho dubbi a riguardo del fatto che sia opportuno (e, forse, doveroso) dare la precedenza, una volta di più, alla pregiudizialità eurounitaria. Lo impone, in primo luogo, un motivo di ordine logico, già altrove rappresentato ed al quale non vedo essere stata a tutt'oggi mossa una stringente confutazione; ed è quello per cui, ignorando (o, comunque, essendo insicuro circa) il reale significato del disposto sovranazionale (o dei disposti, se più d'uno[34]), non si capisce come possa mai il giudice sollevare, per prima o anche contestualmente, la relativa questione davanti alla Consulta.

Si dà – è bene tenere costantemente presente – una differenza di fondo tra il modo con cui l'operatore di giustizia si pone, rispettivamente, davanti agli enunciati normativi di diritto interno ed a quelli aventi origine esterna in genere[35]; ed è che, nell'un caso, l'operatore non può sottrarsi all'obbligo di dare la

[33] Sappiamo che in più occasioni, come nei giudizi sulle leggi elettorali e nell'altro (forse, ancora più clamoroso) di cui a Corte cost. n. 10 del 2015 [su cui, ancor da ultimo, invita opportunamente a fermare l'attenzione S. STAIANO, *Corte costituzionale e giudici comuni*, cit., 107 ss.], l'incidentalità è stata messa con disinvoltura da canto. Mai però prima d'ora si è pensato di poter far luogo all'applicazione in giudizio di una norma di legge e contestualmente alla presentazione di una questione di legittimità costituzionale che l'abbia ad oggetto, fatalmente condannata ad essere respinta per manifesta inammissibilità.

[34] Ogni evenienza è al riguardo possibile; e, ove siano evocate in campo più norme dell'Unione (e, segnatamente, della Carta di Nizza-Strasburgo e di altra fonte a questa variamente "connessa"), il giudice potrebbe sentirsi insicuro sotto più profili: *a*) con riguardo al significato di una di esse ovvero *b*) di entrambe o, ancora, *c*) in merito al carattere *self executing* delle norme sovranazionali e infine *d*) della validità di norma di diritto derivato in rapporto alla Carta stessa o al Trattato.

[35] Qui, come si vede, il discorso dovrebbe allargarsi anche al diritto internazionale, ma, di tutta evidenza, è necessario per ciò rimandare ad altra sede.

propria interpretazione degli enunciati stessi. È vero che in occasione della presentazione di alcune questioni di legittimità costituzionale il giudice talvolta non cela di sentirsi insicuro a riguardo della compatibilità dei termini positivi a raffronto, non già però in merito al loro significato[36]; e però questa rappresentazione del giudice quale "eterno Amleto", immaginata – come si sa – dagli studi iniziali sul processo costituzionale[37], ha sempre di più perduto terreno, nel quadro peraltro di una generale evoluzione della giustizia costituzionale la cui compiuta descrizione tuttavia porterebbe troppo oltre l'*hortus conclusus* entro il quale questo studio è obbligato a fermarsi[38]. Sempre più di frequente, infatti, i giudici non celano il proprio fermo convincimento circa la sussistenza della violazione della Carta costituzionale da parte delle norme di legge di volta in volta sottoposte al sindacato della Corte.

Ben diverso, invece, è lo scenario complessivo che si delinea al piano delle relazioni interordinamentali, laddove gli operatori istituzionali di diritto interno in genere (e, dunque, per ciò che è ora di specifico interesse, i giudici) legittimamente possono essere dubbiosi in merito ai significati dei disposti normativi aventi origine esterna o, magari, ignorarli del tutto. Ed allora è chiaro che, solo dopo aver attinto a tutte le risorse al riguardo disponibili al fine di fare chiarezza, è possibile avviare ad adeguata soluzione le questioni coinvolgenti i disposti in parola, tanto più poi laddove si dia (e così è, appunto, nel caso nostro) una sede istituzionale avente il compito di pronunziarsi in merito alla corretta interpretazione degli stessi, sì da dimostrarsi francamente insensato non sfruttarla a pieno, ed al momento giusto, alla bisogna.

Talune vicende di recente riscontro, che hanno animato un fitto dibattito tra i commentatori, peraltro avvalorano i rischi ai quali è possibile andare incontro a dare la precedenza alla pregiudizialità costituzionale e, di rovescio, i vantaggi offerti dall'immediato utilizzo della pregiudizialità eurounitaria; ed avvalorano altresì che neppure giova allo scopo il congiunto e simultaneo esercizio delle due pregiudizialità, come pure si è talora fatto in linea con la indicazione di una sensibile dottrina[39], che – a

[36] Altrimenti la questione sarebbe rigettata per inammissibilità, appunto in quanto di mera interpretazione e non già di legittimità costituzionale.

[37] Riferimenti in A. SPADARO, *Limiti del giudizio costituzionale in via incidentale e ruolo dei giudici*, cit.

[38] … e per la quale, se si vuole, può vedersi A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*[6], Giappichelli, Torino 2019, spec. 259 ss.

[39] L'ipotesi è stata prospettata dapprima da F. SORRENTINO, *È veramente inammissibile il "doppio rinvio"?*, in *Giur. cost.*, 2/2002, 781 ss., ed è stata quindi vigorosamente patrocinata spec. da R. CONTI, in più scritti, tra i quali An, quomodo e quando *del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia quando è 'in gioco' la Carta dei diritti fondamentali UE. Riflessioni preoccupate dopo Corte cost. n. 269/2017 e a margine di Cass. n. 3831/2018*, in *Giudice donna* (www.giudicedonna.it), 4/2017, spec. § 6, e, dello stesso, *Giudice comune e diritti protetti dalla Carta UE: questo matrimonio s'ha da fare o no?*, in *Giustizia insieme* (www.giustiziainsieme.it), 4 marzo 2019, spec. § 4, e quindi fatta oggetto di notazioni di vario segno, tra gli altri, da C. AMALFITANO, *Il dialogo tra giudice comune, Corte di giustizia e Corte costituzionale dopo l'*obiter dictum *della sentenza n. 269/2017*, cit., spec. 25 ss.; M. MASSA, *Dopo la «precisazione». Sviluppi di Corte cost. n. 269/2017*, 20 ss.; G. MARTINICO, *Conflitti interpretativi e concorrenza fra corti nel diritto costituzionale europeo*, in *Dir. soc.*, 4/2019, 691 ss., spec. 702 ss.; I. MASSA PINTO, *Il giudizio d'incostituzionalità delle leggi in caso di doppio parametro (interno ed europeo): il conflitto sulle regole d'ingaggio*, in *Riv. Gruppo di Pisa* (www.gruppodipisa.it), 1/2020, 8 gennaio 2020, 77 e nt. 41.

tacer d'altro – ancora una volta demanderebbe al caso (ai dadi…) il complessivo andamento di siffatte esperienze processuali, a seconda appunto che si pronunzi per prima l'una ovvero l'altra Corte.

È noto che ad una questione presentata contestualmente dalla Corte d'Appello di Napoli ha dato (per fortuna…) risposta per prima la Corte dell'Unione, dichiarandosi nel senso della non pertinenza del richiamo fatto nella circostanza alla Carta di Nizza-Strasburgo[40]. Più di recente, poi, si è avuta un'altra questione presentata in modo congiunto davanti alle due Corti da parte del giudice di pace di Lanciano, dichiarata "manifestamente irricevibile"[41]. All'esito della prima vicenda, si è dunque avuta conferma che l'appello alla Consulta era fuori luogo per lo specifico aspetto del riferimento alla Carta stessa, restando ovviamente non pregiudicato l'esame della questione di costituzionalità per i profili di stretto diritto interno[42].

Non abbiamo nel mondo reale la possibilità dello svolgimento parallelo di due vicende processuali diverse (e talora alternative), come per le vicende di vita nel film *Sliding doors* che ha proprio su ciò costruito la propria, meritata fortuna. Possiamo (e dobbiamo), però, prendere in considerazione la eventualità che, ove in relazione alla questione presentata dalla Corte d'Appello partenopea, si fosse pronunziata per prima la Corte costituzionale, l'intera vicenda avrebbe potuto prendere una piega completamente diversa; e così, naturalmente, potrebbe un domani accadere per la seconda questione sopra rammentata o per qualunque altra che dovesse un domani venire alla luce.

È vero che nulla, infatti, può escludere che, nei casi in genere di questione "complessa" o bifronte, il giudice delle leggi dia la precedenza – com'è solito fare – ai profili di diritto interno e che, se del caso, chiuda su questo fronte la partita[43]; e, però, il fatto stesso del carattere internamente composito della questione impone di prendere altresì in considerazione l'opposto corno dell'alternativa, vale a dire

[40] La vicenda ha costituito oggetto di una messe copiosa di commenti [riferimenti in B. SBORO, *Il primo "doppio rinvio" dopo la sentenza 269/2017 della Corte costituzionale. Brevi riflessioni su un'occasione mancata per nuovi sviluppi procedurali*, in *Federalismi* (www.federalismi.it), 25/2020, 9 settembre 2020, 241 ss., e F. FERRARO, *Giudice nazionale, centro di gravità e doppia pregiudiziale*, in *AISDUE* (www.aisdue.eu), *Post*, 5/2020, 24 dicembre 2020, 22 ss., spec. 27 ss.].

[41] Su di essa, v. l'accurato commento di V. SCIARABBA, *Riflessioni di inizio anno tra tutela della salute, organizzazione e funzionamento della giustizia e garanzia dei diritti e principi fondamentali* (a partire da una questione pregiudiziale sollevata, in parallelo a una questione di costituzionalità, da un Giudice di pace italiano), in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 1/2021, 19 gennaio 2021, 53 ss.

[42] Il verdetto emesso dalla Consulta a conclusione del giudizio sulla questione sollevata dal giudice partenopeo si è poi allineato – come si sa – a quello della Corte dell'Unione (sent. n. 254 del 2020).

[43] La qual cosa, nondimeno, comporta pur sempre un costo di non poco rilievo, non dandosi in tal modo alla Carta dell'Unione l'opportunità di implementarsi fino in fondo nell'esperienza. Comprendo bene che, per ragioni di economia processuale, sia frequentemente azionata la tecnica dell'assorbimento dei vizi. Nel caso nostro, tuttavia, in presenza di una questione di "costituzionalità-eurounitarietà" portata alla cognizione della Consulta, la soluzione ottimale, a mio modo di vedere, rimane quella dell'uso congiunto dei parametri attraverso la integrazione delle Carte nei fatti interpretativi, in linea con la ispirata indicazione metodico-teorica data da Corte cost. n. 388 del 1999 (v., già, sul punto il mio *Tecniche decisorie dei giudici e "forza normativa" della Carta di Nizza-Strasburgo*, cit., 172). Rimarrebbe, nondimeno, pur sempre aperta la questione relativa alla corretta interpretazione della Carta dell'Unione.

l'ipotesi che alla Consulta sia data la precedenza ai profili di carattere interordinamentale[44]. È chiaro che la Corte costituzionale può pur sempre assumere *motu proprio* l'iniziativa dell'interpello della Corte di giustizia; e sappiamo che di recente si è avvalsa dello strumento apprestato dall'art. 267 TFUE. Non è tuttavia chi non veda come sia ben diverso lo scenario di circoscritti utilizzi del rinvio pregiudiziale da parte del giudice delle leggi rispetto a quello che si ha per mano dei giudici comuni diffusi per l'intero territorio nazionale. Certo, obiettivamente, questi ultimi, pur laddove facciano un uso sapiente delle tecniche argomentative, non hanno, per loro strutturale limite, la medesima *vis* "persuasiva" – se così vogliamo chiamarla – che invece connota le espressioni della giustizia costituzionale, già per il mero fatto dell'autorevolezza universalmente riconosciuta alla Corte delle leggi[45].

---

[44] La stessa Corte delle leggi, d'altronde, ha – come si sa – espressamente dichiarato nella 269 che "giudicherà alla luce dei parametri interni ed eventualmente di quelli europei (ex artt. 11 e 117 Cost.), *secondo l'ordine di volta in volta appropriato*" (mio, ovviamente, il corsivo).

[45] Assai istruttiva, al riguardo, la vicenda *Taricco*, alla quale fa ora richiamo A. LO CALZO, *Dagli approdi giurisprudenziali della Corte costituzionale in tema di controlimiti alle recenti tendenze nel dialogo con le Corti nel contesto europeo*, in *Federalismi* (www.federalismi.it), 1/2021, 13 gennaio 2021, 85 ss.

Una nuova guerra tra le Corti potrebbe poi oggi aversi a seguito della risposta data dal giudice lussemburghese alla domanda pregiudiziale presentatagli dalla Cassazione, Sez. Un., ord. n. 19598 del 18 settembre 2020, attorno alla quale è già venuto a formarsi un fitto dibattito tra i commentatori [*ex plurimis*, G. COSTANTINO - A. CARRATTA - G. RUFFINI, *Limiti esterni e giurisdizione: il contrasto fra Sezioni Unite e Corte Costituzionale arriva alla Corte UE. Note a prima lettura di Cass. SS.UU. 18 settembre 2020, n. 19598*, in *Quest. giust.* (www.questionegiustizia.it), 18 settembre 2020; G. TROPEA, *Il Golem europeo e i "motivi inerenti alla giurisdizione" (Note a Cass., Sez. un., ord. 18 settembre 2020, n. 19598)*, in *Giustizia insieme* (www.giustiziainsieme.it), 7 ottobre 2020; S. BARBARESCHI - L. A. CARUSO, *La recente giurisprudenza costituzionale e la Corte di Cassazione «fuori contesto»: considerazioni a prima lettura di ord. Cass. SS.UU. 18 settembre 2020, n. 19598*, in *Federalismi* (www.federalismi.it), 30/2020, 4 novembre 2020, 1 ss., con *Postilla* di B. CARAVITA, *La Cassazione pone in discussione la Costituzione davanti al diritto europeo?*, 20 s.; nella stessa *Rivista*, R. BIN, *È scoppiata la "terza guerra tra le Corti"? A proposito del controllo esercitato dalla Corte di Cassazione sui limiti della giurisdizione*, 32/2020, 18 novembre 2020; G. TESAURO, *La Corte costituzionale e l'art. 111, ult. comma: una preclusione impropria al rinvio pregiudiziale obbligatorio*, 34/2020, 16 dicembre 2020, 237 ss.; F. FRANCARIO, *Quel pasticciaccio della questione di giurisdizione. Parte seconda: conclusioni di un convegno di studi*, 97 ss., e, dello stesso, già, *Quel pasticciaccio brutto di piazza Cavour, piazza del Quirinale e piazza Capodiferro (la questione di giurisdizione)*, in *Giustizia insieme* (www.giustiziainsieme.it), 11 novembre 2020; P.L. TOMAIUOLI, *Il rinvio pregiudiziale per la pretesa, ma incostituzionale, giurisdizione unica (nota a Cass. civ., Sezioni unite, ord. 18 settembre 2020, n. 19598)*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 3/2020, 11 dicembre 2020, 689 ss.; F. FERRARO, *Giudice nazionale, centro di gravità e doppia pregiudiziale*, cit., 34 ss.; C. CURTI GIALDINO, *La Corte di giustizia e la sindacabilità da parte delle SS.UU. della Cassazione delle violazioni gravi e manifeste del diritto dell'Unione europea per 'motivi inerenti alla giurisdizione'*, in *Un riaccentramento del giudizio costituzionale? I nuovi spazi del giudice delle leggi, tra Corti europee e giudici comuni*, cit., 12 ss.; R. MASTROIANNI, *il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia tra tutela dei diritti e tenuta del sistema*, in *AISDUE* (www.aisdue.eu), *Post*, Sez. "Articoli", 1/2021, 1 febbraio 2021, 4 ss.; R. CARBONE, *Ricorsi reciprocamente escludenti, ricorso per motivi di giurisdizione e obbligo di rinvio pregiudiziale: lo scambio dialettico tra Corte costituzionale, Corte di Cassazione, Consiglio di Stato e Corte di Giustizia*, in *Forum* di *Quad. cost.* (www.forumcostituzionale.it), 1/2021, 6 febbraio 2021, 201 ss.].

La vicenda è particolarmente istruttiva e merita un supplemento di attenzione anche in relazione al tema che oggi ci occupa, testimoniando come possano darsi circostanze al ricorrere delle quali non può aversi il congiunto interpello delle due Corti – sia o no contestuale –, essendo inibito al giudice comune dal disposto di cui all'art. 137, ult. c., Cost. sollevare una questione davanti alla Consulta in relazione a norma di legge frutto dell'opera produttiva o interpretativa della stessa Corte costituzionale (una evenienza – come si sa – di frequente riscontro, specie in presenza di norme frutto di addizioni o manipolazioni di vario segno operate dal giudice delle leggi). Il punto è però che neppure l'eventuale risposta data dalla Corte dell'Unione che dovesse acclarare la incompatibilità con il diritto eurounitario della norma interna potrebbe ricevere – così come deve ricevere – fedele seguito in ambito interno; ciò che suonerebbe in alcune circostanze quale sostanziale aggiramento del giudicato costituzionale [sull'obbligo del rispetto delle pronunzie della Corte di giustizia, di recente e per tutti, G. TESAURO, *Sui vincoli (talvolta ignorati) del giudice nazionale prima e dopo il rinvio*

È dunque da mettere in conto l'eventualità che il giudice costituzionale si determini in merito alla questione presentatagli senza aver previamente interpellato la Corte dell'Unione, con la conseguenza che potrebbero quindi derivarne dei cortocircuiti non facilmente rimediabili. E ciò, proprio per il fatto che alla pronunzia del primo potrebbe farne seguito una della seconda da essa divergente o, diciamo pure, rispetto ad essa frontalmente contrastante. Ed è bensì vero che entrambe le Corti hanno reso plurime testimonianze di volersi conformare, nel loro ormai assiduo e fecondo "dialogo", al canone della reciproca e "leale cooperazione"[46]; si converrà, tuttavia, che, pronunziandosi per primo e senza aver prima acquisito il punto di vista della Corte lussemburghese, il giudice costituzionale potrebbe far luogo a letture della Carta di Nizza-Strasburgo divergenti o, diciamo pure, apertamente confliggenti col "diritto vivente" eurounitario.

Ora, è chiaro che l'interpello del giudice dell'Unione successivo rispetto alla presentazione della questione di costituzionalità o, in caso di presentazione congiunta e simultanea, il mero fatto della emissione da parte del primo della propria decisione in un momento posteriore non può, di certo, qualificarsi quale un'anomala o mascherata "impugnazione" della decisione della Consulta. Non può esserlo, logicamente, in caso di presentazione congiunta, dal momento che quando questa ha luogo il giudice costituzionale non ha ancora emesso il proprio verdetto; e non lo può neppure essere laddove la presentazione si abbia in tempi diversi, anche se in quest'ultima evenienza si dovrebbe a rigore tenere separato il caso che la Corte costituzionale abbia emesso il proprio verdetto facendo esclusivo riferimento ai profili di diritto interno ovvero che abbia fatto riferimento anche o solo ai profili di carattere interordinamentale. In questo secondo caso, obiettivamente rimane il sospetto che l'interpello del giudice eurounitario si abbia da parte di un giudice nazionale con ogni probabilità insoddisfatto della risposta ricevuta dalla Consulta

pregiudiziale: una riflessione sul caso Avastin/Lucentis *e non solo*, in *Federalismi* (www.federalismi.it), 6/2020, 18 marzo 2020, 189 ss.]. Un autentico rebus, a prima vista, insolubile, come si vede, salvo ad esporre i "controlimiti" alla pronunzia del giudice sovranazionale (e il fatto stesso della lesione del giudicato costituzionale avvalorerebbe una iniziativa in tal senso). Cosa che, però, verosimilmente, non farà il giudice interrogante, proprio per l'utilizzo fatto dello strumento del rinvio pregiudiziale, né potrebbe fare *motu proprio* il giudice costituzionale, direttamente toccato dalla pronunzia della Corte di giustizia, ormai fuori gioco, a meno che non s'immagini che sollevi un conflitto di attribuzione (*sub specie* di conflitto da menomazione) davanti a se stesso nei riguardi dell'atto emesso dal giudice comune in esecuzione della pronunzia suddetta. Ma – come si sa – quest'ipotesi, seppur astrattamente configurabile, appare essere alquanto remota (o, diciamo pure, molto remota), non essendosi dato, perlomeno ad oggi, alcun caso di iniziative processuali siffatte.

Sta di fatto, però, che la esposizione dei "controlimiti" da parte del giudice costituzionale nei riguardi della normativa sovranazionale non è certo di quotidiano riscontro, tanto più eccezionale poi laddove quest'ultima risulti dalla Carta di Nizza-Strasburgo per com'è intesa e fatta valere dalla Corte che ne è istituzionalmente garante. Né la stessa Consulta ha, opportunamente, fatto appello, nella 269 (e decisioni successive), al bisogno di attivare i "controlimiti" allo scopo di giustificare l'attrazione a sé delle questioni aventi ad oggetto norme di legge contrarie a norme *self executing* della Carta dell'Unione.

[46] A quest'ultimo, d'altronde, è stato, ancora da ultimo, riportata la svolta della 269 da un'autorevole studiosa e giudice costituzionale, S. SCIARRA, *Lenti bifocali e parole comuni: antidoti all'accentramento nel giudizio di costituzionalità*, in *Un riaccentramento del giudizio costituzionale? I nuovi spazi del giudice delle leggi, tra Corti europee e giudici comuni*, cit., 37 ss.

e speranzoso di potersi diversamente orientare rispetto alle indicazioni da questa venute. Non si tratta, ad ogni buon conto, di una "impugnazione" in senso tecnico[47], come d'altronde è avvalorato dalla facoltà riconosciuta dalla stessa Corte costituzionale al giudice di potersi in ogni tempo rivolgere alla Corte di giustizia; ad ogni buon conto, è certo che sia qualcosa che le somiglia ma nulla di più.

Sta di fatto che la pronunzia della Corte dell'Unione potrebbe rivelarsi di segno assai diverso, persino opposto, rispetto a quello esibito dalla Corte costituzionale.

Si diceva poc'anzi che, in una circostanza quale quella presa ora in esame, è possibile assistere ad un cortocircuito non agevolmente superabile. A prima vista, non se ne ha traccia laddove la Corte costituzionale, pronunziandosi per prima, abbia fatto luogo alla caducazione della norma interna. In una congiuntura siffatta, la questione è infatti chiusa sotto ogni aspetto, anche dunque per quelli di rilievo interordinamentale. La Corte dell'Unione non sarà, dunque, interpellata e, perciò, non si saprà mai se avrebbe potuto insorgere un conflitto tra le Corti. Diversamente, qualora si sia fatto luogo alla presentazione congiunta delle due questioni, nella evenienza ora ragionata, la Corte eurounitaria si sentirà verosimilmente sollecitata dal *principium cooperationis* a dichiarare cessata la materia del contendere[48]. Non in tutto speculare il caso inverso, che – sempre in presenza di questione simultaneamente portata alla cognizione delle due Corti – si sia pronunziato per primo il giudice lussemburghese nel senso della sussistenza dell'antinomia. La qual cosa – si potrebbe ritenere, in nome dell'autonomia del processo costituzionale – potrebbe ugualmente dar modo alla Consulta di pronunziarsi nel merito (e non già di dichiarare la inammissibilità sopravvenuta della questione), rilevando però di necessità la lesione della Costituzione, conseguente a quella della Carta di Nizza-Strasburgo[49], salva ad ogni buon conto la sempre possibile attivazione dei "controlimiti"[50].

---

[47] … nel peculiare significato che è ad essa da attribuire con specifico riguardo alle esperienze della giustizia costituzionale (ragguagli, volendo, nei miei *Storia di un "falso". L'efficacia* inter partes *delle sentenze di rigetto della Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano 1990, e *Ripensando alla natura della Corte costituzionale, alla luce della ricostruzione degli effetti delle sue pronunzie e nella prospettiva delle relazioni con le Corti europee*, a cura di R. Balduzzi, M. Cavino e J. Luther, Giappichelli, Torino 2011, 349 ss.).

[48] … e non occorrerà, dunque, attendere il ritiro della questione presentata alla Corte di giustizia [così come invece immaginato da P. GAMBATESA, *Sulla scelta di esperire simultaneamente la questione di legittimità costituzionale e il rinvio alla Corte di giustizia nelle ipotesi di doppia pregiudizialità*, in *Riv. Gruppo di Pisa* (www.gruppodipisa.it), 2/2020, 11 agosto 2020, 166], se non forse, per il caso che la risposta da Lussemburgo dovesse tardare, al solo scopo di accelerare la definizione del caso.

[49] … in applicazione dello schema usuale della fonte interposta [a riguardo del quale, di recente, gli attenti studi di A. FUSCO, *Il mito di Procruste. Il problema dell'interposizione delle norme generative di obblighi internazionali nei giudizi di legittimità costituzionale*, in *Riv. AIC* (www.rivistaaic.it), 4/2020, 23 ottobre 2020, 250 ss., e *Il caleidoscopio normativo. La categoria dell'interposizione nell'esperienza del Giudice delle leggi*, in *Quad. cost.*, 1/2021].

[50] … magari facendola precedere – come in *Taricco* – da un nuovo interpello del giudice stesso (sul punto, per tutti, R. CONTI, An, quomodo e quando *del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia quando è 'in gioco' la Carta dei diritti fondamentali UE. Riflessioni preoccupate dopo Corte cost. n. 269/2017 e a margine di Cass. n. 3831/2018*, cit., 27 s.). Ed è interessante notare che, in una congiuntura siffatta, si ha, ancora una volta, conferma delle lungaggini processuali che possono determinarsi in conseguenza dell'iniziativa condotta su due fronti dal giudice comune, il quale nondimeno, avuta cognizione della risposta data dalla Corte di giustizia, non potrebbe subito far luogo alla "non applicazione" della norma interna

Inconvenienti non da poco possono, inoltre, aversi per il caso che, pronunziandosi per prima la Corte delle leggi, si abbia l'annullamento della norma interna per violazione del parametro sovranazionale, del quale però potrebbe non essersi fatto buon uso nel corso della vicenda processuale maturata presso la Consulta, specie laddove non si sia tenuto nel dovuto conto il diritto convenzionale "vivente", quale già affermatosi per il tramite della giurisprudenza pregressa[51]. È chiaro che sarebbe saggio per il giudice delle leggi non avviarsi lungo una strada impervia, facendosi interprete "autentico" della Carta dell'Unione senza dotarsi della "copertura" offertagli dal rinvio pregiudiziale. E, tuttavia, la frequenza con cui si assiste alla denunzia della lesione di norme della Carta stessa davanti al Consulta induce a ritenere che non si assisterà verosimilmente ad un utilizzo massiccio dello strumento in parola, di certo – come qui pure si è già rilevato – con la stessa intensità di cui si ha testimonianza presso le aule in cui si somministra la giustizia comune.

Ora, il calo vistoso dei rinvii pregiudiziali che – come si è fatto in altri luoghi notare – è da mettere in conto laddove si assista a frequenti ricorsi in via prioritaria alla Consulta comporta, *per ciò solo*, un duplice effetto negativo. Per un verso, viene a scemare in rilevante misura il mutuo sussidio che possono darsi le attività di consulenza e quelle giurisdizionali poste in essere dalla Corte dell'Unione, in particolare le prime possono giovare a mettere a punto e, se del caso, rivedere o, all'opposto, viepiù stabilizzare precedenti indirizzi interpretativi della Carta di Nizza-Strasburgo (e di fonti a questa "connesse"), mentre in conseguenza del calo suddetto diminuirebbero le occasioni per la opportuna messa a fuoco delle previsioni della Carta stessa (e, di riflesso, dei diritti cui esse si riferiscono).

Per un altro verso, poi, sul versante interno, come già si segnalava in sede di notazioni introduttive di questo studio, se ne può avere un grave *vulnus* a carico dei diritti fondamentali, quali riconosciuti in ambito europeo e, *per ciò stesso*, alla Costituzione ed alla *nostra* identità costituzionale, ove si convenga a riguardo del mutuo soccorso e della mutua integrazione che tutte le Carte si danno nei fatti interpretativi ed al fine della ottimale soluzione dei casi (su di che – come si è già rammentato – la stessa giurisprudenza ha più volte, opportunamente, richiamato l'attenzione).

---

accompagnata dalla contestuale applicazione di quella sovranazionale, trovandosi obbligato ad attendere l'esito del giudizio della Consulta.

[51] Una evenienza, questa, della quale *mutatis mutandis* potrebbe aversi riscontro anche sul terreno su cui maturano le questioni di congiunta violazione della Costituzione e della CEDU e che, perciò, per la sua parte, induce ad una sollecita ricezione del prot. 16 che, nondimeno, sembra allontanarsi per effetto della inopinata presa di posizione al riguardo registratasi qualche mese addietro alla Camera, pronunziatasi in senso avverso alla presa in esame del disegno di legge, presentato con riguardo sia al prot. 15 che al 16, per la parte in cui si riferiva a quest'ultimo. Sul punto, nondimeno, si registrano – come si sa – opinioni discordanti tra gli studiosi, alcuni avendo manifestato riserve e perplessità in merito alla opportunità della ricezione in parola, alle quali, per la mia parte, mi sono sforzato di replicare in altri luoghi [su tutto ciò, v., part., gli scritti ospitati da *Giustizia insieme* (www.giustiziainsieme.it), l'ultimo dei quali, al momento in cui si scrive, è di B. NASCIMBENE, *La mancata ratifica del Protocollo n. 16. Rinvio consultivo e rinvio pregiudiziale a confronto*, 29 gennaio 2021].

Ebbene, proprio la sottrazione delle decisioni della Corte costituzionale ad alcuna "impugnazione" non consente di rimediare agli eventuali errori dalla stessa commessi, che potrebbero anche portare alla eliminazione di norme di legge idonee a rendere un buon servizio al fine della implementazione della Carta di Nizza-Strasburgo in ambito interno. Il divieto di cui all'art. 137 insegna che la Corte non sbaglia mai (ovviamente, nel senso processuale del termine). Ma vale questa conclusione anche al piano delle relazioni interordinamentali? Perché il vero è che il disposto in parola è stato pensato per uno scenario nel quale non era neppure immaginabile che la Corte potesse pronunziarsi in merito ai significati posseduti da enunciati normativi di una Unione che al tempo, d'altronde, era *in mente Dei*. E, però, il carattere perentorio del divieto costituzionale, che non ammette eccezione alcuna, non lascia scampo, di modo che torsioni interpretative della Carta dei diritti dell'Unione operate a mezzo di decisioni ablative e rese palesi dallo scostamento da indirizzi consolidati della giurisprudenza eurounitaria, sarebbero comunque destinate a restare prive di rimedio.

Inconvenienti non da poco – come si è venuti dicendo – possono poi determinarsi laddove la Corte costituzionale, interpellata e/o comunque pronunziatasi per prima, dovesse orientarsi per il rigetto della questione, a riguardo del quale, in primo luogo, non va trascurata la circostanza per cui esso implica che la Consulta abbia altresì preso partito in merito alla denunziata violazione della Carta dell'Unione, escludendola[52].

Ebbene, poiché il divieto di cui all'art. 137, ult. c., non preclude (e – si è veduto – la stessa Corte delle leggi non preclude) il successivo interpello della Corte dell'Unione, potrebbe assistersi alla sostanziale "delegittimazione" del massimo interprete e garante della legalità costituzionale ogni qual volta a Lussemburgo dovesse riscontrarsi la sussistenza di un'antinomia, tanto più che la singolare delimitazione al riguardo stabilita dalla 269 col riferimento fatto agli "altri profili" che soli legittimerebbero il rinvio alla Corte dell'Unione non figura ormai più, grazie ad una opportuna resipiscenza maturata alla Consulta, nelle pronunzie del 2019.

Acclarato, dunque, dal giudice eurounitario il *vulnus* recato alla Carta di Nizza-Strasburgo (o a fonte a questa "connessa") da parte della norma interna, piana ed obbligata sarà la soluzione della sua "non applicazione".

[52] Si fatica, invero, a capire come la Corte, una volta scartata la denunziata violazione della Carta costituzionale, possa trattenersi dal pronunziarsi in merito ai vizi rilevati nella ordinanza di rimessione concernenti il parametro convenzionale, così come invece da taluno prospettato [da S. CATALANO, *Doppia pregiudizialità: una svolta 'opportuna' della Corte costituzionale*, cit., 37]. Il meccanismo dell'assorbimento può essere azionato solo per il caso dell'accoglimento, non pure per quello del rigetto.

Si vede bene, dunque, quale rischio la Corte costituzionale corra col pronunziarsi per prima; al tirar delle somme, non credo perciò che, se interpellata congiuntamente e simultaneamente alla Corte dell'Unione, le convenga mai farlo.

Per la eventualità ora presa in considerazione, si potrebbe immaginare di introdurre una deroga al meccanismo della incidentalità prevedendo espressamente la facoltà del giudice *a quo* di tornare ad interpellare la Consulta una volta ricevuto il verdetto della Corte dell'Unione[53]; dubito però, francamente, che un domani si pensi di far luogo alla previsione in parola innovando alla legge 87 del '53. E, poi, quand'anche questa ipotesi dovesse concretarsi, ancora una volta si avrebbe palmare conferma della opportunità (e, forse, della necessità) del previo interpello del giudice eurounitario, una volta portato alla luce del sole il carattere tortuoso di un itinerario processuale che, come nel gioco dell'oca che facevamo da bambini, obbligherebbe a tornare alla partenza una volta caduti nella casella sbagliata[54].

4. Una succinta notazione finale

La conclusione è piana. Per l'uno o per l'altro corno dell'alternativa formulata all'inizio di questa riflessione e quindi sommariamente svolta nei suoi termini essenziali, si ha – come si è veduto – riprova della opportunità di assegnare comunque la precedenza temporale alla pregiudizialità eurounitaria. Non sarà, forse, una soluzione obbligata ma di certo appare essere la più conveniente, tutt'all'inverso di quella invece preferita dalla Consulta. Una soluzione, poi, che a mia opinione resiste anche per il caso, obiettivamente remoto, di questioni non "complesse" ma di pura "costituzionalità-eurounitarietà"[55], e

[53] Si è affacciata l'idea (ancora da S. CATALANO, *op. ult. cit.*, 32, cui si richiama anche P. GAMBATESA, *Sulla scelta di esperire simultaneamente la questione di legittimità costituzionale e il rinvio alla Corte di giustizia nelle ipotesi di doppia pregiudizialità*, cit., 168) che il secondo interpello della Corte delle leggi possa di già al presente aver luogo, ipotesi nondimeno – come si viene dicendo nel testo – non praticabile, in forza dei canoni vigenti che presiedono all'apertura dei giudizi di costituzionalità, a meno che non si ritenga che la seconda volta la questione non sia la stessa della prima, vale a dire che sia mutata la "situazione normativa" – come a me piace chiamarla – che si pone ad oggetto del sindacato di costituzionalità (su ciò, ragguagli in A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*[6], cit., 101 ss.); in realtà, la questione, nei suoi connotati oggettivi non è però mutata, pur meritando di essere rivista sotto una luce completamente diversa per effetto della pronunzia della Corte dell'Unione.

[54] Come si è veduto, si ha qui conferma della esistenza di fondate ragioni di economia processuale che giocano a sostegno della tesi, qui nuovamente caldeggiata, favorevole ad accordare la precedenza alla pronunzia della Corte dell'Unione rispetto a quella della Corte delle leggi.

[55] Non è agevole, per vero, immaginare che una norma di legge sia sospetta di violare la sola Carta di Nizza-Strasburgo e non pure, allo stesso tempo, la Costituzione. Una evenienza, questa, che non escludo, per un aprioristico convincimento, potersi immaginare ma che sarà, con ogni probabilità, ritenuta inverosimile da parte degli operatori, specie laddove dovessero allinearsi alla indicazione data dal giudice costituzionale che non ha in più occasioni celato di volersi fare portatore di un'idea mitica o, diciamo pure, sacrale di Costituzione, siccome giudicata idonea ad offrire protezione ad ogni bisogno elementare dell'uomo, ad ogni diritto inviolabile insomma. Piuttosto, potrebbe farsi questione del grado o dell'intensità della tutela stessa, ammettendosi – come, a mia opinione, deve ammettersi – che possano darsi diritti riconosciuti, sì, dalla nostra legge fondamentale e tuttavia da questa garantiti in minor misura rispetto ad un'altra Carta, sia essa la CEDU o, appunto, la Carta dell'Unione o altra Carta ancora. Ma, com'è chiaro, si tratta di

che resiste altresì per l'altro caso, al primo nondimeno analogo, che il giudice si determini a presentare dapprima alla Corte delle leggi una questione di costituzionalità riferita solo a parametri interni (e, dunque, scevra di ogni riferimento ad una ipotetica lesione del parametro sovranazionale), e, all'esito della stessa, si determini per la presentazione di altra questione davanti alla Corte dell'Unione, potendosi anche in siffatta evenienza avere riscontro di divergenti orientamenti delle Corti interpellate.

È chiaro che, in forza dell'attuale "diritto vivente" per come fin qui interpretato e fatto valere per il tramite della giurisprudenza costituzionale, ogni decisione finale spetta, a conti fatti, ai singoli giudici, liberi d'imboccare l'una ovvero l'altra via con precedenza rispetto all'altra. Al fine, tuttavia, di fugare il rischio che abbiano ad affermarsi soluzioni occasionali e dagli effetti poi incontrollabili, anche in relazione alla medesima questione pendente presso sedi giudiziarie diverse, non resta, in conclusione, che auspicare che si formi un indirizzo o – se si preferisce – una vera e propria *consuetudine giurisprudenziale* nel senso qui patrocinato, siccome ritenuto il più razionale ed idoneo a dipanare la matassa che avvolge la questione ora nuovamente trattata e che, ad ogni buon conto, seguiterà sicuramente a fare discutere ancora a lungo.

questione diversa da quella ora ragionata nel testo di una lacuna costituzionale in merito a diritti invece riconosciuti in ambito eurounitario.

Udienza da remoto e contraddittorio orale: una prassi (quasi) consolidata

PREMESSA: IL PERCORSO VERSO IL CONTRADDITTORIO ORALE

L'emergenza epidemiologica da Covid-19 e la necessità di introdurre efficaci misure di contenimento ha forzatamente inciso su alcuni importanti istituti su cui poggia lo svolgimento del processo amministrativo, quali quelli della pubblicità e dell'oralità dell'udienza.

Per assicurare la continuità dell'attività giurisdizionale in forme compatibili con l'imposizione del distanziamento sociale, il principio del contraddittorio – costituzionalmente garantito – ha conosciuto diversi adattamenti, transitando per previsioni tra loro dissonanti (valide per l'udienza camerale e l'udienza pubblica).

Inizialmente, si è stabilito che fino al 31/5/2020 tutte le controversie fissate per la trattazione passassero in decisione sulla base degli atti, salvo che almeno una delle parti avesse chiesto la discussione, con conseguente potere del Presidente di ammettere il collegamento da remoto dei difensori (art. 3 comma 4 del D.L. 11/2020).

Tale previsione è stata abrogata dall'art. 84 del D.L. 18/2020, ai sensi del quale dal 6/4/2020 al 15/4/2020 tutte le controversie fissate per la trattazione passavano in decisione, senza discussione orale, sulla base degli atti depositati, se ne facevano congiuntamente richiesta tutte le parti costituite (comma 2), mentre dal 15/4/2020 al 31/7/2020 il passaggio in decisione seguiva lo stesso percorso (con l'esclusione della discussione orale) salva la facoltà per le parti di presentare brevi note sino a due giorni liberi prima della data fissata per la trattazione (comma 5).

Una mitigazione decisiva è stata introdotta con il D.L. 28/2020 (poi conv. in L. 70/2020), il quale ha stabilito al comma 1 che dal 30/5/2020 e fino al 31/7/2020 poteva essere chiesta discussione orale mediante collegamento da remoto, con istanza depositata entro il termine indicato.

A seguito del riacutizzarsi della pandemia nello scorso autunno, tale ultima previsione è stata recepita nel D.L. 137/2020 che l'ha estesa alle udienze pubbliche e alle camere di consiglio dal 9/11/2020 al 31/1/2021 (termine finale poi differito al 30/4/2021 con la L. di conversione n. 176/2020).

1) LA DISCIPLINA DELLA DISCUSSIONE TELEMATICA

a) Il sistema di svolgimento delle udienze da remoto nel 2020 – interrotto nei soli mesi di agosto, settembre e ottobre con il ripristino delle "presenze fisiche" dei giudici amministrativi in Tribunale – ha conosciuto un breve periodo caratterizzato dal "contraddittorio cartolare coatto", per poi affinarsi

(nei mesi di giugno e luglio 2020 e poi dal 9 novembre) in un'oralità sia pur "condizionata". Il regime è, a tutt'oggi, operativo.

b) La disposizione pertinente (art. 4 comma 1 del D.L. 28/2020 conv. in L. 70/2020, a sua volta richiamata dall'art. 25 comma 1 del D.L. 137/2020) dispone che "... *può essere chiesta discussione orale con istanza depositata entro il termine per il deposito delle memorie di replica ovvero, per gli affari cautelari, fino a cinque giorni liberi prima dell'udienza in qualunque rito, mediante collegamento da remoto con modalità idonee a salvaguardare il contraddittorio e l'effettiva partecipazione dei difensori all'udienza, assicurando in ogni caso la sicurezza e la funzionalità del sistema informatico della giustizia amministrativa e dei relativi apparati e comunque nei limiti delle risorse attualmente assegnate ai singoli uffici. L'istanza è accolta dal presidente del collegio se presentata congiuntamente da tutte le parti costituite. Negli altri casi, il presidente del collegio valuta l'istanza, anche sulla base delle eventuali opposizioni espresse dalle altre parti alla discussione da remoto. Se il presidente ritiene necessaria, anche in assenza di istanza di parte, la discussione della causa con modalità da remoto, la dispone con decreto. ... In alternativa alla discussione possono essere depositate note di udienza fino alle ore 12 del giorno antecedente a quello dell'udienza stessa o richiesta di passaggio in decisione e il difensore che deposita tali note o tale richiesta è considerato presente a ogni effetto in udienza*…".

c) Emerge dunque che, soltanto in caso di istanza condivisa da tutte le parti costituite, proposta nei termini, il Presidente è privo di margini di apprezzamento ed è tenuto ad ammettere la discussione telematica (Come sottolineato dal Presidente del Consiglio di Stato nelle Linee guida del 25/5/2020, "l'accoglimento è diretto effetto della norma"). Nelle altre situazioni, in cui la domanda proviene da una o da alcune soltanto delle parti (con il silenzio ovvero la contrarietà manifestata dall'altra o dalle altre) ovvero in difetto di iniziative, il Presidente mantiene uno spazio discrezionale sulla decisione di disporre il contraddittorio orale.

2) PRESENTAZIONE DI NOTE DI UDIENZA SOLO PREVIA ISTANZA DI DISCUSSIONE?

a) La disposizione sopra evocata consente alle parti di depositare, fino alle ore 12:00 del giorno antecedente a quello dell'udienza stessa, note di udienza o richiesta di passaggio in decisione esclusivamente "in alternativa alla discussione".

b) E' parsa inequivoca, per il tenore letterale e la ratio della normativa in esame, l'alternatività e non complementarietà degli strumenti in questione (discussione e note di udienza), sicché la produzione di note difensive ad opera della parte che abbia chiesto e partecipato alla discussione è inammissibile, ponendosi al di fuori dello schema legale descritto (così è espresso il T.A.R. Sicilia Catania, sez. I – nella sentenza 1/12/2020 n. 3232, che ha accolto l'eccezione sollevata in proposito dalla controparte).

c) Diversa è la questione se la presentazione di note d'udienza esiga che la discussione sia stata chiesta da almeno una delle parti o sia stata disposta dal Presidente d'ufficio, e che dunque l'ulteriore confronto dialettico in prossimità della trattazione sia stato sollecitato.

Secondo un orientamento, il rapporto di alternatività va inteso in concreto, per cui in assenza del predetto impulso alla discussione la causa passa in decisione senza possibilità di depositare scritti difensivi (così questi ultimi sono stati dichiarati inutilizzabili nelle sentenze del T.A.R. Piemonte, sez. II – 22/12/2020 n. 899 e 29/12/2020 n. 910; del T.A.R. Sicilia Palermo, sez. III – 14/12/2020 n. 2891; del T.A.R. Lombardia Milano, sez. I – 5/1/2021 n. 34). Se la parte non ha presentato alcuna istanza di discussione, non può depositare "note di udienza" ulteriori rispetto a quanto già prodotto (cfr. memorie di rito). Allo stesso modo si è ragionato nel caso di una richiesta di discussione formulata tardivamente (T.A.R. Piemonte, sez. II – 7/1/2021 n. 15).

d) L'impostazione è aderente a quella sostenuta nelle Linee guida del Presidente del Consiglio di Stato, ad avviso del quale <<Si tratta di inedita ed eccezionale misura, alternativa al contraddittorio orale, fruibile dalle parti solo nell'ambito del rito di cui all'art. 4 del D.L. n. 28 del 2020 e dunque, solo quando le parti, singolarmente o congiuntamente, abbiano chiesto la discussione, o il presidente l'abbia disposta d'ufficio. Il Legislatore ha messo cioè a disposizione delle parti, che per motivi tecnici non possano o non vogliano fruire del collegamento da remoto, un'ulteriore chance di trattazione cartolare, anche al fine di disincentivare radicali opposizioni alla discussione orale destinate a "scaricarsi" sulla economicità e celerità del processo>>.

e) Per un diverso indirizzo, la disposizione potrebbe aver di per sé affidato ai contendenti la scelta tra la produzione di scritti e la partecipazione in modalità "da remoto": la norma di legge sarebbe suscettibile di un'interpretazione più ampia nel senso che sarebbe consentito in ogni caso – e dunque anche se le parti non hanno presentato istanza di trattazione orale telematica – il deposito di scritti difensivi fino alle ore 12:00 antimeridiane del giorno antecedente a quello dell'udienza per esprimersi sulle questioni controverse e spiegare un pieno contraddittorio (cfr. T.A.R. Liguria, sez. II - 19/6/2020 n. 412; T.A.R. Emilia Romagna Bologna, sez. II – 12/1/2021 n. 13, che tuttavia ha nello specifico ritenuto di non tenere conto delle note di udienza in quanto il difensore-autore si era opposto alla discussione orale telematica richiesta dalla controparte, sottolineando tra l'altro l'esaustività delle tesi già espresse nelle memorie precedenti).

3) LE VALUTAZIONI DEL PRESIDENTE: LE ISTANZE DI DISCUSSIONE ACCOLTE

Le statuizioni di accoglimento in assenza di opposizione non richiedono l'esternazione delle ragioni a supporto (si veda, ad esempio, Consiglio di Stato, sez. IV –21/1/2021 n. 53). Le Linee guida, anzi, escludono la necessità di un decreto (salvo necessità peculiari) e ritengono sufficiente l'implicito assenso ricavabile dall'invio del link per collegarsi all'udienza, a cura delle Segreterie.

Rivestono dunque maggiore interesse le decisioni presidenziali che intervengono in un quadro di posizioni contrapposte, in cui l'input al contraddittorio orale incontra il disfavore di una o delle altre parti della causa.

a) Gli accoglimenti "de plano" o con motivazione sintetica

In una serie di casi, il Presidente si è pronunciato favorevolmente sulla domanda di discussione telematica, valorizzando la necessità di garantire – nella massima misura possibile – l'esercizio del diritto di difesa e il contraddittorio ex art. 24 della Costituzione, tenuto conto che le parti che non intendono partecipare alla discussione possono depositare note in prossimità dell'udienza fissata.

Così si esprimono, in particolare i seguenti decreti:

- T.A.R. Sicilia Palermo, sez. I – 8/1/2021 n. 31, malgrado controparte evidenzi l'avvenuto deposito agli atti di causa di documenti e/o memorie conclusive;

- T.A.R. Marche – 19/6/2020 n. 109 e 110, il primo del quale affronta un'opposizione in cui viene obiettato che "… la causa sia adeguatamente istruita e che la discussione orale risulta superflua, avendo le parti già esposto le proprie ragioni";

- Consiglio di Stato, sez. IV – 9/11/2020 n. 1777;

- T.A.R. Veneto, sez. I – 8/6/2020 n. 542 e 14/7/2020 n. 618, in cui non aderisce al rilievo per cui il contraddittorio sarebbe stato sviluppato nella sua completezza e una discussione diverrebbe superflua (primo decreto) ovvero le parti avrebbero già ampiamente illustrato, in numerose memorie, le questioni controverse in fatto e in diritto, e il dibattito da remoto assumerebbe il tenore di un mero appesantimento procedurale (secondo decreto);

- T.A.R. Sicilia Palermo, sez. III – 14/7/2020 n. 366, che disattende l'osservazione che afferma un ormai "compiuto contraddittorio cartolare";

- T.A.R. Trentino Alto Adige Trento – 22/7/2020 n. 13, che non asseconda la dedotta esaustività dei depositi in forma scritta, e avverte che "l'indubbia rilevanza e complessità della causa richiede comunque, prima della sua spedizione a sentenza, anche una sua pur succinta discussione orale tra le parti, non potendosi nemmeno escludere che nel corso della stessa il Collegio necessiti di chiedere ulteriori chiarimenti alle parti medesime";

- T.A.R. Calabria Catanzaro, sez. I – 17/6/2020 n. 212, che ritiene di non valorizzare il richiamo alla natura documentale del giudizio e alla sufficienza del materiale difensivo prodotto dalle parti.

b) Gli accoglimenti accompagnati da spunti di riflessione

Talora, a fronte delle opposizioni, i Presidenti illustrano in maniera dettagliata le ragioni che inducono a optare per la discussione orale.

1. Il T.A.R. Campania Napoli, sez. V – 22/1/2021 n. 94, pur richiedendo la rappresentazione delle esigenze processuali a sostegno del contraddittorio in forma orale, esige che l'eventuale opposizione, generando un'interferenza con la piena esplicazione delle facoltà difensive, sia supportata da "rilievi e deduzioni di circostanze ed esigenze difensive di carattere oggettivo, ovvero a insuperabili impedimenti tecnici, come da punto 6 delle pertinenti Linee guida diramate dal Presidente del

Consiglio di Stato"; sulla stessa lunghezza d'onda T.A.R. Campania Napoli, sez. VIII – 5/6/2020 n. 317 precisa che l'opposizione, pur contemplata dall'art. 4 del D.L. 28/2020 rimettendo ogni valutazione al prudente apprezzamento del Presidente, "debba necessariamente essere apprezzata con riguardo ad esigenze di sicurezza e funzionalità del sistema informatico (che nella specie non si prefigurano) ovvero ad oggettive esigenze difensive, da esplicitarsi adeguatamente": diversamente, con la compressione della trattazione orale riaffiorerebbe il contraddittorio cartolare "coatto" caratteristico della precedente legislazione emergenziale, ormai espunto dalla vigente normativa.

2. Anche il giudice d'appello (cfr. Consiglio di Stato, sez. V – 16/12/2020 n. 2304) sottolinea che l'opposizione alla modalità di discussione in questione "può essere ragionevolmente giustificata, anche in ragione del dovere delle parti di cooperare «per la realizzazione della ragionevole durata del processo» (art. 2, comma 2, cod. proc. amm.), da impedimenti di carattere tecnico a partecipare alla discussione da remoto e non su ragioni che si iscrivono nell'ambito dell'esercizio del diritto di difesa della parte e che eventualmente potranno essere considerate dal presidente nella direzione della camera di consiglio, sotto forma di richiamo al dovere di sinteticità".

3. Ampie argomentazioni sono sviluppate da T.A.R. Lazio Roma, sez. II-bis – 16/11/2020 n. 3435. Il Presidente, replicando alla considerazione per la quale la causa sarebbe "già matura per la decisione" e che qualsivoglia ulteriore approfondimento "non apporterebbe alcun ulteriore elemento utile ai fini della decisione", osserva in linea generale <<che pur nella speciale cornice normativa emergenziale, essendo la discussione un diritto del difensore, ciascuna delle parti può disporre solo delle proprie facoltà processuali, decidendo di liberamente sottrarsi alla discussione chiesta da altri optando per la propria assenza, e potendo conseguentemente l'opposizione essere giustificata con riferimento alle sole modalità telematiche di discussione sulla base di gravi ragione tecniche, con opzione, in alternativa, per un rinvio della causa al fine di consentire una discussione in praesentia e non da remoto, ferma restando la valutazione presidenziale …>>. Sostiene il carattere straordinario e di stretta interpretazione dell'istituto dell'opposizione, e ripercorre le riflessioni sopra riportate del T.A.R. Campania Napoli. Evoca infine il principio del contraddittorio, fermo restando il carattere essenzialmente documentale e scritto del processo amministrativo, senza possibilità di introdurre nuove censure, ed impregiudicata la facoltà di presentare memorie e note di udienza nel rispetto dei previsti termini.

4. Nello stesso solco si collocano T.A.R. Lazio Roma, sez. I-bis – 9/11/2020 n. 3412, T.A.R. Lazio Roma, sez. II-bis – 14/7/2020 n. 2307 (che supera l'obiezione dell'inutilità della discussione "a fronte del tecnicismo della controversia"), T.A.R. Lazio Roma, sez. II-bis – 24/6/2020 n. 2094 (che disattende le asserzioni di controparte sull'assoluta genericità della domanda, che sarebbe "… priva di qualsivoglia (palesata) particolare ragione e/o esigenza defensionale … e, comunque, non indicante alcuna peculiare questione – connessa al giudizio di riferimento – meritevole di essere discussa in modalità eccezionale "da remoto"). Così si esprime anche T.A.R. Campania Napoli, sez. VII – 16/11/2020 n. 953, a fronte di un'opposizione alla discussione orale per essere stata "la causa … sufficientemente istruita", e per essere state "tutte le difese…ampiamente espletate". Analoga è la posizione espressa da T.A.R. Lazio Roma, sez. II-quater – 9/7/2020 n. 2278, che a fronte della dedotta compiutezza del contraddittorio cartolare e della non particolarità della controversia, oppone "che la discussione orale costituisce incomprimibile estrinsecazione del diritto di difesa, come attestato anche dalla legislazione d'urgenza della cui applicazione si tratta".

5. Al filone interpretativo si associa T.A.R. Emilia Romagna Bologna, sez. I – 5/11/2020 n. 198, che ravvisa nel contraddittorio orale da remoto "una opzione prevalente rispetto a quella del passaggio in decisione allo stato degli atti (senza discussione)".

c) I profili (superabili) di tardività dell'istanza

1. Ad avviso di T.A.R. Bologna, sez. I – 10/11/2020 n. 208, il termine per proporre l'istanza (stabilito in cinque giorni liberi prima dell'udienza pubblica) non ha carattere perentorio. Il T.A.R. precisa poi che la controversia involge situazioni e questioni alquanto delicate sia in punto di fatto che di diritto, che rendono utile la discussione orale da remoto. Analogamente si pronuncia T.A.R. Trentino Alto Adige Bolzano – 22/1/2021 n. 1 avendo "Ritenuto che gli argomenti indicati nell'istanza di opposizione non rappresentino un valido motivo per negare la discussione da remoto, posto che il termine in questione non è perentorio e che il ricorrente ha giustificato con validi argomenti la ragione del ritardo";

2. L'indirizzo è coerente con la previsione delle Linee guida (par. 4), che qualificano i termini come perentori ma ne individuano la ratio in esigenze di corretta gestione dell'udienza, e pongono l'accento sul potere residuale del Presidente di disporre, ove necessario, la discussione da remoto anche in assenza di istanza di parte, così da temperare l'effetto delle preclusioni legate al venir meno del suddetto lasso temporale minimo.

3. Nell'aderire a tale impostazione il T.A.R. Calabria Reggio Calabria – 8/6/2020 n. 55 (in un caso in cui le parti resistenti non si oppongono alla discussione da remoto tardivamente richiesta) fissa la discussione orale avvalendosi di tale potere officioso, ritenendo ravvisabile "una oggettiva ragione di incertezza su questione di diritto ai sensi dell'art. 37 c.p.a., considerato che con il computo a ritroso il termine per il deposito dell'istanza veniva a scadere in un periodo sì successivo all'entrata in vigore del D.L. n. 28 del 2020, ma antecedente a quello fissato dallo stesso art. 4 ("A decorrere dal 30 maggio e fino al 31 luglio 2020 può essere chiesta discussione orale ...") e alla stessa data di adozione e pubblicazione delle Linee guida del Presidente del Consiglio di Stato e del Protocollo d'intesa con l'Avvocatura sulle udienze da remoto".

d) La centralità del ruolo del Giudice

Il T.A.R. Lombardia Brescia, sez. I – 12/6/2020 n. 132, nel concludere che "non si ravvisano né nell'istanza di opposizione, né negli atti del giudizio nel suo complesso, elementi che conducano a valutare negativamente l'istanza di discussione orale", articola argomentazioni sul preminente potere (e correlata responsabilità) del giudice competente nell'interpretazione e applicazione della normativa emergenziale. Nello specifico, confronta il rito ordinario, in cui ciascuna delle parti può sollecitare la discussione orale, "senza che ad altro soggetto processuale possa essere riconosciuto un potere interdittivo rispetto a tale richiesta", con il peculiare rito emergenziale ex art. 4 del D.L. 28/2020, ove "il giudice dispone viceversa di tale potere, potendo giustificatamente preferire alla discussione orale mediante collegamento da remoto, il contraddittorio scritto di cui all'art. 84 comma 5 del D.L.

18/2020". Nel dirigere l'udienza da remoto, il Presidente disporrebbe di un margine valutativo nella scelta tra le due opzioni.

4) LE VALUTAZIONI DEL PRESIDENTE: LE ISTANZE DI DISCUSSIONE RESPINTE

Più rari, ma non per questo meno degni di attenzione, sono i casi di decisione negativa in sede monocratica.

a) I rigetti supportati da sintetiche ragioni

Si possono evidenziare le seguenti statuizioni:

- Consiglio di Stato, sez. V – 3/6/2020 n. 881 (in direzione contraria rispetto ai convincimenti maturati nella prassi), dopo aver valutato il contesto circostanziale e normativo speciale relativo alla svolgimento dell'udienza mediante modalità telematiche "ed essendo fatta salva l'integrità del contraddittorio comunque pienamente garantita", accoglie l'opposizione, non emergendo un'obiettiva peculiarità della causa tale da superare il principio della concorde convergenza delle parti nel richiedere la discussione orale nelle modalità attualmente previste.

- TAR Molise – decreto 4/6/2020 n. 43, nel respingere la richiesta di discussione orale da remoto avanzata dalla ricorrente, ritiene "superfluo consentire siffatta discussione al (solo) fine di valutare la relativa istanza di rinvio per termini a difesa".

- T.A.R. Emilia Romagna Bologna, sez. II – 8/1/2021 n. 6 richiama il contenuto della norma attributiva del potere e assume che il Presidente – in mancanza di una concorde richiesta delle parti costituite – può valutare l'istanza "anche" sulla base delle eventuali opposizioni espresse "e conseguentemente parrebbe doversi intendere come non soltanto sulla base di queste ultime". Aggiunge che l'istanza in oggetto "è genericamente delineata, senza specifica indicazione dei profili di fatto o di diritto che si intendano eventualmente discutere" e puntualizza, altresì, che il ricorso "è ampiamente argomentato".

b) I profili (non superabili) di tardività dell'istanza

- T.A.R. Marche – 28/11/2020 n. 204 accoglie l'opposizione sul presupposto della perentorietà del termine previsto dalla legge per la presentazione dell'istanza di discussione da remoto, "anche al fine di garantire, alle controparti, un congruo termine per programmare le proprie attività" e ribadendo la facoltà di presentare brevi note difensive fino alle ore 12 del giorno antecedente a quello dell'udienza.

- Anche T.A.R. Lombardia Milano, sez. II – 15/1/2021 n. 17, nell'aderire all'opposizione, sottolinea che l'istanza è ampiamente tardiva, e dispone che la causa passerà in decisione senza discussione

orale, non emergendo “esigenze che la rendano necessaria alla luce delle memorie difensive e della documentazione esibite in giudizio”. T.A.R. Lombardia Milano, sez. II – 5/1/2021 n. 3 rigetta la domanda di discussione orale depositata l’ultimo giorno utile ma alle ore 14:37, e quindi oltre il termine finale delle ore 12 di quello stesso giorno.

- Nell’uniformarsi al precitato orientamento, T.A.R. Campania Napoli, sez. I – 9/11/2020 n. 1093 richiama la consolidata giurisprudenza per la quale i termini fissati dall’art. 73 comma 1 Cpa per il deposito di memorie difensive e documenti – cui sarebbe assimilabile quello in parola, fissato per chiedere la discussione da remoto, anche alla luce dell’espresso richiamo normativo – “hanno carattere perentorio, in quanto espressione di un precetto di ordine pubblico processuale posto a presidio del contraddittorio e dell’ordinato lavoro del giudice, oltre che delle esigenze di corrente funzionalità degli Organi e degli Uffici della Giustizia Amministrativa specificamente prese in considerazione nel quarto periodo del citato comma 1 dell’art. 4 D.L. n. 28/2020”.

- Anche la sentenza del T.A.R. Puglia Lecce, sez. III – 7/1/2021 n. 3 si allinea all’indirizzo sfavorevole, ma in tal caso la tardività dell’istanza, depositata il giorno precedente, è rilevata dal Presidente in udienza pubblica.

5) L’OPPOSIZIONE “DI PRINCIPIO” ALLA DISCUSSIONE ORALE GIA’ DISPOSTA

In talune situazioni le parti formulano istanza di rinvio evidenziando l’inopportunità della discussione da remoto e la necessità di un dibattito in presenza.

- T.A.R. Calabria Reggio Calabria 17/6/2020 n. 61 dispone d’ufficio la discussione orale, in presenza di “istanza di rinvio dell’udienza del 24.06.2020 e opposizione alla trattazione dell’udienza da remoto e/o mediante il deposito di note scritte”. A fronte della richiesta che la celebrazione dell'udienza venga differita a data in cui è possibile la discussione del ricorso con la presenza fisica dei difensori, il T.A.R. ritiene che “l’insieme delle misure previste dall’art. 84 L.n. 27/2020 e dall’art. 4 D.l. n. 28/2020, cui la parte ricorrente ha inteso opporsi, rappresenta una modalità di tutela idonea a garantire il diritto di difesa e certamente adeguata rispetto al contesto dell’attuale situazione emergenziale”.

- Consiglio di Stato, sez. II – 15/1/2021 n. 24 evidenzia che “ratione temporis, l'unica possibilità di discussione contemplata e ammessa dall'ordinamento è quella con collegamento da remoto” sia pure in via straordinaria e temporanea: tale essendo l’unica modalità di svolgimento della discussione orale, “resta preclusa all'interprete ogni opzione interpretativa che, invece, ammetta la discussione in presenza, da intendersi quale possibilità esclusa, implicitamente, ma chiaramente, dalla citata normativa di riferimento (in ragione del suo carattere completo ed esauriente)”. Dal momento che la discussione da remoto, come si è sperimentato, è idonea ad assicurare l'integrità del contraddittorio, non si ravvisano ragioni per smentire l’assunto “dell'equivalenza della discussione orale da remoto rispetto a quella in presenza, quanto alla sua capacità di salvaguardare in maniera adeguata l'esercizio dei diritti di difesa e la pienezza della dialettica processuale”.

- Più diffusamente la sentenza del T.A.R. Lazio Roma, sez. I – 27/7/2020 n. 8778 (che risulta appellata) prende posizione, disattendendola, su un’istanza di rinvio nella quale si chiede la presenza

fisica degli avvocati. La pronuncia avverte che la pienezza del contraddittorio è garantita dalla comparsa di tutte le parti all'udienza da remoto (nel caso di specie puntualmente fissata dal Presidente). Osserva che il temuto rischio di malfunzionamenti e/o inconvenienti tecnici è stato smentito nei fatti dai collegamenti (che sono avvenuti correttamente). Esclude che sussistano "ex lege" facoltà difensive definite dalla parte "connaturali solo ad un'udienza in presenza", quali, a titolo esemplificativo, la possibilità dei difensori componenti il collegio difensivo di consultarsi fra loro e coordinare, durante la discussione, le difese, nonché di vagliare *in fieri*, congiuntamente e contestualmente, atti istruttori oggetto della discussione. Richiama da ultimo il principio fondamentale secondo cui "Il giudice amministrativo e le parti cooperano per la realizzazione della ragionevole durata del processo", di cui all'art. 2, comma 2, c.p.a., soprattutto nella fattispecie, "ove opera anche l'art. 119 c.p.a.; inoltre erano stati disposti già precedenti rinvii, sussiste la concessione di misura cautelare e permane l'esigenza, anche nel rispetto di tutti gli interessi delle parti costituite, di una celere definizione del contenzioso …".

OSSERVAZIONI CONCLUSIVE

La Corte di Cassazione (cfr. sez. VI civile – ordinanza 2/3/2017 n. 5371) ha statuito che "il principio di pubblicità dell'udienza - di rilevanza costituzionale in quanto, seppur non esplicitato dalla Carta Fondamentale, è connaturato ad un ordinamento democratico e previsto, tra gli altri strumenti internazionali, segnatamente dall'art. 6 CEDU - non riveste carattere assoluto e può essere derogato in presenza di "particolari ragioni giustificative", ove "obiettive e razionali" (Corte cost., sent. n. 80 del 2011). In questo senso, ha potuto essere tollerato il breve periodo di contraddittorio cartolare coatto (per camere di consiglio e le udienze pubbliche celebrate dal 6/4 al 31/5/2020).

L'introduzione della trattazione orale con collegamento telematico ha definitivamente colmato tale (indubbio) deficit.

Oggi, per l'indirizzo largamente maggioritario l'istanza di discussione da remoto non necessita di particolare motivazione a supporto, costituendo il dibattito orale la naturale esplicitazione del diritto di difesa costituzionalmente garantito. La discussione è cioè una prerogativa processuale riconosciuta a ciascuna parte, che resta libera di disporne come crede senza tuttavia vantare un potere di opposizione di uguale spessore. Perciò (salvo isolate opinioni contrarie) una volta avanzata la relativa richiesta, anche priva di una diffusa rappresentazione delle ragioni sottese, le controdeduzioni che accompagnano l'opposizione si rivelano ordinariamente recessive.

Il dissenso esplicitato nei confronti del contraddittorio orale è suscettibile di valorizzazione solamente in casi eccezionali e residuali, in cui affiorano valide e contrapposte esigenze difensive (in particolare, per le disfunzioni del sistema informatico), tali da giustificare un breve rinvio ovvero il deposito delle sole note difensive.

A questo proposito, soccorrono le più volte evocate Linee guida del Presidente del Consiglio di Stato (par. 8), che rimettono al Collegio l'apprezzamento degli imprevisti dell'ultima ora (interruzione del collegamento per motivi tecnici o insufficienza degli apparecchi utilizzati) e richiamano l'art. 127

c.p.c., applicabile anche al processo amministrativo in forza del rinvio di cui all'art. 39 c.p.a., in combinato disposto con l'art. 11 delle disposizioni attuative del c.p.a.: esso prevede che l'udienza è diretta dal Presidente del collegio (comma 1), il quale "può fare o prescrivere quanto occorre affinché la trattazione delle cause avvenga in modo ordinato e proficuo, regola la discussione, determina i punti sui quali essa deve svolgersi e la dichiara chiusa quando la ritiene sufficiente" (comma 2).

Si può in definitiva sottolineare che il processo amministrativo telematico e le sue infrastrutture tecnologiche permettono, nel protrarsi del periodo di diffusione dell'epidemia da Covid-19, di rispettare le regole di prevenzione sanitaria e gli obblighi di distanziamento sociale. E che l'udienza da remoto costituisce uno strumento utile ed efficace, idoneo a garantire la piena esplicazione del contraddittorio. Nell'attesa del rientro in aula.

Stefano Tenca
Consigliere Tar

Pubblicato l'8 febbraio 2021

Alcune idee per una PA migliore per il Paese. Non solo per il Recovery

Recentemente il Presidente del Consiglio di Stato Filippo Patroni Griffi, ha espresso in modo chiaro che la materia dei contratti pubblici potrebbe essere in poco tempo semplificata ritornando alle direttive UE e abbattendo il cosiddetto *goldplating*, l' "indoramento", l'aggravamento anomalo attuato di solito dallo Stato italiano nelle leggi (spesso decreti delegati) di recepimento delle direttive.

Certo, c'è la esigenza di disciplinare gli aspetti interni, ma in una materia caratterizzata da tante fonti del diritto quali regolamenti e direttive europee, normativa statale primaria e secondaria (allo stato, non l'auspicato regolamento unico, ma varie decine di regolamenti, linee guida Anac e anche leggi regionali su materie secondarie, quali la composizione delle commissioni), bandi (il bando è definito la *lex specialis* della gara), capitolati, contratti, si può e si deve provare a espungere il troppo e il vano, e guarire dal "morbo" del troppo diritto.

Oggi urge velocità, ma, per altre riforme di sistema, come detto dal Presidente Draghi per la riforma del Fisco, va auspicata la "*lentezza del codificatore*" (come fatto in Francia e in Germania e come si era iniziato negli anni duemila in Italia attraverso un processo di codificazione rimasto a metà del guado), al fine di non cadere nel cosiddetto "paradosso della effettività": con il fine o la scusa di mutare le norme per renderle sempre più adeguate, si crea l'effetto perverso della loro instabilità e quindi della incertezza del diritto.

In più, si accentua la sensazione di ingiustizia, tra coloro che sono penalizzati dall'una o dall'altra delle diverse scelte normative nel tempo, con ulteriore aggravamento della conflittualità sociale.

Le riforme di sistema, perché siano efficaci e quindi durature, richiedono a loro volta tempi di approfondimento, visione, chiarezza, armonia nelle correlazioni tra le diverse parti.

In Italia sono stati scritti i codici importanti per la vita dei cittadini anche durante la tragedia della seconda Guerra mondiale, e le migliori menti del tempo vennero coinvolte e, consapevoli della tragicità del momento, seppero cogliere la esigenza del lascito ai posteri.

Pertanto, nel settore dei contratti pubblici, la soluzione a portata di mano è lo snellimento e la redazione di un codice sulla base delle sole direttive europee, nei tempi giusti.

Purtroppo, per chi vive la pratica dell'Amministrazione, della realizzazione vera delle cose (che sia un ospedale, o soltanto la manutenzione di un ospedale, una bonifica come Bagnoli, la realizzazione di residenze universitarie, una infrastruttura ferroviaria o stradale, la realizzazione di un impianto di compostaggio se non di un termovalorizzatore), la normativa, la legge, il codice dei contratti pubblici, che nella parte più pregnante riguarda la questione della scelta dell'altro contraente e la esecuzione del contratto, è solo una delle questioni, anche se importante, tra quelle da affrontare.

La spasmodica attenzione alla riforma del codice dei contratti pubblici, peraltro in modo negativo accostata alla normativa anticorruzione, costituisce in parte un errore, anche di metodo, del decisore politico pubblico, dovuto forse alla lontananza dai problemi concreti propri degli enti di gestione diretta.

Per realizzare una grande infrastruttura, non basta l'intervento sul codice dei contratti pubblici, anche per quanto riguarda la fase esecutiva.

Occorrono sì normative idonee, ma anche visione, programmazione, competenze anche tecniche, condivisione, procedimenti adeguati, controlli, efficacia, perseveranza.

Né è una vittoria da declamare, da sola, visti gli standard di spesa dei fondi europei, l'avere ottenuto l'ampia disponibilità finanziaria, costituita oggi dai fondi UE del Recovery Plan, se non si ha la cognizione sul campo dei procedimenti dalla "*culla alla tomba*", dalle problematiche di ammissibilità e compatibilità dei diversi fondi (che la UE questa volta, a sua volta, potrebbe semplificare unificando i regolamenti di gestione dei fondi), alla scelta dell'altro contraente (in vero discrezionale e ampia per la normativa europea più di quanto si sarebbe indotti a pensare sulla base della normativa

nazionale, basti pensare alle procedure concordate), ai ricorsi giurisdizionali e a come arrivare alla definizione delle controversie, alla condivisione del territorio, alle difficoltà realizzative, alle varianti, agli imprevisti e alle sopravvenienze sempre possibili, alla esecuzione delle scelte adottate.

Sui fondi, occorre avere chiaro in Italia quali siano i procedimenti che consentano di realizzare spesa in modo non selettivo (per esempio per individuare i beneficiari, Enti pubblici, privati o altro) e quindi di arrivare prima alla realizzazione e alla rendicontazione.

Basti riflettere sui "Patti" decantati dai precedenti Governi con le Regioni del Sud e a volte con singoli importanti Comuni, che annunciavano la disponibilità finanziaria e lo stanziamento, senza preoccuparsi di tutto ciò che era necessario per la realizzazione delle opere strategiche e che paiono essersi limitati alla mera firma di Atti.

E non è un caso che le Grandi Opere, dal Ponte di Genova alle realizzazioni effettuate a ridosso degli anni all'incirca dal 2000 fino al 2012 allorquando la legge nazionale ha delimitato la portata delle grandi emergenze di protezione civile della legge del 1992 (di cui si forse era abusato con la introduzione, con leggi successive, in tale perimetro, di opere senza alcun presupposto emergenziale), alla Cassa del Mezzogiorno dagli anni cinquanta e lungamente presieduta da Gabriele Pescatore, siano state realizzate in regime praticamente emergenziale e derogatorio, che per natura non può però costituire la regola in un Paese normale.

Esempi virtuosi, nel piccolo, sono stati l'Expo di Milano nel 2015 e le Universiadi in Campania nel 2019, ma la portata di tali eventi non può paragonarsi ad un complesso di missioni e di interventi di portata superiore al Piano Marshall Italia.

Occorre porsi il problema delle varie autorizzazioni o valutazioni (ambientali, paesaggistiche, edilizie, sismiche, idrogeologiche e così via) in un Paese e in un territorio, costituito da migliaia di Enti per diversi livelli di Governo, territorio che da un lato è un "giardino", fragile dal punto di vista ambientale e idrogeologico (per i vari condoni e abusi, per trascuratezza, per fragilità connessa a volte alla sua bellezza, si pensi alle fasce costiere), e dall'altro è un tesoro, un *patrimonium* (letteralmente, lascito dei padri) che

va preservato alle generazioni future nelle sue bellezze storiche, artistiche, archeologiche, paesaggistiche, ambientali, e che però non può essere condannato alla "*mummificazione*", per portarsi invece nelle infrastrutture materiali e immateriali, al livello dei migliori paesi europei.

Né tali fondi possono essere intesi come aiuti diretti a soggetti, cittadini, imprese, in quanto la loro "*strategicità*" consisterà – piuttosto che in un insieme di interventi amotisticamente considerati e puntiformi - proprio nella loro capacità armonica di mutare il "*contesto*" nel quale operano cittadini e imprese, soprattutto nel Mezzogiorno, che costituisce una grande portaerei (anche di pace e sviluppo) nel Mediterraneo emergente, in una nuova centralità europea, dovuta alle grandi reti TEN (corridoi europei di infrastrutture e trasporti, di mobilità da Malta alla Scandinavia, dalla Spagna alla Torino-Lione, alle nuove frontiere con i Paesi africani sul Mediterraneo).

Per intervenire sapientemente e semplificare, e il Governo Draghi ha tutte le competenze per riuscirci, occorre partire dalla complessità, non banalizzandola come complicazione.

Grandi Opere Strategiche richiedono nell'ordine:

dopo avere disegnato il modello, il **progetto di Paese** che si vuole per il futuro, un **adeguato programma per missioni** su cosa si vuole realizzare (banda larga, innovazione digitale, residenze per universitari o giovani, digitalizzazione di cittadini e imprese prima ancora che la P.A., come in Israele, ospedali, efficientamento energetico, infrastrutture, recupero del territorio, strade, autostrade e così via); e sulle scelte, **dibattito pubblico**, "democrazia ambientale" e paesaggistica, consapevolezza e partecipazione della opinione pubblica;

sulla volontà, sulle scelte, che una volta decise debbono però essere realizzate, necessitano "**strumenti di raccordo**" (come le conferenze) tra diversi livelli di governo secondo un modello **di integrazione e non di separazione** delle competenze (come in Germania) in cui gli Enti consumano il potere secondo il principio maggioritario e ci si può dolere solo per lesione del principio di leale collaborazione e non già ricorrere in

via giurisdizionale per ogni motivo, deflazionando il contenzioso tra Enti pubblici;

sulle **stazioni appaltanti**, oltre a una necessaria **selezione** delle stesse, la individuazione, secondo il Piano, degli **Organi o Enti** (Ministeri, Regioni piuttosto che Ferrovie o Anas) che assumano il ruolo di **Stazione appaltante** delle grandi opere infrastrutturali, materiali e immateriali, con dirigenti che svolgano il ruolo anche di **Responsabili** dei procedimenti connessi, e di guida delle altre amministrazioni territoriali coinvolte (per esempio, Regioni limitrofe e Comuni);

una **Cabina di regia** o monitoraggio a livello centrale governativo (che sia il Ministero dell'Economia o la Presidenza del Consiglio, come per il CIPE, non cambia), **con poteri di impulso e al limite sostitutivi**;

sulla **progettazione, figure tecniche interne** (ma il tema delle figure tecniche è generale, dalla esigenze di medici per gli ospedali che si andranno a realizzare, agli ingegneri e architetti per i progetti da predisporre), progetti adeguati alla modernità (il metodo **BIM** all'interno della P.A. consente di integrare i livelli di progettazione, secondo il codice legati a una ingegneria ancora anni novanta, e portare alla esecuzione progetti integrati sui diversi ambiti, riducendo così le gare di progettazione, o mettendo alla base progetti definitivi con un livello di specificità molto alto, portando così a gara, anche per l'appalto integrato, progetti chiari, univoci, con un livello di errore molto basso); nei procedimenti di gara e attuativi/esecutivi, **fiducia nella ampia discrezionalità** dell'amministrazione contro regole ingessate, dovute alla sfiducia, nella scelta dell'altro contraente; una visione di premialità dei dirigenti in una amministrazione **per risultati** (per esempio, vincolati agli stati di avanzamento) e non per atti (e per produzione di carte), un cronoprogramma da rispettare;

sul profilo **giurisdizionale**, una **deflazione e delimitazione** del contenzioso emulativo, anche con **filtri** di ammissibilità (o anche limiti alla legittimazione processuale, per esempio di associazioni ambientaliste al solo interesse ambientale), la prevalenza dell'interesse pubblico nella fase di urgenza, rimedi solo risarcitori (dove necessario concordato con la Commissione), la **celerità** della definizione dei contenziosi, tutti i contenziosi (autorizzazioni, espropri), non solo quelli riguardanti gare;

sulla fase **esecutiva livelli di controllo e assistenza** (i CCT Comitati consultivi tecnici, con magistrati, anche amministrativi e contabili) e collaudi da profili tecnici;

a monte, la **semplificazione dei procedimenti** in senso lato **autorizzatori** alla realizzazione dell'opera.

Procedimenti autorizzatori necessari, perché contemperano tutti gli interessi pubblici e privati, spesso antagonisti a quelli alla realizzazione delle opere, procedimenti che non possono essere azzerati e che neanche possono svanire nel nulla, eliminando i giudici (i TAR e il Consiglio di Stato piuttosto che il Giudice ordinario), giudici che rispondono a un bisogno di tutela giurisdizionale (*rechtsschutzbedurfnis*), o eliminando gli uffici competenti (Soprintendenze, Uffici competenti per sismicità o valutazioni ambientali) che presidiano interessi costituzionalmente tutelati, e consistenti nella tutela di diritti futuri di soggetti futuri.

Occorre sapientemente trovare il punto di equilibrio rispetto a quelli che Alessandro Barbano nel suo libro ha chiamato "*i troppi diritti*".

Il Professor Cassese in un intervento sui costi della democrazia (i troppi diritti) di qualche anno fa a Ravello, ricordava che per costruire un aeroporto in Cina vengono impiegati quattro anni, a Londra (non in Italia) venti anni.

Ma semplificare, dicono i francesi con un ossimoro, è complicato. *Simplifier, c'est compliqué!*

Bisogna conoscere la complessità affrontata nel quotidiano per saper intervenire.

La **banda larga** è ferma nel Mezzogiorno, forse perché per migliaia di antenne vengono chiesti singoli titoli edilizi ai Comuni (che fanno regolamenti per impedirne la installazione vicino a luoghi sensibili, a volte però in modo irrazionale) ritenendole opere (anche se limitate in altezza) e perché da parte degli Enti deputati alla tutela del paesaggio, archeologia etc. dovrebbe esservi una visione di insieme (per esempio, concordando un metodo generale di comportamento amministrativo sui grandi temi a livello nazionale).

La Commissione **Valutazione impatto ambientale** del Ministero dell'ambiente a livello nazionale non può occuparsi anche di opere secondarie e minori (secondo l'allegato 2 del codice ambientale, un intervento su un molo di un porto in Calabria o Sicilia è della Commissione VIA nazionale), che potrebbero essere ben devolute alle competenze delle commissioni VIA regionali, secondo i principi costituzionali di adeguatezza e sussidiarietà di cui all'articolo 118 Costituzione (e di normative nazionali già precedenti alla riforma del Titolo V). Questa è una delle richieste più ricorrenti da parte delle Regioni che hanno attivato la richiesta di autonomia differenziata ai sensi dell'art. 116 terzo comma Costituzione ma, per avere senso ed effetti omogenei, deve essere accolta modificando la normativa nazionale (perché valga dal Veneto alla Calabria) e non assecondando le richieste di singole Regioni.

E il provvedimento finale della VIA nazionale è atto **a firma del Ministro** (in contrasto con i principi di distinzione tra indirizzo e gestione del D.Lgs. 165/2001), in un Ministero senza uffici periferici, ma presente solo a livello centrale (anche di concerto con il Ministro dei beni culturali).

Vuol dire che per un intervento su un pezzo di molo al porto di Gioia Tauro o un dragaggio nella baia da bonificare si richiede una valutazione della Via nazionale, e con i tecnici che presumibilmente debbono recarsi *in loco* quando disponibili, e poi l'atto viene portato alla firma dell'Autorità politica, il Ministro, che, su opere rilevanti (anche di concerto con altro Ministro), potrebbe avere esigenza di ulteriore ponderazione.

La discrezionalità tecnica (per alcuni arbitrio) delle **Soprintendenze** (uno studioso della materia, evocava con spirito il "*nun me piace*" del Presepe in Casa Cupiello), Istituzioni della Repubblica (non necessariamente dello Stato) necessarie ai sensi dell'articolo 9 della Costituzione per tutelare il paesaggio e il patrimonio storico e artistico della Nazione, va certo delimitata, ma in modo sapiente.

In primo luogo, autorizzazioni minori potrebbero essere devolute alla competenza delle Regioni, in linea con la dizione costituzionale (senza però prevedere una doppia competenza, Regione e Soprintendenze).

Per contrastare gli eccessivi dinieghi, qualche anno fa si era ritenuto di prevedere che il diniego sul parere di compatibilità fosse sottoposto a riesame, senza calcolare che in tale modo si sarebbe creata in natura una duplicità di atti, un semaforo rosso e un semaforo verde, per definizione contrapposti, con ulteriore aumento della litigiosità tra imprenditori presentatori del progetto e ambientalisti e difensori estremi del paesaggio, per definizione in posizioni antagoniste.

Invece tale lavoro di riduzione della discrezionalità, oltre che con un rinnovo dei funzionari con immissione di **nuove generazioni** e di una **Scuola per la redazione dei progetti** (a tutela di interessi ambientali come paesaggistici), richiede continuità, programmazione, applicazione, **omogeneizzando dall'alto i vincoli** (con lo strumento della copianificazione Mibact-Regioni, attivato da pochissime Regioni nonostante il codice del paesaggio risalga al 2004), e **dal basso**, con la c.d. **vestizione dei vincoli**, la implementazione dei vincoli posti molte volte con leggi e decreti decenni orsono, ma sprovvisti di indicazioni necessarie su ciò che è consentito sotto il profilo per esempio, dell'altezza, distanze, del materiale, del coloro, luce, ingombro e così via.

D'altro canto, l'ambiente non è alternativo allo sviluppo, ma l'ambiente è esso stesso volano di sviluppo, occorrendo che tutte le branche, salute, edilizia, trasporti, agricoltura, infrastrutture, industria e così via, prevedano la "*clausola di considerazione ambientale*" per una reale transizione ecologica, come imposta dal nuovo Governo nell'organigramma governativo.

L'ambiente, come una rete, copre ogni ramo dell'ordinamento, senza esaurirne nessuno.

Come insegnano gli esempi di Paesi vicini (gli ascensori in vetro al Museo di Madrid, o la Piramide del Louvre, ma gli esempi sono infiniti) si può intervenire anche in contesti ritenuti Patrimonio dell'Umanità, ma lo si deve fare con grande dignità architettonica e a regola d'arte.

Gli **ospedali**, allo stato, non vengono realizzati sulla base di un fondo nazionale (competenza del Ministero Salute) sulla base di una legge anni '80, ma perché si pretende una conformità a norma, una agibilità (per

esempio sismica), che invece proprio i lavori di intervento dovrebbero, dopo decenni, riparare, sicchè anche per l'acconto per la progettazione iniziale, si pretende una adeguatezza alla normativa, che invece è proprio il fine da raggiungere con i lavori.

Poi subentra l'utilizzo politico di tali argomentazioni, e quindi nessun intervento si riesce, non già a concludere, ma neanche ad iniziare.

Per le **Grandi Opere**, oggetto del Recovery Plan, probabilmente, occorre pensare a un "**procedimento unico**" che consenta di convogliare e acquisire tutte le valutazioni e introdurre tutti gli interessi presenti, ma la regola della unitarietà dovrebbe essere adottata in linea generale: non è detto che per ogni interesse occorra per forza un Ente differente.

Entia non sunt multiplicanda sine necessitate, dicevano i giuristi medievali.

E non è sicuro che lo stesso Ministero o gli stessi uffici non siano in grado di valutare, rispetto ad un medesimo progetto, l'interesse sismico, quello paesaggistico, quello ambientale, perché forse è soltanto un problema di *expertises* e di competenze necessarie.

Sotto diverso ma non distante profilo, dello **stimolo delle attività private**, occorre ampliare l'ambito di attività libera per cittadini, imprese, professionisti, in quello che Massimo Severo Giannini chiamava la dialettica continua tra **autorità e libertà**, che è l'*ubi consistam* del diritto amministrativo.

C'era chi invocava una modifica dell'art. 41 della Costituzione, eliminando il richiamo alla funzione sociale dell'impresa e prevedendo che tutto ciò che non è vietato è permesso: attività libera *versus* autorizzazioni e concessioni (o liberalizzazioni grigie quali SCIA e DIA).

Ma i principi generali debbono poi calarsi nella realtà degli interessi tutelati, che non sono soltanto quelli della maggiore attività imprenditoriale o professionale, ma spesso sono di interesse pubblico.

E il rimedio non è neanche la generalizzazione degli interventi senza titoli autorizzatori espressi, con quel che ne consegue in caso di incertezza del titolo e di contestazione da parte di terzi controinteressati (l' "*ircocervo*" costituito dalla denuncia di inizio attività, atto privato o atto amministrativo,

per esempio), con rimedio forse peggiore del male (si pensi alla diffida dell'amministrazione alla autotutela o alla domanda di accertamento della illegittimità dell'attività posta in essere).

Partendo da uno dei tanti esempi, forse non tutti sanno che **l'apertura di uno studio dentistico** (che svolge attività ritenuta chirurgica nel novanta per cento dei casi) sulla base dei principi della legge 241 del 1990 (sulla materia salute, diversificata da ambiente), e di una legge del 1992, non necessiterebbe di autorizzazione espressa, ma sarebbe disciplinata dalla denuncia di inizio attività. Ma ciò avviene soltanto in alcune Regioni (che hanno adottato appositi regolamenti), per mancanza di chiarezza dei soggetti decisori e del Governo nazionale.

Non è accettabile un tale livello di incertezza normativa sulla correttezza di una struttura in materie sensibile come la salute.

Ma è un dato la incertezza del diritto, che rende impossibile ai destinatari prevedere le conseguenze delle loro condotte.

Occorre ripensare il **sistema dei controlli amministrativi** su varie attività, con livelli di **controlli intermedi** da parte di Istituti certificati, anche privati, perché la Amministrazione competente (sanità, ambiente, ma anche altro), mantiene sempre la potestà e effettua un controllo diffuso, ma non può essere onnipresente (sul modello delle Soa o in senso lato dei CAF del controllo fiscale, effettuato sulla base della autodichiarazione).

In definitiva, la **domanda** di pubblica amministrazione intesa in senso così invasivo **supera di gran lunga la risposta** e non sono sufficienti i previsti aumenti di organico (si pensi ai **controlli ambientali** sulle imprese).

Per ritornare all'esempio dello studio dentistico, se occorre attendere l'accertamento fisico degli uffici dell'ASL, e si resta alla autorizzazione espressa necessaria, ci vorranno mesi per aprire l'attività e potrebbe essere quindi giusta e proporzionata la attestazione *medio tempore* da parte di Enti accreditati.

Occorre naturalmente, per ultimo, ma non da ultimo, intervenire sulla serenità degli operatori, sul **c.d. statuto del pubblico dipendente**.

Per una normativa del 2007 (Finanziaria del 2008) è vietata (nulla) la assicurazione per danni da parte della stessa Pubblica amministrazione a favore dei dipendenti, perché teoricamente essa è parte lesa. Ciò non significa che la stessa amministrazione non possa attivarsi per fare ottenere ai suoi dirigenti, esposti alle varie responsabilità, convenzioni-tipo favorevoli con compagnie assicurative per tutti i dirigenti.

Va bene la delimitazione della responsabilità erariale, escludendo le ipotesi di colpa grave, anche se allo stato si tratta di normativa temporalmente limitata.

Ma, al fine di contrastare la **c.d paura della firma**, come ricordato dal Presidente Draghi il 20 febbraio 2021 al suo intervento alla inaugurazione dell'anno giudiziario della Corte dei Conti, la fuga dalle responsabilità e atteggiamenti di amministrazione difensiva (come la medicina difensiva o la giustizia difensiva), per cui è meglio rinviare che decidere e agire, occorre avere il coraggio di **abrogare il reato di abuso di ufficio**, come ha sostenuto in una intervista del 20 febbraio 2021 al Messaggero il Professor Cassese, perché trattasi di reato "troppo vago".

Tale reato, pur dopo tre modifiche dagli anni novanta (la ultima nel 2020), è "*crimine*" fondato su tre clausole generali (il dolo intenzionale, che è nel foro interno dell'asserito colpevole, la violazione di condotte di legge, la ingiustizia, che sono due aspetti, ma in parte coincidenti, della "contrarietà a diritto"), che portano sul versante penale, concetti vaghi e indeterminati, e una materia amministrativa fisiologica, laddove la opinione di illegittimità di un atto è soltanto una qualificazione giuridica negativa, spesso caratterizzata da una certa opinabilità, per chi ne conosce la quotidianità, sulla base dei tre vizi di legittimità (violazione di legge, eccesso di potere, incompetenza); e gli esiti sono spesso contrastanti (ma è normale che sia così sulla base del principio del doppio grado) dinanzi al giudice amministrativo.

Portare nell'ordinamento penale una vicenda ordinaria della materia amministrativa è contraria ai principi dell'*extrema ratio* e sussidiarietà del diritto penale.

Né è sufficiente la recente modifica con la espunzione dei regolamenti e la limitazione alle attività vincolate e senza residua discrezionalità, sussistendo in ogni caso la esigenza di individuare tali perimetri di applicazione, nella pratica spesso controversi anche per i più esperti.

I vizi di legittimità nel diritto amministrativo non sono a coppie (non è che un atto è legittimo o illegittimo in modo certo), ma i vizi sono tre, ma in realtà il vizio è anche uno solo (la violazione di legge), perché in via sussidiaria e generale anche gli altri vizi potrebbero ricadere sempre nella "*violazione di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge*" (la violazione di legge può essere ritenuta comprensiva delle norme attributive della competenza o della esigenza di adeguata istruttoria, non contraddittorietà, giusta motivazione e così via).

Sicchè, avere fatto riferimento alla illegittimità per violazione di legge significa avere rinviato **all'intero ordinamento amministrativo**.

Dall'altro, la sussistenza di tali vizi, per la peculiarità e complessità della materia, è spesso un fatto opinabile (e spesso giudici di primo e secondo grado giungono a conclusioni diverse, e i magistrati debbono avere il tarlo del dubbio, non la certezza della verità), in relazione ai diversi interessi coinvolti nel procedimento, a partire dall'interesse pubblico.

Già il ritenere che la legittimità/**illegittimità**, a meno che essa non sia eclatante, palese, manifesta (*non intelligere quod omnes intelligunt*), costituisca uno dei requisiti del reato, dovendosi ritenere che il magistrato penale sia attrezzato di una conoscenza e certezza che neanche i magistrati amministrativi, giudici speciali dell'esercizio del pubblico potere, posseggono (come osservava Giannini), significa dilapidare conquiste di secoli di civiltà sulla delimitazione del diritto penale.

Per il principio di offensività, la previsione del crimine deve esistere soltanto in presenza della lesione di un bene talmente importante e grave da rendere giustificata la potestà punitiva dello Stato, con la possibile privazione della libertà personale.

E la **ingiustizia**, nel senso di un vantaggio o di un danno patrimoniale, conseguenziale, quale effetto di un atto amministrativo asseritamente

illegittimo, c'è sempre (dalla più grande delle concessioni, a un'ora di diniego di permesso ad un dipendente), a meno che non si tratti di atti amministrativi aventi valenza soltanto morale, che pure può avere risvolti patrimoniali (si pensi a una carica onorifica).

Sempre, quindi, un atto asseritamente illegittimo, avrà comportato secondo il principio della "teoria della differenza" in materia di danno, un vantaggio o uno svantaggio nel patrimonio proprio o altrui.

Le opinioni espresse, naturalmente, pongono soltanto talune delle tante questioni.

Ad esse, in sintesi, potrebbero aggiungersene altre: la esigenza di concorsi per figure tecniche; l'aggiornamento dei dirigenti; la distinzione tra attività tecniche, oggi gestibili dall' "*algoritmo*", e attività amministrative; la distinzione tra indirizzo e gestione, che nella pratica assume connotati a volte di labilità; la selezione della classe dirigente; le procedure di nomina dei dirigenti; le valutazioni dei dirigenti per risultati; gli aumenti di organico; la eccessiva esternalizzazione di attività.

Non si è certi della bontà delle soluzioni esposte, ma si ravvisa in tali questioni la esigenza di una riflessione e di possibili riforme, nel momento dato.

In definitiva, i margini di miglioramento della macchina amministrativa necessaria per affrontare la grande partita del Recovery Plan ma soprattutto a regime del buon funzionamento della Pubblica Amministrazione, ci sono.

Il Governo Draghi ha, soprattutto negli uomini di punta, profondi conoscitori delle problematiche, che, dalle esperienze fallimentari del passato, possono trarre idee e soluzioni.

E' però necessario il confronto tra il Governo e le Regioni e gli altri Enti gestori, e tra l'Europa e Roma e i territori.

E' soprattutto necessario il confronto con il mondo vero della pubblica amministrazione, fatto da un esercito o "manipolo" di funzionari pubblici che quotidianamente esercitano la fatica di applicare le norme della politica a favore della società, ma che vengono spesso vilipesi da una politica non

sempre all'altezza e da una società che di essa è specchio, esigente e sovente egoista e incalzante, ma non meno colpevole.

Come ha efficacemente osservato il professor Cassese, acuto osservatore della macchina pubblica, spesso in raffronto ad ordinamenti stranieri, in tempi di riforme i funzionari pubblici hanno il dovere di fare sentire più forte la loro voce, perché non possiamo più permetterci la distanza tra gli apparati dirigenti che conoscono le reali complessità da un lato, e i decisori governativi dall'altro, con la triste conclusione che chi non sa, decide e chi sa, invece, non conta.

Sergio De Felice

Presidente di sezione del Consiglio di Stato

Pubblicato il 20 febbraio 2021

Il Consiglio di Stato restituisce dignità ed onore a due perseguitate di origine ebraica

Con due sentenze quasi gemelle, pubblicate dalla IV Sezione a breve distanza di tempo (medesimi presidente, Luigi Maruotti, ed estensore, Daniela Di Carlo) forse in date non scelte a caso, la prima il 24 dicembre 2020 (rubricata al numero 8312), la data della vigilia della nascita di Gesù, e la seconda il 27 gennaio 2021 (rubricata al numero 811), ossia nel "*giorno della memoria*" per commemorare le vittime dell'Olocausto, attraverso una motivazione articolata e puntuale, il Consiglio di Stato ha restituito dignità e decoro a due signore, la prima settantaseienne e la seconda oramai ottuagenaria, le cui famiglie avevano sofferto le atroci persecuzioni che la nostra Patria del diritto avevano loro arrecato con le leggi cd. razziali del regime fascista; decoro e dignità che il nostro Stato-apparato aveva perseverato nel togliere, adottando provvedimenti del tutto irrazionali.

Questa la breve sintesi delle due vicende, per certi versi analoghe per gli accadimenti vissuti.

A causa delle persecuzioni razziali, normative e prima ancora quelle derivanti da larghi settori della società, una coppia di origine ebraica si rifugiò nella campagna del maceratese ove fu ospite di una famiglia di contadini da cui dipendevano per vitto, alloggio ed altre necessità. Nel giugno del 1944 nacque in una stalla una loro bambina (alla quale, per riconoscenza, fu dato il nome della signora ospitante). È superfluo dire che la famiglia (il padre era stato anche in un campo di concentramento, dal quale era riuscito a fuggire) ebbe a patire disagi non irrilevanti. Ebbene, volendo avvalersi delle norme recanti benefici ai deportati, ex partigiani e perseguitati per motivi "razziali", la già bimba, nata come un altro ebreo in una stalla duemila anni or sono, presentò domanda alla Commissione per le provvidenze agli ex perseguitati politici antifascisti o razziali, istituita presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, per conseguire l'assegno vitalizio di benemerenza diretto per la qualifica di perseguitata razziale; i contributi figurativi ex art. 2 L. 932/1980 sulla posizione del padre; l'assegno vitalizio reversibile quale orfana del padre (già pubblico dipendente).

Anche la figlia di una venditrice ambulante di fiori romana, la cui unica colpa era quella di essere di origine (non voglio dire "razza"[1]) ebraica, ritenne di presentare un'istanza per

[1] Il termine razza, a mio avviso, può essere attribuito agli animali (razza canina, razza bovina, ecc.), ma non agli uomini, perché esiste una sola *razza* umana, come felicemente rispose Albert Einstein alla domanda di un agente della guardia frontaliera statunitense al momento del suo ingresso negli USA: a quale razza appartiene? Egli rispose: alla razza umana. Pertanto, adotterò in luogo di "razza" il termine, che mi sembra più appropriato, "origine". Ciò ancorché la nostra Costituzione (art. 3, c.1) parli di divieto di discriminazione fondato sulla razza (ma ci trovavamo, per la verità, all'indomani della fine della seconda guerra mondiale che aveva, anche in nome

conseguire una contribuzione figurativa ed ottenere, *iure hereditatis*, la pensione spettante alla madre costretta ad abbandonare la propria attività, che non aveva potuto continuare a gestire da sola anche perché il marito era dovuto partire in quanto chiamato al fronte.

Invero, per porre almeno parziale rimedio alle leggi intervenute tra il 1938 ed il 1938 il nostro Parlamento, con varie leggi n. 96 del 1955, n. 541 del 1971, n. 17 del 1978 e n. 932 del 1980, ha consentito il riconoscimento di provvidenze, allo scopo di far conseguire ai perseguitati politici antifascisti o razziali e dei loro familiari ed attenuare, così, i danni morali e materiali sofferti[2].

---

della superiorità della razza ariana, provocato milioni di morti e deportazioni nei campi di concentramento). Mi piace, pertanto, riportare quanto fu pubblicato sul supplemento *Popotus* di *Avvenire* del 10 settembre 2013 (tratto da *www.gliscritti.it*), da condividere parole per parola: "*Quando esprimiamo nobili e sacrosanti propositi, come nelle solenni dichiarazioni «Rifiuto ogni discriminazione per religione, genere, razza...», in realtà stiamo commettendo un errore. Tra gli individui e i popoli ci sono differenze, anche fisiche: ma non sono razze. Le scienze che studiano l'uomo, come l'antropologia o la biologia, hanno a lungo cercato di individuare in modo chiaro i confini che separerebbero una razza dall'altra, ma alla fine hanno dovuto rinunciare: questi confini non esistono. Certo, ci sono aree del mondo dove di solito le persone hanno la pelle più scura, altre dove i capelli sono spesso biondi, altre ancora dove domina il taglio degli occhi detto 'a mandorla'. Ma non sono insiemi ben definiti, che possano cioè indicare una razza. Tra un gruppo e l'altro non c'è un confine ma una vasta area di passaggio, con caratteri misti. Ed è proprio questo a rendere sbagliata l'idea di razza, che per essere applicabile dovrebbe essere ben riconoscibile. Ma c'è anche un'altra osservazione che mostra come parlare di razze abbia poco senso. Siamo abituati a sentir parlare di 'bianchi', 'neri' e 'gialli': tre gruppi ('razze') contraddistinti da un diverso colore della pelle. Ma perché proprio il colore della pelle? Si sarebbe potuto scegliere quello degli occhi, o magari l'altezza, o il gruppo sanguigno... Potrebbe diventare addirittura un gioco: proviamo a parlare di 'razza alta un metro e trenta', di 'razza con i piedi numero 35', di 'razza con i capelli castano chiaro'. Ci accorgeremmo subito di quanto parlare di 'razze' sia senza senso. Più che il fisico conta la cultura L'idea che esistono 'razze umane' ha iniziato a diffondersi nell'Ottocento. Fin dall'antichità, naturalmente, gli uomini si erano accorti delle differenze tra loro: ma le indicavano parlando di 'popoli', cioè di gruppi culturali identificati da una lingua, una religione, un'arte comune - magari accompagnate anche da qualche somiglianza fisica. Nell'Ottocento invece è cambiato qualcosa: perché anziché di popoli si è iniziato a parlare di razze. Gli scienziati, cioè, si misero a cercare di individuare alcune caratteristiche fisiche (andava molto di moda la misurazione e la descrizione dei crani) capaci di individuare insiemi ben definiti: le razze, appunto. Ma baravano parecchio con i dati: escludevano dai loro conteggi, per esempio, tutti quegli individui che non facevano tornare i conti (finlandesi con i capelli scuri, indiani con gli occhi azzurri, eccetera). Dalla scienza queste classificazioni razziali passarono, all'inizio del Novecento, alla politica: e diventarono un vero e proprio dramma quando in Germania un partito, quello nazista di Adolf Hitler, decise di sterminare le 'razze inferiori', che identificava con gli slavi e soprattutto con gli ebrei e gli zingari. Le vittime di questa follia furono un'enormità, sei milioni. Nel frattempo, per fortuna, la scienza si è resa conto che dividere gli uomini in razze è semplicemente un errore. Quello che si può fare è individuare 'popoli' o 'etnie', cioè gruppi caratterizzati da un insieme di caratteristiche che, tutte assieme, li rendono unici. Ma non (o almeno non solo) caratteristiche fisiche, come il colore della pelle o dei capelli: decisivo, per identificare un popolo, è riconoscere una cultura comune. Come c'insegnavano gli antichi. Se le razze non esistono, perché ripetere che non si devono fare discriminazioni in base alle razze? Se l'è chiesto il Parlamento francese, che è arrivato alla conclusione che no, non si deve ripeterlo. E così ha stabilito che d'ora in poi nessuna legge francese potrà contenere questa parola, 'razza'. L'iniziativa è corretta, ma alcuni temono che non servirà a molto, contro il razzismo. Perché purtroppo non basta cancellare la parola per cancellare l'atteggiamento di chi insulta le persone che ritiene 'diverse' da sé. Lo stesso Parlamento francese ha modificato il testo della legge che aveva proposto inizialmente: anziché limitarsi a espellere la parola 'razza' ha ampliato il concetto, decidendo che «la Repubblica non riconosce l'esistenza di alcuna cosiddetta razza». Meglio essere chiari, insomma.*

[2] Il quadro normativo è ben descritto dalla sentenza n. 8312/2020.

Convinte di poter aver diritto a tali trattamenti, entrambe le signore (i cui nomi sono 'oscurati' – con un *omissis*, prescrizione che, in questo come in tanti altri casi, non condivido)[3] presentano alla Commissione per le provvidenze ai perseguitati politici antifascisti o razziali, le rispettive domande giammai immaginando di doversi imbarcare in una vertenza giudiziaria che si sono (al momento) concluse solo con le sentenze che si annotano.

Sarebbe stata sufficiente, a mio modestissimo avviso, una semplice dichiarazione sostitutiva o un mero atto notorio attestanti da un canto l'appartenenza alla comunità ebraica e dall'altro la qualità di erede e le attività lavorative interrotte a partire dagli anni 1938-1939, per conseguire il riconoscimento. Difatti, a comprova di quanto reclamato, una signora, nata nel 1925, con un atto notorio, aveva affermato di ricordare che la fioraia romana, madre dell'istante, era stata costretta a dismettere la propria attività in quel periodo. Un'altra, nella vicenda del maceratese, aveva accuratamente descritto i patimenti sofferti dalla famiglia rifugiatasi presso contadini che, peraltro mettendo a rischio la propria incolumità, l'avevano ricoverata in una stalla ove sarebbe poi nata la ricorrente; peraltro, il padre di costei, dopo la cessazione delle ostilità belliche, ancorché reintegrato nel posto di lavoro, aveva dovuto subire varie angherie e, dopo qualche anno, sarebbe morto di crepacuore.

Entrambe le signore, evidentemente, non potevano ricordare le condizioni in cui avevano vissuto all'inizio della loro vita, ma ebbero modo di apprendere i fatti allorquando divennero capaci di intendere e di volere. Cosa risponde la Commissione? Che non erano sufficienti né le dichiarazioni, né gli atti notori. Essa non ha voluto riconoscere i diritti reclamati, con una motivazione presso che identica per entrambe le vicende: le istanti non avrebbero potuto ricordare i patimenti sofferti dai genitori, i primi fuggiti dalle loro abitazioni e alloggiati in una stalla, la seconda le ragioni della chiusura dell'attività commerciale della madre fioraia. Le istanti erano nate rispettivamente nel 1944 e nel 1940; per la fioraia romana, la cessazione della sua attività era riconducibile non al divieto legislativo di esercizio del commercio per i cittadini di origine ebraica, ma ad una "*autonoma e libera scelta commerciale della donna perché suo marito era partito per il fronte*"; per la nata in una stalla, poiché ha visto la luce il 14 giugno

[3] L'oscuramento, se richiesto da una parte processuale, ben può essere giustificato. Tuttavia, ciò impone agli operatori del diritto di richiamare le sentenze di una certa rilevanza con il numero, facendo ricorso alla memoria, al contrario di quanto sia assai più agevole con riferimento al cognome o alla denominazione della parte. Potremmo mai avere un *leading case* 'omissis' per ricordare una determinata vertenza in omaggio all'invocato principio della privacy? Ricordo a me stesso che tante decisioni, soprattutto a livello europeo, sono richiamate dalla dottrina e dalla giurisprudenza con il cognome o la denominazione dell'attore o del ricorrente; dal caso Laurens a quello più recente Grande Stevens. Ma questo è un altro discorso sul quale non è il momento, né il caso di soffermarsi.

1944 e la città di Macerata risulta essere stata liberata dall'occupazione nazista il 30 giugno 1944, non avrebbe subìto persecuzione alcuna.

Non v'è chi non veda non solo una limitatezza motivazionale (non vorrei usare altri termini per non espormi al rischio di una querela) di tali risposte.

Non è stata presa nella minima considerazione la persecuzione in atto nei confronti dei cittadini di origine israelitica, che ha comportato nel primo caso l'abbandono dell'abitazione cittadina ed il rifugio nella campagna maceratese (il padre dell'istante era un dipendente statale, non un contadino, abituato a vivere, almeno all'epoca, in condizioni disagiate), nel secondo caso l'abbandono della sia pur modestissima attività commerciale da parte della fioraia e il sacrificio del di lei coniuge fatto per la Patria, partendo (non immagino come volontario) per il fronte.

Alcune annotazioni. Nella prima vertenza intrapresa dalla signora nata in una stalla, il TAR (sent. 5176/2016) accoglie il ricorso (l'amministrazione, apprezzabilmente, s'era costituita con una memoria di stile), facendo una premessa assai significativa: "*occorre privilegiare interpretazioni della normativa di riferimento che siano volte ad accordare, e non a negare, i benefici in esame*". In tale ottica, conclude affermando a chiare lettere che la legge n. 741 del 1971, circa il "*riconoscimento dello status di perseguitato, non pone limitazioni legate all'età del richiedente, e che, a maggior ragione, bene può essere applicata anche ad un individuo che abbia subito persecuzioni razziali nei primi giorni di vita*." Insomma, il danno che il legislatore ha voluto riparare può essersi consumato in un solo giorno o per diversi anni. Un danno inferto anche in un solo giorno, o in una sola ora può essere esiziale per lo sviluppo di una persona. È la persona che è presa in considerazione dal legislatore. E lo Stato ha cercato di porre rimedio alle sofferenze che quella persona, ancorché neonata, ha subìto[4].

Assai pregevole è anche la motivazione della sentenza del Consiglio di Stato n. 8312/2020, che spiega la *ratio* del complesso delle disposizioni normative di favore: *"L'estensione dei beneficiari delle provvidenze ai 'cittadini italiani di origine ebraica' che 'abbiano riportato pregiudizio fisico o economico o morale' si spiega per il fatto che con le leggi razziali lo Stato italiano è venuto meno alla prima delle ragioni stesse che giustificano l'esistenza dello Stato, che è quella di essere il guardiano dei diritti fondamentali dei propri consociati, non quella di essere l'artefice di atti persecutori che lasciano tracce indelebili nei sopravvissuti."*

Occorre essere cittadini italiani e aver subito un "*pregiudizio fisico o economico o morale*", come richiede la legge.

[4] Nella sentenza si legge che la bimba, a causa delle pessime condizioni ambientali in cui era nata, contrasse il tifo, era continuamente assalita da numerosi insetti, ed era anche insidiata da ratti, com'è naturale che sia se si vive in una stalla.

La seconda decisione annotata (n. 812/2021) precisa che, contrariamente al quando asserito dalla Commissione, la circostanza che il padre della ricorrente sia dovuto partire per il fronte sia un elemento che avrebbe dovuto essere reputato "*neutro*'', o "*tutt'al più valutabile in senso favorevole alla madre della richiedente, e non – all'opposto – in senso a lei sfavorevole*". Difatti, "*tale partenza…può soltanto avere maggiormente acuito la condizione di miseria, di abbandono e di persecuzione sofferta dalla donna, perché ebrea, non più abilitata a svolgere attività di commercio ambulante, ormai inibita da atti di autorità statali; perché rimasta sola, senza mezzi per vivere e con una figlia di circa un anno a proprio integrale carico*".

A dir la verità, sorprende che la sensibilità mostrata dalla III Sezione del TAR Lazio nella prima vertenza (sent. n. 7156/2016) non sia stata confermata nella seconda (sent. 824/2019), che ha respinto il ricorso. In quest'ultimo caso il giudice di primo grado ha sposato la tesi della Commissione, asserendo che: a) la partenza del marito della fioraia (quindi, il padre della ricorrente) non fosse decisiva; b) non era ravvisabile "*l'esistenza di atti persecutori nel fatto che la madre della ricorrente e la ricorrente si fossero rifugiate sempre a Roma presso parenti del coniuge e poi presso un asilo cattolico*"[5]. Giova solo dire, a pro dello Stato, che le Amministrazioni intimate (Ministero dell'Economia e delle Finanze e Presidenza del Consiglio dei Ministri) in primo grado avevano prodotto solo una memoria di stile e nella fase dell'appello non si sono costituite in giudizio.

Il Consiglio di Stato, con le due decisioni annotate, ha messo tutti d'accordo.[6]

Per la verità, la magistratura amministrativa ha sempre avuto grande rispetto per gli appartenenti alla religione ebraica, perseguitati dalle leggi cd. razziali, sia durante che dopo l'entrata in vigore della Costituzione, a differenza della magistratura ordinaria, diversamente da quanto si possa immaginare circa l'indipendenza e l'autonomia di quest'ultima dal potere politico (i recenti fatti di cronaca e le rivelazioni di un già altissimo componente dell'Associazione nazionale dei magistrati e del Consiglio superiore della magistratura sembrano dimostrare, però, il contrario, soprattutto nelle nomine di vertice della magistratura stessa), rispetto alla magistratura amministrativa, accusata da larghi settori della dottrina di commistioni con il potere politico in ragione della costante presenza di suoi componenti nei posti-chiave dei

[5] Tale asserzione non appare affatto condivisibile, in quanto sembra richiedere che l'istante avrebbe dovuto dimostrare un concreto atto persecutorio. Quale ulteriore atto persecutorio se non la pubblicazione delle leggi per la protezione della razza ariana? Sarebbe stato forse ammissibile solo un'istanza di una vittima deportata in un campo di concentramento?

[6] Anche se è dato registrare – con ogni probabilità – una non unanime opinione nei membri del collegio, composto nello spesso modo, che nella vicenda della stalla del maceratese, per decidere si sono riuniti in due camere di consiglio e in quella della figlia della fioraia (che non poteva che chiamarsi Rosa), in ben tre camere di consiglio.

Ministeri[7]. La magistratura amministrativa ha mostrato un forte grado di indipendenza ed autonomia dal potere politico – certo le eccezioni non mancano, e pertengono alla natura umana – anche durante il ventennio della dittatura fascista ed in occasione dell'applicazione delle leggi razziali. In un mio non recentissimo scritto[8] mi sono occupato di questo squarcio storico della nostra giurisprudenza che, da diversi angoli visuali, ha affrontato le tematiche derivanti dalle vertenze intraprese in applicazioni delle leggi cd. razziali.

Ebbene, i risultati di questa sia pur limitata indagine sono stati sorprendenti. E mi dolgo che la letteratura giuridica abbia mostrato scarsa attenzione sul punto[9]. Sostenevo, e sostengo tuttora, che la magistratura ordinaria, purtroppo, sebbene abbia conservato anche durante il ventennio le guarentigie dell'inamovibilità e dell'autonomia, non si fosse sottratta alla malattia infettiva del conformismo. Salvo casi isolati, quali quelli registrati presso il Tribunale e la Corte d'appello di Torino, essa ebbe modo di rispettare in pieno alla lettera lo spirito delle leggi razziali, perfino dopo l'avvento della Costituzione repubblicana, che, già di per sé, avrebbe avuto anche una forza abrogante e retroattiva delle leggi violative della parità ed uguaglianza dei cittadini senza distinzione, tra le altre, della "*razza*", in disparte l'abrogazione espressa delle leggi cd. razziali in forza dell'articolo 1 del R.D.L. 20 gennaio 1944, n. 25.

Un caso per tutti: le Sezioni Unite della suprema Corte di Cassazione, con sentenza 12 agosto 1949, n. 2297, negò il diritto al risarcimento del danno richiesto nei confronti dell'amministrazione da parte di coloro che avevano subìto provvedimenti fondati su tali norme, assumendo che l'abrogazione normativa avesse valore costitutivo, ossia *ex nunc*, e non di accertamento, ossia *ex tunc*. Per la verità, anche parte della dottrina non esitò, talvolta, a scegliere soluzioni poco favorevoli ai cittadini perseguitati per motivi di professione religiosa oppure d'origine ebraica. Invero, nel caso di contestazione di un matrimonio tra una "ariana" ed un "ebreo" (matrimonio denominato "misto", considerato nullo ex art. 1 R.D. legge 17 novembre 1938, n. 1728, convertito in legge 5 gennaio 1939, n. 274) si pose il quesito se esso fosse da inquadrare tra i reati permanenti (non suscettibili di amnistia) o tra quelli istantanei (ai quali viceversa si sarebbe applicata l'amnistia): ebbene, essa si è mostrata incline nello scegliere

[7] È nota la posizione di taluni giuristi, soprattutto di scuola processualcivilistica, che hanno più volte richiesto l'abolizione della giurisdizione amministrativa, ospitata di recente dal Foro italiano.

[8] *Dal male talvolta nasce il bene: ovvero, il Consiglio di Stato, le leggi raziali e l'inamovibilità dei professori universitari*, in *Fides humanitatis ius. Studii in onore di L. Labruna*, Napoli, Editoriale scientifica, 2007, t. IV, p. 2801 ss.

[9] Viceversa, numerosi sono gli storici che hanno studiato le varie vicende.

la prima soluzione, sebbene Tribunale e Corte di Appello di Torino avessero espresso propensione per la soluzione comportante la "clemenza"[10].

In un'altra vicenda, il Tribunale di Torino, con ordinanza del 7 dicembre 1939[11], ancorché avesse affermato che «*la legge razziale si ispira ad elevati criteri di ordine pubblico*», in risposta ad una richiesta di un radiologo "ariano", tal Martinetti, di vedersi attribuire, dopo lo scioglimento *ex lege* 29 giugno 1939, n. 1054, tutti i beni mobili ed immobili dell'associazione professionale che aveva con il dott. Segre, dichiarò che detta norma «*non mira alla tutela di interessi privati*», di tal che, poiché «*nessun diritto a trattamento preferenziale alcuno può quindi essere riconosciuto al Martinotti*», di qui la necessità di procedere alla previa valutazione dei beni ed alla loro vendita all'asta «*(alla quale il dott. Segre è, ovviamente, autorizzato a partecipare[12])*», senza che l'altro socio 'ariano' potesse acquisire *tout court* i beni del Segre.

Alla stessa stregua, la Corte di Appello di Torino, con sentenza 28 luglio 1943[13], affermò, in tema di richiesta di applicazione della legislazione razziale alle vendite immobiliari di beni delle società per azioni, quanto segue: «*Sembra palese che la venditrice, per la sua natura di società per azioni e perciò di persona giuridica, non andrebbe soggetta in materia di razza a quelle distinzioni che dal regio decreto 18 novembre 1938, n. 1728 (convertito in legge 5 gennaio 1939, n. 274), furono dettate per le persone fisiche. Ai sensi dell'art.10, lett. c), i cittadini italiani di razza ebraica non possono essere amministratori o sindaci o liquidatori di aziende interessanti la difesa nazionale o di aziende, anche di società per azioni, che impieghino cento o più persone, ma non si dice che il liquidatore della società per azioni Luzzati e Muggia fosse di razza ebraica e se lo fosse stato, salva la sua revoca, non sarebbero caduti nel nulla, agli effetti civili, i contratti da lui in nome della società stipulati coi terzi. Le disposizioni del titolo II, capo 1°, del regio decreto 9 febbraio 1939, n. 126, sulle limitazioni alla partecipazione dei cittadini italiani di razza ebraica in aziende industriali e commerciali (art. 47), limita espressamente la sua disciplina alle società non azionarie, e l'art. 51 chiarisce e conferma che sono sottoposti all'obbligo della denuncia solo i cittadini di razza ebraica a responsabilità illimitata. Ne segue, pertanto, che le società per azioni, pur se il loro capitale azionario fosse stato posseduto per intero da cittadini italiani di razza ebraica (per il che non sarebbe loro fatto divieto), erano estranee al precetto dell'art. 54, il quale sancisce che i*

[10] Sul punto si rinvia all'annotazione della Direzione della Rivista *La Giustizia penale*, che recensisce sfavorevolmente la nota di L. BOGGIO, *Il matrimonio del cittadino ariano con persona di altra razza, sotto il profilo penale*, in *La Giustizia penale*, 1941, II, 566.

[11] in *Foro it.*, 1940, I, 447, Pres. Villari, est. Groppa.

[12] I cittadini italiani di origine o religione ebraica avrebbero potuto esercitare le proprie professioni solo in favore dei correligionari.

[13] in *Giur. it.*, 1944, I, 2, 16, Pres. ed est. Bozzi.

cittadini stessi, fino alla determinazione delle aziende di cui all'art. 53, non possono alienare, fra l'altro, i singoli immobili destinati alla attrezzatura delle aziende nel medesimo decreto considerate».

Ciononostante, le sentenze dei giudici di merito e della Cassazione favorevoli ai cittadini di origine ebraica sono prevalentemente negative per costoro.

Viceversa, l'atteggiamento del giudice amministrativo fu diametralmente opposto.

Una prima significativa decisione del Consiglio di Stato di un certo interesse riguarda tale signor Dubini, difeso, tra l'altro, da Piero Calamandrei, che impugnò la revoca del provvedimento di "discriminazione", che, diversamente da quanto si potrebbe immaginare, paradossalmente costituisce un'eccezione all'eccezione, in quanto, era attributiva di particolari agevolazioni: una sorta di intangibilità o di equiparazione a tutti gli altri cittadini. Orbene, poiché il provvedimento di attribuzione o meno della discriminazione era (espressamente: ex art. 14, u. c., r.d.l. n. 1728/1938) considerato insindacabile e quindi inimpugnabile, si sarebbe potuto ritenere non impugnabile anche l'omologo contrario, adottato in sede di autotutela, che disponeva la revoca (come, del resto, sostenuto in sede giudiziaria, dall'Avvocatura dello Stato). Con una decisione molto articolata (Pres. P. Rocco, Est. Vetrano) la IV Sezione per affermare che "*le norme escludenti il gravame alla giurisdizione amministrativa, in quanto costituiscono una grave deroga al sistema della difesa dei diritti dei cittadini verso la pubblica Amministrazione*" (la sottolineatura è mia) "*vadano interpretate restrittivamente, come norme di carattere eccezionale*", assunse, peraltro in modo non particolarmente convincente (ma tale argomentazione fu necessaria allo scopo di pervenire alla decisione così resa), che "*il potere di revoca di un atto amministrativo non si identifica già con il potere di compiere quell'atto, ma discende dalla generale e diversa facoltà, che ad ogni organo compete, di revocare i provvedimenti già emessi*". In altre parole, se esiste il potere di emanare un atto amministrativo (di primo grado), non è detto che esista anche il corrispondente potere di disporre la sua rimozione (con atto di secondo grado), per il quale occorre un'espressa previsione normativa. Ciò posto, non essendo espressamente statuite dalla norma l'insindacabilità e l'inimpugnabilità della revoca della cd. discriminazione, il ricorso non avrebbe potuto dichiararsi inammissibile (ovvero improponibile). Nella specie, il Consiglio di Stato – a me pare nell'evidente intento di (far) guadagnare tempo – sospese il processo in attesa che l'autorità giudiziaria ordinaria potesse accertare "*la natura della situazione in cui venne a trovarsi il ricorrente con la concessione della discriminazione*": cioè lo stato e la capacità dei privati individui, il cui esame

è rimesso al sindacato del Giudice ordinario ex art. 30 del T.U. del Consiglio di Stato n. 1054/24[14].

Con altre decisioni il Consiglio di Stato[15], andando in contrario avviso alla Corte dei Conti[16], dichiarò la propria competenza, e l'incompetenza del Ministero dell'Interno, a conoscere i ricorsi che contestavano i provvedimenti di licenziamento di dipendenti pubblici per appartenenza alla "razza" ebraica: ciò sulla considerazione che, se è vero che la p.a. (e non il giudice: così richiedeva la norma) è competente ad accertare l'appartenenza ad una razza invece che ad un'altra, è anche vero che quest'ultima non può giudicare se l'oramai ex dipendente avesse diritto, e in quale misura, alle indennità connesse al licenziamento (liquidazione o voci d'altro genere).

Altrettanto significative sono le sentenze con cui il Consiglio di Stato difese a spada tratta ebrei non italiani: nel primo caso, dopo aver dichiarato ammissibile il ricorso per avere l'ebreo straniero la capacità giuridica di presentare doglianze in sede giurisdizionale, annullò il diniego di 'trapasso' (oggi diremmo voltura) di licenze di commercio, delle quali era intestataria la madre del ricorrente, fondato sull'appartenenza di costui alla *razza* ebraica, con motivazioni particolarmente garantistiche: la p.a. non aveva tenuto presente che il ricorrente, ancorché ebreo e straniero, era stato autorizzato a risiedere in Italia (e quindi a godere dei diritti civili) e che il cd. trapasso di licenza non era equiparabile all'apertura di un nuovo esercizio; sicché non andava appurata dall'amministrazione la sufficienza di esercizi similari già esistenti sul

[14] La decisione 16 giugno 1942 fu pubblicata dal *Foro It.,* 1942, III, 194, con nota di UGO FORTI (*Questioni pregiudiziali di stato nei giudizi amministrativi*) che, come noto, fu costretto per motivi *razziali* a lasciare la cattedra di Diritto amministrativo ricoperta presso l'Università di Napoli. L'illustre studioso non condivise la soluzione recata dal Giudice amministrativo, sulla considerazione che quest'ultimo ben avrebbe potuto pronunciarsi su un presupposto processuale (ossia lo *status* di "*discriminato*") in via incidentale (e non principale). In proposito v'è innanzitutto da dire che ogni competenza in ordine alla individuazione e risoluzione di ogni questione relativa alla determinazione ed attribuzione della razza era stata rimessa dall'art. 26 del r.d. legge 17 novembre 1938, n. 1728, al Ministero dell'Interno (valutazione espressamente insindacabile e, quindi, inoppugnabile); di tal che si vociferava che taluni avessero accumulato fortune colossali nell'attribuire *l'arianità della razza*, ovvero lo *status* di «discriminato», che, diversamente da quello che noi oggi potremmo ritenere, era la qualifica attribuita agli ebrei ritenuti particolarmente meritevoli dal regime (decorati al valore militare, fondatori del fascio, ecc.). Quindi, i margini per poter decidere da parte del Giudice, ordinario o amministrativo che fosse, erano particolarmente stretti.

Una rassegna delle decisioni giurisprudenziali amministrative e civili in tema è riportata da M. FUBINI, *La legislazione razziale. Orientamenti giurisprudenziali e dottrina giuridica*, ne *Il* ponte, 1978, 1412 ss. V. altresì le appassionate pagine scritte da Vincenzo CAIANIELLO, *Silvio Spaventa. «Giustizia nell'amministrazione» e tutela dei diritti fondamentali*, relazione al Convegno celebrativo per il centenario della istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato, svoltosi a Torino dal 10 al 12 novembre 1989, riportato ne *La cultura delle istituzioni nella storia del Mezzogiorno*, Napoli, Vivarium, 1993, 214 ss., che, oltre a richiamare alcune sentenze più significative del Consiglio di Stato, evidenzia il suo ruolo, in quanto fu attento a "*restringere al massimo la sfera di applicazione di quel* monstrum *pseudolegislativo"* delle norme razziali.

[15] V Sez., 11 luglio 1941, n. 441, in *Foro It.*, 1942, III, 249 (Pres. Fagiolari, est. Barra Caracciolo); nella nota redazionale sono richiamati altri precedenti.

[16] II Sez., 1 marzo 1941, in *Foro It*., 1942, III, 92 (Pres. Ferretti, est. Casa) con nota contraria di ARTURO CARLO JEMOLO, *Su una pretesa privazione di giurisdizione*.

territorio comunale per la soddisfazione dei bisogni della cittadinanza[17]. Nel secondo, poi, ancor più coraggioso è stato l'intervento dei giudici di Palazzo Spada specie se consideriamo che: a) l'affare concerneva un ebreo di nazionalità tedesca; b) la sentenza fu resa nonostante la presenza di numerose truppe germaniche in Italia, che di lì a poco si sarebbero trasformate in truppe di occupazione. La fattispecie aveva ad oggetto l'impugnativa – accolta – di uno studente universitario, come ora riferito, tedesco, figlio di madre ebrea e padre "ariano", avverso la revoca dell'iscrizione al secondo anno di medicina adottata dal Rettore dell'Università di Bologna, motivata sulla circostanza che il giovane non avrebbe potuto frequentare le università del suo paese. A fronte del Rettore dell'Ateneo che voleva applicare in Italia la legge razziale tedesca, il Consiglio di Stato (che talvolta, nella parte motiva, chiama il ricorrente - paternamente? - con il suo nome, Thomas, e non, come si fa di consueto, anche in sede giudiziaria, con il cognome), nel proclamare che il provvedimento "*addirittura appare manifestamente illegittimo*", precisò che "*nella soggetta materia, non solo di ordine, ma di diritto pubblico, domina incontrastata la legge italiana, la quale spiega i suoi effetti in confronto di tutti, italiani e stranieri; e la nostra legge ... non considera ebrei, a tutti gli effetti, ivi compreso anche quello della iscrizione nelle nostre Università, i nati da matrimoni misti che siano stati battezzati, come il Thomas*"[18].

Un altro settore di grande interesse al quale il Consiglio dedicò le proprie energie riguarda l'insegnamento universitario. È noto che tutti i docenti di origine ebraica dovettero abbandonare l'insegnamento per le odiose leggi razziali; ed è altresì noto che la persecuzione arrivò fino al punto da negare la corresponsione delle indennità che avrebbero potuto far sopravvivere costoro in modo decoroso.

Con decisione del 18 giugno 1940, n. 347, la IV Sezione[19], dopo aver escluso che le Università fossero obbligate (in generale: non esistendo una norma in proposito) a concedere un trattamento di pensione al proprio personale, affermò che, in favore di coloro che erano stati licenziati senza loro colpa, non avrebbe potuto negarsi, in base ai principi della Carta del lavoro, una giusta indennità commisurata al tempo del servizio prestato. Dopo poco più di un anno, con altra decisione resa in data 24 settembre 1941, n. 802[20], furono affermati princìpi, che verranno recepiti successivamente dalla normativa (post)costituzionale, di grandissimo spessore nel campo dell'insegnamento universitario e, più in generale, del diritto del pubblico impiego. La

[17] V Sez., 14 giugno 1940, n. 401, in *Riv. Dir. pubbl.* 1940, 410 (Pres. Savini, est. Isacco).
[18] IV Sez., 2 giugno 1943, n. 181, in *Riv. Dir. pubbl.,* 1943, 319 (Pres. Rocco, est. Bozzi; la nota redazionale precisa: "*Decisione che va segnalata*").
[19] In *Foro amm.*, 1940, 282 (Pres. Rocco, est. Picardi).
[20] Stesso presidente e stesso relatore della precedente decisione.

vertenza prese le mosse dalla richiesta, avanzata da docenti universitari rimossi in ragione della loro origine ebraica, di riconoscimento della corresponsione di un assegno, previsto dall'articolo unico della legge 23 maggio 1940, n. 587, agli impiegati considerati inamovibili e dispensati dal servizio in aggiunta al trattamento pensionistico. Assegno pari alla differenza tra rateo della pensione percepibile e ultimo importo mensile dello stipendio percepito. Il Collegio, consapevole di dover affrontare "*una questione di ampiezza ed importanza*" assai rilevante, quale quella di dover rispondere al quesito sul "*se, nel nostro odierno ordinamento, spetti ai professori universitari quel complesso di garanzie che sono note sotto il nome di inamovibilità*", le quali erano state espressamente attribuite da specifiche disposizioni soltanto in favore dei magistrati dell'ordine giudiziario, cercò di evitare di definire il concetto e le prerogative della inamovibilità, che sussiste, ad esempio, ogni qualvolta "*l'allontanamento dal servizio sia determinato da presupposti, quali l'incapacità o la violazione dei doveri d'ufficio, che importano necessariamente una valutazione discrezionale"* affidata non alla stessa amministrazione dalla quale dipendono tali impiegati, ma ad organi speciali "*composti da membri tutti della stessa categoria alla quale il funzionario appartiene, così che l'inamovibilità del funzionario si collega ad una speciale autonomia riconosciuta all'ufficio o categorie di cui egli fa parte*". La decisione condivise quanto la difesa dei ricorrenti aveva evidenziato sulla relatività storica e politica del concetto di inamovibilità, che si modifica nella sua portata a seconda delle mutevoli concezioni politiche e giuridiche del tempo al quale ci si riferisce; e precisò la differenza di *status* dei professori universitari con gli altri impiegati statali: essi non possono essere collocati a riposo a discrezione dell'amministrazione quando abbiano raggiunto una determinata anzianità di servizio, ma cessano dal servizio necessariamente ed automaticamente quando abbiano superato quel limite di età che normalmente rappresenta il limite per l'uomo di una favorevole e produttiva operosità (art. 110 T.U. n. 1952/37); possono essere allontanati dal servizio per effetto di punizioni disciplinari (art. 89 T.U. cit.); ai professori universitari non si applica la dispensa per scarso rendimento, né quello nell'interesse del servizio (art. 51 R.D. n. 2960/23); per il trasferimento dalla sede, diversamente dagli altri impiegati, i professori universitari possono essere trasferiti solo con il loro consenso (art. 93 T.U. cit.). Senonché, queste garanzie di stabilità di per sé non bastano ad integrare il concetto di inamovibilità: secondo il Consiglio di Stato, sussistono "*altre esigenze alle quali per tradizione storica si connette l'istituto dell'inamovibilità*". Che in taluni casi l'ordinamento riconosce nella salvaguardia degli organi che ne sono investiti ed in altri nella "*necessaria*

garanzia della indipendenza di esercizio di una determinata funzione nel senso stesso di quella sfera del pubblico potere alla quale appartengono gli organi che ne sono investiti". [21]

Ben vero, a fronte di quanto genericamente previsto dall'art. 93 del T.U. delle leggi sull'istruzione superiore 31 agosto 1933, n. 1592 ("*I professori di ruolo possono col loro consenso essere trasferiti ad un posto dalla stessa materia*": comma 1; e "*all'infuori di casi contemplati nel comma precedente, possono essere trasferiti a un posto di materia diversa*": comma 2), il legislatore repubblicano con l'art. 5 della legge 18 marzo 1958, n. 311, recante norme sullo stato giuridico ed economico dei professori universitari, ha poi riconosciuto il sopra riportato principio e, recependo l'insegnamento del Consiglio di Stato, ha così statuito espressamente: "*I professori di ruolo sono inamovibili dall'ufficio e dalla sede, e non sono tenuti a prestare giuramento*"[22]. Aggiungere altre parole appare superfluo data l'ampiezza, la persuasività, l'acutezza del ragionamento esposto dai giudici di Palazzo Spada, i quali colsero

---

[21] Val la pena di riportare qui di seguito la parte di motivazione più peculiare: "*Il pubblico insegnamento rientra infatti in quella sfera di attività che si classifica nella funzione amministrativa dello Stato; onde le disposizioni che tendono a rendere meno stretto il vincolo della subordinazione dei professori universitari dall'Amministrazione dalla quale essi dipendono non sono inspirate alla necessità costituzionale di salvaguardare la relativa reciproca autonomia dei diversi pubblici poteri, ma bensì dal riconoscimento della esigenza che nel seno stesso dell'Amministrazione alla quale essi appartengono sia lasciata loro una relativa indipendenza. Esigenza che, nel nostro ordinamento, trova solenne conferma nella dichiarazione contenuta nell'art.85 del T.U. sulla istruzione superiore, secondo il quale «*ai professori è garantita la libertà di insegnamento*». E tale dichiarazione trova a sua volta la necessaria sua ragione d'essere nel carattere stesso della funzione del pubblico insegnamento, in specie di ordine superiore, la quale, pur dovendo essere giuridicamente imputata allo Stato, che riconosce nell'insegnamento uno dei propri compiti, non può rispondere alle sue finalità se non in quanto è una libera manifestazione della personalità del docente. Sotto questo aspetto non è fuori luogo ravvisare una certa analogia fra la funzione del giudice e quella dell'insegnante; perché, come la sentenza, pure essendo emanata in nome della suprema autorità dello Stato, trae il suo valore morale, al quale si riconnette la sua efficacia giuridica, dalla coscienza individuale del giudice, così l'insegnamento impartito da una pubblica cattedra tradirebbe la sua stessa essenza e le finalità alle quali è destinata ove non fosse libera manifestazione dell'intelletto e della scienza individuale del docente. E ciò a differenza di quanto accade per altre funzioni pubbliche, nell'esercizio delle quali la persona che ne è investita deve per quanto è possibile immedesimarsi nell'ente per il quale agisce, in modo che l'attività da essa compiuta sia manifestazione, più che della sua personale volontà, della volontà superindividuale dell'ente al quale l'attività stessa è giuridicamente imputata. Cosicché, per queste funzioni, sorge la necessità, opposta a quella che si è segnalata in relazione alla funzione giurisdizionale o didattica, di garantire attraverso i vincoli di subordinazione fra superiore ed inferiore, i controlli, la facoltà di sostituzione del superiore all'inferiore, ed altri simili mezzi tecnici, la piena rispondenza dell'attività individuale alla volontà impersonale dell'ente per il quale il singolo agisce. Per queste considerazioni, basate sul nostro attuale diritto positivo e sulle esigenze alle quali esso si inspira, il Collegio ritiene che nel nostro vigente ordinamento, non possa essere disconosciuta ai professori universitari la garanzia dell'inamovibilità, e che pertanto illegittimamente sia stato negato ai ricorrenti quel trattamento economico che la legge loro concedeva, nella loro qualità di funzionari inamovibili*".

[22] Secondo W. GASPARRI, *Università degli Studi*, *voce* in *Dig. It., Disc. Pubbl*., Appendice, Torino, UTET, 2000, 681 ss., l'inamovibilità consiste nel diritto del docente di conservare, oltre all'«ufficio», anche la sede del suo effettivo svolgimento e a non vedere mutato autoritativamente il proprio incardinamento istituzionale assegnato. Allo stesso principio è ispirata la disposizione che consente di essere trasferiti ad altro insegnamento della stessa facoltà o di altra facoltà (oggi dipartimento) della stessa università, ovvero dopo un triennio ad altra università solo su espressa domanda dell'interessato. Al principio di inamovibilità è ricondotta infine la cd. titolarità della cattedra cioè la non modificabilità della materia di insegnamento, o meglio la sua modificabilità nell'ambito dello stesso raggruppamento scientifico disciplinare. Sul tema si rinvia, inoltre, a R. FINOCCHI, *Autonomia universitaria e principio di inamovibilità*, in *Giorn. Dir. amm*., 1995, 427 ss.; in generale v. il "classico" e consultatissimo volume di L. LABRUNA e V. GIUFFRÉ, *Il nuovo ordinamento universitario* (Napoli, ESI, 1980).

contemporaneamente due obiettivi: affermare la sacralità della funzione del docente universitario; assicurargli un decoroso appannaggio (sia pure temporaneo, per le leggi all'epoca vigenti) in caso di cessazione anticipata dalle funzioni.

Un'altra questione di rilievo esaminata dal Consiglio di Stato riguardò la corretta determinazione e quantificazione dell'assegno *ex lege* n. 587/1940 in favore dei docenti costretti a lasciare l'insegnamento per ragioni razziali. Secondo l'amministrazione, tale assegno avrebbe dovuto essere computato in relazione al solo stipendio in senso stretto (che era irrisorio); secondo i ricorrenti, invece, il calcolo avrebbe dovuto comprendere pure tutte le somme corrisposte al momento del servizio attivo (*id est*, indennità varie). Anche questa problematica fu risolta affermativamente dal Consiglio di Stato e, quindi, in favore dei ricorrenti. Il supremo Giudice amministrativo interpretò la norma, di cui si invocò l'applicazione, in senso estensivo, per la considerazione che il legislatore "*ha considerato la condizione di quei funzionari che, per l'inamovibilità loro concessa, avevano una più fondata aspettativa di conservare l'impiego sino al raggiungimento dei limiti d'età e che ciononostante erano stati, in base al disposto dell'art. 20 del R.D.L. 17 novembre 1938 n. 1728, dispensati anticipatamente dal servizio. Questa condizione è sembrata al legislatore degna di riguardo e pertanto egli ha disposto che detti funzionari, fino al raggiungimento dei limiti di età ed in ogni caso per non più di quattro anni, ricevano, oltre alla pensione loro liquidata in base al servizio prestato all'atto della dispensa, anche un assegno che li sollevi, almeno entro certi limiti di tempo, dalle conseguenze economiche della loro impreveduta cessazione dal servizio. Ora questa finalità non sarebbe raggiunta se detto assegno fosse commisurato al solo stipendio percepito dai funzionari sopra ricordati all'atto della dispensa, con esclusione del supplemento di servizio attivo, che pure rappresenta, come è noto, parte, e parte non trascurabile, dell'ordinario trattamento economico corrisposto agli impiegati dello Stato per le funzioni che sono investite. Si aggiunga che il legislatore ha raggiunto la finalità da esso propostasi stabilendo, come già si è accennato, una funzione giuridica, in base alla quale i funzionari di cui si tratta, pur essendo dispensati dalla prestazione del servizio, sono considerati in servizio attivo agli effetti della definitiva liquidazione del trattamento di quiescenza, che deve aver dato luogo alla scadenza del periodo durante il quale è loro corrisposto l'assegno suindicato. Sarebbe pertanto anche in contrasto con tale funzione giuridica il ritenere che l'assegno medesimo debba essere computato sulla base del solo stipendio in senso stretto percepito all'atto della dispensa dal servizio, con esclusione del supplemento di servizio attivo*". Va a questo proposito rammentato che il principio dell'omnicomprensività della retribuzione ai fini della determinazione dell'indennità di buona uscita o del cd. trattamento di fine rapporto, per

la verità, ha faticato non poco per essere esteso ed applicato in favore di tutti i lavoratori dipendenti; in effetti è stato necessario l'intervento della Corte costituzionale, solo con sentenza 19 maggio 1993, n. 243, per rimuovere le norme che non contemplavano l'indennità integrativa speciale nel computo dell'indennità di buonuscita. Detto principio, oramai, è parte integrante ed indiscutibile del nostro ordinamento, ancorché varie norme "salva bilancio" ne abbiano limitato l'intera portata (ad es., a percentuali che variano intorno all'80%).[23]

Questa ampia carrellata di decisioni del giudice amministrativo vuol solo testimoniare che il Consiglio di Stato ha sempre conservato una forte sensibilità su queste tematiche. Sensibilità confermata dalle sentenze che si annotano, che, con un certo vigore, contestano l'assunto della Commissione per le provvidenze, secondo cui non si sarebbe verificato alcun fatto di persecuzione ai danni delle ricorrenti (personale o per successione).

Certo, la situazione attuale è assai diversa da quella di ottant'anni fa. Allora c'era, oltre ad un diffuso antisemitismo nella società (che oggi, tuttora, emerge talvolta), un complesso normativo assai stringente che imponeva ai dipendenti dello Stato e degli enti pubblici di eseguire le odiose disposizioni discriminatorie. Oggi, la Costituzione repubblicana del 1948, la Convenzione europea dei diritti dell'uomo introdotta i Italia nel 1955, la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo approvata dall'Assemblea delle Nazioni Unite nel 1948, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 2000 (la cd. Carta di Nizza), costituiscono un patrimonio che va non solo rispettato, ma anche opportunamente tutelato. C'è da registrare una sorta di *fil rouge* che collega le sentenze degli anni '30 e '40 del secolo scorso, sopra richiamate, e quelle annotate, che mettono al centro del nostro vivere comune non le organizzazioni ma la persona e, quindi, ancorché implicitamente il principio della solidarietà.

Le decisioni in esame dedicano ampie pagine alla violenza subita dalla famiglia della piccola nata nella stalla maceratese e dalla fioraia romana, che assumono una portata diversa e più ampia delle fattispecie civilistiche e penalistiche. Statuisce la decisione n. 811/2021: "*la diversità delle finalità giuridiche perseguite dal legislatore e la specificità dei fatti storici accaduti condiziona e qualifica, sul piano contenutistico, la natura giuridica delle provvidenze erogate dallo Stato*". Violenza derivante sia dalle norme legislative che dalle circolari applicative (in molti casi addirittura più severe della normativa primaria di riferimento). Il Consiglio di Stato richiama e condivide l'orientamento offerto dalle Sezioni Riunite della Corte

[23] Sull'applicazione pacifica di tale principio v., *ex multis*, TAR Lazio, Roma, III Sez., 8 novembre 2004, n. 12640, in *Foro amm. TAR,* 2004, 3368; TAR Piemonte, II Sez., 9 maggio 1994, n. 156, in *TAR*, 1994, I, 2424. Prima dell'intervento della Consulta in senso contrario v. Cass., Sez. Un., 4 aprile 1984, n. 2185, in *Dir. comunit. e scambi intern*., 1984, 786.

dei Conti con decisione n. 9/QM/1998, secondo cui trattasi di "*violenza – con le connotazioni precisate e nel concorso delle altre condizioni di legge – [che] abbia colpito un soggetto appartenente alla comunità discriminata*." Violenza, secondo il massimo giudice amministrativo, che muove "*da intento persecutorio, determinato dalla condizione razziale del soggetto leso*". Non v'è dubbio che sia le leggi che le circolari applicative hanno limitato in molti casi ed estinto in altri la libertà dello svolgimento dei mestieri e delle professioni e di vivere in un ambiente 'umano'; ciò è accaduto anche alla piccola nata in una stalla e alla titolare di un'attività di commercio ambulante di vendita di fiori.

Oltre all'acutezza e alla saldezza dell'apparato motivazionale della decisione, le decisioni in commento suggeriscono un'ulteriore riflessione.

Le norme applicate hanno cercato di porre parziale rimedio (oggi si direbbe 'ristoro') a un complesso normativo che aveva negato i diritti civili nei confronti degli appartenenti alla comunità ebraica, con un meccanismo che riconosce alla Commissione un potere tecnico discrezionale abbastanza limitato. Per il Consiglio gli accertamenti rimessi alla Commissione danno luogo a *"un concetto giuridico indeterminato, che da un lato si riempie di contenuto in relazione alle conseguenze pregiudizievoli subite nella sfera giuridica personale (il pregiudizio fisico e quello morale) e patrimoniale (il pregiudizio economico), dall'altro è agevolmente interpretabile tenendo conto del fatto che gli atti persecutori – anche se cessati da tempo – lasciano tracce indelebili*".

Ebbene, non si può disconoscere l'esistenza del fatto notorio che queste leggi "razziali" hanno infestato, come la lebbra, con "*tracce indelebili*" il nostro ordinamento, sicché, con ogni probabilità, non occorrerebbe in astratto neppure una dichiarazione sostitutiva o un atto notorio per attestare l'esistenza del "fatto", ossia della persecuzione normativa tradotta in atti ed attività delle amministrazioni che limitarono, fino all'estinzione, i diritti delle persone di origine ebraica, che condussero in moltissimi casi anche alla deportazione nei campi di concentramento. Poiché si potrebbe affermare - con presunzione assoluta, *iuris et de iure* (che, quindi, non ammette prova contraria) - che l'ordinamento nazionale introdusse norme persecutorie, alle quali ha cercato di porre rimedio, sia pure in modo parziale, lo Stato democratico e repubblicano, che sarebbe sufficiente allegare una qualche certificazione che attesti o confermi l'origine ebraica della famiglia e/o della persona che presenta l'istanza di ristoro. Certo, il pregiudizio economico o fisico o morale è più rilevante se il richiedente o la sua famiglia hanno vissuto in quegli anni in Italia, piuttosto che in un paese estero ove non c'erano tali norme; ma non è da escludere che anche coloro che, in tempo riuscirono ad espatriarono, abbiano subìto un danno per non aver potuto frequentare i propri amici, non aver

continuato ad abitare la propria casa, non continuare a svolgere le attività che avevano impiantato ove erano residenti ed essere cioè parole eradicati dall'ambiente sociale nel quale avevano vissuto.

In altre parole, il pregiudizio che il legislatore arrecò è naturalmente anche psicologico, giacché non possono sussistere dubbi sulla circostanza che l'appartenenza a una famiglia abbia comportato, a causa del credo religioso o di una determinata origine, la sofferenza per le persecuzioni subite. Direi che le sofferenze sono sempre e comunque fisiche, in quanto incidenti sulla psiche, e morali, talvolta potrebbero essere anche economiche (come nel caso della fioraia o, v'è da presumere, del padre della bimba nata nella stalla che fu reintegrato nell'impiego pubblico che ricopriva, ma dopo essere stato licenziato, con la conseguente perdita dello stipendio).[24] Quindi, i margini di discrezionalità, anche per effetto dell'indirizzo conformativo scaturente dalle sentenze in esame, nei limiti in cui opera e dovrà operare la Commissione, sono assai ridotti.

Mi piace concludere questa breve annotazione richiamando il pensiero di due personalità assai diverse per estrazione, periodo storico in cui sono vissute e inclinazioni di studi, ma indubbiamente carismatiche.

Secondo Giovanni Paolo II, le persecuzioni nazi-fasciste e comuniste del secolo scorso sono state addirittura utili per "*creare occasioni per il bene*", rivelandosi "*un male necessario in qualche modo all'uomo e al mondo*", in ciò richiamando un motto di S. Agostino. Parafrasando questa frase si può dire che dalle leggi razziali e dagli improvvidi, per dir così, provvedimenti che da esse scaturirono, a cui il nostro Parlamento ha cercato di porre in qualche modo e misura rimedio, sono nate decisioni di grande spessore civile. Gli organi che la legislazione contemporanea ha istituito per eseguire l'intento legislativo dovrebbero tener conto della bontà di questi principi.

Diceva Gaetano Filangieri[25]: "*Io chiamo* bontà assoluta *delle leggi la loro armonia co' principii universali della morale; comuni a tutte le nazioni, a tutti i governi, ed adattabili in tutt'i climi. Il dritto della natura contiene i principii immutabili di ciò che è giusto ed equo in tutt'i casi. È facile il vedere quanto questa sorgente sia feconda per la legislazione. Niun uomo può ignorare le sue leggi. Esse non sono i risultati ambigui delle massime de' moralisti, né delle sterili meditazioni de' filosofi. Queste sono i dettami di quel principio di ragione universale, di quel*

[24] V'è da presumere che Enrico Fermi, che lasciò l'Italia a causa dell'origine ebraica della moglie, abbia avuto riconoscimenti economici ben maggiori dagli USA, ove trovò lavoro e rispetto; tuttavia, il non poter più frequentare i familiari della consorte qualche danno dovrebbe aver ricevuto.

[25] *La scienza della legislazione*, edizione con riproduzione anastatica, Napoli, Grimaldi & C. editori, 2003, con introduzione di E. Palombi, p. 15.

senso morale del cuore, che l'Autore della natura ha impresso in tutti gl'individui della nostra specie, come la natura vivente della giustizia e dell'onestà, che parla a tutti gli uomini il medesimo linguaggio, e prescrive in tutt'i tempi le medesime leggi; che è più antico, dice Cicerone, delle città, dei popoli, de' senati; che ha una voce più forte di quella degli dei, e che, inseparabile dalla natura degli esseri che pensano, sussiste e sussisterà sempre, malgrado gli sforzi di tutte le passioni che lo combattono, malgrado i tiranni che vorrebbero annegarlo nel sangue, e malgrado gl'impostori che avrebbero voluto annientarlo nella superstizione".

Giovanni Leone
Professore ordinario di Diritto amministrativo. Dipartimento di Giurisprudenza
dell'Università di Napoli Federico II

Pubblicato il 17 febbraio 2021