



Giustizia amministrativa
A cura del Segretariato Generale della Giustizia amministrativa

Consiglio di Stato
Tribunali Amministrativi Regionali

News n. 129 del 15 dicembre 2023
a cura dell'Ufficio del massimario

Il dimensionamento della rete scolastica nel riparto di competenze tra Stato e regioni all'esame della Corte costituzionale.

Con l'ordinanza in esame, il T.a.r. per la Campania – premessa la propria competenza territoriale – ha definito il giudizio cautelare promosso avverso il decreto interministeriale 30 giugno 2023, n. 127 (recante criteri per la definizione del contingente organico dei dirigenti scolastici e direttori dei servizi generali e amministrativi e la sua distribuzione tra le regioni per il triennio 2024/2025, 2025/2026, 2026/2027), sospendendone gli effetti e sollevando contestualmente questione di legittimità costituzionale dell'art. 19, commi 5-*quater*, 5-*quinqües* e 5-*sexies* del decreto-legge 6 luglio 2011, n. 98, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 luglio 2011, n. 111, per contrasto con l'art. 117, comma 3 della Costituzione.

T.a.r. per la Campania, sezione IV, ordinanza 30 ottobre 2023, n. 5884 – Pres. Est. Graziano.

Istruzione pubblica – Rete scolastica – Dimensionamento – Riparto di competenza – Stato-regioni – Questione rilevante e non manifestamente infondate di costituzionalità.

*È rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 19, commi 5-*quater* e 5-*quinqües* e 5 *sexies* del decreto-legge 6 luglio 2011, n. 98, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 luglio 2011, n. 111, con l'art. 117, comma 3 della Costituzione, giacché invade spazi riservati alla potestà legislativa delle regioni relativi alla competenza alle stesse spettante nella disciplina dell'attività di dimensionamento della rete scolastica sul territorio (1).*

(1) I. – Con l'ordinanza in rassegna, il T.a.r. per la Campania – definendo la fase cautelare con l'accoglimento della domanda di sospensione degli effetti del provvedimento impugnato e senza fissare l'udienza pubblica per la discussione nel merito ex art. 55, comma 11, c.p.a. – ha sollevato questione di legittimità costituzionale, in relazione al parametro di cui all'art. 117, comma 3 Cost., dell'art. 19, commi 5-*quater* e 5-*quinqües* e 5-*sexies* del decreto-legge 6 luglio 2011, n. 98, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 luglio 2011, n. 111, quale unica norma legittimante il decreto interministeriale del Ministro dell'istruzione e del merito 30 giugno 2023, n. 127 (adottato di concerto con il Ministero dell'economia e delle finanze) con il quale si sono stabiliti i criteri per la definizione del contingente dei dirigenti

scolastici e dei direttori dei servizi generali e amministrativi e la sua distribuzione tra le Regioni per il triennio 2024/2025, 2025/2026, 2026/2027, assegnando n. 839 istituzioni scolastiche alla Regione Campania.

II. – Nell’ambito del giudizio d’impugnazione proposto dalla Regione Campania, con l’ordinanza in esame il T.a.r.

a) ha ricostruito il quadro normativo di riferimento su cui il citato decreto interministeriale si fonda, e, segnatamente:

a1) l’art. 1, comma 557, della legge 29 dicembre 2022, n. 197 (*“Bilancio di previsione dello Stato per l’anno finanziario 2023 e bilancio pluriennale per il triennio 2023-2025”*), innovando la precedente disciplina, stabilisce che: *“All’articolo 19 del decreto-legge 6 luglio 2011, n. 98, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 luglio 2011, n. 111, dopo il comma 5-ter sono inseriti i seguenti: «5-quater. Al fine di dare attuazione alla riorganizzazione del sistema scolastico prevista nel Piano nazionale di ripresa e resilienza, decorrere dall’anno scolastico 2024/2025, i criteri per la definizione del contingente organico dei dirigenti scolastici e dei direttori dei servizi generali e amministrativi e la sua distribuzione tra le regioni, tenendo conto del parametro della popolazione scolastica regionale indicato per la riforma 1.3 prevista dalla missione 4, componente 1, del citato Piano nazionale di ripresa e resilienza, nonché della necessità di salvaguardare le specificità delle istituzioni scolastiche situate nei comuni montani, nelle piccole isole e nelle aree geografiche caratterizzate da specificità linguistiche, anche prevedendo forme di compensazione interregionale, sono definiti, su base triennale con eventuali aggiornamenti annuali, con decreto del Ministro dell’istruzione e del merito, di concerto con il Ministro dell’economia e delle finanze, previo accordo in sede di Conferenza unificata di cui all’articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, da adottare entro il 31 maggio dell’anno solare precedente all’anno scolastico di riferimento. Ai fini del raggiungimento dell’accordo, lo schema del decreto è trasmesso dal Ministero dell’Istruzione e del Merito alla Conferenza unificata entro il 15 aprile. Le regioni, sulla base dei parametri individuati dal decreto di cui al primo periodo, provvedono autonomamente al dimensionamento della rete scolastica entro il 30 novembre di ogni anno, nei limiti del contingente annuale individuato dal medesimo decreto. Con deliberazione motivata della regione può essere determinato un differimento temporale di durata non superiore a trenta giorni. Gli uffici scolastici regionali, sentite le regioni, provvedono alla ripartizione del contingente dei dirigenti scolastici assegnato; 5-quinquies. Decorso inutilmente il termine del 31 maggio di cui al primo periodo del comma 5-quater, il contingente organico dei dirigenti scolastici e dei direttori dei servizi generali e amministrativi e la sua distribuzione tra le regioni sono definiti con decreto del Ministro dell’istruzione e del merito, di concerto con il Ministro dell’economia e delle finanze, da adottare entro il 30 giugno, sulla base di un coefficiente indicato dal decreto medesimo, non inferiore a 900 e non superiore a 1000, e tenuto conto dei parametri, su base regionale, relativi al numero degli alunni iscritti nelle istituzioni scolastiche statali e dell’organico di diritto dello anno scolastico di riferimento, integrato dal parametro della densità degli abitanti per chilometro quadrato (...).;”*

a2) l’art. 19, comma 5-quinquies, d.l. 6 luglio 2011, n. 98, conv., con mod., dalla l. 15 luglio 2011, n. 111, dispone che *“Decorso inutilmente il termine del 31 maggio*

di cui al primo periodo del comma 5-quater, il contingente organico dei dirigenti scolastici e dei direttori dei servizi generali e amministrativi e la sua distribuzione tra le regioni sono definiti con decreto del Ministro dell'istruzione e del merito, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, da adottare entro il 30 giugno, sulla base di un coefficiente indicato dal decreto medesimo, non inferiore a 900 e non superiore a 1000, e tenuto conto dei parametri, su base regionale, relativi al numero degli alunni iscritti nelle istituzioni scolastiche statali e dell'organico di diritto dello anno scolastico di riferimento, integrato dal parametro della densità degli abitanti per chilometro quadrato (...).";

a3) l'art. 19, comma 5-sexies, d.l. 6 luglio 2011, n. 98, conv., con mod., dalla l. 15 luglio 2011, n. 111 secondo cui *"In sede di prima applicazione, per l'anno scolastico 2023/2024, restano ferme le disposizioni dei commi 5, 5-bis e 5-ter del presente articolo, con i parametri indicati all'articolo 1, comma 978, della legge 30 dicembre 2020, n. 178, e, per l'anno scolastico 2024/2025, il decreto di cui al comma 5-quater o quello di cui al comma 5-quinquies del presente articolo definisce un contingente organico, comunque, non superiore a quello determinato mediante l'applicazione dei commi 5 e 5-bis. A decorrere dall'anno scolastico 2025/2026, il decreto di cui al comma 5-quater o quello di cui al comma 5-quinquies definisce un contingente organico, comunque, non superiore a quello determinato sulla base dei criteri definiti nell'anno scolastico precedente. Eventuali situazioni di esubero trovano compensazione nell'ambito della definizione del contingente";*

b) ha sostanzialmente condiviso i motivi articolati dalla Regione ricorrente evidenziando come:

b1) il quadro normativo sopraindicato – non limitandosi a determinare i principi fondamentali, ma declinando disposizioni di dettaglio – sembra incidere sulle regole di riparto delle competenze legislative tra Stato e Regioni scolpito all'art. 117, comma 3 Cost., che annovera tra le numerose materie di legislazione concorrente, l'istruzione, stabilendo all'ultimo periodo che *"Nelle materie di legislazione concorrente spetta alle Regioni la potestà legislativa, salvo che per la determinazione dei principi fondamentali, riservata alla legislazione dello Stato";*

b2) il decreto interministeriale impugnato sarebbe dunque viziato in via derivata dalla illegittimità costituzionale delle disposizioni legislative sopraindicate;

b3) la previgente formulazione dell'art. 19, comma 4, del d.l. 6 luglio 2011, n. 98, conv., con mod., dalla l. 15 luglio 2011, n. 111 – nel prevedere che *"[...] gli istituti comprensivi per acquisire l'autonomia devono essere costituiti con almeno 1.000 alunni, ridotti a 500 per le istituzioni site nelle piccole isole, nei comuni montani, nelle aree geografiche caratterizzate da specificità linguistiche"* – è stata dichiarata incostituzionale con sentenza Corte cost., 7 giugno 2012, n. 147 (in *Foro it.*, 2012, I, 2264) per violazione dell'art. 117, comma 3, Cost., in quanto regolatrice, nel dettaglio, della rete scolastica e del dimensionamento degli istituti, materia riconducibile alla competenza concorrente in materia di istruzione;

b4) a mente dell'art. 117, comma 2, lett. n) Cost., appartengono alla legislazione esclusiva statale le norme generali sull'istruzione, mentre, ai sensi dell'art. 117, comma 3, costituisce materia concorrente quella dell'istruzione, tra cui rientra

certamente la funzione organizzativa del servizio pubblico in questione, materia, quest'ultima, nella quale spetta alle Regioni la potestà legislativa e quella regolamentare, salvo che per la determinazione dei principi fondamentali;

b5) la giurisprudenza costituzionale (Corte cost., 7 giugno 2012, n. 147, in *Foro it.*, 2012, I, 2264; 21 marzo 2011, n. 92, in *Foro it.*, 2011, I, 2932, 2 luglio 2009, n. 200, in *Foro it.*, 2009, I, 3285, con nota di COCCONI) abbia chiarito la differenza esistente tra:

- le norme generali sull'istruzione riservate alla competenza esclusiva dello Stato ai sensi dell'art. 117, 2 comma, lett. n), Cost. *«che definiscono la struttura portante del sistema nazionale di istruzione e che richiedono di essere applicate in modo necessariamente unitario e uniforme in tutto il territorio nazionale, assicurando, mediante una offerta formativa omogenea, la sostanziale parità di trattamento tra gli utenti che fruiscono del servizio dell'istruzione (interesse primario di rilievo costituzionale), nonché la libertà di istituire scuole e la parità tra le scuole statali e non statali»*. Sono, invece, espressione di principi fondamentali della materia dell'istruzione “;
- e i principi fondamentali della materia “istruzione”, che l'art. 117, comma 3, Cost. riserva alla legislazione dello Stato in concorrenza con le regioni, con espressione delle regole riguardanti *“criteri, obiettivi, direttive o discipline, pur tese ad assicurare la esistenza di elementi di base comuni sul territorio nazionale in ordine alle modalità di fruizione del servizio dell'istruzione, da un lato, non sono riconducibili a quella struttura essenziale del sistema d'istruzione che caratterizza le norme generali sull'istruzione, dall'altra, necessitano, per la loro attuazione (e non già per la loro semplice esecuzione) dell'intervento del legislatore regionale»*;

c) ha ritenuto la non manifesta infondatezza della q.l.c., in quanto:

c1) a mente dell'art. 117, 2 comma, lett. n) Cost., appartengono alla legislazione esclusiva statale “le norme generali sull'istruzione”, mentre, ai sensi dell'art. 117, comma 3, costituisce materia concorrente quella dell'istruzione, tra cui rientra certamente la funzione organizzativa del servizio pubblico in questione, materia riservata – con riferimento alla potestà legislativa e regolamentare – alle Regioni, salvo che per la determinazione dei principi fondamentali;

c2) secondo la giurisprudenza costituzionale già citata in tema di distinzione tra principi fondamentali e norme generali sull'istruzione si è chiarito che:

- *«proprio alla luce del fatto che già la normativa antecedente alla riforma del Titolo V prevedeva la competenza regionale in materia di dimensionamento delle istituzioni scolastiche, e quindi postulava la competenza sulla programmazione scolastica di cui all'art. 138 d.lgs. n. 112 del 1998, è da escludersi che il legislatore costituzionale del 2001 abbia voluto spogliare le Regioni di una funzione che era già ad esse conferita, sia pure soltanto sul piano meramente amministrativo. La disposizione impugnata non invade, perciò, la competenza delle Regioni a disciplinare l'attività di dimensionamento della rete scolastica sul territorio»* (cfr. Corte cost. 21 dicembre 2016, n. 284);

- «rientrano tra le norme generali sull'istruzione "quelle disposizioni statali che definiscono la struttura portante del sistema nazionale di istruzione e che richiedono di essere applicate in modo necessariamente unitario ed uniforme in tutto il territorio nazionale, assicurando, mediante una offerta formativa omogenea, la sostanziale parità di trattamento tra gli utenti che fruiscono del servizio dell'istruzione (interesse primario di rilievo costituzionale), nonché la libertà di istituire scuole e la parità tra le scuole statali e non statali", mentre sono espressione di principi fondamentali della materia dell'istruzione "quelle norme che, nel fissare criteri, obiettivi, direttive o discipline, pur tese ad assicurare la esistenza di elementi di base comuni sul territorio nazionale in ordine alle modalità di fruizione del servizio dell'istruzione, da un lato, non sono riconducibili a quella struttura essenziale del sistema d'istruzione che caratterizza le norme generali sull'istruzione, dall'altra, necessitano, per la loro attuazione (e non già per la loro semplice esecuzione) dell'intervento del legislatore regionale". (Corte cost., 21 marzo 2011, n. 92);
- c3) la differenza tra norme che richiedono per l'attuazione l'intervento regionale e norme che invece richiedono solo un intervento esecutivo della Regione, può individuarsi nella circostanza che le prime, per poter essere portate ad effetto, postulano l'intervento di ulteriori atti del legislatore regionale, laddove quelle che richiedono il mero intervento esecutivo dell'ente territoriale sono quelle che hanno già definito in modo più completo la fattispecie normativa;
- c4) solo le norme che dettano principi fondamentali, e che quindi necessitano per la loro attuazione di ulteriori norme di legge regionale, possono legittimamente essere varate dello Stato.
- c5) per la giurisprudenza della Corte costituzionale, l'istituzione di nuove scuole e di nuove sezioni non rientra tra le norme che contengono principi fondamentali e deve avvenire in collaborazione con gli enti territoriali, assicurando la coordinata partecipazione delle scuole statali e delle scuole paritarie al sistema scolastico nel suo complesso (Corte cost., 21 marzo 2011, n. 92);
- c6) sussistono seri dubbi di costituzionalità dell'art. 19 comma 5-*quater* del d.l. 98 del 2011, conv., con mod., dalla l. n. 111 del 2011, sopra delineato, in quanto appare esorbitante i confini delle norme dettanti i soli principi fondamentali della materia dell'istruzione e come tale riservata alla normazione statale.
- c7) una disposizione come quella censurata, che autorizza un decreto interministeriale a fissare criteri direttivi per la definizione del contingente organico dei dirigenti scolastici (i pregressi presidi e direttori didattici secondo la vecchia definizione) e dei DSGA (direttori generali dei servizi amministrativi, i pregressi segretari) e la loro distribuzione sul territorio regionale, integra norma di dettaglio e non di principio;
- c8) la normativa nazionale appare eccessivamente rigida e, pertanto, invasiva degli ambiti riservati alla normativa regionale poiché anche l'inciso di cui all'art. 19 comma 5-*quater* del d.l. 98 del 2011, conv., con mod., dalla l. n. 111 del 2011, laddove dispone che *"Le regioni, sulla base dei parametri individuati dal*

decreto di cui al primo periodo, provvedono autonomamente al dimensionamento della rete scolastica entro il 30 novembre di ogni anno, nei limiti del contingente annuale individuato dal medesimo decreto" appare di difficile attuazione e di ardua concretizzazione al cospetto di una norma statale determinativa dei criteri dello stesso;

- c9) l'autonomia dell'ente regionale è sostanzialmente azzerata, a fronte di una presupposta griglia di criteri – dettati dal legislatore statale – la quale non può che avere l'effetto di costringere lo spazio di residua autonomia normativa affidato alle Regioni;
- c10) non esclude la rilevanza e la non manifesta infondatezza della q.l.c. la circostanza che le censurate norme di legge statali non enuncino alcun criterio ai fini del dimensionamento della rete scolastica, ma lo affidano al previsto decreto interministeriale da emanare previo parere della conferenza unificata, poiché il lamentato *vulnus* discende dal congiunto operare delle citate norme di legge statale autorizzante e della pedissequa fonte secondaria, disposizioni che finiscono per costituire un tutt'uno con la norma statale.
- c11) non è possibile ritenere che tale *corpus* normativo, nel contemplare unicamente dei criteri per la definizione concreta del contingente dei dirigenti scolastici e dei direttori dei servizi generali ed amministrativi, sia in linea con l'art. 117, comma 3, ultimo periodo della Costituzione, che nelle materie di legislazione concorrente riserva alla Stato la definizione di principi fondamentali, da intendersi come le linee di base, di fondo, della legislazione, afferenti a nozioni e concetti di ampia portata e respiro e da tenere distinti dai meri "criteri" che si traducono in fattori e parametri guida, che consistono in proposizioni utili a distinguere, discernere, giudicare e sono pertanto caratterizzati da un concreto tasso di definitività e specificità, a differenza dei principi fondamentali che si arrestano, invece ad un più rarefatto livello di generalità;
- c12) i dubbi di costituzionalità fin qui prospettati sembrano rafforzati dalla disposizione che istituisce un potere di intervento sostitutivo in capo allo Stato, operante per il caso di mancato raggiungimento dell'accordo, così elidendo in toto ogni spazio di con corrente intervento del legislatore regionale che finisce per essere in buona sostanza esautorato.
- c13) già la Corte costituzionale – nel dichiarare costituzionalmente illegittimo l'art. 64, comma 4, lett. f-bis) d.l. 25 giugno 2008 n. 112 (c.d. decreto Bersani), conv., con modificazioni, in l. 6 agosto 2008 n. 133 – ha così argomentato: *"Premesso che la normativa antecedente alla riforma del Titolo V della parte seconda della Costituzione prevedeva la competenza regionale in materia di dimensionamento delle istituzioni scolastiche, e quindi postulava la competenza sulla programmazione scolastica di cui all'art. 138 d.lg. n. 112 del 1998, e che deve quindi escludersi che il legislatore costituzionale del 2001 abbia voluto spogliare le regioni di una funzione che era già ad esse conferita sia pure soltanto sul piano meramente amministrativo, la disposizione censurata, la quale prevede che, con atto regolamentare, si dovrà*

provvedere alla "definizione di criteri, tempi e modalità per la determinazione e l'articolazione dell'azione di ridimensionamento della rete scolastica", lungi dal poter essere qualificata come "norma generale sull'istruzione", invade spazi riservati alla potestà legislativa delle regioni relativi alla competenza alle stesse spettante nella disciplina dell'attività di dimensionamento della rete scolastica sul territorio, poiché la mera sussistenza di un ambito materiale di competenza concorrente comporta che non è consentita, ai sensi del comma 6 dell'art. 117 cost., che attua il principio di separazione delle competenze, l'emanazione di atti regolamentari (sent. n. 34 del 2005).» (Corte Cost., 2 luglio 2009, n. 200).

III – Per completezza, si segnala quanto segue:

- d) sull'ambito della potestà legislativa regionale concorrente in materia di istruzione, identificato dalla giurisprudenza costituzionale nella programmazione della rete scolastica: i) Corte cost., 10 novembre 2020, n. 235 (sul tempo scuola) in *Foro it.*, 2020, I, 2259; ii) Corte cost., 24 aprile 2013, n. 76, in *Foro it.*, 2013, I, 1751; iii) Corte cost., 5 novembre 2010, n. 309, in *Giur. costit.*, 2020, 4350B, con nota di CORTESE, *Sul diritto-dovere all'istruzione e formazione tra potestà legislativa statale e competenze regionali: anatomia di un'interpretazione*; vi) Corte cost. 15 luglio 2005, n. 279, Rep. 2005, voce *Istruzione pubblica*, n. 84, in *Giur. costit.*, 2005, 5117, con nota di MICHETTI, *La corte, le regioni e la materia dell'istruzione*; v) Corte cost. 25 marzo 2005, n. 120, in *Foro it.*, 2005, I, 2956; vi) Corte cost. 26 gennaio 2005, n. 34, *Foro it.*, Rep. 2005, voce *Regione*, n. 679; vii) Corte cost. 13 gennaio 2004, n. 13, in *Foro it.*, 2004, I, 2666, con nota di COCCONI, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 529, con nota di PAJNO, *Costruzione del sistema di istruzione e primato delle funzioni amministrative* che sottolinea come:
- “uno degli aspetti più significativi della pronuncia è connesso con l'utilizzazione, da parte della Corte, della nozione di programmazione e gestione amministrativa del servizio scolastico” assunta in senso ampio, e riferita cioè al «sistema» o alla «rete»; non rientrando, invece, in tale nozione quello che può essere chiamato, in contrapposizione con la programmazione e gestione amministrativa, il servizio tecnico dell'istruzione e la relativa organizzazione, che costituisce manifestazione della libertà di insegnamento degli insegnanti ed è organizzato in un progetto formativo dalle istituzioni scolastiche.
 - «La nozione di programmazione e gestione amministrativa del servizio di istruzione risulta, pertanto, delimitata a monte delle funzioni escluse riguardanti la determinazione di obiettivi generali del sistema di istruzione, aspetti ordinamentali o di garanzia; a valle dalle funzioni assegnate alle istituzioni scolastiche, che potrebbero essere chiamate di programmazione dell'azione educativa e didattica.»;
 - «Fra questi due confini sta appunto l'ampia area della programmazione e gestione amministrativa del servizio, che va dall'adeguamento dei compiti affidati al sistema delle reti di scuole, alla provvista delle risorse umane e finanziarie, al monitoraggio ed alla valutazione, all'adozione delle misure di implementazione del servizio. Si tratta, in altre parole, di tutti gli elementi, unitariamente considerati, che consentono non solo una efficace gestione del servizio pubblico, con riferimento agli obiettivi generali, ma anche una vera e propria politica del pubblico servizio».

«In questo quadro è la «programmazione della rete scolastica» ad assumere un significato decisivo; giacché essa non si risolve nella semplice questione dell'apertura o chiusura delle scuole ma nell'adeguamento continuo della «rete» (che è il vero sistema nervoso del servizio) e dell'offerta formativa agli obiettivi da raggiungere ed alle esigenze del territorio» [tale] spazio, indispensabile per il corretto funzionamento del sistema, è [...] distribuito tra Stato e regioni»;

e) sull'inammissibilità della q.l.c. qualora la fase cautelare sia stata definita con la concessione della relativa misura stante l'assenza di rilevanza e della necessaria *potestas iudicandi*:

e1) in giurisprudenza v: i) Corte cost., ordinanza 14 febbraio 2023, n. 22, oggetto della News UM n. 41 del 23 marzo 2023, ii) con particolare riferimento alla fase cautelare, Corte cost., 22 luglio 2021, n. 162, (oggetto della News US n. 73 del 10 settembre 2021) secondo cui “la q.l.c. sollevata nella fase cautelare del processo amministrativo dopo il rigetto dell'istanza di sospensione dell'esecuzione del provvedimento impugnato è inammissibile....[in quanto] l'avvenuta definizione del giudizio cautelare determini l'esaurimento del relativo potere del rimettente di guisa che l'incidente di costituzionalità sollevato ai fini del giudizio di merito rende la stessa q.l.c. inammissibile per difetto di rilevanza”; iii) sul tempo della rilevanza nel giudizio cautelare e sulla sussistenza di uno iato di *potestas iudicandi* tra fase cautelare, conclusasi con un provvedimento di reiezione dell'istanza per assenza di *periculum in mora*, e la successiva fase di esame nel merito v. Corte cost., 16 luglio 2014, n. 200, (in *Foro it.*, 2015, I, 387).

e2) in dottrina: i) PIGNATELLI, *Giudizio amministrativo e giudizio costituzionale in via incidentale tra fase ascendente e discendente*, in www.federalismi.it, 24 febbraio 2021 che – citando pertinente giurisprudenza costituzionale – osserva come

- la valutazione della rilevanza debba svolgersi non con riferimento al giudizio complessivamente inteso ma con riguardo a ciascuna fase o stadio, stante l'autonomia dei singoli segmenti all'interno dei quali il giudice competente;
- nel caso di concessione della misura cautelare vi sarebbe il difetto di legittimazione del giudice che avrebbe perso la *potestas iudicandi* relativa a tale fase con la necessità di riesaminare la questione nella successiva fase di merito;
- sollevare la questione di costituzionalità prima di emettere il provvedimento di urgenza possa frustrare il sistema di tutela cautelare che verrebbe così disapplicato in quanto funzionale ad ottenere una decisione giurisdizionale immediata;

ii) DE NICTOLIS, *Codice del processo amministrativo*, Milano, 2023, V ed., 874, che conclude nel senso della inammissibilità tout court della q.l.c. una volta concessa la tutela cautelare;

f) sulle soluzioni adottabili in sede cautelare per sollevare q.l.c. si registra:

f1) un orientamento giurisprudenziale più risalente Cons. St., Ad. pl., ord. 20 dicembre 1999, n. 2, (in *Foro it.*, 2000, III, 9, con nota di ROMBOLI) secondo cui, in tali casi, deve definirsi la fase cautelare, rinviando al merito il sollevamento della questione di costituzionalità;

f2) un orientamento della giurisprudenza amministrativa avallato dalla Corte costituzionale che declina il procedimento cautelare in modo bifasico in cui distingue:

- una fase interinale e provvisoria, che non esaurisce il relativo potere decisorio, in cui si può sollevare la questione di costituzionalità della norma disapplicandola al fine di adottare tale provvedimento e solo in funzione strumentale del giudizio di costituzionalità, così sospendendo il processo nella fase cautelare fino alla successiva camera di consiglio fissata a seguito della restituzione degli atti della Corte;
- una fase cautelare piena da decidersi alla luce della pronuncia resa dalla Corte costituzionale;

f3) con riferimento all'opzione indicata alla precedente lett. f2) – maggiormente utilizzata dalla giurisprudenza amministrativa – si è osservato come 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 i) 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; ii) la misura non sia espressamente negata per carenza di *fumus boni iuris* o quando con riferimento alla valutazione di tale elemento essa sia concessa sulla base di ragioni che prescindono dalla non manifesta infondatezza della questione stessa;
- con la conseguenza che «*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., 27 gennaio 2006, n. 25);

f4) con riguardo alla mancata fissazione – nell'ordinanza in esame – dell'udienza per la trattazione nel merito del ricorso ex art. 55, comma 11, c.p.a., si richiama un orientamento della Corte costituzionale che, nell'ottica di forte saldatura tra fase cautelare e giudizio del merito desumibile dall'art. 55, comma 4 (che prevede ai fini della procedibilità della domanda cautelare, dell'istanza di fissazione dell'udienza di merito) e comma 11 del medesimo articolo (che prevede la necessaria fissazione della data di discussione nel merito nel caso in cui l'ordinanza abbia disposto una misura cautelare), ha ritenuto ammissibile una questione di legittimità costituzionale con provvedimento cautelare definitivo (Corte cost., 16 luglio 2014, 200, in *Foro it.*, 2015, I, 387, si v. altresì A. VUOLO, *L'incidente di costituzionalità nella fase cautelare del processo amministrativo: nuovi orientamenti della Corte costituzionale*, in *www.federalismi.it*, 2014, 1 ss.);

f5) con riferimento alla sospensione impropria del giudizio principale per la pendenza della questione di legittimità costituzionale di una norma, applicabile in tale procedimento, ma sollevata in una diversa causa, si segnala i) Cons. Stato, Ad. plen., 15 ottobre 2014, n. 28 (in *Foro it.*, 2014, III, 629, con nota di TRAVI); ii) Cons. Stato, sez. VI, 17 novembre 2023, n. 9876 (oggetto di

News in corso di pubblicazione) che ha deferito la questione sulla ammissibilità della sospensione impropria all'esame della plenaria;

f6) sull'inappellabilità del provvedimento che abbia contestualmente affermato la giurisdizione e sollevato la q.l.c.: v. Cons. Stato, sez. V, 19 luglio 2023, n. 7076 che ha osservato quanto segue:

- l'ordinanza di rimessione della q.l.c. (o la sentenza non definitiva) non è impugnabile, con riferimento a tale statuizione, con il rimedio ordinario dell'appello, stante l'assenza di una portata decisoria, cioè di idoneità al giudicato, anche su questioni pregiudiziali o preliminari di merito;
- la mancanza della natura decisoria dell'ordinanza di rimessione riguarda anche la valutazione della rilevanza della questione, che, pur spettando al giudice rimettente ai fini della corretta instaurazione del giudizio costituzionale, non vincola le statuizioni che lo stesso giudice dovrà adottare successivamente alla pronuncia della Corte Costituzionale;
- come la non appellabilità dell'ordinanza che, rimettendo la questione di legittimità costituzionale, sospende il giudizio costituisce una peculiarità della sospensione ex art. 23 della legge n. 87 del 1953, non applicandosi, in tal caso, il disposto dell'art. 79, comma 3, c.p.a. – nella parte in cui prevede l'appello per le ordinanze di sospensione necessaria, ma lo limita alle sole “ordinanze di sospensione emesse ai sensi dell'articolo 295 del codice di procedura civile” – che non può estendere all'ordinanza di sospensione all'ordinanza di sospensione per la rimessione della questione di legittimità costituzionale, stante: i) la formulazione letterale della disposizione (che richiama espressamente l'art. 295 c.p.c.): ii) la sua *ratio*, volta a consentire un controllo immediato sulla legittimità del provvedimento che incide sui tempi di definizione dell'intero processo, laddove l'ordinanza ex art. 23 della legge 11 marzo 1953, n. 87 del 1953 dà luogo ad un incidente processuale la cui valutazione di ammissibilità è rimessa al giudice costituzionale;

f7) con riferimento alla rilevanza della q.l.c. sollevata in sede cautelare, per la prevalente dottrina (PIGNATELLI, *Giudizio amministrativo e giudizio costituzionale*, cit.):

- «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» quindi insussistente il presupposto del *fumus boni iuris*, cfr. Cons. gius. amm. sic., sez. giurisdiz., 16 dicembre 1999, n. 1056, in *Foro it.*, 2000, III, 451 con nota di PAJNO);
- l'esito del giudizio di appello cautelare non incide sulla rilevanza delle q.l.c. sollevate dal giudice di primo grado restando ininfluenti gli eventuali provvedimenti adottandi o adottati successivamente Corte cost., 25 giugno 2019, n. 160 (in *Foro it.*, 2019, I, 3843), 15 maggio 2018, n. 99 (in *Foro it.*, Rep. 2019, voce *Banca, credito e risparmio*, n. 180);

g) nelle more della redazione della presente News si registra il deposito del comunicato del 22 novembre 2023 della Corte costituzionale che, decidendo i

ricorsi “delle Regioni Toscana, Emilia-Romagna e Puglia, che hanno impugnato, lamentandone l’incidenza sul dimensionamento della rete scolastica di competenza delle regioni, varie disposizioni della legge 29 dicembre 2022, n. 197, relative al procedimento di definizione e distribuzione del contingente organico dei dirigenti scolastici e dei direttori dei servizi generali e amministrativi, nonché alla ridefinizione delle istituzioni scolastiche autonome anche in riferimento alla diminuzione degli alunni in conseguenza del calo demografico. In attesa del deposito della sentenza, l’Ufficio comunicazione e stampa rende noto che la Corte costituzionale ha rigettato i ricorsi ritenendo che, pur realizzandosi una interferenza con la competenza regionale concorrente nella materia della istruzione, siano prevalenti le competenze statali riguardanti l’ordinamento e l’organizzazione amministrativa dello Stato - venendo in rilievo personale statale – le norme generali sull’istruzione, il coordinamento della finanza pubblica. Del resto, la normativa statale non richiede alle regioni la chiusura di plessi scolastici quale conseguenza della determinazione del contingente organico dei dirigenti scolastici. In relazione alla sola impugnazione regionale che chiedeva l’introduzione di una intesa al fine del riparto delle risorse del fondo di cui all’art. 1, comma 558, della stessa legge, la Corte ha dichiarato la illegittimità costituzionale della norma solo nella parte in cui non prevede l’acquisizione di un parere da parte della Conferenza unificata.”

