



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 *genes*i 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 sede¹, 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 index 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 giudiziale³. In questa logica presupposta il principio della domanda si atteggia (geneticamente) come potere di iniziativa della parte e (sostanzialmente) come principio dispositivo⁴ (*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 giudizio⁵.

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. SATTI, *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 normativi⁸. 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 misurarsi⁹. 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 processo¹⁰, 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 civile¹¹. 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-motivo¹². 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 ricorrente¹⁴, 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'atto¹⁵.

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 parte¹⁷ 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 principio 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, sussista 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 ricorrente²⁰, 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 cassazione²²).

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 peculiare²³.

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 incidentale²⁴, potendo quindi in questa sede prescindere 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 ordinari²⁵; 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 supreme 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 costituzionalità²⁷; 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 costituzionalità²⁸; 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 2020²⁹.

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 amministrativo³¹.

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: rimediazioni 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 costituzionalità³³. 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* amministrativo³⁵. 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 impugnatoria³⁷.

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 ordinario³⁹; 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 resistente⁴⁰.

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 fattispecie⁴¹. 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 parte⁴².

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 armonizzazione⁴⁴ 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 *Dispositionesmaxime*, 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 dispositivo⁴⁶.

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 costituzionale⁴⁷. 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 costituzionale⁴⁸; 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 giudizio⁴⁹.

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'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 fatte 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 amministrativa⁵³ 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 presentato⁵⁴.

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. 5058⁵⁵. 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 Lombardia, 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 quella⁵⁶. 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 violate⁵⁹. 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 grado⁶⁰, 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 ricorso⁶¹ o la legittimità di norme riguardanti un provvedimento che non sia stato in alcun modo oggetto di impugnazione⁶².

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 sentenze; 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 costituzionale⁶⁴; 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, dichiara 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 irrilevante⁶⁵; 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 diritto⁶⁶, 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 ricorrente⁶⁷);
- 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 costituzionale⁶⁹.

4.4. Il *cedimento dei limiti*: le questioni di legittimità aventi ad oggetto norme sulla *genes* 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 expansiva* 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 costituzionalità sollevate dal giudice amministrativo, e ritenute ammissibili, sulle norme sulla *genes* stessa del potere (censurato in concreto) e specificatamente alle questioni di costituzionalità (a) su norme sulla *attribuzione* del potere⁷⁰, (b) sulla *composizione* dell’organo che ha adottato il provvedimento impugnato⁷¹ o (c) ancora sulla *istituzione* della stessa Amministrazione resistente⁷².

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 disciplinante la composizione della commissione giudicatrice⁷³.

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 tradizionale⁷⁴ 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 processo⁷⁵. 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 giudizio⁷⁶.

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 derivato⁷⁷, 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 mediata⁷⁸. 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 collegio⁷⁹. 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 problematica⁸². 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 motivi⁸³; 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 estremi⁸⁴. 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 analogo 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 ricorrente⁹⁰ o *interesse a ricorrere*⁹¹; un controllo che può condurre, come nei casi citati, alla dichiarazione di inammissibilità della questione di costituzionalità per un 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 Magistris⁹², 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 *irrelevanza istituzionale*, derivante non dalla natura delle norme⁹³ ma dalla natura del giudizio.

Anche di recente la Corte costituzionale ha dichiarato inammissibile per irrilevanza una questione di costituzionalità sollevata in sede di ottemperanza⁹⁴.

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 sentenza⁹⁵.

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 contraddittorio⁹⁶, regolamento preventivo di giurisdizione in sede di ottemperanza⁹⁷, presupposti oggettivi della ottemperanza⁹⁸), 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 “strette” 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 ritenuta costituzionalmente illegittima¹⁰¹.

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 Andrioli¹⁰².

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 inammissibili¹⁰³. 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 Corte¹⁰⁴. 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 legislative 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-provvedimento¹⁰⁶.

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 ricorso¹⁰⁷. 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 costituzionalità¹⁰⁸, come per esempio il difetto di giurisdizione¹⁰⁹, 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 costituzionalità¹¹⁰. 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 persuasiva 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'atto¹¹¹.

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 illegittima¹¹⁴. 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 pronuncia 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 costituirsi¹¹⁵.

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 emanato¹¹⁶; 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 funzione¹¹⁷. 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 finanziaria¹¹⁹.

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 necessaria¹²¹.

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 morsa 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 cautelare¹²⁴, visto che tale misura è stata già concessa, e in altri al difetto di legittimazione del giudice¹²⁵, non essendo questo investito di potestà decisoria, per quanto non sembra reperibile una reale ragione dietro l'adozione di una argomentazione e non dell'altra¹²⁶. 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 esso¹²⁷, 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 urgenza¹²⁸ si neutralizzano le esigenze cautelari, disapplicando la stessa disciplina sulla sospensione dell'atto¹²⁹, 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 disapplicazione 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 amministrativa¹³² 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 sospensivo¹³³.

Anche di recente la Corte costituzionale ha ritenuto ammissibili questioni di costituzionalità sollevate dal Consiglio di Stato in sede cautelare con provvedimento provvisorio¹³⁴.

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 *Ragusan*, 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 costituzionale¹³⁶, 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 cautelare¹³⁷ o che accolga la misura cautelare per ragioni diverse dalla non manifesta infondatezza¹³⁸;

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 infondata¹³⁹, 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 recente¹⁴², 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 Stato¹⁴³, nell’ambito della vicenda c.d. De Magistris, abbia espressamente affermato in sede cautelare, rigettando l’appello, che la delibazione del giudice di primo grado 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 abnormalità e di evidente irrilevanza ai fini 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 richiesta¹⁴⁴;

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 complesso¹⁴⁶. 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 annullamento¹⁴⁷, 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 contendere¹⁴⁹ ed in altri casi aveva ritenuto invece l’atto *inesistente*, giungendo talune volte a dichiarare improcedibile¹⁵⁰ il ricorso ed altre volte a rilevare il difetto di giurisdizione¹⁵¹.

Questa incerta giurisprudenza era caratterizzata da forti contraddizioni logiche ancor prima che giuridiche¹⁵².

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 ufficio¹⁵³, quindi una norma “sul potere”, ossia sulla *genesì* 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. CAVALLI, *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 l'esistenza dell'atto amministrativo ed *efficacia* della norma sulla base del quale l'atto è emanato, non può dirsi altrettanto quanto alla relazione tra l'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 espressione¹⁵⁹, 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 nulli¹⁶⁰) ma come esistenti e quindi divenuti (eventualmente) invalidi a seguito di una pronuncia della Corte¹⁶¹. 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 positivamente 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, poiché 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 incostituzionalità¹⁶³. 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 illegittimità 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 *www.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'autotutela¹⁶⁴ 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 sostanziale¹⁶⁵ 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 annullabilità¹⁶⁶, 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 *sogettiva* 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 incostituzionalità¹⁷⁴.

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.giustizia-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 incidentale¹⁷⁵; 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 decidendum* derivante dai motivi del ricorso.

Una sorta di sintesi di tali limiti può desumersi da una decisione del Consiglio di giustizia amministrativa¹⁷⁷, 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 annullamento¹⁷⁸ (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 dichiarazioni 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. 2970¹⁷⁹, confermata in appello nella solida impostazione teorica da Consiglio di Stato, sez. VI, 25.8.2009 n. 5058¹⁸⁰ (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 quello¹⁸¹. 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 dividerne 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 amministrativa¹⁸².

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 istitutivo 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 applicazione¹⁸³ 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 ricorso¹⁸⁴.

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 “sostanzialistiche”.

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 *genesis* 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 dichiara illegittima una norma sulla "genesì" 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 norme¹⁸⁶.

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 novembre 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 "ravisabile 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 rilevanza 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 consequenzialità, 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 giuridico, è necessaria una formale rimozione (annullamento), non essendo questo un mero "effetto consequenziale" 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 dispone l'annullamento, al fine di determinarne la definitiva eliminazione dal mondo giuridico. Da ciò consegue, altresì, in virtù del rapporto di stretta consequenzialità 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 amministrativa¹⁸⁷ (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 costituzionale¹⁸⁸, 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 ascendente) e gli effetti della illegittimità costituzionale (nella fase discendente) generano una problematica *vis expansiva*.