

DIRITTO E SOCIETÀ

*Rivista trimestrale fondata nel 1973  
da Giovanni Cassandro, Vezio Crisafulli e Aldo M. Sandulli*

III serie - 1/2023

### **Comitato di direzione**

Maria Alessandra Sandulli

*Direttore responsabile*

Giuseppe Caia  
Marta Cartabia  
Antonio D'Atena  
Guido Greco  
Massimo Luciani  
Franco Modugno  
Giuseppe Morbidelli  
Marco Ruotolo

### **Comitato scientifico**

Marino Breganze  
Paolo Carnevale  
Giuseppe de Vergottini  
Michele Della Morte  
Thierry Di Manno  
Laurence Folliot Lalliot  
Eduardo Gianfrancesco  
Pietro Giuseppe Grasso  
Natalino Irti  
Anne-Marie Le Pourhiet  
Stelio Mangiameli

Fabio Merusi  
Jorge Miranda  
Donatella Morana  
Alejandro Saiz Arnaiz  
Dian Schefold  
Franco Gaetano Scoca  
Gaetano Silvestri  
Karl-Peter Sommermann  
Federico Sorrentino  
Mario Rosario Spasiano  
Aldo Travi

### **Comitato di Redazione**

Flaminia Aperio Bella  
Daniele Chinni  
Tatiana Guarnier  
*Coordinatori*

Marta Cerioni  
Francesco Crisafulli  
Guglielmo Aldo Giuffrè  
Nicola Posteraro  
Paolo Provenzano  
Enrico Zampetti

## SOMMARIO 1/2023

### **saggi**

- Marco Ruotolo, *Le tecniche decisorie della Corte costituzionale, a settant'anni dalla legge n. 87 del 1953* 1
- Francesco Volpe, *Il ricorso straordinario al Capo dello Stato non è un processo (se mai è il processo a dover essere adeguato)* 65

### **osservatorio**

- Viviana Molaschi, *Paesaggio e ambiente: dal conflitto al dialogo deliberativo* 131
- Antonio Persico, *The Conflict between Landscape Protection and Diffusion of Renewable Energy in the Perspective of Environmental Integration* 153

### **attualità**

- Pietro Faraguna, *La costruzione di tutele dei diritti fondamentali «sempre più integrate». Orgoglio e (doppio) pregiudizio di fronte alla Corte costituzionale* 189



Marco Ruotolo

LE TECNICHE DECISORIE  
DELLA CORTE COSTITUZIONALE,  
A SETTANT'ANNI DALLA LEGGE N. 87 DEL 1953\*

SOMMARIO: 1. Delimitazione del tema. – 2. Un quadro (sintetico e descrittivo) sulle tecniche decisorie nel giudizio di legittimità costituzionale. – 3. Tecniche decisorie e dialogo con i giudici. L'interpretazione conforme a Costituzione. – 4. Tecniche decisorie e dialogo con il legislatore. – 4.1. Pronunce monitorie e sentenze additive di principio. – 4.2. La presunta attenuazione delle “rime obbligate”: le decisioni manipolative a “rime adeguate”. – 4.3. L'ordinanza motivata di rinvio dell'udienza e l'impiego dello strumento dell'autorimessione. – 5. La modulazione degli effetti temporali dell'incostituzionalità. – 6. La complessa ricerca di un equilibrio tra *judicial activism* e *self-restraint*.

1. *Delimitazione del tema*

Il titolo del Convegno, dedicato al rendimento della legge 11 marzo 1953, n. 87, permette di definire il perimetro entro il quale si collocano le mie riflessioni sulle tecniche decisorie della Corte costituzionale. Esse riguarderanno solo per cenni – proposti in questo primo paragrafo – i conflitti di attribuzione e, in modo più approfondito, il giudizio di legittimità costituzionale. Ciò in quanto gli altri giudizi non trovano disciplina nella legge n. 87 o perché le relative disposizioni sono state abrogate da successivi interventi normativi (giudizio sulle accuse) o in quanto oggetto di separata e successiva regolamentazione (giudizio di ammissibilità del referendum, cui è dedicata la legge 25 maggio 1970, n. 352). D'altra parte la relativa trattazione sarebbe di scarso interesse in una prospettiva valu-

\* Testo della relazione presentata in occasione del Convegno annuale del “Gruppo di Pisa”, intitolato *I 70 anni della Legge n. 87 del 1953: l'occasione per un “bilancio” sul processo costituzionale*, svoltosi a Como il 26 e 27 maggio 2023. Il presente contributo sarà pubblicato negli Atti del Convegno. Ringrazio il Consiglio direttivo del “Gruppo di Pisa” per averne consentito l'anticipazione nella Rivista *Diritto e Società*.

tativa, poiché, quanto ai giudizi sulle accuse, oltre a rilevare che vi è stata un'unica applicazione dell'istituto alla metà degli anni Settanta del secolo scorso, avente peraltro riguardo a reati ministeriali (caso Lockheed)<sup>1</sup>, mi dovrei limitare ad affermare che in tale sede la Corte, ove adotti una sentenza di condanna, potrà determinare le sanzioni nei limiti del massimo di pena previsto dalla legislazione vigente al momento del fatto, nonché quelle costituzionali, amministrative e civili adeguate ad esso. Discorso non dissimile riguarderebbe le pronunce della Corte rese nella sede del giudizio di ammissibilità del referendum, ove l'alternativa decisoria si riduce alle due ipotesi estreme della dichiarazione di ammissibilità o inammissibilità della richiesta.

Per quanto riguarda i conflitti, credo, invece, possano essere sufficienti dei cenni, ricordando che, per quelli interorganici, la decisione si risolve nell'affermazione circa la spettanza o meno dell'attribuzione in contestazione, potendosi, in conseguenza, annullare l'atto all'origine del conflitto, qualora appunto viziato da incompetenza (art. 38 della legge n. 87 del 1953). Solo in quest'ultimo caso la decisione assumerebbe, propriamente, valore *erga omnes*. Più ricco è il novero delle decisioni processuali, esito di un'elaborazione prettamente pretoria; vi rientrano le pronunce di: inammissibilità, per mancanza dei presupposti del conflitto o per vizi del ricorso; improcedibilità, per sopravvenuta carenza di interesse (e nel caso del conflitto tra poteri per l'ipotesi in cui il ricorso non sia stato notificato nei termini dopo che la Corte lo abbia dichiarato ammissibile all'esito della fase preliminare); estinzione, in caso di rinuncia del ricorrente che sia accettata dalla controparte. Nel conflitto tra enti la Corte può anche pronunciare la cessazione della materia del contendere, in caso di annullamento, revoca o modifica (satisfattiva per il ricorrente) dell'atto all'origine del conflitto, quando la sopravvenienza faccia venir meno l'interesse a ottenere una decisione sull'appartenenza del potere contestato<sup>2</sup>. Può aggiungersi che nella sede del conflitto tra enti è espressamente riconosciuto alla Corte il potere di sospendere «per gravi ragioni», con ordinanza motivata adottata in pendenza di giudizio, l'esecuzione degli atti che hanno dato luogo al conflitto (art. 40 della legge n. 87 del 1953). Tale possibilità è stata estesa in via analogica anche

<sup>1</sup> Oggi di competenza della giurisdizione ordinaria, sia pure con peculiare disciplina procedimentale, secondo quanto stabilito dall'art. 96 Cost., come sostituito dalla legge costituzionale 16 gennaio 1989, n. 1, e dalla legge ordinaria 5 giugno 1989, n. 219.

<sup>2</sup> Non rilevano, invece, le sopravvenienze di fatto, quale, ad esempio, il semplice esaurimento degli effetti dell'atto impugnato (sent. n. 224 del 2019).

alla sede del conflitto interorganico, ritenendosi ammissibile specifica richiesta di tutela cautelare (ord. n. 225 del 2017).

Prima di indicare i punti che saranno specificamente sviluppati, occorre anche ricordare che l'art. 18 della legge n. 87 del 1953 dispone in via generale che «la Corte giudica in via definitiva con sentenza. Tutti gli altri provvedimenti di sua competenza sono adottati con ordinanza». Per le sentenze è espressamente previsto che le stesse «debbono contenere, oltre all'indicazione dei motivi di fatto e di diritto, il dispositivo, la data della decisione e la sottoscrizione dei giudici e del cancelliere»<sup>3</sup>. L'art. 18 si conclude con l'affermazione per cui «le ordinanze sono succintamente motivate». Tali previsioni dovrebbero essere lette insieme a quelle contenute nell'art. 136, primo comma, Cost., che si riferisce esclusivamente alla dichiarazione di illegittimità costituzionale di una norma di legge o di atto avente forza di legge, prescrivendo, per tale ipotesi, la “cessazione di efficacia della norma” dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione. Il successivo secondo comma stabilisce poi che la decisione della Corte sia «pubblicata» e comunicata alle Camere e ai Consigli regionali interessati. A rigore, la sola tecnica decisoria menzionata dalla Costituzione è la sentenza di accoglimento, per la quale vi è un obbligo di pubblicazione cui si lega la conseguenza della cessazione di efficacia della norma dichiarata incostituzionale. L'art. 18 della legge n. 87 ne delinea poi la struttura essenziale, riferendola, in generale, a tutte le “sentenze” ossia alle pronunce con le quali la Corte giudica in via definitiva. Ad esse si riferisce anche la legislazione successiva, richiedendone la pubblicazione (art. 3, comma 5, della legge 11 dicembre 1984, n. 839, e art. 21 del d.P.R. 28 dicembre 1985, n. 1092), anche se ormai la stessa è prevista per tutte le decisioni della Corte dall'art. 35 delle Norme integrative. Questa digressione è rivolta esclusivamente a far emergere un dato circa l'originaria considerazione delle possibili tecniche decisorie della Corte

<sup>3</sup> L'attuale disciplina, conseguente a intervento del 7 luglio 1989 sulle Norme integrative, prevede che le ordinanze e le sentenze siano sottoscritte dal Presidente e dal giudice nominato per la redazione (che può essere diverso dal relatore). Della dissociazione tra relatore e redattore si dà peraltro conto, a partire dalla sent. n. 393 del 2006, con apposita formula («sostituito per la redazione della sentenza da ...»), mentre in precedenza era ricavabile dalla comparazione tra epigrafe e indicazione del redattore contenuta in calce alla decisione. Al riguardo si veda S. PANIZZA, *Composizione, organizzazione e funzionamento della Corte costituzionale*, in R. ROMBOLI (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2008-10)*, Torino 2011, 23; B. CARAVITA, *Ai margini della dissenting opinion. Lo “strano caso” della sostituzione del relatore nel giudizio costituzionale*, Torino 2021.

costituzionale nel giudizio di legittimità costituzionale: l'esigenza di una disciplina, ancorché minima, si imponeva per la sola sentenza di accoglimento, in ragione degli effetti da essa discendenti. Nonostante ciò, in assenza di puntuali statuizioni normative, l'armamentario decisorio si è costantemente arricchito, dimostrando l'ingenuità dell'idea che la Corte potesse essere mero "legislatore negativo". Basti pensare alla "creazione" delle decisioni interpretative, che sono apparse sin da subito nella giurisprudenza costituzionale sul fondamento teorico della distinzione tra "disposizione" e "norma"<sup>4</sup>, e che hanno poi, come vedremo, costituito il fondamento per la nascita e il consolidamento di sentenze variamente "manipolative" dei testi normativi. Credo che questo sia un punto da tenere ben presente prima di affermare, con una certa enfasi, che stiamo vivendo, oggi, una "stagione creativa" della giurisprudenza costituzionale. La "creatività" sembra essere, piuttosto, una costante, individuabile, in modo più o meno accentuato, nelle varie "fasi" in cui si tende a sezionare l'ormai quasi settantennale attività della Corte.

Con riguardo al tema delle tecniche decisorie sono poi da considerare altre disposizioni della legge n. 87: l'art. 27, che prevede che la Corte, «quando accoglie una istanza o un ricorso relativo a questioni di legittimità costituzionale di una legge o di un atto avente forza di legge, dichiara, nei limiti dell'impugnazione, quali sono le disposizioni legislative illegittime» (principio della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato), consentendo di estendere tale dichiarazione a quelle altre disposizioni «la cui illegittimità deriva come conseguenza della decisione adottata» (illegittimità consequenziale<sup>5</sup>); l'art. 28, che esclude dal perimetro del giudizio della Corte «ogni valutazione di natura politica e ogni sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento» (limite delle c.d. *political questions*); l'art. 29, che, nel fare riferimento agli adempimenti successivi all'adozione della decisione della Corte rivolti a consentire la riassunzione della causa dinanzi al giudice *a quo*, menziona non solo l'ipotesi dell'adozione di una «sentenza», ma anche dell'«ordinanza con la quale è dichiarata la manifesta infondatezza dell'eccezione di incostituzionalità»; l'art. 30, che, nel riferirsi alla pronuncia di accoglimento,

<sup>4</sup> Il cui affinamento, almeno nell'ambito degli studi costituzionalistici, si deve a V. CRISAFULLI, *Atto normativo*, in *Enc. Dir.*, IV, 1959, 238 ss., e ID., *Disposizione (e norma)*, in *Enc. Dir.*, XIII, 1964, 195 ss.

<sup>5</sup> Sull'argomento, che non sarà in questa sede sviluppato, si veda A. MORELLI, *L'illegittimità consequenziale delle leggi. Certezza delle regole ed effettività della tutela*, Soveria Mannelli 2008.



afferma, al terzo comma, che «le norme dichiarate incostituzionali *non possono avere applicazione* dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione», precisando, al quarto comma, che se in applicazione di una norma dichiarata incostituzionale sia stata pronunciata sentenza irrevocabile di condanna «ne cessano la esecuzione e tutti gli effetti penali»; l'art. 35, che, con specifico riguardo al giudizio in via principale, riconosce alla Corte il potere di sospendere in via cautelare l'efficacia della legge impugnata, ove l'esecuzione della stessa possa «comportare il rischio di un irreparabile pregiudizio all'interesse pubblico o all'ordinamento della Repubblica, ovvero il rischio di un pregiudizio grave ed irreparabile per i diritti dei cittadini» (ma si tratta di previsione introdotta nella legge n. 87 dall'art. 9, comma 4, della legge 5 giugno 2003, n. 131 e che per questa ragione non formerà qui oggetto di approfondimento<sup>6</sup>).

Un cenno, poi, dovrà essere fatto all'esperimento del tentativo di interpretazione conforme a Costituzione da parte del giudice *a quo*, in quanto requisito o, meglio, pre-requisito per sollevare la questione di legittimità costituzionale non espressamente previsto dall'art. 23 della legge n. 87.

I predetti riferimenti consentono di perimetrare lo studio che sto per proporre, giustificando, anzitutto, la sua limitazione al giudizio di legittimità costituzionale. Si offrirà uno schematico e preliminare inquadramento delle principali tecniche decisorie impiegate, senza inseguire la spasmodica, quanto poco utile, ricerca di denominazioni peculiari a seconda delle “sfumature” che possono trarsi dalla lettura dei singoli dispositivi delle sentenze, per poi sviluppare l'analisi sul rendimento delle stesse, che può misurarsi, essenzialmente, in base al loro concreto “seguito” presso i giudici e presso il legislatore. Nello sviluppo dello studio si terrà conto delle indicazioni emergenti dalla legge n. 87, per verificarne la tenuta a fronte di evoluzioni senz'altro rilevanti che sono l'esito tanto di elaborazioni giurisprudenziali progressive quanto di stratificazioni di letture dottrinali spesso opportunamente guidate dall'esigenza di non arrestarsi alle formule, sapendo sempre guardare alla logica interna degli istituti<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> Al riguardo si veda la recente monografia di G. MENEGUS, *Tutela cautelare e giustizia costituzionale*, Napoli 2021, in particolare Parte II. Per una prima applicazione di questo potere si veda ord. n. 4 del 2021.

<sup>7</sup> È uno dei grandi insegnamenti di Vezio CRISAFULLI, espresso in termini simili a quelli indicati nel testo nel suo *Aspetti problematici del sistema parlamentare vigente in*

## 2. *Un quadro (sintetico e descrittivo) sulle tecniche decisorie nel giudizio di legittimità costituzionale*

Come si è già ricordato, le decisioni della Corte assumono la forma della sentenza o dell'ordinanza e, in casi più rari, di decreto del Presidente (art. 18 della legge n. 87 del 1953)<sup>8</sup>.

Le pronunce sono usualmente distinte in decisioni processuali e di merito.

Rientrano nel primo ambito, nella sede del giudizio incidentale: le ordinanze *di restituzione degli atti al giudice a quo*, adottate in caso di *ius superveniens* (soprattutto normativo, ma anche giurisprudenziale), con le quali si chiede al rimettente di valutare nuovamente la rilevanza e la non manifesta infondatezza della questione alla luce delle intervenute modifiche; le decisioni di *inammissibilità* adottate nei casi in cui difettano i presupposti stessi per una valida instaurazione del giudizio, comprendendo, tra l'altro, le ipotesi di motivazione inadeguata, ipotetica o contraddittoria dell'ordinanza di rimessione, o di questione coinvolgente scelte discrezionali spettanti esclusivamente al legislatore (l'art. 28 della legge n. 87 del 1953 esclude, come si è già rilevato, che la Corte possa compiere valutazioni di natura politica o un sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento). Al riguardo sono da segnalare le pronunce nelle quali il giudice delle leggi, pur dichiarando l'inammissibilità della questione dovuta al necessario rispetto della discrezionalità del legislatore, richiede espressamente a quest'ultimo un intervento "di sistema". Sono decisioni che, in alcuni casi, si caratterizzano per l'espressione di un monito ultimativo, tradotto nella formula secondo la quale «non sarebbe tollerabile l'eccessivo protrarsi dell'inerzia legislativa in ordine ai gravi problemi individuati dalla presente pronuncia» (ad es., sentt. n. 279 del 2013, n. 32 del 2021, nn. 22 e 183 del 2022, n. 130 del 2023). L'inammissi-

*Italia* (1958), in V. CRISAFULLI, *Stato Popolo Governo. Illusioni e delusioni costituzionali*, Milano 1985, 178 s.

<sup>8</sup> Ripropongo qui, in estrema sintesi, quanto già scritto in M. RUOTOLO, *Corso di diritto costituzionale. Fonti, diritti, giustizia costituzionale*, II ed., Torino 2022, 251 ss. Un quadro più analitico si trova senz'altro nei manuali di giustizia costituzionale: A. CERRI, *Giustizia costituzionale*, Napoli 2019, 170 ss.; S.M. CICCONE, *Lezioni di giustizia costituzionale*, VII ed., aggiornata da G. Fontana, Torino 2022, 92 ss.; E. MALFATTI, S. PANIZZA, R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, VII ed., Torino 2021, 126 ss.; A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, VII ed., Torino 2022, 173 ss.; G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, II. *Oggetti, procedimenti, decisioni*, II ed., Bologna 2018, 173 ss.

bilità potrà essere semplice (nel qual caso la pronuncia assume di solito la veste di sentenza) o manifesta, quando appaia evidente la rilevata carenza dell'atto introduttivo (nel qual caso non solo la questione potrà essere trattata direttamente in camera di consiglio, ma il relativo provvedimento assumerà la veste di ordinanza).

Nel giudizio in via principale, oltre alle pronunce di inammissibilità, sempre legate a difetti dell'atto introduttivo, abbiamo le figure dell'*estinzione*, in caso di rinuncia al ricorso accettata dalla controparte, e della *cessazione della materia del contendere*, per sopravvenuta modifica del parametro o della stessa norma impugnata, ove quest'ultima non abbia prodotto (o non possa produrre) effetti.

Nel giudizio in via incidentale assume una connotazione peculiare la "nuova" tipologia dell'*ordinanza collegiale di rinvio dell'udienza*, nella quale viene dato al legislatore un tempo per intervenire, decorso inutilmente il quale la decisione sarà assunta nel merito<sup>9</sup> (ord. n. 207 del 2018; ord. n. 132 del 2020; ord. n. 97 del 2021). Si tratta di una pronuncia nella quale la Corte rileva la presenza di una situazione di potenziale incostituzionalità (aspetto di merito), sospendendo però il giudizio (aspetto processuale) per lasciare al legislatore la possibilità di intervenire in modo che si possa evitare l'accoglimento, assicurando un più compiuto rispetto della sua discrezionalità.

Si considera, invece, propriamente pronuncia di merito l'*ordinanza di manifesta infondatezza*, alla quale la Corte fa ricorso laddove il difetto di questo requisito appaia *ictu oculi*, il che accade, ad esempio, a fronte di questione identica ad altra già dichiarata infondata, senza che il rimettente (pur diverso dall'originario giudice *a quo*) abbia proposto nuovi argomenti o profili.

Le due tipiche pronunce di merito sono, però, le *sentenze di rigetto* e di *accoglimento*, considerate, originariamente, come alternativa unica possibile per la definizione del giudizio di costituzionalità.

Com'è noto, la sentenza di rigetto è una decisione di infondatezza della questione, che però non conferisce alla norma censurata una "pa-

<sup>9</sup> Si potrebbe forse ritenere tecnicamente non implausibile che, a fronte di mancato intervento legislativo, la Corte possa comunque adottare una pronuncia di inammissibilità, per quanto "di sistema", continuando a ostare alla decisione di merito il dovuto rispetto della discrezionalità del legislatore. Ma tale esito pare sostanzialmente inconciliabile con la logica sottesa alla scelta di ricorrere all'*ordinanza motivata di rinvio a data fissa*, che serve proprio a rendere "dichiarabile" una incostituzionalità già "accertata", ma in prima battuta "non dichiarata" esclusivamente per consentire, in uno spazio temporalmente definito, l'esercizio della discrezionalità legislativa.

tente” di costituzionalità. L'infondatezza riguarda, infatti, la questione limitatamente ai profili indicati nell'atto introduttivo; ha, pertanto, l'effetto di un accertamento *inter partes* che, nel giudizio in via incidentale, si traduce in preclusione per *quel* giudice di risollevere *quella* stessa questione di costituzionalità nel corso dello stesso giudizio.

La sentenza di accoglimento ha, invece, efficacia *erga omnes*, in quanto, per espressa previsione dell'art. 136 Cost., la norma censurata «cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione». Alla lettera, questa previsione sembrerebbe implicare un'efficacia solo *pro futuro* della pronuncia della Corte, ma sia la natura incidentale del giudizio, sia la previsione contenuta nell'art. 30 della legge n. 87 del 1953, per cui le norme dichiarate incostituzionali «non possono avere applicazione» a seguito della pubblicazione della decisione, lascerebbero intendere che il *principio* debba essere quello della *retroattività* degli effetti della sentenza. In particolare, l'incidentalità imporrebbe che l'effetto retroattivo si spieghi ordinariamente nei confronti del giudizio *a quo* (c.d. premio di cattura, non avendo altrimenti interesse il giudice a sollevare la questione<sup>10</sup>), mentre la previsione del richiamato art. 30 permetterebbe di affermare che la cessazione dell'applicazione sia da riferire a tutti i rapporti pendenti sorti sin dal momento del verificarsi del vizio, del contrasto tra la norma oggetto e la norma parametro. E in effetti questa è la tesi prevalente, seguita nella prassi e già in parte sopra richiamata, ritenendosi che, almeno di regola, gli unici rapporti non travolti dalla dichiarazione di incostituzionalità della norma siano quelli ormai “esauriti”, per decadenza, prescrizione o in caso di passaggio in giudicato della sentenza pure fondata su una norma poi dichiarata incostituzionale, con l'eccezione – come peraltro si è già ricordato – delle sentenze di condanna in materia penale, di cui cessano «la esecuzione e tutti gli effetti penali» (art. 30, ultimo comma, legge n. 87 del 1953).

Riservando al proseguo del lavoro la riflessione sulle decisioni temporalmente manipolative, deve essere preliminarmente ricordato, anche per consentire idoneo inquadramento delle più recenti evoluzioni, come la stessa dicotomia rigetto-accoglimento sia stata dalla stessa Corte ritenuta inadeguata rispetto al compito che essa era chiamata a svolgere.

Sin dall'inizio della sua attività, la Corte ha infatti sperimentato le *sentenze interpretative*, dapprima di rigetto e poi di accoglimento.

<sup>10</sup> Secondo la nota considerazione di H. Kelsen, *Rapport sur la garantie jurisdictionnelle de la Constitution*, in *Annuaire de l'Institut International de Droit Public*, Paris 1929, 127.

Nella decisione *interpretativa di rigetto* l'infondatezza si lega ad una interpretazione della disposizione diversa da quella che aveva generato nel giudice *a quo* il dubbio di costituzionalità. Si tratta, com'è noto, di una tipologia decisoria che ha efficacia *inter partes*, non potendo escludersi (e, infatti, è talora accaduto) che i giudici non seguano l'indicazione della Corte. Se poi dovesse consolidarsi in giurisprudenza proprio l'interpretazione "scartata" dalla Corte, quest'ultima, ove nuovamente investita della questione, potrà accoglierla colpendo proprio la norma "vivente" contraria a Costituzione (c.d. doppia pronuncia). La decisione interpretativa di rigetto trova ovviamente spazio anche nel giudizio in via principale, anzi il suo utilizzo è qui favorito dal fatto che il ricorrente non incontra gli stringenti vincoli che invece ha il giudice *a quo*, potendo persino porre una questione per la denegata ipotesi in cui una certa interpretazione, ritenuta non plausibile, sia invece considerata praticabile (possibilità non data nel giudizio incidentale, ove la questione ipotetica è ritenuta inammissibile).

La *sentenza interpretativa di accoglimento* costituisce, in un certo senso, il "rovescio della medaglia" della pronuncia interpretativa di rigetto. La Corte vi ricorre colpendo non il testo, ma uno dei suoi possibili significati che si rivela essere contrario alla Costituzione. In tal caso, la Corte privilegia esigenze di certezza del diritto, evidentemente ricorrendo a tale pronuncia soprattutto in quei casi in cui, come si è già scritto, si sia formato proprio un diritto vivente incostituzionale. Non è il testo, in sé, a presentare problemi di incostituzionalità, ma la sua prevalente, ormai consolidata, interpretazione. Proprio tale ragione rende meno facilmente ipotizzabile il ricorso a questa pronuncia nel giudizio in via principale, che si conclude a ridosso dell'entrata in vigore della legge, senza che i tempi consentano il consolidarsi di un diritto vivente incostituzionale.

Di tale tipologia decisoria possono ritenersi "figlie" le varie *pronunce manipolative* che con il passare del tempo la Corte ha sperimentato: la sentenza di *accoglimento parziale*, la quale, colpendo una parte della disposizione censurata, permette di ricavare dal testo un'interpretazione diversa da quella originariamente praticata; la sentenza *additiva*, con la quale si rileva l'incostituzionalità di un'omissione legislativa, essendo la previsione assente, che la Corte introduce, quella strettamente necessaria perché nel suo complesso il testo possa esprimere una norma conforme a Costituzione; la sentenza *sostitutiva*, con la quale si dichiara l'illegittimità costituzionale di un testo nella parte in cui prevede qualcosa *anziché* qualcos'altro; la sentenza *additiva di principio*, che si impiega allorché il

testo, pur necessitando di integrazione, non può essere reso conforme a Costituzione attraverso l’inserimento di una regola puntuale, ma semmai di un principio il cui svolgimento è rimesso al legislatore e, nell’attesa, al giudice comune. In sostanza, mentre l’additiva classica può essere impiegata quando vi sia una e una sola regola che possa integrare il testo – a «*rime obbligate*», secondo la nota definizione di Crisafulli –, ove la prescrizione idonea a colmare la lacuna possa essere più di una allora la Corte deve fermarsi per il dovuto rispetto della discrezionalità del legislatore, potendo al limite indicare un principio entro il cui perimetro questa potrà essere esercitata e alla luce del quale, nel frattempo, i giudici comuni dovranno trovare le soluzioni per risolvere le concrete controversie (con il rischio, però, di dare luogo a differenze di trattamento in situazioni analoghe). È evidente che quest’ultima tecnica decisoria, diversamente dalle altre, non ha il pregio dell’autoapplicatività e il suo “successo” finisce per dipendere dalla solerzia del legislatore nell’intervenire per lo svolgimento del principio. Proprio l’inerzia del legislatore nel dare seguito alle indicazioni della Corte ha così portato al declino di questo tipo di pronuncia, inducendo piuttosto a superare la rigida logica delle “rime obbligate” con un più ampio impiego delle sentenze additive classiche o, addirittura, delle pronunce sostitutive.

### 3. *Tecniche decisorie e dialogo con i giudici. L’interpretazione conforme a Costituzione*

L’analisi delle tecniche decisorie merita ora di essere sviluppata guardando al loro concreto rendimento, declinandola, dinamicamente, nel contesto del “dialogo” che, attraverso le proprie pronunce, la Corte instaura (o cerca di instaurare) con i giudici e con il legislatore.

Come analiticamente descritto in un volume dedicato al rapporto tra Corte costituzionale e giudici, il dialogo con la magistratura ha prodotto complessivamente effetti molto positivi, al punto da rendere addirittura possibile qualificare il sindacato di costituzionalità come «accentrato-colaborativo»<sup>11</sup>. Di particolare interesse, al riguardo, è stata l’evoluzione

<sup>11</sup> Si veda E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici nell’Italia repubblicana. Nuova stagione, altri episodi*, Napoli 2021. Più di recente, della stessa Autrice si veda la voce *Poteri e garanzie (Corte costituzionale)*, in M. CARTABIA, M. RUOTOLO (a cura di), *Potere e Costituzione, Enciclopedia del Diritto, Tematici*, Milano 2023, spec. 822 ss.

che ha interessato l'impiego della interpretazione conforme a Costituzione da parte sia della Corte sia della autorità giudiziaria<sup>12</sup>.

Alla rivendicazione da parte della magistratura di un ruolo da protagonista nell'opera di interpretazione conforme a Costituzione delle leggi<sup>13</sup> ha corrisposto un atteggiamento della Corte propenso a favorire il raggiungimento di soluzioni ermeneutiche direttamente da parte del giudice, senza necessità di sollevare la questione di legittimità costituzionale<sup>14</sup>.

Le conseguenze sul piano delle tecniche decisorie sono state diverse. In presenza di una consolidata interpretazione giudiziaria (diritto vivente), la Corte ha per lo più evitato di ricorrere a decisioni interpretative di rigetto, rivolte a suggerire una soluzione ermeneutica alternativa. Ha progressivamente considerato il diritto vivente come «resistenza insuperabile»<sup>15</sup> a una possibile diversa lettura del testo, ritenendo in questo caso

<sup>12</sup> Mi sono occupato del tema in diverse sedi e da differenti prospettive. Per non eccedere nell'autocitazione, mi limito a richiamare M. RUOTOLO, *Interpretare. Nel segno della Costituzione*, Napoli 2014, e ID., *L'interpretazione conforme a Costituzione torna a casa?*, in G. CAMPANELLI, G. FAMIGLIETTI, R. ROMBOLI (a cura di), *Il sistema "accentrato" di costituzionalità*, Atti del Seminario di Pisa del 25 ottobre 2019, Napoli 2020, 51 ss. Al tema dell'interpretazione conforme a Costituzione sono stati dedicati, in questi anni, diversi contributi, tra i quali: G. SORRENTI, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, Milano 2006; M. D'AMICO, B. RANDAZZO (a cura di), *Interpretazione conforme e tecniche argomentative*, Atti del Convegno di Milano 6-7 giugno 2008, Torino 2009; CORTE COSTITUZIONALE, *Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguate*, Atti del seminario svoltosi a Roma presso Palazzo della Consulta il 6 novembre 2009, Milano 2010; A. CIERVO, *Saggio sull'interpretazione adeguatrice*, Roma 2011; M.A. GLIATTA, *L'interpretazione conforme a Costituzione. Per una teoria garantista della funzione giurisdizionale*, Napoli 2014; M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a costituzione*, in *Enc. Dir.*, Annali IX, Milano 2016, 391 ss.; G. BRONZINI, R. COSIO (a cura di), *Interpretazione conforme, bilanciamento dei diritti e clausole generali*, Milano 2017; G. PARODI, *L'interpretazione conforme a Costituzione. Profili di comparazione*, in *Dir. Pubbl. Comp. Eur.*, 2019, 555 ss. Fondamentali, in argomento, sono gli studi di Franco MODUGNO. Limitandomi ai più recenti, indico: *In difesa dell'interpretazione conforme a Costituzione*, in *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 18 aprile 2014; *Al fondo della teoria dell'interpretazione conforme a Costituzione*, in *Dir. e Soc.*, 2015, 461 ss.; *Interpretazione costituzionale*, in *Dir. e Soc.*, 2018, spec. 528 ss.

<sup>13</sup> Secondo indicazioni già rappresentate dall'Associazione Nazionale Magistrati nel Congresso tenutosi a Gardone nel 1965.

<sup>14</sup> Con il vantaggio di assicurare una tutela immediata da parte del giudice adito in riferimento al diritto controverso: G. SILVESTRI, *L'effettività e la tutela dei diritti fondamentali nella giustizia costituzionale*, Napoli 2009, 20.

<sup>15</sup> Seguendo V. CRISAFULLI, *Il "ritorno" dell'art. 2 della legge di pubblica sicurezza dinanzi alla Corte costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 1961, 895.

inevitabile il ricorso alla decisione di accoglimento (se del caso interpretativa)<sup>16</sup>.

In assenza di diritto vivente, la Corte ha sempre cercato un atteggiamento collaborativo, suggerendo nelle sue decisioni il significato da attribuire al testo legislativo. E lo ha fatto ora con lo strumento naturale della sentenza interpretativa di rigetto<sup>17</sup>, ora con la decisione di inammissi-

<sup>16</sup> Da approfondire sarebbe il tema del diritto vivente in ordine alla possibilità che lo stesso si radichi non solo nella giurisprudenza consolidata ma anche in atti amministrativi generali capaci di esprimere le proprie potenzialità oltre l'ambito dei rapporti interni ad uno specifico settore dell'ordinamento. Basti pensare, solo per fare esempi, alle circolari adottate per la gestione del fenomeno migratorio o nei settori dell'esecuzione penale e della previdenza, le quali, qualora non contestate dinanzi ai giudici o passate indenni al loro esame, finiscono per "consolidare" la possibile norma che può essere tratta dalla disposizione legislativa di riferimento. La Corte costituzionale non sembra considerare le stesse come idonee a creare diritto vivente, non a caso ricorrendo a decisioni interpretative di rigetto per proporre soluzioni ermeneutiche diverse, anche solo parzialmente, da quelle in esse propugnate. Per un esempio recentissimo, si veda la sent. n. 105 del 2023, riguardante la questione dell'impiego del vetro divisorio "a tutta altezza" nei colloqui dei detenuti in regime di 41-*bis* con familiari minori d'età.

<sup>17</sup> In diverse occasioni la Corte, pur fondando la sua decisione su una precisa interpretazione della disposizione censurata, non usa però nel dispositivo la formula "nei sensi di cui in motivazione" o altra simile. Decisioni di tal fatta sono state qualificate come pronunce di "rigetto con interpretazione" per differenziarle dalle pronunce "interpretative di rigetto". Questa distinzione mi pare discutibile, perché, nel descrivere una differenza senz'altro desunta dalla lettura delle pronunce della Corte, finisce per legittimarla. Come altrove ho sostenuto (M. RUOTOLO, *Quando il giudice "deve fare da sé"*, in *Questione giustizia*, [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it), 22 ottobre 2018), se la pronuncia di infondatezza si basa su un'interpretazione alternativa rispetto a quella fornita dal giudice *a quo* allora è (deve essere) una "sentenza interpretativa di rigetto" (con le conseguenze suddette quanto a redazione del dispositivo); se, invece, la infondatezza non si basa su una diversa ricostruzione del significato della disposizione, la pronuncia non potrà che essere di "mero" rigetto. *Tertium non datur*, se davvero si tiene al dialogo con i giudici comuni, rispondendo anche a un'esigenza di «segnalica giurisprudenziale» opportunamente rilevata in passato da Leopoldo ELIA, *Modeste proposte di segnalica giurisprudenziale*, in *Giur. Cost.*, 2002, 3689 ss. Analoghi rilievi sento di formulare rispetto all'impiego delle pronunce di infondatezza per l'ipotesi di "erroneo presupposto interpretativo". Sia pure con significative oscillazioni, la Corte adotta ancora sentenze di rigetto in casi di tal fatta (ad es. sentt. n. 60 del 2014, n. 11, 14, 51, 117 del 2015, 43 del 2017; più di recente, sentt. nn. 128 e 254 del 2022), spesso qualificando il mancato conseguimento da parte del giudice della soluzione conforme a Costituzione nei termini di "erroneo presupposto interpretativo". È una confusione logica, oltre che terminologica. Se infatti la ricostruzione del dato normativo si fonda davvero su un erroneo presupposto interpretativo, la Corte non dovrebbe entrare nel merito della questione che sarebbe, a seconda dei riflessi di quell'errore, o inammissibile o manifestamente infondata: si dovrebbe rilevare, in tal caso, un errato impiego da parte del giudice dei suoi ordinari poteri di interpretazione, in grado di riverberarsi sulle sue valutazioni in termini di rilevanza e non manifesta infondatezza della questione (ad esempio: la ricostruzione del quadro normativo non è



sibilità, strada, quest'ultima, riservata alle ipotesi in cui il giudice *a quo* non avesse adeguatamente tentato l'interpretazione conforme del testo normativo.

È nella nota formula della sent. n. 356 del 1996 che si trova sintetizzato questo indirizzo: «le leggi non si dichiarano incostituzionali perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne), ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali». L'effetto riflesso di questa affermazione sarà, però, l'adozione di pronunce di inammissibilità non soltanto nell'ipotesi in cui il giudice abbia omesso di cercare soluzioni conformi a Costituzione, ma anche per il caso in cui non abbia adeguatamente dimostrato l'"impossibilità" di seguire un'interpretazione costituzionalmente corretta. Diminuiscono le sentenze interpretative di rigetto, crescono le decisioni di inammissibilità fondate sulla possibilità di ricavare dal testo un'interpretazione conforme a Costituzione, ancorché difficile o improbabile<sup>18</sup>. Si arriva persino ad affermare che tale ricerca possa andare oltre il "diritto vivente", il cui rispetto è facoltà e non obbligo per il giudice *a quo* (sent. n. 350 del 1997).

Siamo alla fine degli anni Novanta e questo atteggiamento porta anche a un noto "conflitto" con la Cassazione<sup>19</sup>, riguardante il calcolo dei termini di fase della custodia cautelare in carcere. Ad una originaria decisione interpretativa di rigetto non "condivisa" dai giudici (sent. n. 292 del 1998), seguono diverse pronunce processuali (ordd. nn. 429 del 1999, 214 e 529 del 2000, 243 e 335 del 2003, 59 del 2004), fondate sull'inidoneo tentativo di interpretazione conforme a Costituzione da

corretta, *ergo* l'interpretazione del testo è "sbagliata"). Se invece il giudice ha praticato un'interpretazione non implausibile della disposizione censurata, non gli si può addebitare un "errore" nella prospettazione della questione, che ovviamente ben potrà essere rigettata ove la Corte ritenga che sia possibile un'altra interpretazione dello stesso testo conforme a Costituzione. La Corte tende ormai a ritenere, discutibilmente, che «afferisce al merito [...] l'eccezione relativa all'asserita erroneità del presupposto interpretativo» (sent. n. 73 del 2023).

<sup>18</sup> Cfr. F. MODUGNO, *Sulla specificità dell'interpretazione costituzionale*, in ID., *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, Napoli 2008, 260.

<sup>19</sup> Un precedente "conflitto" tra Corti, per quanto di segno diverso quanto a tecniche decisorie impiegate, si era avuto nella vicenda originata da tre pronunce della Corte costituzionale (sentt. n. 11 e 52 del 1965, n. 127 del 1966), in tema di garanzie difensive nell'istruzione sommaria, le quali avevano disatteso il consolidato orientamento in materia della giurisprudenza di legittimità. La vicenda, che aveva visto l'impiego da parte della Corte di pronunce "interpretative" (di rigetto e di accoglimento), si concluse con un'ulteriore pronuncia di rigetto (sent. n. 49 del 1970) che ha finito per "dare ragione" alla Cassazione, in quanto il problema ad essa sotteso è finalmente considerato come questione meramente interpretativa la cui soluzione è riserva alla giurisprudenza comune.

parte dei giudici *a quibus* (compresa la Cassazione), i quali ritenevano non possibile seguire l'indicazione ermeneutica proveniente dalla Corte costituzionale a causa della resistenza insuperabile opposta alla stessa dal testo legislativo, nonostante il diverso avviso del giudice delle leggi. Soltanto dopo molto tempo, la Corte, nuovamente investita della questione e preso atto del formarsi di un diritto vivente incostituzionale, "chiude la partita" con una sentenza additiva (n. 299 del 2005). È solo un episodio, ma significativo degli "eccessi" prodotti dalla pretesa della Corte di non entrare nel merito di questioni risolvibili attraverso l'interpretazione, per quanto improbabile o difficile.

Gradualmente questo atteggiamento sarà superato, riconoscendo dapprima che la non condivisione da parte della Corte circa la valutazione del giudice rimettente che abbia escluso la possibilità di pervenire ad una soluzione ermeneutica conforme a Costituzione, in quanto sufficientemente argomentata, «non rileva più in termini di inammissibilità – ma solo, in tesi, di eventuale infondatezza – della questione in esame» (sent. n. 235 del 2014); poi che «per aversi una questione di legittimità validamente posta è sufficiente che il giudice *a quo* fornisca un'interpretazione non implausibile della disposizione censurata» (sent. n. 51 del 2015); infine – con una serie di passaggi intermedi (sentt. nn. 221 e 262 del 2015, 36, 45, 95, 111, 173, 204 e 219 del 2016) – si arriva ad affermare che «se "le leggi non si dichiarano incostituzionali perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne), ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali" (sent. n. 356 del 1996), ciò non significa che, ove sia improbabile o difficile prospettare un'interpretazione costituzionalmente orientata, la questione non debba essere scrutinata nel merito. Anzi, tale scrutinio, ricorrendo le predette condizioni, si rivela (...) necessario, pure solo al fine di stabilire se la soluzione conforme a Costituzione rifiutata dal giudice rimettente sia invece possibile» (sent. n. 42 del 2017)<sup>20</sup>.

Insomma, è solo l'omesso (o del tutto inadeguato) tentativo di interpretazione conforme che merita di essere sanzionato con una pronuncia

<sup>20</sup> Sulle varie "stagioni" dell'interpretazione conforme a Costituzione e sulle ragioni per le quali il giudice comune non può o forse, almeno in alcune circostanze, non deve più fare da sé, si veda il bel saggio di V. MARCENÒ, *Quando il giudice deve (o doveva?) fare da sé: interpretazione adeguatrice, interpretazione conforme, disapplicazione della norma di legge*, in *Dir. e Soc.*, 2018, 633 ss., che comprende anche riflessioni sulle evoluzioni dell'interpretazione conforme nell'ambito sovranazionale. Si rinvia pure a M. RUOTOLO, *Quando il giudice "deve fare da sé"*, cit.

di inammissibilità, negli altri casi dovendo la Corte affrontare la questione nel merito, ricorrendo alla sentenza interpretativa di rigetto ogni qual volta sia possibile l'interpretazione conforme a Costituzione della disposizione censurata. La ricerca dell'interpretazione conforme, così configurata, può ben essere considerata come attività che logicamente precede la stessa valutazione sulla rilevanza e sulla non manifesta infondatezza della questione, senza aggiungere, propriamente, alcun nuovo requisito rispetto a quelli desumibili dall'art. 23 della legge n. 87 del 1953 per l'accesso al giudizio della Corte in via incidentale. Il giudice, infatti, passerà a compiere tali verifiche soltanto ove non sia preliminarmente riuscito a sciogliere (o meglio a prevenire) la potenziale antinomia con l'esercizio dei suoi poteri ermeneutici. Se, nonostante ciò, il dubbio permane e la norma appare indispensabile al fine di risolvere la controversia, non potrà che rimettere la questione alla Corte, sospendendo il giudizio in attesa della sua decisione.

L'approdo al quale si è giunti sembra realizzare il migliore equilibrio in un rapporto positivamente dialogico tra Corte e giudici, rispettoso delle reciproche competenze, in un contesto più generale che è stato definito di "ri-accentramento" del giudizio di costituzionalità<sup>21</sup>.

<sup>21</sup> La riflessione – che non formerà qui oggetto di approfondimento – coinvolge anche le relazioni con le Corti sovranazionali. Si fa riferimento: all'affermata esclusione di un potere dei giudici di disapplicare la legge in contrasto con la CEDU, potendosi far valere l'eventuale violazione davanti alla Corte costituzionale in termini di contrasto con l'art. 117, primo comma, Cost. (sentt. nn. 348 e 349 del 2007); all'uso, da parte della Corte costituzionale, dello strumento del rinvio pregiudiziale (il primo caso si è avuto con l'ord. n. 103 del 2008) per esprimere il proprio punto di vista, anche rappresentando, come accaduto in una nota vicenda (caso Taricco), che una certa lettura del diritto europeo potrebbe imporre l'applicazione del "controlimito", impedendone l'ingresso nell'ordinamento nazionale (ord. n. 24 del 2018, a seguito della quale la Corte di giustizia, sent. 5 dicembre 2017, C-42/17, ha avallato la soluzione ermeneutica suggerita per "salvare" la normativa italiana, così consentendo l'adozione finale di una pronuncia di infondatezza, la n. 115 del 2018); alla possibilità riconosciuta al giudice interno, per l'ipotesi in cui una norma sia in potenziale contrasto con la Carta dei diritti fondamentali UE e con la Costituzione (doppia pregiudizialità), di sollevare questione di legittimità costituzionale (sent. n. 269 del 2017 e poi sentt. n. 20, 63 e 117 del 2019). Si è ritenuto che con tali modalità la Corte abbia inteso recuperare il ruolo di giudice dei diritti, messo in discussione dalla compresenza di diverse Corti che, a diversi livelli, finiscono per occuparsi di una materia *lato sensu* costituzionale (è il tema assai indagato del costituzionalismo multilivello e del rapporto tra Corti nazionali, Corte Edu e Corte di Giustizia specie sul piano della tutela dei diritti). In argomento si vedano il volume di D. TEGA, *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, Bologna 2020, nonché i contributi raccolti in G. CAMPANELLI, G. FAMIGLIETTI, R. ROMBOLI (a cura di), *Il sistema «accentrato» di costituzionalità*, cit. (in particolare il contributo introduttivo

Come ho sostenuto altrove<sup>22</sup>, il mantenimento di questo rapporto collaborativo passa anche, se non soprattutto, per il rispetto da parte della Corte della c.d. dottrina del diritto vivente e delle sue immediate implicazioni. Indurre il giudice – tramite sentenza interpretativa di rigetto – a percorrere una soluzione ermeneutica diversa da quella “dominante”, specie se espressa dal giudice di legittimità, significherebbe spingerlo a un’interpretazione probabilmente «suicida» («in quanto quasi certamente destinata ad essere annullata dalla pronuncia dei giudici dei gradi superiori») <sup>23</sup>. Così come, dalla prospettiva della Corte costituzionale, optare per una decisione di rigetto o addirittura di inammissibilità per indicare una soluzione conforme a Costituzione diversa da quella espressa dalla Cassazione potrebbe «porre in discussione» o persino «delegittimare» la funzione nomofilattica di quest’ultima<sup>24</sup>. La decisione interpretativa di rigetto dovrebbe in tali casi essere privilegiata quando la Corte costituzionale intenda confermare il (o conformarsi al) diritto vivente<sup>25</sup>, non già quando ritenga che sia da preferire una soluzione ermeneutica diversa da

di R. ROMBOLI, *Il sistema “accentrato” di costituzionalità*, 13 ss.), e in B. CARAVITA (a cura di), *Un riaccentramento del giudizio costituzionale? I nuovi spazi del Giudice delle leggi, tra Corti europee e giudici comuni*, Torino 2021 (in particolare il contributo introduttivo di B. CARAVITA, *Il “riaccentramento” del giudizio costituzionale italiano all’alba del secondo decennio del ventunesimo secolo*, 1 ss., che indica chiaramente e sinteticamente i principali sviluppi della descritta tendenza al “riaccentramento” del giudizio costituzionale). Come è stato più generalmente rilevato, con una riflessione che trascende gli specifici aspetti qui accennati, la Corte sembra voler essere sempre più parte attiva nello sviluppo di un diritto costituzionale «relazionale», che si fonda sul dialogo con gli altri attori giurisdizionali e non: cfr. V. BARSOTTI, P.G. CAROZZA, M. CARTABIA, A. SIMONCINI, *Italian Constitutional Justice in Global Context*, Oxford 2015, 231 ss. Per un’analisi sul modello accentrato (o centralizzato) di giustizia costituzionale in Europa, che ne mette in evidenza il successo e alcuni aspetti critici, si veda V. FERRERES COMELLA, *Constitutional Courts and Democratic Values. A European Perspective*, New Haven & London 2009 e, su questo volume, L. CAPPUCIO, E. LAMARQUE (a cura di), *Dove va il sistema accentrato di controllo di costituzionalità? Ragionando intorno al libro di Victor Ferreres Comella, Constitutional Courts and Democratic Values*, Napoli 2013.

<sup>22</sup> M. RUOTOLO, *L’interpretazione conforme a Costituzione torna a casa?*, cit., 60.

<sup>23</sup> R. ROMBOLI, *Qualcosa di nuovo... anzi d’antico: la contesa sull’interpretazione conforme della legge*, in P. CARNEVALE, C. COLAPIETRO (a cura di), *La giustizia costituzionale tra memoria e prospettive*, Torino 2008, 111. Il rilievo del «diritto vivente» è tale che la mancata presa in considerazione di soluzioni ermeneutiche alternative ad esso, «eccentriche rispetto al modo in cui le disposizioni vivono», non può ritenersi condizione di inammissibilità della questione (sent. n. 141 del 2019).

<sup>24</sup> R. ROMBOLI, *op. ult. cit.*, 112.

<sup>25</sup> Si vedano, almeno, G. ZAGREBELSKY, *La dottrina del diritto vivente*, in *Giur. Cost.*, 1986, I, 101 ss.; A. PUGIOTTO, *Sindacato di costituzionalità e diritto vivente*, Milano 1994, 339 ss.; L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano 1996, 154 ss.

quella scaturita dalla giurisprudenza consolidata, in ragione del fatto che quest'ultima è contraria a Costituzione<sup>26</sup>.

Il *favor* per le pronunce interpretative di rigetto può trovare giustificazione anche in un'altra prospettiva che vede la Corte come deputata non solo al controllo del rispetto dei limiti che la Costituzione impone alla funzione legislativa, ma anche, e forse soprattutto, alla verifica dell'idoneità dell'atto legislativo a dare effettività ai principi costituzionali<sup>27</sup>. Che poi, a ben riflettere, anche questa prospettiva può collocarsi entro il confine del rispetto dei limiti (positivi) che la Costituzione pone, tanto più se si intende che la legislazione abbia come compito primario quello di svolgerla, svilupparla e attuarla<sup>28</sup>.

Quella della Corte non è solo – e da tempo – mera giurisdizione di annullamento, assumendo primario rilievo la sua funzione di «ricomposizione interpretativa» o di «integrazione normativa dell'ordinamento»<sup>29</sup>.

<sup>26</sup> Né la Corte potrebbe, per eludere il limite che essa stessa si è data, ricorrere allo stratagemma dell'interpretazione conforme a Costituzione del diritto vivente all'apparenza incostituzionale. Non dovrebbe, infatti, dire che il diritto vivente «non è incostituzionale se reinterpretato», come pure ha fatto, perché tale affermazione se può valere con riguardo a un testo (sempre nei limiti del suo orizzonte di senso), «ove riferita ad un'interpretazione lascia disorientati». Così, con riferimento alla sent. n. 3 del 2015, M. CAREDDA, *Quando "reinterpretare" dovrebbe equivalere ad accogliere*, in *Giur. Cost.*, 2015, 35, la quale aggiunge: «reinterpretare una "norma" significa, infatti, sostituire un'interpretazione a un'altra, perché la seconda e non la prima è conforme a Costituzione. Ma se la prima è "diritto vivente" non si può rinunciare a dichiararla incostituzionale, salvo a voler sacrificare del tutto le esigenze della certezza del diritto in nome della ricerca a tutti i costi della soluzione conforme a Costituzione». Mi pare un buon modo di sviluppare l'intuizione crisafulliana per cui anche il diritto vivente può costituire «resistenza insuperabile» per addivenire a una soluzione conforme a Costituzione. Proprio V. CRISAFULLI, *Il "ritorno" dell'art. 2*, cit., 897, richiamato puntualmente nelle conclusioni della nota di Marta Caredda, affermava, infatti, che «il solo mezzo di cui disponga la Corte per stroncare indirizzi giurisprudenziali incostituzionali consiste nel dichiarare formalmente, in dispositivo, la invalidità della "norma vivente", anche se, a suo giudizio, fondata sopra una erronea interpretazione».

<sup>27</sup> G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, II, cit., 173.

<sup>28</sup> Secondo il noto insegnamento di F. MODUGNO, *L'invalidità della legge*, II, *Teoria dell'atto legislativo e oggetto del giudizio costituzionale*, Milano 1970, 23 ss.

<sup>29</sup> Ancora G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, II, cit., 174. Si tratta di considerazione che ormai non ha più bisogno di particolari dimostrazioni, costituendo un dato acquisito, con implicazioni che interessano anche altre tecniche decisorie e che riguardano, in modo particolare, il rapporto tra Corte costituzionale e Corte di cassazione specie nell'interpretazione delle disposizioni costituzionali in tema di diritti. Basterebbe rileggere V. ONIDA, *La Corte e i diritti*, in L. CARLASSARE (a cura di), *Il diritto costituzionale a duecento anni dall'istituzione della prima cattedra in Europa*, Padova 1998, 186, poi seguito da molti altri specie negli ultimi anni in cui la Corte ha cercato, con

E tale ruolo è senz'altro svolto significativamente mediante l'impiego delle decisioni interpretative di rigetto, che hanno il vantaggio di non creare vuoti normativi, contribuendo alla considerazione dell'incostituzionalità come *extrema ratio*, da riservare alle ipotesi di «fallimento dell'interpretazione»<sup>30</sup>. Fin dove è possibile, insomma, deve essere ricercata dalla Corte (e anche dai giudici<sup>31</sup>) l'interpretazione conforme a Costituzione, riservando appunto la dichiarazione di incostituzionalità alle ipotesi in cui il testo (o la sua prevalente interpretazione ad opera della giurisprudenza: diritto vivente) opponga una resistenza insuperabile ad un esito ermeneutico conforme a Costituzione.

#### 4. *Tecniche decisorie e dialogo con il legislatore*

Più complessa e articolata è la riflessione sul rapporto tra Corte e legislatore, declinata attraverso l'impiego delle tecniche decisorie. Cercherò di sintetizzarla, evitando eccessivi riferimenti ai contenuti di singole pronunce e tentando, piuttosto, di individuare le ragioni che hanno indotto la Corte ad utilizzare un "armamentario" decisorio in continuo movimento.

Le evoluzioni, in questo ambito, sono state davvero molte e per lo più conseguenti, di volta in volta, alla presa d'atto dell'inadeguatezza della singola tecnica elaborata per il perseguimento dell'obiettivo dell'instaurazione di un proficuo dialogo con il legislatore. D'altra parte, mi pare indiscutibile che il successo o l'insuccesso della singola tecnica decisoria dipenda dalla sua capacità di ottenere "seguito" e che la "invenzione", ma anche l'abbandono o la ripresa della stessa, sia legata alle condizioni storico-politiche del momento.

diversi "accorgimenti", di riportare nella sede del suo giudizio il sindacato sulle norme interne che si pongano in contrasto con parametri sovranazionali che abbiano contenuto "di impronta tipicamente costituzionale" e incidano su diritti fondamentali della persona. Tra i moltissimi contributi in argomento indico quello probabilmente più recente: S. BARBARESCHI, *Corte costituzionale e certezza dei diritti. Tendenze nomofilattiche del giudizio sulle leggi*, Napoli 2022.

<sup>30</sup> G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna 2008, 257.

<sup>31</sup> Che, comunque sia, in nome del loro coinvolgimento nell'applicazione della Costituzione, non possono spingersi sino al punto di disapplicare la legge.

#### 4.1. Pronunce monitorie e sentenze additive di principio

Da sempre la Corte rivolge “moniti” al legislatore, principalmente in decisioni di inammissibilità<sup>32</sup> o di rigetto, ma anche, in misura crescente, in pronunce di accoglimento, specie manipolative<sup>33</sup>, al fine di sollecitare un intervento “organico” che richiede l’esercizio di discrezionalità e che sarebbe comunque impedito al giudice costituzionale per il dovuto rispetto del principio della corrispondenza tra chiesto e pronunciato. A fronte di omissioni incostituzionali, colmabili con una pluralità di soluzioni, la Corte ha anche tentato la già ricordata strada delle additive di principio, pronunce che, anziché individuare la specifica regola idonea a colmare la lacuna rendendo il testo scrutinato conforme a Costituzione, indicavano il “principio” al quale il legislatore si sarebbe dovuto ispirare<sup>34</sup>. Nell’attesa di intervento normativo, il giudice avrebbe potuto ricavare dal principio la regola idonea a colmare il vuoto. Per poter produrre effetti positivi, la tecnica decisoria in parola, nonostante la risposta tendenzialmente positiva dei giudici, avrebbe necessitato di seguiti legislativi in tempi ragionevoli. Altrimenti – come accaduto<sup>35</sup> – la stessa sarebbe stata fonte di incertezze, con riflessi sul principio di eguaglianza, per il possibile diverso “seguito” dato al principio dal singolo giudice.

Di qui il ricordato, tendenziale, abbandono delle additive di princi-

<sup>32</sup> Persino in una pronuncia di restituzione degli atti al giudice *a quo*, come accaduto per la questione relativa alla garanzia per l’imputato di non essere sottoposto a un secondo giudizio sanzionatorio: sent. n. 43 del 2018.

<sup>33</sup> Ad es., sent. n. 149 del 2018.

<sup>34</sup> Cfr., almeno, A. ANZON, *Nuove tecniche decisorie della Corte costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 1992, 3199; G. PARODI, *La sentenza additiva a dispositivo generico*, Torino 1996; ID., *Le sentenze additive di principio*, in *Foro It.*, 1998, V, 78 ss.

<sup>35</sup> Cito, come esempio, la sent. n. 26 del 1999, riguardante la mancata previsione nell’ordinamento penitenziario di forme di tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti. Non potendo individuare una norma e una procedura giurisdizionale da estendere e generalizzare per rimediare a tale difetto, alla Corte, anche per il necessario rispetto della discrezionalità del legislatore, non restava che «dichiarare l’incostituzionalità della omissione e contestualmente chiamare il legislatore all’esercizio della funzione normativa che a esso compete, in attuazione dei principi della Costituzione». La soluzione offerta dalla Corte non forniva alcuna certezza rispetto al procedimento da seguire per i reclami aventi ad oggetto la lesione dei diritti dei detenuti e, nel perdurare dell’inerzia legislativa, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno ritenuto applicabile il rito semplificato di cui all’art. 14-ter dell’ordinamento penitenziario (sent. 26 febbraio 2003, n. 25079, ric. Gianni). Il seguito legislativo si è realizzato soltanto con il d.l. 23 dicembre 2013, n. 146, convertito con modificazioni dalla legge 21 febbraio 2014, n. 10, peraltro quale seguito di specifica indicazione proveniente da sentenza “pilota” della Corte europea dei diritti dell’uomo, *Torreggiani e altri c. Italia*, 8 gennaio 2013.

pio e la sperimentazione di nuove tecniche o l'impiego di strumenti già esistenti in funzione di sollecitazione "ultimativa" nei confronti del legislatore. Il riferimento è, da un lato, al più ampio utilizzo delle "classiche" decisioni manipolative, specie nell'ambito dello scrutinio della proporzionalità delle sanzioni penali, e, dall'altro lato, all'impiego dell'ordinanza motivata di rinvio dell'udienza o dello strumento dell'autorimessione, ove tecnicamente possibile, anche per dare tempo al legislatore di intervenire in una certa materia con una disciplina organica. Laddove il rispetto della discrezionalità legislativa impedisca proprio un intervento nelle forme da ultimo indicate, la Corte sempre più spesso ricorre a decisioni di inammissibilità "di sistema", nelle quali individua singoli profili di dubbia costituzionalità risolvibili però soltanto con riforme complessive idonee al loro superamento<sup>36</sup>.

<sup>36</sup> Cito, come esempio, la sent. n. 22 del 2022, in tema di REMS. La Corte, pur decidendo per l'inammissibilità, invoca «l'urgente necessità di una complessiva riforma di sistema, che assicuri, assieme: – un'adeguata base legislativa alla nuova misura di sicurezza (...); – la realizzazione e il buon funzionamento, sull'intero territorio nazionale, di un numero di REMS sufficiente a far fronte ai reali fabbisogni, nel quadro di un complessivo e altrettanto urgente potenziamento delle strutture sul territorio in grado di garantire interventi alternativi adeguati rispetto alle necessità di cura e a quelle, altrettanto imprescindibili, di tutela della collettività (e dunque dei diritti fondamentali delle potenziali vittime dei fatti di reato che potrebbero essere commessi dai destinatari delle misure) (...); – forme di adeguato coinvolgimento del Ministro della giustizia nell'attività di coordinamento e monitoraggio del funzionamento delle REMS esistenti e degli altri strumenti di tutela della salute mentale attivabili nel quadro della diversa misura di sicurezza della libertà vigilata, nonché nella programmazione del relativo fabbisogno finanziario, anche in vista dell'eventuale potenziamento quantitativo delle strutture esistenti o degli strumenti alternativi (...)». La motivazione della decisione si chiude con la seguente affermazione: «nel dichiarare l'inammissibilità delle odierne questioni, questa Corte non può peraltro non sottolineare – come in altre analoghe occasioni (segnatamente, sentenza n. 279 del 2013; nonché recentemente, in diverso contesto, sentenze n. 32 del 2021 e n. 183 del 2022) – che non sarebbe tollerabile l'eccessivo protrarsi dell'inerzia legislativa in ordine ai gravi problemi individuati dalla presente pronuncia». Come è stato puntualmente rilevato, questo «monito rafforzato» presenta elementi di novità in quanto segue a ordinanza istruttoria (n. 131 del 2021) che ha coinvolto proprio «le istituzioni che sono state e saranno impegnate nell'attuazione del sistema di tutela della salute dell'infermo e dell'interesse della comunità sociale», le quali si sono rilevate «concordi nel ritenere inadeguato l'attuale sistema» (O. DI CAPUA, *La Corte alla ricerca di nuove strade per garantire la massima effettività dei diritti fondamentali. Note a margine della sentenza n. 22 del 2022 della Corte costituzionale*, in *Osservatorio dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, [www.osservatorioaic.it](http://www.osservatorioaic.it), 3/2022, 294 ss., specie 307 s.). Anche se non ricorre l'usuale formula impiegata per esprimere il monito "ultimativo", può farsi forse rientrare in questo filone pure la sent. n. 47 del 2023, riguardante la mancata previsione nello Statuto dei diritti del contribuente del contraddittorio endoprocedimentale per gli accertamenti "a tavolino" posti in essere dall'Agenzia delle entrate. «Tenuto conto della pluralità di soluzioni possi-



Quanto alla funzione monitoria esercitata in pronunce di inammissibilità, la stessa appare spesso come il contro-altare di una mancata pronuncia di accoglimento, inibita dal necessario rispetto del legislatore, addirittura nei termini di una decisione di incostituzionalità accertata ma non dichiarabile per assenza di rime obbligate<sup>37</sup>.

bili in ordine all'individuazione dei meccanismi con cui assicurare la formazione partecipata dell'atto impositivo», la Corte dichiara inammissibile la specifica questione sollevata, rilevando che «il superamento dei prospettati dubbi di legittimità costituzionale esige un intervento di sistema del legislatore»; intervento che deve essere «tempestivo» e rivolto a garantire «l'estensione del contraddittorio endoprocedimentale in materia tributaria». Sembra assumere la forma di una incostituzionalità «accertata» ma «non dichiarabile» la successiva sent. n. 71 del 2023 nella quale, con riguardo a specifici aspetti della legislazione statale sul fondo di solidarietà comunale (con previsione di vincoli di destinazione sulle relative spese), la Corte rileva il *vulnus* alla Costituzione, ma ritiene vi sia un «ventaglio di soluzioni» idonee a rimediare allo stesso, con impossibilità di individuarne una costituzionalmente adeguata o obbligata. La pronuncia di inammissibilità si chiude con la seguente frase: «questa Corte, pertanto, non può, al momento, che arrestarsi e cedere il passo al legislatore, chiamandolo a intervenire tempestivamente per superare, in particolare, una soluzione perequativa ibrida che non è coerente con il disegno costituzionale dell'autonomia finanziaria di cui all'art. 119 Cost.». A queste decisioni si aggiunga la recentissima sent. n. 130 del 2023 sul differimento del versamento del trattamento di fine servizio (TFS), che peraltro era già stata preceduta da monito rimasto inascoltato e che ora è «rafforzato» mediante l'impiego della formula prima richiamata circa l'intollerabilità del protrarsi dell'inerzia legislativa.

<sup>37</sup> Come ricorda N. ZANON, «*Stagioni creative*» della giurisprudenza costituzionale? Una testimonianza (e i suoi limiti), in C. PADULA (a cura di), *Una nuova stagione creativa della Corte costituzionale?*, Napoli 2020, 389 ss., ne è un esempio la sent. n. 223 del 2015, in tema di non punibilità per il delitto di truffa commesso in danno del coniuge convivente non legalmente separato, che contiene peraltro un monito non solo non ascoltato ma anche *pro parte* disatteso da un successivo intervento normativo «nel verso contrario a quello auspicato dalla sentenza». Su questa decisione si veda R. PINARDI, *La questione è fondata, anzi è inammissibile (ovvero: la Corte e la natura incidentale del suo giudizio)*, in *Giur. Cost.*, 2015, 2071 ss.

Altra vicenda esemplare è quella che interessa la c.d. omogenitorialità, rispetto alla quale recenti determinazioni politiche sembrano andare in direzione contraria da quella indicata, sia pure con diverse sfumature, dalla Corte costituzionale, soprattutto nella sent. n. 32 del 2021, ma anche nella coeva sent. n. 33 dello stesso anno (peraltro seguite dalla sent. n. 79 del 2022, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della disciplina in tema di adozione «in casi particolari» nella parte in cui «prevede che essa non induce alcun rapporto civile tra l'adottato e i parenti dell'adottante»). La Corte ha sì dichiarato l'inammissibilità di questioni sollevate con riguardo al tema dei figli nati da maternità surrogata e di riconoscimento di figli nati da fecondazione eterologa nell'ambito di coppie omosessuali, ma ha anche qualificato come imprescindibile l'esigenza di tutelare i diritti dei bambini. Ha escluso la possibilità stessa dell'accoglimento delle questioni, perché il vuoto determinato avrebbe generato disarmonie nel sistema, sollecitando, però, specie nella sent. n. 32 del 2021, un intervento del legislatore che disciplini in modo organico la condizione dei nati nelle circostanze nelle quali la tutela è più carente. In direzione

#### 4.2. *La presunta attenuazione delle “rime obbligate”: le decisioni manipolative a “rime adeguate”*

Fallito anche il tentativo di ricorrere in casi simili alle additive di principio, l'evoluzione più rilevante ha riguardato la presunta “trasformazione” o “superamento” della dottrina delle «rime obbligate», in virtù della quale, secondo la lettura dominante, la lacuna sarebbe direttamente colmabile dalla Corte soltanto quando la regola da inserire sia implicata dal testo costituzionale, quando si agisca, in un certo senso, “sotto dettatura” della Costituzione, non essendovi propriamente una “discrezionalità” al riguardo. Si tratta di un artificio retorico, elaborato originariamente da Vezio Crisafulli<sup>38</sup> proprio per giustificare l'utilizzo di decisioni manipolative, per consentire di ritenere le stesse non invasive della sfera riservata al legislatore. Ma questa prospettiva introduce ovviamente anche un argine all'operare della Corte, dovendo la soluzione integrativa essere “a portata di mano” e comunque indicata dal giudice rimettente.

Secondo quanto rilevato da molti osservatori, negli ultimi tempi la “morsa” derivante dall'intuizione crisafulliana si starebbe allentando, arrivando la Corte a ritenere possibile la manipolazione dei testi normativi anche al di fuori di una «rigida esigenza di “rime obbligate”» (sent. n. 222 del 2018). E tale allentamento sembra essere proprio conseguenza della intollerabilità del protrarsi dell'inerzia legislativa nel colmare omissioni palesemente incostituzionali, tanto più quando la gravità della inattuazione sia stata segnalata in precedente monito. E come se la “di-

opposta sembra andare la risoluzione della Commissione Politiche dell'Unione europea del Senato del 15 marzo 2023, che ha espresso parere contrario sulla proposta di adozione di un Regolamento UE che prevede il mutuo e automatico riconoscimento degli atti di nascita formati da uno Stato membro e la creazione di un certificato europeo di filiazione, consentendo così ai bambini registrati come figli di una coppia in uno Stato membro di essere riconosciuti come tali in tutti gli Stati dell'Unione. Secondo la Commissione del Senato la proposta di Regolamento violerebbe il principio di sussidiarietà e riconoscerebbe implicitamente la legittimità di quelle forme di procreazione assistita attualmente vietate in Italia, ma consentite in altri Stati dell'Unione.

<sup>38</sup> V. CRISAFULLI, *La Corte costituzionale ha vent'anni*, in N. OCCHIOCUPO (a cura di), *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, Bologna 1978 (anche in *Giur. Cost.*, 1976), 84; ID., *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 2, *La Corte costituzionale*, V ed., Padova 1984, 497. Come rilevato da F. MODUGNO, *Validità b) Diritto costituzionale*, in *Enc. Dir.*, vol. XLVI, Milano 1993, 78, nt. 100, l'espressione “rime obbligate” fu già utilizzata da Fr. FERRARA, *Trattato di diritto civile italiano*, Roma 1921, 232, per qualificare la creazione delle norme regolatrici del caso concreto, ad opera del giudice interprete, come creazione limitata al caso deciso.

screzionalità del legislatore” divenisse limite relativo ad una pronuncia nel merito della Corte, specie laddove la presenza del *vulnus* sia stata chiaramente indicata in precedente decisione con pressante invito a intervenire (in questo senso potrebbero leggersi anche le sentt. nn. 40 e 99 del 2019). Analogamente, pure in assenza di precedente monito, l'intervento manipolativo, e specificamente sostitutivo, potrebbe ammettersi ove nel sistema sia individuabile una regola che interessi una disciplina sì diversa da quella scrutinata ma a quest'ultima legata da un «nesso reale e stretto» (ne sarebbe esempio la sent. n. 236 del 2016)<sup>39</sup> o, comunque, caratterizzata da «piena omogeneità finalistica», tale da consentire di assumerla come “punto di riferimento” (sent. n. 40 del 2023)<sup>40</sup>. La Corte risponderrebbe così a quegli «oneri motivazionali ulteriori» il cui rispetto è condizione essenziale per allentare la morsa delle rime obbligate, evitando di lasciare nel sistema una disciplina palesemente incostituzionale in nome del rigido rispetto del limite della discrezionalità del legislatore e della fedeltà alla dottrina crisafulliana<sup>41</sup>.

Va anche rilevato che la Corte tende in modo sempre più marcato a ritenere meno stringente ai fini della sua decisione il “verso” indicato dal rimettente per pervenire a soluzioni “manipolative” dei testi normativi<sup>42</sup>. Sembra così trovare seguito, specie in recenti decisioni riguardanti la ri-

<sup>39</sup> N. ZANON, “*Stagioni creative*” della giurisprudenza costituzionale?, cit., 392, proprio a proposito della sent. n. 236 del 2016 della quale è stato redattore.

<sup>40</sup> Con la sent. n. 40 del 2023 – avente per oggetto la disciplina sanzionatoria per le inadempienze delle strutture di controllo delle produzioni agroalimentari registrate con denominazione di origine o indicazione geografica protetta (DOP o IGP) – la Corte rileva l'incostituzionalità della sanzione fissa prevista per un ampio novero di condotte illecite aventi diverso disvalore. La sanzione prevista dalla norma censurata viene “conservata” come massima, inserendo, attraverso una pronuncia sostitutiva, un minimo editale ricavato dalla disciplina riguardante le violazioni degli organismi di controllo sui prodotti BIO. In tal modo – utilizzando «precisi punti di riferimento» tratti da una disciplina caratterizzata da «piena omogeneità finalistica» – la misura sanzionatoria diviene graduabile e conforme a Costituzione, ottenendo un risultato che non si sarebbe potuto conseguire eliminando «puramente e semplicemente» la disposizione vigente con una pronuncia di accoglimento. Naturalmente, la «misura sanzionatoria indicata» s'intende «modificabile dal legislatore, nell'esercizio della sua discrezionalità, con altra, purché rispettosa del principio di proporzionalità».

<sup>41</sup> N. ZANON, “*Stagioni creative*” della giurisprudenza costituzionale?, cit., 391 s.

<sup>42</sup> L'espressa indicazione da parte del giudice *a quo* del modo in cui la Corte avrebbe dovuto integrare il significato normativo della disposizione impugnata, onde poterla ricostruire in senso conforme a Costituzione, sembrava essere divenuta condizione di ammissibilità della *quaestio legitimitatis*, in tale maniera arricchendo di un nuovo elemento il «contenuto necessario dell'ordinanza di rimessione» rispetto a quelli positivamente richiesti dall'art. 23 della legge n. 87 del 1953, come rilevato da F. MODUGNO, P. CARNEVALE,

modulazione del trattamento sanzionatorio per violazione del principio di proporzionalità, la linea tracciata tempo fa da autorevole dottrina per cui, da un lato, la mancata precisazione del “verso” da parte del giudice *a quo* «non può [...] assurgere autonomamente a motivo di inammissibilità della relativa *quaestio legitimitatis*» e, dall’altro, la puntuale indicazione della «soluzione costituzionalmente imposta» – o, comunque, potremmo dire oggi, l’individuazione della previsione presente nel sistema normativo da estendere per colmare la lacuna o per “sostituire” la disposizione censurata – «non può condizionare la Corte a pronunciarsi solamente sulla prospettata integrazione» o sostituzione, potendo essa individuare una «statuizione costituzionalmente obbligata» o “adeguata” *diversa* da quella presentata dal giudice rimettente e anche evidentemente adottare una decisione di tipo differente rispetto a quella suggerita nell’ordinanza di rimessione<sup>43</sup>.

*Sentenze additive, soluzione “costituzionalmente obbligata” e declaratoria di inammissibilità per mancata indicazione del “verso” della richiesta addizione*, in *Giur. Cost.*, 1990, 281.

<sup>43</sup> F. MODUGNO, P. CARNEVALE, *Sentenze additive, soluzione “costituzionalmente obbligata”*, cit., 527 s.: «*la individuazione della soluzione costituzionalmente imposta è e resta comunque un compito della Corte costituzionale*». Si pensi a quanto accaduto con riguardo al trattamento sanzionatorio per fatti di non lieve entità aventi ad oggetto le c.d. “droghe pesanti”, ove la Corte, con la sent. n. 40 del 2019, ha “sostituito” il minimo edittole previsto dal legislatore, preso anche atto del mancato seguito normativo del monito espresso nella sent. n. 179 del 2017, con la quale aveva ritenuto inammissibile analoga questione di legittimità costituzionale pure in ragione della mancata indicazione da parte dei rimettenti di «soluzioni costituzionalmente obbligate» idonee a rimediare al *vulnus* costituzionale denunciato (analogamente, sentt. nn. 23 e 148 del 2016). Nella sent. n. 40 del 2019, il giudice delle leggi richiama la decisione n. 222 del 2018, ove aveva già ritenuto che al fine di consentire l’intervento correttivo non è necessario che esista, nel sistema, un’unica soluzione costituzionalmente vincolata in grado di sostituirsi a quella dichiarata illegittima, come quella prevista per una norma avente identica struttura e *ratio*, idonea a essere assunta come *tertium comparationis*, essendo sufficiente che il «sistema nel suo complesso offra alla Corte “precisi punti di riferimento” e soluzioni “già esistenti” (sentenza n. 236 del 2016)», ancorché non “costituzionalmente obbligate”, «che possano sostituirsi alla previsione sanzionatoria dichiarata illegittima». Precisa, così, che «l’ammisibilità delle questioni di legittimità costituzionale che riguardano l’entità della punizione risulta condizionata non tanto dalla presenza di un’unica soluzione costituzionalmente obbligata, quanto dalla presenza nel sistema di previsioni sanzionatorie che, trasposte all’interno della norma censurata, garantiscano coerenza alla logica perseguita dal legislatore (sentenza n. 233 del 2018)». È pur vero, però, che in questo caso il giudice *a quo* aveva puntualmente indicato quale «soluzione costituzionalmente adeguata, benché non obbligata», l’abbassamento del minimo edittole per il fatto previsto dalla norma censurata riferendosi a previsioni normative vigenti riguardanti la pena massima disposta per la fattispecie ordinaria delle droghe “leggere”. Ma tale condizione – l’indicazione della soluzione da parte del rimettente – non sembra essere più, propriamente, condizione di

Le questioni che si pongono – quanto al soddisfacimento dell'onere motivazionale – sono almeno due, forse dovendosi differenziare l'ipotesi in cui, per arrivare a un risultato conforme a Costituzione, sia necessario sostituire o integrare il disposto normativo. Il tasso di manipolatività della prima operazione è indiscutibilmente più alto, trovandoci di fronte ad una statuizione positiva che è espressione della volontà di organi politici rappresentativi. È qui che l'onere motivazionale si fa ancora più stringente, per evitare che il giudizio della Corte sconfini nell'assunzione di una decisione propriamente e prettamente politica. Devono ricorrere, essenzialmente, due condizioni. La prima è che la statuizione normativa sia senz'altro incostituzionale, ma la lacuna che sarebbe determinata dalla sua mera rimozione provocherebbe una situazione di maggiore incostituzionalità, per rimediare alla quale si rende necessario, nello stesso provvedimento, colmare l'omissione che la Corte stessa ha creato. È la logica delle sentenze sostitutive, che altro non sono che la somma di una decisione di accoglimento parziale (che colpisce solo una parte del testo censurato) e di un'additiva. La prudenza che dovrebbe guidare la Corte sta dunque nel fatto che l'omissione è da lei stessa creata. A ciò si aggiunga – seconda condizione ed elemento comune con le additive classiche, che presuppongono l'esistenza di una lacuna – l'esigenza di contenere l'integrazione entro binari già tracciati nel sistema normativo. E qui torna utile Crisafulli – che va sempre letto, prima di essere interpretato – il quale a ben vedere riteneva soddisfatta l'esigenza di rime obbligate attraverso l'estensione o l'esplicitazione di «qualcosa che, *seppure allo stato latente*», sia «già compreso nel sistema normativo in vigore»<sup>44</sup>.

Siamo sicuri che l'atteggiamento della Corte sia propriamente da inquadrare nei termini di un superamento delle “rime obbligate”? Oppure stiamo tornando a muovere nuovamente critiche simili a quelle che inizialmente furono proposte per le sentenze manipolative<sup>45</sup>, non a caso

ammissibilità della questione, come emerge chiaramente dalla lettura della sent. n. 40 del 2023, potendo la Corte, anche in assenza di indicazione del giudice *a quo*, incidere sulla disciplina legislativa del trattamento sanzionatorio per assicurare il rispetto del principio di proporzionalità, attingendo a «precisi punti di riferimento» presenti nel tessuto normativo (nella specie tratti, come si è già scritto in precedente nota, da disciplina avente «piena omogeneità finalistica» rispetto a quella censurata).

<sup>44</sup> V. CRISAFULLI, *La Corte costituzionale ha vent'anni*, cit., 84.

<sup>45</sup> G. ZAGREBELSKY, *La Corte costituzionale e il legislatore*, in P. BARILE, E. CHELI, S. GRASSI (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo italiana*, Bologna 1982, 109, scrisse che «se la norma è presente nel sistema, spetta ai giudici (tutti i giudici) esplicitarla; se non c'è, spetta al legislatore (solo al legislatore) crearla. Intervenendo

efficacemente definite “normative”<sup>46</sup>? Critiche che gli stessi autori hanno nel tempo attenuato<sup>47</sup>, arrivando addirittura, saggiamente, a considerare come *culpa felix* della nostra Corte l’aver intrapreso la via della “supplenza” rispetto alle “omissioni legislative” incostituzionali<sup>48</sup>.

Vero è che anche il non legiferare può essere considerato una scelta politica, ma è sempre tollerabile e soprattutto non sanzionabile? La risposta dipende, probabilmente, di nuovo, da come si intende il rapporto tra Costituzione e legge, se si accetta di concepire quest’ultima come primariamente deputata allo svolgimento e all’attuazione della Costituzione. E in questa prospettiva che l’inerzia può riguardarsi come forma di inattuazione costituzionale, come tale senz’altro sanzionabile attraverso l’integrazione dell’omissione legislativa. D’altra parte, anche chi parte dalla considerazione per cui «la funzione legislativa è essenzialmente *politica*, nel senso di attività *libera nel fine*», rileva che «il sindacato della Corte può e deve spingersi anche a riscontrare se sussistano, caso per caso, i particolari presupposti e condizioni, cui norme costituzionali subordinano talora la validità delle leggi in ordine a certe materie, nonché, più largamente, se la normativa dettata dal legislatore non contrasti con i motivi ed i fini che ad essa risultino, di volta in volta, costituzionalmente prescritti»<sup>49</sup>.

invece la Corte, nel primo caso viola la sfera di competenza dei giudici, nel secondo caso quella del legislatore».

<sup>46</sup> G. SILVESTRI, *Le sentenze normative della Corte costituzionale*, in *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, I, Padova 1985, 755 ss.

<sup>47</sup> In particolare, Zagrebelsky attenuerà la sua posizione, specie nel contesto di una riflessione sulla «continuità nel tempo dell’ordinamento giuridico» – intesa come «aspetto diacronico di quel principio pre-positivo di coerenza» che è alla base «dell’esigenza di razionalità delle leggi» – la quale «non può considerarsi solo “di mero fatto”, tale quindi che la Corte costituzionale possa disinteressarsi degli effetti delle sue pronunce e mirare puramente e semplicemente – si potrebbe dire, ciecamente – al fine dell’eliminazione, a qualunque costo, della legge incostituzionale»: così G. ZAGREBELSKY nell’edizione del 1988 del suo *La giustizia costituzionale*, Bologna 306.

<sup>48</sup> In successivo scritto, G. SILVESTRI, *Legge (controllo di costituzionalità)*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, IX, Torino 1994, 32, ha considerato la “supplenza” della Corte rispetto alle “omissioni legislative” come una «*culpa felix*».

<sup>49</sup> V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 2, cit., 369 e 370 s. Ma si vedano già L. PALADIN, *Osservazioni sulla discrezionalità e sull’eccesso di potere del legislatore ordinario*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1956, 1028 ss., e C. MORTATI, *Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore*, in *Foro It.*, 1970, 153 ss. In un recente lavoro, F. PATERNITI, *Le omissioni del legislatore. Profili, problemi, prospettive*, Napoli 2023, specie 46 ss., riprende e sviluppa la distinzione mortatiana tra omissioni “assolute” e “relative”, alludendo, rispettivamente, alla completa mancanza o all’insufficienza di un intervento legislativo che sia di attuazione del precetto costituziona-

Il più recente “attivismo” giurisprudenziale è stato comunque, almeno per ora, limitato allo scrutinio di proporzionalità “intrinseca” delle sanzioni penali (o anche amministrative “a carattere punitivo”)<sup>50</sup>, con il dichiarato obiettivo di evitare la determinazione di “zone franche” del giudizio di costituzionalità e di scongiurare “insostenibili vuoti di tutela” che possano discendere da una pronuncia meramente ablativa<sup>51</sup>. Sempre che – secondo un’importante precisazione compiuta con la sent. n. 185 del 2021 – alla pronuncia ablativa consegua «una menomata protezione di diritti fondamentali dell’individuo o di beni di particolare rilievo per l’intera collettività rispetto a gravi forme di aggressione, con eventuale conseguente violazione di obblighi costituzionali o sovranazionali»<sup>52</sup>.

le di riferimento; le prime sarebbero determinate dai silenzi del legislatore, le seconde dal silenzio della legge, che dando attuazione solo parzialmente alla Costituzione lascerebbe scoperti alcuni rapporti oggetto di disciplina con conseguente lesione del principio di eguaglianza (Paterniti richiama sul punto anche il saggio di I. VILLAVARDE MÉNENDEZ, *L’incostituzionalità per omissione dei silenzi del legislatore*, in *Giur. Cost.*, 1996, 3964, il quale, con riguardo al sindacato di costituzionalità, rileva che nel caso delle omissioni assolute «il silenzio è oggetto del controllo», mentre per le omissioni relative è «il motivo dell’impugnazione»). Nella prospettiva di F. MODUGNO, *L’invalidità della legge*, II, 348 s., non è «concludente l’osservazione, secondo la quale il fine fissato in Costituzione non esclude la legittimità del perseguimento di altri fini, non incompatibili con il primo, perché la sua esattezza vale proprio a distinguere il tipo di doverosità della funzione legislativa, rispetto a quella della funzione amministrativa e a caratterizzare in definitiva il modo in cui deve intendersi la discrezionalità legislativa». Nella prospettiva dell’Autore, l’art. 28 della legge n. 87, «pur nella sua ambiguità ed oscurità, significa bensì esclusione di un sindacato della Corte sulla scelta dei fini che il Parlamento, nei limiti – anche positivi però – costituzionalmente stabiliti, può operare, ma non già sul modo in cui, in relazione agli altri fini presenti in Costituzione, il Parlamento li realizza; e significa ancora certamente l’esclusione di ogni sindacato sul merito della legge, ma non per questo esclusione del sindacato sull’uso del potere discrezionale del Parlamento, se è vero che il vizio funzionale relativo al c.d. eccesso di potere è un vizio di legittimità, storicamente e dogmaticamente contrapposto ai vizi del merito»

<sup>50</sup> Nella letteratura recente si veda: F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Torino 2021; O. SPATARO, *Sindacato di legittimità costituzionale e legalità penale*, Palermo 2022.

<sup>51</sup> Per qualche considerazione in più sulle principali decisioni rientranti nel filone qui indagato rinvio a M. RUOTOLO, *Oltre le “rime obbligate”?*, in *Federalismi*, [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 3/2021, 54 ss., edito anche in B. CARAVITA (a cura di), *Un riaccostamento del giudizio costituzionale?*, cit., 117 ss.

<sup>52</sup> La questione decisa con la sent. n. 185 del 2021 riguardava la previsione di una sanzione amministrativa pecuniaria (a carattere punitivo) pari a cinquantamila euro a carico del titolare della sala o del punto di raccolta o di vendita dei giochi per l’inosservanza degli obblighi a carattere informativo sul rischio di dipendenza dal gioco d’azzardo. La norma censurata prevedeva l’applicazione della sanzione, indistintamente, per l’inosservanza dei plurimi obblighi di avvertimento (indicazioni su tagliandi e apparecchi da

Fuori da tali casi-limite, il vuoto normativo non osta all'adozione di una pronuncia meramente ablativa, spettando poi al legislatore la rimodulazione della disciplina<sup>53</sup>. Tale ultima possibilità – la rimodulazione della disciplina – è invero affermata, se non auspicata, anche quando la Corte integra o sostituisce parzialmente la disposizione censurata per evitare mere ablazioni che provocherebbero “insostenibili vuoti di tutela”: ben potrà il legislatore compiere una diversa scelta, purché rispettosa del principio di proporzionalità, non essendo quella compiuta dal giudice delle leggi «opzione costituzionalmente obbligata»<sup>54</sup>.

gioco, esposizione di targhe e materiale informativo delle ASL). È proprio la fissità del trattamento sanzionatorio – peraltro di considerevole severità – a impedire al giudice di tener conto della diversa gravità concreta dei singoli illeciti. La Corte osserva che, considerato che si tratta di inosservanze di obblighi informativi, a carattere preventivo, sensibilmente antecedenti la concreta offesa all'interesse protetto, non è di ostacolo alla declaratoria di illegittimità costituzionale l'impossibilità di rinvenire, nel sistema vigente, una sanzione che possa essere sostituita dalla Corte costituzionale a quella dichiarata costituzionalmente illegittima, considerata la non assimilabilità delle condotte sanzionate. La declaratoria assume pertanto un contenuto meramente ablativo e spetterà al legislatore determinare, nel rispetto dei principi costituzionali, una diversa sanzione per i comportamenti considerati, stabilendone i relativi limiti minimo e massimo. In altra circostanza, riguardante la determinazione del minimo della sanzione amministrativa tributaria per ritardato pagamento dell'imposta sui redditi (sent. n. 46 del 2023), la Corte ha invece risolto la questione attraverso una lettura sistematica della disposizione specificamente censurata «in correlazione con un'interpretazione conforme a Costituzione» di altra previsione contenuta nel medesimo atto normativo, “suggerendo”, tramite una decisione interpretativa di rigetto, la strada per operare un dimezzamento della sanzione, al ricorrere di determinate circostanze (valorizzando, in particolare, la condotta dell'agente e l'opera da lui svolta per eliminare o attenuare le conseguenze del suo comportamento). In quest'ultimo caso, per garantire il rispetto del principio di proporzionalità non si impone l'intervento del legislatore, ma si auspica, implicitamente, che all'indirizzo della Corte si conformi l'Agenzia delle entrate, nella determinazione della sanzione, ovvero il giudice, in caso di contenzioso.

<sup>53</sup> Nella sent. n. 185 del 2021, la Corte scrive che «il deficit di tutela conseguente all'ablazione della norma denunciata non attinge [...] a quei livelli che rendono indispensabile la ricerca – e l'indicazione, da parte del giudice rimettente (sentenze n. 115 del 2019 e n. 233 del 2018) – di soluzioni sanzionatorie alternative, costituzionalmente adeguate, suscettibili di essere sostituite, ad opera di questa Corte, a quella sospettata di illegittimità costituzionale, in attesa di un intervento legislativo».

<sup>54</sup> Così, ad esempio, nella sent. n. 40 del 2019, ove, a seguito di “sostituzione” della pena minima edittale inflitta per reati in materia di stupefacenti, si sottolinea che il legislatore ben potrà intervenire, nel rispetto del principio di proporzionalità, per prevedere una diversa misura sanzionatoria, non essendo quella “introdotta” dalla Corte «opzione costituzionalmente obbligata». Nel medesimo senso si vedano anche le sentt. nn. 222 del 2018 e 40 del 2023.



#### 4.3. L'ordinanza motivata di rinvio dell'udienza e l'impiego dello strumento dell'autorimessione

Altro originale strumento impiegato negli ultimi anni dalla Corte è stato quello dell'ordinanza motivata di rinvio dell'udienza, dichiaratamente rivolta a consentire un intervento del legislatore prima di addivenire alla già "preannunciata" dichiarazione di incostituzionalità della disciplina censurata<sup>55</sup>. Anche in questo caso il presupposto è dato dall'esigenza di consentire l'esercizio della discrezionalità legislativa e dalla constatazione dei limiti derivanti dal ricorso ad una eventuale pronuncia di inammissibilità accompagnata da monito. Ciò è scritto, chiaramente, nella prima di queste "nuove" ordinanze, la n. 207 del 2018, riguardante la punibilità dell'aiuto al suicidio (c.d. caso Cappato). L'eventuale impiego della pronuncia di inammissibilità con monito al legislatore avrebbe il difetto di lasciare in vita la normativa già ritenuta non conforme a Costituzione, la quale potrà essere sanzionata con la dichiarazione di incostituzionalità, nel caso di inerzia legislativa, solo ove la questione venga riproposta all'attenzione della Corte (secondo la logica della "doppia pronuncia"<sup>56</sup>) e, per le peculiari caratteristiche del caso in esame, «un simile effetto non può considerarsi consentito». Di qui la scelta della Corte di trattenere presso di sé la questione, lasciando in sospeso la definizione del giudizio *a quo* e chiedendo al legislatore di procedere tempestivamente, riservandosi altrimenti di intervenire in modo più penetrante di quanto il rispetto della discrezionalità del legislatore non consenta ordinariamente. Ed è quanto poi accaduto con la sent. n. 242 del 2019, ove la Corte, preso atto del mancato intervento legislativo, ha accolto la questione con un articolato e circoscritto dispositivo riconducibile allo schema della sentenza additiva<sup>57</sup>.

<sup>55</sup> Per una prima analisi sulla natura dello strumento nel contesto dell'evoluzione delle tecniche decisorie mi permetto di rinviare a M. RUOTOLO, *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell'ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, in C. PADULA (a cura di), *Una nuova stagione creativa della Corte costituzionale?*, cit., 235 ss. (contributo anticipato nella *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 2/2019, 644 ss.).

<sup>56</sup> La Corte scrive, infatti, che ««il rinvio disposto all'esito della precedente udienza risponde (...), con diversa tecnica, alla stessa logica che ispira nella giurisprudenza di questa Corte il collaudato meccanismo della "doppia pronuncia" (sentenza di inammissibilità "con monito" seguita, in caso di mancato recepimento di quest'ultimo, da declaratoria di incostituzionalità)»».

<sup>57</sup> Il "caso Cappato" ha formato oggetto di innumerevoli commenti. Tra questi, per

Anche in questa ipotesi, mi sembra che il limite del rispetto della discrezionalità legislativa sia inteso come “relativo”, superabile a segui-

gli aspetti qui trattati, segnalo, in particolare, con diversità di argomentazioni: AA.VV., *Sull'ordinanza Cappato (Corte costituzionale, ord. n. 207/2018) in attesa della pronuncia che verrà*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, [www.gruppodipisa.it](http://www.gruppodipisa.it), 1/2019; A. ANZON DEMMIG, *Un nuovo tipo di decisione di “incostituzionalità accertata ma non dichiarata”*, in *Giur. Cost.*, 2018, 2459 ss.; M. BIGNAMI, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un'ordinanza a incostituzionalità differita*, in *Questione giustizia*, [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it), 19 novembre 2018; G. CAMPANELLI, *La Consulta riconosce la tutela della dignità nella scelta del morire e «sospende» la discrezionalità del legislatore*, in *Quad. Cost.*, 1/2020, 59 ss.; P. CARNEVALE, *Incappare ... in Cappato*, in *Consulta OnLine*, [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org), 2/2019, 370 ss.; M. D'AMICO, *“Fine vita” davanti alla Corte costituzionale fra profili processuali, principi penali e dilemmi etici (considerazioni a margine della sent. n. 242 del 2019)*, in *Osservatorio dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, [www.osservatorioaic.it](http://www.osservatorioaic.it), 1/2020, 286 ss.; E. GROSSO, *Il rinvio a data fissa nell'ordinanza n. 207/2018. Originale condotta processuale, nuova regola processuale o innovativa tecnica di giudizio?*, in *Quad. Cost.*, 3/2019, 531 ss.; V. MARCENÒ, *L'ordinanza n. 207 del 2018 sul caso Cappato: comprendere per (valutare se) giustificare*, in *Giur. Cost.*, 2/2019, 1217 ss.; F.S. MARINI, C. CUPELLI (a cura di), *Il caso Cappato. Riflessioni a margine dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2018*, Napoli 2019; A. MORRONE (a cura di), *Il “caso Cappato” davanti alla Corte costituzionale*, in *Forum Quad. Cost.*, [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 10/2018; F. PALAZZO, *La sentenza Cappato può dirsi “storica”?*, in *Pol. Dir.*, 1/2020, 3 ss.; R. PINARDI, *Le pronunce Cappato: analisi di una vicenda emblematica della fase attualmente attraversata dal giudizio sulle leggi*, in *Consulta OnLine*, [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org), *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, 24 aprile 2020, 1 ss.; R. ROMBOLI, *Caso Cappato: la pronuncia che verrà*, in *Forum Quad. Cost.*, [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 19 giugno 2019, 1 ss.; ID., *Il nuovo tipo di decisione in due tempi ed il superamento delle “rime obbligate”: la Corte costituzionale non terza, ma unica camera dei diritti fondamentali?*, in *Foro It.*, 2020, IX, 2565 ss.; A. RUGGERI, *Venuto alla luce alla Consulta l'ircocervo costituzionale (a margine dell'ordinanza n. 207 del 2018 sul caso Cappato)*, in *Consulta OnLine*, [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org), 3/2018, 571 ss.; ID., *Fraintendimenti concettuali e utilizzo improprio delle tecniche decisorie nel corso di una spinosa, inquietante e ad oggi non conclusa vicenda (a margine di Corte cost. ord. n. 207 del 2018)*, in *Consulta OnLine*, [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org), 1/2019, 92 ss.; ID., *Rimosso senza indugio il limite della discrezionalità del legislatore, la Consulta dà alla luce la preannunciata regolazione del suicidio assistito (a prima lettura di Corte cost. n. 242 del 2019)*, in *Giustizia insieme*, [www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it), 27 novembre 2019; GIU. SERGES, *E se il caso Cappato fosse risolto con un accoglimento interpretativo transitorio?*, in *Costituzionalismo.it*, [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it), 2/2019; S. TALINI, *Il controverso rapporto tra giurisprudenza costituzionale, scelte parlamentari e decisioni di Strasburgo: considerazioni di sistema a partire dalla nuova udienza sul “caso Cappato”*, *ivi*; C. TRIPODINA, *Sostiene la Corte che morire all'istante con l'aiuto d'altri sia, per alcuni, un diritto costituzionale. Di alcune perplessità sull'ord. 207/2018*, in *Giur. Cost.*, 2018, 2476 ss. In un contesto più ampio di riflessione che coinvolge i meccanismi integrativi delle lacune, si veda anche G. SORRENTI, *Il giudice soggetto alla legge ... in assenza di legge: lacune e meccanismi integrativi*, Napoli 2020. Ancora, nel contesto di una più ampia riflessione che coinvolge i temi della discrezionalità legislativa e giurisdizionale, si veda M.T. STILE, *Discrezionalità legislativa e giurisdizionale nei processi evolutivi del costituzionalismo*, Napoli 2020.

to del monito espresso in sede di rinvio dell'udienza e a condizione del suo mancato seguito. L'obiettivo sembra essere quello di contemperare l'esigenza di rispettare la predetta discrezionalità, consentendone l'esercizio sia pure in un circoscritto margine temporale, e la necessità di non abdicare per tale ragione al compito di rendere giustizia costituzionale<sup>58</sup>, di contribuire ad assicurare una sempre maggiore conformità a Costituzione del sistema normativo<sup>59</sup>.

Si dovrebbe però trattare di strumento al quale ricorrere eccezionalmente, valutando con attenzione la sua idoneità a provocare l'effetto auspicato. Nei primi due casi di impiego della tecnica – il secondo riguardante la questione di legittimità costituzionale della previsione della pena detentiva in caso di diffamazione a mezzo stampa (ord. n. 132 del 2020) – l'auspicato seguito legislativo non si è realizzato, con conseguente ricorso a pronuncia di incostituzionalità (nel secondo caso: sent. n. 150 del

<sup>58</sup> Come insegna G. SILVESTRI, *La Corte costituzionale nella svolta di fine secolo*, in L. VIOLANTE (a cura di), *Storia d'Italia. Annali 14. Legge Diritto Giustizia*, Torino 1998, 979; ID., *Del rendere giustizia costituzionale*, in *Questione giustizia*, [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it), 13/11/2020. In quest'ultimo contributo, proprio con riguardo al c.d. caso Cappato, Silvestri ha parlato di «*judicial deference* a tempo, per ovviare alla mancanza di un apposito strumento processuale atto a raggiungere lo stesso scopo, come avviene in altri ordinamenti». E, rispetto alle molte critiche mosse alla via seguita dalla Corte, ha aggiunto: «Apriti cielo! Letteralisti, nonché sacerdoti e vestali della tradizione ricevuta, hanno accusato la Corte di eresia costituzionale, accendendo roghi (per fortuna verbali) purificatori. Eppure nessuna norma scritta per la trattazione dei giudizi davanti alla Corte è stata violata, nel senso che si sia compiuto un atto esplicitamente o implicitamente vietato dalle leggi o dalle norme integrative in vigore. La Corte si è avvalsa della facoltà – ad essa indubbiamente spettante – di rinviare l'udienza a data fissa, con una ordinanza in cui ha spiegato i motivi del rinvio. Non violazione di norme scritte, ma allontanamento da una prassi che aveva dimostrato la sua inadeguatezza e che, in più occasioni, si era risolta in una negazione beffarda di tutela. Le alternative a questa soluzione erano tutte foriere di un abbassamento di protezione di principi e diritti fondamentali, corrispondenti a valori costituzionalmente tutelati, com'è lucidamente spiegato in chiusura dell'ordinanza» (p. 10). E, ancora, significativamente: «del resto, se la Corte – poste le premesse di principio enunciate, favorevoli all'illegittimità costituzionale – avesse deciso subito nel senso dell'accoglimento, con un'additiva massiccia, sarebbe stata accusata di usurpazione della funzione legislativa; se avesse emanato una pronuncia di inammissibilità, sarebbe stata tacciata di astensionismo "pilatesco". Dando per scontate dunque le critiche di maestri e maestrini, ha imboccato decisamente la strada del minor danno possibile, che equivale, nel contesto dato, alla miglior tutela concretamente praticabile» (p. 11).

<sup>59</sup> Secondo la logica per cui tutte le funzioni della Corte mirano a garantire la preminenza della Costituzione nei confronti delle leggi e di qualsiasi atto autoritativo e persino delle situazioni oggettive di vuoto normativo: F. MODUGNO, *La giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 1978, 1252 e, già, ID., *Corollari del principio di "legittimità costituzionale" e sentenze "sostitutive" della Corte*, in *Giur. Cost.*, 1969, 91 ss. e particolarmente 104.

2021<sup>60</sup>). In una terza occasione, riguardante la questione dell'ergastolo ostativo (ord. n. 97 del 2021, seguita da ulteriore proroga del termine per intervenire, accordata con ord. n. 122 del 2022), il Governo è intervenuto con decreto-legge 31 ottobre 2022, n. 162, con conseguente adozione da parte della Corte di una ordinanza di restituzione degli atti (ord. n. 227 del 2022) per consentire al giudice *a quo* di valutare la perduranza dei dubbi di legittimità costituzionale all'esito della nuova disciplina.

Quest'ultima vicenda<sup>61</sup> si presta a diverse valutazioni.

Anzitutto, si può dubitare della stessa opportunità dell'originario rinvio, in quanto, applicando la *ratio decidendi* della sent. n. 253 del 2019 in tema di permessi premio, sarebbe stato ben possibile accogliere subito la questione relativa alle disposizioni specificamente censurate<sup>62</sup> «nella parte in cui escludono che possa essere ammesso alla liberazione condizionale il condannato all'ergastolo, per delitti commessi avvalendosi delle condizioni di cui all'art. 416-*bis* del codice penale [c.d. metodo mafioso], ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste, che non abbia collaborato con la giustizia». Seguendo la sent. n. 253 del 2019 e come desumibile dalla stessa ordinanza motivata di rinvio, tale «integrazione» sarebbe dovuta avvenire con la specificazione circa la possibilità della concessione della liberazione condizionale «allorché siano stati acquisiti elementi tali da escludere, sia l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, sia il pericolo del ripristino di tali collegamenti». La Corte ha preferito un'altra strada, nella dichiarata ricerca di una «collaborazione istituzionale» con il legislatore che consentisse allo stesso di

<sup>60</sup> Tra i commenti, per gli aspetti che qui più interessano, si vedano: L. MADAU, *Fai domani quello che potresti fare oggi. Un raffronto tra l'ordinanza n. 132 del 2020 e la sentenza n. 150 del 2021*, in *Nomos*, [www.nomos-leattualitaneldiritto.it](http://www.nomos-leattualitaneldiritto.it), 3/2021, 1 ss.; G. ZAMPETTI, *La "pronuncia doppia" nell'unico giudizio: i tempi della Corte e la discrezionalità del legislatore*, in *Giur. Cost.*, 4/2021, 1580 ss.

<sup>61</sup> Ho commentato sia l'ordinanza di rimessione sia i contenuti dell'ordinanza di rinvio della Corte, rispettivamente in M. RUOTOLO, *L'ergastolo ostativo è costituzionale?*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Il fine e la fine della pena. Sull'ergastolo ostativo alla liberazione condizionale*, in *Forum Quad. Cost.* – *Rassegna*, [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2020, 1 ss., e in *Id.*, *Riflessioni sul possibile "seguito" dell'ordinanza n. 97 del 2021 della Corte costituzionale*, in *Sistema penale*, [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 28 febbraio 2022, 1 ss.

<sup>62</sup> Artt. 4-*bis*, comma 1, e 58-*ter* della legge 26 luglio 1975, n. 354 (Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà), nonché art. 2 del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152 (Provvedimenti urgenti in tema di lotta alla criminalità organizzata e di trasparenza e buon andamento dell'attività amministrativa), convertito, con modificazioni, nella legge 12 luglio 1991, n. 203.

compiere le scelte che devono accompagnare l'eliminazione della mancata collaborazione ostativa all'accesso alla liberazione condizionale, attraverso una più compiuta disciplina che valorizzasse, tra l'altro, l'emersione delle ragioni della mancata collaborazione o l'eventuale introduzione di peculiari prescrizioni che governino il previsto periodo di libertà vigilata per il beneficiario del provvedimento di liberazione condizionale<sup>63</sup>.

Successivamente, la Corte ha "concesso" un ulteriore termine di sei mesi al legislatore (con rinvio all'udienza dell'8 novembre 2022), «in considerazione dello stato di avanzamento dell'*iter* di formazione della legge in materia» (approvazione di un disegno di legge da parte della Camera dei deputati, con trasmissione dello stesso al Senato della Repubblica<sup>64</sup>), al dichiarato fine di «consentire al Parlamento di completare i propri lavori» (ord. n. 122 del 2022).

A tale scelta, da alcuni osservatori ritenuta discutibile, non ha fatto seguito l'approvazione definitiva da parte del Senato, essendo peraltro intervenuto, nelle more, lo scioglimento delle Camere, disposto in data 21 luglio 2022. Il Governo formatosi a seguito delle elezioni ha dunque fatto ricorso al richiamato decreto-legge, ravvisando peraltro i presupposti di straordinaria necessità e urgenza previsti dall'art. 77 Cost. nei «moniti rivolti dalla Corte costituzionale al legislatore per l'adozione di una nuova regolamentazione dell'istituto al fine di ricondurlo a conformità con la Costituzione», nonché nella «imminenza della data dell'8 novembre 2022, fissata dalla Corte costituzionale per adottare la propria decisione in assenza di un intervento del legislatore».

<sup>63</sup> Di più: la Corte ha richiesto interventi che restituissero coerenza alla normativa risultante dalla inevitabile pronuncia di incostituzionalità anzitutto con riguardo alla condizione dei condannati all'ergastolo per reati non connessi alla criminalità organizzata, sempre per i delitti di cui all'art. 4-*bis*, primo comma, dell'ordinamento penitenziario, i quali avrebbero continuato a subire gli effetti di una preclusione assoluta. In tale prospettiva di coerenza di sistema, alla quale allude anche la sentenza *Viola* contro *Italia* n. 2 della Corte EDU (13 giugno 2019, divenuta definitiva il 7 ottobre 2019) nel momento in cui ritiene preferibile una «iniziativa legislativa» che risponda al rilevato «problema strutturale», la Corte costituzionale ha auspicato anche un intervento sull'«accesso alle altre misure alternative – lavoro all'esterno e semilibertà –» che sono essenziali verso il «recupero della libertà» e che sono invece ora precluse ai condannati non collaboranti.

<sup>64</sup> Disegno di legge C. 1951-A, recante «Modifiche alla legge 26 luglio 1975, n. 354, al decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203, e alla legge 13 settembre 1982, n. 646, in materia di divieto di concessione dei benefici penitenziari nei confronti dei detenuti o internati che non collaborano con la giustizia».

Il d.l. n. 162 del 2022 – riproducente, salvo limitate modifiche, il testo del ricordato disegno di legge approvato dalla Camera dei deputati nel corso della precedente legislatura – ha inciso sulla normativa censurata, inducendo la Corte a restituire gli atti al giudice *a quo* per «valutare la portata applicativa dello *ius superveniens* (...), anche all’esito del procedimento di conversione del decreto-legge» (ord. n. 227 del 2022).

Di là dalla questione se il decreto-legge abbia realmente soddisfatto le indicazioni della Corte<sup>65</sup>, che pur sempre aveva accertato, anche se non dichiarato, l’illegittimità costituzionale della disciplina censurata, la complessa vicenda restituisce uno stato di incertezza che potrebbe minare il futuro di questa “tecnica decisoria”. È sufficiente l’approvazione di un disegno di legge da parte di una sola Camera per ottenere un tempo supplementare dalla Corte? L’invito a intervenire, ancorché formulato con largo anticipo, può legittimare il ricorso alla decretazione d’urgenza? Il rischio, opportunamente rilevato, è che la incostituzionalità accertata (e ovviamente non dichiarata) mediante ordinanza di rinvio possa trasformarsi da «tecnica» a «tattica decisoria»<sup>66</sup>, determinando aporie tali, rispetto all’ordinario governo degli effetti della dichiarazione d’illegittimità delle leggi, da lasciar presagire un rapido abbandono di uno strumento che, se non utilizzato in situazioni eccezionali e non altrimenti risolvibili<sup>67</sup>, presenta in effetti non pochi aspetti problematici.

<sup>65</sup> All’esito della restituzione degli atti, la prima sezione penale della Corte di Cassazione, con provvedimento dell’8 marzo 2023, ha ritenuto di non dover sollevare la questione di legittimità costituzionale, annullando con rinvio l’ordinanza del Tribunale di Sorveglianza competente affinché proceda, alla luce del significativo mutamento del quadro normativo, a nuova valutazione circa la possibilità di concessione della liberazione condizionale al richiedente.

<sup>66</sup> A. PUGIOTTO, *Da tecnica a tattica decisoria. L’incostituzionalità dell’ergastolo ostativo differita per la seconda volta*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2/2022, 761 ss.

<sup>67</sup> Di recente, A. SPADARO, *Involuzione – o evoluzione? – del rapporto tra Corte costituzionale e legislatore (notazioni ricostruttive)*, in *Rivista dell’Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 2/2023, 130 s., ha individuato quattro condizioni minime che dovrebbero ricorrere per giustificare l’adozione dell’ordinanza motivata di rinvio, attivando il meccanismo della “doppia pronuncia” e permettendo alla Corte di sottrarsi al limite delle “rime obbligate”: 1) gradualità del procedimento (con un processo in «tre tappe»: prima decisione “monitoria” senza indicazione di tempo preciso di scadenza, poi ordinanza di “rinvio a data fissa” e, infine, intervento in via sostitutiva con l’accoglimento); 2) eccezionalità del contesto (utilizzo solo in situazioni «eccezionali», “straordinarie”); 3) presenza di «gravissime violazioni» di «situazioni giuridiche soggettive costituzionalmente protette riconosciute come chiaramente fondamentali»; 4) rischio di «danno irreversibile, che soltanto la rigida tempistica indicata dalla Corte consente di evitare». Seguendo un approccio definito «minimalista», anche M. MASSA, *Minimalismo giudiziario. L’opzione per la moderazione nella giurisprudenza costituzionale*, Milano

Quanto rilevato mi induce a ribadire – seguendo una giovane e acuta dottrina – che, «qualora non vi siano reali ostacoli a una decisione immediata del giudice delle leggi, sarebbe opportuno che questa venisse prontamente adottata e non fosse, invece, rinviata nel tempo, seguendo il noto aforisma, tradizionalmente attribuito a Benjamin Franklin, che invita a “non rimandare a domani quello che potresti fare oggi”. A richiederlo, è proprio quell’esigenza di “rendere giustizia costituzionale” che è stata autorevolmente individuata quale fondamento di legittimazione della stessa introduzione, da parte della Corte, della tecnica decisoria in parola»<sup>68</sup>.

Sempre all’obiettivo di consentire l’intervento del legislatore sembra guardare l’impiego, in taluni casi, dell’ordinanza di “autorimessione” della questione di legittimità costituzionale, precludendo peraltro anch’esso a un più incisivo intervento della Corte costituzionale sul tessuto normativo nel quale è compresa la disposizione censurata.

Ciò è senz’altro accaduto in passato<sup>69</sup> e si è riproposto anche di re-

2023, 280, ha formulato da ultimo un invito alla «prudenza non solo nelle motivazioni, ma anche nella scelta degli strumenti decisori, con una tendenziale preferenza per quelli più consueti, come il “collaudato meccanismo della ‘doppia pronuncia’”, quantomeno nell’affrontare in prima battuta talune questioni».

<sup>68</sup> È la riflessione proposta, con riguardo ad altro caso di decisione conseguente a rinvio dell’udienza (ord. n. 132 del 2020 – sent. n. 150 del 2021), da L. MADAU, *Fai domani quello che potresti fare oggi*, cit., 16. Sembra utile integrare questa considerazione con le seguenti, acute e lungimiranti, riflessioni di L. ELIA, *Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale (ottobre 1981-luglio 1985)*, in *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, I, cit., 299 ss., e ora in CORTE COSTITUZIONALE, 1956-2006. *Cinquant’anni di Corte costituzionale*, Roma 2006, 969, circa «la difficoltà di porre il Parlamento di fronte a drastiche scelte di *aut aut* o anche di legislazione “dovuta”, tanto più quando le Camere si dimostrano incapaci di riempire “vuoti” prodotti da sentenze caducatorie particolarmente importanti (sicché ancor più temerario apparirebbe stabilire termini entro cui le assemblee legislative dovrebbero deliberare)». In altro contributo lo stesso L. ELIA, *La Corte nel quadro dei poteri costituzionali*, in P. BARILE, E. CHELI, S. GRASSI (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo italiana*, cit., 515 ss., ora in CORTE COSTITUZIONALE, 1956-2006, cit., 958, aveva peraltro già rilevato – con riferimento ai non incoraggianti precedenti riscontrabili «nel senso di un più diretto rapporto Parlamento-Corte» – che «la Corte procede con le sentenze autoapplicative un po’ anche (sembra paradossale) per rispetto del Parlamento, per non metterlo, in certo senso, con le spalle al muro, di fronte ad un preciso obbligo da adempiere. Ma è innegabile che il Parlamento procede per la sua strada, lasciando sovente senza seguito le indicazioni della Corte e talvolta addirittura contraddicendole».

<sup>69</sup> Ad esempio, per una questione che riguardava il regime tributario a cui erano sottoposti gli assegni vitalizi a favore degli *ex* parlamentari: ord. n. 294 del 1993 – sent. n. 289 del 1994. In dottrina, con riguardo alle diverse ipotesi nelle quali la Corte può divenire giudice *a quo*, si veda già lo studio di B. CARAVITA, *Appunti in tema di «Corte*

cente, forse in diversi termini, con l'ordinanza n. 18 del 2021, attraverso la quale la Corte ha sollevato dinanzi a sé la questione di legittimità costituzionale sulla regola del c.d. patronimico, essendo chiamata a decidere sulla conformità a Costituzione della mancata previsione, in caso di accordo tra i genitori, della possibilità di trasmettere al figlio nato fuori del matrimonio il cognome materno. In particolare, la Corte ritiene che per assumere la sua decisione sia logicamente pregiudiziale e strumentale risolvere la questione sull'art. 262, primo comma, codice civile, nella parte in cui, «in mancanza di diverso accordo dei genitori, impone l'acquisizione alla nascita del cognome paterno, anziché dei cognomi di entrambi i genitori». In tal modo, l'originaria richiesta di limitata addizione si trasforma in una prospettata, assai più incisiva, sostituzione, che la Corte è stata poi costretta a compiere con la sent. n. 131 del 2022, in assenza dell'intervento del legislatore, che si sarebbe dovuto realizzare, ovviamente, nel tempo che separava l'auto-sollevazione dall'assunzione della relativa decisione. Nell'ord. n. 18 del 2021 la Corte ricorda i propri precedenti moniti in materia<sup>70</sup> e si dichiara consapevole del fatto che sono «legittimamente prospettabili soluzioni normative differenziate»; ma ritiene che «l'esame di queste specifiche istanze di tutela costituzionale, attinenti a diritti fondamentali, non può essere pretermesso, poiché l'esigenza di garantire la legalità costituzionale deve, comunque sia, prevalere su quella di lasciare spazio alla discrezionalità del legislatore per la compiuta regolazione della materia».

Lo schema argomentativo non sembra pertanto lontano da quello delle richiamate ordinanze motivate di rinvio dell'udienza, potendosi peraltro anche in tal caso ritenere che, se il legislatore fosse intervenuto in tempo ragionevole e in modo organico, la Corte avrebbe senz'altro evitato una pronuncia di merito. La presa d'atto che «delle numerose proposte di riforma legislativa presentate a partire dalla VIII legislatura, nessuna è giunta a compimento» e la dichiarata esigenza di non poter

*giudice a quo» (con particolare riferimento alle questioni sollevate nel corso dei giudizi incidentalmente di legittimità costituzionale), in AA.Vv., Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale, Milano 1988, 291 ss., che segue al libro dello stesso Autore dedicato, in particolare, al sistema austriaco, Corte «giudice a quo» e introduzione del giudizio sulle leggi. I. La Corte costituzionale austriaca, Padova 1985.*

<sup>70</sup> Già nell'ord. n. 176 del 1988 la Corte aveva invocato il superamento della regola sulla determinazione del nome distintivo dei membri della famiglia con un criterio che fosse più rispettoso dell'autonomia dei coniugi. A questa pronuncia erano seguiti altri "moniti", espressi in forme e con intensità diverse nella sent. n. 61 del 2006, nell'ord. n. 145 del 2007 e nella sent. n. 286 del 2016.



«più esimersi dal rendere effettiva la “legalità costituzionale”» sono le premesse della conclusiva pronuncia, con la quale la Corte ha sancito, in via generale e non solo con riguardo alla posizione dei figli nati fuori dal matrimonio, il superamento della regola del patronimico (sent. n. 131 del 2022).

La scelta per l'autorimessione induce a una breve riflessione sull'utilizzo di questo strumento in alternativa al ricorso all'ordinanza motivata di rinvio.

Si tratta, davvero, di un'alternativa? Al riguardo, occorre preliminarmente rilevare che l'autorimessione si rivela praticabile solo quando la soluzione della specifica questione presupponga, inscindibilmente e preliminarmente, la risoluzione di altro dubbio di costituzionalità che è la stessa Corte a porsi. Nella specie, la mancata previsione della possibilità di trasmettere al figlio nato fuori dal matrimonio il cognome materno presuppone la risoluzione della «più ampia questione che ha ad oggetto la generale disciplina dell'automatica attribuzione del cognome paterno». Per risolvere il dilemma particolare occorre, insomma, sciogliere quello generale. Evidentemente, al ricorrere di questa condizione, la Corte non può che utilizzare l'autorimessione piuttosto che il rinvio con invito al legislatore a rivedere organicamente la disciplina, anche perché un monito simile non sarebbe stato poi premessa sufficiente per poter adottare una pronuncia, all'inutile scadere del termine, idonea allo scopo, mediante, nella specie, un'illegittimità consequenziale che colpisse la regola generale contenuta nell'art. 262, primo comma, del codice civile. Sarebbe stata una forzatura del rapporto tra chiesto e pronunciato, venendosi propriamente a colpire non già previsioni immediatamente “conseguenti” a quelle dichiarate incostituzionali, bensì costituenti la premessa normativa generale della particolare statuizione o della specifica omissione.

Lo strumento dell'autorimessione si rivela, allora, ontologicamente diverso da quello dell'ordinanza motivata di rinvio, anche perché l'obiettivo di consentire l'intervento del legislatore è nel primo caso soltanto implicito, senza la fissazione di un termine che potrà ricavarsi soltanto dalla determinazione della data nelle quale viene fissata la discussione della questione che la Corte ha sollevato dinanzi a sé. A un certo momento la questione oggetto di autorimessione dovrà essere decisa e a quel punto, preso atto del mancato intervento del legislatore, la decisione non potrà che essere di accoglimento (dovendosi escludere che quando la Corte manifesta dinanzi a sé un dubbio di costituzionalità possa poi ritenerlo infondato).

### 5. *La modulazione degli effetti temporali dell'incostituzionalità*

Le evoluzioni delle tecniche decisorie sin qui indagate sembrano rispondere ad un'esigenza dialogica, all'ambizione di instaurare un proficuo dialogo con i giudici e con il legislatore. L'incostituzionalità, almeno nella forma dell'accoglimento "secco", appare relegata ad *extrema ratio*, esito non solo di un "fallimento dell'interpretazione" ma anche del mancato, ancorché sollecitato, esercizio della discrezionalità legislativa nel perseguimento di fini costituzionalmente prescritti. La Corte sembra voler cercare ogni possibile strada per evitare soluzioni che possano dirsi invasive della sfera riservata al legislatore e, nella stessa logica, tende ad evitare decisioni che possano creare vuoti normativi o comunque esiti idonei a produrre una situazione di incostituzionalità paradossalmente maggiore rispetto a quella che si dovrebbe andare a rimuovere.

In questa cornice, possono inserirsi anche le decisioni temporalmente manipolative, in specie le sentenze che limitano o negano l'efficacia retroattiva dell'incostituzionalità. Intendo riferirmi non alle ipotesi di "incostituzionalità sopravvenuta", ovvero rilevata a partire da un certo momento per effetto di un mutamento del parametro, ma, propriamente, ai casi di modulazione degli effetti temporali giustificati, appunto, dalla mera constatazione che l'ordinaria efficacia retroattiva della decisione avrebbe determinato una situazione di maggiore incostituzionalità rispetto a quella che si sarebbe andati a rimuovere.

Nel recente periodo, tale evenienza si è realizzata con alcune note pronunce.

La prima di queste è la pronuncia della Corte sulla legge elettorale (sent. n. 1 del 2014), nella cui motivazione è esplicitamente affermata la "salvezza" dell'elezione dei parlamentari ormai consacrata con la loro proclamazione, degli atti da loro compiuti e di quelli che saranno posti in essere sino allo svolgimento delle consultazioni elettorali. Se per l'elezione e per gli atti già compiuti può valere l'argomento per cui si tratterebbe di rapporti "esauriti", che, come tali, non sono travolti dalla pronuncia di incostituzionalità, per gli atti successivi dei parlamentari a venire esplicitamente in gioco è il «principio fondamentale di continuità dello Stato», invocato dalla Corte come ragione evidentemente idonea a sostenere la sostanziale (non esplicitata nel dispositivo) limitazione degli effetti temporali della pronuncia. Ci troviamo di fronte a una «retroattività bilanciabile», come è stato acutamente

osservato<sup>71</sup> e come poi la Corte ha esplicitato in successive pronunce anche formalmente definibili (per espressa indicazione nel dispositivo) quali decisioni di incostituzionalità *pro futuro* (sentt. nn. 10 del 2015 e 152 del 2020) o, addirittura, ad effetti differiti (sent. n. 41 del 2021).

È soprattutto con l'altrettanto nota sent. n. 10 del 2015, riguardante la c.d. Robin Tax<sup>72</sup>, che la questione della modulazione degli effetti tem-

<sup>71</sup> M. CAREDDA, *La retroattività bilanciabile. Ragionando intorno alla sentenza n. 1 del 2014 della Corte costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it), 2/2014, 21 settembre 2014. L'Autrice richiama anche la pronuncia della Corte di cassazione (n. 8878/2014) che ha esplicitamente riconosciuto l'efficacia solo *pro futuro* della sent. n. 1 del 2014: «la Corte costituzionale ha ripristinato per il futuro – a partire dalla data di pubblicazione della sentenza – la legalità costituzionale», precisando che ciò non compromette, di per sé, la tutela riconosciuta dall'ordinamento ai ricorrenti elettori che può considerarsi «pienamente satisfattiva [attraverso] la riparazione in forma specifica per effetto della sentenza costituzionale [...], potendo essi, a decorrere dal 13 gennaio 2014 ed attualmente esercitare il diritto di voto secondo i precetti costituzionali». Secondo P. CARNEVALE, *La Corte vince, ma non (sempre) convince. Riflessioni intorno ad alcuni profili della "storica" sentenza n. 1 del 2014 della Corte costituzionale*, in *Nomos*, [www.nomos-leattualitaneldiritto.it](http://www.nomos-leattualitaneldiritto.it), 3/2013, 2 e 15, sarebbe fortemente contestabile che la proclamazione degli eletti costituisca il momento in cui la legge elettorale produce il suo esito definitivo; ad ogni modo, con tale affermazione e con la precisazione per cui «nessuna incidenza è in grado di spiegare la presente decisione neppure con riferimento agli atti che le Camere adotteranno prima di nuove consultazioni elettorali», la Corte avrebbe operato una «totale sterilizzazione della pronuncia di illegittimità costituzionale», finendo per attribuire ad essa efficacia *pro futuro*.

<sup>72</sup> Tra i molti commenti, in maggioranza critici, alla sent. n. 10 del 2015 si vedano: A. ANZON DEMMIG, *La Corte costituzionale "esce allo scoperto" e limita l'efficacia retroattiva delle proprie pronunzie di accoglimento*, in *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 2/2015, 1 ss.; R. BIN, *Quando i precedenti degradano a citazioni e le regole evaporano in principi*, in *Forum Quad. Cost.*, [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 27 aprile 2015; P. CARNEVALE, *La declaratoria di illegittimità costituzionale "differita" fra l'esigenza di salvaguardia del modello incidentale e il problema dell'auto-attribuzione di potere da parte del giudice delle leggi*, in *Dir. Pubbl.*, 2015, 389 ss.; M. D'AMICO, *La Corte e l'applicazione (nel giudizio a quo) della legge dichiarata incostituzionale*, in *Forum Quad. Cost.*, [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 3 aprile 2015; A. MORRONE, *Le conseguenze finanziarie della giurisprudenza costituzionale*, in *Quad. Cost.*, 3/2015, 575 ss.; R. PINARDI, *La Corte e la crisi tra bilanciamenti di interessi ed «impatto macroeconomico» delle pronunce d'incostituzionalità*, in *Forum Quad. Cost.*, [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 27 aprile 2015; A. PUGIOTTO, *Un inedito epitaffio per la pregiudizialità costituzionale*, in *Forum Quad. Cost.*, [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 3 aprile 2015; R. ROMBOLI, *L'«obbligo» per il giudice di applicare nel processo a quo la norma dichiarata incostituzionale ab origine: natura incidentale del giudizio costituzionale e tutela dei diritti*, in *Forum Quad. Cost.*, [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 6 aprile 2015; M. RUOTOLO, M. CAREDDA, *Virtualità e limiti della regolazione degli effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità. A proposito della pronuncia sulla c.d. Robin Tax*, in *Rivista di diritto tributario*, 11/2014, II, 476 ss. (pubblicato anche in *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 2/2015).

porali dell'incostituzionalità torna a far parlare di sé, dopo i precedenti, rimasti per lo più isolati, della fine degli anni Ottanta<sup>73</sup>. In ragione delle circostanze eccezionali del caso concreto, la Corte ritiene che la dichiarata efficacia solo *pro futuro* della pronuncia costituisca l'esito di un'ope-

<sup>73</sup> Si vedano, in particolare, le sentt. nn. 266 del 1988 (in materia di ordinamento giudiziario di pace, ove si dichiara l'illegittimità costituzionale della disposizione specificamente censurata «nella parte in cui consente che i provvedimenti di cui allo stesso articolo siano ulteriormente adottati con la procedura indicata nella medesima disposizione»), 501 del 1988 (riguardante il collegamento delle pensioni del settore pubblico alla dinamica delle retribuzioni, con dichiarazione di illegittimità costituzionale delle disposizioni specificamente censurate a far data dal 1° gennaio 1988) e 50 del 1989 (sulla incostituzionalità dell'esclusione della pubblicità delle udienze nei giudizi che si svolgono davanti alle Commissioni tributarie, che dovrà essere garantita «a decorrere dal giorno successivo della pubblicazione di questa sentenza nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica, ferma restando la validità di tutti gli atti anteriormente compiuti»). In quel periodo la Corte costituzionale organizzò un importante seminario dal titolo *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, i cui Atti sono stati pubblicati dall'editore Giuffrè di Milano nel 1989. Il tema ha formato oggetto di approfondimenti anche in altri Seminari di studi promossi dalla Corte costituzionale agli inizi degli anni Novanta, quali *Giudizio "a quo" e promovimento del processo costituzionale*, Milano 1990 (*ivi*, in particolare, C. MEZZANOTTE, *Processo costituzionale e forma di governo*, 69 ss., e G. BOGNETTI, *La Corte costituzionale tra procedura e politica*, 224 ss.), e *Le sentenze della Corte costituzionale e l'art. 81, u.c. della costituzione*, Milano 1993 (*ivi*, in particolare, con diversità di posizioni, l'intervento di G. SILVESTRI, 77 ss. e il contributo di R. ROMBOLI, *Il principio generale di equilibrio finanziario nell'attività di bilanciamento dei valori costituzionali operata dalla Corte*, specie 197 s.). Nello stesso periodo si vedano gli Atti del primo Seminario del Gruppo di Pisa, intitolato *La giustizia costituzionale a una svolta*, a cura di R. ROMBOLI, Torino 1991, e in particolare la relazione di P. COSTANZO, *Riflessioni interlocutorie sul ruolo della Corte alla luce delle problematiche poste da alcune sentenze innovative del 1988 e del 1989*, 76 ss. Successivamente la dottrina è tornata sul tema con lavori monografici, tra i quali: M. D'AMICO, *Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni d'incostituzionalità*, Milano 1993; R. PINARDI, *La Corte, i giudici e il legislatore. Il problema degli effetti temporali delle sentenze di incostituzionalità*, Milano 1993; F. POLITI, *Gli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale. Contributo ad una teoria dell'invalidità costituzionale della legge*, Padova 1997; M. RUOTOLO, *La dimensione temporale dell'invalidità della legge*, Padova 2000. Con riguardo a profili particolari, si vedano anche: C. PANZERA, *Interpretare, manipolare, combinare. Una nuova prospettiva per lo studio delle decisioni della Corte costituzionale*, Napoli 2013, 241 ss.; D. BUTTURINI, M. NICOLINI (a cura di), *Tipologia ed effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità. Percorsi di diritto costituzionale interno e comparato*, Napoli 2014; M. CAREDDA, *Giudizio incidentale e vincoli di finanza pubblica. Il giudice delle leggi prima e dopo la crisi*, Torino 2019, 184 ss.; M. TROISI, *Le pronunce che costano. Poteri istruttori della Corte costituzionale e modulazione delle conseguenze finanziarie delle decisioni*, Napoli 2020, 151 ss.; nonché, con elementi utili alla comparazione con l'esperienza tedesca, G. CERRINA FERONI, *Giurisdizione costituzionale e legislatore nella Repubblica Federale Tedesca. Tipologie decisorie e Nachbesserungspflicht nel controllo di costituzionalità*, Torino 2002; N. FIANO, *Il fattore "tempo" nella giustizia costituzionale*, Milano 2022.

razione di bilanciamento, riguardando la retroattività quale «principio generale» che, «tuttavia, non è privo di limiti», dovendosene valutare l'impatto su altri principi o diritti che «altrimenti risulterebbero irrimediabilmente sacrificati»<sup>74</sup>. E la Corte arriva persino ad escludere la produzione degli effetti dell'incostituzionalità con riferimento al giudizio *a quo*, ritenendo che la posizione della parte interessata nella controversia dalla quale proviene la questione non possa essere differenziata<sup>75</sup>: il vantaggio che questa consegue deve essere eguale a quello ottenuto da tutti gli altri soggetti interessati, traducendosi nella sottrazione *pro futuro* all'imposizione tributaria ritenuta incostituzionale<sup>76</sup>.

Successivamente la Corte ribadisce il proprio potere di governare gli effetti temporali dell'incostituzionalità in altra nota decisione che ha riconosciuto agli invalidi civili totalmente inabili al lavoro il diritto al cosiddetto “incremento al milione” della pensione di inabilità (oggi pari a

<sup>74</sup> Secondo quanto afferma la Corte nella sent. n. 10 del 2015, a venire in rilievo sono, in particolare, i principi di cui agli artt. 81, 2, 3 e 53 Cost.: le restituzioni tributarie che seguirebbero a un accoglimento con effetto retroattivo determinerebbero un “buco finanziario” che minerebbe l'equilibrio del bilancio pubblico, rendendo necessaria una manovra finanziaria correttiva delle uscite per i rimborsi (che presumibilmente interesserebbe anche le fasce deboli della società, a dispetto delle esigenze di solidarietà sociale). Peraltro, si determinerebbe una «irragionevole redistribuzione della ricchezza a vantaggio di quegli operatori economici che possono aver beneficiato di una congiuntura favorevole» e pure una disparità di trattamento tra i soggetti che operano nell'ambito del settore petrolifero, non potendosi distinguere ed esonerare dalla restituzione coloro che abbiano traslato gli oneri sui prezzi al consumo.

<sup>75</sup> La Corte insiste al riguardo sulla peculiarità della fattispecie concreta, richiamando anche specifica documentazione dalla quale si desume l'intervenuta traslazione dell'onere dell'imposta sui consumatori.

<sup>76</sup> Questo è uno dei punti che ha suscitato maggiori critiche. *Ante litteram*, si veda la riflessione di A. PACE, *Effetti temporali delle decisioni di accoglimento e tutela costituzionale di agire nei rapporti pendenti*, in CORTE COSTITUZIONALE, *Effetti temporali delle sentenze*, cit., 53 ss., condotta con riguardo alla violazione del diritto di agire e di resistere in giudizio (art. 24), che conseguirebbe all'esclusione di effetti della decisione di incostituzionalità nel giudizio *a quo*. A venir meno sarebbe pure la necessaria pregiudizialità tra processo costituzionale e giudizio principale, come osservato con particolare puntualità da R. PINARDI, *Costituzionalità «a termine» di una disciplina resa temporanea dalla stessa Consulta (note a margine di Corte costituzionale sent. n. 41 del 2021)*, in *Consulta OnLine*, [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org), 6 aprile 2021, 293 s. Insomma, ad essere messa in discussione sarebbe la stessa incidentalità del controllo di costituzionalità, come in molti hanno rilevato a commento della sent. n. 10 del 2015: si vedano, tra gli altri, A. PUGIOTTO, *Un inedito epitaffio per la pregiudizialità costituzionale*, cit., 3, R. ROMBOLI, *L'«obbligo» per il giudice di applicare nel processo a quo la norma dichiarata incostituzionale ab origine*, cit., 6, G. SERGES, *Il “dominio” degli effetti temporali delle decisioni d'incostituzionalità*, in *Dir. e Soc.*, 2016, 621.

651,51 euro) fin dal compimento dei 18 anni, senza aspettare i 60 (sent. n. 152 del 2020). Anche in questo caso – in nome del «contemperamento dei valori costituzionali» – l’effetto della decisione è dichiaratamente “*ex nunc*”, affermando che tale esito è «coerente anche con la logica del giudizio incidentale» poiché «risponde comunque all’interesse della parte che ha attivato il processo principale ed è dunque rilevante al fine della decisione che dovrà adottare il giudice rimettente»<sup>77</sup>.

Con la sent. n. 41 del 2021 si arriva, addirittura, al differimento degli effetti: pur rilevando l’illegittimità costituzionale della disciplina che conferisce ai giudici ausiliari di appello lo *status* di componenti delle sezioni delle Corti presso cui operano come magistrati onorari, la Corte afferma la perdurante vigenza delle disposizioni censurate sino al termine nel quale il decisore politico è chiamato a completare la riforma della magistratura onoraria (31 ottobre 2025)<sup>78</sup>. La disciplina diviene così “tempo-

<sup>77</sup> Sulla sent. n. 152 del 2020 si vedano i commenti di V. CIACCIO, *Vecchie e nuove tecniche decisorie della Corte costituzionale alla prova del “minimo vitale”. Riflessioni a partire dalla sentenza n. 152*, in *Giur. Cost.*, 2020, 2265 ss., nonché di C. COLAPIETRO, S. BARBARESCHI, *Motivazione, tempo e strumentalità del bilancio: le coordinate giurisprudenziali sul rapporto tra diritti fondamentali e risorse finanziarie alla luce della sentenza n. 152 del 2020. Rischiose variazioni ritmiche in una straordinaria composizione*, in *Nomos*, [www.nomos-leattualitaneldiritto.it](http://www.nomos-leattualitaneldiritto.it), 1/2021, 1 ss. Come sottolinea in precedente scritto C. COLAPIETRO, *La trasparenza del percorso motivazionale seguito dalla Corte costituzionale nella teorizzazione del potere di modulazione degli effetti temporali delle proprie sentenze di accoglimento*, in *Liber Amicorum in onore di Augusto Cerri. Costituzionalismo e democrazia*, Napoli 2016, 271 s., non sempre la Corte nella sua recente giurisprudenza ha mostrato coerenza e soprattutto attenzione per le esigenze di bilancio; l’Autore si riferisce, in particolare, alla sent. n. 70 del 2015 (incostituzionalità del blocco della perequazione automatica dei trattamenti pensionistici di importo superiore a tre volte il trattamento minimo INPS, disposto per gli anni 2012 e 2013), che desta, a suo giudizio, «non poche perplessità», specie se rapportata alla sent. n. 10 dello stesso anno, non prestando «alcuna attenzione alle esigenze di bilancio» (per valutazioni critiche sulla decisione richiamata si vedano anche A. ANZON DEMMIG, *Una sentenza sorprendente. Alterne vicende del principio dell’equilibrio di bilancio nella giurisprudenza costituzionale sulle prestazioni a carico del pubblico erario*, in *Giur. Cost.*, 2015, 551 ss.; A. BARBERA, *La sentenza relativa al blocco pensionistico: una brutta pagina per la Corte*, in *Rivista dell’Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 2/2015, 1 ss.).

<sup>78</sup> Su questa decisione si vedano i rilievi critici di A. RUGGERI, *Vacatio sententiae alla Consulta, nel corso di una vicenda conclusasi con un anomalo «bilanciamento» tra un bene costituzionalmente protetto e la norma sul processo di cui all’art. 136 Cost. (nota minima alla sent. n. 41 del 2021)*, in *Giustizia insieme*, [www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it), 13 aprile 2021, il quale ritiene che essa si ponga «ben oltre (e, per ciò stesso, contro) il disposto di cui all’art. 136 della Carta». Si vedano anche, tra le molte, le note di V. ONIDA, *Modulazione degli effetti della pronuncia di incostituzionalità o “sospensione” temporanea della norma costituzionale?*, in *Osservatorio dell’Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, [www.osservatorioaic.it](http://www.osservatorioaic.it), 1/2021, 1 ss.).

reana” – sino all’approvazione della nuova – e ciò in ragione dell’esigenza di evitare un «grave pregiudizio all’amministrazione della giustizia».

Anche nel giudizio in via principale non sono mancate decisioni che hanno in un certo senso modulato gli effetti dell’incostituzionalità. In un caso la Corte, pur dichiarando l’illegittimità costituzionale di una specifica disciplina riguardante il finanziamento degli asili-nido, ha specificato che la particolare rilevanza sociale del servizio, relativo a «prestazioni che richiedono continuità di erogazione in relazione ai diritti costituzionali implicati, comporta (...) che restino salvi gli eventuali procedimenti di spesa in corso, anche se non esauriti» (sent. n. 370 del 2003). Analoga soluzione è stata poi praticata, per garantire la continuità di funzionamento del servizio di istruzione, nella dichiarazione di incostituzionalità di una disposizione legislativa statale riguardante la definizione delle dotazioni organiche del personale docente delle istituzioni scolastiche, la quale continuerà ad operare «fino a quando le singole Regioni si saranno dotate di una disciplina e di un apparato istituzionale idoneo a svolgere la funzione di distribuire gli insegnanti tra le istituzioni scolastiche nel proprio ambito territoriale secondo i tempi e i modi necessari ad evitare soluzioni di continuità del servizio, disagi agli alunni e al personale e carenze nel funzionamento delle istituzioni scolastiche» (sent. n. 13 del 2004). Più di recente, oltre alle sentt. nn. 71 e 74 del 2018<sup>79</sup>, sembra da comprendere in

*osservatorioaic.it*, 2/2021, 130 ss.; N. FIANO, *Una nuova frontiera della modulazione degli effetti nel tempo. Riflessioni a margine della sent. cost. n. 41 del 2021*, in *Nomos*, [www.nomos-leattualitaneldiritto.it](http://www.nomos-leattualitaneldiritto.it), 1/2021, 1 ss.; S. BARTOLE, *A proposito di una troppo lunga e confusa sentenza*, in *Giur. Cost.*, 2021, 534 ss.; F. POLITI, *Una “Fristsetzung Italian style”?*, in *Giur. Cost.*, 2021, 538 ss.; R. PINARDI, *Costituzionalità «a termine»*, cit., 288 ss.; G. GRASSO, *L’incostituzionalità differita della disciplina dei giudici ausiliari di appello e le prospettive di riforma della magistratura onoraria: dalla legge Orlando alla “stabilizzazione” dei magistrati in servizio*, in *Foro It.*, 1/2022, 94 ss.

<sup>79</sup> Nella sent. n. 71 del 2018, la Corte, nel dichiarare l’illegittimità costituzionale di una disposizione legislativa statale che non prevedeva il raggiungimento dell’intesa in sede di Conferenza Stato-Regioni per l’adozione dei provvedimenti di ripartizione delle risorse finanziarie destinate all’edilizia scolastica, ha precisato che «la particolare rilevanza sociale del servizio scolastico» (specie della «realizzazione di nuove scuole che rispondano ai requisiti della sicurezza strutturale e antisismica») e «l’inerenza dello stesso ai diritti fondamentali dei suoi destinatari, impongono, peraltro, che sia garantita la continuità nell’erogazione delle risorse finanziarie e che restino, di conseguenza, “salvi gli eventuali procedimenti di spesa in corso, anche se non esauriti”». Analogamente, nella sent. n. 74 del 2018, riguardante un fondo statale plurisetoriale, nel richiedere che alla ripartizione dello stesso partecipino i livelli di governo di volta in volta interessati, la Corte precisa che, ove si tratti di «investimenti che possono variamente incidere su diritti costituzionali (si pensi ad esempio agli interventi antisismici nelle scuole o all’eliminazione di barriere architettoniche)», la «dichiarazione di illegittimità costituzionale, nei termini indicati»,

questo filone la dichiarazione di incostituzionalità di diverse disposizioni di delega contenute nella legge 7 agosto 2015, n. 124 (c.d. legge Madia di riforma delle p.a.), incidenti in ambiti caratterizzati da «concorrenza di competenze, statali e regionali», nella parte in cui prevedevano, ai fini dell'adozione dei decreti legislativi delegati, l'acquisizione del parere anziché imporre il raggiungimento dell'intesa in seno al sistema delle Conferenze (sent. n. 251 del 2016). La Corte ha infatti precisato che le dichiarazioni di incostituzionalità delle disposizioni di delegazione «non si estendono alle relative disposizioni attuative», così “salvando” i decreti legislativi delegati nel frattempo adottati dal Governo e lasciando ai futuri decreti correttivi il compito di sanare i vizi procedurali<sup>80</sup>, secondo modalità poi avallate anche dal Consiglio di Stato nel parere n. 83 del 2017.

In tutte le menzionate circostanze, sia pure con diversità di sfumature, talora significative, la modulazione degli effetti temporali dell'incostituzionalità è giustificata, come detto, dall'esigenza di evitare situazioni di maggiore incostituzionalità, tenuto conto, in particolare, della «gradualità» nell'attuazione dei valori costituzionali, del principio di «continuità» dell'ordinamento normativo, delle conseguenze economico-finanziarie che si sarebbero potute determinare, del possibile travolgimento delle attività processuali poste in essere dai giudici in un certo settore per un periodo di tempo particolarmente ampio. Nelle pronunce più recenti rese nel giudizio incidentale la scelta è stata in prevalenza esito di un bilanciamento tra l'esigenza di ripristinare la legalità costituzionale con specifico riguardo al diritto leso, che implicherebbe il carattere retroattivo della pronuncia, e i principi, aventi carattere fondante, dell'eguaglianza e della solidarietà, specie in correlazione all'esigenza dell'equilibrio del bilancio.

In sostanza, la retroattività sembra riguardata non come una regola inderogabile, ma norma defettibile se non principio suscettibile di bilanciamento con altri interessi di rango costituzionale. Lo aveva già scritto, con lungimiranza, Carlo Mezzanotte, affermando che il problema dei li-

della previsione contenuta nella disposizione censurata «non produce effetti sui procedimenti in corso, qualora questi riguardino detti diritti».

<sup>80</sup> Scrive la Corte nella sent. n. 251 del 2016: nel caso di impugnazione delle disposizioni attuative, «si dovrà accertare l'effettiva lesione delle competenze regionali, anche alla luce delle soluzioni correttive che il Governo riterrà di apprestare al fine di assicurare il rispetto del principio di leale collaborazione». Che questa decisione possa annoverarsi tra quelle che, sia pur implicitamente, determinano una modulazione degli effetti dell'incostituzionalità è chiaramente affermato da M. CARTABIA, *Il giudice e lo studioso di fronte agli effetti delle decisioni di incostituzionalità*, in M. D'AMICO, F. BIONDI (a cura di), *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, Napoli 2018, 14.



miti alla retroattività delle decisioni della Corte è «un problema di bilanciamento e dunque di ragionevolezza»; è «un problema di diritto costituzionale sostanziale», che impone di individuare e saggiare «la durezza» dei principi che possono fungere da limiti al normale retroagire delle sentenze di accoglimento rispetto agli altri che vengano di volta in volta in considerazione. E questo è un compito che alla Corte spetta assolvere, nel momento in cui a essa si riconosca «una parte attiva nei processi di razionalizzazione dei rapporti tra i valori»<sup>81</sup>.

Ma questa prospettiva è oggetto di critica da parte della prevalente dottrina, che considera la retroattività conseguenza “inderogabile” del sistema incidentale (art. 1 della legge costituzionale n. 1 del 1948) e implicazione necessaria della previsione dell’art. 30, comma 3, della legge n. 87 del 1953 per cui «le norme dichiarate incostituzionali non possono avere applicazione dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione»<sup>82</sup>.

La critica sopra sintetizzata mi sembra non cogliere nel segno per l’assolutizzazione alla quale conduce. Non nego che la “retroattività” risponda alla logica della incidentalità<sup>83</sup> e che sia portato di esigenze di

<sup>81</sup> Entrambe le citazioni sono di C. MEZZANOTTE, *Il contenimento della retroattività degli effetti delle sentenze di accoglimento come questione di diritto costituzionale sostanziale*, in CORTE COSTITUZIONALE, *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale*, cit., 44. Nello stesso Seminario fu autorevolmente sostenuto che l’«incostituzionalità non sempre è un dato assoluto (o c’è o non c’è), bensì può essere essa stessa un dato relativo, graduale, anche temporalmente condizionato (può esserci, di più o di meno, può non esserci ancora, può esserci se non intervengono mutamenti adeguati, e via dicendo)» (F. MODUGNO, *Considerazioni sul tema*, 25), auspicando comunque «un irrobustimento della motivazione» delle sentenze che contraggano o eliminino l’efficacia retroattiva all’esito di un bilanciamento tra valori (S. P. PANUNZIO, *Incostituzionalità «sopravvenuta», incostituzionalità «progressiva» ed effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale*, 274 e 284).

<sup>82</sup> Si veda, per tutti, il recente e approfondito saggio di R. PINARDI, *Governare il tempo (e i suoi effetti). Le sentenze di accoglimento nella più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Quad. Cost.*, 1/2022, 43 ss., specie 55. Com’è noto, la Corte costituzionale ha ritenuto che l’art. 136 Cost. «stabilisce, in linea generale e obiettiva, quale sia la conseguenza nell’ordinamento della dichiarazione di incostituzionalità», mentre il terzo comma del citato art. 30 «ne precisa gli effetti nel processo in corso, ai fini della disapplicazione conseguente alla dichiarata illegittimità» (sent. n. 127 del 1966), restando in capo ai giudici comuni la valutazione dei «limiti che, per effetto di altre norme dell’ordinamento, si oppongano, nei singoli casi, alla cosiddetta retroattività delle decisioni di accoglimento» (sent. n. 49 del 1970).

<sup>83</sup> Per uno studio analitico sull’incidentalità si veda G. REPETTO, *Il canone dell’incidentalità costituzionale. Trasformazioni e continuità nel giudizio sulle leggi*, Napoli 2017, che preferisce considerarla «canone» piuttosto che «modello» proprio per «cogliere, in virtù della sua flessibilità, la dialettica e le interazioni tra stabilità e mutamento» (p. 21).

rilievo costituzionale, a partire da quelle scaturenti e implicate dal principio di eguaglianza. Ma ciò non mi porta a ritenere che il “pregio costituzionale” delle esigenze ad essa sottese debba essere, sempre e comunque, prevalente su qualsiasi altro diritto o interesse che, dunque, in nome della retroattività della decisione di incostituzionalità sarebbe inevitabilmente destinato a soccombere. Piuttosto, proprio la considerazione della logica dell’incidentalità e delle esigenze di pregio costituzionale ad essa sottese mi induce a ritenere che il “principio” della retroattività debba essere posto in una posizione di preminenza e di tendenziale prevalenza nella prospettiva del bilanciamento<sup>84</sup>. Solo in situazioni eccezionali questo potrà dunque subire limitazioni, ossia in quelle limitate circostanze nelle quali la stessa “eliminazione”, per i rapporti in corso, della legge che regola una certa materia creerebbe un “vuoto” avente gravi effetti per la continuità normativa o amministrativa<sup>85</sup>, nonostante sia necessario, per il futuro, espungere dall’ordinamento la norma che presenti evidenti vizi d’incostituzionalità<sup>86</sup>.

Successivamente, si veda lo studio di S. LIETO, *Giudizio costituzionale incidentale. Adattamenti, contaminazioni, trasformazioni*, Napoli 2018.

<sup>84</sup> Si vedano, di recente, le riflessioni al riguardo di M. CAREDDA, *Giudizio incidentale e vincoli di finanza pubblica*, cit., 203 ss.

<sup>85</sup> E, come da tempo sottolineato da F. MODUGNO, *Corte costituzionale e potere legislativo*, in P. BARILE, E. CHELI, S. GRASSI (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo italiana*, cit., 45, «la preoccupazione di non creare vuoti nel sistema è naturalmente accresciuta dall’inerzia del legislatore nel riempirli». In argomento, più di recente, R. PINARDI, *L’horror vacui nel giudizio sulle leggi. Prassi e tecniche decisionali utilizzate dalla Corte costituzionale allo scopo di ovviare all’inerzia del legislatore*, Milano 2007.

<sup>86</sup> Partendo dal presupposto per cui, «una volta che una legge è stata dichiarata costituzionalmente illegittima, di essa non si può fare più applicazione, né per il passato né per il futuro, con le sole eccezioni dei rapporti conclusi e delle sentenze penali, anche se passate in giudicato», T. MARTINES, *Considerazioni sul tema*, in CORTE COSTITUZIONALE, *Effetti temporali delle sentenze*, cit., 236 s., osservava che «questo *summum ius* potrebbe risolversi in *summa iniuria* tutte le volte che [...] la dichiarazione di illegittimità provochi diseguaglianze di trattamento o disattenda aspettative, legittime nel tempo in cui erano sorte. Potremmo arrivare al paradosso di dire che la sentenza di accoglimento nel dichiarare l’illegittimità di una norma perché in contrasto con una disposizione costituzionale, nel tutelare cioè la rigidità della Costituzione, provochi però, al tempo stesso, la violazione di un valore costituzionale diffuso, come potrebbe essere, ad esempio, quello dell’eguaglianza». Al riguardo, l’illustre costituzionalista avanzava, «con ogni possibile cautela», due proposte. Secondo la prima proposta, «giudici ed autorità amministrative non sarebbero tenuti a disapplicare la norma dichiarata illegittima qualora ritengano che essa sia valsa a definire un rapporto od una situazione giuridica e che la pretesa fatta valere sia stata dunque fondata e avanzata. Con la sola eccezione del giudice (o dei giudici) a quo o a quibus che, avendo ritenuto rilevante la questione, sono tenuti a disapplicare

In precedenti lavori<sup>87</sup> ho spesso richiamato la necessità che la Corte non si sottragga al compito di “rendere giustizia costituzionale”, utilizzando la già citata formula di Gaetano Silvestri<sup>88</sup>. Ma con questo non ho mai inteso che tale esigenza possa giustificare il travolgimento delle regole del processo costituzionale. Semmai ho in più occasioni rilevato come queste regole siano scarse e presentino formule aperte a diverse possibili letture (si pensi alla “rilevanza” e alla “non manifesta infondatezza”), che spesso la dottrina tende a “cristallizzare” proprio a partire dalla mutevole giurisprudenza costituzionale.

Ma quanto alla “retroattività” il discorso è, dal mio punto di vista, diverso. Se questa, infatti, fosse davvero una regola “inderogabile”, se ne dovrebbe trarre la conclusione della sottrazione a bilanciamento, perché ogni deroga ad essa sarebbe in realtà disapplicazione. La dottrina maggioritaria ritiene questo, qualificando la retroattività come regola processuale, e in conseguenza critica la Corte.

A mio avviso la lettura da privilegiare è un’altra sulla base, sinteticamente, di due argomenti.

Il primo argomento, di natura forse più formalistica, attiene al rapporto tra la disposizione contenuta nell’art. 136 Cost. e la previsione dell’art. 30, comma 3, della legge n. 87. Sono sempre stato convinto del fatto che gli enunciati costituzionali debbano essere letti alla luce degli svolgimenti che la legislazione ordinaria ne opera, tanto più quanto ad essa si fa espli-

la norma dichiarata illegittima». La seconda proposta coinvolgeva, invece, direttamente la Corte costituzionale, fondandosi «su un principio generale (peraltro codificato negli artt. 73 e 127 della Costituzione), secondo il quale i titolari del potere di emanare norme legislative (o che comunque incidono sulla vigenza di fonti normative) devono poter determinare il tempo di entrata in vigore delle proprie disposizioni. Ora, questo principio potrebbe essere esteso anche alle decisioni di accoglimento della Corte, sempre che, bene inteso, si riconosca a tali decisioni una natura sostanzialmente normativa» (p. 239).

<sup>87</sup> M. RUOTOLO, *Principio di diritto nell’interesse della legge e questioni di legittimità costituzionale: tra le astratte simmetrie formali del diritto processuale e l’esigenza di “rendere giustizia costituzionale”*, in *Rivista dell’Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 1/2015, 1 ss.; ID., *Corte costituzionale e Legislatore*, in *Dir. e Soc.*, 2020, 53 ss.; ID., *Tra anima politica e giurisdizionale. A proposito di alcune “oscillazioni” della Corte nel giudizio di legittimità costituzionale*, in R. ROMBOLI (a cura di), *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l’anima “politica” e quella “giurisdizionale”*, Torino 2017, Vol. II, 239 ss.; ID., *Il giudice costituzionale: custode della Costituzione o dei diritti e degli equilibri istituzionali?*, in *Federalismi*, [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 4/2022, numero speciale «Il costituzionalismo multilivello nel terzo millennio: Scritti in onore di Paola Bilancia», 880 ss.

<sup>88</sup> G. SILVESTRI, *Del rendere giustizia costituzionale*, cit., 1 ss.

cito rinvio (nel nostro caso, art. 137, secondo comma, Cost., e art. 1 della legge costituzionale 11 marzo 1953, n. 1<sup>89</sup>). Nella specie, peraltro, non posso sottovalutare che è stata una legge costituzionale (n. 1 del 1948, che risponde all'esplicita riserva posta dall'art. 137, primo comma, Cost.) a sancire l'accesso in via incidentale come forma prevalente per l'instaurazione del giudizio di costituzionalità. Ma, ciò considerato, non posso comunque esimermi dal continuare a leggere l'art. 30, comma 3, della legge n. 87 in modo conforme a Costituzione (in particolare all'art. 136 Cost. e allo stesso art. 1 della legge cost. n. 1 del 1948), trattandosi pur sempre di disposto contenuto in una legge ordinaria. Seguendo questa strada, dovrebbe ritenersi che la incidentalità del giudizio, prevista dalla legge costituzionale del 1948, abbia come unica implicazione necessaria la non applicabilità della norma dichiarata illegittima ai fatti oggetto del giudizio *a quo*. Oltre gli stessi si arriva, in via interpretativa, per effetto di quanto stabilito dall'art. 30, comma 3, della legge n. 87, che avrebbe così trasformato non solo la "cessazione di efficacia" in "cessazione di applicazione", ma esteso quest'ultima, inderogabilmente, a tutti i rapporti pendenti<sup>90</sup>. Possiamo dire, allora, che la legge n. 87 abbia sciolto i dubbi interpretativi ricollegabili alla lettura degli articoli 136 Cost.<sup>91</sup> e 1 della legge cost. n. 1 del 1948<sup>92</sup>? Ma, soprattutto, si può escludere, in tale con-

<sup>89</sup> L'art. 1 della legge cost. n. 1 del 1953 dispone quanto segue: «La Corte costituzionale esercita le sue funzioni nelle forme, nei limiti ed alle condizioni di cui alla Carta costituzionale, alla legge costituzionale 9 febbraio 1948, n. 1, ed alla legge ordinaria emanata per la prima attuazione delle predette norme costituzionali».

<sup>90</sup> Lo argomenta benissimo F. MODUGNO, *Considerazioni sul tema*, in CORTE COSTITUZIONALE, *Effetti temporali delle sentenze*, cit., 13 ss.

<sup>91</sup> All'origine letto come implicante un'efficacia *ex nunc* della declaratoria di incostituzionalità: P. CALAMANDREI, *L'illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*, Padova 1950, 72 ss.; ma lo stesso Autore, *Corte costituzionale e autorità giudiziaria*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1956, 26, affermerà che, per effetto dell'art. 30 della legge n. 87, la «dichiarazione di inefficacia *ex nunc*» si è trasformata in «dichiarazione di nullità *ex tunc*». Sulle posizioni originariamente espresse nell'interpretare l'art. 136 Cost. si vedano G. AMOROSO – G. PARODI, *Il giudizio costituzionale*, Milano 2015, 376.

<sup>92</sup> La risposta positiva è data da S. FOIS, *Considerazioni sul tema*, in CORTE COSTITUZIONALE, *Effetti temporali delle sentenze*, cit., 30, secondo il quale l'art. 30 della legge n. 87 non avrebbe fatto altro che esplicitare quanto già ricavabile dall'art. 136 Cost., letto in concorso con l'art. 1 della legge cost. n. 1 del 1948. Risponde negativamente, invece, S. P. PANUNZIO, *Incostituzionalità «sopravvenuta», incostituzionalità «progressiva» ed effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale*, in CORTE COSTITUZIONALE, *Effetti temporali delle sentenze*, cit., 275, secondo il quale, peraltro, la tesi che vede l'art. 30 come esplicativo della disciplina costituzionale degli effetti delle sentenze della Corte «irrigidisce, proprio perché costituzionalizza, la generalità dell'effetto retroattivo della pronuncia di incostituzionalità, espressamente stabilito dalla legge ordinaria». Una puntuale disa-

testo normativo, che la Corte abbia margini di interpretazione che le consentano persino di qualificare la retroattività come principio e non come regola<sup>93</sup>? È forse questa una lettura in contrasto con la Costituzione<sup>94</sup>?

Affermare che la retroattività sia un principio non significa negare la portata normativa, piuttosto vuol dire sottrarla alla applicazione nella forma del «tutto-o-niente», condurla nella dimensione «del peso o dell'importanza»<sup>95</sup>, renderla comando di ottimizzazione dei valori che esprime, da realizzare nella misura più ampia, in relazione alle possibilità di fatto o di diritto<sup>96</sup>. Il che significa – lo ribadisco – porre il “princi-

mina del rapporto tra art. 136 Cost. e art. 30, comma 3, della legge n. 87 del 1953, con indicazione delle diverse posizioni, si trova in M. SICLARI, *Effetti temporali delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale*, in *Giur. It.*, 8/9, 1999, 1778 ss.; più di recente si veda anche C. NARDOCCI, *Il “diritto” al giudice costituzionale*, Napoli 2020, 57 ss.

<sup>93</sup> Secondo quanto sostenuto da L. GIANFORMAGGIO, *L'interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole ed argomentazione basata su principi*, in ID., *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, Torino 2008, 178 s., la differenza tra regola e principio emergerebbe «*esclusivamente* nel momento dell'interpretazione-applicazione», appartenendo la distinzione «alla logica giuridica in quanto logica dei giuristi, e non alla logica del diritto; cioè alla problematica delle relazioni tra gli elementi di un ragionamento giuridico, e non tra gli elementi di un sistema giuridico».

<sup>94</sup> Per arrivare a questa soluzione si potrebbe auspicare che la Corte dichiari l'incostituzionalità dell'art. 30 della legge n. 87 «in quanto esclude, indiscriminatamente, che le leggi dichiarate illegittime possano applicarsi a tutti i giudizi che abbiano per oggetto fatti che cadono in ordine temporale sotto il vigore delle leggi stesse» (F. MODUGNO, *Considerazioni sul tema*, cit., 15). Ma tale strada non è indispensabile per arrivare ad ammettere che la Corte possa circoscrivere, in determinate circostanze, gli “effetti naturali” c.d. retroattivi delle sue pronunce di accoglimento, perché nulla impedisce al giudice delle leggi di «dichiarare incostituzionali le norme che, *a partire da un certo momento*, sono ricavabili da una disposizione o da un contesto di enunciati normativi, distinguendo così nel tempo, diacronicamente, le norme dalle disposizioni, e colpendo soltanto le prime, non diversamente da quanto – contestualmente e sincronicamente, invece – ha del resto sempre fatto con l'adozione di sentenze di accoglimento manipolative, aggiuntive o sostitutive». In particolare, ben potrebbe una *norma* essere dichiarata incostituzionale «in ragione e nei limiti» della sua «determinata portata temporale», potendo ciò avvenire «all'esito di un «giudizio comparativo», di un «bilanciamento tra valori costituzionali». È ancora Modugno a sottolinearlo, affermando chiaramente che, «in questo modo, non sarebbe neppure necessaria la dichiarazione di incostituzionalità parziale dell'art. 30, perché non tutte le norme dichiarate illegittime – ma soltanto quelle che lo fossero in ragione e nei limiti della loro determinata portata temporale – sarebbero inapplicabili in qualsiasi giudizio comune» (F. MODUGNO, *op. cit.*, 17). Al riguardo già F. MODUGNO, *Una questione di costituzionalità inutile: è illegittimo il penultimo comma dell'art. 30 l. 11 marzo 1953, n. 87?*, in *Giur. Cost.*, 1966, 1723 ss.

<sup>95</sup> Seguendo la notissima distinzione tra regole e principi proposta da R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio* (1978), Bologna 1982, 93 ss.

<sup>96</sup> D'obbligo il riferimento a R. ALEXY, *Recht, Vernunft, Diskurs*, Frankfurt am Main 1995, 177 ss.

pio” della retroattività in una posizione di preminenza e di tendenziale prevalenza nella prospettiva del bilanciamento. Solo quando lo stesso impedisca alla Corte di «rendere giustizia costituzionale», implicando il completo sacrificio di un principio di rango costituzionale o di un diritto fondamentale e determinando la creazione di una situazione di maggiore incostituzionalità, allora si porrà il problema del suo contenimento. È questo il secondo argomento che merita di essere speso e che si pone alla base di orientamenti “creativi” anche di altre Corti proprio sul piano delle tecniche decisorie<sup>97</sup>, senz’altro favoriti dal «dato di fatto della

<sup>97</sup> Si pensi all’introduzione in Germania, in origine per via pretoria, delle pronunce di incompatibilità, *Unvereinbareklärungen*, o delle *Appellentscheidungen*: le prime – pronunce di mera incompatibilità senza nullità – determinano il blocco dell’applicazione della norma sino a nuova regolamentazione del legislatore; le seconde – decisioni monitorie – contengono un appello al legislatore affinché intervenga, riservandosi il Tribunale costituzionale di dichiarare l’incostituzionalità in caso di inerzia, secondo la logica della doppia pronuncia. Diversi sono stati gli affinamenti che hanno interessato specialmente le pronunce di incompatibilità e che sono ben descritti in un recente contributo di G. NAGLIERI, *Un nuovo modello decisorio per un nuovo equilibrio tra poteri? Unvereinbarerklärung e Anwendungssperre nel diritto processuale costituzionale italiano (brevi note, comparate, a margine di Corte cost. ord. 132/2020)*, in Consulta OnLine, *www.giurcost.org*, 1/2021, 175 ss., riservandosi il Tribunale costituzionale ora di disporre che la disposizione censurata continui a trovare applicazione così come è stata formulata dal legislatore (*Weitergeltungsanordnung*) o con modificazioni indicate nella stessa pronuncia (*Auffangregelung*), ora di sostituire la normativa “incompatibile” con una regolamentazione transitoria (*Übergangsanordnung*) (in argomento si veda anche, più di recente, N. FIANO, *Il fattore “tempo” nella giustizia costituzionale*, cit., specie 101 ss.). Per la Francia può essere significativo il richiamo alla «riserva d’interpretazione transitoria» («*réserve d’interprétation circonscrite temporellement*»), impiegata in quelle pronunce nelle quali il Conseil constitutionnel rileva l’incostituzionalità di un’omissione legislativa, fornendo in via transitoria un’interpretazione della disciplina censurata conforme a Costituzione nell’attesa dell’essenziale intervento del legislatore rivolto a colmare la lacuna (su questa tecnica decisoria si veda M. CHARITÉ, *Réserves d’interprétation transitoires dans la jurisprudence QPC*, in *AJDA*, 2015, 1622 ss.; M. STEFANINI, *Les effets des décisions du Conseil constitutionnel en matière de QPC*, in *HAL archives-ouvertes*, 2016, 11 s.). Sono piuttosto note le caratteristiche di altri sistemi europei di giustizia costituzionale con riguardo alla possibilità di modulare gli effetti temporali dell’incostituzionalità. In Austria, l’art. 140, comma 5, della legge costituzionale federale (B-VG) prevede che l’annullamento (o l’abrogazione, *Aufhebung*) operi di regola *ex nunc* (dal giorno della pubblicazione della decisione d’incostituzionalità), a meno che la Corte costituzionale non stabilisca un termine diverso per la sua entrata in vigore, che non può superare i diciotto mesi (*Fristsetzung*); la legge dichiarata incostituzionale continua pertanto ad applicarsi alle fattispecie verificatesi prima della pronuncia della Corte, con l’eccezione del caso che ha dato origine alla pronuncia; ma, in base al comma 7 dell’art. 140, B-VG la Corte può stabilire diversamente, disponendo di estendere gli effetti della declaratoria di incostituzionalità anche a fattispecie e rapporti giuridici pendenti. In Portogallo, le decisioni di incostituzionalità hanno efficacia *ex tunc*, ma l’art. 282, quarto comma, Cost. prevede che quando lo esigano «la

natura ultimativa» dei pronunciamenti dei Tribunali costituzionali, che, piaccia o meno, «finisce per trascinare con sé – quanto alla disciplina del processo – una porzione di potere “sovrano”»<sup>98</sup>. Ed è per tale ragione che soltanto la Corte potrebbe «stabilire quali fatti siano ancora suscettibili dell’applicazione della legge nonostante la sua dichiarata illegittimità», non certo il singolo giudice che «si trova sempre di fronte al disposto dell’art 30 di cui è specifico destinatario»<sup>99</sup>.

A risultati non troppo dissimili si potrebbe forse pervenire senza nemmeno scomodare la discussa distinzione tra regole e principi, ragionando sulle implicazioni del «diverso modo di risolvere il rapporto tra la norma e la sua giustificazione» sottostante all’impiego da parte dell’interprete di due differenti «tecniche d’argomentazione», quella «esclusiva» e quella «inclusiva»<sup>100</sup>. La logica del “tutto-o-niente” sarebbe pro-

certezza del diritto o ragioni di equità o di interesse pubblico di eccezionale rilievo, che devono essere motivate», il Tribunale costituzionale possa determinare diversamente gli effetti dell’incostituzionalità. In Spagna, la possibilità di modulare gli effetti della dichiarazione di incostituzionalità ha trovato riscontro a partire dalla sent. n. 45 del 1989, con la quale è stata introdotta la distinzione tra decisioni di incostituzionalità semplice e decisioni di incostituzionalità-nullità; nonostante la legge organica sul Tribunale costituzionale (art. 39, comma 1, LOTC) non autorizzasse a ritardare o differire il momento di efficacia della nullità, nella sent. n. 45 del 1989 si afferma che il «collegamento tra incostituzionalità e nullità non è sempre necessario, né gli effetti della nullità nella parte riferita al passato vengono definiti dalla legge, che lascia a questo Tribunale il compito di precisare la sua portata in ogni caso, dato che la categoria della nullità non ha lo stesso contenuto nei differenti settori dell’ordinamento»; e, ancora, «il collegamento tra incostituzionalità e nullità si rompe, tra gli altri casi, in quelli in cui il motivo dell’incostituzionalità della norma si individua, non nella sua lettera, ma in una sua omissione»; nel 2007, in occasione della riforma della legge organica del Tribunale costituzionale, fu proposto di inserire una previsione che consolidasse questo orientamento giurisprudenziale, consentendo un differimento degli effetti della nullità entro un termine che in nessun caso potrebbe superare i tre anni; nonostante la proposta non sia stata approvata, il Tribunale costituzionale ha continuato ad utilizzare decisioni di incostituzionalità differita.

<sup>98</sup> La constatazione è contenuta in un denso e illuminante saggio riferito all’esperienza tedesca, ove si sottolinea, tra l’altro, come la Legge fondamentale e dello stesso BVerfGG contengano disposizioni più dettagliate sul processo costituzionale, senza che ciò pregiudichi la «doppia anima del Tribunale costituzionale (organo costituzionale e giurisdizione a tutti gli effetti)»: G. REPETTO, *Il controllo di costituzionalità delle leggi nel prisma del Bundesverfassungsgericht*, in G. REPETTO, F. SAITTO (a cura di), *Temi e problemi della giustizia costituzionale in Germania. Una prospettiva comparativa alla luce del caso italiano*, Napoli 2020, 33.

<sup>99</sup> F. MODUGNO, *Considerazioni sul tema*, cit., 16.

<sup>100</sup> Sulle quali si veda C. LUZZATI, *Principi e principi. La genericità nel diritto*, Torino 2012, 39 ss., specie 42 e 43, che sottolinea come tali tecniche riguardino anche l’“uso” delle “regole” da parte dell’interprete.

pria di uno stile argomentativo “esclusivo”, che «*fa appello all'autorità*, bandendo ogni discussione sulle ragioni di principio che giustificano le norme»; viceversa, la logica del “più-o-meno” sarebbe propria di uno stile argomentativo “inclusivo”, che permetterebbe l'introduzione di «*eccezioni non espressamente previste*» mediante «*il richiamo ai principi sottostanti*», che consentono di «*integrare la norma*» superandone il tenore “letterale”<sup>101</sup>. Questa suggestione presenta, a mio giudizio, forti elementi di criticità, perché, se assolutizzata, permetterebbe a qualsiasi interprete un inaccettabile “travalicamento” della “lettera” (di fatto una vera e propria disapplicazione) ogni qual volta vi siano ragioni riconducibili ad esigenze di interpretazione sistematica o di riconduzione del significato della disposizione ad un esito conforme a Costituzione. Ma, se ci riferiamo alla descritta attività di ricomposizione interpretativa o di integrazione normativa dell'ordinamento affidata alla Corte costituzionale, da essa possiamo ricavare uno spunto utile, essendo l'atteggiamento del giudice delle leggi senz'altro ispirato ad una logica “inclusiva” che rifiuta, o almeno guarda con sospetto, la prospettiva dell'“assoluto”, del “tutto-o-niente” – nessun valore può essere “tiranno”<sup>102</sup> –, tanto con riferimento alle regole quanto con riguardo ai principi. In questa dimensione potrebbe leggersi proprio l'interpretazione offerta rispetto al disposto dell'art. 30, comma 3, della legge n. 87 del 1953, che, senza comunque superarne il tenore “letterale”, ne offre una “integrazione”, rendendo la norma ivi contenuta, pur se considerata “regola”<sup>103</sup> e non

<sup>101</sup> C. LUZZATI, *Principi e principi*, cit., 42.

<sup>102</sup> Lo esplicita la Corte nella sent. n. 85 del 2013, riferendosi, significativamente, al campo dei diritti fondamentali: in caso di conflitto, nessun diritto fondamentale può vantare una «prevalenza assoluta» sugli altri, né essere totalmente sacrificato; i diritti tutelati dalla Carta repubblicana si trovano in rapporto di «integrazione reciproca»; la «illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe “tiranno” nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette», equivarrebbe a negazione del pluralismo su cui si basa la Costituzione. Non è altro che lo sviluppo dell'antica idea per cui il «concetto di limite è insito nel concetto di diritto», già fatta propria dalla Corte nella sua prima decisione, con l'affermazione per cui «nell'ambito dell'ordinamento le varie sfere giuridiche devono di necessità limitarsi reciprocamente, perché possano coesistere nell'ordinata convivenza civile» (sent. n. 1 del 1956).

<sup>103</sup> Al fondo, «anche le regole conoscono forme di applicazione “graduale”» e, probabilmente, ad essere implausibile potrebbe dirsi la stessa loro distinzione rispetto ai principi se formulata in termini netti sulla dimensione del “peso”: così G. PINO, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna 2010, 57, il quale sottolinea anche che «per un verso una regola può esercitare un peso minore di quanto sembrerebbe *prima facie*, perché può essere resa defettibile, soggetta ad interpretazione restrittiva; per altro verso una regola può esercitare un peso maggiore di quanto



“principio”<sup>104</sup>, eccezionalmente defettibile quando la sua applicazione determinerebbe, come tra poco si ribadirà, una situazione di maggiore incostituzionalità.

In sintesi, l’esercizio del potere di governo degli effetti temporali dovrebbe costituire ipotesi eccezionale<sup>105</sup>, secondo quanto, peraltro, esplicitamente sostenuto proprio nella sent. n. 10 del 2015, derivando, immediatamente, dal compito istituzionale affidato alla Corte: «*eliminare bensì le leggi incostituzionali dall’ordinamento, ma senza produrre situazioni di*

sembrerebbe *prima facie*, perché può essere applicata per analogia, o soggetta ad interpretazione estensiva». Insomma, la dimensione del “peso” appartiene, secondo questa ricostruzione, «sia alle regole che ai principi: i principi sono norme (più) defettibili, (più) soggette ad eccezioni implicite rispetto alle regole, mentre l’applicazione delle regole è (più) protetta contro considerazioni che spingono verso un risultato diverso rispetto a quello indicato dalla regola stessa».

<sup>104</sup> D’altra parte, si potrebbe obiettare che dietro la costruzione della retroattività come “principio” si celi l’intenzione di farla solo apparire come “norma più importante”, tendenzialmente prevalente e avente capacità espansiva, ma, nella realtà, di volerla artificiosamente esporre al meccanismo della “pesatura”, con possibilità di “arretrare” sino a contare in minor misura o non contare quasi per nulla. È questo il «paradosso» che consegue alla qualificazione di una norma come principio e non come regola, ben individuato da C. LUZZATI, *Principi e princìpi*, cit., 40.

<sup>105</sup> Nel più volte citato seminario della Corte costituzionale della fine degli anni Ottanta (CORTE COSTITUZIONALE, *Effetti temporali delle sentenze*, cit.) diverse furono comunque le voci contrarie a tale riconoscimento. Tra queste: A. PIZZORUSSO, *Soluzioni tecniche per graduare gli effetti nel tempo delle decisioni di accoglimento della Corte costituzionale*, 93, che ha fatto leva sulla presunta incompatibilità di tale potere «con il carattere spiccatamente giurisdizionale che alla funzione svolta dalla Corte italiana deriva (a parte ogni altra considerazione) dal vincolo che la lega ad un giudizio ordinario»; V. ONIDA, *Considerazioni sul tema*, 186, secondo il quale riconoscere alla Corte una facoltà in qualche modo implicita nella gestione degli effetti temporali delle sue decisioni equivarrebbe a «disciplinare e determinare l’efficacia di norme costituzionali», incidendo «sulla stessa rigidità della Costituzione»; G. ZAGREBELSKY, *Il controllo della Corte costituzionale sugli effetti temporali delle pronunce di incostituzionalità: possibilità e limiti*, 221 s., e 214, secondo il quale in nessun caso il momento dell’incostituzionalità potrebbe «essere fatto cadere in concomitanza con la pubblicazione della sentenza d’incostituzionalità», «perché ciò spezzerebbe il legame tra il processo costituzionale e il processo *a quo*», con l’ulteriore, più generale, considerazione per cui negare la retroattività significherebbe «contraddire la concretezza del giudizio costituzionale e la sua finalizzazione alla difesa di posizioni già venute ad esistenza», «privare di senso l’incidentalità dell’iniziativa», «modificare la stessa condizione della legge incostituzionale e la natura del vizio corrispondente». A queste si aggiunga la (in parte) richiamata posizione di A. PACE, *Effetti temporali delle decisioni di accoglimento*, cit., 56 ss. per cui le sentenze di accoglimento a effetti temporalmente limitati violerebbero il diritto di agire (art. 24, primo comma, Cost.), privando chi è parte di un rapporto pendente della possibilità di beneficiare degli effetti della pronuncia, e il principio di eguaglianza (art. 3 Cost.) per la discriminazione tra le situazioni ricomprese ed escluse in conseguenza della delimitazione temporale operata dalla Corte.

*maggior incostituzionalità*, senza che gli esiti del suo giudizio siano ancor più pregiudizievoli per l'ordinamento»<sup>106</sup>; non «espressione di attivismo giudiziale e di ingerenza nelle attribuzioni altrui», ma «manifestazione di virtù passiva e di capacità di autocontrollo»<sup>107</sup>. Il che vuol dire pretendere che la Corte si attenga a un «principio di stretta proporzionalità»<sup>108</sup>, con un particolare onere motivazionale<sup>109</sup> il cui soddisfacimento richiede, tra l'altro, una puntuale dimostrazione circa la ricorrenza della condizione di «impellente necessità di tutelare uno o più principi costituzionali i quali, altrimenti, risulterebbero irrimediabilmente compromessi da una deci-

<sup>106</sup> Ancora F. MODUGNO, *Considerazioni sul tema*, 15. Proprio nella sent. n. 10 del 2015 si riprende, quasi testualmente, la considerazione riportata nel testo: «il ruolo affidato a questa Corte come custode della Costituzione nella sua integralità impone di evitare che la dichiarazione di illegittimità costituzionale di una disposizione di legge determini, paradossalmente, “effetti ancor più incompatibili con la Costituzione” (sentenza n. 13 del 2004) di quelli che hanno indotto a censurare la disciplina legislativa. Per evitare che ciò accada, è compito della Corte modulare le proprie decisioni, anche sotto il profilo temporale, in modo da scongiurare che l'affermazione di un principio costituzionale determini il sacrificio di un altro».

<sup>107</sup> Secondo l'indicazione di C. MEZZANOTTE, *Il contenimento della retroattività*, cit., 45 s.

<sup>108</sup> Al riguardo, M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, Roma Palazzo della Consulta, 24-26 ottobre 2013, Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, in *www.cortecostituzionale.it*, specie 5 ss., ha auspicato «l'elaborazione e la sistematizzazione di una sequenza di standard di giudizio disposti in progressione, paragonabile alle quattro fasi del giudizio sulla proporzionalità» già conosciute in altre esperienze («legittimità» in riferimento allo scopo perseguito dal legislatore; valutazione della «connessione razionale» tra i mezzi predisposti dal legislatore e i fini che questi intende perseguire; «necessità» come verifica che lo strumento impiegato consenta di ottenere l'obiettivo prefissato con il minor sacrificio possibile di altri diritti o interessi costituzionalmente protetti; esame degli «effetti» dell'atto legislativo, soppesando «costi» o «sacrifici» e «benefici» che derivano dal perseguimento dell'obiettivo cui il legislatore mira). La «predeterminazione dei paradigmi di giudizio» rileverebbe, anzitutto, «sul piano della valutazione e della deliberazione», imprimendo loro una «maggiore coerenza» e «favorendo una motivazione ordinata e persuasiva» (benefici sul piano della «argomentazione»), così permettendo anche di contenere le critiche e i sospetti sul piano del possibile sconfinamento nell'ambito del «merito politico» (benefici sul piano della «legittimazione» della Corte). «L'elaborazione di canoni di giudizio chiari e chiaramente esplicitati» alimenterebbe, insomma, «la coerenza, la prevedibilità e la controllabilità delle decisioni, attraverso la motivazione, consolidando l'autorevolezza del giudice delle leggi e ponendolo al riparo dalla sovraesposizione politica». Di recente si veda anche la voce di D. U. GALETTA, *Proporzionalità e controllo sull'azione dei pubblici poteri*, in M. CARTABIA, M. RUOTOLO (a cura di), *Potere e Costituzione*, cit., spec. 1059 ss., che cita, tra le altre, la sent. n. 1130 del 1988 e le più recenti sentt. nn. 270 del 2010, 20 del 2019, 128 del 2021.

<sup>109</sup> Sul quale insiste in modo particolare, come si è già ricordato, S.P. PANUNZIO, *op. cit.*, 284.

sione di mero accoglimento», limitando «la compressione degli effetti retroattivi» a «quanto strettamente necessario per assicurare il contemporamento dei valori in gioco»<sup>110</sup>.

## 6. *La complessa ricerca di un equilibrio tra judicial activism e self-restraint*

Alla prova della giurisprudenza costituzionale, gli articoli 28 e 30, comma 3, della legge n. 87 del 1953 non sembrano aver “resistito”, almeno nella loro possibile lettura implicante la radicale impossibilità per la Corte di intervenire in ambiti non disciplinati dal legislatore (o comunque suscettibili di una pluralità di scelte da parte di questi) o di governare, sia pure in circoscritte circostanze, gli effetti temporali dell’incostituzionalità. Non hanno “resistito”, però, soltanto nei termini di una assolutizzazione di quanto da loro prescritto, nella logica del “tutto-o-niente” – che avrebbe implicato l’esclusione del sindacato della Corte sul c.d. eccesso di potere<sup>111</sup> e l’impossibilità di qualsivoglia modulazione temporale degli

<sup>110</sup> Si riprendono alcune frasi contenute nel punto 7 del *Considerato in diritto* della sent. n. 10 del 2015, della quale è stata redattrice Marta Cartabia, che sembrano rispondere all’esigenza di dimostrare che lo specifico contenimento dell’efficacia retroattiva era funzionale al perseguimento del «fine della maggior possibile reintegrazione dell’interesse costituzionalmente protetto posto a base della decisione di accoglimento», considerato da altra autorevole dottrina come valore fondamentale sul quale sempre più si modella il ruolo concretamente assunto dalla Corte nel sistema (G. SILVESTRI, *Effetti normativi ed effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale: due aspetti dello stesso problema*, in CORTE COSTITUZIONALE, *Effetti temporali delle sentenze*, cit., 51 s.).

<sup>111</sup> Come insuperabilmente rilevato da G. GUARINO, *Abrogazione e disapplicazione delle leggi illegittime (art. 136 e VII d.t. Cost.)*, in *Jus*, 1951, 382, nota 3, il c.d. eccesso di potere «è il vizio che si produce per l’inosservanza nell’atto del fine cui esso era vincolato, è vizio, come ora da tutti si riconosce, non di merito, ma di legittimità. L’esclusione del sindacato sull’eccesso di potere nelle leggi, nelle ipotesi in cui le leggi risultassero affette da detto vizio, si risolverebbe pertanto in una violazione del principio della illimitatezza del sindacato giurisdizionale sulla legittimità, nonché in una violazione diretta dell’art. 134 Cost. che sancisce il sindacato della Corte sulla legittimità delle leggi senza alcuna limitazione». I rilievi di Guarino riguardavano proprio la formulazione contenuta nel disegno di legge sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale (Senato, Disegni di legge, 1948-51, n. 23-B) poi pienamente trasfusa nell’art. 28 della legge n. 87 del 1953. Di recente S. CASSESE, *Dentro la Corte*, Bologna 2015, 64 s., riferendosi ad alcune considerazioni già emerse in dottrina, ha definito l’art. 28 come espressivo di una norma «ingenua, superflua ed imprecisa, tutt’altro che perspicua, equivoca e contraddittoria, inopportuna e incostituzionale, aberrante, da considerare non scritta, priva di valore pratico». Sull’art. 28 della legge n. 87 del 1953, oltre agli Autori citati in diverse parti di questo lavoro, si segnalano, tra i molti: M. S. GIANNINI, *L’illegittimità degli atti amministrativi e delle norme*, in *Riv. It. Sc. Giur.*, 1954, 61; F. PIERANDREI, *Corte costituzionale*, in

effetti dell'incostituzionalità –, continuando, invece, ad avere un “peso” decisivo, in quanto espressivi di esigenze di rilievo costituzionale<sup>112</sup>, nel contemperamento con altri valori di pari rango.

Al fondo le previsioni indagate esprimono l'esigenza di tutelare le ragioni democratiche della *legis-latio*, ma senza postulare quel dogma della «onnipotenza della legge», ormai infranto proprio dagli istituti della giustizia costituzionale<sup>113</sup>, i quali impediscono che la decisione politica possa sottrarsi al rispetto della legalità costituzionale<sup>114</sup>. Il contempera-

*Enc. Dir.*, X, Milano 1962, 906; A. M. SANDULLI, *Il giudizio sulle leggi. La cognizione della Corte costituzionale e i suoi limiti*, Milano 1967, 7; C. MORTATI, *Le leggi provvedimento*, Milano 1968, 224; M. LUCIANI, *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale*, Padova 1984, 147 ss.; A. PIZZORUSSO, *Il controllo sull'uso della discrezionalità del legislatore*, in AA.VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, cit., 71 ss.; M. SCUDIERO, S. STAIANO (a cura di), *La discrezionalità del legislatore nella giurisprudenza della Corte costituzionale (1988-1998)*, Napoli 1999 e, ivi, in particolare S. STAIANO, *Introduzione*, XIII; A. RUGGERI, G. SILVESTRI (a cura di), *Corte costituzionale e Parlamento. Profili problematici e ricostruttivi*, Milano 2000; G.P. DOLSO, *Giudici e Corte alle soglie del giudizio di costituzionalità*, Milano 2003, 185 ss.; A. SPERTI, *La discrezionalità del legislatore*, in R. ROMBOLI (a cura di), *L'accesso alla giustizia costituzionale: carattere, limiti, prospettive di un modello*, Napoli 2006, 625 ss.; P. BIANCHI, *Le tecniche di giudizio e la selezione dei casi*, ivi, 641 ss.; A. RUGGERI, *La discrezionalità del legislatore tra teoria e prassi*, in *Dir. e Soc.*, 2007, 1 ss.; P. COSTANZO, *Legislatore e Corte costituzionale. Uno sguardo d'insieme sulla giurisprudenza costituzionale in materia di discrezionalità legislativa dopo cinquant'anni di attività*, in *Consulta Online*, [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org), 2006, 1 ss.; E. ROSSI, *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore*, in R. BALDUZZI, M. CAVINO, J. LUTHER (a cura di), *La Corte costituzionale vent'anni dopo la svolta*, Torino 2011, 333 ss.; A. SPADARO, *Involuzione – o evoluzione? –*, cit., 132 ss.

<sup>112</sup> In particolare, secondo G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, I. *Storia, principi, interpretazioni*, Bologna II ed., 2018, 237, l'art. 28 della legge n. 87 del 1953 «non dice nulla di normativamente efficace, esprimendo semmai solo un'esigenza o una preoccupazione»; «poiché, poi, i confini non sono da altri in concreto stabiliti se non dalla stessa Corte costituzionale, si comprende facilmente che questo art. 28 si risolve in un generico appello al suo senso del limite, a ciò che si denomina *self restraint*, l'autocontrollo».

<sup>113</sup> V. CRISAFULLI, *Giustizia costituzionale e potere legislativo (1977)*, ora in *Id.*, *Stato Popolo Governo*, cit., 230.

<sup>114</sup> Né può dirsi che l'attuazione della Costituzione sia compito esclusivo della politica. Come osserva G. SILVESTRI, *Del rendere giustizia costituzionale*, cit., 7, «affidare senza riserve l'attuazione delle norme di principio soltanto al Parlamento – cioè alla politica – significherebbe la loro decostituzionalizzazione di fatto, riportando la Costituzione repubblicana al livello di una qualsiasi carta flessibile, teoricamente intangibile, ma praticamente derogabile a piacimento delle forze politiche dominanti, come è avvenuto per lo Statuto albertino, vista l'assenza di un custode dotato di poteri adeguati». È questo il rischio che si corre guardando al limite del rispetto della discrezionalità legislativa come “assoluto”, nei termini in cui si è detto, sostenendo che alla «riserva costituzionale della nomopoiesi primaria delle assemblee rappresentative» (intesa quale presupposto dell'art.

mento – tra le ragioni della «superiore razionalità della *iuris-dictio*» delle Corti costituzionali e le «permanenti, fortissime, ragioni democratiche della *legis-latio*»<sup>115</sup> – si è trovato nella affermazione, almeno su un piano sostanziale, di un sorta di presunzione di legittimità costituzionale delle leggi<sup>116</sup> che ha condotto a guardare all'incostituzionalità come *extrema ratio* e persino a modulare gli effetti dell'incostituzionalità, lasciando in vita, per il passato, una disciplina non conforme a Costituzione allorché il vuoto normativo avrebbe potuto creare una situazione di maggiore incostituzionalità. Che tale esito confligga con le ragioni della *legis-latio* mi pare quanto meno discutibile. Piuttosto, il “fallimento” sembra aversi sul piano della collaborazione dialettica con le istituzioni rappresentative, che attraverso l'impiego di alcune tecniche decisorie si è cercato di

28 della legge n. 87 del 1953) non potrebbe contrapporsi alcun altro principio costituzionale. In questa prospettiva, l'art. 28 definirebbe il “confine” del potere-dovere di rendere giustizia costituzionale da parte della Corte, dovendosi escludere la possibilità di bilanciamento in un ambito che non riguarderebbe i principi ma le competenze definite dal diritto positivo. È quanto sostiene M. LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto*, Milano 2023, 220 s.

<sup>115</sup> La ricerca di tale equilibrio è considerata fondamentale da N. ZANON, *Corte costituzionale, evoluzione della “coscienza sociale”, interpretazione della Costituzione e diritti fondamentali: questioni e interrogativi a partire da un caso paradigmatico*, in *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 4/2017, 16.

<sup>116</sup> Al riguardo rinvio a M. RUOTOLO, *Alcuni eccessi nell'uso della «interpretazione conforme a...»*, in *Giur. cost.*, 2007, 1222, ma si veda già G. GROTTANELLI DE' SANTI, *Manifesta infondatezza e interpretazione adeguatrice*, in *Giur. cost.*, 1963, 417 s., e, con riguardo al «principio di conservazione dei documenti», G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano 1980, 149. Come osserva A. CERRI, *I modi argomentativi del giudizio di ragionevolezza delle leggi: cenni di diritto comparato*, in AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Riferimenti comparatistici*, Milano 1994, 147 s., «l'idea di una “presunzione” favorevole alle scelte legislative e, dunque, di “un onere della prova” a carico di chi ne afferma l'incostituzionalità è coerente con i principi del governo rappresentativo». Viceversa, secondo R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano 2004, 174, nota 114, la presunzione che «il legislatore sia rispettoso della costituzione, e non intenda violarla, non ha alcun fondamento». Più articolata in argomento è la posizione di A. SPADARO, *Limiti del giudizio costituzionale in via incidentale e ruolo dei giudici*, Napoli 1990, 52 ss. che, senza arrivare ad affermare che esista una presunzione di invalidità di tutte le leggi non ancora sindacate dalla Corte, sostiene che tali leggi sono, se non presuntivamente, almeno potenzialmente invalide («tutte le leggi sarebbero dunque *sempre e comunque* poste nel ... limbo dell'incertezza giuridica, salvo naturalmente quelle “dichiarate” illegittime»). Di interesse è anche lo studio condotto da un giovane Autore sui casi in cui si dovrebbe predicare, viceversa, una presunzione di illegittimità costituzionale, con conseguente “scrutinio stretto” della Corte, per lo più riferiti a leggi provvedimento, interpretative, retroattive e di chiamata in sussidiarietà legislativa (A. TURTURRO, *Scrutinio stretto e presunzione di illegittimità nel controllo sulle leggi*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, [www.gruppodipisa.it](http://www.gruppodipisa.it), 3/2015, 18 settembre 2015, 1 ss.).

sollecitare. È la riprova, drammatica, di quella che definirei come apatia costituzionale, di una crescente “indifferenza” della politica e degli organi rappresentativi nello svolgimento del compito dell’attuazione della Costituzione<sup>117</sup>.

Si potrebbe sostenere che questa apatia sia, in un certo senso, alimentata dalla Corte, qualora la stessa, ad esempio, utilizzasse sistematicamente la modulazione degli effetti dell’incostituzionalità, così salvando, per il passato, determinazioni politiche contrarie a Costituzione, ingenerando aspettative in tal senso da parte delle istituzioni rappresentative. Ma così non è, essendo il ricorso a tale strumento, giustamente, davvero eccezionale. Altrettanto pregio non sembra avere, invece, l’argomento, che trovo davvero semplicistico e fors’anche ingenuo, rivolto a sostenere che l’attuale, vero o presunto, più generale “attivismo giudiziario” possa avere come necessaria conseguenza l’incremento della “passività” del legislatore, come se questo, quasi meccanicamente, fosse destinato a non prendere decisioni o comunque a rinunciare a prendere decisioni razionali, perché sa che sarà poi il giudice costituzionale a farlo<sup>118</sup>.

Piuttosto, quanto sta accadendo nell’ultimo periodo porta a riproporre alla nostra attenzione temi “antichi”, ampiamente sviscerati dalla migliore dottrina. Kelsen ha vinto su Schmitt nell’argomentare sulla necessità di istituire un Tribunale costituzionale per assicurare efficacemente il rispetto della legalità costituzionale. Ma Schmitt aveva le sue buone ragioni, riconosciute dallo stesso giurista praghese, quando manifestava preoccupazioni sui rischi di una trasformazione della Corte in una sorta di seconda (o terza) camera<sup>119</sup>, specie ove i parametri, soprattutto le disposizioni costituzionali sui diritti, avessero peccato di vaghezza<sup>120</sup>. A

<sup>117</sup> Un tale atteggiamento trova riscontro anche nel disinteresse sinora mostrato rispetto alle “invenzioni” compiute dalla Corte costituzionale sul piano delle tecniche decisorie. Non si comprendono le ragioni per le quali il legislatore italiano, diversamente da quanto accaduto, ad esempio, in Germania, non sia nemmeno intervenuto per “consolidare”, ove condivise, le “novità” introdotte in via pretoria dalla Corte. Le proposte che nel passato sono state presentate in tale direzione non hanno avuto, infatti, alcun seguito; si pensi al disegno di legge A.S. 1952, recante modifiche alla legge n. 87 del 1953, presentato il 9 giugno 2015 al Senato, che tra l’altro prevedeva un’integrazione alla fine dell’art. 30, terzo comma, con l’introduzione delle seguenti parole: «salvo che la Corte non disponga una diversa modulazione dell’efficacia nel tempo della stessa decisione, a tutela di altri principi costituzionali».

<sup>118</sup> Non credo proprio che siano queste le ragioni del mancato seguito delle prime due ordinanze motivate di rinvio dell’udienza utilizzate dalla Corte nel recente periodo.

<sup>119</sup> C. SCHMITT, *Il custode della costituzione* (1931), Milano 1981, 236.

<sup>120</sup> Nel riconoscere il rischio, H. KELSEN, *La garanzia giurisdizionale della Costitu-*

queste problematiche si riferiscono anche le riflessioni italiane dei primi anni Ottanta del secolo scorso, proprio riguardanti il rapporto Corte-legislatore<sup>121</sup>, che finivano per rilevare, sia pure con diverse chiavi di lettura, la inevitabile “politicità” del giudizio costituzionale<sup>122</sup>. Oggi, in termini assai diversi, si parla di prevaricazione eccessiva dell’anima giurisdizionale, dovuta allo «scostamento» dai «canoni che stanno a base dello svolgimento dei giudizi di costituzionalità» che porta con sé lo «snaturamento dell’organo e dell’attività dallo stesso posta in essere»<sup>123</sup>, persino denunciando presunti «sconfinamenti»<sup>124</sup> da un limite che sembra spesso

zione (1928), in ID., *La giustizia costituzionale*, Milano 1981, 189, si riferiva al possibile impiego da parte dei Tribunali costituzionali di concetti ampi quali giustizia, equità ed eguaglianza, che oggi ritroviamo nelle forme della razionalità, della ragionevolezza e della proporzionalità.

<sup>121</sup> Il riferimento è soprattutto ai contributi di F. MODUGNO, *Corte costituzionale e potere legislativo*, e di G. ZAGREBELSKY, *La Corte costituzionale e il legislatore*, pubblicati in P. BARILE, E. CHELI, S. GRASSI (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo italiana*, cit., rispettivamente 19 ss. e 103 ss. Nella stessa sede, L. ELIA, *La Corte nel quadro dei poteri costituzionali*, cit., 524, significativamente rilevava come la Corte italiana si fosse trovata ad essere un tribunale costituzionale di tipo kelseniano chiamato a occuparsi di una Costituzione non kelseniana. Di rilievo è anche la successiva, assai nota ed efficace, riflessione di E. CHELI, *Il giudice delle leggi. La Corte costituzionale nella dinamica dei poteri*, Bologna 1996, 15, secondo la quale la Corte esercita una funzione che è «al tempo stesso politica e tecnica – para-legislativa e para-giurisdizionale –, funzione che conduce, da un lato, a “giurisdizionalizzare” la politica dentro le forme del processo, dall’altro a “politizzare” la giurisdizione attraverso la natura (politica) degli oggetti sottoposti a giudizio e gli effetti (politici) delle pronunce».

<sup>122</sup> Una “politicità” assai diversa, però, da quella che si esprime in Parlamento, come ci ha insegnato C. MEZZANOTTE, *Corte costituzionale e legittimazione politica* (1984), Napoli rist. 2014, 114 ss. Si vedano anche le pagine di M. CAPPELLETTI, *L’attività e i poteri del giudice costituzionale in rapporto con il loro fine generico (natura tendenzialmente discrezionale del provvedimento di attuazione della norma costituzionale)*, in *Scritti in memoria di Piero Calamandrei*, III, Padova 1958, 85 ss. Nella letteratura recente, sul rapporto tra l’anima “politica” e quella “giurisdizionale” della Corte costituzionale, si vedano le diverse posizioni espresse nel volume di R. ROMBOLI (a cura di), *Ricordando Alessandro Pizzorusso*, cit., nonché i contributi di C. DRIGO, *Le Corti costituzionali tra politica e giurisdizione*, Bologna 2016 (con specifico riguardo all’analisi dell’art. 28 della legge n. 87 si vedano pp. 427 ss.); R. BASILE, *Anima giurisdizionale e anima politica del giudice delle leggi nell’evoluzione del processo costituzionale*, Milano 2017; M. RAVERAIRA, *Il giudizio sulle leggi: la Corte costituzionale sempre più in bilico tra giurisdizione e politica*, in *Lo Stato*, 11/2018, 123 ss.

<sup>123</sup> A. RUGGERI, *Rapporti interordinamentali e rapporti istituzionali in circolo (scenari, disfunzioni, rimedi)*, in *Freedom, Security & Justice. European Legal Studies*, [www.fsjeuro-studies.eu](http://www.fsjeuro-studies.eu), 2/2019, 54.

<sup>124</sup> A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quad. Cost.*, 2/2019, 251 ss. A margine del saggio di Morrone si vedano R. BIN, *Sul ruolo della Corte costituzionale. Riflessioni a margine di un recente*

disegnato dallo studioso che lo erge piuttosto che chiaramente desumibile dal sistema normativo.

Lo “sconfinamento” ha a che fare con la perdita del senso del limite (dei propri limiti), che va ricercato anzitutto in quelle che sono le funzioni della Corte costituzionale, il suo ruolo nel sistema, sempre più delineato, nei rapporti con il legislatore, in termini di collaborazione dialettica<sup>125</sup> o, come si dice oggi, di «controllo cooperativo»<sup>126</sup>. La migliore dottrina lo aveva già intuito osservando che, se e fin tanto che «molteplici e contraddittorie istanze» non troveranno un «momento di mediazione politica», la Corte non potrà che essere sempre più «moderatrice dei conflitti» e non potrà che aver bisogno di «strumenti flessibili, di discrezionalità larghe, di poteri di intervento diversificabili e non condizionati alla logica rigorosa del precedente»<sup>127</sup>. E, oggi, quando si rileva che «il grande ammalato è il Parlamento e il principio rappresentativo», si è costretti ad ammettere che «il procedimento di produzione della legge assume un respiro più ampio, che viene a ricomprendere il controllo di costituzionalità, come suo elemento integrante»<sup>128</sup>. Se il procedimento parlamentare non è in grado di assicurare coerenza interna (razionalità rispetto ai fini<sup>129</sup>) e ragio-

*scritto di Andrea Morrone, 4/2019, 757 ss., il quale, pur mantenendo una prospettiva critica rispetto ad alcune decisioni della Corte (in particolare sent. n. 1 del 2004, sent. n. 10 del 2015, ord. n. 207 del 2018), nega che alla Corte possa imputarsi «di modificare “l’equilibrio dei poteri” e tanto meno di farlo perseguendo un disegno preciso» (p. 758); E. CHELI, Corte costituzionale e potere politico. Riflessioni in margine a un recente scritto di Andrea Morrone, ivi, 777 ss., che tra l’altro considera la modulazione degli effetti temporali dell’incostituzionalità, operata con la sent. n. 10 del 2015, quale adattamento necessario dello strumento processuale al «rilievo degli interessi in campo», negando, dunque, che essa rappresenti uno “sconfinamento” (p. 783 s.).*

<sup>125</sup> Come già prefigurato da V. CRISAFULLI, *La Corte costituzionale ha vent’anni*, cit., 86: «Il dovere di noi tutti, per quanto ora ci interessa, è di adoperarsi lealmente nella comune ricerca di punti d’incontro per realizzare quella collaborazione dialettica tra chi fa le leggi e chi è chiamato a controllarne la costituzionalità, che risponde al disegno tracciato in Costituzione».

<sup>126</sup> M. DOGLIANI, *La sovranità (perduta?) del Parlamento e la sovranità (usurpata?) della Corte costituzionale*, in R. ROMBOLI (a cura di), *Ricordando Alessandro Pizzorusso*, cit., 85.

<sup>127</sup> C. MEZZANOTTE, *La Corte costituzionale: esperienze e prospettive*, in AA.VV., *Attualità e attuazione della Costituzione*, Roma-Bari, 1979, 170 s.

<sup>128</sup> M. DOGLIANI, *La sovranità (perduta?)*, cit., 84.

<sup>129</sup> Secondo l’insegnamento di M. WEBER, *Economia e società* (1922), Milano 1968, 22 s., «agisce in maniera razionale rispetto allo scopo colui che orienta il suo agire in base allo scopo, ai mezzi e alle conseguenze concomitanti, *misurando* razionalmente i mezzi in rapporto agli scopi, gli scopi in rapporto alle conseguenze, ed infine anche i diversi scopi possibili in rapporto reciproco».



nevolezza (razionalità discorsiva<sup>130</sup>), l'intervento della Corte diviene, inevitabilmente, non tanto «controllo nemico» quanto, appunto, «controllo cooperativo»<sup>131</sup>. Rendendo persino necessari interventi *lato sensu* «politici» della Corte proprio al fine di «attribuire alla legge quel carattere di ragionevolezza-universalità-discorsività» che il Parlamento non riesce ad imprimerle<sup>132</sup>.

E qui si viene al punto a mio giudizio decisivo, che riguarda la imprescindibile necessità della rifondazione del ruolo del Parlamento<sup>133</sup>, della visione dello stesso come luogo nel quale sia non soltanto possibile ma necessario «mediare per decidere» e non «decidere senza bisogno di mediare»<sup>134</sup>. È un discorso complesso, che coinvolge la forma e la sostanza del rapporto tra gli organi politici, che interessa, da vicino, il presente e il futuro della rappresentanza politica<sup>135</sup>, che induce ad auspicare al più

<sup>130</sup> Si allude qui alla «formazione discorsiva dell'opinione e della volontà», alla dimensione procedurale della ragionevolezza, funzionale alla costruzione di uno spazio deliberativo quale base, appunto, per un «diritto ragionevole», che dovrebbe essere l'esito del confronto dialettico tra maggioranza e opposizioni: J. HABERMAS, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia* (1992), Milano 1996, 518.

<sup>131</sup> M. DOGLIANI, *op. ult. cit.*, 85.

<sup>132</sup> M. DOGLIANI, *loc. ult. cit.*

<sup>133</sup> Sono temi che ho già trattato in M. RUOTOLO, *Corte costituzionale e Legislatore*, cit., specie 72 ss. Mi piace sottolineare che proprio Carlo Mezzanotte chiuse la sua relazione al Convegno annuale dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti del 2000, affermando che «la speranza è che il Parlamento, entro i confini in cui è ancora possibile, si riappropri del suo destino e non lasci che siano gli eventi a sospingerlo in una posizione periferica nei processi di decisione politica» (C. MEZZANOTTE, *Relazione generale sul Parlamento*, in ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI, *Annuario 2000: il Parlamento*, Padova 2001, 307). Su questa linea si veda anche C. TRIPODINA, *Il "potere politico" della Corte costituzionale e i suoi limiti*, in R. BALDUZZI, M. CAVINO, J. LUTHER (a cura di), *La Corte costituzionale vent'anni dopo la svolta*, cit., 51, secondo la quale «il discorso intorno ai vincoli e ai limiti della Corte costituzionale non deve andare sciolto dall'auspicio di un recupero della capacità decisionale del potere politico; di un ritorno alla dignità nell'esercizio delle sue funzioni; della ripresa della sua capacità di farsi produttore, promotore, rappresentante di unità politica e costituzionale. Di un ritorno del Parlamento come luogo che rende possibile la riduzione degli antagonismi, la pratica del compromesso, la sublimazione del conflitto; come luogo nel quale può essere costituita «una valida volontà statale»».

<sup>134</sup> È l'essenza della democrazia, che, come già scriveva Kelsen, risiede nella costante e continua mediazione tra maggioranza e minoranza, potendo solo la pratica compromissoria assicurarne l'esistenza: H. KELSEN, *Essenza e valore della democrazia* (1929), in ID., *La democrazia*, Bologna 1998, 104.

<sup>135</sup> La cui essenza dovrebbe sempre risiedere nella capacità di esprimere la conflittualità sociale, proiettandola nei centri di decisione politica e contribuendo alla loro legit-

presto il superamento di quel processo di impoverimento delle forme di produzione del diritto che interessa sia il versante delle procedure sia quello dei contenuti<sup>136</sup>, come reiteratamente sottolineato dal Presidente della Repubblica<sup>137</sup>.

Il “riposizionamento” della Corte da questo dipende, così come lo stesso atteggiarsi del suo controllo in “cooperativo” o “nemico”. Con possibili, anzi inevitabili, conseguenze sul piano delle tecniche decisorie, il cui impiego è condizionato, indiscutibilmente, dalle contingenti situazioni politiche, passando dall’esaltazione delle «potenzialità legislative “positive” in periodi di inattuazione costituzionale» al dispiegamento delle «attitudini restrittive e demolitorie» nelle fasi di accelerazione dell’attività parlamentare<sup>138</sup>. Non si può, insomma, fare il tifo, pregiudizialmente, per l’«attivismo giudiziale» (*judicial activism*) o per l’«autolimitazione» (*self-restraint*), avendo consapevolezza, come magistralmente insegnato, che il primo, legato a «una cieca fiducia nella capacità delle ideologie di plasmare il mondo, slitta pericolosamente verso un eccesso di immanenza», e che la seconda, legata alla fredda idea del «silenzio costituzionale» o dell’«appagamento legislativo», appare «altrettanto pericolosamente» orientata «verso un eccesso di trascendenza»<sup>139</sup>.

Senza negare che il giudizio costituzionale avrà sempre un inevitabile connotato di “politicità”, non è dubbio che proprio un parlamentarismo

timazione: G. FERRARA, *Sulla rappresentanza politica. Note di fine secolo*, in *Riv. Dir. Cost.*, 1998, 20 ss.

<sup>136</sup> Occorre sempre insistere sul fatto che «il “compromesso” parlamentare è soggetto ad un “patto” superiore non derogabile e non disponibile ai soggetti del pluralismo e alle formazioni sociali che operano al suo interno». Quel “patto” si rinviene nella Costituzione, intesa come «luogo di unificazione» all’interno del quale «i soggetti del pluralismo dispongono la loro legittima contesa, dando vita ad una dialettica sociale che trova – deve trovare – nell’ambito parlamentare la propria definizione» (G. AZZARITI, *Critica della democrazia identitaria*, Roma-Bari, 2005, 136). È questa, direi, l’essenza della “democrazia costituzionale”, che non si esaurisce nel momento delle elezioni (per tutti, L. CARLASSARE, *Conversazioni sulla Costituzione*, IV ed., Padova 2020, 89) e che pretende sempre, per essere davvero tale, il rispetto delle forme e dei limiti indicati nel “patto” ovvero, più profondamente, la condivisione della “visione del mondo” espressa nelle norme che la Costituzione prescrive, secondo l’insegnamento mortatiano (C. MORTATI, *Costituzione (dottrine generali)*, in *Enc. Dir.*, XI, Milano 1962, 139 ss.).

<sup>137</sup> Si pensi – per fare solo un recentissimo esempio – agli incisivi rilievi del Presidente Mattarella in sede di promulgazione della legge 24 febbraio 2023, n. 14, di conversione del decreto-legge 29 dicembre 2022, n. 198, c.d. decreto milleproroghe (comunicato del 23 febbraio 2023, disponibile sul sito del Quirinale).

<sup>138</sup> G. SILVESTRI, *La Corte costituzionale nella svolta di fine secolo*, cit., 982.

<sup>139</sup> C. MEZZANOTTE, *Corte costituzionale e legittimazione politica*, cit., 114.

“forte” sia condizione ideale affinché, in una logica di sistema, la Corte svolga al meglio i propri compiti, senza forzature (apparenti o reali) e nel rispetto delle regole processuali<sup>140</sup>. Rafforzando una legittimazione che non proviene dal voto popolare, ma che si radica nel testo della Costituzione, quale limite al libero dispiegarsi del potere, naturalmente anche quello di derivazione elettiva<sup>141</sup>.

<sup>140</sup> Proprio il rispetto delle regole processuali è considerato «il miglior possibile presidio» della indipendenza e della funzionalità della Corte: A. PIZZORUSSO, *Usa ed abuso del diritto processuale costituzionale*, in M. BESSONE (a cura di), *Diritto giurisprudenziale*, Torino 1996, 149. La riflessione è sviluppata e declinata da diversi Autori con riguardo al valore della stabilità degli orientamenti giurisprudenziali, della chiarezza e persuasività delle motivazioni e del rispetto della incidentalità. Si vedano, tra gli altri: R. ROMBOLI, *La Corte costituzionale e il suo processo*, in *Foro It.*, I, 1995, 1096, sullo specifico profilo della «prevedibilità, per i destinatari della decisione costituzionale, di quello che, nelle stesse condizioni e sulla base degli stessi presupposti, sarà il comportamento processuale della Corte»; A. SAITTA, *Logica e retorica nella motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Milano 1996, specie 250, che insiste sulla centralità della motivazione anche nella prospettiva di «creare le condizioni perché fra Corte e destinatari della pronuncia si stabilisca una comune tavola di precomprensioni per uniformare il “diritto vivente” alle concezioni culturali e assiologiche (oltre che interpretative della Costituzione) proprie della stessa Corte»; A. MORELLI, *Il ruolo e la funzione della Corte costituzionale nella dinamica dell'ordinamento democratico*, in A. RUGGERI (a cura di), *La ridefinizione della forma di governo attraverso la giurisprudenza costituzionale*, Napoli 2006, 434, che sottolinea l'importanza della definizione giurisprudenziale di «“standards di comportamento” sufficientemente stabili»; E. BINDI, *La garanzia della Costituzione. Chi custodisce il custode?*, Torino 2010, 141, che considera la persuasività delle motivazioni e l'equilibrio nelle operazioni di bilanciamento quali elementi condizionanti la legittimazione stessa della Corte; R. BIN, *Il diritto alla sicurezza giuridica come diritto fondamentale*, in *Federalismi*, [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 12 settembre 2018, 2, con riguardo alla rilevanza dell'elemento della prevedibilità ai fini della certezza del diritto; F. SEVERA, *Processo e Corte politica. Uno studio a partire dalla sentenza n. 240 del 2021*, in *Giur. Cost.*, 2021, 3024, che considera il rispetto delle norme processuali come condizione imprescindibile per «rendere verificabile, e dunque democratica, ogni scelta della Corte». In un recente, acuto, studio monografico sul canone della incidentalità si è fatto in proposito riferimento «all'imperativo di coerenza che vuole la Corte vincolata ad un uso delle regole qualificato dal rispetto delle regolarità che si sono venute consolidando (ma senza per questo escludere un loro ripensamento, purché anch'esso adeguatamente motivato)»: G. REPETTO, *Il canone dell'incidentalità costituzionale*, cit., 278.

<sup>141</sup> Come ha scritto M. FROMONT, *La justice constitutionnelle dans le monde*, Paris 1996, 132, «*face à la légitimité démocratique du moment, qui s'exprime à travers le Parlement, le Gouvernement et les autres organes de l'État, s'impose la nécessité de tenir compte d'une légitimité démocratique encore plus profonde, celle qui s'exprime dans le texte de la constitution et la jurisprudence qui se développe à partir de lui*». E, ancora, «*le juge qui interprète la constitution et impose aux autres pouvoirs publics le respect de règles qu'implique le texte constitutionnel exprime en quelque sorte une légitimité démocratique plus ancienne ou plus large qui n'a pas vocation à fluctuer aussi rapidement que celle des principaux organes politiques de l'État*».

È sull'equilibrio tra questi due poli – attivismo e autolimitazione, immanenza e trascendenza – che si deve sempre ragionare non soltanto nella prospettiva dell'analisi sulle tecniche decisorie, ma anche nella più generale riflessione sul ruolo della Corte costituzionale nel sistema, sia con riguardo ai rapporti con il legislatore sia nelle relazioni con gli altri attori giurisdizionali, sinora ispirate, anche in una dimensione sovranazionale, ad una logica non solo non conflittuale, ma, anzi, marcatamente dialogica.

È quanto ci hanno insegnato i grandi Maestri del diritto costituzionale, con diversità di letture rispetto agli esiti, mutevoli nel tempo, raggiunti nella ricerca di questo equilibrio. Ed è alla lettura delle loro opere che è opportuno tornare per cercare di comprendere le complesse dinamiche attuali della giustizia costituzionale, con l'umiltà di chi ha ancora voglia di provare a salire sulle spalle dei giganti.

Francesco Volpe

IL RICORSO STRAORDINARIO  
AL CAPO DELLO STATO NON È UN PROCESSO  
(SE MAI È IL PROCESSO  
A DOVER ESSERE ADEGUATO)

SOMMARIO: 1. La sentenza della Corte costituzionale 7 aprile 2023, n. 63. – 2. Uno spunto per riconsiderare il problema della c.d. *giurisdizionalizzazione* del ricorso straordinario al Capo dello Stato. – 3. Dubbi sulla fondatezza della tesi della *giurisdizionalizzazione*: il problema dell'esistenza di un nuovo giudice speciale, per di più titolare di *potestas iudicandi* su questioni già riferite alla giurisdizione di un altro plesso giurisdizionale. – 4. Compatibilità del ricorso in ottemperanza per dare esecuzione alla decisione del ricorso straordinario con il carattere amministrativo dello stesso. – 5. Il regime di impugnazione *ex art. 29 c.p.a.* della decisione sul ricorso straordinario; raffronto e distinzioni con il caso dell'impugnazione con l'azione amministrativa di annullamento della sentenza resa nel giudizio di ottemperanza. – 6. Inconciliabilità dell'impugnazione della decisione sul ricorso straordinario a mezzo dell'azione prevista dall'art. 29 c.p.a. con la sua pretesa natura giurisdizionale. – 7. Inammissibilità del gravame per cassazione avverso la decisione del ricorso straordinario. – 8. Esame dell'ipotesi secondo cui il ricorso straordinario costituirebbe un rito speciale *alternativo e omissio medio* interno all'unitario processo amministrativo. – 9. Conclusioni e una proposta *de iure condendo*.

1. *La sentenza della Corte costituzionale 7 aprile 2023, n. 63*

Per ragioni di omogeneità con la disciplina nazionale, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 9, comma 5, del d. lgs. 24 dicembre 2003, n. 373 (che reca le norme di attuazione dello Statuto siciliano), là dove esso prevedeva che il Presidente della Regione, previa deliberazione della Giunta, potesse discostarsi dal parere reso dal Consiglio di giustizia amministrativa nel particolare procedimento per la definizione del ricorso straordinario che, in quella medesima Regione, è previsto contro gli atti regionali<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Così Corte cost. 7 aprile 2023, n. 63.

È risaputo che, quanto al più generale ricorso straordinario al Capo dello Stato, disciplinato dagli artt. 8 e seguenti, d.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199 e applicato nel resto del territorio nazionale, l'equivalente parere del Consiglio di Stato ha mutato la sua natura da semivincolante a vincolante *tout court*, a seguito della riforma portata dall'art. 69 della legge 18 giugno 2009, n. 69.

In considerazione di detta riforma, è sembrato, così, quanto meno *eccentrico* che, per il ricorso straordinario vigente in Sicilia, permanesse la regola della semivincolatività del parere reso dal Consiglio di giustizia amministrativa, stante il fatto che i due rimedi – quello nazionale e quello siciliano – sono considerati equivalenti.

Per il vero, la permanenza di questa distinzione, tra i due regimi, non doveva ritenersi neppure del tutto scontata.

La Corte di cassazione, in particolare, nell'ammettere la giurisdizione del giudice amministrativo sulle questioni di ottemperanza alla decisione del Presidente della Regione siciliana, aveva già da tempo sostenuto che la novella del 2009 avesse implicitamente abrogato, per sopravvenuta incompatibilità, l'art. 9 delle disposizioni attuative dello Statuto<sup>2</sup>.

Tuttavia, proprio il Consiglio di Giustizia Amministrativa aveva, poi, seguito un percorso interpretativo nettamente diverso<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> Corte cass., Ss.Uu., 28 gennaio 2011, n. 2065: "L'evoluzione del sistema, che porta dunque a configurare la decisione su ricorso straordinario come provvedimento che, pur non essendo formalmente giurisdizionale, è tuttavia suscettibile di tutela mediante il giudizio d'ottemperanza, deve trovare applicazione, in guisa di corollario, per la analoga decisione resa dal Presidente della Regione Siciliana ai sensi della sopra richiamata normativa regionale, modellata – come s'è visto – sulla disciplina dettata per il ricorso straordinario al Capo dello Stato (dovendosi dunque riconoscere carattere vincolante anche al parere espresso dal Consiglio di Giustizia Amministrativa e dovendosi ammettere il potere di tale organismo di sollevare questioni di legittimità costituzionale rilevanti ai fini dell'espressione del parere; al riguardo, la dottrina parla di abrogazione tacita indiretta delle disposizioni del *D. Lgs. n. 373 del 2003* che contrastino con le previsioni introdotte della *L. n. 69 del 2009, art. 69*". Sul problema si consideri anche V. CAMPIGLI, *Annotazioni in tema di ricorso straordinario al Presidente della Regione Sicilia e di ricorso straordinario al Presidente della Repubblica (a proposito di un parere del Consiglio di Stato, in Osservatorio sulle fonti, 2021, 640.*

<sup>3</sup> C.G.A.R.S., 25 febbraio 2020, n. 61, parere reso in merito alla "Direttiva sui ricorsi straordinari al Presidente della Regione Siciliana – Disciplina dell'istituto e aggiornamenti legislativi e giurisprudenziali", successivamente assunta con atto del Presidente della Giunta regionale siciliana, 19 giugno 2020. Il Consiglio ha contestato le conclusioni a cui era giunta la giurisprudenza di legittimità evidenziando innanzi tutto, le peculiarità del rimedio siciliano rispetto al ricorso straordinario al Capo dello Stato: "La diversità tra le due specie di ricorsi straordinari si coglie anche sul lato procedurale, non soltanto per quanto appena osservato circa la potestà giurisdizionale di decisione in difformità, ma anche su

## La stessa ordinanza di rimessione della questione di costituzionalità

molti altri aspetti della procedura, fatta eccezione per il segmento di essa che conduce alla trasposizione in sede giurisdizionale (v. infra). Difatti, sebbene si sia accennato alla circostanza che l'art. 117, secondo comma, lettera l), Cost. riserva alla legislazione esclusiva dello Stato la materia della «giustizia amministrativa» (nel cui ambito certamente ricade la disciplina del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica), nondimeno in questa parte, per il solo ricorso straordinario al Presidente della Regione Siciliana, il predetto art. 117 è derogato dal sunnominato art. 23 Stat., norma speciale e di pari rango. In altri termini, ben potrebbe la Regione Siciliana, nel dare attuazione al quarto comma dell'art. 23 Stat., nel rispetto di quanto previsto dell'art. 43 Stat., disciplinare diversamente l'istituto, con i soli limiti del rispetto della competenza decisoria del Presidente della Regione e dell'obbligatorietà del parere di questo Consiglio. Se così non accade (in parte), è solo perché difettano allo stato specifiche norme di attuazione e, quindi, fino a quando perdurerà la mancanza di una iniziativa legislativa regionale sul punto, si continueranno ad applicare, in parte, le disposizioni del d.P.R. n. 1199/1971, in forza del rinvio dinamico a tale normativa contenuto nell'art. 12, comma 1, del d.lgs. n. 373/2003. Doveroso è, peraltro, sottolineare che tale applicazione per rinvio dinamico è solo parziale. Già adesso, del resto, in Sicilia non si applicano gli artt. 9 e 11 di detto decreto, là dove attribuiscono competenze ai ministeri. Nell'ordinamento siciliano la soluzione prescelta è stata, infatti, quella di affidare la competenza sull'istruttoria all'ULL e nemmeno, dunque, agli Assessorati regionali (i quali, in astratto, si sarebbero potuti considerare, nell'Isola, alla stessa stregua dei Ministeri nazionali). Nemmeno si applica in toto l'art. 3, comma 4, della l. 21 luglio 2000, n. 205: infatti, in luogo del decreto ministeriale di recepimento del parere reso dal Consiglio di Stato sulle istanze di sospensiva, in Sicilia è previsto un decreto del Presidente della Regione". Il Consiglio ha altresì evidenziato che "il ricorso straordinario al Presidente della Regione Siciliana, a differenza del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, è esplicitamente previsto da una disposizione di rango costituzionale: si allude all'art. 23 dello Statuto regionale, approvato con r.d.lgs. 15 maggio 1946, n. 455 e convertito in legge costituzionale 26 febbraio 1948, n. 2, il cui quarto comma recita: «*I ricorsi amministrativi, avanzati in linea straordinaria contro atti amministrativi regionali, saranno decisi dal Presidente della Regione, sentite le Sezioni regionali del Consiglio di Stato.*» [il corsivo è nel testo del parere]. Già il rango della fonte differenzia i due istituti: mentre il d.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199, ivi incluse le disposizioni dedicate al ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, potrebbe essere abrogato con norma primaria e con esso potrebbe, quindi, essere disposta l'abolizione dell'istituto, altrettanto non sarebbe possibile per il ricorso straordinario al Presidente della Regione Siciliana, la cui ipotetica soppressione richiederebbe la modifica di una fonte costituzionale". Sulla scorta di siffatti rilievi, il Consiglio è quindi pervenuto a sostenere che "nel caso del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, all'indomani della l. n. 69/2009, la decisione sostanziale va individuata nel parere del Consiglio di Stato in sede consultiva, ossia nell'atto deliberativo di una magistratura, e quella formale nel decreto del Presidente della Repubblica, che recepisce il parere dell'Organo consultivo. Nel caso del ricorso straordinario al Presidente della Regione Siciliana, la decisione del ricorso, invece, è sostanzialmente e formalmente del Presidente della Regione, ossia di un'autorità che, pur esercitando anche una funzione giustiziale, è comunque la principale autorità politico-amministrativa della Sicilia. La decisione, come testé precisato, è anche sostanzialmente del Presidente della Regione perché, nell'ordinamento siciliano, a differenza di quanto avvenuto nell'ordinamento nazionale per effetto della l. n. 69/2009, si è conservata la possibilità di una deliberazione del Go-

partiva, anzi, da questo contrario presupposto interpretativo<sup>4</sup> ed è in questi termini che la natura della semivincolatività del parere è pervenuta alla Corte, senza che quest'ultima potesse troppo intervenire sulla prospettazione esegetica fornita dal giudice *a quo* o senza che ritenesse produttivo il farlo<sup>5</sup>.

verno regionale in difformità rispetto al parere obbligatorio reso dal Cgars e della Giunta regionale il Presidente della Regione è organo di vertice. Ed invero, l'art. 9 del d.lgs. 24 dicembre 2003, n. 373, recante «*Norme di attuazione dello Statuto speciale della Regione Siciliana concernenti l'esercizio nella regione delle funzioni spettanti al Consiglio di Stato*», dispone, nei commi 4 e 5, che: «4. *Sui ricorsi straordinari di cui all'articolo 23 dello Statuto il parere è obbligatorio ed è reso dalla adunanza delle Sezioni riunite del Consiglio di giustizia amministrativa. ...*» e che «5. *Qualora il Presidente della Regione non intenda decidere il ricorso in maniera conforme al parere del Consiglio di giustizia amministrativa, con motivata richiesta deve sottoporre l'affare alla deliberazione della Giunta regionale.*».

Siffatta previsione, in quanto contenuta in una fonte speciale e rinforzata (posto che il citato d.lgs. n. 373/2003 reca norme di attuazione dello Statuto regionale), certamente prevale *in parte qua* sull'art. 69 della menzionata legge n. 69/2009, là dove si prevede la soppressione della decisione in difformità del Consiglio dei Ministri.

Orbene, se la Giunta regionale, presieduta dal Presidente della Regione, ha sempre il potere di disattendere il parere reso da questo Consiglio su un ricorso straordinario (a nulla rilevando il dato contingente e quantitativo della scarsità numerica delle decisioni in difformità fino ad oggi intervenute, fermo restando che l'ULL dovrà, per il futuro, comunicare sempre a questo Consiglio tutte i casi in cui la Giunta regionale riterrà di esercitare questo potere e ciò a meri fini informativi; v. *infra*), allora la decisione del ricorso non può essere giuridicamente imputata in capo a questo Consiglio, giacché nelle rare ipotesi delle deliberazioni giuntali in difformità la paternità della decisione del ricorso è evidentemente del Governo regionale e del suo Presidente, ma parimenti, in tutti gli altri casi (che sono l'assoluta maggioranza), la decisione è dei medesimi Organi, posto che il non esercitare il potere di deliberazione in difformità equivale a far propria, *per relationem*, la motivazione del parere reso da questo Consiglio. Dalle superiori considerazioni discende che, nell'ambito del procedimento per ricorso straordinario al Presidente della Regione Siciliana, il parere reso dal Cgars è obbligatorio, ma non vincolante. Ovviamente, secondo le regole generali, il provvedimento eventualmente difforme rispetto a un parere obbligatorio, ma non vincolante, reso nel corso del prodromico procedimento, deve essere supportato da una robusta motivazione nella quale si chiariscano in modo adeguato le ragioni del dissenso, pena altrimenti l'illegittimità dell'atto. E tale obbligo di motivazione sarà molto più intenso nel caso in cui si intenda disattendere il parere di una sezione del Consiglio di Stato (quale il Cgars), che è, secondo la nostra Carta Fondamentale, organo di rilievo costituzionale e il massimo «*organo di consulenza giuridico-amministrativa e di tutela della giustizia nell'amministrazione*» (art. 100 Cost.)<sup>6</sup>.

<sup>4</sup> C.g.a.r.s., 12 maggio 2022, n. 566. In quest'ultimo frangente, il Consiglio, dopo avere escluso che il carattere della non vincolatività del parere si possa desumere direttamente dallo Statuto, allo scopo di escludere la tacita abrogazione dell'art. 9, comma 5, d. lgs. 24 dicembre 2003, n. 373, ha aggiunto, agli argomenti già esposti nel precedente del 2020, il rilievo del possibile valore di norma primaria dello stesso art. 9, in quanto contenuto nelle disposizioni di attuazione statutarie

<sup>5</sup> La Corte costituzionale, nella sentenza in commento, fa anzi propria la soluzione



Non di meno, la questione di legittimità costituzionale è stata accolta dalla Corte, sia pure attraverso un processo argomentativo non del tutto lineare.

In effetti, non è semplice comprendere il motivo per il quale una disposizione avente forza e valore di legge primaria (se non di più, in ragione del suo carattere rinforzato), qual è l'art. 9, d. lgs. 24 dicembre 2003, n. 373, possa, da un lato, ritenersi non tacitamente abrogata da altra sopravvenuta disposizione di legge (l'art. 69 del d. lgs. 18 giugno 2009, n. 69) e questo soprattutto a causa di una sorta di riserva di disciplina riconosciuta alle norme di attuazione dello Statuto siciliano, salvo sostenersi, nello stesso tempo, che la medesima, sopravvenuta, disposizione di legge possa fungere da *tertium comparationis* alla luce del quale valutare la legittimità costituzionale della preesistente disciplina.

Il vaglio di costituzionalità, invero, non è stato superato proprio per la violazione del principio di uguaglianza e in virtù del combinato disposto degli artt. 3 e 24 Cost., il che sembra sottintendere, attraverso un sindacato sulla ragionevolezza, proprio un'incompatibilità implicita tra le disposizioni raffrontate.

Secondo la Corte, una volta acquisita la natura vincolante del parere reso dal Consiglio di Stato nel procedimento per ricorso straordinario al Capo dello Stato e una volta acquisito il conseguente riconoscimento di ulteriori e diversi strumenti di tutela esperibili in occasione del medesimo ricorso (quali la possibilità di gravare la decisione del ricorso straordinario in Corte di cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione, la possibilità di far valere il ricorso per ottemperanza<sup>6</sup>, oltre alle possibilità di

interpretativa avanzata dal Consiglio di Giustizia Amministrativa: «La mancata abrogazione della norma in esame, di attuazione dello statuto siciliano, ad opera della citata legge n. 69 del 2009, discende dalla ritenuta prevalenza, nella giurisprudenza di questa Corte, delle norme di attuazione statutarie sulle leggi ordinarie, in virtù dell'adozione delle prime «attraverso un procedimento normativo speciale» nonché del «carattere riservato e separato» della disciplina da essa posta rispetto a quella contenuta nelle altre fonti primarie. In particolare, è stata riconosciuta alle norme di attuazione statutaria la possibilità di introdurre una disciplina particolare e innovativa, purché entro il «limite della corrispondenza alle norme e alla finalità di attuazione dello statuto, nel contesto del principio di autonomia regionale», soggiungendo che esse «prevalgono, nell'ambito della loro competenza», sulle leggi ordinarie, «con possibilità, quindi, di derogarvi, negli anzidetti limiti» (sentenza n. 353 del 2001)».

<sup>6</sup> Peraltro, l'esistenza di una tutela *esecutiva* delle decisioni del ricorso straordinario era, in un certo senso, già esistente già in passato, dando credito a quanto riportato da S. NAI, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, Milano 1957, 215, che cita l'indirizzo del Consiglio di Stato per il quale spettava alle G.P.A. sostituirsi all'ammini-

sollevare questione interpretativa e questione di costituzionalità) i quali a loro volta si traducono in un ampliamento delle garanzie dei ricorrenti, risulterebbe, infatti, evidente che il permanere della natura non vincolante del parere del Consiglio di Giustizia Amministrativa pregiudicherebbe il riconoscimento o il mantenimento delle medesime garanzie per il caso in cui sia necessario esperire lo speciale ricorso straordinario a cui si riferisce lo Statuto siciliano.

Tutto questo determinerebbe, quindi, un'irragionevole distinzione di regime.

In effetti, ha sostenuto la Corte, il ricorso straordinario *siciliano* condividerebbe con il più generale ricorso straordinario al Capo dello Stato la genesi, la struttura e, per sua larga parte, anche la disciplina<sup>7</sup> sicché, anche per questo motivo, è stata sostenuta la violazione del principio di uguaglianza.

## 2. *Uno spunto per riconsiderare il problema della c.d. giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario al Capo dello Stato*

Quel che si è accennato suggerisce che la sentenza da cui trae occasione la presente indagine non sia forse del tutto esente da mende, per quanto riguarda la coerenza del proprio sviluppo argomentativo.

strazione inottemperante, quando non toccasse, secondo alcune particolari pronunce al Consiglio stesso (Cons. di Stato, VI, 16 ottobre 1951, n. 430, come citato nella stesso studio, p. 219). Precedentemente, tuttavia, L. RAGNISCO, *Il ricorso in via straordinaria al Re e la giurisprudenza del Consiglio di Stato*, Roma 1932, 112 sosteneva: "L'amministrazione ha l'obbligo di eseguire la decisione in tutta la sua ampiezza ed anche nei riguardi delle persone interessate, che rimasero estranee al ricorso, ma quest'obbligo rimane in pratica privo di efficacia giuridica".

<sup>7</sup> L'estensione al ricorso straordinario *siciliano* della disciplina propria del ricorso straordinario al Capo dello Stato viene fondata sull'art. 12, d.lgs., 24 novembre 2003, n. 373: "Per l'organizzazione e il funzionamento del Consiglio di giustizia amministrativa in sede consultiva e in sede giurisdizionale si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni vigenti per il Consiglio di Stato". Da ultimo, v. C.G.A.R.S. 22 febbraio 2022, n. 171, *parere*: "Nell'applicazione dell'art. 23, comma 4, dello Statuto non è stato posto in dubbio che, ai fini della disciplina dell'istituto del ricorso straordinario al Presidente della Regione Siciliana, debba aversi riguardo alla disciplina del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica contenuta nel d.P.R. n. 1199/1971, in forza del rinvio dinamico a tale normativa contenuto nell'art. 12, comma 1, del d.lgs. n. 373/2003, fermo restando che sono comunque necessari una serie di adattamenti imposti, se non altro, dalla palese necessità di sostituire, ad esempio, i riferimenti agli organi statali con i riferimenti agli organi regionali funzionalmente corrispondenti".

Non è tuttavia questo il motivo per il quale essa viene presa come spunto in questo studio, che non intende di per sé essere una nota alla sentenza, le risultanze della quale vanno acquisite per quel che è l'efficacia propria di una siffatta pronuncia.

Il particolare interesse della pronuncia resa dalla Corte muove, invece, dall'elemento posto alla base dell'intero sviluppo argomentativo, vale a dire il sempre più accentuato fenomeno di assimilazione del ricorso straordinario a un vero e proprio processo, sì da dar luogo a una definitiva giurisdizionalizzazione del rimedio tesa ad abbandonare il suo carattere originario, meramente giustiziale o amministrativo<sup>8</sup>.

Proprio il carattere di conclusività di tale evoluzione interpretativa costituisce l'occasione di rivalutarla nel suo complesso e è a questo fine che la presente indagine è destinata, già anticipandosi che non si è affatto persuasi di tale raggiunta giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario; che, essa, se pure fosse accettata, dovrebbe comportare alcune conseguenze, forse non ancora del tutto emerse; che queste conseguenze, a loro volta, sono fonte di una generale incoerenza di sistema.

Ciò non significa, tuttavia, che tali incoerenze, pur in sé difficilmente accettabili, possano, per altro aspetto, essere foriere di un possibile ripensamento circa alcuni istituti del processo amministrativo da cui trarre stimolo per ipotizzare eventuali soluzioni *de iure condendo*.

### 3. *Dubbi sulla fondatezza della tesi della giurisdizionalizzazione: il problema dell'esistenza di un nuovo giudice speciale, per di più titolare di potestas iudicandi su questioni già riferite alla giurisdizione di un altro plesso giurisdizionale*

Il punto di particolare interesse che emerge dalla sentenza della Cor-

<sup>8</sup> Benché l'equiparazione tra il ricorso giurisdizionale e quello straordinario costituisca un tema ben presente nella letteratura dell'ultimo ventennio, non si tratta tuttavia di questione recente, perché risalente di oltre un secolo. Si veda così V. BACHELET, *Ricorso straordinario al Capo dello Stato e garanzia giurisdizionale*, Riv. trim. dir. pubbl., 1959, 795, in nota anche per un riepilogo della discussione sino ad allora svolta. Prima ancora, valga il richiamo a M.S. GIANNINI, *La giustizia amministrativa*, Edizioni dell'Ateneo, 1959, 100 e M. BOSCO, *Natura e fondamento del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, Milano 1959, *passim* e 79 s. ("La natura giuridica della decisione (...) sembra essere quella di atto sostanzialmente giurisdizionale e formalmente di atto atipico del Capo dello Stato, emanato *extra juris ordinem* (...) all'infuori delle categorie tipiche di poteri attribuiti al Presidente della Repubblica nelle norme scritte della Costituzione").

te costituzionale a cui si è fatto sin qui riferimento riguarda, come si è detto, la premessa sulla base della quale viene fondata tutta la sua motivazione.

Il processo di giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario al Capo dello Stato sarebbe giunto a un punto talmente avanzato che non sarebbe possibile negare, nei casi in cui esso venga presentato l'analogo rimedio siciliano, le stesse garanzie e le stesse nuove forme di tutela che detta evoluzione avrebbe introdotto per tutto il resto del territorio nazionale.

Sul punto, la Corte ripercorre puntualmente le diverse tappe di questo *iter*, le quali hanno trovato fondamento sia in alcune affermazioni giurisprudenziali, sia in alcune novelle recate al d.P.R. 24 novembre 1971, n. 1191, sia, infine, nell'equiparazione tra i casi in cui il ricorso straordinario può essere presentato e i limiti della giurisdizione di legittimità, quali emergono dall'oggi vigente<sup>9</sup> art. 7, comma

<sup>9</sup> Valga notare che, secondo F. GAFFURI, *La Consulta afferma la natura sostanzialmente giurisdizionale del ricorso straordinario al Capo dello Stato*, in *Urb. e app.*, 2014, 758, la previsione dell'art. 7, comma 8, cit., avrebbe carattere di novità e non si limiterebbe a ripetere un principio già vigente e ne critica l'impianto: "Per le suesposte ragioni appare criticabile la scelta legislativa, compiuta con l'art. 7, comma 8, c.p.a., di circoscrivere l'ammissibilità del rimedio in esame alla sole controversie devolute alla giurisdizione amministrativa. Una simile scelta non trova alcuna giustificazione logica e sistematica, se si considera la (perdurante) natura amministrativa del ricorso al Capo dello Stato e la sua ragione storica e giuridica, che è sempre stata quella di assicurare al cittadino uno strumento giustiziale, a carattere generale, esperibile a protezione di qualsiasi posizione soggettiva vantata nei confronti della pubblica amministrazione, a prescindere dalla sua qualificazione formale. La limitazione all'operatività dell'istituto, imposta dalla norma da ultimo richiamata, diminuisce le possibilità di difesa del cittadino nei confronti della pubblica autorità e l'utilità stessa del rimedio, giacché ne riduce considerevolmente le potenzialità deflattive del contenzioso con l'amministrazione e la sua utilizzabilità come metodo alternativo di risoluzione delle controversie. La nuova regola, fissata dal prefato art. 7, comma 8, c.p.a., determina, inoltre, una discriminazione tra situazioni soggettive, di identico contenuto, che appare artificiosa ed ingiusta, in quanto si fonda su ragioni non sostanziali, ma di ordine esclusivamente processuale: per questioni di mera competenza giurisdizionale, infatti, tale disposizione consente la possibilità solo a taluni dipendenti pubblici – quali, ad esempio, i magistrati o i diplomatici – di far valere, tramite ricorso straordinario, diritti di natura economica, mentre esclude la medesima possibilità per tutti gli altri dipendenti pubblici, invero la maggioranza". Tale opinione, tuttavia, sembra essere contestata dalla dottrina più risalente. Cfr., perciò, L. RAGNISCO, *Il ricorso*, cit. 82 s., mentre, stando alla tesi sostenuta, inizialmente, da A.M. SANDULLI, *Sull'ammissibilità del Ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, in *Scritti giuridici in onore di Antonio Scialoja*, Bologna 1953, 402, il ricorso straordinario non verteva neppure su interessi legittimi e su tale assunto sosteneva la sopravvivenza del rimedio al sopravvenuto art. 113 Cost.

8, c.p.a.<sup>10</sup>, <sup>11</sup>.

<sup>10</sup> Sul tema, L. VIOLA, *La Corte costituzionale ed il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica: problematiche di diritto intertemporale e prospettive future*, Foro amm., 2014, 714. Quanto ai profili di possibile illegittimità costituzionale dell'art. 7, comma 8, per eccesso di delega, v. C. BENETAZZO, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica da rimedio amministrativo a strumento "alternativo" al ricorso giurisdizionale*, giustamm.it, 2012, 37 s. Analoghi rilievi sono stati sostenuti da F.G. SCOCA, *Riflessioni sulla natura del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e sulle sue dirette implicazioni*, Giur. cost., 2014, 1478 s. Alla disposizione da tempo il Consiglio di Stato riferisce carattere innovativo. In tal senso, Cons. di Stato, Ad. gen., 20 gennaio 2011, n. 808 che, nel decidere su un ricorso straordinario in materia di impiego pubblico introdotto prima della introduzione del codice di rito ha applicato, in un certo qual senso, il principio della *perpetuatio iurisdictionis*, escludendo che l'art. 7, comma 8, c.p.a. abbia carattere di *interpretazione autentica* e, quindi, efficacia retroattiva, sì da escludere l'ammissibilità del gravame: "eppure l'espressione utilizzata nella relazione al codice del processo amministrativo possa far pensare ad un carattere interpretativo della norma, debba invece ritenersi che la norma medesima abbia contenuto innovativo e non interpretativo, non essendo formulata (e quindi non avendone le caratteristiche) come norma di interpretazione autentica e che quindi ad essa non possa attribuirsi una valenza retroattiva (...) Ora, non può, al riguardo sottacersi che si è formato ormai nella materia in questione, quasi un "diritto vivente", di rango giurisprudenziale, e, quindi, si è creato ormai un legittimo affidamento, sia in capo ai cittadini che alle pubbliche amministrazioni, circa la possibilità di ottenere una pronuncia sul ricorso straordinario in materia di pubblico impiego c.d. privatizzato anche dopo che essa è stata sottratta alla giurisdizione del giudice amministrativo. Si è, infatti, ormai consolidato l'indirizzo che ritiene che con il ricorso straordinario è possibile impugnare gli atti amministrativi relativi al rapporto di lavoro dei pubblici dipendenti pur dopo l'entrata in vigore del D. Lgs. 31 marzo 1998, n. 80, che, salve le eccezioni di legge, ha devoluto la cognizione di tale rilevante contenzioso al giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro (cfr. giurisprudenza a partire da Cons. St., Ad. gen. n. 7 del 1999 cit., fino ad arrivare, da ult., a Cons. St., Sez. II, n. 1255/2006 del 2010 cit.). Ciò in quanto sono stati considerati "atti amministrativi", e quindi impugnabili con il ricorso straordinario, anche quegli atti che, seppur provenienti dalla pubblica amministrazione in regime privatistico, sono atti "soggettivamente amministrativi" e pertanto finalizzati alla realizzazione di interessi pubblici. In base al principio dell'affidamento, non appare possibile, dunque, dubitare del fatto che alla disposizione di cui all'art. 7, comma 8, del nuovo codice del processo amministrativo debba attribuirsi carattere innovativo e non interpretativo". In effetti, precedentemente, era presente anche un orientamento opposto che riconosceva l'esperibilità del ricorso straordinario anche in quei casi in cui il giudice dell'annullamento non fosse il giudice amministrativo. In tal senso Cons. di Stato, Ad. Gen., 29 maggio 1997, n. 72, come riportato da F. FRENÌ, *Il nuovo ricorso straordinario al Presidente della Repubblica – Storia, natura e disciplina positiva del rimedio dopo la legge 18 giugno 2009, n. 69, ed il D. lgs. 2 luglio 2010, n. 104*, Roma 2010, 40.

<sup>11</sup> Il principio della equivalenza tra giurisdizione di legittimità e ammissibilità del ricorso straordinario, ora dettato dal codice (in contrapposizione alla regola precedente, talora affermata, per la quale era proponibile ricorso straordinario anche contro atti amministrativo il cui regime impugnatorio giurisdizionale fosse sottratto alla giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo) va considerato, nella sua portata, anche in prospettiva di future riforme al criterio di riparto delle giurisdizioni. È sufficiente, infatti, che

Non varrà qui ripercorrere puntualmente queste tappe se non per sommi cenni, essendo tutte assai note.

Ci si limiterà, perciò, a rammentare la possibilità di esperire, in sede di ricorso straordinario, questione interpretativa avanti alla Corte che ha sede in Lussemburgo<sup>12</sup>.

una data controversia venga sottratta al sindacato del giudice amministrativo (per essere riferita, anche con poteri di annullamento e giusta quanto stabilito dall'art. 113 Cost. u.c., perché anche il regime di impugnazione degli atti con ricorso straordinario venga automaticamente limitato.

<sup>12</sup> Così, fin dal 1997, piuttosto laconicamente C.G.C.E., V, 16 ottobre 1997, *Garofalo* e altri: «È assodato che il Consiglio di Stato possiede i requisiti necessari per essere considerato una giurisdizione ai sensi dell'art. 177 del Trattato, quando esamina in secondo e ultimo grado i ricorsi proposti avverso le sentenze pronunciate dai tribunali amministrativi regionali nell'ambito di controversie riguardanti atti della pubblica amministrazione.

18 La prima questione pregiudiziale è diretta a chiarire, in sostanza, se questo stesso organo costituisca una giurisdizione ex dell'art. 177 del Trattato anche quando emette un parere nell'ambito di un ricorso straordinario.

19 Per risolvere tale questione, occorre esaminare le modalità d'intervento del Consiglio di Stato nell'ambito di tale specifico procedimento, alla luce dei criteri stabiliti dalla Corte di giustizia per definire la nozione di «giurisdizione» ai sensi dell'art. 177 del Trattato, quali l'origine legale dell'organo, il suo carattere permanente, l'obbligatorietà della sua giurisdizione, la natura contraddittoria del procedimento, il fatto che l'organo applichi norme giuridiche e che sia indipendente (v., da ultimo, sentenza 17 settembre 1997, causa C-54/96, *Dorsch Consult*, Racc. pag. I-4961, punto 23).

20 Si deve infatti rilevare che il ricorso straordinario è un ricorso amministrativo contenzioso disciplinato, nel 1971, con decreto del Presidente della Repubblica n. 1199.

21 Risulta inoltre dal fascicolo di causa che il soggetto, il quale si proponga di ottenere l'annullamento di un atto amministrativo italiano può scegliere tra due rimedi, il ricorso straordinario e il ricorso giurisdizionale al Tribunale amministrativo regionale, entrambi dotati delle comuni caratteristiche giurisdizionali fondamentali e ciascuno alternativo rispetto all'altro.

22 Infatti, tranne il termine d'impugnazione e alcune caratteristiche secondarie, sono innanzi tutto identiche le condizioni per esperire l'uno o l'altro ricorso; è poi equivalente l'oggetto della domanda, vale a dire l'annullamento di un atto amministrativo lesivo di un interesse legittimo; infine, i motivi sui quali può fondarsi tale domanda sono gli stessi in entrambi i casi.

23 Per di più, sia il ricorso straordinario sia il ricorso amministrativo giurisdizionale ordinario prevedono un contraddittorio e garantiscono l'osservanza dei principi d'imparzialità e di parità fra le parti.

24 Per quanto riguarda il ricorso straordinario, emerge dal fascicolo che la consultazione del Consiglio di Stato è obbligatoria e che il suo parere, esclusivamente basato sull'applicazione delle norme di legge, costituisce il progetto della decisione che verrà formalmente emanata dal Presidente della Repubblica italiana. Tale parere, comprensivo di motivazione e dispositivo, è parte integrante di un procedimento che è l'unico che possa consentire, in quella sede, la risoluzione del conflitto sorto tra un singolo e la pubblica amministrazione. Una decisione difforme da tale parere può essere pronunciata solo previa deliberazione del Consiglio dei Ministri e dev'essere debitamente motivata.

A questo si sono aggiunte la ricorribilità in Cassazione per questioni di giurisdizione contro la decisione che definisce il ricorso<sup>13</sup>; l'esperibilità dell'azione di ottemperanza per dare esecuzione alla decisione sul ricorso straordinario stesso<sup>14</sup>; la possibilità di spiegare, in seno al medesimo

25 Infine, come ha rilevato l'avvocato generale al paragrafo 25 delle sue conclusioni, il Consiglio di Stato è un organo permanente, imparziale e indipendente poiché i suoi membri, tanto nelle sezioni consultive quanto in quelle giurisdizionali, offrono garanzie legali d'indipendenza e d'imparzialità e non possono far parte contemporaneamente delle due sezioni.

26 Infatti la Corte ha riconosciuto, in una situazione analoga, la natura di giurisdizione ex art. 177 del Trattato, al *Nederlandse Raad van State* (sentenza 27 novembre 1973, causa 36/73, *Nederlandse Spoorwegen*, Racc. pag. 1299).

27 Risulta dall'analisi che precede che il Consiglio di Stato, quando emette un parere nell'ambito di un ricorso straordinario, costituisce una giurisdizione ai sensi dell'art. 177 del Trattato".

<sup>13</sup> Corte cass., Ss. Uu., 19 dicembre 2012, n. 23464. In dottrina l'argomento è stato particolarmente affrontato da G. URBANO, *Riflessioni sull'impugnazione per Cassazione della decisione resa su ricorso straordinario al Capo dello Stato*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 90 s.

<sup>14</sup> Corte cass. Ss. Uu., 28 gennaio 2011, n. 2065: "2.11. Nell'esaminare tali sopravvenute disposizioni con riguardo agli effetti che possono conseguire nella questione in esame, queste Sezioni unite osservano che le modifiche apportate dalla L. n. 69 del 2009, art. 69, sono tali da eliminare alcune determinanti differenze del procedimento per il ricorso straordinario rispetto a quello giurisdizionale, quali erano state rimarcate nella richiamata sentenza n. 15978 del 2001, particolarmente in ordine alla qualificazione e ai poteri dell'organo decidente. Mette conto osservare, infatti, che la L. n. 87 del 1953, art. 23, di disciplina del giudizio incidentale di legittimità costituzionale richiede che la questione di legittimità sia sollevata, a pena di inammissibilità, da un'autorità giurisdizionale nell'ambito di un giudizio, sì che la nuova norma pare implicitamente presupporre il riconoscimento di una condizione, comunque, sostanzialmente equivalente alla "giurisdizionalità" (secondo l'accezione propria anche dell'ordinamento interno, e non solo ai fini della richiesta di interpretazione preventiva della Corte di Giustizia); peraltro, la eliminazione del potere della p.a. di discostarsi dal parere del Consiglio di Stato conferma che il provvedimento finale, che conclude il procedimento, è meramente dichiarativo di un giudizio: che questo sia vincolante, se non trasforma il decreto presidenziale in un atto giurisdizionale (in ragione, essenzialmente, della natura dell'organo emittente e della forma dell'atto), lo assimila a questo nei contenuti, e tale assimilazione si riflette sull'individuazione degli strumenti di tutela, sotto il profilo della effettività, che una tutela esecutiva, piena e diretta, non è assicurata dal meccanismo, altrimenti utilizzabile, del ricorso giurisdizionale avverso il silenzio-inadempimento della p.a., ovvero avverso il comportamento violativo, o elusivo, del *dictum* del decreto presidenziale, sì che l'obbligatorio ricorso a tale complesso meccanismo si risolve in una disciplina che rende eccessivamente difficile l'esercizio della tutela e finisce per non garantire un rimedio adeguato contro l'inadempimento della p.a.

2.11.1. Il significativo mutamento, nei termini così precisati, trova conferma nella nuova disciplina del giudizio d'ottemperanza prevista dal nuovo "codice del processo amministrativo", contenuto nell'allegato 1) del D. Lgs. 2 luglio 2010, n. 104, emanato in attuazione della delega per il riordino del processo amministrativo disposta dalla citata L. n. 69 del 2009, art. 44. L'art. 112, nel dettare le "disposizioni generali sul giudizio di

ottemperanza”, dispone, al comma 2, che l’azione di ottemperanza può essere proposta per conseguire l’attuazione delle sentenze del giudice amministrativo passate in giudicato (lett. o) e, altresì, delle sentenze esecutive e degli altri provvedimenti esecutivi del giudice amministrativo (lett. b), oltre che delle sentenze passate in giudicato e degli altri provvedimenti ad esse equiparati del giudice ordinario (lett. c), nonché delle sentenze passate in giudicato e degli altri provvedimenti ad esse equiparati per i quali non sia previsto il rimedio dell’ottemperanza (lett. d) e dei lodi arbitrali esecutivi divenuti inoppugnabili (lett. e). In maniera corrispondente, il successivo art. 113, nell’individuare il giudice dell’ottemperanza, dispone che il ricorso si propone, nel caso di cui all’art. 112, comma 2, lett. a) e b), al giudice che ha emesso il “provvedimento” della cui ottemperanza si tratta (essendo competente il tribunale amministrativo regionale anche per i suoi provvedimenti confermati in appello con motivazione del tutto conforme) (comma 1), mentre nei casi di cui all’art. 112, comma 2, lett. c), d) ed e), il ricorso si propone al tribunale amministrativo regionale nella cui circoscrizione ha sede il giudice che ha emesso la sentenza di cui è chiesta l’ottemperanza (comma 2), secondo un sistema fondato sulla netta distinzione fra l’ottemperanza di sentenze e altri provvedimenti del giudice amministrativo (art. 112, comma 2, lett. a) e 6)), per i quali è prevista la competenza del giudice amministrativo che ha emesso la sentenza o il provvedimento, e quella di sentenze passate in giudicato, o altri provvedimenti ad esse equiparati, del giudice ordinario o di altri giudici, nonché di lodi arbitrali divenuti inoppugnabili (art. 112, comma 2, lett. c), d) ed e)), per i quali è competente il tribunale amministrativo regionale secondo il criterio di collegamento previsto dall’art. 113, comma 2. Nel sistema così delineato la decisione su ricorso straordinario al Capo dello Stato, resa in base al parere obbligatorio e vincolante del Consiglio di Stato, si colloca nella ipotesi prevista alla lettera b) dell’art. 112, comma 2, e il ricorso per l’ottemperanza si propone, ai sensi dell’art. 113, comma 1, dinanzi allo stesso Consiglio di Stato, nel quale si identifica “il giudice che ha emesso il provvedimento della cui ottemperanza si tratta”

Sulla questione si è pronunciata in seguito anche la Plenaria (Cons. di Stato, Ad. Pl., 6 maggio 2013, n. 9): “Questa Adunanza reputa, in continuità con l’avviso già espresso con la citata sentenza n. 18/2012 e con l’orientamento assunto dalla Corte di legittimità, che meriti condivisione il primo indirizzo ermeneutico, favorevole al riconoscimento della natura sostanzialmente giurisdizionale del rimedio in parola e dell’atto terminale della relativa procedura.

Lo sviluppo normativo di cui si è dato conto depono, infatti, nel senso dell’assegnazione al decreto presidenziale emesso, su conforme parere del Consiglio di Stato, della natura sostanziale di decisione di giustizia e, quindi, di un carattere sostanzialmente giurisdizionale. Ne deriva il superamento della linea interpretativa tradizionalmente orientata nel senso della natura amministrativa del decreto presidenziale, seppure contrassegnata da profili di specialità tali da segnalare la contiguità alle pronunce del giudice amministrativo.

4.1. Assume rilievo decisivo lo *jus superveniens* che ha attribuito carattere vincolante al parere del Consiglio di Stato, con il connesso riconoscimento della legittimazione dello stesso Consiglio a sollevare, in detta sede, questione di legittimità costituzionale.

Una volta acquisito che la paternità effettiva della decisione è da ricondurre all’apporto consultivo del Consiglio di Stato connotato da una *suitas* giurisdizionale e che, pertanto, il provvedimento finale è meramente dichiarativo di un giudizio formulato da un organo giurisdizionale in modo compiuto e definitivo, si deve convenire che l’atto finale della procedura è esercizio della giurisdizione nel contenuto espresso dal parere del



gravame, una questione di legittimità costituzionale<sup>15</sup>; il riconoscimento,

Consiglio di Stato che, in posizione di terzietà e di indipendenza e nel rispetto delle regole del contraddittorio, opera una verifica di legittimità dell'atto impugnato (così Cass., Sez. Un., 19 dicembre 2012, n. 23464).

In definitiva il decreto presidenziale che recepisce il parere, pur non essendo, in ragione della natura dell'organo e della forma dell'atto, un atto formalmente e soggettivamente giurisdizionale, è estrinsecazione sostanziale di funzione giurisdizionale che culmina in una decisione caratterizzata dal crisma dell'intangibilità, propria del giudicato, all'esito di una procedura in unico grado incardinata sulla base del consenso delle parti.

4.1.1. La matrice sostanzialmente giurisdizionale del rimedio è corroborata dalle indicazioni ricavabili dal codice del processo amministrativo di cui al D. lgs. 2 luglio 2010, n. 104. Merita menzione, in particolare, l'articolo 7, comma 8, che, nel quadro di una disciplina dedicata alla definizione del concetto e dell'estensione della giurisdizione amministrativa, limita la praticabilità del ricorso straordinario alle sole controversie devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo e, quindi, ai campi nei quali, in ragione della consistenza della posizione soggettiva azionata o in funzione della materia di riferimento, il giudice amministrativo è dotato di giurisdizione. La "giurisdizione" diventa quindi presupposto generale di ammissibilità del ricorso straordinario, non diversamente da quanto accade per il ricorso ordinario al giudice amministrativo. In tal guisa si sancisce l'attrazione del ricorso straordinario nel sistema della giurisdizione amministrativa di cui costituisce forma speciale e semplificata di esplicazione.

La rimozione della possibilità che il ricorso straordinario sia promosso in materie in cui il giudice amministrativo è privo di giurisdizione, rafforza, poi, il connotato dell'alternatività del rimedio, cancellando l'ipotesi di un ricorso straordinario concorrente, nelle materie estranee alla giurisdizione amministrativa, con quello giurisdizionale e, soprattutto, eliminando l'ostacolo che tale anomalia avrebbe rappresentato sulla strada della sostanziale giurisdizionalizzazione di siffatta tecnica di tutela.

4.1.2. Sullo stesso solco si pone anche la disciplina recata dall'articolo 48 del codice del processo amministrativo, che, al comma 1, contempla la facoltà di opposizione, ex art. 10 d.P.R. n. 1199/1971, in favore di qualsiasi "parte nei cui confronti sia stato proposto il ricorso straordinario".

La generalizzazione della facoltà di opposizione, testimoniata dall'uso di una formula che comprende anche lo Stato, oltre alle altre pubbliche amministrazioni, ai controinteressati e ai cointeressati, garantisce il pieno rispetto del contraddittorio e, soprattutto, assicura la compatibilità del nuovo assetto con la garanzia dell'effettività della di tutela giurisdizionale (art. 24 Cost.) e con il principio del doppio grado di giudizio (art. 125 Cost) in quanto l'unicità del grado e la caratterizzazione semplificata dell'istruttoria trovano fondamento nell'accordo sostanziale tra le parti secondo uno schema consensuale non dissimile da quello che permea il ricorso *per saltum* ex art. 360, comma 2, c.p.c.

4.1.3. Va poi rimarcato che il successivo comma 3 dell'art. 48, laddove prevede che il tribunale amministrativo regionale che dichiara l'inammissibilità dell'opposizione deve disporre la restituzione del fascicolo per la "prosecuzione del giudizio in sede straordinaria", dà luogo ad una speciale forma *translatio iudicii* che, anche sul versante schiettamente terminologico, mostra di considerare il ricorso straordinario come la continuazione del medesimo giudizio incardinato con il ricorso al giudice amministrativo. Il giudizio che prosegue in sede straordinaria registra, quindi, il mutamento del rito ma non vede modificata la sua natura sostanzialmente giurisdizionale".

<sup>15</sup> Questo a seguito della novella portata all'art. 13, d.P.R. 24 novembre 1971, n. 1191

non da ultimo, del carattere giudiziale del procedimento, ai fini dell'art. 6 della Convenzione C.EDU<sup>16</sup>.

dallo stesso art. 69, l. 18 giugno 2009, n. 69, cosicché, oggi, il Consiglio di Stato, nell'esprimere il parere sul ricorso straordinario "se ritiene che il ricorso non possa essere deciso indipendentemente dalla risoluzione di una questione di legittimità costituzionale che non risulti manifestamente infondata, sospende l'espressione del parere e, riferendo i termini e i motivi della questione, ordina alla segreteria l'immediata trasmissione degli atti alla Corte costituzionale, ai sensi e per gli effetti di cui agli artt. 23 e seguenti della legge 11 marzo 1953, n. 87, nonché la notifica del provvedimento ai soggetti ivi indicati". Sul fatto che la questione non venga sollevata formalmente in seno ad un giudizio, Corte cost., 26 marzo 2014, n. 73, ha rimarcato il carattere sostanzialmente giudiziale del procedimento: "Tale disposizione, contenuta in una legge ordinaria, è coerente con i criteri posti dall'art. 1 della legge costituzionale 9 febbraio 1948, n. 1, ai sensi del quale la questione di legittimità costituzionale deve essere rilevata o sollevata «nel corso di un giudizio» e deve essere ritenuta non manifestamente infondata da parte di un «giudice». L'istituto del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, cui questa Corte in passato aveva riconosciuto natura amministrativa, soprattutto in ragione della facoltà del Consiglio dei ministri di adottare una decisione difforme dal parere del Consiglio di Stato (sentenza n. 254 del 2004), è stato di recente oggetto di importanti interventi legislativi. Tra questi rileva, in particolare, l'art. 69, secondo comma, della legge n. 69 del 2009, che, modificando l'art. 14 del d.P.R. n. 1199 del 1971, ha stabilito che «La decisione del ricorso straordinario è adottata con decreto del Presidente della Repubblica su proposta del Ministero competente, conforme al parere del Consiglio di Stato». L'acquisita natura vincolante del parere del Consiglio di Stato, che assume così carattere di decisione, ha conseguentemente modificato l'antico ricorso amministrativo, trasformandolo in un rimedio giustiziale, che è sostanzialmente assimilabile ad un "giudizio", quantomeno ai fini dell'applicazione dell'art. 1 della legge cost. n. 1 del 1948 e dell'art. 23 della legge n. 87 del 1953". Precedentemente alla riforma dell'art. 13, cit., il giudice delle leggi aveva riconosciuto l'inammissibilità di una q.l.c. sollevata in sede di ricorso straordinario, nulla potendo valere il richiamo all'esperibilità di analoga iniziativa, da parte della Corte dei conti in sede di controllo (e solo con riguardo alla violazione dell'art. 81 cost). Così Corte cost., 21 luglio 2004, n. 254. Per una lettura della pronuncia della Corte n. 73/2014, in termini di non così accentuata giurisdizionalizzazione, si consulti, infine, A. PAJNO, *I ricorsi amministrativi tradizionali: una prospettiva non tradizionale*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 2015, 771 s.

<sup>16</sup> C. EDU 1 ottobre 2020, Mediani: "30. *En analysant les modifications apportées successivement par la loi de 2009 et le décret législatif de 2010, la Cour remarque d'abord qu'à partir de la loi de 2009 le président de la République entérine dans son décret l'avis du Conseil d'État. Selon la jurisprudence interne (paragraphe 17 ci-dessus), cette nouvelle disposition a rendu l'avis du Conseil d'État contraignant, transmettant ainsi la nature juridictionnelle de l'avis, rendu par l'organe suprême de la juridiction administrative, à l'acte adopté par le président de la République.*

31. *La Cour note ensuite que le décret législatif de 2010 (paragraphe 14 ci-dessus) indique clairement que le recours extraordinaire peut être introduit pour toutes les matières relevant du domaine de compétence du juge administratif. Elle observe que le recours extraordinaire n'est dès lors admissible que lorsque le litige à trancher entre parmi les matières pour lesquelles la juridiction administrative est reconnue compétente. Ce qui dessine le recours extraordinaire comme un remède systématiquement et pleinement alternatif au recours juridictionnel ordinaire.*

Sembra, così, che l'estensione del carattere vincolante anche al parere reso dal Consiglio di Giustizia Amministrativa nei ricorsi straordinari siciliani costituisca davvero l'ultimo punto di una estesa giurisdizionalizzazione del rimedio e, a conforto degli argomenti riferiti dalla Corte costituzionale nel ritenere ingiustificata la disuguaglianza di regime, si potrebbe allegare anche il principio, recentemente ribadito dalla giurisprudenza amministrativa, secondo il quale lo stesso Consiglio di Giustizia altro non sarebbe se non una particolare e distaccata sezione del Consiglio di Stato<sup>17</sup>, con la conseguenza che i rapporti con quest'ultimo dovrebbero essere regolati secondo un criterio di riparto della competen-

32. *De plus, la Cour relève que l'article 48 du décret susmentionné confirme aussi la juridictionnalisation du recours extraordinaire et introduit une garantie procédurale pour les autres parties, en donnant en effet la possibilité à chaque partie intéressée d'accepter le choix de la partie adverse de saisir le président de la République ou de s'y opposer, et dans ce cas de demander à porter le recours devant le juge administratif. Aux yeux de la Cour, cette disposition requiert ainsi le consensus, en substance, de chaque partie, qui peut donc accepter que l'affaire soit tranchée dans le cadre d'une procédure qui, tout en respectant le principe du contradictoire, exclut le double degré de juridiction et connaît une instruction simplifiée et accélérée. Ainsi, le recours extraordinaire au président de la République présente des similitudes, sans pour autant en avoir la nature, à ce qui pourrait apparaître comme un recours per saltum au Conseil d'État.*

33. *La Cour note également que la Cour constitutionnelle a reconnu que le Conseil d'État peut soulever une question de constitutionnalité (paragraphe 16 ci-dessus), si le recours extraordinaire ne peut être tranché indépendamment de la résolution de cette question. Dans ce cas, le Conseil d'État suspend la procédure et, en indiquant les termes et les motifs de la question, ordonne la transmission immédiate de l'affaire à la Cour constitutionnelle.*

34. *Enfin, la Cour rappelle que la jurisprudence interne (paragraphe 18 ci-dessus) a admis qu'en cas de non-exécution du décret présidentiel, l'intéressé peut introduire un recours en exécution (giudizio di ottemperanza) devant le TAR compétent, de la même manière que pour obtenir l'exécution d'un jugement administratif. De surcroît, elle note qu'en application de l'article 395 du code de procédure civile, un pourvoi en cassation pour révocation peut être formé contre le décret du président de la République (paragraphe 21 ci-dessus).*

35. *En conclusion, pour toutes ces raisons, la Cour estime qu'à la suite des modifications apportées par la loi de 2009 et le décret législatif de 2010, le processus de transformation du recours extraordinaire au président de la République s'est conclu avec sa juridictionnalisation au sens de l'article 6 de la Convention. Dès lors, à partir de l'entrée en vigueur du décret législatif de 2010, à savoir le 16 septembre 2010, l'article 6 de la Convention est devenu applicable au recours extraordinaire au président de la République, pour autant, cela va de soi, que la procédure dans laquelle un tel recours est exercé porte sur une contestation sur des « droits et obligations de caractère civil ».*

36. *Par conséquent, lorsque l'intéressé estime que la procédure en cause a eu une durée excessive, il incombe à celui-ci, avant de saisir la Cour, d'introduire une demande d'indemnisation devant la cour d'appel « Pinto » compétente, afin de permettre aux juridictions internes de se pencher sur la question”.*

<sup>17</sup> Vedi anche l'art. 1, comma 2, d. lgs. 24 dicembre 2003, n. 373: “Il Consiglio di giustizia amministrativa ha sede in Palermo ed è composto da due Sezioni, con funzioni,

za<sup>18</sup> e con l'ulteriore conseguenza che, se si tratta solo di sezione separata

rispettivamente, consultive e giurisdizionali, che costituiscono Sezioni staccate del Consiglio di Stato”.

<sup>18</sup> Così Cons. di Stato, Ad. Pl., 13 settembre 2022, n. 13, ragionando sul tenore letterale dell'art. 100 c.p.a.: “6. Ritiene l'Adunanza Plenaria che la questione sollevata dall'ordinanza di rimessione vada risolta sulla base del fondamentale principio per il quale il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana è una sezione del Consiglio di Stato. Il codice del processo amministrativo non contiene specifiche disposizioni sul Consiglio di giustizia per la Regione siciliana, ad eccezione dell'art. 100, in cui è previsto che “Avverso le sentenze dei tribunali amministrativi regionali è ammesso appello al Consiglio di Stato, ferma restando la competenza del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana per gli appelli proposti contro le sentenze del Tribunale amministrativo regionale per la Sicilia”. Nessun'altra disposizione si è riferita al Consiglio di giustizia, le cui competenze sono state date per presupposte dal codice del processo amministrativo, proprio perché costituisce una sezione del Consiglio di Stato. È al riguardo emblematico l'art. 62, il quale – per gli appelli avverso le ordinanze cautelari – ha previsto che “contro le ordinanze cautelari è ammesso appello al Consiglio di Stato”: è ovvio, tuttavia, che gli appelli avverso le ordinanze cautelari del TAR per la Sicilia debbano essere proposti dinanzi al Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana. Similmente, nel codice non vi è alcun riferimento al Consiglio di giustizia amministrativa neanche in tema di ricorso per revocazione, né di opposizione di terzo: le relative disposizioni si riferiscono alle sentenze del Consiglio di Stato, ma è ovvio che tali rimedi debbano essere proposti al Consiglio di giustizia amministrativa quando si tratti delle sue pronunce. Evidentemente, i compilatori del codice del processo amministrativo hanno tenuto conto del principio fondamentale affermato dall'art. 1, comma 2, del d.lgs n. 373 del 2003, per il quale “il Consiglio di giustizia amministrativa ... è composto da due Sezioni, con funzioni, rispettivamente, consultive e giurisdizionali, che costituiscono Sezioni staccate del Consiglio di Stato”. Trattandosi di “Sezioni” del Consiglio di Stato, sia pure aventi sede a Palermo, le disposizioni del codice del processo amministrativo non hanno dovuto di volta in volta rimarcare le loro competenze, disposte per di più da una fonte di rilievo sovraordinato alla legge ordinaria. Ogni disposizione del codice del processo amministrativo, quando si riferisce al Consiglio di Stato, va intesa quale riferita a tutte le sezioni giurisdizionali, anche a quelle aventi sede a Palermo”.

I principi sono stati poi ribaditi da Cons. di Stato, Ad. Pl. 14 marzo 2023, n. 9 che regolando i rapporti tra i due Consigli in termini di competenza funzionale (e rivedendo il proprio precedente indirizzo, secondo il quale l'appello presentato davanti al Consiglio privo della competenza a decidere avrebbe dovuto essere dichiarato inammissibile) ha così motivato: “6.1.) Nel caso di proposizione al Consiglio di Stato con sede in Roma di un appello proponibile alla Sezione giurisdizionale staccata di Palermo, la Sezione del Consiglio di Stato non può decidere la causa, poiché la competenza funzionale della Sezione staccata di Palermo è inderogabile, in quanto prevista da una disposizione attuativa dello Statuto regionale, avente rango costituzionale, e non può dar luogo alla definizione del giudizio con una pronuncia del Consiglio di Stato con sede in Roma.

6.2.) Anche per evitare il differimento della definizione del giudizio, la Presidenza del Consiglio di Stato deve trasmettere alla Segreteria della Sezione staccata di Palermo l'appello proposto al Consiglio di Stato avente sede in Roma proposto avverso una sentenza del TAR per la Sicilia.

Qualora l'appello sia stato però assegnato dalla Presidenza ad una delle Sezioni del

e non di organismo distinto, non vi dovrebbe essere alcun motivo per riferire alla stessa un procedimento decisionale troppo diverso da quello applicato dalle restanti sezioni del Consiglio di Stato.

Pure, tale trasformazione del ricorso straordinario, da rimedio giurisdizionale a vera e propria forma di tutela giurisdizionale, è forse meno certa di quanto di primo acchito potrebbe apparire.

Si reputa, anzi, che contro tale conclusione militino proprio le ricadute che essa implica in termini di conformità dell'istituto alle fonti di rango costituzionale<sup>19</sup>.

Consiglio di Stato, rilevano i principi generali desumibili dall'art. 15, commi 2 e 4, del codice del processo amministrativo, sicché la Sezione avente sede in Roma non può decidere in sede cautelare e con ordinanza deve dichiarare la propria incompetenza, affinché il giudizio possa essere riassunto innanzi alla Sezione staccata.

7) L'Adunanza Plenaria ritiene pertanto di enunciare il seguente principio di diritto: l'appello proposto avverso una sentenza del Tar per la Sicilia (Sede di Palermo o Sezione staccata di Catania) può essere deciso unicamente dalla sezione giurisdizionale del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana, la quale a tutti gli effetti è una sezione del Consiglio di Stato".

La conclusione, tuttavia, meriterebbe forse di essere raffinata. Infatti, se il Consiglio di Giustizia Amministrativa è una sezione distaccata del Consiglio di Stato, non è escluso che si possa parlare, più che problemi di competenza tra organi giurisdizionali diversi, di un problema di riparto interno all'unico organo giurisdizionale, similmente a quanto avviene per le sezioni locali dei T.A.R., ai sensi dell'art. 47 c.p.a. In tal caso, la rilevabilità d'ufficio dell'errore sull'elezione del giudice (esclusa dall'art. 47, salve le ipotesi di competenza funzionale delle sedi di Roma e di Milano dei tribunali del Lazio e della Lombardia) non troverebbe fondamento in forza del principio della inderogabilità delle competenze dei giudici amministrativi (artt. 13 e 14 c.p.a.), ma in virtù di quanto stabilito dall'art. 10, comma 1, d. lgs. 24 dicembre 2003, n. 373: "Le questioni inerenti alla competenza del Consiglio di giustizia amministrativa in sede giurisdizionale sono rilevabili anche d'ufficio".

Inoltre, è forse incerta anche la qualificazione del riparto di funzioni tra i due consigli in termini di vera e propria competenza funzionale, secondo la sua configurazione data dall'art. 14 c.p.a., atteso che, se è pur vero che, per effetto dell'art. 10, cit. (ma comma 5), spetta all'Adunanza Plenaria, integrata da due componenti del Consiglio di Giustizia, decidere sui conflitti di competenza sollevati d'ufficio, non è previsto, invece, un rimedio analogo al regolamento di competenza contro l'ordinanza di uno dei due Consigli che negli la propria *potestas iudicandi*.

In definitiva, non si può escludere che il problema del riparto delle questioni sindacabili dai due Consigli segua criteri e categorie diverse da quelle generali del codice del processo amministrativo.

<sup>19</sup> Già, MAZZAROLLI, *Riflessioni sul ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, in *Dir. amm.*, 2004, 691 s.: "Si possono prendere le mosse dalla considerazione di alcuni di quelli che il Paleologo indica come i principali difetti del ricorso straordinario, ma che possono anche semplicemente essere visti come le principali caratteristiche del medesimo: in particolare la segretezza dell'istruttoria, l'unilateralità del contraddittorio scritto, l'assenza di discussione orale, la dipendenza del tempo della decisione dalla volontà di au-

A tal riguardo, le maggiori perplessità, ad avviso di chi scrive, si collegano non tanto – o, più probabilmente, non solo – nell’incompleta struttura processuale del rimedio, sulla quale pure si sono concentrate molte critiche<sup>20</sup>.

In particolare, il fatto che la fase istruttoria, nel procedimento per ricorso straordinario sia ancora più embrionale di quanto già non valga per il vero e proprio processo amministrativo non è forse incompatibile con i principi di pienezza e necessarietà delle tutele stabiliti dagli artt. 24 e 113 Cost, quantunque si pervenga in questa sede a detta conclusione per il solo fatto che la sezione consultiva del Consiglio di Stato sembra essersi appropriata *di fatto* dei poteri di chiedere *ex se* (senza affidarsi solo alla buona volontà del Ministero nel compiere l’istruttoria) l’esibizione di documenti o di chiedere schiarimenti, di per sé non previsti (almeno senza alcun limite) dalla disciplina vigente<sup>21</sup>.

torità amministrative. Anche senza valutarne singolarmente la portata, è facile constatare che si tratta di aspetti della disciplina del ricorso straordinario che contrastano con alcuni dei caratteri che, secondo la Costituzione, non possono mancare perché un procedimento possa aspirare ad essere considerato espressione della funzione giurisdizionale. Va, in special modo, tenuto conto dell’introduzione nella Costituzione – per quanto stabilito nei commi premessi all’art. 111 dalla legge cost. 23 novembre 1999, n. 2 – del principio del giusto processo e delle puntualizzazioni di cui al 2° comma dell’art. 111 novellato, a mente del quale «ogni processo – da intendere come ogni strumento attraverso il quale si realizza la funzione giurisdizionale – si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata». Relativamente alla disciplina di un dato strumento pur rivolto a fini giustiziali, nel considerarne la riportabilità o meno tra gli strumenti propriamente giurisdizionali, ove sia dato constatare che tale disciplina non è conforme a quanto stabilito nell’art. 111, 2° comma, Cost., non pare si possa sfuggire all’alternativa tra il predicarne medesimamente la natura giurisdizionale, ma nel contempo riconoscerne l’incostituzionalità, o il negarne la riportabilità alla funzione giurisdizionale e così sottraendosi a doverne considerare la conformità alla Costituzione sotto il profilo considerato”.

<sup>20</sup> Non ritiene la questione rilevante neppure P. TANDA, *La c.d. giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario al Capo dello Stato, dopo la sentenza n. 73/2014 della Corte costituzionale*, in *Il ricorso straordinario al Capo dello Stato – Atti del Convegno Roma 9 ottobre 2014* (a cura di Paolo Tanda), Torino 2015, 24, il quale riconosce sussistere un rispetto sia pure *minimale* dei principi costituzionali sul giusto processo.

<sup>21</sup> Nel ricorso straordinario, infatti, l’istruttoria è affidata al Ministero competente *ratione materiae*, al quale il gravame viene trasmesso. Il che rende particolarmente arduo sostenere la tesi del rispetto del principio del giusto processo per il caso in cui sia fatto oggetto di impugnazione proprio un provvedimento di quel ministero, perché, in dette circostanze, il *signore della prova* è una delle parti in conflitto. Sul punto, L. VIOLA, *Ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e tutela risarcitoria*, in *Resp. civ.*, 2009, 151: “Tutta da ripensare è poi la problematica dell’istruttoria che ha bisogno certamente di un riletture in termini decisamente più garantistici e imparziali dell’attuale struttu-

D'altra parte, l'esperimento del ricorso straordinario dipende, pur sempre, dalla libera determinazione di tutte le parti, che viene manifestata ora in modo esplicito (da parte del ricorrente) ora in modo tacito (dalla parte resistente e dalla parte controinteressata, quando omettano di sollevare l'opposizione prevista dall'art. 10, d.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199), cosicché si può assumere che, eleggendo, con tali diverse forme, il particolare rimedio, tutte le medesime parti in qualche modo *accettino* anche le sue insufficienze strutturali e accettino pure che la lite venga decisa sulla base di un'istruttoria potenzialmente incompleta e, per così dire, *allo stato degli atti*<sup>22</sup>.

Se mai è più problematico, quanto alla possibilità di configurare il rimedio straordinario alla stregua di un vero e proprio giudizio, il fatto che difetti in esso la previsione formale di una qualsiasi forma di udienza, giacché non è escluso che questa fase debba reputarsi essenziale a un qualsiasi giusto processo e che la celebrazione della stessa, portando

ragione che affida, ex art. 11 e 13, d.p.r. n. 1199/1971, al Ministero competente (o alla Presidenza del Consiglio dei Ministri, nelle ipotesi in cui si tratti di una materia per la quale manchi uno specifico collegamento con le competenze di un determinato ministero) l'istruttoria del ricorso straordinario; pur prendendo atto della natura non di parte dell'intervento del Ministero in sede di istruttoria (che, nella vicenda, svolge funzioni sostanziali di ausiliario di giustizia), è impossibile non rilevare come l'intera problematica debba essere rimeditata, prevedendo il ricorso ad organi terzi nell'ipotesi in cui il Ministero sia anche parte del giudizio; analogamente da rimeditare è l'esclusione della prova testimoniale, esclusa da una giurisprudenza abbastanza risalente". La questione dell'incerto svolgimento dell'istruttoria è stata affrontata, approfonditamente, anche da G. MARTINI, *Il 'ricorso straordinario' al Capo dello Stato dopo la riforma introdotta con la L. 69/2009*, in *giustamm.it*, 2010: "appare evidente che l'istruttoria è ancora saldamente nelle mani dell'Amministrazione (Ministero competente), e che anzi questa risulta quasi interamente dipendente, a dir così, dalla 'buona volontà' dell'Amministrazione procedente. Se pure rientra nei poteri del Consiglio di Stato «richiedere al Ministero competente nuovi chiarimenti o documenti ovvero ordinare al Ministero medesimo di disporre nuove verificazioni» (art. 13, D.P.R. 1199/1971), non è ben chiaro quali siano le conseguenze, sul piano procedimentale ma anche sostanziale, del mancato e/a parziale adempimento da parte del Ministero.

Di certo non sembra applicabile il disposto del secondo capoverso dell'art. 116 c.p.c. – nella parte in cui autorizza il giudice a trarre argomenti di prova dalle omissioni e/o dal rifiuto di compiere atti che egli ha ordinato –, e ciò in quanto detta regola giammai potrebbe valere allorquando l'amministrazione che ha emanato l'atto impugnato non sia una amministrazione statale, non potendo imputarsi a quest'ultima le conseguenze (pregiudizievoli) della condotta omissiva tenuta da una amministrazione terza (nella specie il Ministero procedente)".

<sup>22</sup> L'ordinamento conosce nel giudizio penale abbreviato non subordinato a richiesta di integrazione probatoria, quale è disciplinato dagli artt. 438 s. c.p.p. un altro caso in cui un processo può essere celebrato allo stato degli atti.

a un enunciato che dovrebbe essere reso nel nome del popolo italiano (101 Cost.), non rientri del tutto nella piena disponibilità delle parti<sup>23</sup>,

<sup>23</sup> Si consideri quanto sostenuto dalla sentenza Corte cost., 18 marzo 2022, n. 73. Tale pronuncia, che si riferisce al processo tributario, ove, in taluni casi, spetta alle parti di chiedere la trattazione del giudizio in udienza pubblica (altrimenti essendo il giudizio destinato alla decisione tramite pronuncia assunta in camera di consiglio: art. 33, d. lgs. 31 dicembre 1992, n. 546), ha escluso che dall'art. 101 Cost (là dove ricorda che la funzione giurisdizione è amministrata in nome del popolo) e dall'art. 6 della Convenzione C. EDU, si possa desumere la necessaria pubblicità dell'udienza (e quindi dell'udienza stessa, non potendosi definire sostanzialmente tale un rito strettamente camerale).

Una violazione di tali principi sussisterebbe a patto che non sia nella disponibilità delle parti il potere di chiedere la discussione della causa in forma orale: "Al riguardo, occorre ricordare come questa Corte abbia già avuto modo di apprezzare – per di più con riferimento al processo penale, in cui l'udienza pubblica assume un valore ancora più pregnante (sentenze n. 260 del 2020, n. 135 del 2014, n. 212 del 1986 e n. 12 del 1971) – l'attitudine di una siffatta modalità operativa, imperniata sulla scelta della parte, a soddisfare adeguatamente l'esigenza di controllo popolare sottesa al principio di pubblicità dei giudizi. In linea con le indicazioni esegetiche offerte dalla giurisprudenza europea (Corte EDU, sentenza 10 aprile 2012, Lorenzetti contro Italia; sentenza 26 luglio 2011, Paleari contro Italia; sentenza 17 maggio 2011, Capitani e Campanella contro Italia; sentenza 2 febbraio 2010, Leone contro Italia; sentenza 5 gennaio 2010, Bongiorno e altri contro Italia; sentenza 8 luglio 2008, Perre e altri contro Italia; sentenza 13 novembre 2007, Bocellari e Rizza contro Italia), diverse pronunce costituzionali hanno, infatti, ravvisato un *vulnus* al principio di pubblicità dei dibattimenti giudiziari nell'assenza, in alcune procedure camerale penali, non già dell'udienza pubblica quale snodo procedimentale necessario, ma piuttosto della previsione della possibilità, per l'interessato, di richiederne la celebrazione".

Peraltro, la stessa pronuncia sembra svilire – in modo forse non del tutto coerente – detto risultato, una volta ragguagliato il sistema della trattazione meramente *cartolare* della causa con il principio del giusto processo e, quindi, con l'art. 111 Cost, a fronte del quale un processo privo di ogni forma di trattazione orale non sarebbe incompatibile: "5. – Le argomentazioni dianzi esposte danno conto, altresì, della compatibilità della disciplina in esame con l'art. 111 Cost., rendendosi, peraltro, necessarie alcune ulteriori osservazioni in relazione agli specifici profili evidenziati nella ordinanza di rimessione con riguardo a tale parametro.

5.1. – Il giudice *a quo* ritiene che «la più ampia tutela giurisdizionale» si attui attraverso la discussione in pubblica udienza e che le norme in scrutinio, nel condizionare la «completezza» del contraddittorio nel processo tributario all'esercizio di una facoltà che postula la «disponibilità» dell'interesse in contesa, di cui la parte pubblica sarebbe, tuttavia, priva, si pongono in contrasto con la piena realizzazione del giusto processo. Tale principio costituzionale risulterebbe violato anche nella declinazione oggettiva di garanzia della partecipazione dialettica delle parti, quale «attività connaturata al processo» e fondamentale «per l'attuazione della legge da parte del giudice terzo».

5.2. – Quanto al primo rilievo, deve escludersi che la facoltà di scelta sulla forma del contraddittorio, cartolare o in presenza, attribuita alle parti dall'art. 33, comma 1, del d.lgs. n. 546 del 1992, rilevi ai fini della «disponibilità» della pretesa impositiva che forma oggetto del processo tributario. È evidente che un meccanismo procedurale, come quello delineato dalle norme in scrutinio, che consente ad entrambe le parti, pubblica e priva-



ta, di valutare caso per caso la reale necessità di avvalersi della discussione in pubblica udienza, persegue un ragionevole fine di elasticità – in forza del quale le risorse offerte dall'ordinamento devono essere calibrate in base alle effettive esigenze di tutela – e non interferisce con la cura dell'interesse pubblico al prelievo fiscale.

5.3. – Parimenti non fondata è la ulteriore censura con la quale è denunciata la lesione del principio del giusto processo nell'accezione di garanzia della partecipazione dialettica delle parti, quale momento fondamentale «per l'attuazione della legge da parte del giudice terzo». Nella prospettazione del Collegio rimettente l'interlocuzione immediata e contestuale delle parti con il giudice sembra assurgere a condizione indefettibile per l'attuazione del contraddittorio e per la formazione del convincimento del giudice.

5.3.1. – Come questa Corte ha posto più volte in evidenza, l'art. 111, secondo comma, Cost., introdotto dalla legge cost. n. 2 del 1999, stabilendo che «ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità», ha conferito veste autonoma a un principio, quello appunto di parità delle parti, che era già stato ritenuto insito nel pregresso sistema dei valori costituzionali (sentenze n. 34 del 2020, n. 26 del 2007; ordinanze n. 110 del 2003, n. 347 del 2002 e n. 421 del 2001). La novella del 1999 ha, infatti, positivizzato, attribuendogli portata generale, il principio *audiatur et altera pars*, in base al quale il provvedimento giurisdizionale non può assumere carattere di definitività senza che la parte destinata a subirne gli effetti sia stata posta in condizione di svolgere una difesa effettiva e di influire, in condizioni di parità rispetto alle altre parti, sul convincimento del giudice. Nondimeno, come evidenziato dalla giurisprudenza costituzionale, l'attuazione del contraddittorio non implica necessariamente che il confronto dialettico tra i litiganti si svolga in modo esplicito e contestuale, potendo dispiegarsi anche in tempi successivi, purché anteriori all'assunzione del carattere della definitività della decisione, e come momento soltanto eventuale del processo (*ex aliis*, sentenze n. 80 del 1992, n. 125 e n. 89 del 1972). La Corte ha inoltre precisato che il contraddittorio, quale primaria e fondamentale garanzia del giusto processo, consiste nella «necessità che tanto l'attore, quanto il contraddittore, partecipino o siano messi in condizione di partecipare al procedimento» (sentenza n. 181 del 2008; ordinanza n. 183 del 1999), mentre «al legislatore è consentito di differenziare la tutela giurisdizionale con riguardo alla particolarità del rapporto da regolare» (sentenza n. 89 del 1972; v. anche sentenza n. 80 del 1992 e ordinanza n. 37 del 1988).

5.4. – Se dunque, in via generale, il principio del contraddittorio consacrato nell'art. 111, secondo comma, Cost. impone esclusivamente di garantire che ogni giudizio si svolga in modo tale da assicurare alle parti la possibilità di incidere, con mezzi paritetici, sul convincimento del giudice, spettando al legislatore configurarne le specifiche modalità attuative, deve coerentemente escludersi che sussista un'unica forma in cui il confronto dialettico possa estrinsecarsi e che questa vada necessariamente identificata nella difesa orale. Non in tutti i processi la trattazione orale costituisce un connotato indefettibile del contraddittorio e, quindi, del giusto processo, potendo tale forma di trattazione essere surrogata da difese scritte tutte le volte in cui la configurazione strutturale e funzionale del singolo procedimento, o della specifica attività processuale da svolgere, lo consenta e purché le parti permangano su di un piano di parità.

5.4.1. – In tal senso si è espressa, con specifico riguardo al processo civile, la giurisprudenza di legittimità, precisando che, in generale, l'esclusione della difesa orale non menoma il diritto di difesa, la cui concreta disciplina può essere variamente configurata dalla legge, e che la regola generale della pubblicità può subire eccezioni in riferimento a determinati procedimenti, quando esse abbiano obiettiva e razionale giustificazione (Cor-

24

In disparte questi rilievi problematici, che pure non sono affatto privi di valore, si ritiene, tuttavia, che il tratto di minore compatibilità della giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario con l'impianto costituzionale risieda nella circostanza che essa sembra implicare la costituzione

te di cassazione, sezione prima civile, ordinanza 27 maggio 2005, n. 11315); che inoltre «la garanzia del contraddittorio, necessaria in quanto costituente il nucleo indefettibile del diritto di difesa, costituzionalmente tutelato dagli artt. 24 e 111 Cost. (cfr., in rapporto all'art. 24 Cost., già Corte cost., sent. n. 102 del 1981), è, comunque, assicurata dalla trattazione scritta della causa, con facoltà delle parti di presentare memorie per illustrare ulteriormente le rispettive ragioni (che, del resto, devono essere già compiutamente declinate con il ricorso per quanto riguarda, segnatamente, i motivi dell'impugnazione), non solo in funzione delle difese svolte dalla controparte» (Corte di cassazione, sezione sesta civile, ordinanza 10 gennaio 2017, n. 395). Sempre con riferimento al rito civile, anche questa Corte ha affermato che «porre un'alternativa tra difesa scritta e discussione orale nel processo civile non può determinare alcuna lesione di un adeguato contraddittorio, anche perché le parti permangono su di un piano di parità» (sentenza n. 275 del 1998).

5.5. – Neanche nel processo tributario la previsione, come regola, della trattazione scritta è di ostacolo a una piena attuazione del contraddittorio. Ciò in quanto le disposizioni censurate, per un verso, come già evidenziato, non escludono la discussione in pubblica udienza, ma ne subordinano lo svolgimento alla tempestiva richiesta di almeno una delle parti, e, per un altro, attribuendo ai litiganti la facoltà di depositare, oltre alle memorie illustrative, ulteriori memorie di replica in un identico termine in parallelo, garantiscono un'adeguata e paritetica possibilità di difesa. Al contempo, la trattazione camerale soddisfa primarie esigenze di celerità e di economia processuale, particolarmente avvertite in un processo, come quello tributario, che «attiene alla fondamentale ed imprescindibile esigenza dello Stato di reperire i mezzi per l'esercizio delle sue funzioni attraverso l'attività dell'Amministrazione finanziaria» (ordinanza n. 273 del 2019)".

<sup>24</sup> Il problema della necessità dell'udienza orale si è riproposto soprattutto in occasione della legislazione speciale dovuta alla epidemia del Covid. Gli interventi in dottrina sono stati plurimi. Si veda, così, M.A. SANDULLI, *Un brutto risveglio? L'oralità "condizionata" del processo amministrativo*, in *lamministrativista.it*, 202; C.E. GALLO, *La discussione scritta della causa nel processo amministrativo*, *giustiziainsieme.it*; F. FRANCIOSI, *Il non-processo amministrativo nel diritto dell'emergenza Covid-19*, in *giustiziainsieme.it*, 2020; ID., *La giustizia di fronte all'emergenza coronavirus. Le misure straordinarie per il processo amministrativo*, in *giustiziainsieme.it*, 2020; N. PAOLANTONIO, *Note minime sul contraddittorio orale nel processo amministrativo dell'emergenza (nessuno tocchi la discussione orale)*, *giustamm.it*, 2020; F. SAITTA, *Da Palazzo Spada un ragionevole no al "contraddittorio cartolare coatto" in sede cautelare. Ma il successivo intervento legislativo sembra configurare un'oralità... a discrezione del presidente del collegio*, in *federalismi.it*, 2020; V. SORDI, *L'istanza di discussione orale da remoto e la relativa opposizione. Prime applicazioni da parte del giudice amministrativo*, in *giustiziainsieme.it*, 2020; ID., *Ancora sull'opposizione alla discussione da remoto*, in *giustiziainsieme.it*; ID., *Ancora dubbi applicativi sulla (nuova) disciplina della discussione orale da remoto dettata dall'art. 25 d.l. n. 137/2020*, in *giustiziainsieme.it*, 2020; F. VOLPE, *Riflessioni dopo una prima lettura dell'art. 84, D.L. 17 marzo 2020, n. 18 in materia di processo amministrativo*, in *lexitalia.it*, 2020; ID., *Ancora sulla disciplina emergenziale del processo amministrativo*, in *lexitalia.it*, 2020.

di un nuovo giudice speciale, per di più deputato a risolvere controversie – quelle inerenti alla legittimità dell'azione amministrativa – per le quali risulta già istituito un altro giudice pienamente titolare della *potestas iudicandi*<sup>25</sup>.

Sulla questione, a quanto consta, si sono levate non troppo numerose voci critiche<sup>26</sup>, benché la questione non sia sfuggita all'attenzione della

<sup>25</sup> L'identità di sindacato tra il rimedio giurisdizionale e quello straordinario, del resto, aveva condotto V. BACHELET, *Ricorso*, cit., 811, a ritenere che dalla istituzione della IV sezione il secondo rimedio avesse perso ogni utilità teorica, sì da dover essere soppresso.

<sup>26</sup> Tra le prime, se escludiamo il rilievo fatto emergere in via ipotetica da F. SALVIA, *Il ricorso al Capo dello Stato e l'effettività della tutela (rilievi critici all'approccio)*, *Foro amm.* – *CdS*, 2009, 1601 s., va segnalata la posizione di F.G. SCOCA, *Osservazioni sulla natura del ricorso straordinario al Capo dello Stato*, in *Giur. it.*, 2013, 2374: "Il ricorso straordinario rimane fuori dal sistema giurisdizionale, conserva la sua natura di procedimento amministrativo contenzioso, e la decisione presidenziale che, nella sua complessità strutturale, è sicuramente decisione di giustizia, non è affatto atto avente natura giurisdizionale, né lo diventa perché ingloba il "parere" del Consiglio di Stato. Gli artt. 102 e 103 Cost. non consentono che vengano creati nuovi organi giudiziari con leggi ordinarie, né consentono che vengano riconosciuti tali, per sentenza, organi e rimedi originariamente amministrativi: le riforme recentemente introdotte hanno migliorato la disciplina del ricorso straordinario (e sono quindi da valutare con assoluto favore), ma non ne hanno trasformato la natura; né a mio avviso (come dirò) era necessario che la trasformassero, per consentire le conseguenti modifiche dovute alla giurisprudenza". V. anche, persuasivamente e con riferimento all'ipotesi che la giurisdizionalizzazione implicherebbe un processo di revisione delle giurisdizioni speciali, sulla base della VI disposizione transitoria e finale, G. D'ANGELO, *La «giurisdizionalizzazione» del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica: profili critici di un orientamento che non convince*, in *giustamm.it*, 2013: "A mio avviso questa considerazione non è condivisibile e contiene essa stessa il nucleo per essere superata. Ritengo che la distinzione tra funzione giurisdizionale e funzione giustiziale sia ancora attuale e che il passaggio dall'una all'altra non possa avvenire nei termini che sembrano indicati dalla giurisprudenza. Il nostro ordinamento contempla un'attività amministrativa preordinata alla garanzia della legalità nell'amministrazione, avente come propria ragione la garanzia dei diritti e degli interessi legittimi. Essa è stata identificata proprio nell'attività di esame e decisione dei ricorsi amministrativi. In questa prospettiva i provvedimenti di decisione dei ricorsi amministrativi sono stati ritenuti l'espressione più autentica delle c.d. decisioni amministrative, «atti di natura "giustiziale" che mirano alla risoluzione e composizione di conflitti di interessi tra la p.a. e gli altri soggetti dell'ordinamento». Anche chi ha criticato la configurabilità di una categoria generale di provvedimenti qualificabili come decisioni amministrative ha riconosciuto nelle decisioni dei ricorsi amministrativi «decisioni amministrative in senso proprio». La circostanza che le decisioni amministrative abbiano alcuni caratteri analoghi alle sentenze è indubbio, anche in ragione dei relativi procedimenti, ma rimangono atti espressioni di funzioni diverse: questo aspetto è stato messo in luce molto chiaramente dalla dottrina. Qui non è possibile entrare nel merito del dibattito, che si è protratto anche di recente, sulla interpretazione della locuzione, riferita al Consiglio di Stato, «di organo ... di tutela della giustizia nell'amministrazione» di cui all'art. 100 Cost. Di quel dibattito è possibile ricordare solo i termini generali. Cioè se tale espressione sia riferibile alla giurisdizione e dunque sia una disposizione da leggere come 'anticipatrice'

giurisprudenza, perché al problema si è generalmente dato risposta osservando che, una volta trasformato il ricorso straordinario in un processo *optimo iure*, la definizione dello stesso spetterebbe pur sempre al Consiglio di Stato, il quale già è giudice nelle ordinarie controversie amministrative<sup>27</sup>.

Non si creerebbe, dunque, nessun nuovo giudice speciale, in con-

dell'esplicazione della funzione giurisdizionale attribuita al Consiglio di Stato più chiaramente dall'art. 103 Cost. Oppure, secondo l'interpretazione maggioritaria fondata sui lavori preparatori, se tale espressione sia riferibile a un ambito specifico della generica «consulenza giuridico-amministrativa» di cui al medesimo art. 100 Cost., e segnatamente alla competenza del Consiglio di Stato in materia di ricorso straordinario (...). Un dato, però, è stato sostanzialmente condiviso da tutti gli interpreti: il parere del Consiglio di Stato reso nel procedimento del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica è sempre stato collocato nella funzione di consulenza resa nell'ambito di un rimedio giustiziale (quindi, più precisamente, nella «consulenza giuridico-amministrativa» dagli Autori che hanno letto l'espressione «giustizia nell'amministrazione» in chiave di funzione giurisdizionale; oppure, secondo l'interpretazione prevalente, proprio nella «tutela della giustizia nell'amministrazione» dagli Autori che hanno letto tale espressione in chiave di rimedi amministrativi con funzione giustiziale). Credo che ricondurre il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica nel suo alveo originario, e cioè in ogni caso nell'art. 100 Cost., sia importante, perché da un lato significa ribadire con nettezza la differenza tra la funzione consultiva e la funzione giurisdizionale del Consiglio di Stato, che ritengo imposta dalla Costituzione; dall'altro implica l'impossibilità della c.d. revisione in chiave giurisdizionale del ricorso al Capo dello Stato nei termini indicati dalle Sezioni Unite di revisione di cui alla VI disp. transitoria e finale. Quella norma, infatti, è riferibile agli organi speciali di giurisdizione esistenti al momento dell'entrata in vigore della Costituzione. In questo senso andrebbe riletta anche la sentenza della Corte cost. 27 dicembre 1974, n. 287 sulle Commissioni tributarie, invocata a modello (solo) dalle Sezioni Unite del 2012: non a caso quella sentenza faceva riferimento al fatto che il legislatore di allora volle risolvere un contrasto interpretativo in atto sulla natura delle Commissioni tributarie. Quelle Commissioni, a differenza del Consiglio di Stato, non trovavano alcuna collocazione e riconoscimento nel testo costituzionale. Collocazione e riconoscimento che la Costituzione attribuisce al Consiglio di Stato non in veste unitaria ma in una doppia funzione, consultiva e giurisdizionale, a cui corrispondono norme e principi diversi; forse non è inutile ricordare che ancora oggi nel ricorso straordinario il parere deve essere espresso dalla sezione consultiva (art. 12 d.P.R. del 1971). Da questo punto di vista non ritengo sia significativo che la riforma del 2009 abbia reso vincolante il parere del Consiglio di Stato. La vincolatività del parere del Consiglio di Stato non ne muta la natura, che rimane amministrativa ed ancorata ad una funzione giustiziale; in questo senso depone chiaramente anche la rubrica dell'art. 69 l. 69/2009, già richiamata in precedenza”.

<sup>27</sup> Così, di recente, V. DOMENICHELLI, *La giustizia nell'amministrazione fra procedimento e processo, fra giurisdizione amministrativa e modelli alternativi di risoluzione delle controversie*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2020, 61: “Eviterei di esaminare il ricorso straordinario al Capo dello Stato, che pur mostra ancora una sua persistente vitalità, che è andato perdendo i caratteri del ricorso amministrativo per assumere quelli del ricorso giurisdizionale, alternativo al ricorso al giudice amministrativo, ma pur sempre deciso nella sostanza dal Consiglio di Stato, davanti al quale si possono sollevare questioni di costituzionalità e di pregiudizialità alla Corte di Giustizia e le cui decisioni possono portare

trasto con quanto previsto dall'art. 102 Cost., e il ricorso straordinario esprimerebbe un modo diverso per portare la lite davanti a un giudice già esistente e già noto<sup>28</sup>.

La medesima tesi, peraltro, verrebbe confortata dalla complementare opinione secondo la quale la proponibilità del giudizio di ottemperanza, per dare esecuzione alla decisione del ricorso straordinario, troverebbe fondamento nella lettera b), e non già nella lettera d) dell'art. 112 c.p.a.<sup>29</sup>

all'annullamento dell'atto e sono suscettibili di ottemperanza e di ricorso per cassazione. Al pari delle sentenze dei giudici amministrativi”.

<sup>28</sup> Quando pure non si sia sostenuto che il ricorso straordinario avesse carattere giurisdizionale della stessa Costituzione, cosicché la riforma del 2009 avrebbe svolto una sorta di interpretazione autentica del sistema con effetti di revisione, ai sensi della VI disposizione transitoria e finale, di un preesistente giudice speciale. Sul punto v. L. CARBONE, *La revisione del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e la riaffermata natura giurisdizionale del rimedio di tutela*, in *Foro amm.*, T.A.R. 2009, 2664 s.: “L'art. 69 in esame si colloca dunque in un contesto in cui la natura sostanzialmente giurisdizionale dell'organo decidente e del rimedio di giustizia in esame già risultava l'unica coerente con i principi di effettività della tutela sanciti dalla Costituzione e comunque nettamente affermati dalla Corte di Giustizia delle Comunità Europee e dalla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo (i cui articoli 6 e 13 impongono che i rimedi di giustizia siano effettivi e non rimangano illusori). Vi è stata una vera e propria revisione in base alla VI disposizione transitoria e finale della Costituzione, che, come è noto, ha previsto che si procedesse entro cinque anni (termine qualificato dalla Corte Costituzionale come ordinario) dalla sua entrata in vigore alla revisione degli organi speciali di giurisdizione preesistenti. L'interpretazione della normativa sul precedente rimedio di giustizia – anteriore alla Costituzione – esclude che vi sia stata l'istituzione di un giudice straordinario o speciale. Per la Corte Costituzionale, si può avere la revisione quando l'organo revisionato – di cui pure si rilevava la natura amministrativa, come la commissione tributaria – sia anteriore alla Costituzione e non sia in contrasto con le regole dell'indipendenza del giudice. La revisione, con una vera e propria interpretazione autentica dell'articolo 23 della legge n. 87 del 1953, ha confermata l'originaria natura giurisdizionale del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica che, consente alle sezioni consultive di sollevare questioni di costituzionalità nei ricorsi ancora pendenti e rende proponibile il giudizio di ottemperanza, anche per quelle decisioni già rese prima della sua entrata in vigore. Così si è attuato anche il principio di uguaglianza, in precedenza palesemente violato se si considera che il giudizio di ottemperanza già era ammesso nell'ordinamento per le decisioni siciliane (oltre che nel settore degli appalti, dall'art. 245 del Codice del 2006). La revisione è dunque un istituto di rilievo costituzionale del tutto opposto alla introduzione – vietata – di un nuovo giudice speciale. Una precedente revisione ha riguardato le commissioni tributarie, che furono considerate amministrative dalle sentenze nn. 6 e 10 della Corte Costituzionale, che dichiarò inammissibili le questioni di costituzionalità da esse sollevate”.

<sup>29</sup> Il richiamo all'art. 112, lett. b), comporta anche l'individuazione della competenza a trattare la questione di ottemperanza nello stesso Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale. Si è posta, tuttavia, anche la prospettiva di sollevare il processo di ottemperanza davanti alle sezioni consultive, ma l'ipotesi è stata negata da Cons. di Stato, I, 28 febbraio 2022, n. 475, circa la quale si rinvia alla nota critica di S. CASILLI, *La tutela esecutiva per*

Contro questa tesi, si reputa, tuttavia, meritevole di approfondimento critico l'ipotesi secondo la quale l'ormai unica sezione consultiva del Consiglio di Stato possa considerarsi appartenere, come le sezioni giurisdizionali, a un plesso giurisdizionale e, per di più, allo stesso plesso giurisdizionale del giudice amministrativo complessivamente inteso.

Non vi è dubbio, a fronte dell'art. 100 Cost., che il Consiglio di Stato sia organismo connotato, pur nella varietà delle funzioni che a esso spettano<sup>30</sup>, da un carattere unitario, tale da comprendere entrambi i tipi di sezioni.

Tale unitarietà, per di più, è accentuata dal modo con cui la disciplina vigente consente al suo Presidente di modificare le competenze di ciascuna di esse e di stabilirne la composizione, sì da permettere che i magistrati adibiti alle sezioni di un dato tipo possano trasferirsi a quelle dell'altro<sup>31</sup>.

Questo però non significa che quando il Consiglio di Stato è chiamato a svolgere la funzione consultiva sia, in quel momento, *anche* un giudice<sup>32</sup>,

*la decisione resa in sede di ricorso straordinario al Presidente della Repubblica: gli ultimi sviluppi, tra evoluzione e arresti giurisprudenziali (nota a Consiglio di Stato, Sezione Prima, 28 febbraio 2022 n. 475), in [giustiziainsieme.it](https://giustiziainsieme.it), 2022.*

<sup>30</sup> Non ci si pone qui in contrasto con la tesi sostenuta da S. CASSESE, *Continuità e fratture nella storia del Consiglio di Stato, Relazione svolta in occasione dell'Adunanza generale del Consiglio di Stato per festeggiare i 180 anni del Consiglio*, Roma 16 marzo 2011, a quanto risulta non pubblicata, ma disponibile in <https://images.irpa.eu/wp-content/uploads/2011/03/Cassese-Continuit-e-fratture-nella-storia-Consiglio-di-Stato1.pdf>, 13, secondo il quale “Nei 180 anni della sua vita, il Consiglio ha assicurato la propria continuità grazie alla sua straordinaria capacità di cambiare, rispondendo alle esigenze dei diversi contesti storici e rimediando alle storiche e strutturali debolezze dell'amministrazione italiana, e – non poche volte – agli inconvenienti degli assetti politici. Esso ha, poi, saputo essere un organo “*multi-purpose*”, amministratore e giudice, vivaio di grandi commessi, guida legislativa, consigliere del governo. Queste ambivalenze sono all'origine della sua lunga durata e della sua posizione costituzionale. Infine, ha svolto una ingente opera diretta, ma ha anche saputo supplire alle carenze di altri organi”. L'affermazione di una tale versatilità dell'organo ausiliario, invero, è nei fatti e questo è ciò che appunto lo studioso descrive. Si dubita, tuttavia, che tale inclinazione che, di fatto, il Consiglio di Stato esercita sia conforme alla sua struttura costituzionale.

<sup>31</sup> Art. 2, l. 27 aprile 1982, n. 186: “Il presidente del Consiglio di Stato, all'inizio di ogni anno, stabilisce la composizione delle sezioni consultive e delle sezioni giurisdizionali sulla base dei criteri fissati dal consiglio di presidenza anche per consentire l'avvicendamento dei magistrati fra le sezioni consultive e le sezioni giurisdizionali, nonché l'avvicendamento nell'ambito delle sezioni consultive e delle sezioni giurisdizionali”.

<sup>32</sup> Lo stesso Consiglio di Stato, nel respingere l'ipotesi di poter rendere pareri facoltativi quando investano questioni su cui già sussiste una controversia e nell'affermare che, in ogni caso, il parere (facoltativo) non possa impingere su questioni particolari o su fattispecie concrete, sembra avallare questa tesi. Così, Cons. di Stato, I, 3 giugno 2022, n. 934: “Come è noto, accanto ai pareri obbligatori resi dal Consiglio di Stato si affiancano i

pareri facoltativi, i quali possono essere diretti o all'esame di atti normativi per cui non è obbligatoria la richiesta di parere al Consiglio di Stato o a risolvere questioni concernenti l'interpretazione o l'applicazione del diritto, in questo caso prendendo la forma di "quesiti" sull'interpretazione delle norme. Codesti pareri hanno in particolare una "funzione di ausilio tecnico-giuridico indispensabile per indirizzare nell'alveo della legittimità e della buona amministrazione l'attività di amministrazione attiva" (Consiglio di Stato, Ad. gen., 18 gennaio 1980, n. 30).

Dopo le modifiche introdotte con l'articolo 17 della legge 15 maggio 1997, n. 127, il parere facoltativo deve riguardare solo "le attività che più incisivamente impegnano l'azione del Governo o degli altri organi di maggior rilevanza dello Stato-ordinamento e non può essere attivata da una mera pretesa o esigenza dell'amministrazione interessata, la quale, al contrario, deve esporre, nella sua richiesta di parere, i rilevanti motivi di interesse pubblico strumentali alle attività fondamentali o comunque più significative, che quasi impongono il ricorso al parere facoltativo, il quale, altrimenti, andrebbe a sovrapporsi all'esclusiva autonomia e responsabilità dirigenziale" (Consiglio di Stato, Sez. II, 25 luglio 2008, n. 5172).

In altri termini, va esclusa la possibilità di emettere pareri su aspetti minimali relativi ad "un ordinario segmento del procedimento amministrativo" (Consiglio di Stato, Sez. I, 2 febbraio 2012, n. 1), in quanto il supporto consultivo, da un lato, non può e non deve sostituirsi all'amministrazione nel dovere di provvedere (cfr. pareri n. 118/02; n. 2994/02; n. 9/03; n. 1212/03; n. 1274/03; n. 82/99; n. 4212/02; n. 2564/02; n. 2250/2007) e, dall'altro, non può invadere l'ambito di operatività delle attribuzioni dell'Avvocatura dello Stato nella sua funzione generale di consulenza alle pubbliche amministrazioni.

Ciò è pienamente coerente con l'idea "di un'evoluzione sostanziale delle funzioni consultive del Consiglio di Stato di cui all'articolo 100 della Costituzione" e con la necessità di inquadrare le funzioni consultive "in una visione sistemica e al passo coi tempi, confermando il ruolo del Consiglio di Stato come un *advisory board* delle Istituzioni del Paese anche in un ordinamento profondamente innovato e pluralizzato" (cfr. pareri: Comm. Spec., 18 ottobre 2017, n. 2162; Comm. Spec., 17 gennaio 2017, n. 83; Comm. Spec., 2 agosto 2016, n. 1767). Così ragionando, le funzioni consultive del Consiglio di Stato si rivolgono, nella prassi più recente, oltre che a singoli 'atti', anche a sostenere "i 'processi' di riforma, accompagnandoli in tutte le loro fasi e indipendentemente dalla natura degli atti di attuazione, fornendo sostegno consultivo ai soggetti responsabili dell'attività di implementazione" (Consiglio di Stato, Comm. spec., 2 agosto 2016, n. 1767).

Va inoltre aggiunto, per quanto di rilevanza nel presente quesito, che il Consiglio ha reiteratamente escluso la "possibilità di richiedere pareri facoltativi su materie o fattispecie per le quali già siano pendenti o in corso di attivazione controversie giurisdizionali" (parere 2941/2005). In talune pronunce è stato difatti affermato che "in presenza di contrasti interpretativi già insorti, la richiesta di parere è inammissibile" (Consiglio di Stato, Sez. II, 26 giugno 2013, n. 3006 e Sez. II, 9 marzo 2011, n. 1589) nel senso che "nell'esercizio dell'attività consultiva, il Consiglio di Stato, quale organo di consulenza imparziale e terzo dello Stato-ordinamento e non dello Stato-apparato, non è destinato (...) a supportare le scelte decisionali delle Amministrazioni, quante volte esse ritengano, a loro discrezione, di avvalersi della consulenza del Consiglio stesso, dal momento che la funzione consultiva svolta nell'interesse non dell'ordinamento generale, ma dell'Amministrazione assistita, compete all'Avvocatura dello Stato. Il Consiglio di Stato fornisce il proprio parere solo su questioni di massima, la cui soluzione potrà guidare la successiva

33.

Al contrario, una tale conclusione si pone in conflitto, anche a voler trascurare ogni altro rilievo sulla delicata posizione del Consiglio di Stato

azione amministrativa nel suo futuro esplicarsi” (Consiglio di Stato, Sez. II, 9 marzo 2011, n. 1589; Comm. Spec., 26 settembre 2017, n. 2065).

Dai summenzionati pareri si evince dunque come l’attività consultiva, di tipo facoltativo, non possa richiedersi quando vada ad incidere, direttamente od indirettamente, su un contenzioso in atto, o potenziale, avente lo stesso oggetto del quesito posto dall’amministrazione, poiché in tali casi l’esercizio della funzione consultiva potrebbe dar luogo ad indebite sovrapposizioni, che arrecherebbero un *vulnus* al principio di imparzialità del giudice e di parità fra le parti, sancito espressamente oggi a livello costituzionale dall’art. 111, comma 2, della Costituzione (cfr. pareri n. 118/02; n. 2994/02; n. 9/03; n. 1212/03; n. 1274/03; n. 82/99; n. 4212/02; n. 2564/02; n. 2250/2007).

Questa Sezione ha ribadito, di recente, tale orientamento affermando che per garantire il corretto equilibrio istituzionale, va esclusa la «possibilità di richiedere pareri facoltativi su materie o fattispecie per le quali già siano pendenti o in corso di attivazione controversie giurisdizionali» (Consiglio di Stato, Sez. I., 13 novembre 2020, n. 1807”).

<sup>33</sup> La questione è riepilogata da A. CARBONE, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica come rimedio giustiziale alternativo alla giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 88: “Il dato fondamentale, che permette di mantenere valida la distinzione tra un rimedio giustiziale amministrativo e un rimedio ‘sostanzialmente’ giurisdizionale (nel senso in cui quest’ultima accezione è stata utilizzata dalle Sezioni unite e dall’Adunanza plenaria, è a nostro avviso da ricercarsi, secondo quanto già anticipato, nella circostanza che il ricorso viene deciso dalle Sezioni consultive del Consiglio di Stato, e risulta quindi espressione, come rilevato da parte della dottrina, di una funzione consultiva di quest’organo, a cui la nostra Costituzione non permette di guardare in termini di unitarietà con la funzione giurisdizionale. Sotto tale profilo, si deve evidenziare come l’impostazione che qui si ritiene essere stata fatta propria dalla Corte costituzionale sembri anzi avvalorare quell’orientamento secondo cui l’art. 100 Cost., nel prendere in considerazione la “tutela della giustizia nell’amministrazione”, farebbe riferimento ad una funzione propriamente giustiziale, distinta tanto da quella meramente consultiva di cui al medesimo art. 100, che da quella giurisdizionale di cui all’art. 103 Cost.; impostazione che – rispetto al riferimento alla generale funzione consultiva come contrapposta a quella giurisdizionale – permette peraltro di superare l’obiezione della vincolatività del parere e quindi della sostanziale estraneità dell’autorità ministeriale alla formazione della decisione (aspetti che potrebbero apparire non del tutto coerenti con un’attività meramente consultiva). Tali considerazioni non consentono quindi di aderire alla tesi – sostenuta dalle Sezioni unite della Cassazione nei loro ultimi arresti sul punto, e fatta propria dall’Adunanza plenaria nelle pronunce nn. 9 e 10/2013, di cui si è detto – secondo cui il legislatore del 2009 avrebbe provveduto al completamento di una altrimenti difettosa funzione giurisdizionale attraverso un intervento di revisione, similmente a quanto a suo tempo avvenuto per le Commissioni tributarie. Ciò non potrebbe infatti verificarsi per il ricorso straordinario, attribuito alle Sezioni consultive del Consiglio di Stato e, come tale, ricondotto alla funzione (consultiva, o, più propriamente) giustiziale dello stesso, in ragione dell’insuperabile distinzione che la Costituzione impone tra questa e la funzione giurisdizionale”.



nell'intera organizzazione statale<sup>34</sup>, con un preciso presupposto di diritto positivo.

Vale a dire con il fatto che le due principali funzioni attribuite al Consiglio sono tenute normativamente distinte, in forza di quanto previsto dagli artt. 100 e 103 Cost.<sup>35</sup>.

Inoltre, se la funzione giurisdizionale potesse permeare l'esercizio di quella consultiva (e viceversa), verrebbero in evidenza altri problemi, quali ad esempio quelli concernenti la terzietà e l'indipendenza del giudice<sup>36</sup>, poiché i relativi principi sembrano presupporre che la funzione giurisdizionale, una volta che essa sia stata affidata a una determinata organizzazione, non possa essere inquinata dall'esercizio di funzioni ulteriori e diverse<sup>37</sup>.

Se, pertanto, la funzione consultiva merita di essere tenuta separata da quella giurisdizionale, è lecito opinare che anche chi la esercita non sia un giudice, quando pure si tratti di un soggetto che, con altra parte del proprio apparato, sia rivestito di tale dignità.

Quanto poi alla tesi, ripetuta anche dalla giurisprudenza amministra-

<sup>34</sup> A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia «non amministrativa»* (Sonntagsgedanken), Milano 2005.

<sup>35</sup> Non mancano casi in cui giudici speciali assommano in sé funzioni amministrative e addirittura regolatorie. Si pensi ad esempio, al Consiglio nazionale Forense, che esercita attività giurisdizionale sulle questioni di natura disciplinare o elettorale e che, dopo la legge forense del 2012, è diventato titolare anche di competenze regolamentari (art. 35, l. 31 dicembre 2012, n. 247). La somma di funzioni appartenenti addirittura a Poteri distinti dello Stato non implica, tuttavia, e anzi esclude che il C.N.F., quando agisca alla stregua di un ente pubblico, sia *anche* giudice sì che le sue decisioni – ad esempio quelle relative alle iscrizioni al registro speciale degli avvocati abilitati al patrocinio davanti alle magistrature superiori – godano del valore di giudicato sostanziale.

<sup>36</sup> A. TRAVI, *La «giurisdizionalizzazione» del ricorso straordinario*, in *Foro it.*, III, 3, 2013, 483, in commento a Cons. di Stato, Ad. Pl., 6 maggio 2013, n. 9: “Non può sfuggire che la tesi condivisa dall’adunanza plenaria pone in crisi l’unico argomento che in passato era utilizzato con una certa coerenza per sostenere la compatibilità del Consiglio di Stato con il principio di indipendenza e di terzietà del giudice richiesto dall’art. 111 Cost., e cioè la circostanza che la funzione giurisdizionale è esercitata da sezioni diverse da quelle consultive. Oggi invece anche questa barriera è superata, ma l’adunanza plenaria non sembra esserne consapevole”.

<sup>37</sup> Perciò, i casi in cui a un organo giurisdizionale vengano affidate funzioni diverse da quelle di composizione di una *lite* (anche a voler estendere la categoria fino a permetterle di comprendere anche le questioni di volontaria giurisdizione) sono estremamente rari. Si pensi così, ai compiti assegnati (non alla Cassazione, ma) all’Ufficio centrale per il referendum previsto dall’art. 1, l. 25 maggio 1970, n. 352, in materia referendaria, ovvero ai compiti in materia elettorale affidati agli Uffici elettorali costituiti presso le Corti d’appello.

tiva<sup>38</sup>, secondo la quale il carattere giurisdizionale del ricorso straordinario sarebbe stato preesistente alla stessa Costituzione (di talché la riforma del 2009 altro non avrebbe operato se non una revisione, ai sensi della VI disposizione transitoria e finale, di un giudice speciale anch'esso preesistente), essa risulta ancor più fragile.

La tesi implica, infatti, che l'autorità chiamata a decidere il ricorso straordinario sia, appunto, un giudice speciale distinto dal complesso formato dai tribunali amministrativi e dalle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato, quando sono chiamati a dirimere gli ordinari processi amministrativi, perché, diversamente, non si comprenderebbe il motivo di procedere a una sua revisione.

Ma se si trattasse davvero di un giudice speciale distinto dal giudice amministrativo, toccherebbe anche riconoscere, in virtù di quanto stabilito dall'art. 7, comma 8, c.p.a., che esso pronuncerebbe, appunto, sulle medesime questioni su cui è chiamato a esprimere il proprio sindacato l'altro giudice.

Verrebbe così a essere incrinato il principio della esclusività della giurisdizione e si verrebbe ad affermare, implicitamente, che esistano due giudici i quali sono titolari della *potestas iudicandi* sulle medesime controversie.

Ma tutto ciò pare incompatibile con il principio, altrettanto costituzionalmente affermato, che esista un'autorità – vale a dire la Corte di cassazione – a cui spetta il compito di dirimere i conflitti di giurisdizione.

L'esistenza, pur potenziale, di un conflitto implica, infatti, titolarità esclusiva, in capo a un dato plesso giurisdizionale, sulla giurisdizione che viene allo stesso riferita<sup>39</sup>.

#### 4. *Compatibilità del ricorso in ottemperanza per dare esecuzione alla decisione del ricorso straordinario con il carattere amministrativo dello stesso*

I dubbi sulla compatibilità rispetto all'art. 102 Cost. della trasfor-

<sup>38</sup> Cons. di Stato, Ad. Pl., 6 maggio 2013, n. 9.

<sup>39</sup> Né varrebbe rispolverare, in questo caso, i principi della c.d. *doppia tutela*, quale avanzata a seguito della istituzione della IV Sezione. Qui, infatti, non si tratterebbe di diritti fatti valere come interessi – così come era prospettato che potesse avanzarsi azione in concorrenza tra il giudice ordinario e il Consiglio di Stato – e quindi di far valere situazioni giuridiche soggettive diverse, ma di portare esattamente le stesse questioni davanti a due apparati giurisdizionali separati.

mazione del ricorso straordinario in una nuova forma di giudizio non possono ritenersi, dunque, del tutto sopiti.

Anche a voler trascurare, peraltro, il confronto con le fonti costituzionali, non mancano altri profili problematici, questa volta di carattere strutturale, che portano a dubitare della fondatezza della tesi che sostiene questa sorta di *trasformazione* del rimedio.

Preliminarmente all'illustrazione di detti ulteriori rilievi critici, vale tuttavia osservare che il fatto che l'evoluzione – dovuta in parte ad alcuni interventi del legislatore, per altra parte a fonti di derivazione interpretativa – abbia riferito alla decisione del ricorso straordinario un regime per certi versi affine a quello delle pronunce giurisdizionali, non sembra garantire l'effettivo mutamento di natura del rimedio.

In particolare, la possibilità di accedere al giudizio di ottemperanza per dare esecuzione alla decisione del ricorso non è forse incompatibile con il carattere amministrativo del gravame.

Se, sul punto, si consente di avanzare una più ampia questione che interessa l'intero processo amministrativo e che meriterebbe forse di essere affrontata con più perspicua trattazione<sup>40</sup>, si opina che, in generale, gli effetti conformativi derivanti dalla pronuncia da ottemperare possano derivare non tanto dal contenuto di accertamento in sé della sentenza e soprattutto dal valore di giudicato sostanziale che esso può assumere, quanto dal valore formale della pronuncia che, rispetto gli obblighi di esecuzione, varrebbe come semplice fatto giuridico<sup>41</sup>.

Si tratterebbe, pertanto, di effetti secondari della pronuncia, che la

<sup>40</sup> La tesi esposta intende riprendere gli spunti indicati da F. BENVENUTI, voce *Giudicato (diritto amministrativo)*, *Enc. del Dir.*, XVIII, Milano 1969, 911. La questione, tuttavia, è stata ampiamente considerata nel processo civile. Così, F. CARNELUTTI, *Efficacia diretta ed efficacia riflessa della cosa giudicata*, in *Riv. dir. comm.*, 1922, II, 472 s.; P. CALAMANDREI, *Appunti sulla sentenza come fatto giuridico*, in *Studi sul processo civile*, III, Padova 1934, 131 ss.; E.T. LIEBMAN, *Efficacia ed autorità della sentenza*, Milano 1935, 57 s.; E. ENRIQUES, *La sentenza come fatto giuridico*, Padova 1937, 82. La tesi, peraltro, è stata notoriamente contestata da S. SATTA, *Gli effetti secondari della sentenza*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1934, I, 251 s.

<sup>41</sup> Una detta conclusione sembra, in modo particolare, inevitabile quando, con il rito dell'ottemperanza si agisca per ottenere la conformazione alla sentenza del giudice ordinario che abbia disapplicato un provvedimento amministrativo, posto che, in tal caso, il sindacato sulla legittimità dell'atto è, per sua natura, riservato a una questione pregiudiziale di merito, la cui decisione non può, per definizione, assumere valore di cosa giudicata sostanziale, neppure su impulso delle parti (34 c.p.c.). Di talché il *giudicato* a cui si riferiva l'art. 27, n. 4, T.U. Cons. di Stato e, oggi, l'art. 112, lett. c), c.p.a., può essere solo il giudicato formale, inteso come presupposto per l'esperibilità in rito dell'azione esecutiva.

legge ricollega alla stessa e che, in tesi, non essendo propri della pronuncia giurisdizionale in sé considerata, potrebbero essere riferiti anche a un titolo diverso da una sentenza o da un altro atto che costituisca esercizio della funzione giurisdizionale stessa.

Se si accettasse, perciò, l'impostazione qui suggerita, non sarebbe affatto necessario riconoscere alla decisione del ricorso straordinario il carattere di vera e propria sentenza, per ammettere l'esperibilità del rito dell'ottemperanza<sup>42</sup>.

A tal fine potrebbe essere causalmente efficiente un titolo reputato dalla legge<sup>43</sup> equivalente<sup>44</sup> per quanto attiene alla proponibilità del giu-

<sup>42</sup> La soluzione qui suggerita è affine a quella sostenuta da A. MAZZA LABOCETTA, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica – un rimedio per la «tutela della giustizia nell'amministrazione»*, Napoli 2017, 170.

<sup>43</sup> Ammesso che una legge che legittimi tale equiparazione sia davvero sussistente. Il richiamo all'art. 112 comma 2, lett. b ("sentenze esecutive e degli altri provvedimenti esecutivi del giudice amministrativo"), per giustificarlo, invocato dalla giurisprudenza qui citata e avallato anche da certa parte della dottrina (P. QUINTO, *L'onerosità del ricorso straordinario: il prezzo per la giurisdizionalizzazione*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2011), è stato contestato da altra parte degli autori, che, se mai propenderebbero per un inquadramento nella successiva lett. d ("sentenze passate in giudicato e degli altri provvedimenti ad esse equiparati per i quali non sia previsto il rimedio dell'ottemperanza, al fine di ottenere l'adempimento dell'obbligo della pubblica amministrazione di conformarsi alla decisione"), con conseguenze in merito all'individuazione del giudice competente all'ottemperanza che non potrebbe essere più, a questo punto, ravvisato nel Consiglio di Stato in unico grado (C. BENETAZZO, *Il ricorso straordinario*, cit., 34 s.). Anche questa tesi, tuttavia, non è del tutto confortante, perché essa muove dal presupposto che la decisione sia pur sempre una sentenza, nel che si concentra il *kern* dell'intera discussione. Di talché non si esclude che l'equiparazione della decisione del ricorso straordinario a una pronuncia atta a promuovere il rito dell'ottemperanza sia frutto, nient'altro, che di una integrazione del pur tassativo elenco contenuto nell'art. 112 c.p.a. Per ulteriori spunti critici alla tesi che ravvisa nella lettera b) dell'art. 112 c.p.a. il titolo legittimante all'azione di ottemperanza. V. S. TARULLO, *Osservazioni in tema di ricorso straordinario al Capo dello Stato ed esperibilità del ricorso in ottemperanza*, in P. TANDA (a cura di) *Il ricorso straordinario al Capo dello Stato*, Torino 2014, 128 s. e soprattutto A. GIUSTI, *Il ricorso straordinario dopo la legge n. 69 del 2009. Notazioni a margine di Tar Lazio-Roma Sez. I, 16 marzo 2010, n. 4104*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 1042: "Nonostante la legge n. 205/2000 abbia esteso i poteri del giudice dell'ottemperanza anche alle decisioni dei tribunali amministrativi regionali ed alle ordinanze cautelari, superando il limite del giudicato, manca, ad oggi, una disposizione di pari portata nei confronti delle decisioni su ricorso straordinario. Del resto, le opposte risposte giurisprudenziali al problema, come in precedenza ricordato, hanno sempre assunto quale premessa, per negarla od affermarla, la natura giurisdizionale del rimedio. In una prospettiva, qual è quella proposta, di lettura del ricorso straordinario in chiave amministrativa, l'accesso all'ottemperanza necessita l'intervento del legislatore che attribuisca, ad un giudice, identificandolo, i medesimi poteri del giudice dell'ottemperanza anche nei confronti dei decreti decisori".

<sup>44</sup> Del resto, anche il titolo esecutivo, utile a conferire legittimazione nel processo

dizio di ottemperanza e tale titolo potrebbe essere ravvisato proprio nella decisione del ricorso straordinario, intesa come atto amministrativo meramente giustiziale, senza che essa debba assumere necessariamente valore sostanziale di sentenza capace di esprimere l'accertamento o la cosa giudicata.

5. *Il regime di impugnazione ex art. 29 c.p.a. della decisione sul ricorso straordinario; raffronto e distinzioni con il caso dell'impugnazione con l'azione amministrativa di annullamento della sentenza resa nel giudizio di ottemperanza*

Superate queste premesse e intendendo spostare l'indagine su un piano più strettamente strutturale, i problemi della giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario sembrano invece emergere soprattutto ove si consideri che la sua decisione rimane pur sempre suscettibile di impugnazione davanti al giudice amministrativo di primo grado: quanto alle parti per soli vizi di forma e di procedura<sup>45</sup>; quanto ai controinteressati pretermessi per ogni vizio di legittimità riferibile a un qualsiasi, comune, atto amministrativo<sup>46</sup>.

Anche l'equiparazione della decisione del ricorso straordinario al regime degli atti amministrativi è, infatti, un argomento che, si ritiene, dovrebbe forse essere maggiormente valorizzato per contestare il raggiunto carattere giurisdizionale del rimedio.

esecutivo civile, non consiste necessariamente in una sentenza di condanna, svolgendo la stessa funzione anche le scritture private autenticate, relativamente alle obbligazioni di somme di denaro in esse contenute, le cambiali, nonché gli altri titoli di credito ai quali la legge attribuisce espressamente la stessa efficacia e gli atti ricevuti da notaio o da altro pubblico ufficiale autorizzato dalla legge a riceverli (art. 474 c.p.c.).

<sup>45</sup> Peraltro, V. BACHELET, che scriveva prima della riforma del 1971, propendeva per un'impugnazione estesa a tutti i possibili vizi della decisione (*Ricorso straordinario*, cit., 832), a pena di ravvisare un'incompatibilità con l'art. 113 Cost. Negli stessi termini, ancor prima, M. NIGRO, *Le decisioni amministrative*, Napoli 1953, 87.

<sup>46</sup> La piena impugnazione della decisione del ricorso straordinario in sede giurisdizionale è stata ammessa, come è noto, dalla pronuncia Corte cost., 1 febbraio 1964, n. 1, che ha dichiarato l'illegittimità del "secondo e del terzo comma dell'art. 34 del R.D. 26 giugno 1924, n. 1054, contenente il T.U. delle leggi sul Consiglio di Stato, in quanto il procedimento per la proposizione e la risoluzione del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica non assicura ai controinteressati la possibilità della tutela giurisdizionale". Sulle ragioni ispiratrici di detta pronuncia, si rinvia alla puntuale indagine di L. BERTONAZZI, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica. Persistente attualità e problemi irrisolti del principale istituto di amministrazione giustiziale*, Milano 2008, 127 s.

Invero, se è dato conoscere di casi, sin troppo scontati per doverne dare evidenza, in cui i provvedimenti amministrativi sono impugnabili in sede giurisdizionale, è meno facile, invece, individuare casi (salvo quello di cui farà immediatamente cenno, relativo al regime di alcune sentenze pronunciate dal giudice dell'ottemperanza) in cui un provvedimento giurisdizionale sarebbe impugnabile con ricorso di primo grado davanti al giudice amministrativo.

Una tale eventualità, infatti, oltre a confliggere con l'esistenza di un ordinato sistema di gravami contro le pronunce che provengono dall'apparato giurisdizionale, sarebbe inevitabilmente in contrasto anche con il carattere di giudicato sostanziale e con l'immodificabilità (che di tale giudicato è tipica<sup>47</sup>) che ogni sentenza in senso proprio è diretta ad acquisire e che quindi dovrebbe essere propria anche della decisione del ricorso straordinario, una volta che se ne predichi il carattere sostanzialmente giurisdizionale<sup>48</sup>.

<sup>47</sup> Acquisita la natura giurisdizionale del rimedio e, per conseguenza, anche il carattere di cosa giudicata della relativa decisione, pare, peraltro, piuttosto singolare, la prassi, talvolta seguita, di chiedere al Consiglio di Stato, il riesame del parere precedentemente espresso. Pur nell'incertezza delle varie pronunce, detto riesame sembrerebbe essere ammesso quando lo chieda l'Amministrazione (quasi come una sorta di compensazione per la mutata sottrazione del potere di discostarsi dal parere), ovvero quanto lo chieda il ricorrente se la decisione non sia già stata formalizzata nel decreto del Capo dello Stato e già emergano elementi per assoggettare la medesima decisione a revocazione (Cons. di Stato, I, 8 marzo 2023, n. 490).

<sup>48</sup> Sulla idoneità della decisione del ricorso straordinario a formare cosa giudicata, una volta riferito al rimedio carattere giurisdizionale, esplicitamente Corte cass., Ss. Uu., 6 settembre 2013, n. 20569: "Da questa premessa ne deriva il corollario dell'idoneità del decreto emesso dal Presidente della Repubblica a seguito di ricorso straordinario, a formare "giudicato". Un[a] volta ritenuto che il procedimento relativo al ricorso in questione è esercizio di funzione giurisdizionale da parte del plesso giurisdizionale Consiglio di Stato – Presidente della Repubblica, deve necessariamente concludersi che tale decreto formi "giudicato". Secondo la definizione maggioritaria la giurisdizione è affermazione dell'ordinamento nel caso concreto o, ciò che è lo stesso, concretamente nel caso concreto dell'ordine giuridico. Essendo il procedimento giurisdizionale (quanto meno quello contenzioso) finalizzato appunto a tale attuazione della legge al caso concreto, elemento caratterizzante è l'idoneità dello stesso a produrre il giudicato. Il giudicato si caratterizza non solo per il regolamento di interessi che da esso scaturisce ma anche per la forza che assiste tale regolamento. L'immutabilità della sentenza (intesa in senso sostanziale), come connotato di questo atto nei confronti degli atti caratteristici delle altre funzioni statali e degli atti dei privati, riassume, dal punto di vista oggettivo o dell'atto, l'effetto preclusivo che dalla sentenza deriva e nei confronti dello stesso giudice e nei confronti delle parti, e cioè di tutti i soggetti che hanno partecipato con diverso ruolo alla vicenda processuale".

Si consideri altresì Corte cost., 9 febbraio 2018 n. 24, che nel dover valutare se una legge retroattiva potesse travolgere gli effetti di un'antecedente decisione di un ricorso straor-

Non sembra infatti particolarmente persuasivo, allo scopo di sostenere il contrario, obiettare che anche nel caso dell'art. 114, comma 6, c.p.a. gli atti emanati dal giudice dell'ottemperanza (e quindi, in tesi, anche una sentenza), quando siano sostitutivi di un provvedimento amministrativo e tengano luogo degli effetti propri dello stesso, sono impugnabili "ai sensi dell'articolo 29, con il rito ordinario" dai soggetti terzi, che siano estranei al giudicato a cui si intende dare esecuzione.

Questa singolare forma di impugnazione di una sentenza con l'azione amministrativa di annullamento – anche a voler prescindere dalla eccezionalità dell'istituto – non sembra, infatti, poter essere accostata al caso della decisione sul ricorso straordinario.

La fattispecie a cui si riferisce l'art. 114 c.p.a. attiene, infatti, a un caso in cui la sentenza del giudice amministrativo si sostituisce, appunto, al provvedimento amministrativo (così come si sostituirebbe l'equivalente atto del commissario *ad acta*, ove questo fosse stato nominato – come per il più avviene – e ove il giudice non intendesse agire in diretta sostituzione).

Il valore sostanziale della sentenza pronunciata dal giudice dell'ottemperanza, a cui si riferisce l'art. 114, co. 6, è dunque quello di un atto dell'amministrazione, sicché esso è esattamente il contrario di quello che si vorrebbe attribuire alla decisione del ricorso straordinario.

È questo rilievo, peraltro, quel che verosimilmente giustifica la singolare eventualità per cui i terzi possono contestare la pronuncia del giudice dell'ottemperanza con le forme e sollevando i vizi riferibili ad un provvedimento amministrativo, non avendo il legislatore ritenuto giustificato il fatto che detti terzi debbano subire conseguenze sulle tipologie di tutela a loro spettanti solo perché ciò che è equivalente negli effetti a un atto dell'amministrazione sia stato prodotto in virtù di una diretta pronuncia del giudice. Il tutto, per di più, in seno a un giudizio a cui essi sono rimasti tendenzialmente estranei (salva l'ipotesi a cui farà a breve riferimento), sì da non esplicitare alcuna azione incidente sulle modalità con cui si è giunti alla formazione dell'atto.

Del resto, il legislatore non avrebbe potuto raggiungere in modo altrettanto ampio l'intento di dare una piena tutela ai terzi, rispetto al

dinario, pervenuta alla conclusione affermativa, ha opinato che solo in seguito alle riforme del 2009 e del 2010 detta decisione ha assunto valore giurisdizionale e quindi anche l'intangibilità propria di un giudicato rispetto alle leggi sopravvenute. La tesi, implicitamente, porta a confutare che le medesime riforme abbiano attuato una revisione, in virtù della VI disposizione transitoria e finale della Costituzione, di un giudice speciale già preesistente.

giudicato a cui viene data ottemperanza, limitandosi a riconoscere a costoro la possibilità di esperire, contro la sentenza pronunciata che fosse sostitutiva del provvedimento amministrativo, il rimedio previsto dagli artt. 108 e 109 c.p.a.

Tale ultima impugnazione, infatti, fornirebbe una tutela più ristretta sì da porsi in contrasto con l'art. 113 Cost, primo comma<sup>49</sup>, perché circoscritta all'erroneità della sentenza e quindi limitata al *thema decidendum* introdotto dal ricorrente in ottemperanza, mentre la medesima sentenza, proprio per il fatto di tener luogo del provvedimento amministrativo e quindi in ragione della sua attitudine a produrre effetti diretti anche verso eventuali soggetti terzi (qualora anche il provvedimento amministrativo sostituito avesse una tale attitudine), potrebbe esporsi a profili di illegittimità in senso tecnico e descritti secondo i canoni della conformità degli atti amministrativi alla legge.

Tutti questi profili di illegittimità, tuttavia, potrebbero non essere emersi o potrebbero non essere stati considerati nel processo introdotto sulla base dell'art. 112 c.p.a., in cui il giudice, a rigore, è chiamato solo a dare esecuzione al giudicato e a rispondere sulla domanda del ricorrente. Ugualmente, tuttavia, si tratta di profili contro i quali i terzi destinatari avrebbero diritto di insorgere contro l'atto dell'amministrazione, se questo fosse emanato, ma che, nel caso concreto, è stato *sostituito* dall'intervento del giudice.

A rendere maggiormente evidente la funzione dell'impugnazione delle sentenze del giudice dell'ottemperanza, quale risulta dal combinato disposto degli artt. 114 e 29 c.p.a., si pone, del resto, anche il fatto che detta azione non sembra poter essere equiparata a una sostanziale opposizione di terzo.

Questa circostanza, invero, conferma che il rimedio qui in considerazione, da un lato, è legato al carattere sostanzialmente amministrativo, verso i terzi, della sentenza pronunciata *ex art.* 114 e sostitutiva dell'atto dell'Amministrazione.

Per altro verso, la medesima circostanza non sembra utile al fine, qui valutato, di dare dimostrazione dell'esistenza di un'altra ipotesi (oltre a quella dell'impugnazione della decisione sul ricorso straordinario intesa come equiparata a una sentenza) in cui un atto giurisdizionale è sogget-

<sup>49</sup> Poiché la sentenza, nell'ipotesi ora presa in esame, tiene luogo degli effetti di un provvedimento amministrativo, a esso sostituendosi, la misura della tutela da riconoscersi ai terzi va parametrata con quella riconosciuta contro gli stessi provvedimenti dell'amministrazione.



to al regime delle impugnazioni amministrative. Se, infatti, si riuscisse a dimostrare che l'azione di annullamento contro la pronuncia resa *ex art.* 114 c.p.a. sia una opposizione di terzo *travestita*, verrebbe meno l'eccezionalità dell'istituto e si potrebbe, in seguito, cercare di estendere tale conclusione anche all'impugnazione, con la medesima azione di annullamento, della decisione del ricorso straordinario.

Tuttavia, una tale equiparazione tra l'azione di annullamento proposta dai terzi sulla pronuncia resa sulla base dell'art. 114 c.p.a. e il gravame disciplinato dagli artt. 108 e 109 c.p.a. non sembra persuasiva.

A una tale equiparazione si oppone il fatto che, se di opposizione di terzo sostanziale si dovesse davvero trattare, la competenza a decidere dovrebbe spettare allo stesso giudice che ha pronunciato la sentenza contestata e quindi al giudice che ha sindacato sull'azione di ottemperanza<sup>50</sup>, <sup>51</sup>.

<sup>50</sup> Il punto è già stato posto in rilievo, con riguardo però all'azione di ottemperanza sulla stessa decisione del ricorso straordinario, per cui è competente il Consiglio di Stato da A. CARBONE, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica come rimedio giurisdizionale alternativo alla giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 95 s.

<sup>51</sup> La stessa obiezione andrebbe riflessa anche a chi, eventualmente, sostenesse che la stessa impugnazione del ricorso straordinario, svolta dai terzi controinteressati davanti al giudice amministrativo di primo grado, possa essere una sostanziale opposizione di terzo. Una tale equiparazione, del resto, non sarebbe sostenibile nel caso in cui l'impugnazione della decisione del ricorso straordinario fosse sostenuta, davanti allo stesso giudice, da una delle parti del procedimento, sia pure limitatamente ai vizi di forma e di procedura. Dall'impossibilità di equiparare l'impugnazione davanti al giudice amministrativo della decisione del ricorso straordinario all'opposizione di terzo sembra così doversi fare derivare che la medesima impugnazione non si sovrappone al secondo gravame e che, mutando il contenuto della domanda, entrambi i rimedi dovrebbero essere riconosciuti ai controinteressati pretermessi, una volta che si predichi il carattere giurisdizionale della pronuncia. Risulta, sulla questione un unico precedente, ostativo dell'ammissibilità dell'opposizione di terzo contro una decisione del ricorso gerarchico, ma è precedente all'innescarsi del processo di giurisdizionalizzazione e si fonda dunque sul carattere amministrativo della decisione. Così C.G.A.R.S., Ss. Rr., 14 marzo 2006, in procedimento 122/2003: "L'odierno ricorso, in disparte ogni considerazione circa la posizione concreta degli istanti ed il relativo interesse ad agire, è, in effetti, destinato a pronuncia di inammissibilità. Trattasi, nella specie, di proposizione di "opposizione di terzo" avverso il decreto presidenziale decisorio (in senso favorevole) di precedente ricorso straordinario proposto dall'attuale controinteressato. Orbene, è noto che l'istituto dell'opposizione di terzo, previsto dall'art. 404 c.p.c., non trova albergo, a differenza della revocazione, nel regime normativo che regola i ricorsi straordinari ed in particolare le possibilità di impugnare i relativi decreti presidenziali decisori. In verità, come è noto, tale impugnazione straordinaria è stata ammessa anche contro le sentenze definitive del giudice amministrativo solo dopo una pronuncia del Giudice delle leggi (Corte cost. 17 maggio 1995, n. 177). Il fatto che l'opposizione di terzo, integrati i relativi presupposti, non possa essere annoverato, analogamente, tra gli strumenti di tutela avverso le decisioni in questione, può trovare agevole conforto nella considerazione che le dette decisioni, in senso formale, non co-

Questo in realtà, tuttavia, non sempre avviene, mentre può avvenire, invece, che l'azione di annullamento vada proposta davanti a un giudice diverso da quello che ha deciso sul giudizio di ottemperanza.

Ad esempio, detta eventualità ricorre quando il medesimo giudizio (da cui ha origine la sentenza impugnata) sia stato celebrato davanti al Consiglio di Stato – vuoi perché si è trattato di dare esecuzione a una sentenza del giudice amministrativo d'appello dal contenuto di formale o sostanziale riforma, vuoi perché lo stesso giudizio di ottemperanza è pervenuto al secondo grado di giudizio in conseguenza dell'appello sulla sentenza che definito il giudizio di ottemperanza in prime cure – e può avvenire anche quando si tratti di dare esecuzione a una sentenza pronunciata da un giudice diverso da quello amministrativo, per il caso in cui il giudice amministrativo nella cui circoscrizione ha sede il giudice che ha emesso la sentenza di cui è stata chiesta l'ottemperanza (113, comma II, c.p.a.) sia diverso dal giudice amministrativo competente a decidere, in ragione degli artt. 13 e 14 c.p.a., sull'impugnazione del provvedimento

situiscono un giudicato e conservano una natura amministrativa. Il parallelismo, anche procedurale, tra gravame giurisdizionale e gravame amministrativo straordinario non sembra dunque poter operare al punto di modificare il regime impugnatorio della decisione del ricorso straordinario per come delineato dalle norme specifiche di settore (che, come si ricordava, hanno invece espressamente previsto il ricorso per revocazione). Non a caso si è ritenuto che il provvedimento decisorio, stante la natura (almeno formalmente) amministrativa, non è ricorribile per cassazione (Cass., SS.UU., 11 novembre 1988, n. 6075; in tema cfr. anche C.G.A. 7 novembre 2002, n. 604, con cui si osserva, in relazione all'esperibilità del ricorso per ottemperanza, che il riconoscimento a limitati fini della natura "giurisdizionale" del parere emesso dal Consiglio di Stato o, come nella specie, dal C.G.A., non vale di per sé a mutare la natura di atto formalmente e sostanzialmente amministrativo propria del decreto decisorio). Resta, indubbiamente, il non indifferente problema di garantire comunque mezzi di tutela a chi non avrebbe altri mezzi per agire, pena il serio rischio di ledere i principi costituzionali di integrità della tutela di diritti ed interessi legittimi, che può, però, essere risolto mediante l'impugnabilità del decreto decisorio del ricorso straordinario in sede giurisdizionale amministrativa (se non anche mediante un nuovo ricorso straordinario, a scelta del ricorrente) da parte di chi assuma di averne subito pregiudizio alla propria sfera giuridica. E tale strada, per motivi procedurali ma anche di merito, risulta essere stata percorsa dagli odierni istanti. In tal senso, sembrerebbe militare anche la considerazione che *res inter alios acta tertio neque iuvat neque nocet*: sicché il decreto che decide, ma solo *inter alios*, un ricorso straordinario ben può essere considerato, per quanto riguarda gli effetti verso i soggetti terzi, un vero e proprio atto amministrativo, ordinariamente impugnabile (con la sola peculiarità che, non trattandosi di un atto discrezionale per la sua natura giustiziale, la relativa impugnativa sarebbe possibile solo per violazione di legge, sostanziale o procedurale, e non invece per eccesso di potere)".

amministrativo sostituito dalla sentenza resa nel giudizio amministrativo di esecuzione.

Al fine di distinguere ulteriormente il rimedio dall'opposizione di terzo, è poi il considerare che l'azione prevista degli artt. 114 e 29 c.p.a. è verosimilmente proponibile anche da chi abbia partecipato allo stesso processo di ottemperanza, perché l'estraneità rilevante, a tal fine, è quella rispetto al giudicato a cui si intende dare esecuzione e non quella rispetto al processo di ottemperanza stesso<sup>52</sup>.

Sicché ben si può ipotizzare l'esistenza di soggetti che, pur restando estranei al giudizio da cui ha tratto origine il processo di esecuzione amministrativa, abbiano poi partecipato al successivo rito introdotto ai sensi degli artt. 112 e s. c.p.a. ad esempio in ragione di un intervento volontario o *iussu iudicis*<sup>53</sup>.

Costoro, certamente, non potrebbero gravare la sentenza ivi resa con il rimedio dell'opposizione di terzo perché, pur essendo rimasti estranei al giudizio che ha formato la sentenza da ottemperare, non lo sarebbero rispetto al processo di esecuzione che ha originato la sentenza che si vorrebbe contestare.

Tuttavia, essendo estranei al giudizio da cui è sortito il titolo che ha dato impulso al processo esecutivo amministrativo, stando alla lettera della legge costoro potrebbero contestare la pronuncia giudiziale ivi assunta con l'azione prevista dall'art. 29 c.p.a.

#### 6. *Inconciliabilità dell'impugnazione della decisione sul ricorso straordinario a mezzo dell'azione prevista dall'art. 29 c.p.a. con la sua pretesa natura giurisdizionale*

Per tutte queste considerazioni, il rimedio dell'opposizione di terzo, contro le sentenze del giudice dell'ottemperanza, non può essere assimilato all'impugnazione della sentenza con l'azione amministrativa di annullamento prevista dall'art. 114 c.p.a.

<sup>52</sup> Art. 114, comma 6, c.p.a.: "Gli atti emanati dal giudice dell'ottemperanza o dal suo ausiliario sono impugnabili dai *terzi estranei al giudicato* ai sensi dell'articolo 29, con il rito ordinario".

<sup>53</sup> Questo, nonostante l'art. 114, primo comma, c.p.a. statuisca che "l'azione si propone, anche senza previa diffida, con ricorso notificato alla pubblica amministrazione e a tutte le altre parti del giudizio definito dalla sentenza o dal lodo della cui ottemperanza si tratta".

Conseguentemente, si deve concludere che il secondo tipo di gravame non elide di per sé la possibilità di far luogo al primo, lo stesso dovendosi ritenere anzi, probabilmente, necessitato quando il terzo non intenda contestare la sentenza sotto il profilo della sua legittimità (in quanto equiparata a un provvedimento), ma la sua erroneità nel definire la lite<sup>54</sup>.

Ne deriva, pertanto, che anche in forza di tale mancata equiparazione non è sostenibile ricavare, dall'ipotesi prevista per il ricorso di ottemperanza, un esempio in cui una pronuncia del giudice sarebbe impugnabile con l'azione amministrativa di annullamento e tale da potersi affiancare, giustificandolo, al caso in cui i controinteressati pretermessi impugnino con la medesima azione la decisione del ricorso straordinario di cui pure sia predicata la giurisdizionalizzazione.

In realtà, l'impugnazione prevista dall'art. 114 c.p.a. costituisce un

<sup>54</sup> Analoghe conclusioni sembrano potersi riflettere anche sulla decisione del ricorso straordinario, giacché, una volta ammessa l'impugnazione della stessa per revocazione e con ricorso per cassazione, non si vede per quale motivo non debba essere ammessa anche l'impugnazione *ex art.* 404 c.p.c. e 108 c.p.a. Sul punto non risultano precedenti, se si eccettua la pronuncia C.G.A.R.S. 14 marzo 2006, n. 122/03 che esclude, tuttavia, il rimedio: "È noto che l'istituto dell'opposizione di terzo, previsto dall'art. 404 c.p.c., non trova albergo, a differenza della revocazione, nel regime normativo che regola i ricorsi straordinari ed in particolare le possibilità di impugnare i relativi decreti presidenziali decisori. In verità, come è noto, tale impugnazione straordinaria è stata ammessa anche contro le sentenze definitive del giudice amministrativo solo dopo una pronuncia del Giudice delle leggi (Corte cost. 17 maggio 1995, n. 177). Il fatto che l'opposizione di terzo, integrati i relativi presupposti, non possa essere annoverato, analogamente, tra gli strumenti di tutela avverso le decisioni in questione, può trovare agevole conforto nella considerazione che le dette decisioni, in senso formale, non costituiscono un giudicato e conservano una natura amministrativa. Il parallelismo, anche procedurale, tra gravame giurisdizionale e gravame amministrativo straordinario non sembra dunque poter operare al punto di modificare il regime impugnatorio della decisione del ricorso straordinario per come delineato dalle norme specifiche di settore (che, come si ricordava, hanno invece espressamente previsto il ricorso per revocazione). Non a caso si è ritenuto che il provvedimento decisorio, stante la natura (almeno formalmente) amministrativa, non è ricorribile per cassazione (Cass., SS.UU., 11 novembre 1988, n. 6075; in tema cfr. anche C.G.A. 7 novembre 2002, n. 604, con cui si osserva, in relazione all'esperibilità del ricorso per ottemperanza, che il riconoscimento a limitati fini della natura "giurisdizionale" del parere emesso dal Consiglio di Stato o, come nella specie, dal C.G.A., non vale di per sé a mutare la natura di atto formalmente e sostanzialmente amministrativo propria del decreto decisorio). Resta, indubbiamente, il non indifferente problema di garantire comunque mezzi di tutela a chi non avrebbe altri mezzi per agire, pena il serio rischio di ledere i principi costituzionali di integrità della tutela di diritti ed interessi legittimi, che può, però, essere risolto mediante l'impugnabilità del decreto decisorio del ricorso straordinario in sede giurisdizionale amministrativa (se non anche mediante un nuovo ricorso straordinario, a scelta del ricorrente) da parte di chi assuma di averne subito pregiudizio alla propria sfera giuridica".

*unicum*, dettato sulla base di peculiarissime ragioni, che si contrappongono a quelle che giustificano un paragone con la tesi della natura giurisdizionale del ricorso straordinario.

Allo stesso modo e per completezza di indagine, si ritiene che non sarebbe possibile ripetere che la decisione del ricorso straordinario possa valere, essa stessa e verso i terzi, come se fosse l'equivalente di un provvedimento amministrativo, sì da giustificarne per tal via l'impugnazione davanti al tribunale amministrativo per gli identici motivi che giustificano l'impugnazione della sentenza resa nel processo di ottemperanza.

In primo luogo, infatti, la decisione, per poter essere impugnata dai terzi rimasti estranei al procedimento, non potrebbe che avere contenuto di annullamento (perché resa in accoglimento del ricorso straordinario e quindi lesiva dei controinteressati pretermessi), cosicché essa produrrebbe i medesimi effetti di una ordinaria sentenza di annullamento resa nell'ordinario giudizio amministrativo.

I controinteressati pretermessi, tuttavia, non godono contro una sentenza di annullamento resa dal T.A.R. o dal Consiglio di Stato del potere di promuovere contro di essa l'azione prevista dall'art. 29 c.p.a., potendo, invece, esperire, appunto, l'opposizione di terzo (o, eventualmente, l'appello per chi reputi che l'art. 102, primo comma c.p.a., limitando il gravame in secondo grado solo a chi è stato parte nel giudizio di prime cure, non precluda detta impugnazione al terzo pretermesso<sup>55</sup>).

Una volta giurisdizionalizzata la decisione del ricorso straordinario, non si comprenderebbe, dunque, perché mai ai medesimi controinteressati dovrebbero spettare rimedi diversi da quelli esperibili contro una sentenza vera e propria del giudice amministrativo. Men che meno, l'impossibilità per i terzi controinteressati di proporre appello contro la decisione sul ricorso straordinario (che è contrastata dal fatto che la decisione è già assunta dal Consiglio di Stato) potrebbe definirsi *compensata* da un'impugnazione spiegata per il tramite dell'azione di annullamento davanti a un giudice di grado inferiore.

Soprattutto, però, la tesi della sostanziale natura amministrativa della decisione del ricorso straordinario verso i terzi non può essere sostenuta ove si consideri che l'azione di annullamento contro la stessa è esperibile, sia pure limitatamente ai vizi di forma e di procedura, anche da chi sia stato parte del medesimo procedimento. Ricorrendo tale eventualità, non

<sup>55</sup> In giurisprudenza tende tuttavia ad affermarsi la linea interpretativa aderente al tenore letterale dell'art. 102 c.p.a.. Così Cons. di Stato, 22 novembre 2021, n. 7786.

vi è nessun *terzo* che intenda lamentarsi della decisione<sup>56</sup> e verso il quale far valere la diversa qualificazione, in termini di sostanziale provvedimento amministrativo, della decisione.

Non potendosi, per quel che qui si è esposto, prospettare una coerente giustificazione dell'impugnabilità davanti al giudice amministrativo di primo grado della decisione del ricorso straordinario (sia nel caso in cui essa sia sostenuta dai controinteressati pretermessi sia nel caso in cui essa sia introdotta da chi abbia partecipato al relativo procedimento) una volta che se ne sia consolidato il carattere giurisdizionale, non resta, quindi, che concludere che la stessa si pone, dunque, in radicale contrasto con l'ipotesi della giurisdizionalizzazione del rimedio, del quale deve essere confermato il carattere amministrativo e meramente giustiziale.

#### 7. *Inammissibilità del gravame per cassazione avverso la decisione del ricorso straordinario*

Per quanto appena evidenziato, pare che, nonostante le indubbie spinte verso un tale inquadramento, la tesi della giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario sia piuttosto incerta e questo dovrebbe indurre a sposare con una certa cautela almeno alcune delle conseguenze che si vorrebbero farne derivare: in primo luogo, quelle relative alla legittimità costituzionale dell' art. 69, l. 18 giugno 2009, n. 69, in relazione all'art. 1, l.c. 9 febbraio 1948, n. 1, là dove esso ammette che in questa sede possa sollevarsi questione di legittimità<sup>57</sup>.

Non meno facile da giustificarsi è, soprattutto, l'impugnabilità della

<sup>56</sup> V. anche A. CARBONE, *Il ricorso straordinario*, cit., 96, dove emergono rilievi simili: "Più complesso il caso relativo all'impugnazione, per vizi formali e procedurali, da parte di chi aveva partecipato al giudizio in sede straordinaria. Qui infatti – mancando gli elementi per configurare, come nell'ipotesi precedente, uno specifico mezzo di impugnazione – si dovrebbe ammettere la possibilità di esperire, da un lato, il ricorso per cassazione ex art. 362 c.p.c. sul presupposto della giurisdizionalità sostanziale della decisione e, dall'altro, l'impugnazione davanti al giudice amministrativo sulla base della natura formalmente amministrativa della stessa; rimedi che, proprio in ragione del diverso fondamento da cui muovono, andrebbero considerati tra loro autonomi e, se del caso, congiuntamente esperibili".

<sup>57</sup> La conclusione è qui tratteggiata, pur essendo consapevoli della tendenza enunciata dalla Corte costituzionale e richiamata nelle note che precedono, della Corte a largheggiare nella definizione di chi sia giudice *a quo*, dimostrata dalla equiparazione delle commissioni tributarie a un'autorità giurisdizionale, quale dalla stessa Corte a suo tempo era stata, appunto, già sostenuta.

decisione per cassazione<sup>58</sup>, quanto ai profili di giurisdizione, perché essa implica l'accettazione dell'assunto secondo il quale il ricorso straordinario sarebbe effettivamente un processo, salvo ipotizzare che il giudice di vertice non intervenga, in queste ipotesi, quasi a rieditare il rimedio previsto dall'art. 3, l. 31 marzo 1877, n. 3761<sup>59</sup>, sui conflitti di attribuzione.

Al di là delle motivazioni formali, non si può escludere, come da altri è già stato notato, che l'estensione del ricorso per cassazione sulle decisioni del ricorso straordinario sia stato, nella sostanza, introdotto, per impedire che – ove il Consiglio di Stato ritenesse erroneamente sussistente la propria competenza, pronunciandosi nel merito oppure, altrettanto erroneamente, la dichiarasse insussistente – verrebbe a rimanere privo di sanzione il principio di equivalenza stabilito dall'art. 7, comma 8, c.p.a.<sup>60</sup>.

Tuttavia – in disparte il considerare che il problema si pone almeno sin dalla legge 7 marzo 1907, n. 62 (quando cioè il ricorso straordinario ha acquisito carattere giustiziale), essendo anzi in origine aggravato (se si considerano le risalenti tesi, precedenti all'entrata in vigore dell'art. 7, c.p.a., che permettevano l'esperibilità del rimedio anche oltre il perimetro della giurisdizione amministrativa e potenzialmente anche in quello della giurisdizione ordinaria) – il timore che si creino *sacche* in cui la decisione delle controversie sia del tutto sottratta al sindacato della Cassazione (sia pure limitato a quanto indicato dall'art. 111 Cost.) è forse eccessivo.

Anche senza volere aderire alla tesi, forse troppo fragile<sup>61</sup>, secondo la quale la decisione del ricorso straordinario che intervenisse su questioni non spettanti a tale rimedio potrebbe andare incontro a disapplicazione,

<sup>58</sup> E, parallelamente, anche della proponibilità del regolamento preventivo di giurisdizione, ammesso da Corte cass., Ss.Uu., 18 gennaio 2019, 1413. Sul tema, L. MARINO, *Ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e regolamento di giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2020, 91 s.

<sup>59</sup> Trattasi, notoriamente, della legge sui conflitti di attribuzione, per la quale “Appartiene esclusivamente alle sezioni di Cassazione istituite in Roma: (...) 2. Regolare la competenza tra l'autorità giudiziaria e l'autorità amministrativa quando l'una o l'altra siansi dichiarate incompetenti”. Ma è, all'evidenza, una norma non applicabile, essendo limitata al caso di conflitto negativo. Peraltro, F.G. SCOCA, *Osservazioni*, cit., *ibidem*, sembra ammettere la possibilità del ricorso per cassazione contro la decisione del ricorso straordinario quando pure si riconoscesse alla stessa carattere amministrativo.

<sup>60</sup> S. PIGNATARO, *Riflessioni sulla natura del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e sulle sue dirette implicazioni*, in *federalismi.it*, 2017, 44.

<sup>61</sup> Sarebbe difficile prospettare, infatti, un giudizio in cui tale disapplicazione potrebbe essere invocata, senza doversi negare la sua esperibilità, per le conseguenze del riparto di giurisdizione, a favore di chi, essendo lesa dalla decisione in modo diretto personale e attuale, potrebbe astrattamente impugnarla davanti al giudice amministrativo (sia pure entro i noti limiti a cui si è fatto richiamo nel testo).

come ogni altro provvedimento amministrativo<sup>62</sup>, il problema forse può essere risolto con altra e meno problematica prospettiva, senza che si debba necessariamente giustificare il gravame indicato dall'art. 360, n. 1 c.p.c.

In effetti, una volta esclusa la natura giurisdizionale del ricorso, è possibile sostenere che il limite della giurisdizione amministrativa di legittimità (quando viene riferito *ex art. 7*, u.c. c.p.a. anche alla possibilità di introdurre il ricorso straordinario) si traduce non già in un limite di giurisdizione sulla proponibilità del ricorso straordinario stesso (proprio perché non si è davanti a un giudice), ma in un limite delle *attribuzioni* spettanti all'autorità amministrativa competente a definire il ricorso. Con la conseguenza che un'eventuale decisione di un ricorso straordinario pronunciata *ultra moenia* della giurisdizione amministrativa dovrebbe ritenersi nulla (art. 21 *septies*, legge 7 agosto 1990, n. 241) – *rectius*, inesistente<sup>63</sup> – e improduttiva di effetti.

Se si accedesse a questa impostazione, pertanto, la medesima decisione potrebbe essere tenuta radicalmente in non cale davanti a qualsiasi altra autorità giurisdizionale essa fosse invocata e le pronunce assunte in questi nuovi giudizi – e non la decisione del ricorso straordinario in sé – sarebbero esse stesse censurabili in cassazione per le ragioni concernenti la giurisdizione.

#### 8. *Esame dell'ipotesi secondo cui il ricorso straordinario costituirebbe un rito speciale alternativo e omisso medio interno all'unitario processo amministrativo*

Si consentirà, a questo punto, di non interrompere la ricerca ai risultati sinora raggiunti, che, come si confida di avere dimostrato, mettono in dubbio il carattere giurisdizionale del ricorso straordinario.

In nome di una sorta di *effettività* del sistema, s'intende invece proce-

<sup>62</sup> F.G. COCA, *Riflessioni*, cit., 1480.

<sup>63</sup> Si muove qui dal presupposto che l'azione di nullità disciplinata dall'art. 31 c.p.a., sia riservata alle ipotesi di nullità-sanzione o di nullità testuale, restando le ipotesi più propriamente qualificabili di inesistenza, a cui fa riferimento l'art. 21 *septies*, legge 7 agosto 1990, n. 241, assoggettate alla giurisdizione ordinaria, riguardando diritti soggettivi e non potendosi affrontare davanti al giudice amministrativo, a pena di dover riconoscere l'illegittimità costituzionale dello stesso art. 31 per eccesso di delega, non essendo consentito al legislatore delegato che ha approvato il codice modificare il riparto di giurisdizione (Corte cost., 27 giugno 2012, n. 162).



dere oltre i dubbi di sistema e, in un certo senso, si ritiene utile procedere dandoli postulativamente per superati, sì da verificare in che cosa questa giurisdizionalizzazione così incerta si traduca poi sul piano sistematico, una volta pure che essa sia stata ipoteticamente ammessa.

Quest'ulteriore indagine, a parere di chi scrive, consentirà infatti di sostenere che la tesi della giurisdizionalizzazione non solo non risolve ogni problema che attiene, connaturatamente, all'istituto del ricorso straordinario, ma che anzi ne accentua i profili critici.

Secondo quanto rilevato, costituisce, infatti, passaggio obbligato della tesi della giurisdizionalizzazione ammettere che la lite venga pur sempre decisa dal giudice amministrativo.

Sarebbe, pur sempre, il Consiglio di Stato a dirimere la controversia, sia pure con altra veste<sup>64</sup>.

Se questa è la premessa, ne costituisce ulteriore conseguenza – ugualmente necessitata e dalla quale non sembra possibile prescindere a pena di dover riconoscere l'istituzione di un nuovo giudice speciale – quella di sostenere che il ricorso straordinario costituirebbe un *rito speciale e alternativo* rispetto al classico rito ordinario amministrativo, al quale si accedrebbe per volontà dichiarata o implicita di tutte le parti del rapporto processuale che lo abbiano introdotto e che non abbiano esercitato l'opposizione prevista dall'art. 10, d.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199.

È bene, però, precisare che cosa si intenda qui per *alternatività*.

Il concetto, in questa sede, non è utilizzato (come è, invece, tradizione quando si discute di ricorso straordinario) per indicare che il rimedio si contrapporrebbe, sostituendosi, allo svolgimento del giudizio vero e proprio.

Si prospetta, invece, una diversa accezione di *alternatività*, che viene a stabilirsi in contrapposizione non già al processo amministrativo com-

<sup>64</sup> Si avrebbe così una sorta di riallineamento con il sistema francese che tramutò l'equivalente del nostro ricorso straordinario nel ricorso giurisdizionale propriamente detto. La questione è descritta compiutamente da LE. MAZZAROLLI, *Riflessioni*, cit., *ibidem*: “Le vie seguite dai due Paesi – la Francia e l'Italia (dal momento in cui anche formalmente questa esiste come Stato, cioè dal 1861) – divergono invece nettamente nell'evoluzione che caratterizza gli ultimi decenni del secolo XIX: perché in Francia, dopo il 1872, l'organo che prima si pronunciava in sede consultiva, il Consiglio di Stato, si trasforma in organo decidente, con la conseguente sottrazione della relativa funzione al Capo dello Stato (e per esso, in un regime parlamentare, al Governo); in Italia, invece, la precedente disciplina non viene modificata, ma per così dire doppiata, ad essa venendosene ad aggiungere una nuova, che comporta l'attribuzione al Consiglio di Stato di poteri decisori e che ben presto vedrà dottrina e giurisprudenza confluire nel riconoscere tale organo quale giudice speciale”.

piessivamente inteso, ma (secondo un modo di intendere più limitato) in contrapposizione al rito ordinario del processo amministrativo, quale è composto dalle tradizionali due fasi di giudizio: la prima davanti ai tribunali amministrativi e la seconda davanti al Consiglio di Stato.

In altri termini, il ricorso straordinario non sarebbe un rimedio diverso dal ricorso giurisdizionale propriamente detto.

Esso, invece, dovrebbe ritenersi pienamente integrato nel giudizio amministrativo e, attraverso la definizione di un rito speciale, indicherebbe un diverso metodo con cui il ricorso giurisdizionale potrebbe svolgersi, ma pur sempre nell'impianto generale dei rimedi attualmente previsti dal codice del 2010 e all'interno di un unitario processo amministrativo, di cui il ricorso straordinario costituirebbe un particolare modo di esplicarsi.

In passato, questa conclusione è già stata messa in evidenza da alcuni, sia in sede giurisprudenziale, sia in letteratura.

Si è ipotizzato, in specie, che il ricorso straordinario possa, in un certo senso, essere assimilato a un'impugnazione dell'atto amministrativo presentata *per saltum*<sup>65</sup> o *omisso medio*, non dissimilmente da quel che avviene, nel rito civile, con la fattispecie disciplinata dall'art. 360, comma 2, c.p.c.

Il giudizio amministrativo verrebbe così a essere definito in un primo e unico grado (senza che ciò costituisca lesione del doppio grado di giudizio, stante la sussistenza della concorde volontà di tutte le parti)<sup>66</sup>,

<sup>65</sup> A quanto risulta, la questione è stata prospettata, in dottrina, per primo da LE. MAZZAROLLI, *Riflessioni*, cit., *ibidem* e, quindi, da G. MORBIDELLI, *Riflessioni sul ricorso straordinario al Capo dello Stato dopo la legge n. 69/2009 alla luce di una monografia sul tema*, in *giustamm.it*. 2010: "Il decreto del Capo dello Stato si limita difatti ad esternare il *decisum* del Consiglio di Stato. Sicché in pratica è un ricorso giurisdizionale *per saltum* al Consiglio di Stato, ed invero a leggere l'istituto con un'ottica sostanzialistica, si ha di fatto una rinuncia al doppio grado che è rappresentato dall'accordo implicito a formazione progressiva delle parti: il ricorrente perché ha proposto ricorso straordinario, l'amministrazione e gli eventuali controinteressati perché non hanno avanzato richiesta di trasposizione al TAR". In giurisprudenza, invece, la tesi è richiamata da Cons. di Stato, Ad. Pl., 6 maggio 2013, n. 9.

<sup>66</sup> Sul punto si veda A. CARBONE, *Il ricorso straordinario*, cit., 71 (in nota). La stessa Corte costituzionale, come è noto, ha desunto dall'art. 125 Cost. la tesi secondo la quale il principio del doppio grado di giurisdizione, nel processo amministrativo, starebbe a indicare che, là dove è chiamato a pronunciare il Tribunale che abbia sede nel territorio di una regione non possa non essere dato appello al Consiglio di Stato, escludendo, invece, che il principio del doppio grado si estenda sino a impedire che sia il Consiglio di Stato a fungere da giudice di primo e unico grado. Così Corte cost., 31 marzo 1988, n. 395 e Corte cost., 1 febbraio 1982, n. 8. Che poi il Consiglio di Stato possa concretamente es-

trascurando la fase prevista, nel processo ordinario, davanti ai tribunali territoriali.

A ben considerare, però, anche questa impostazione, che pure è qui accettata con la riserva sopra esplicitata circa l'effettiva giurisdizionalizzazione, si espone a dei limiti di sistema.

Il valore del paragone con la figura che risulta dall'art. 360, comma 2, c.p.c., in primo luogo, è, forse, solo evocativo.

A distinguere le due fattispecie normative è, in primo luogo, il fatto che nel processo civile l'impugnazione *omisso medio* ha ad oggetto una sentenza di primo grado.

Nel ricorso straordinario, se inteso come rito alternativo dell'ordinario processo amministrativo, l'impugnazione avrebbe ad oggetto, invece, un provvedimento amministrativo e tanto è sufficiente a porre le due cose su due piani completamente distinti.

Nell'ipotesi del rito *alternativo* qui in esame e a differenza di quel

sere giudice di unico grado è cosa che emerge anche dalla disciplina del rito, ad esempio quando esso sia competente a decidere sul giudizio di ottemperanza (art. 113 c.p.a.) e nei casi in cui sono proponibili motivi aggiunti direttamente in appello (104 c.p.a.). Sul tema si è pronunciata anche la Plenaria in quattro successive pronunce del 2018 (Cons. di Stato, Ad. Pl., 30 luglio 2018, n. 10 e n. 11; Cons. di Stato, Ad. Pl. 5 settembre 2018, n. 14; Cons. di Stato, Ad. Pl., 28 settembre 2018, n. 15, circa le quali si consideri la nota critica di A. SQUAZZONI, *Ancora in tema di rinvio o giudizio diretto del Consiglio di Stato. Brevi note a margine dell'Adunanza plenaria*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, 616 s. Un'interpretazione così restrittiva del principio del doppio grado, peraltro, è stata recentemente messa in discussione da M. TRIMARCHI, *Omessa pronuncia in primo grado e regime dell'appello (sull'alternativa tra ritenzione della causa e annullamento con rinvio)*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, 382, almeno quando l'omessa pronuncia del giudice di primo grado dipenda da un errore di questo stesso: "Il principio del doppio grado, se la domanda viene decisa direttamente in appello, è violato perché uno dei giudici davanti ai quali la domanda è stata proposta ha operato come se questa non lo fosse stata, e non già perché non l'ha decisa nel merito. A fronte dell'omessa pronuncia in primo grado, non è esatto dire che il rinvio della causa al primo giudice sarebbe una deroga al principio del doppio grado e al connesso effetto devolutivo e rinnovatorio dell'appello. È vero proprio il contrario: la deroga, o meglio la violazione, vi sarebbe se il giudice di appello potesse decidere direttamente la causa, visto che il silenzio del giudice di prime cure impedisce al giudice d'appello di svolgere il riesame. Per convincersi della bontà della soluzione del rinvio in presenza di omessa pronuncia da parte del primo giudice, è utile paragonare questa ipotesi a quella, obiettivamente prossima, dell'erronea dichiarazione di inammissibilità del ricorso da parte del giudice di primo grado, in presenza della quale è pacifico che il giudice d'appello, rilevata la nullità della sentenza, decide direttamente sulla domanda. Ciò che indubbiamente accomuna questa ipotesi all'omessa pronuncia, e che potrebbe far propendere per un identico regime dell'appello, è che in entrambi i casi il ricorrente, il quale abbia agito nel pieno rispetto delle regole del processo nell'introduzione della domanda, si trova privato di un grado di giudizio per effetto di un errore non proprio ma del giudice".

che vale per l'ipotesi prevista dall'art. 360, comma 2, c.p.c., non sarebbe in gioco, inoltre, la rinuncia delle parti a un secondo grado di giudizio e all'introduzione di un processo davanti a un giudice privo del potere di spingersi sino all'esame del fatto<sup>67</sup> (sì da concentrare il sindacato sulla questione di diritto e da dare per acquisito l'accertamento sui fatti processuali compiuto da un giudice di prime cure).

Nel ricorso straordinario, inteso come rito *alternativo*, la lite dovrebbe essere ancora totalmente sindacata, quando giungesse in unico grado allo scrutinio del Consiglio di Stato e avrebbe per oggetto direttamente l'atto amministrativo, il sindacato sul quale comporterebbe, necessariamente, la piena signoria, per il giudice, sulla cognizione del fatto.

Ma anche muovendo dalla consapevolezza che i due istituti – quello del processo civile e quello ipotetico del processo amministrativo – non potrebbero essere raffrontati a pieno titolo, la costruzione del ricorso straordinario alla stregua di una *impugnazione diretta* dei provvedimenti amministrativi davanti al Consiglio di Stato farebbe a questo punto emergere anche altre incongruenze che rendono problematico accettare questa ricostruzione.

In primo luogo, non si comprende perché mai tale possibilità di esperire il rito *alternativo* dovrebbe essere limitata solo ad alcune tipologie di atti dell'autorità amministrativa.

Se – per quanto riguarda le controversie in materia elettorale e in materia di procedure ad evidenza pubblica<sup>68</sup>, che sono appunto positivamente escluse dalla ricorribilità con ricorso straordinario – la soluzione potrebbe essere giustificata dalle esigenze di celerità che sono connaturate a questo tipo di contenzioso (e che mal si conciliano con una certa inerzialità del procedimento per ricorso straordinario nelle sue fasi introduttive), non si comprenderebbe perché mai, in particolare, le parti non potrebbero concordemente decidere di riflettere la questione in via

<sup>67</sup> Del resto, il Consiglio di Stato, anche quando agisce, ordinariamente, come giudice dell'appello, conserva la signoria sul sindacato dei fatti di causa, diversamente da quale che vale per la Corte di cassazione. Questo rilievo, per il vero, potrebbe sostenere la coerenza di una costruzione del ricorso straordinario come rimedio *omisso medio*, rispetto all'impianto descritto dall'art. 360, comma 2, c.p.c., giustificando perché in tal caso si possa prescindere da una sentenza che abbia, almeno parzialmente, definito il giudizio.

<sup>68</sup> Sembra essere stato risolto il dubbio, invece, circa l'esperibilità del ricorso straordinario contro gli atti delle autorità amministrative indipendenti, purché il loro sindacato rientri nella giurisdizione amministrativa di legittimità. Così, almeno, stando a quanto esposto in Cons. di Stato, Ad. gen., 28 maggio 1997, n. 72, come riportata da F. FRENI, *Il nuovo ricorso*, cit., 36 e all'ulteriore giurisprudenza lì richiamata.

diretta al giudice di appello se ad essere impugnato fosse un provvedimento non definitivo dell'amministrazione<sup>69</sup>.

Detta eventualità – vale evidenziarlo – non sarebbe neppure necessariamente posta sempre nell'interesse della sola parte ricorrente, perché potrebbe essere utile alla stessa parte resistente ottenere in modo più sollecito l'inoppugnabilità definitiva dei propri atti.

La preclusione dell'impugnazione *omisso medio* degli atti non definitivi finirebbe, in realtà, per far scontare alla amministrazione l'impossibilità di accedere a un rito concentrato in un solo grado di giudizio, tendenzialmente utile a raggiungere più celermente la stabilità degli effetti prodotti dal provvedimento in contestazione.

E tanto più detto risultato sembra singolare se si considera che siffatta preclusione sarebbe conseguenza della titolarità, in capo alla autorità amministrativa stessa (coincidente, generalmente<sup>70</sup>, con la stessa parte resistente nell'ipotetico, ma concretamente non ammissibile, ricorso straordinario), del potere di decidere un ricorso amministrativo ordinario, attivabile per di più solo su istanza del privato e senza che l'Amministrazione nulla possa fare per sollecitarne la promozione.

In altri termini, la titolarità dei poteri giustiziali interni, che non sono esercitabili se non su istanza della parte che promuova il ricorso amministrativo ordinario, sull'atto contestato sarebbe un limite alla possibilità per l'amministrazione di vedere definita la lite in un unico grado di giudizio.

Configurato il ricorso straordinario come un rito *alternativo e omissio medio*, peraltro, non sarebbe solo questo caso a perdere ogni plausibile giustificazione.

Per quel concerne, in particolare, l'ulteriore preclusione prevista dall'art. 7, d.P.R. 6 aprile 1984, n. 426, per le materie di competenza

<sup>69</sup> La persistenza della regola della definitività del provvedimento, una volta configurato il ricorso straordinario come rito alternativo inserito nel più ampio processo amministrativo, peraltro, sembrerebbe quasi suggerire una sorta di sostanziale equiparazione tra il ricorso davanti al giudice amministrativo (anche per gli atti definitivi) e il ricorso gerarchico necessario a far acquisire definitività all'atto, giacché senza l'esperimento dell'uno o dell'altro non è possibile rivolgersi al Consiglio di Stato, che emergerebbe essere, a questo punto, in definitiva il vero e unico giudice della controversia. Sì che si potrebbe, in un certo senso, arrivare ad affermare che la regola della definitività non sia mai venuta meno e che lo stesso ricorso al giudice amministrativo di primo grado valga a integrare tale *carattere sostanziale* dell'atto.

<sup>70</sup> Salvi i casi in cui l'atto da impugnarsi sia non definitivo perché soggetto a ricorso gerarchico improprio, la cui decisione spetti a un ente pubblico diverso da quello che ha emanato l'atto in contestazione.

territoriale<sup>71</sup> della sezione autonoma di Bolzano del Tribunale regionale di Giustizia amministrativa, anch'essa dovrebbe essere riconsiderata alla luce della disparità di regime processuale che essa introduce.

Invero, forse non potrebbero ritenersi sufficienti le ragioni di tutela delle minoranze linguistiche a suo tempo addotte per escludere che la disposizione sia libera da mende ove ragguagliata agli artt. 3 e 24 Cost<sup>72</sup> e per negare la possibilità, per le controversie dirette all'annullamento di un provvedimento amministrativo che ricada nella detta competenza, di essere dedotte direttamente in Consiglio di Stato e *per saltum*<sup>73</sup>, quando

<sup>71</sup> E, quindi, non competenza funzionale. V., sul punto, Cons. di Stato, VI, 24 aprile 2018, n. 2474; Cons. di Stato, I, 5 ottobre 2022, n. 995.

<sup>72</sup> T.R.G.A. Bolzano, 27 maggio 1994, n. 127, sulla quale si registra il commento critico di D. FLORENZANO, *La preclusione al ricorso straordinario nelle questioni di competenza della Sezione autonoma di Bolzano del T.R.G.A.: una occasione mancata per sollevare questione di legittimità costituzionale*, in *Dir. proc. amm.*, 1996, 537 s., secondo il quale non sussisterebbe nel quadro normativo costituzionale alcuna ragione per riservare al giudice di Bolzano le controversie sorte in quel territorio. L'orientamento, peraltro, è stato ribadito dalla giurisprudenza. Si consideri, ad esempio, Cons. di Stato, VI, 24 aprile 2018, n. 1474.

<sup>73</sup> Non sembra che costituisca un ostacolo all'estensione del rimedio straordinario anche a tale ipotesi il fatto che l'art. 93 dello Statuto della regione Trentino Alto Adige-Südtirol preveda che solo le sezioni del Consiglio di Stato "investite dei giudizi d'appello" sulle pronunce del T.R.G.A. – Bolzano siano integrate da un "consigliere appartenente al gruppo di lingua tedesca ovvero al gruppo di lingua ladina della provincia di Bolzano" (per l'attuazione si veda l'art. 14, d.P.R. 6 aprile 1994, n. 426). In merito si potrebbe ragionare osservando che pur sempre rientrerebbe nella disponibilità concorde di tutte le parti del giudizio esercitare il rimedio *per saltum*, sì che, le medesime parti potrebbero decidere di optare per una composizione del collegio che non tenga conto del *favor* riconosciuto alle minoranze linguistiche. E ciò tanto più perché ai Consiglieri di Stato designati sulla base dell'art. 93 è "affidato non già il compito di rappresentare gli interessi facenti capo ai singoli gruppi linguistici o agli enti esponenziali della comunità locale (e difatti non rileva, correttamente, alcuna dimensione 'quantitativa', proporzionata alla percentuale della popolazione appartenente a un dato gruppo linguistico), bensì quello di garantire, in seno al Consiglio di Stato, una rappresentanza del complessivo sistema autonomistico locale, a sua volta improntato alla tutela delle minoranze nel rispetto dei principali gruppi linguistici insediati nel territorio della Provincia autonoma di Bolzano, in funzione della garanzia di una convivenza pacifica tra gli stessi gruppi". Inoltre, stante il fatto che, configurato il ricorso straordinario come un giudizio *omisso medio*, nulla impedirebbe di equipararlo a un appello sostanziale, sì da prevedersi che anche le sezioni consultive chiamate a deciderlo debbano essere convenientemente integrate, tanto più che tale eventualità è già contemplata dall'art. 14, comma 4: "L'assegnazione dei predetti consiglieri alle sezioni consultive e giurisdizionali del Consiglio di Stato è disposta, all'inizio di ogni anno, con il decreto previsto dall'articolo 12, primo comma, del testo unico 26 giugno 1924, n. 1054". Si consideri anche quanto posto in evidenza da F. TUCCARI, *Ricorso straordinario e giudizio di ottemperanza: incompatibilità di genere o convivenza possibile?*, in *Urb. e app.*, 2009, 1051: "Il Consiglio di Stato chiamato ad esprimere il pa-

pure tutte le parti fossero concordi nella decisione di aderire al rito *alternativo*.

Analogamente – come peraltro alcuni hanno già osservato con riferimento a una ricostruzione generale del ricorso straordinario – non si comprenderebbe perché la possibilità di ricorrere *per saltum* al Consiglio di Stato dovrebbe essere limitata alla sola azione di annullamento<sup>74</sup>.

Il fatto che, in modo particolare, sia categoricamente esclusa l'ammissibilità di domande risarcitorie in seno al ricorso straordinario<sup>75</sup> (vale a dire le domande che, vertendo sull'accertamento sull'esistenza o sull'inesistenza del diritto soggettivo al risarcimento del danno, sono maggiormente prossime a una vera e propria giurisdizione esclusiva, benché essa sia fatta rientrare, formalmente, nella giurisdizione di legittimità *ex art.* 30 c.p.a.) induce a ritenere, anzi, che vi siano tuttora alcune reticenze a proclamare una effettiva giurisdizionalizzazione del rimedio.

Se, pertanto, la configurazione di un rito speciale *omisso medio* mal si concilia con la preclusione che ostacola l'impugnazione di determinate categorie di atti amministrativi e l'introduzione di determinate azioni, va, per altro verso, aggiunto che la medesima prospettiva pone ulteriori problemi con riguardo alle differenze strutturali proprie del primo rimedio, quando esso sia confrontato con l'ordinario giudizio promosso davanti al T.A.R.

Tornano ancora una volta in rilievo le difficoltà inerenti al carattere

rere sul ricorso straordinario, pur offrendo indubitabili ed indubbie garanzie di terzietà e di indipendenza<sup>94</sup>, non potrebbe essere giudice né esercitare funzioni giurisdizionali, viepiù considerando la mancanza di uno degli aspetti identitari della giurisdizione, quello cioè della piena territorialità della stessa in ragione della nota, ancorché fortemente contestata, improponibilità del ricorso straordinario nelle materie di competenza della sezione autonoma di Bolzano del TRGA<sup>95</sup>.

<sup>74</sup> Constano, tuttavia, alcune pronunce dissonanti. Ad esempio, Cons. di Stato, II, 11 giugno 2018, n. 1517 ammette, in ragione del principio della pienezza della tutela, l'esperibilità dell'azione di adempimento.

<sup>75</sup> Recentemente, Cons. di Stato, II, 22 gennaio 2020, n. 545 commentata da A. CARBONE, *Ricorso straordinario: principio di alternatività e tutela risarcitoria*, in *Giur. it.*, 1893 s. Si consideri, anche, con rilievi possibilistici, P. TANDA, *Le nuove prospettive del ricorso straordinario al Capo dello Stato*, Torino 2014, 99, s. È favorevole anche la posizione di A. AULETTA, *Giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica: una partita chiusa?*, in *giustamm. it.*, 2011, per ragioni sostanzialmente analoghe. È più problematica, invece, la posizione di A. CARBONE, *Il ricorso*, cit., 102, il quale, tuttavia, propende per l'esperibilità dell'azione risarcitoria perché l'alternativa di proporla, con rito ordinario, entro il termine di 120 giorni dalla decisione sul ricorso straordinario confliggerebbe con la diversa opportunità di farla valere in pendenza del processo amministrativo con ricorso per motivi aggiunti.

dell'istruttoria che è ancor più labile di quella disciplinata dagli artt. 63 e s., c.p.a., e le difficoltà, parimenti rilevanti, di accesso al fascicolo d'ufficio per le parti.

A riguardo di tale ultimo profilo, va rammentato, infatti, che al rimedio straordinario non è stato esteso il processo amministrativo telematico<sup>76</sup>, cosicché il fascicolo rimane cartaceo<sup>77</sup> e anzi non esiste un fascicolo telematico direttamente consultabile, residuando alle parti l'onere di introdurre un'ordinaria istanza di accesso, che è formulata ai sensi della legge generale sul procedimento del 1990<sup>78</sup>, ma che è piuttosto equivoca

<sup>76</sup> Né pare facile attuare una tale estensione, almeno fino a che l'istruttoria resterà affidata al Ministero competente *ratione materiae*.

<sup>77</sup> Sempre ammesso che possa dirsi esistente un fascicolo d'ufficio, inteso in senso proprio. Salve le prassi semplificatrici e informali, lo scambio delle memorie, ad opera delle parti, avviene infatti presso il Ministero competente *ratione materiae*: G. MARTINI, *Il ricorso straordinario*, cit., *ibidem*: "Eventuali memorie e documenti vanno depositate presso il Ministero competente, riconoscendosi il diritto del ricorrente di accedervi[65] sulla base «di un principio generale [...] diretto a garantire la possibilità di conoscere in modo completo, effettivo e tempestivo, tutti gli elementi istruttori acquisiti dall'amministrazione, insieme alle deduzioni delle parti ed alla relazione conclusiva al Consiglio di Stato»". Lo stesso Consiglio di Stato (Cons. di Stato, Comm. Spec., 28 aprile 2009, n. 920) ha ritenuto opportuno formulare una sorta di prontuario, soprattutto in considerazione del sindacato su eventuali domande cautelari, stabilendo che "le Sezioni consultive si sono per lo più orientate ad invitare le Amministrazioni a far sì che: a) la relazione ministeriale venga preventivamente comunicata, d'ufficio, al ricorrente ed ai controinteressati notificati, assegnando ad essi un termine congruo (ad esempio, trenta giorni) per la presentazione di eventuali domande d'accesso ed un successivo analogo termine per la presentazione di osservazioni, memorie e documenti; b) scaduti i termini assegnati, la relazione, eventualmente integrata sulla base di quanto prospettato dal ricorrente e dai controinteressati, venga trasmessa a questo Consiglio, corredata dalla documentazione da essi prodotta, avvertendo le parti che avranno facoltà di trasmettere eventuali ulteriori sintetici chiarimenti direttamente all'Amministrazione stessa ed al Consiglio di Stato entro l'ulteriore termine di quindici giorni; c) venga puntualmente osservata la citata direttiva del Presidente del Consiglio dei ministri 27 luglio 1993, relativa alla necessità del rigoroso rispetto dei termini per l'istruttoria (centoventi giorni dalla scadenza del termine di sessanta giorni concesso per le eventuali iniziative dei controinteressati: art. 11 del DPR n. 1199/1971), la cui inosservanza comporta che la Sezione possa trarre elementi di convincimento dal comportamento omissivo dell'Amministrazione, ai sensi dell'art. 116 c.p.c., e quindi possa ritenere ammessi i fatti dedotti dalle parti private e non contestati, con le conseguenti eventuali responsabilità del responsabile del procedimento che con la sua omissione abbia indotto la Sezione ad esprimere un parere errato". Ma è quanto meno singolare l'autolimita che lo stesso Consiglio si è posto allorché a concluso, auspicando che "la Presidenza del Consiglio dei Ministri adottò una nuova direttiva, integratrice della precedente del 27 luglio 1993, al fine di assicurare anche alla giustizia amministrativa in sede consultiva un'effettività adeguata e costituzionalmente orientata".

<sup>78</sup> Anche in questo caso ci si trova a una sorta di regolamentazione di fatto, o pretoria, del modo con cui tale accesso viene esercitato. Valga dunque richiamare Cons. di



Stato, I e II, 21 marzo 2012, n. 4648: “Considerando la natura formalmente amministrativa (anche se sostanzialmente equiparata per molti tratti alla giurisdizione) del ricorso straordinario, nonché le norme del nuovo codice del processo amministrativo che al ricorso straordinario fanno direttamente o indirettamente riferimento, si può ritenere che l’Amministrazione competente debba concedere l’accesso soltanto alle parti del procedimento, senza che ad esse spetti di provare in modo concreto ed attuale l’interesse all’accesso, avente natura strumentale alla realizzazione del contraddittorio. Il diritto di accesso ai documenti del ricorso straordinario, acquisiti dall’Amministrazione, è da ritenere esistente *in re ipsa* (in ciò concordandosi con l’opinione espressa dalla Presidenza del consiglio dei ministri, DAGL, nella compiuta disamina effettuata circa l’istituto in discussione e trovando così risposta anche il quesito circa la posizione delle parti pubbliche in nulla diversa da quella delle altre parti perché tutte legittimate all’accesso per un interesse legato alla loro mera qualità di parti del giudizio, per il resto non essendovi motivi per disattendere quanto deciso dalla Commissione per l’accesso nella seduta del 2 febbraio 2010). Si pone poi il problema se, pur a prescindere da una espressa istanza della parte, sia altresì possibile, in diretta applicazione dei principi generali in materia di esercizio di diritto di difesa in giudizio, individuare un obbligo di ostensione degli atti in capo all’Amministrazione procedente. In pratica si ritiene che accanto all’interesse *in re ipsa* all’accesso agli atti a fini difensivi, sussista anche una sorta di dichiarazione tacita di volontà di voler accedere a detti atti, al momento debito e per le stesse finalità da parte di chi non vi abbia espressamente rinunciato. In tal senso è l’opinione del Dipartimento affari giuridici della Presidenza del Consiglio che cita il diritto di difesa in giudizio come ragione della officiosità dell’accesso. Le Sezioni riunite del Consiglio di Stato ritengono tuttavia in proposito che vada mantenuta una differenza fra procedimento per ricorso straordinario e processo, tale che l’accesso agli atti vada concesso solo alla parte che effettivamente lo richieda, senza che il diritto assuma carattere officioso. In primo luogo – come rilevato più volte – l’equiparazione al processo non è completa e totale. In secondo luogo, il diritto di difesa in giudizio si esplica nelle norme processuali che prevedono la difesa tecnica e le regole del contraddittorio processuale, mentre il diritto di difesa, nel procedimento per ricorso straordinario, va modulato in relazione alle caratteristiche dell’istruttoria officiosa di competenza dell’Amministrazione ministeriale. Un accesso indiscriminatamente assicurato anche a coloro i quali non lo abbiano chiesto si traduce in un indubbio – e non previsto dalla legge – aggravio procedimentale, che può dirsi contrario sia al principio costituzionale del buon andamento dell’amministrazione (art. 97 Cost.) che al divieto di aggravamento del procedimento amministrativo (art. 1, comma 2, della legge n. 241 del 1990). Inoltre si è già sottolineato come per la Corte CEDU (caso Nardella) non sia applicabile l’art. 6 relativo alle regole del giusto processo, stante il carattere amministrativo del rimedio (ed alla conseguente impugnabilità del decreto decisivo del Capo dello Stato innanzi al Tar sia pure per *errores in procedendo* ossia per vizi di forma e di procedura del procedimento medesimo Cds, V, 27 febbraio 2007, n. 999). In ogni caso, l’Amministrazione deve comunicare il momento conclusivo dell’attività istruttoria e i relativi esiti (ossia la relazione ex art. 11, comma 1, D.P.R. n. 1191/1971) non soltanto a coloro che abbiano effettivamente dichiarato di voler accedere a tali atti, bensì a tutte le parti che non abbiano reso una dichiarazione espressa in senso contrario. Quanto ai documenti acquisiti ed agli eventuali atti difensionali che siano stati già depositati dalle altre parti, purché anteriormente all’esito dell’istruttoria essi rimarranno conoscibili a mezzo di apposita istanza di accesso, sempre che sia stata formulata in qualsiasi momento durante l’istruttoria e senza che per la sua formulazione occorran forme particolari o sacramentali. L’i-

e incoerente se confrontata con il carattere giurisdizionale che si intende

stanza di accesso può essere presentata sia contestualmente al ricorso, sia anche in ogni momento nel corso dell'istruttoria, in ogni caso nessuna ulteriore dichiarazione può essere inoltrata dalle parti dopo la scadenza del termine previsto dall'art. 11 del D.P.R. 1199/1971 per l'espletamento di tale attività. Il Consiglio di Stato ritiene, infatti, per economia dei mezzi, che il contraddittorio tra le parti debba necessariamente concludersi nell'ambito della fase istruttoria che si svolge innanzi all'Amministrazione. Ciò al fine di distinguere nettamente la fase istruttoria e la fase decisoria del procedimento. In conseguenza di ciò può dirsi che, con la trasmissione degli atti al Consiglio di Stato per il parere, si realizzi una preclusione istruttoria, del tutto simile a quella che nel processo deriva dalla spedizione della causa a sentenza. Inoltre, si aggiunge che qualora le parti abbiano manifestato tempestivamente l'intenzione di accedere agli atti dell'istruttoria, l'Amministrazione dovrà consentire l'accesso agli atti del procedimento, fissando un termine congruo per l'eventuale deposito di memorie, deduzioni difensive e documenti identico per tutte le parti (in modo da non favorirne alcune). Dopo il termine per le repliche non v'è spazio per un ulteriore accesso alle repliche ed un ulteriore termine per le controrepliche, poiché le cadenze normativamente previste per l'istruttoria non lo permetterebbero. Ciò non significa che il Consiglio di Stato non possa restituire gli atti all'amministrazione per permettere l'esercizio del diritto di accesso (con conseguente regressione del procedimento) le quante volte siano emersi, con la relazione o nel corso dell'istruttoria, fatti nuovi o nuove esigenze processuali di fatto o di diritto in ordine alle quali sia necessario stabilire un compiuto contraddittorio. Ciò ovviamente potrà avvenire anche nel caso in cui una parte richieda l'accesso agli atti, sia pure tardivamente, oltre il termine di legge previsto per la chiusura dell'istruttoria e dopo la trasmissione degli atti al Consiglio di Stato evidenziando la necessità di un ulteriore momento di specifico contraddittorio procedimentale. Sono invece da escludere ulteriori istanze di accesso, successive alla definizione dell'istruttoria, non potendosi concedere termini ulteriori, né proroghe di quello già assegnato: nell'ipotesi contraria il procedimento non avrà mai fine, o si aprirebbe ad un contraddittorio giurisdizionale analogo a quello di cui all'art. 73, comma 1, c.p.a. (ciò che non risulta previsto dalla normativa vigente la quale deve sempre rimanere rispettosa della scelta giurisdizionale negativa che è stata compiuta da tutte le parti del ricorso straordinario). Relativamente al termine da assegnarsi a tutte le parti per presentazione di memorie, può considerarsi congruo qualunque termine che sia ragionevole; tale in linea di massima potrebbe considerarsi ogni termine dell'ordine di trenta giorni, decorrente dalla comunicazione dell'accoglimento dell'istanza di accesso. Ordinariamente ne deriva che l'istruttoria – che ai sensi degli articoli 9 e 10 del d.P.R. n. 1199 del 1971 – dura massimo centoottanta giorni deve essere conclusa in centocinquanta giorni, per tener conto dei trenta giorni del termine successivo all'accesso delle parti alla documentazione. Ma nei casi in cui non fosse possibile rispettare il termine dei centocinquanta giorni resta inteso che una volta scaduto il termine di trenta giorni (o l'altro termine congruo) successivo all'accesso, l'affare deve immediatamente essere trasmesso al Consiglio di Stato. A fronte di questo quadro d'insieme della procedura di accesso agli atti, resta evidentemente auspicabile una riforma normativa che sia in grado di disciplinarla puntualmente al fine di rendere effettivi i principi del contraddittorio e della parità delle armi, considerando l'ormai consolidata tendenza di ritenere il ricorso straordinario al Capo dello Stato uno strumento sostanzialmente giurisdizionale e, comunque, considerata l'opportunità di ricorrere ampiamente all'informatica per risolvere i problemi organizzativi divisiati”.

riferire all'espeditente<sup>79</sup>.

Non meno incoerente con la raffigurazione di un vero e proprio processo speciale, analogo e *alternativo* a quello ordinario celebrato davanti al giudice amministrativo, è l'insussistenza, nel ricorso straordinario, di istituti tipici del processo amministrativo, quali sono ad esempio quelli relativi alla perenzione ordinaria e alla (per quanto, in generale, essa sia discutibile) perenzione ultraquinquennale o quelli concernenti l'interruzione del processo<sup>80</sup>, nonché la mancanza di una trattazione orale (che

<sup>79</sup> M. ANDREIS, *Ricorso straordinario e azione di ottemperanza*, in *Urb. e app.*, 2011, 552: "A stretto rigore, se il ricorso straordinario è un ricorso giustiziale (inteso come processo amministrativo non giurisdizionale) o ancor più se fosse del tutto equiparabile al ricorso giurisdizionale, la sua struttura non sarebbe certo assimilabile a quella del procedimento amministrativo; non potrebbe dunque farsi ricorso alla L. n. 241/1990 in caso di vuoto normativo. La questione non è priva di significato, tenuto conto che gli indirizzi ampliativi del contraddittorio e della partecipazione in sede di gravame straordinario da qualche tempo introdotti dalle Sezioni consultive sembrano fondarsi proprio sulla L. n. 241/1990".

<sup>80</sup> Così Cons. di Stato, I, 19 maggio 2021, n. 1067, che, per escludere l'applicazione dell'istituto si richiama, singolarmente, al carattere formalmente amministrativo – e non giurisdizionale della decisione: "La Sezione osserva preliminarmente che il decesso della ricorrente non interrompe l'iter procedurale per la decisione del ricorso straordinario, atteso che in questa sede non trova applicazione l'istituto processuale della interruzione per morte del ricorrente, previsto solo per il processo (artt. 79, comma 2, c.p.a. e 299 c.p.c.). Giova rilevare invero che il d.P.R. n. 1199 del 1971 lascia la fattispecie del decesso del ricorrente priva di specifica disciplina ed è stata giurisprudenza delle Sezioni consultive di questo Consiglio, più volte intervenuta sulla questione, a chiarire che non assume rilievo, ai fini della prosecuzione dell'iter del ricorso straordinario, la circostanza dell'intervenuto decesso della parte ricorrente (cfr. Cons. St., sez. III, n. 22 giugno 1999 n. 301; Cons. St., sez. II, 13 agosto 2015 n. 2406; CGA 23 maggio 2018, n. 205; CGA 29 novembre 2017, n. 959). Tale conclusione trae argomento dalle peculiarità del ricorso straordinario che, ad esempio, non impone alcuna attività alla parte interessata dopo la presentazione del ricorso, non richiede l'assistenza di un difensore e non prevede specifici adempimenti formali ai fini di far constare la conoscenza legale dell'evento interruttivo (così, ad esempio nel parere del Consiglio di Stato, sez. III, 22 giugno 1999 n. 301 che ha escluso la sussistenza dei presupposti per disporre l'interruzione del procedimento per la decisione del ricorso straordinario, ritenendo dunque non applicabili le disposizioni sul processo dinanzi al giudice amministrativo, allora vigenti, di cui all'articolo 24 della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, recante espresso rinvio agli articoli 299 e seguenti del codice di procedura civile, in quanto applicabili). Occorre ancora osservare che, con parere del 10 marzo 2014, n. 780, reso all'Adunanza del 8 gennaio 2014, la Sezione – in risposta al quesito proposto dal Ministero dell'interno "concernente i ricorsi straordinari al Presidente della Repubblica, ai sensi degli articoli 8 e seguenti del d.p.r. 24 novembre 1971 n. 1199 in caso di morte del ricorrente. Eventuali adempimenti dell'amministrazione referente ai fini della conclusione del procedimento e specificatamente della notifica del Decreto del Presidente della Repubblica di decisione del ricorso straordinario" – ha ritenuto che il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica è da classificare, anche dopo l'entrata in vigore del codice del processo amministrativo, approvato con d.lgs. 2

comporta l'impossibilità di concepire la produzione della relativa istanza di fissazione dell'udienza).

È, inoltre, di un certo rilievo, il fatto che la difesa nel procedimento per ricorso straordinario possa essere sostenuta anche in difetto di un ministero tecnico, la cui presenza, nel processo amministrativo ordinario, è invece necessaria in virtù di quanto previsto dall'art. 22 c.p.a. e con le eccezioni del successivo art. 23, sicché si fatica a comprendere perché un ricorso da presentarsi al T.A.R. la parte debba provvedersi dell'assistenza di un avvocato, mentre ne possa essere esentata quando intenda rivolgersi direttamente e in unico grado al Consiglio di Stato (che peraltro è inserito nel novero delle c.d. magistrature superiori).

Più in generale, infine, se è sostenibile che molte di queste divergenze strutturali tra l'ordinario processo amministrativo e l'ipotetico rito speciale *alternativo, omisso medio*, introdotto per il tramite del ricorso straordinario potrebbero essere giustificate allegando che le relative lacune processuali rientrano pur sempre nella disponibilità delle parti che accettano di essere assoggettate al rito alternativo o che le stesse possono essere riferite alla discrezionalità del legislatore<sup>81</sup> senza che vengano meno le caratteristiche e le garanzie proprie del processo<sup>82</sup>, altre ancora non

luglio 2010 n. 104, quale provvedimento "formalmente amministrativo" anche se l'art. 69 della legge 18 giugno 2009, n. 69 ha attribuito al parere natura vincolante, eliminando la possibilità per il Consiglio dei ministri si discostarsi dal parere stesso. Tuttavia, anche se il parere del Consiglio di Stato è divenuto vincolante, assumendo forma di atto giustiziale, il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica nel suo complesso e, in particolare, il provvedimento che definisce il gravame, cioè il decreto del Presidente della Repubblica, è da classificare formalmente provvedimento amministrativo, soggetto alle formalità del procedimento amministrativo. Tutto ciò posto, la Sezione ha sempre concluso nel senso che il ricorso straordinario non è soggetto alla disciplina dell'interruzione e che l'Amministrazione deve procedere alla notifica del decreto che ha definito il gravame nei modi e nei termini previsti per i provvedimenti amministrativi".

<sup>81</sup> Così per quanto attiene, in particolare, alla limitata schiera delle domande proponibili con il ricorso straordinario. Sembra in ogni caso discutibile che, ammessa la giurisdizionalizzazione, non possa estendersi almeno l'azione di nullità, preista dall'art. 31, comma 4, attesa la natura sostanzialmente costitutiva e caducatoria della stessa, messa in risalto dall'esistenza di un termine perentorio per la sua proponibilità, decorso il quale gli effetti del provvedimento amministrativo nullo non possono più essere contestati, che portano a configurarla come una sorta di azione di annullamento aggravata.

<sup>82</sup> Per quanto attiene, specificamente, alla possibilità di introdurre il ricorso straordinario anche in difetto di una difesa tecnica, la giurisprudenza è costante nell'affermare che quello alla difesa *in proprio*, benché non costituisca un diritto costituzionalmente garantito del singolo, è tema tuttavia che rientra nella discrezionalità del legislatore. In tal senso, Cons. di Stato, V, 5 dicembre 2014, n. 6015. Peraltro, anche non accettando l'ipotesi della giurisdizionalizzazione, occorrerebbe riconoscere che, comunque, le parti

sembrano altrettanto facilmente giustificabili, perché mettono in crisi la coerenza dello stesso sistema così come qui ricostruito.

A tal proposito, oltre al problema dell'irrazionalità di cui già si è fatto cenno, dell'impossibilità di gravare con il ricorso straordinario gli atti amministrativi privi del carattere di definitività, si allude, in particolare, alla questione del termine di impugnazione, che, come è risaputo, è ben più lungo di quello previsto per l'introduzione davanti ai tribunali amministrativi dell'azione di annullamento prevista dall'art. 29 c.p.a.

La diversa misura di tale termine<sup>83</sup> pone, invero, problemi non risolvibili di asimmetria che sono incoerenti con una ricostruzione in termini di alternatività del rito; per altri aspetti essa, allo stato attuale, pare essere difficilmente comprensibile<sup>84</sup>.

I profili di asimmetria emergono quando risulti essere già spirato il termine di sessanta giorni per la notificazione del ricorso in annullamento davanti al tribunale amministrativo territoriale e non sia ancora scaduto quello per la presentazione del ricorso straordinario.

Una volta, infatti, che sia stato configurato il ricorso straordinario alla stregua di un rito speciale e *alternativo*, l'esistenza di uno *spazio temporale* in cui sarebbe ricevibile solo il primo ricorso e non sarebbe ricevibile il ricorso al Tribunale amministrativo colliderebbe con il concetto stesso di alternatività rispetto al rito ordinario, perché in quel medesimo *spazio* al potenziale ricorrente non resterebbe altra strada se non quella di sollevare il gravame straordinario.

Di talché, l'esistenza di tale eventualità finisce, in ultima istanza, per illustrare la ragione effettiva per la quale, prevalentemente, è eletto il ricorso straordinario.

Detta ragione, come è noto a ogni pratico, non risiede nella decisione di saltare il primo grado di giudizio onde sottoporre la questione immediatamente al Consiglio di Stato, ma nella più prosaica opportunità

che accettino che la controversia venga risolta in sede straordinaria ugualmente sarebbero soggette all'efficacia della relativa decisione, fatti salvi i rimedi impugnatori che, come è noto, sono assai più ristretti di quelli che valgono per l'ordinaria impugnazione di un altro provvedimento amministrativo.

<sup>83</sup> A cui peraltro non è mai stata applicata la sospensione feriale, prevista dall'art. 1, l. 7 ottobre 1969, n. 742, proprio per il carattere non giurisdizionale del rimedio che impedisce di qualificare come "termine processuale" quello per l'introduzione del ricorso. Cfr. di recente, Cons. di Stato, I, 15 settembre 2021, n. 1503.

<sup>84</sup> Non lo era, invece, nell'impianto originario della riforma del 1907, posto che l'art. 4 della legge n. 62, consentiva l'esperimento del ricorso straordinario solo dopo che fosse scaduto il termine per la proposizione del ricorso al Consiglio di Stato.

di cercare di recuperare un termine ormai scaduto, tanto che la stessa conversione del rito da straordinario in ordinario, per effetto dell'opposizione presentata dai controinteressati intimati o dalla parte resistente e della costituzione in giudizio *ex art. 48 c.p.a.*, può essere, a tal fine, persino auspicata dal ricorrente che in tal modo viene a recuperare l'accesso al pieno processo amministrativo, con la relativa istruttoria, il relativo fascicolo e la relativa udienza.

Sempre quanto al termine, non si comprende, infine, neppure la coerenza di un sistema che, per un verso, consente alle parti di saltare un grado di giudizio (nella prospettiva, evidentemente, di giungere a una definizione più sollecita della lite), mentre, per altro verso consente alle medesime di esperire tale più celere forma di processo entro un termine più lungo.

Pare così che, anche a voler ricostruire il ricorso straordinario come un rito speciale e *alternativo* inserito nell'unitario processo amministrativo, ne emerga un quadro, in definitiva, piuttosto disordinato e scarsamente razionale, cosicché sembra doversi concludere che le tesi sulla giurisdizionalizzazione non sarebbero sostenibili neppure se si volesse ricorrere a questa particolare configurazione del rimedio.

Più in generale, emerge, a sunto di tutte le considerazioni sin qui sviluppate, che dette tesi tendano a rimodellare un istituto nato con altri scopi e con altri presupposti<sup>85</sup>, senza potere tuttavia modificarne la natura essenziale e finendo per proporre una *nuova* figura che, però, attinge alla *vecchia*. Il tutto non per qualche motivata ragione, ma solo per il fatto che detta figura preesiste e che va salvaguardata, al prezzo, tuttavia, di descrivere un ibrido ormai difficilmente comprensibile e scarsamente giustificabile<sup>86</sup>.

<sup>85</sup> Già in epoca anteriore al procedimento di giurisdizionalizzazione, L. VIOLA, *Il ricorso straordinario*, cit, *ibidem*, avvertiva: "non ha molto senso aprire "nuove strade" di tutela a livello generale, se prima non si procede oltre nell'opera quotidiana di aggiornamento "interno" della vecchia strumentazione giuridica alle nuove necessità".

<sup>86</sup> Assai significative le riflessioni di F. FRENI, *L'amministrazione giustiziale nel prisma della Costituzione: il 'nuovo' ricorso straordinario al Capo dello Stato nella legge 18/06/09*, n. 69, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 223: "Questo «nuovo» ricorso straordinario è, insomma, un istituto ibrido: amministrativo solo nel nome, e – ormai – giurisdizionale nella sostanza: in dichiarato omaggio al quantum di effettività di tutela ritraibile, il rimedio assume le vesti di un atipico subricorso in unico grado, sfornito però delle più elementari garanzie in tema di contraddittorio e giusto processo. Un ircocervo caratterizzato dalla segretezza dell'istruttoria, dall'unilateralità del contraddittorio scritto, dall'assenza di discussione orale, dalla dipendenza del tempo della decisione dalla volontà di autorità amministrative e – buon ultimo – dall'impossibilità per le parti di fruire del ricorso in Cassazione per motivi di giurisdizione preveduto dall'ultimo comma dell'art. 111 Cost. Un pericoloso

87.

## 9. Conclusioni e una proposta de iure condendo

L'indagine è pervenuta al punto in cui è necessario trarre alcune conclusioni.

emulo del processo, insomma: sfornito, però, di quelle fondamentali garanzie che consentirebbero di considerarlo tale a pieno titolo. Ancora una volta, insomma, quel pervasivo accidente costituito dall'effettività della tutela pretesamente garantita al ricorrente, sembrerebbe avere la meglio su ragioni di ordine sistematico che, in quanto tali, dovrebbero costituire un *prius* nell'azione del legislatore. E ciò, con la paradossale conseguenza di operare una sostanziale riduzione delle garanzie del cittadino. La riforma ha, per concludere, l'effetto (per riprendere le argomentazioni che, nel lontano 1953, Mario Nigro opponeva alla costituzionalità del rimedio di creare un istituto parallelo a quello giurisdizionale, munito di garanzie assolutamente improprie: con la duplice conseguenza di precludere la riconducibilità del ricorso straordinario all'unico paradigma costituzionale possibile (quello dell'art. 100 Cost.) e – al contempo – di rivitalizzarne quei profili di incostituzionalità che la positivizzazione operata dal d.P.R. 1199 (di concerto con l'opera della giurisprudenza) aveva scientemente neutralizzato. Non è, insomma, ancora un vero processo e non è più un rimedio di amministrazione giustiziale, quanto meno non nell'accezione – costituzionalmente orientata – di amministrazione giustiziale che si è tentato di fornire. Il ricorso straordinario è consegnato così – al di qua della trista riviera d'Acheronte – in un limbo grigio, da cui, *rebus sic stantibus*, difficilmente potrà emergere”.

<sup>87</sup> Chi scrive, pertanto, giunge a conclusioni diverse da quelle a cui perviene, pur partendo da presupposti simili S. BATTINI, *Aggiornamenti sul ricorso straordinario al Capo dello Stato: l'ircocervo esiste*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 1186: “L'ambiguità e l'ambivalenza, a ben vedere, sono condizione della stessa sopravvivenza, e anche del discreto successo, del ricorso straordinario al Capo dello Stato. Per un verso, un rimedio alternativo alla giurisdizione può sopravvivere solo se è strumento di tutela che, dal punto di vista dell'effettività e delle garanzie, è sostanzialmente assimilabile a un rimedio giurisdizionale; come è stato osservato, «in tanto la via giurisdizionale può essere limitata, in quanto la via amministrativa sia ad essa equiparabile» o, altrimenti detto, «quanto più la via amministrativa è – in termini di garanzie previste e di utilità sostanziali conseguibili dal ricorrente – assimilabile alla via giurisdizionale, tanto maggiori sono le possibilità che l'utilizzo del rimedio straordinario non si traduca in un abbassamento del livello minimo di tutela fissato dai parametri costituzionali». Il ricorso straordinario, pertanto, deve essere almeno tanto “giurisdizionale” da giustificare la facoltà dell'organo decidente di sollevare questioni di legittimità costituzionale e l'esperimento di rimedi effettivi per garantire l'esecuzione delle decisioni. Ma, d'altra parte, se la tendenza alla “giurisdizionalizzazione” si spingesse troppo avanti, fino a far diventare il ricorso straordinario un semplice rito speciale, nell'ambito della giurisdizione amministrativa, esso inevitabilmente perderebbe, presto o tardi, le caratteristiche di snellezza, rapidità, informalità, economicità, che costituiscono, invece, la ragion d'essere di tale istituto così come di tutti gli strumenti di risoluzione delle controversie “alternativi” alla giurisdizione. Il ricorso straordinario, dunque, è necessariamente ambiguo: deve essere giurisdizionale; ma non troppo. O è ibrido, oppure non è”.

Indipendentemente dalla fondatezza delle tesi che favoriscono una giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario, per la verità piuttosto discutibili, le aporie e le incongruenze applicative a cui dette tesi si espongono sollecitano un ulteriore interrogativo che, in definitiva, si concentra sull'utilità e sull'attualità di un tale rimedio, cosicché non è forse improvvido auspicarne l'abrogazione.

Invero, si potrebbe obiettare che i profili di incoerenza messi sin qui in evidenza sussisterebbero indipendentemente dalla configurazione del ricorso straordinario come rito *alternativo* del processo amministrativo<sup>88</sup>.

Il rilievo, in un certo senso, è vero.

Del resto, il dibattito sull'utilità di mantenere il rimedio è assai risalente e, come si è sopra riferito, esso va fatto risalire al periodo immediatamente successivo alla riforma dettata dalla l. 7 marzo 1907, n. 62, che, introducendo il termine di decadenza per la proponibilità del ricorso straordinario, lo aveva allontanato definitivamente dalle prerogative graziose del Sovrano.

Se, pertanto, il ricorso straordinario trascina con sé vizi in un certo senso *congeniti* o, quanto meno ormai risalenti, sembra, tuttavia, di doversi sostenere che l'emersione di tali incongruenze e aporie sia stata rafforzata proprio dalla valorizzazione del ricorso straordinario come vero e proprio giudizio e che, fino a quando era opinione generale che il rimedio avesse carattere amministrativo o, al più, meramente giustiziale, dette incongruenze fossero tollerate per il fatto che il medesimo ricorso costituiva una tutela ulteriore rispetto a quella giurisdizionale, la cui utilità, in genere, si riduceva nel permettere di recuperare termini d'impugnazione ormai scaduti.

Una volta, però, che si sostenga che tale caratteristica amministrativa del ricorso straordinario sarebbe venuta meno e che, con la giurisdizionalizzazione, il gravame varrebbe alla stregua di un vero e proprio rito sostitutivo dell'ordinario ricorso al tribunale territoriale, inserito pienamente nella struttura del processo amministrativo strettamente inteso, questi profili di incoerenza non sembrano più in alcun modo giustificati.

Il che, ben inteso, sembra ben possibile.

Le concessioni alla coerenza del sistema – alcune sostenibili, altre

<sup>88</sup> Tale, in particolar modo, è la preclusione alla impugnazione con ricorso straordinario degli atti non definitivi, scarsamente comprensibile dopo che la regola della definitività è venuta meno, nel giudizio amministrativo, per effetto della legge T.A.R. e che forse trova giustificazione unicamente nello scopo di non svilire, più di quanto già non siano vili, i ricorsi amministrativi ordinari.



meno facilmente promovibili – sono, invece, tali che davvero si pone il dubbio che un rimedio così concepito non abbia più molto senso e che lo stesso debba essere abolito<sup>89</sup>.

<sup>89</sup> A conclusioni analoghe perviene anche A. SCOGNAMIGLIO, *Il ricorso straordinario al Capo dello Stato: un istituto ancora irrisolto*, in *Giur. it.*, 2014, 1982: “Se invece la prospettiva è quella di un rito speciale, alternativo al rito ordinario, attivabile su accordo delle parti, articolato “in un unico grado di giurisdizione”, del vecchio istituto ben poco merita di essere conservato; probabilmente il meccanismo della opposizione/riciesta di trasposizione, come mezzo di espressione del consenso delle parti convenute alla scelta del rito semplificato”. Quasi richiamando quanto rilevato da V. BACHELET, *Ricorso straordinario*, cit., 812 (che ravvisava in esigenze pratiche l’unica utilità del permanere dell’istituto), S. BATTINI, *Aggiornamenti*, cit., 1187, ritiene, tuttavia, che tale utilità permanga, pur dando atto della necessaria ambiguità dell’istituto così come oggi conformato, per ragioni eminentemente empiriche: “Si potrebbe a questo punto replicare che del ricorso straordinario, quale strumento alternativo alla giurisdizione, se ne potrebbe anche fare a meno, disciogliendo appunto l’antico, e ormai obsoleto, rimedio amministrativo nel mare della funzione giurisdizionale. Del resto, la prospettiva di un’imminente scomparsa ha sempre connotato la vita dell’istituto. Ma quella scomparsa non è mai finora avvenuta, per ragioni che appaiono, oggi, ancora valide, forse più di ieri. Non si allude tanto a ragioni di legittimità costituzionale: si è già osservato che non mancano argomenti per sostenere la «necessità costituzionale di un rimedio giustiziale affidato al Consiglio di Stato». Nemmeno si allude alla circostanza, indubbiamente vera, che la tendenza attuale dell’ordinamento, fortemente incoraggiata dal diritto europeo, è caratterizzata dall’espansione, anziché dallo svuotamento, della sfera dei rimedi alternativi alla giurisdizione e della c.d. amministrazione giustiziale, a fini di effettività della tutela e di «differenziazione dell’offerta di giustizia». Si vuole invece alludere a una circostanza pratica, che emerge con chiarezza dai dati statistici: solo nel 2013 sono stati ben 5.189 i ricorsi straordinari definiti con parere del Consiglio di Stato, cifra che corrisponde alla quasi totalità dell’attività consultiva svolta (5.417 pareri) ed è più della metà dei ricorsi giurisdizionali definiti dal medesimo Consiglio di Stato (pari a 10.183)”. Cfr. altresì, C. VOLPE, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica: un rimedio antico ma ancora attuale?*, in *giustamm.it*, 2015: “Il ricorso straordinario fa parte della storia del Consiglio di Stato. Anzi è proprio il ricorso straordinario una delle ragioni che differenzia il Consiglio di Stato, nell’ambito della funzione consultiva allo stesso costituzionalmente attribuita, dal giudice amministrativo di primo grado. Tra Consiglio di Stato e ricorso straordinario si è verificata una relazione bidirezionale: il ricorso straordinario ha “arricchito” (nelle funzioni) il Consiglio di Stato e il Consiglio di Stato ha “arricchito” il ricorso straordinario, nel senso che la sua giurisprudenza ha contribuito a rafforzare le garanzie delle parti e a definire il procedimento ben al di là dei ristretti confini disegnati dal d.P.R. n. 1199/1971. Nell’ambito di meditazioni in tema di riforma della giustizia amministrativa forse è il caso di incominciare a pensare a una soppressione, o meglio ad un “pensionamento” del ricorso straordinario; il quale non è costituzionalmente imposto, così che il legislatore ordinario è libero di non prevederlo”. Quanto all’utilità pratica, l’A. aggiunge: “Negli ultimi due anni, 2014 e 2013, sono pervenuti al Consiglio di Stato una media di ricorsi straordinari di poco superiore a 3.000 all’anno (per l’esattezza 3.271), mentre quelli definiti sono stati in numero nettamente superiore. Attualmente, nelle sezioni I e II del Consiglio di Stato, la cui attività è quasi del tutto dedicata a rendere il parere sui ricorsi straordinari – essendo

E se l'unico motivo per il quale il ricorso straordinario è ancora tollerato (fermo restando che non sembra possibile sostenerne una sua implicita costituzionalizzazione<sup>90</sup>) starebbe, appunto, nella maggior ampiezza del termine per presentare il gravame<sup>91</sup>, vista come un'estrema ancora di

numericamente esigua la risposta ai quesiti chiesti dalle amministrazioni – sono assegnati 20 magistrati (dei circa 100 in forze al Consiglio di Stato), che in tal modo vengono sottratti alle sezioni giurisdizionali. Il dato numerico di più di 3.000 ricorsi all'anno in entrata non è di poco conto, essendo superiore a quello dei ricorsi in entrata in diversi Tar e sezioni staccate. Ma se si creasse veramente un sistema effettivo e funzionale di deflazione di tutto il contenzioso amministrativo, che faccia da filtro all'accesso alla giurisdizione, si potrebbe pensare a eliminare il ricorso straordinario nell'ambito anche di una riforma complessiva della funzione consultiva del Consiglio di Stato – costituzionalmente riconosciuta ex art. 100, comma primo, della Cost. – che veda l'Istituto maggiormente coinvolto nella produzione normativa anche non solo statale. Il che consentirebbe di incrementare le risorse umane da destinare all'attività delle sezioni giurisdizionali del Consiglio e la conseguente produttività". In effetti, anche a voler affrontare un tale piano di valutazioni, la posizione di Battini forse non esprime una valutazione del tutto attuale, come dimostra la progressiva riduzione del numero delle sezioni consultive del Consiglio di Stato da tre a una e, corrispondentemente, l'incremento delle sezioni giurisdizionali da tre a sei. *L'appel* verso il rimedio, del resto, sembra essere sensibilmente scemato da quando è stato esteso allo stesso il regime del contributo unificato proprio del processo amministrativo propriamente detto: P. QUINTO, *L'onerosità del ricorso straordinario: il prezzo per la giurisdizionalizzazione*, in *Foro amm.*, 2011, 2636.

<sup>90</sup> Sul punto è concorde anche F. FRENI, *L'amministrazione giustiziale nel prisma della Costituzione*, cit., 222 s. che, muovendo da una lettura dell'art. 100 Cost., è invece favorevole alla costituzionalizzazione di generici rimedi giustiziali interni all'autorità amministrativa. La tesi è sviluppata anche nello studio sempre di F. FRENI, *Il nuovo ricorso*, cit., 93, ove (p. 100 s.) pone in evidenza un ulteriore dubbio, quanto alla conformità alla Costituzione della giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario. L'A., infatti, reputa che il richiamo alla funzione di rendere giustizia "nell'amministrazione" a cui fa riferimento l'art. 100 Cost. non concerna l'esercizio della funzione giurisdizionale, quanto quella di rendere giustizia attraverso rimedi interni, sicché il ricorso straordinario ne costituirebbe l'esempio più evidente. Una volta affermata la caratteristica giurisdizionale dell'istituto verrebbe così meno la sua *copertura* giurisdizionale. Precedentemente, negli stessi termini, V. BACHELET, *Ricorso straordinario*, 813. In passato è stata sostenuta, tuttavia, persino l'incompatibilità dell'istituto con la sopravvenuta Costituzione: E. CIARDULLI, *Il ricorso straordinario al Capo dello Stato e la nuova Costituzione*, in *Rass. Adv. Stato*, 1951, 43, per incompatibilità con l'art. 113 Cost. che avrebbe fissato un sindacato sugli atti amministrativi riservato alla sede giurisdizionale.

<sup>91</sup> L'introduzione di un termine per la proposizione del ricorso straordinario, originariamente di centottanta giorni, è dovuta all'art. 2, l. 7 marzo 1907, n. 62 e il fatto che detto termine fosse più ampio trovava spiegazione nel fatto che, in virtù dell'art. 4 della medesima legge, il ricorso al Re non poteva essere esperito se non fossero decorsi i termini per impugnare il provvedimento stesso in sede giurisdizionale. Prima di detta riforma, il ricorso straordinario era proponibile senza doversi rispettare alcun termine perentorio, in ossequio al carattere originario dell'istituto che ravvisava nel monarca l'organo di ultima, definitiva e graviosa istanza. In tal senso, v. L. RAGNISCO, *Il ricorso in via straordinaria*, cit.,

salvezza per i ricorrenti e per i patroni un po' distratti; se il motivo per mantenere il ricorso straordinario si dovesse ridurre a questo e solo a questo, nulla impedirebbe, con un unico intervento riformatore, di disporre l'abrogazione del ricorso straordinario e, nel contempo, di prevedere che il termine generale per presentare al T.A.R. l'azione di annullamento debba essere di centoventi e non di sessanta giorni<sup>92</sup>.

Tutto questo non comporterebbe, a ben vedere, un grande cambiamento, stante il fatto che già adesso il provvedimento amministrativo, purché sia suscettibile di gravame straordinario, non raggiunge la piena inoppugnabilità prima della scadenza di tale più lungo termine.

L'eventuale riforma, da attuarsi nel modo sin qui descritto, inoltre, consentirebbe di superare i limiti alle tutele che da un termine di sessanta giorni – in alcuni casi troppo breve (specie quando la fase preliminare di istruttoria della causa richiedesse per il ricorrente l'esperimento di non brevi procedimenti per l'accesso ai documenti amministrativi) – potrebbero derivare.

Dette conclusioni non impediscono, però, di considerare in modo più ampio il quadro che l'emersione delle tesi sulla giurisdizionalizzazione hanno contribuito a delineare e di cogliere quel che di proficuo indiscutibilmente promana dalle stesse.

In effetti, va riconosciuto che l'indagine che, negli ultimi anni, si è sviluppata circa la natura del ricorso straordinario non è di per sé sterile né improduttiva, sicché tutte le sue risultanze non meritano affatto di essere scartate.

Essa, anzi, si presta a essere valorizzata proprio nell'esito a cui essa sembra in definitiva condurre e, quindi, per la possibilità che il processo amministrativo possa conoscere, accanto al rito ordinario, anche un rito

61 e il parere Cons. di Stato, Ad. Gen., 1 aprile 1909, *Giorlando*, ivi citato. Con la medesima riforma del 1907, pertanto, si è formalizzata la trasformazione del ricorso straordinario in vero e proprio ricorso amministrativo (V. BACHELET, *Ricorso straordinario*, cit., 804).

<sup>92</sup> Sostiene questa prospettiva anche F. GAFFURI, *La Consulta*, cit., *ibidem*: "Così come attualmente regolato, il ricorso straordinario appare sempre più un retaggio, ormai obsoleto, del passato, privo di valide giustificazioni teoriche e spogliato, altresì, di gran parte della sua utilità pratica. In effetti, a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 7, comma 8, c.p.a., il predetto ricorso è divenuto un mero "duplicato claudicante" del ricorso giurisdizionale amministrativo, la cui unica funzione residua, una volta venuta meno anche la sua gratuità, è quella di offrire un ultimo ed "estremo" strumento di tutela – peraltro semplificato e non conforme ai principi del giusto processo – ai privati che siano decaduti dal diritto d'azione giurisdizionale: tanto varrebbe, a questo punto, eliminarlo definitivamente ed ampliare i termini generali per la proposizione del ricorso giurisdizionale amministrativo".

speciale alternativo da svolgersi direttamente e in unico grado davanti al Consiglio di Stato, omettendo la fase davanti al Tribunale amministrativo, pur dovendosi riconoscere, per quanto sin qui esposto, che una tale eventualità non possa essere raggiunta muovendo *dall'esistente* e cioè da uno snaturamento del ricorso straordinario.

Se dunque fossero leciti alcuni rilievi *de iure condendo*, una valorizzazione del complessivo dibattito condotto in questi anni sul ricorso straordinario potrebbe tradursi proprio nell'introduzione di un tale rito speciale e alternativo, da promuoversi però davanti alle sezioni giurisdizionali (e non consultive) del Consiglio di Stato con ricorso, per così dire, *ordinario*.

Un giudizio *omisso medio* non è, infatti, una prospettiva di per sé incongrua.

Invero, non è raro che talune forme di contenzioso, a causa della natura degli interessi coinvolti o del valore della lite, siano sin dall'origine destinate a non arrestarsi con la sentenza che definisce il processo di primo grado, perché sono destinate, in ogni caso, a essere risolte solo in Consiglio di Stato, indipendentemente dall'esito del giudizio celebratosi davanti al tribunale di prime cure.

Per tali processi, la celebrazione del giudizio davanti al tribunale amministrativo territoriale si risolve, dunque, in una sorta di *passaggio obbligato*, ma non definitivo, che, quando poi la lite si trasferisca in appello, è anche potenzialmente foriero di incidenti in rito (di per sé ostativi all'esercizio di una piena e effettiva tutela), in ragione del non pieno effetto devolutivo dell'impugnazione disciplinata dagli artt. 100 e s. c.p.a. e in virtù dei limiti alla riproponibilità delle questioni assorbite o trattate nei capi di sentenza (o di questione) delle pronunce rese dai tribunali amministrativi.

Per tali ipotesi, non è dunque inopportuno ipotizzare che le parti possano concordemente decidere di rivolgersi direttamente al Consiglio di Stato, affinché esso definisca direttamente la controversia e, una volta che il legislatore ammettesse, pur con i dovuti accorgimenti<sup>93</sup>, questo

<sup>93</sup> Onde evitare un sovraffollamento di contenzioso presentati *omisso medio* che potrebbe generare un sovraffollamento del contenzioso complessivo pendente davanti al Consiglio di Stato sarebbe utile prevedere, dunque, che quando le parti intendano aderire al rito *omisso medio*, siano tenute a sostenere oneri tributari analoghi a quelli che sarebbero sostenuti se si esperisse prima il giudizio al T.A.R. e, poi, l'appello in Consiglio di Stato. Non sembrerebbe, invece, opportuno riservare le impugnazioni dirette a una specifica sezione del Consiglio di Stato, perché una tale eventualità potrebbe consentire

ipotetico nuovo rito speciale e alternativo, non vi sarebbe neppure nessun motivo di limitarlo, a questo punto, alla sola azione di annullamento, potendosi, invece, immaginare che esso vada esteso anche a tutte le altre azioni indicate dagli artt. 29 e s. c.p.a. (quando non debba immaginarsi esteso anche alle liti che ricadano nella giurisdizione esclusiva e di merito).

Probabilmente – poste le opportune distinzioni di regime – non sussisterebbero ostacoli neppure alla devoluzione in tale sede delle questioni in materia elettorale o in materia di appalti, stante il fatto che le relative liti sono destinate con maggior frequenza ad affrontare entrambi i gradi di giudizio.

Secondo una prospettiva di sistema, non limitata alla valutazione delle tutele rese nella singola lite, ammettere tale eventualità sortirebbe, inoltre, il favorevole effetto di impegnare complessivamente in minor misura la stessa *macchina* della giustizia amministrativa, non fosse altro perché il tribunale territoriale non dovrebbe occuparsi di quel contenzioso che le parti intendessero deferire in via diretta al Consiglio di Stato, sì che il medesimo tribunale – invece di dedicarsi a emettere una pronuncia che, in ogni caso, sarebbe oggetto di scrutinio in secondo grado<sup>94</sup> – potrebbe dedicarsi alla trattazione di un'altra lite.

È questa, dunque, una prospettiva che qui si propone, affidandola alla valutazione di coloro a cui spetta.

Quella ora tratteggiata, in ogni caso, è una prospettiva che richiederebbe un organico intervento del legislatore<sup>95</sup> e che non potrebbe essere

alle parti di *scegliersi il giudice* in deroga ai principi di riparto interno delle competenze tra le Sezioni, quali sono definiti annualmente dal Presidente del Consiglio di Stato.

<sup>94</sup> Non si condivide, pertanto, l'ottimismo manifestato da L. VIOLA, *Ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e codice del processo amministrativo: un rapporto problematico*, in *federalismi.it*, 2011, sulla attitudine di trasformare le incongruenze su descritte “in semplici aspetti di disciplina “correggibili” dal circuito virtuoso del Consiglio di Stato in sede di formulazione del parere-Corte costituzionale oggi presupposto e regolamentato dal nuovo art. 13, 1° comma d.P.R. 1199 del 1971”, sì da auspicare che “la riconosciuta possibilità, per il Consiglio di Stato in sede di formulazione del parere sul ricorso straordinario, di sollevare la questione di costituzionalità potrebbe costituire il fulcro per una riscrittura dell'istituto in termini maggiormente aderenti ad una strutturazione più vicina a quella del processo e maggiormente efficaci nella logica di una più efficace tutela del cittadino”.

<sup>95</sup> Un sicuro aspetto che il legislatore dovrebbe curare di disciplinare riguarda l'ipotesi in cui nel giudizio da celebrarsi in unico grado sopravvengano, in forza di un intervento volontario o in adempimento di un ordine del contraddittorio, parti necessarie a cui il ricorso non sia stato originariamente notificato, le quali avrebbero il pieno diritto di volere che il processo venga celebrato negli ordinari due gradi di giudizio. Ciò dovrebbe

affrontata solo invocando una creativa (già sulla base di questo motivo, discutibile) attività pretoria della giurisprudenza.

In effetti, ritenendo giusto qui omaggiare anche quanto da altri è stato osservato *in subiecta materia*<sup>96</sup>, un intervento disorganico condotto, passo dopo passo o – più precisamente – sentenza dopo sentenza, sarebbe sicuramente equivoco e sarebbe, altrettanto sicuramente, causa di future incertezze.

comportare la necessità di traslare il giudizio già pendente davanti al Tribunale amministrativo. A ben vedere, tuttavia, questo è quel che già avviene quando, nella pendenza di un ricorso straordinario, quando sopravvengano nuove parti necessarie, le quali si oppongano sulla base dell'art. 10, d.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199, alla trattazione in sede non giurisdizionale (anche di recente Cons. di Stato, I, 5 ottobre 2022, n. 2040; Cons. di Stato, II, 22 febbraio 2017, n. 531).

<sup>96</sup> Così, LE. MAZZAROLLI, *Riflessioni*, cit., *ibidem*, a riguardo del processo di giurisdizionalizzazione: “Al fine di porre rimedio a tutti gli aspetti di incostituzionalità, che presenterebbe la normativa sul ricorso straordinario se considerato quale espressione della funzione giurisdizionale, occorrerebbe introdurre tali e tante modifiche da alterare radicalmente l'istituto stesso”.

PAESAGGIO E AMBIENTE:  
DAL CONFLITTO AL DIALOGO DELIBERATIVO\*

SOMMARIO: 1. Considerazioni preliminari. – 2. Alcune riflessioni sui rapporti tra paesaggio e ambiente a seguito della riforma dell’art. 9 Cost. – 3. Paesaggio e ambiente: la rilevanza del dialogo tra valori e interessi in gioco. – 4. *Segue*. Il ruolo che possono giocare nella direzione del dialogo le c.d. arene deliberative. – 5. Partecipazione ambientale e partecipazione in materia di paesaggio. Spunti conclusivi alla luce del dibattito pubblico. – 6. *Segue*. E della sua riforma.

1. *Considerazioni preliminari*

Benché la tutela del paesaggio abbia costituito uno degli appigli della Carta Costituzionale per dare voce e protezione all’ambiente<sup>1</sup>, che per lungo tempo non ha avuto in questa un riconoscimento espresso, i rapporti tra paesaggio e ambiente si connotano per un andamento altalenante, che ha visto non pochi momenti di contrapposizione.

Ne sono un esempio gli impianti che producono energie rinnovabili<sup>2</sup>.

\* Lo scritto costituisce la rielaborazione della relazione *Paesaggio e ambiente tra governo e cittadinanza attiva*, tenuta al Convegno “Paesaggio e ambiente nel nuovo Art. 9 della Costituzione”, Istituto Alcide Cervi, Gattatico (RE), 28 settembre 2022.

<sup>1</sup> Per un’analisi delle disposizioni costituzionali che hanno consentito di dare all’ambiente un fondamento costituzionale anche quando nella nostra Costituzione non vi era alcun riferimento esplicito ad esso v. E. MOSTACCI, *L’ambiente e il suo diritto nell’ordito costituzionale*, in R. FERRARA, C.E. GALLO (a cura di), *Le politiche ambientali, lo sviluppo sostenibile e il danno*, in *Trattato di diritto dell’ambiente*, diretto da R. FERRARA, M.A. SANDULLI, vol. I, Milano 2014, 271 ss.

<sup>2</sup> Sulle tensioni tra paesaggio e ambiente generate dagli impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili v., tra gli scritti più recenti, S. AMOROSINO, *La “dialettica” tra tutela del paesaggio e produzione di energia da fonti rinnovabili a tutela dell’ambiente atmosferico*, in *Riv. giur. ed.*, 2022, 261 ss.; P. CARPENTIERI, *Paesaggio, ambiente e transizione ecologica* (4 maggio 2021), in *Giustizia Insieme*, <https://www.giustiziainsieme.it>; C. VIVANI, *La localizzazione degli impianti di produzione di energia da fonte rinnovabile: transizio-*

Si pensi alle c.d. pale eoliche, che debbono essere collocate in aree ventose, quali crinali, scogliere, colline, zone incantevoli dal punto di vista paesaggistico, che da tali strutture rischiano di essere deturpate. Si è così giunti addirittura a parlare di «paesaggio *contro* ambiente»<sup>3</sup>.

I rapporti tra paesaggio e ambiente sono diventati questione di stringente attualità a seguito della forte spinta verso la transizione ecologica promossa dal *Green Deal* e dagli sviluppi a questo successivi, ivi compresi il *Next Generation Eu* e il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza. Tale transizione “passa” infatti attraverso la realizzazione di impianti di produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili<sup>4</sup>, che necessariamente comportano un forte impatto sul paesaggio<sup>5</sup>.

Queste preoccupazioni si manifestano anche nel dibattito sulla riforma costituzionale di cui alla l. cost. 11 febbraio 2022, n. 1, che ha modificato gli artt. 9 e 41 Cost., introducendo esplicitamente la tutela dell’ambiente, nonché della biodiversità e degli ecosistemi, nella parte I della Costituzione.

Si è infatti paventato che tale revisione costituzionale possa essere addirittura dannosa per il paesaggio, “banalizzato” e reso un valore “disponibile” a fronte di qualsiasi intervento che venga presentato come espressione della transizione ecologica in atto<sup>6</sup>.

In questo contributo si cercherà invece di offrire una lettura volta più a valorizzare le consonanze e le sinergie che ad evidenziare le dissonanze

*ne energetica, ambiente e paesaggio*, in G. F. CARTEI (a cura di), *Energie rinnovabili e Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, Atti del Convegno AIDAMBIENTE, 25 giugno 2021, Napoli 2022, 115 ss. In argomento v. altresì, *ex multis*, S. AMOROSINO, *Impianti di energia rinnovabile e tutela dell’ambiente e del paesaggio*, in *Riv. giur. amb.*, 2011, 753 ss. Per un inquadramento del tema sia inoltre consentito rinviare a V. MOLASCHI, *Paesaggio versus ambiente: osservazioni alla luce della giurisprudenza in materia di realizzazione di impianti eolici*, in *Riv. giur. edilizia*, 2009, 171 ss. e alla dottrina ivi richiamata. Con particolare riferimento alla dialettica tra paesaggio e attività produttive v. F. DE LEONARDIS, *Criteri di bilanciamento tra paesaggio e energia eolica*, in *Dir. amm.*, 2005, 889 ss.

<sup>3</sup> P. CARPENTIERI, *Paesaggio contro ambiente*, commento a Tar Sicilia, Palermo, sez. II, 4 febbraio 2005, n. 150, in *Urbanistica e appalti*, 2005, 931 ss.

<sup>4</sup> In argomento v. S. SPUNTARELLI, *Le rinnovabili per la transizione energetica: discrezionalità e gerarchia degli interessi a fronte della semplificazione dei procedimenti autorizzatori nel PNRR*, in *Dir. amm.*, 2023, 59 ss.

<sup>5</sup> Si v. al riguardo i timori di P. CARPENTIERI, *Paesaggio, ambiente e transizione ecologica* (4 maggio 2021), cit.

<sup>6</sup> È questa la posizione di G. SEVERINI, P. CARPENTIERI, *Sull’inutile, anzi dannosa modifica dell’articolo 9 della Costituzione* (22 settembre 2021), in *Giustizia Insieme*, <https://www.giustiziainsieme.it>.



e i conflitti tra tutela del paesaggio e tutela dell'ambiente, richiamando l'importanza di un "dialogo" tra i valori in gioco.

D'altra parte, il cambiamento climatico non può non riguardare anche il paesaggio. Senza tutela dell'ambiente anche il paesaggio è destinato ad essere degradato e danneggiato. Si considerino a tale riguardo gli effetti di siccità e desertificazione nonché di alluvioni e inondazioni.

In particolare, ci si propone di valutare quale ruolo possa giocare, in questa dialettica, la partecipazione pubblica. La partecipazione, infatti, è uno dei principali snodi del rapporto tra, da un lato, le istituzioni e le amministrazioni che compiono le scelte ambientali e paesaggistiche e, dall'altro, la cittadinanza, su cui tali scelte, talora "tragiche"<sup>7</sup>, ricadono e che quindi aspira a un maggior coinvolgimento nelle stesse.

Oggetto di specifica riflessione saranno gli strumenti partecipativi ascrivibili alla democrazia deliberativa: le c.d. arene deliberative<sup>8</sup>. L'attenzione si concentrerà sul dibattito pubblico sulle grandi opere, entrato a far parte del nostro ordinamento sulla scorta dell'esempio francese del *débat public*, dal quale, invero, si è discostato da molteplici punti di vista<sup>9</sup>. L'istituto, anticipato da alcune esperienze regionali, di cui la più significativa è quella toscana – dapprima con la l. reg. 69/2007, successivamente con la l. reg. 46/2013 – è stato introdotto a livello nazionale dall'art. 22 del d.lgs. 50/2016, il precedente Codice dei contratti pubblici, in termini invero molto generali. Ambito di applicazione e modalità di svolgimento sono stati successivamente regolamentati dal d.p.c.m. 76/2018, che ha disciplinato anche la Commissione Nazionale per il Dibattito Pubblico, prevista con il primo correttivo al Codice dei contratti pubblici<sup>10</sup>. Lo strumento, nella sua breve "vita", è stato oggetto di diversi interventi normativi, volti ora a restringerne ora ad ampliarne e consolidarne la

<sup>7</sup> Si riprende qui il titolo del lavoro di G. CALABRESI, F. BOBBIT, *Tragic choices*, New York 1978, tr. it. *Scelte tragiche*, 2ª ed., Milano 2006.

<sup>8</sup> Per tale espressione v. L. BOBBIO, *Le arene deliberative*, in *Rivista Italiana di Politiche Pubbliche*, 3/2002, 5 ss.

<sup>9</sup> In materia sia consentito rinviare, anche per i riferimenti bibliografici, a V. MOLASCHI, *Le arene deliberative. Contributo allo studio delle nuove forme di partecipazione nei processi di decisione pubblica*, Napoli 2018; ID., *Il dibattito pubblico sulle grandi opere. Prime riflessioni sul d.P.C.M. n. 76 del 2018*, in *Riv. giur. urbanistica*, 2018, 386 ss.

<sup>10</sup> L'art. 12, comma 1, lett. b), d.lgs. 56/2017 ha previsto una procedura di monitoraggio sull'applicazione dell'istituto affidata ad una Commissione presso il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti avente «il compito di raccogliere e pubblicare informazioni sui dibattiti pubblici in corso di svolgimento o conclusi e di proporre raccomandazioni per lo svolgimento del dibattito pubblico sulla base dell'esperienza maturata».

portata<sup>11</sup>, ad alcuni dei quali si accennerà nel corso della trattazione. La recente riforma del Codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. 36/2023 ha portato ad un suo ulteriore profondo ripensamento, in senso fortemente limitativo.

## 2. *Alcune riflessioni sul rapporto tra paesaggio e ambiente a seguito della riforma dell'art. 9 Cost.*

La protezione dell'ambiente, in assenza di una disposizione della Carta costituzionale ad essa esplicitamente dedicata, si è sviluppata a partire da altre previsioni costituzionali di tutela, tra cui anche quella relativa al paesaggio, consacrata nell'art. 9 Cost. Benché non sia questa la sede per soffermarvisi, non si può non ricordare al riguardo anche l'impulso dato dall'interpretazione del diritto alla salute di cui all'art. 32 Cost., configurato quale diritto ad un ambiente salubre<sup>12</sup>.

L'ambiente ha trovato nel nostro Paese un riconoscimento espresso solo nel 2001, a seguito della riforma del Titolo V della Costituzione: l'art. 117, comma 2, lett. s) Cost., nuova formulazione, ha attribuito alla potestà legislativa esclusiva dello Stato «la tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali», senza peraltro menzionare la tutela del paesaggio.

In questo quadro la Consulta, lungi dal separarne i destini, è stata costante nel riferirsi alla tutela ambientale e a quella paesaggistica in modo unitario, sottolineandone il valore primario e assoluto rispetto ad altri interessi pubblici. La c.d. «aggregazione giurisprudenziale di ambiente e paesaggio»<sup>13</sup> è stata sancita da una giurisprudenza costituzionale ormai stabile, che si ritrova in sentenze anche recenti<sup>14</sup>.

<sup>11</sup> Sulle alterne vicende dell'istituto a seguito di tali interventi normativi sia consenti-  
to rinviare a V. MOLASCHI, *Le "arene deliberative". Spunti di riflessione attraverso la "lente"  
del dibattito pubblico*, in S. CATALANO, M. GIACOMINI, F. PALERMO (a cura di), *Processi  
decisionali e fonti del diritto*, Napoli 2022.

<sup>12</sup> Per una ricostruzione dell'evoluzione giurisprudenziale che ha condotto all'emer-  
sione della tutela dell'ambiente a partire dagli artt. 9 e 32 Cost. v. nuovamente E. MO-  
STACCI, *L'ambiente e il suo diritto nell'ordito costituzionale*, cit., in partic. 276 ss. e 281 ss.

<sup>13</sup> Per tale espressione v. M. CAFAGNO, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente.  
Come sistema complesso, adattativo, comune*, Torino 2007, 88.

<sup>14</sup> V., ad es., Corte Cost., 22 luglio, 2021, n. 164: «[L]a tutela ambientale e paesag-  
gistica, gravando su un bene complesso ed unitario, considerato dalla giurisprudenza co-  
stituzionale un valore primario ed assoluto, e rientrando nella competenza esclusiva dello  
Stato, precede e comunque costituisce un limite alla tutela degli altri interessi pubblici

La riforma costituzionale del 2022 ha inserito nell'art. 9 Cost. un nuovo comma, in cui il paesaggio rimane accostato al patrimonio storico-artistico mentre l'ambiente è inserito come oggetto di protezione nel successivo comma, unitamente alla biodiversità e agli ecosistemi.

Ambiente e salute sono stati inoltre aggiunti ai limiti all'iniziativa economica privata di cui all'art. 41 Cost. La disposizione precisa altresì che la legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini ambientali, integrandosi in tal modo l'originaria previsione, che faceva riferimento ai soli fini sociali.

Con la modifica costituzionale l'ambiente nonché la biodiversità e gli ecosistemi sono divenuti parte dei primi dodici articoli della Costituzione, dando così ad essi il rango di «diritti fondamentali della persona e della comunità»<sup>15</sup> o, da un'altra prospettiva, di oggetto di doveri di protezione fondamentali<sup>16</sup>.

Come accennato, la modifica dell'art. 9 Cost., con l'ingresso esplicito dell'ambiente nella parte I della Costituzione, sulla scia del perseguimento degli obiettivi di transizione ecologica fissati a livello europeo, determinerebbe, a giudizio di taluni, un'accentuazione degli elementi di contrapposizione tra paesaggio e ambiente, con sacrificio del primo.

La revisione costituzionale sarebbe tanto «inutile» quanto «pericolosa»<sup>17</sup>. L'inutilità discenderebbe dal fatto che l'inserimento in Costituzione della tutela dell'ambiente sarebbe ripetitiva di principi già affermati dal-

assegnati alla competenza concorrente delle Regioni in materia di governo del territorio e di valorizzazione dei beni culturali e ambientali».

<sup>15</sup> Così C. SARTORETTI, *La riforma costituzionale "dell'ambiente": un profilo critico*, in *Riv. giur. edilizia*, 2022, 120.

<sup>16</sup> La riconducibilità della tutela ambientale ai doveri di solidarietà ambientale è stata sviluppata da F. FRACCHIA, *Sulla configurazione giuridica unitaria dell'ambiente: art. 2 Cost. e doveri di solidarietà ambientale*, in *Dir. econ.*, 2002, 215 ss. Tale impostazione è alla base di numerosi scritti successivi dell'Autore: ID., *Sviluppo sostenibile e diritti delle generazioni future*, in *Riv. quad. dir. ambiente*, 2010, 12 ss.; ID., *The Legal Definition of Environment: from Right to Duties*, in *The ICFAI Journal of Environmental Law*, 2006, 17 ss.; ID., *L'ambiente nella prospettiva giuridica*, in F. CUTURI (a cura di), *La natura come soggetto di diritti*, Firenze 2020, 159 ss. e ID., *Lo sviluppo sostenibile. La voce flebile dell'altro tra protezione dell'ambiente e tutela della specie umana*, Torino 2010.

<sup>17</sup> È questa la posizione espressa nello scritto di G. SEVERINI, P. CARPENTIERI, *Sull'inutile, anzi dannosa modifica dell'articolo 9 della Costituzione*, cit. e sviluppata in P. CARPENTIERI, *Relazioni e conflitti tra ambiente e paesaggio*, relazione al Seminario in tema di "Paesaggio e ambiente nel nuovo art. 9 della Costituzione", promosso dall'Istituto Alcide Cervi – Biblioteca Archivio Emilio Sereni, Gattatico, 28 settembre 2022, in corso di pubblicazione nei "Quaderni" dell'Istituto.

la giurisprudenza, specialmente costituzionale, e comunque presenti nei Trattati dell'Unione Europea, nella Carta di Nizza, ecc.

La modifica sarebbe altresì «dannosa» in quanto l'equiordinazione di paesaggio e ambiente nell'ambito dei principi fondamentali della Costituzione equivarrebbe in realtà a una dequotazione del primo. Ne comporterebbe infatti la subordinazione alle politiche e alle azioni – e invero anche alle urgenze – della transizione ecologica. Di qui il timore di una devastazione dei paesaggi italiani a causa del proliferare di campi fotovoltaici e parchi eolici.

Benché si tratti di una preoccupazione comprensibile, la riforma dell'art. 9 non pare manifestazione dell'intenzione di creare una distinzione tra paesaggio e ambiente a scapito del primo<sup>18</sup> ma di rendere finalmente espressa la protezione dell'ambiente, oltre che della biodiversità e degli ecosistemi, senza doverla desumere ermeneuticamente da altri valori costituzionali<sup>19</sup>.

L'intento del legislatore costituzionale è stato proprio quello di dare alla tutela ambientale una formulazione ulteriore e di maggiore rilevanza nonché più ampia portata rispetto a quella di cui all'art. 117, 2° comma, lett. s), Cost., che si collocava nel contesto, comunque più ristretto, dei rapporti tra Stato e regioni<sup>20</sup>: la menzione nelle materie di potestà legislativa esclusiva dello Stato era già indice della rilevanza della tematica ambientale, ma ben altra cosa è inserirla tra i principi supremi del nostro ordinamento, in grado di ispirare e conformare il nostro sistema costituzionale<sup>21</sup>.

Senza contare il “valore aggiunto” del riferimento all'«interesse delle future generazioni», che richiama il concetto di sviluppo sostenibile.

<sup>18</sup> In tal senso v. M. DELSIGNORE, A. MARRA, M. RAMAJOLI, *La riforma costituzionale e il nuovo volto del legislatore nella tutela dell'ambiente*, in *Riv. giur. ambiente*, 2022, 9.

<sup>19</sup> In tal senso v. G. AMENDOLA, *L'inserimento dell'ambiente in Costituzione non è né inutile né pericoloso* (25 febbraio 2022), in *Giustizia Insieme*, <https://www.giustiziainsieme.it>.

<sup>20</sup> Si v. il Dossier n. 405/3 del 7 febbraio 2022 del Servizio Studi delle Camere, «Modifiche agli articoli 9 e 41 della Costituzione in materia di tutela dell'ambiente – AC 3156 B», 6. Il Dossier è consultabile sul sito del Ministero per le riforme istituzionali e la semplificazione amministrativa, <https://www.riformeistituzionali.gov.it>.

<sup>21</sup> Osserva C. SARTORETTI, *La riforma costituzionale “dell'ambiente”: un profilo critico*, cit., 120 che il richiamo alle tematiche ambientali di cui all'art. 117, 2° comma, lett. s), Cost. non può essere paragonato «ad una espressa codificazione della protezione dell'ambiente e dell'ecosistema tra quei principi supremi dell'ordinamento che, come è noto, non sono suscettibili di subire alterazioni o variazioni in ciò che è il loro contenuto essenziale, trattandosi di principi in grado di informare l'intero assetto costituzionale».

### 3. Paesaggio e ambiente: la rilevanza del dialogo tra valori e interessi in gioco

Sulla base di quanto esposto, non sembrano esservi argomenti a sostegno del fatto che l'ingresso esplicito dell'ambiente nella parte I della Costituzione renda necessariamente recessivo il paesaggio: paesaggio e ambiente hanno pari dignità nella Carta Costituzionale.

Tra principi e valori costituzionali possono però esservi conflitti, come dimostra il già citato esempio della produzione di energia da fonti rinnovabili. Tale conflittualità è in un certo senso nella natura delle cose quando si tratta di beni che hanno un comune sostrato caratterizzato da una molteplicità di interessi. Essa, peraltro, non concerne solo l'ambiente e il paesaggio. Lo stesso ambiente, come efficacemente osservato, può entrare «in conflitto con se stesso»<sup>22</sup>.

Tornando al tema delle energie rinnovabili si pensi, per quanto concerne il fotovoltaico, al consumo di suolo o all'impatto sulla biodiversità e, per ciò che riguarda le pale eoliche, alle conseguenze sui volatili (che a seguito della riforma costituzionale oggi sono tutelati anche in quanto animali<sup>23</sup>) o alle problematiche relative all'inquinamento acustico.

I conflitti spesso comportano valutazioni di prevalenza. I valori non devono però tradursi in valori «tiranni»<sup>24</sup>: occorrono bilanciamenti e contemperamenti, anche perché, per quanto qui rileva, ambiente e paesaggio costituiscono pur sempre, utilizzando una felice espressione, l'«oggetto unitario di una salvaguardia infrazionabile»<sup>25</sup>.

<sup>22</sup> Si riprende qui il titolo dello scritto di M. MELI, *Quando l'ambiente entra in conflitto con se stesso: fonti energetiche rinnovabili e tutela del paesaggio*, in *AmbienteDiritto.it*, 2/2021.

<sup>23</sup> Ai sensi dell'art. 9 Cost., così come modificato dalla l. cost. 1/2022, «La legge dello Stato disciplina i modi e le forme di tutela degli animali».

<sup>24</sup> Il concetto di valore «tiranno» è ripreso da Corte Cost., 9 maggio 2013, n. 85, sul caso Ilva, in cui la Consulta ha affrontato il tema del rapporto tra diritto alla salute (art. 32 Cost.), da cui deriva il diritto all'ambiente salubre e diritto al lavoro (art. 4 Cost.), da cui discende l'interesse di rilievo costituzionale al mantenimento dei livelli occupazionali e il conseguente dovere delle istituzioni di compiere ogni sforzo in tal senso. Secondo la Corte, «Tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. La tutela deve essere «sempre sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro» (sentenza n. 264 del 2012). Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe «tiranno» nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona».

<sup>25</sup> In questi termini M. CAFAGNO, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente. Come sistema complesso, adattativo, comune*, cit., 88.

Le due prospettive dell'ambiente e del paesaggio, lungi dall'essere distinte e divise, debbono convivere – in un certo senso “coabitare” – e pertanto “dialogare” nell'esercizio della discrezionalità sia politica che amministrativa<sup>26</sup>.

Tanto più che sia l'ambiente che il paesaggio non sono beni statici ma mutevoli ed i loro rapporti sono all'insegna di tale dinamismo: un dinamismo che non può risolversi nella mera preminenza di un valore sull'altro, ma deve evolvere nella ricerca di un punto di equilibrio, di una integrazione «sistemica»<sup>27</sup>.

Quest'ultimo spunto conduce a sottolineare la rilevanza, anche per le questioni in esame, del principio di integrazione<sup>28</sup>, in virtù del quale al fine di promuovere lo sviluppo sostenibile la tutela dell'ambiente deve essere integrata in tutte le altre politiche e azioni<sup>29</sup>. L'ambito di applicazione del principio non è limitato ai rapporti tra ambiente ed attività produttive<sup>30</sup>, che pure sono quelli che meglio lo esemplificano. Se, come accennato, il principio di integrazione è trasversale rispetto ad ogni altra politica ed azione<sup>31</sup>, esso può riguardare anche i rapporti tra ambiente e paesaggio<sup>32</sup>, le cui “ragioni”, anche in quest'ottica, debbono dialogare.

<sup>26</sup> In tal senso M. DELSIGNORE, A. MARRA, M. RAMAJOLI, *La riforma costituzionale e il nuovo volto del legislatore nella tutela dell'ambiente*, cit. 9.

<sup>27</sup> La necessità di una tutela «sistemica» dei diritti e dei valori costituzionali è sottolineata, come si è visto, da Corte Cost. 85/2013 cit., che evidenzia anche come essi si trovino in un rapporto di «integrazione reciproca».

<sup>28</sup> Sul principio di integrazione v. per tutti, R. FERRARA, *La tutela dell'ambiente e il principio di integrazione: tra mito e realtà*, in *Riv. giur. urbanistica*, 2021, 12 ss.

<sup>29</sup> Secondo l'art. 37 della Carta fondamentale dei diritti dell'Unione europea, «un livello elevato di tutela dell'ambiente e il miglioramento della sua qualità devono essere integrati nelle politiche dell'Unione e garantiti conformemente al principio dello sviluppo sostenibile». Nello stesso ordine di idee l'art. 11 TFUE stabilisce che «le esigenze connesse con la tutela dell'ambiente devono essere integrate nella definizione e nell'attuazione delle politiche e azioni dell'Unione, in particolare nella prospettiva di promuovere lo sviluppo sostenibile».

<sup>30</sup> In tema v. C. FELIZIANI, *Industria e ambiente. Il principio di integrazione dalla rivoluzione industriale all'economia circolare*, in *Dir. amm.*, 2020, 843 ss.

<sup>31</sup> Sulla trasversalità del principio di integrazione v. M. RENNA, *I principi in materia di tutela dell'ambiente*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 2012, 1-2, 73.

<sup>32</sup> Per un esempio di applicazione del principio di integrazione ai rapporti tra ambiente e patrimonio culturale con riferimento alla realizzazione di una pala eolica v. Cons. Stato, sez. VI, 23 settembre 2022, n. 8167, che si rifà ai principi statuiti da Corte Cost. 85/2013 cit. Afferma in particolare il giudice amministrativo che «La piena integrazione tra le varie discipline incidenti sull'uso del territorio richiede di abbandonare il modello delle “tutele parallele” degli interessi differenziati, che radicalizzano il conflitto tra i di-

La necessità di un dialogo proficuo tra paesaggio e ambiente trova fondamento anche nella riconducibilità dei due ambiti di tutela al comune denominatore dello sviluppo sostenibile<sup>33</sup>.

Anche se è innegabile che la prospettiva del paesaggio sia, rispetto a quella ambientale, più debole a livello degli Obiettivi dell'Agenda 2030 sullo sviluppo sostenibile, non si può dire che essa non venga presa in considerazione<sup>34</sup>: si veda a questo proposito l'Obiettivo 11.4: «Proteggere e salvaguardare il patrimonio culturale e naturale del mondo».

Indicazioni sulla centralità del principio dello sviluppo sostenibile anche per la materia del paesaggio provengono dalla stessa Convenzione europea sul paesaggio, sottoscritta dai Paesi membri del Consiglio d'Europa il 20 ottobre 2000 e ratificata dall'Italia con la l. 9 gennaio 2006, n. 14.

Significativo, al riguardo, è il preambolo della Convenzione, ove può leggersi il riferimento a tale principio, «fondato su un rapporto equilibrato tra i bisogni sociali, l'attività economica e l'ambiente». Il paesaggio è reputato «una risorsa favorevole all'attività economica, che, se salvaguardato, gestito e pianificato in modo adeguato, può contribuire alla creazione di posti di lavoro».

Nella Convenzione, inoltre, per «gestione dei paesaggi» si intendono, ai sensi dell'art. 1, «le azioni volte, in una prospettiva di sviluppo sostenibile, a garantire il governo del paesaggio al fine di orientare e di armonizzare le sue trasformazioni provocate dai processi di sviluppo sociali, economici ed ambientali».

Per quanto riguarda il diritto interno, la dottrina ha osservato come il recepimento nel Codice dell'ambiente del principio dello sviluppo sosten-

versi soggetti chiamati ad intervenire nei processi decisionali». Sulla base di tali argomentazioni sono state ritenute illegittime le prescrizioni di tutela indiretta previste dall'art. 45 del Codice dei beni culturali e del paesaggio che completavano il vincolo a tutela del sistema delle croci votive e viarie lungo il crinale di confine tra i comuni di Tufara e Castelvetere in Val Fortore, nel Comune di Tufara, in Molise.

<sup>33</sup> La letteratura in tema di sviluppo sostenibile è ormai sterminata. In argomento v., per tutti, F. FRACCHIA, *Lo sviluppo sostenibile. La voce flebile dell'altro tra protezione dell'ambiente e tutela della specie umana*, cit.

<sup>34</sup> Di diverso avviso P. CARPENTIERI, *Paesaggio, ambiente e transizione ecologica*, cit. : «Nel diritto internazionale la progressiva genesi e formazione del concetto – oggi oramai onnipresente, quasi “infestante” nella sua incontrollata diffusività – di “sviluppo sostenibile”, come è stato acutamente osservato è stata fondata sui tre pilastri, ambientale, sociale ed economico, lasciando fuori ogni riferimento alla cultura (e, dunque, alla nozione di paesaggio, se e in quanto non ridotta a un sottoinsieme dell'ambiente) ».

nibile, riferito a «ogni attività umana giuridicamente rilevante»<sup>35</sup>, assunta rilevanza, sul piano sistematico, anche per il paesaggio<sup>36</sup>.

Importanti richiami al principio dello sviluppo sostenibile si ritrovano inoltre nel Codice dei beni culturali e ambientali. Fra tutti risalta l'art. 131, che reca la nozione di paesaggio, il quale prevede che tutti i soggetti operanti sul territorio, a partire dallo Stato e dalle regioni, informino la propria azione «ai principi di uso consapevole del territorio e di salvaguardia delle caratteristiche paesaggistiche e di realizzazione di nuovi valori paesaggistici integrati e coerenti, rispondenti a criteri di qualità e sostenibilità»<sup>37</sup>.

Le argomentazioni esposte consentono di addivenire a una conclusione ulteriore, che investe i più recenti sviluppi costituzionali del nostro ordinamento: anche il riferimento alle generazioni future racchiuso nell'art. 9 Cost., a dispetto della sua collocazione nel comma che consacra la tutela dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi, ha un valore sistemico, includendo nel proprio orizzonte anche il paesaggio.

Infine, non si può non ricordare che tanto l'ambiente quanto il paesaggio sono beni comuni<sup>38</sup>.

In materia costituiscono ancora un punto fermo i lavori della Commissione Rodotà (2007), benché rimasti lettera morta, che ne hanno identificato gli elementi definitori: tali beni, che costituiscono un superamento della tradizionale dicotomia pubblico-privato, «esprimono utilità funzionali all'esercizio dei diritti fondamentali nonché al libero sviluppo

<sup>35</sup> Ai sensi dell'art. 3 *quater* del Codice dell'ambiente, infatti, «ogni attività umana giuridicamente rilevante ... deve conformarsi al principio dello sviluppo sostenibile al fine di garantire che il soddisfacimento dei bisogni delle generazioni attuali non possa compromettere la qualità della vita e le possibilità delle generazioni future». La disposizione precisa altresì che «anche l'attività della pubblica amministrazione deve essere finalizzata a consentire la migliore attuazione possibile del principio dello sviluppo sostenibile, per cui nell'ambito della scelta comparativa di interessi pubblici e privati connotata da discrezionalità gli interessi alla tutela dell'ambiente e del patrimonio culturale devono essere oggetto di prioritaria considerazione».

<sup>36</sup> Al riguardo v. G. PAGLIARI, *Piani urbanistici e piani paesaggistici: il progetto di paesaggio*, in *Dir. economia*, 2009, 595 ss.

<sup>37</sup> Un altro esempio può rinvenirsi nell'art. 143 del Codice, in materia di piani paesaggistici, ai sensi del quale la relativa elaborazione comprende, «almeno», l'«individuazione delle misure necessarie per il corretto inserimento, nel contesto paesaggistico, degli interventi di trasformazione del territorio, al fine di realizzare uno sviluppo sostenibile delle aree interessate».

<sup>38</sup> Sull'ambiente come bene comune sono fondamentali le riflessioni di M. CAFAGNO, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente. Come sistema complesso, adattativo, comune*, cit., in partic. 129 ss. e la bibliografia ivi citata.



della persona» e devono essere tutelati «anche a beneficio delle generazioni future»<sup>39</sup>. La Commissione aveva qualificato come beni comuni, tra gli altri, «i beni archeologici, culturali, ambientali e le altre zone paesaggistiche tutelate»<sup>40</sup>.

#### 4. Segue. *Il ruolo che possono giocare nella direzione del dialogo le c.d. arene deliberative*

Si sono sin qui illustrate alcune ragioni alla base della considerazione per cui paesaggio e ambiente dovrebbero “dialogare”: il fatto di essere valori di pari dignità costituzionale, che possono anche essere in conflitto e rispetto ai quali occorre trovare un bilanciamento, un’integrazione; la cornice dello sviluppo sostenibile; la riconducibilità di entrambi al novero dei beni comuni.

La partecipazione pubblica, snodo dei rapporti tra istituzioni e cittadinanza, può essere una delle “sedi” in cui paesaggio e ambiente possono confrontarsi, si possono trovare soluzioni di temperamento e in qualche modo momenti di riconciliazione.

In quest’ottica possono rivestire un ruolo fondamentale gli istituti di democrazia partecipativa e, in particolare, deliberativa: le c.d. arene deliberative, di cui la più “famosa” è il dibattito pubblico sulle grandi opere.

Strumenti per dare attuazione al principio democratico nell’assunzione delle decisioni pubbliche, le arene deliberative sono forme di partecipazione più “avanzate” rispetto alla tradizionale partecipazione procedimentale. Esse si caratterizzano per il fatto di contemplare l’intervento di tutti coloro che possono essere interessati dai processi decisionali – sono un esempio della c.d. democrazia del «chiunque»<sup>41</sup> – e per il metodo deliberativo della discussione, connotata dallo scambio e dal confronto tra

<sup>39</sup> La Relazione della Commissione Rodotà, con le proposte per la modifica delle norme del codice civile in materia di beni pubblici (14 giugno 2007), è consultabile presso il sito del Ministero della Giustizia al seguente indirizzo: <https://www.giustizia.it>.

<sup>40</sup> Ai sensi della proposta Rodotà erano da ritenersi beni comuni «i fiumi, i torrenti e le loro sorgenti; i laghi e le altre acque; l’aria; i parchi come definiti dalla legge, le foreste e le zone boschive; le zone montane di alta quota, i ghiacciai e le nevi perenni; i lidi e i tratti di costa dichiarati riserva ambientale; la fauna selvatica e la flora tutelata; i beni archeologici, culturali, ambientali e le altre zone paesaggistiche tutelate».

<sup>41</sup> In argomento v. U. ALLEGRETTI, *Procedura, procedimento, processo: un’ottica di democrazia partecipativa*, in *Dir. amm.*, 2007, 798, secondo cui la democrazia partecipativa «è contrassegnata dalla mobilitazione dei singoli cittadini, veramente del “chiunque”».

informazioni ed argomenti, offerti “dai” e “ai” partecipanti, nel rispetto dei principi di razionalità ed imparzialità<sup>42</sup>.

Gli esempi più significativi di arene deliberative si rinvergono in campo ambientale. L'ambiente costituisce un ambito in cui le istanze partecipative sono particolarmente forti e valorizzate. La partecipazione è infatti vista come «il modo migliore di trattare le questioni ambientali», come afferma il Principio 10 della Dichiarazione di Rio, ed è divenuta essa stessa uno strumento di protezione dell'ambiente. È questo uno dei capisaldi della democrazia ambientale<sup>43</sup>, consacrata dalla Convenzione di Aarhus, che pone principi a garanzia dell'effettività della partecipazione, che ne rappresenta uno dei fondamentali “pilastri”. È anche grazie al volano della democrazia ambientale che il dibattito pubblico è stato introdotto nel nostro ordinamento quale «processo di informazione, partecipazione e confronto pubblico», secondo la definizione, come si vedrà, ormai superata, dell'art. 1, d.p.c.m. 76/2018.

La rilevanza degli strumenti ascrivibili alla democrazia deliberativa nell'ambito delle forme partecipative in materia ambientale deriva da alcune caratteristiche.

Ne vengono anzitutto in considerazione le potenzialità nell'agevolare l'amministrazione dei conflitti<sup>44</sup>. Si pensi alle proteste che quasi sempre accompagnano, per la molteplicità e il carattere antagonista degli interessi in gioco, le grandi opere: da un lato, vi sono le ragioni dello sviluppo economico, dell'impresa e dell'occupazione; dall'altro, vi sono esigenze di tutela dell'ambiente e della salute nonché dello stesso paesaggio, qui oggetto di analisi.

Le arene deliberative, *in primis* il dibattito pubblico, coinvolgendo maggiormente le popolazioni interessate dagli interventi, possono essere

<sup>42</sup> Ci si rifà qui alla definizione di democrazia deliberativa data da J. ELSTER, *Introduction*, in ID. (a cura di), *Deliberative Democracy*, Cambridge 1998, 8, che così sintetizza i due elementi definitori indicati: «*All agree, I think, the notion includes collective decision-making with the participation of all who will be affected by the decision or their representatives: this is the democratic part. Also, all agree that it includes decision-making by means of arguments offered by and to participants who are committed to the values of rationality and impartiality: this is the deliberative part*».

<sup>43</sup> In materia di democrazia ambientale v., tra i tanti contributi, D. SICLARI, *La democrazia ambientale nel quadro dei diritti partecipativi e dell'accesso all'informazione ambientale*, in *Trattato di diritto dell'ambiente*, diretto da R. FERRARA, M.A. SANDULLI, vol. II, S. GRASSI, M.A. SANDULLI (a cura di), *I procedimenti amministrativi per la tutela dell'ambiente*, Milano 2014, 471 ss.

<sup>44</sup> Per tale espressione v. A. AVERARDI, *Amministrare il conflitto: costruzione di grandi opere e partecipazione democratica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, 1173 ss.

un utile strumento per prevenire opposizioni e contestazioni e per cercare di coagulare attorno alle opere un maggiore consenso.

In secondo luogo, tali strumenti partecipativi hanno, tanto per il carattere inclusivo quanto per l'impronta deliberativa, la capacità, se ben condotti<sup>45</sup>, di migliorare i processi decisionali, arricchendo il patrimonio informativo e la conoscenza degli interessi implicati, nonché i relativi esiti. In particolare, consentono di ridurre il problema della c.d. razionalità limitata<sup>46</sup> che, soprattutto a fronte dell'incertezza e della complessità dell'attuale società del rischio<sup>47</sup>, spesso mina l'agire del decisore pubblico<sup>48</sup>.

La partecipazione, in particolare, dando voce alla «sapienza del territorio»<sup>49</sup>, avvicina i *decision makers* alle questioni di cui sono chiamati ad occuparsi: essa, infatti, fornisce loro un quadro più chiaro delle conseguenze delle proprie decisioni sulle aree toccate dagli interventi e sulle comunità su queste stanziate.

Infine, le arene deliberative possono dare un contributo rilevante nell'ambito dell'approccio c.d. adattivo che sempre più connota la gestione delle problematiche ambientali<sup>50</sup> e, a ben vedere, anche di quelle paesaggistiche.

Le politiche e azioni in materia ambientale hanno lungamente dato per presupposto un ambiente abbastanza stabile, con dinamiche relativamente lineari e prevedibili. La tutela dell'ambiente è stata tradizionalmente articolata in divieti e limitazioni nei confronti degli interventi uma-

<sup>45</sup> Sui requisiti che deve avere la conduzione di un processo deliberativo, tra cui rientra anche la presenza di un "arbitro" tecnicamente competente che lo coordini, v. M. MORISI, "Ambiente e partecipazione". Un eccentrico elenco di questioni aperte, in *Federalismi*, [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 13/2023, 384.

<sup>46</sup> Sui problemi della c.d. "razionalità procedurale" v. gli studi di H.A. SIMON, *Administrative Behavior: A Study of Decision Making Processes in Administrative Organizations*, New York 1947, tr. it. *Il comportamento amministrativo*, Bologna 2ª ed., 1967. Tali studi sono alla base di interessanti scritti di R. FERRARA sul ruolo giocato dalla partecipazione procedimentale nel colmare le asimmetrie informative: cfr. ID., *Introduzione al Diritto amministrativo*, Roma-Bari 2014, 132 ss.

<sup>47</sup> Sulla c.d. "società del rischio" v. U. BECK, *La società del rischio: verso una seconda modernità*, tr. it., Roma 2000.

<sup>48</sup> In materia è ancora oggi un fondamentale punto di riferimento l'opera di F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino 1967, ristampa: Torino 2018.

<sup>49</sup> Sottolinea l'importanza di tener conto della «sapienza del territorio» D. UNGARO, *Eco-Governance. I costi della non partecipazione*, in R. SEGATORI (a cura di), *Mutamenti della politica nell'Italia contemporanea. II. Governance, democrazia deliberativa e partecipazione politica*, Soveria Mannelli 2007, 180 ss.

<sup>50</sup> Su tale approccio v., per tutti, M. CAFAGNO, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente. Come sistema complesso, adattivo, comune*, cit., *passim*.

ni capaci di incidere negativamente su di esso, come avviene tipicamente negli approcci c.d. di *command and control*. Questa visione si è peraltro accompagnata all'idea della ripristinabilità delle situazioni di partenza anche in caso di danni.

La realtà, invece, si è rivelata più complessa, in quanto più dinamica e soggetta a cambiamenti repentini e non preventivabili. La convinzione che si potesse “riavvolgere il nastro” e tornare “come prima” (o quasi) si è dimostrata fallace, come dimostrano i cambiamenti climatici, la distruzione della biodiversità, ecc.

Uomo e natura si condizionano reciprocamente, senza mai rimanere uguali a se stessi. La dottrina più attenta ha messo in evidenza come vi sia una co-evoluzione<sup>51</sup>, alla stregua di una vicendevole influenza. Queste considerazioni valgono tanto più per il paesaggio, che dell'interazione tra natura e uomo è la rappresentazione<sup>52</sup>.

La gestione dei problemi ambientali richiede spesso che gli impatti negativi, non evitati o non evitabili, siano incorporati, se possibile minimizzati. Occorrono delicate calibrature e interventi correttivi nonché cambiamenti di prospettiva e negli stili di vita. “Adattamento” e “resilienza” sono ormai le parole chiave<sup>53</sup> dell'approccio che guida politiche e azioni a fronte delle sfide poste dal *climate change*.

La partecipazione, specialmente se improntata ai principi della deliberazione, può giocare un ruolo rilevante nel dispiegarsi del succitato rapporto di co-evoluzione. Il dialogo con le comunità, all'insegna dello scambio di argomentazioni, punti di vista ed esperienze, può agevolare il decisore pubblico nella ricerca e nell'attuazione di strategie adattative, estremamente importanti anche nell'ottica dei cambiamenti cui va incontro il paesaggio.

A questo proposito può essere di interesse riprendere alcune osservazioni sviluppate in precedenti studi in cui si è cercato di coniugare la natura “identitaria” del paesaggio<sup>54</sup> con il principio dello sviluppo so-

<sup>51</sup> Di «dinamica coevolutiva» parla M. CAFAGNO, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente. Come sistema complesso, adattativo, comune*, cit., 62.

<sup>52</sup> Si v. la definizione di paesaggio, contenuta nella Convenzione europea del paesaggio all'art. 1, lett. a), quale «una determinata parte di territorio, così come è percepita dalle popolazioni, il cui carattere deriva dall'azione di fattori naturali e/o umani e dalle loro interrelazioni».

<sup>53</sup> Su tali concetti v. ancora M. CAFAGNO, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente. Come sistema complesso, adattativo, comune*, cit., *passim*.

<sup>54</sup> Sulla nozione di paesaggio identitario v. E. BOSCOLO, *Appunti sulla nozione giuridica di paesaggio identitario*, in *Urbanistica e appalti*, 2008, 797 ss.

stenibile<sup>55</sup>. Secondo queste letture, riviste nel contesto delle politiche e delle azioni degli ultimi anni, tale principio può essere foriero di nuove concezioni del paesaggio in grado di abbracciare anche il portato della transizione ecologica.

La dimensione identitaria di un paesaggio, giova ricordarlo, è data da una pluralità di elementi: estetico-formali, storici, simbolici nonché – aspetto da sottolineare – valoriali.

Se, quindi, a connotare il paesaggio è anche una prospettiva assiologica<sup>56</sup>, i valori espressi dallo sviluppo sostenibile e le conseguenti tracce antropiche ben possono concorrere a definirne l'identità. Il territorio, intendendo con questo anche le comunità che vi abitano, può pertanto riconoscersi nel principio in esame ravvisando nelle fonti che producono energie rinnovabili segni della propria visione del mondo e di ciò in cui crede e si riconosce<sup>57</sup>.

Si tratta di un punto di vista che a taluni potrebbe forse sembrare provocatorio ma che non può dirsi inaccoglibile. In quest'ottica si può ricordare come Legambiente abbia curato una guida turistica dei parchi eolici italiani, da visitare attraverso itinerari tra percorsi ciclabili, borghi, arte ed enogastronomia<sup>58</sup>. L'obiettivo dell'iniziativa è mostrare come transizione energetica e tutela del paesaggio possano trovare un equilibrio.

Ed è proprio ai fini del perseguimento di una riconciliazione tra le ragioni dell'ambiente e quelle del paesaggio che può rivelarsi essenziale la partecipazione: il confronto tra decisori e comunità, supportati dai tecnici, può favorire la ricerca di alternative progettuali, soluzioni tecnologiche e localizzative, misure di mitigazione e di compensazione che consentano un inserimento degli impianti meno impattante sull'identità del paesaggio destinato ad ospitarli, un'identità che, se rispettata, può essere aperta ad accogliere valori e manifestazioni dello sviluppo sostenibile.

<sup>55</sup> Per alcune riflessioni in tale senso sia consentito rinviare a V. MOLASCHI, *Paesaggio versus ambiente: osservazioni alla luce della giurisprudenza in materia di realizzazione di impianti eolici*, cit., 181 ss.

<sup>56</sup> Sull'estensione della nozione di paesaggio anche in prospettiva assiologica v. E. BOSCOLO, *Appunti sulla nozione giuridica di paesaggio identitario*, cit., 798. Più in generale, sull'importanza dei valori e dell'etica nel diritto dell'ambiente v. F. FRACCHIA, *Sviluppo sostenibile, protezione dell'ambiente e tutela della specie umana*, cit., *passim*.

<sup>57</sup> Rinvenire in queste ultime componenti del paesaggio in cui ci si può riconoscere non appare, invero, una forzatura se solo si pone mente al fatto che la Convenzione europea del paesaggio ha fatto propria una nozione di paesaggio così ampia da ricomprendere i paesaggi della «vita quotidiana» e, addirittura, quelli «degradati».

<sup>58</sup> Si tratta di *Parchi del vento. Guida turistica dei parchi eolici italiani*, Legambiente, 2022.

Il dialogo deliberativo può quindi rendere possibile una dialettica tra le diverse dimensioni della sostenibilità: quella globale, espressa dalla tutela dell'ambiente, e quella locale, che trova la propria rappresentazione soprattutto nel paesaggio<sup>59</sup>.

5. *Partecipazione ambientale e partecipazione in materia di paesaggio. Spunti conclusivi alla luce del dibattito pubblico*

Nella prospettiva di valorizzare ciò che unisce anziché ciò che divide, si può osservare come la partecipazione ambientale abbia contribuito anche a promuovere la partecipazione in materia paesaggistica.

Se, da un lato, occorre riconoscere come nella Convenzione di Aarhus l'attenzione per il paesaggio emerga soltanto indirettamente, allorquando, ai sensi dell'art. 2, comma 3, lett. a), essa fa rientrare nell'ambito di applicazione del diritto di accesso qualsiasi informazione ambientale, ossia anche i dati concernenti il paesaggio, dall'altro, è però anche vero che la Convenzione di Aarhus è citata nel Preambolo della Convenzione europea del paesaggio. Quest'ultima, inoltre, vede nella partecipazione uno dei principi informativi della definizione e della realizzazione e attuazione delle politiche paesaggistiche, secondo quanto stabilito dall'art. 5, lett. c).

Sulla base di una visione ampia dell'ambiente e dell'impatto su di esso, comprensiva pure del paesaggio, l'ampliamento della partecipazione ambientale permette una più significativa rappresentazione anche delle istanze correlate al secondo.

Sia la partecipazione prevista in materia di valutazione di impatto ambientale – osservazioni scritte, eventuale inchiesta pubblica, ai sensi degli artt. 24 e 24 *bis*, d.lgs 152/2006 – che il dibattito pubblico sulle grandi opere, qualora espletato, rappresentano un momento di emersione anche dell'interesse paesaggistico.

Tra gli impatti ambientali che la v.i.a. è chiamata a considerare secondo il Codice dell'ambiente vi sono infatti, *ex art.* 5, comma 1, lett. c), anche gli effetti sul paesaggio, delle cui istanze la partecipazione si fa portatrice.

<sup>59</sup> Sulla contrapposizione tra sostenibilità globale, spesso divenuta il vessillo dell'«ambientalismo industriale globalista», e sostenibilità locale, legata alla bellezza dei paesaggi agrari e montani italiani, v. P. CARPENTIERI, *Paesaggio, ambiente e transizione ecologica*, cit.

Per quanto concerne il dibattito pubblico, peraltro, mentre a livello nazionale l'art. 40, d.lgs. 36/2023 si riferisce in termini generali all'impatto degli interventi ad esso sottoponibili «sull'ambiente e sul territorio»<sup>60</sup>, a livello regionale il richiamo al paesaggio è esplicito. Si pensi alla definizione data dall'art. 7, comma 1, l. reg. Toscana 46/2013, secondo cui il dibattito pubblico regionale riguarda «opere, progetti o interventi che assumono una particolare rilevanza per la comunità regionale, in materia ambientale, territoriale, paesaggistica, sociale, culturale ed economica».

Senonché il nostro Paese vive un profondo scollamento tra istituzioni e cittadinanza, che si appalesa con tutta evidenza in materia di partecipazione. Vi è da parte delle prime la preoccupazione di fondo che quest'ultima possa rappresentare un "impaccio", una fonte di ritardo nella realizzazione delle opere.

Volendo fare un esempio concernente il settore energetico, toccato da questo contributo, si pensi alla vicenda del rigassificatore di Piombino, "esentato" dalla valutazione di impatto ambientale<sup>61</sup> sulla base dell'art. 5, comma 3, d.l. 50/2022, convertito in legge dalla l. 91/2022. Il procedimento ha contemplato la presentazione di osservazioni e memorie scritte<sup>62</sup>, ossia di una forma di partecipazione "debole" rispetto all'inchiesta pubblica, il cui possibile espletamento è stato escluso con la sottrazione alla disciplina della procedura di v.i.a. e, ancor di più, rispetto al dibattito pubblico, che in un caso di questo tipo, connotato da forti tensioni sociali, sarebbe stato davvero auspicabile.

I dibattiti pubblici potrebbero contribuire a migliorare i processi decisionali e a stemperare le contrapposizioni anche nelle ipotesi di realizzazione di impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili (biomasse, eolico, ecc.), proprio nell'ottica di quel "dialogo" tra interesse ambientale e interesse paesaggistico di cui si è cercata di dimostrare l'importanza.

In Francia ci sono esperienze degne di nota: ad esempio nel 2020 la *Commission nationale du débat public* ha condotto un dibattito pubblico

<sup>60</sup> L'art. 22, d.lgs. 50/2016 configurava l'istituto in riferimento alle «grandi opere infrastrutturali e di architettura di rilevanza sociale, aventi impatto sull'ambiente, sulle città e sull'assetto del territorio».

<sup>61</sup> Per una breve sintesi della vicenda v. l'articolo *Rigassificatore di Piombino «esentato dalla valutazione di impatto ambientale»*, pubblicato su *Il Sole 24 Ore* del 13 agosto 2022.

<sup>62</sup> Si v. al riguardo i resoconti pubblicati sul sito del Commissario straordinario nominato con d.p.c.m. 8 giugno 2022: <https://www.regione.toscana.it/-/commissario-straordinario-rigassificatore-piombino#partecipazione>.

su un futuro parco eolico *offshore* nel mare della Bretagna avente una potenza installata di 250 megawatts, cioè un quarto della potenza di un reattore nucleare classico<sup>63</sup>.

In Italia il dibattito pubblico stenta a decollare e ci sono non poche criticità.

Ancor prima della sua entrata a regime, l'art. 8, comma 6 *bis*, d.l. 76/2020, convertito in legge dalla l. 120/2020, sino al 31 dicembre 2023 ha consentito alle regioni di autorizzare le amministrazioni aggiudicatrici a derogarvi in ragione dell'emergenza sanitaria e delle conseguenti esigenze di accelerare l'iter autorizzativo delle opere. Tale possibilità è stata contemplata per tutte le opere rientranti nell'ambito di applicazione del dibattito pubblico e non solo quelle connesse alla sanità, quali ospedali o centri vaccinali.

L'inserimento delle infrastrutture energetiche, che sono tra le opere più contestate, tra quelle soggette a dibattito pubblico ai sensi del d.p.c.m. 76/2018 era stato oggetto di un "balletto" in sede di redazione del decreto: prima no, poi sì<sup>64</sup>.

Indubitabilmente la soglia per esse prevista ai fini dell'obbligatorietà della procedura è stata sin da subito molto elevata e quest'opzione è stata confermata anche dal nuovo Codice dei contratti pubblici, come emerge dalla lettura della tabella dell'allegato I.6. Si osservi che tale soglia era rimasta la stessa anche dopo il d.m. 442/2021, emanato in ossequio al d.l. 77/2021, c.d. decreto semplificazioni *bis*, convertito con modificazioni in legge dalla l. 108/2021: quest'ultimo aveva previsto che in relazione agli interventi di cui all'articolo 44, comma 1, indicati nell'allegato IV<sup>65</sup>, nonché a quelli finanziati in tutto o in parte con le risorse del PNRR (Piano

<sup>63</sup> Ne riferisce S. SCARANE, *Francia, primo bando di gara per un parco eolico galleggiante*, in *ItaliaOggi*, n. 105/2021, 14.

<sup>64</sup> L'inclusione delle infrastrutture energetiche nel novero delle opere da sottoporre a dibattito pubblico è avvenuto in accoglimento del parere della VIII Commissione permanente della Camera dei deputati (Ambiente, territorio e lavori pubblici) del 20 febbraio 2018.

<sup>65</sup> Qui di seguito l'elenco: 1) Realizzazione asse ferroviario Palermo-Catania-Messina; 2) Potenziamento linea ferroviaria Verona-Brennero (opere di adduzione); 3) Realizzazione della linea ferroviaria Salerno-Reggio Calabria; 4) Realizzazione della linea ferroviaria Battipaglia-Potenza-Taranto; 5) Realizzazione della linea ferroviaria Roma-Pescara; 6) Potenziamento della linea ferroviaria Orte-Falconara; 7) Realizzazione delle opere di derivazione della Diga di Campolattaro (Campania); 8) Messa in sicurezza e ammodernamento del sistema idrico del Peschiera (Lazio); 9) Interventi di potenziamento delle infrastrutture del Porto di Trieste (progetto Adriagateway); 10) Realizzazione della Diga foranea di Genova.



nazionale di ripresa e resilienza) e del PNC (Piano nazionale complementare), venissero definite, su proposta della Commissione nazionale per il dibattito pubblico, soglie dimensionali delle opere da assoggettare a dibattito inferiori a quelle previste originariamente dall'Allegato 1 del d.p.c.m. 76/2018.

L'art. 46 di questo stesso decreto legge, peraltro, ha stabilito per le opere dell'allegato IV un procedimento abbreviato in cui il dibattito pubblico non può avere una durata superiore ai quarantacinque giorni, termine estremamente ridotto.

Nel nostro Paese vi è insomma un atteggiamento ambiguo nei confronti della partecipazione: "Partecipazione sì (se proprio non se ne può fare a meno), ma non troppo", il che tende ad amplificare le contrapposizioni.

## 7. Segue. *E della sua riforma*

La visione di una partecipazione come intralcio sembra caratterizzare anche il nuovo Codice dei contratti pubblici, che in sostanza trasfigura il dibattito pubblico, privandolo delle sue due anime – sia quella democratica che quella deliberativa – e lo riduce a "poco più" di un modulo di partecipazione procedimentale.

Non è questa la sede per un'approfondita disamina dei termini della riforma<sup>66</sup>, recata dall'art. 40 e dall'allegato I.6<sup>67</sup>, che, peraltro, fa salva la disciplina prevista per il dibattito pubblico relativo agli interventi finanziati con il Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) e il Piano nazionale per gli investimenti complementari (PNC). Si può però accennare ad alcuni aspetti della disciplina che possono rilevare ai fini del discorso che si sta conducendo.

La dequotazione della vocazione democratica dell'istituto si ricava chiaramente dall'analisi di "chi" partecipa: l'art. 40, d.lgs. 36/2023 non contempla più la partecipazione del singolo cittadino<sup>68</sup>.

<sup>66</sup> Per un primo commento alla disciplina del dibattito pubblico nello schema di riforma del Codice v. A. SCOGNAMIGLIO, *Il nuovo codice dei contratti pubblici: dibattito pubblico indietro tutta* (31 gennaio 2023), in *ApertaContrada*, <https://www.apertacontrada.it/>.

<sup>67</sup> Ai sensi dell'art. 40, comma 7, peraltro, in sede di prima applicazione del codice l'allegato I.6 sarà abrogato a decorrere dalla data di entrata in vigore di un corrispondente regolamento adottato, ai sensi dell'art. 17, comma 3, l. 400/1988, con un d.p.c.m. che lo sostituirà integralmente anche come allegato al codice.

<sup>68</sup> Nello schema preliminare del Codice del 20 ottobre 2022, la disciplina della par-

Sembra poi venire sostanzialmente meno la connotazione deliberativa dell'istituto, la cui positiva incidenza sui processi decisionali si è cercato di illustrare nelle pagine precedenti. Indicativa di tale cambiamento di impostazione è la scomparsa della definizione di dibattito pubblico quale «processo di informazione, partecipazione e confronto pubblico» contenuta nel d.p.c.m. 76/2018.

Il dibattito pubblico pare ridursi a una mera presentazione di «osservazioni e proposte»: dov'è quindi il “dibattito”? Qualche apertura in senso deliberativo sembra esservi nella parte in cui l'allegato I.6 precisa che il «responsabile del dibattito pubblico», che sostituisce il precedente «coordinatore del dibattito pubblico», «favorisce il confronto tra tutti i partecipanti al dibattito» (art. 4, comma 3, lett. c) ma non è chiaro come questo avvenga, tenuto anche conto del fatto che deve trattarsi di un dibattito pubblico svolto esclusivamente in via telematica, salvo il caso in cui sussistano «specifiche esigenze, motivate sulla base di elementi oggettivi, che rendano necessaria la calendarizzazione di incontri con diverse modalità» (art. 4, comma 3, lett. a).

Depone nel senso dell'allontanamento dal modello della democrazia deliberativa anche il fatto che il «responsabile del dibattito pubblico» non sia più concepito come una figura garante della rappresentazione di tutte le posizioni, che si fa parte attiva nel promuoverne l'espressione. Ad esempio, la previsione di cui all'art. 6, comma 6, lett. c), d.p.c.m. 76/2018, secondo cui tale figura faceva emergere le posizioni in campo, anche attraverso il contributo di esperti, evitando che ci fossero posizioni non rappresentate, non è stata riprodotta nel nuovo testo.

Snaturato il dibattito pubblico, viene “cancellata” anche la Commissione nazionale per il dibattito pubblico, avente funzioni di garanzia della trasparenza dell'informazione e dell'effettività della partecipazione<sup>69</sup>.

La strada intrapresa con il nuovo codice dei contratti pubblici punta a un deciso depotenziamento del dibattito pubblico, che si tradurrà in un indebolimento della partecipazione e della rappresentazione tanto degli interessi ambientali quanto di quelli paesaggistici. Ne sono infirmate sia

tecipazione era appiattita sul modello dell'art. 9, l. 241/1990, prevedendosi il “filtro” del «pregiudizio» per l'intervento nel dibattito pubblico dei «portatori di interessi diffusi costituiti in associazioni o comitati». Nell'art. 40, comma 4, dello Schema definitivo questo limite è stato eliminato, introducendosi però la precisazione secondo la quale titolati a partecipare sono «associazioni o comitati, che, in ragione degli scopi statutari, sono interessati dall'intervento», puntualizzazione riportata anche nell'art. 40, d.lgs. 36/2023.

<sup>69</sup> Sulle funzioni della Commissione v. in particolare l'art. 4, d.p.c.m. 76/2018.

la capacità di amministrazione del conflitto, che, come si è illustrato, può riguardare anche i delicati rapporti tra ambiente e paesaggio, che quella di miglioramento dei processi decisionali. Si tratta di un'occasione persa proprio nell'ottica di quei processi adattativi resi necessari dal *climate change* e dall'inevitabile e necessario confronto tra sostenibilità globale, legata alla protezione dell'ambiente, e sostenibilità locale, le cui istanze tendono spesso ad identificarsi con la tutela del paesaggio.



THE CONFLICT BETWEEN LANDSCAPE PROTECTION  
AND DIFFUSION OF RENEWABLE ENERGY  
IN THE PERSPECTIVE  
OF ENVIRONMENTAL INTEGRATION

SUMMARY: 1. Diffusion of renewable energy and sustainable development as legally binding objectives and juridical principles. – 2. Environmental protection and landscape protection as potentially conflicting interests of primary axiological relevance. – 3. Landscape compatibility assessment according to “traditional” jurisprudence. – 4. Environmental integration in recent administrative jurisprudence. – 5. Conclusions.

1. *Diffusion of renewable energy and sustainable development as legally binding objectives and juridical principles*

The Italian Republic is bound to implement the energy transition by international and supranational juridical obligations<sup>1</sup>. The Paris Agreement (2015), which the European Union<sup>2</sup> and the Italian Republic<sup>3</sup> have ratified, imposes a binding obligation on the contracting Parties to hold the increase in the global average temperature to well below 2°C above pre-industrial levels and to pursue efforts to limit it to 1.5°C. Directive (EU) 2018/2001 (RED II) has then provided for the binding overall Union’s target of renewable energy consumption for 2030, specifying that the share of energy from renewable sources in the Union’s gross final consumption of energy in 2030 shall be at least 32%; Member States have been obliged to establish their contribution to the achievement of the binding Union’s overall target as part of their integrated national en-

<sup>1</sup> On the evolution of the regulation concerning the production and consumption of energy from renewable sources, in the interantional as well as in the European legal framework, see F. FRACCHIA, P. PANTALONE, *Decider(ci) per la morte: crisi, sostenibilità, energie rinnovabili e semplificazioni procedurali*, Napoli 2022.

<sup>2</sup> Council Decision (EU) 2016/1841 of 5 October 2016.

<sup>3</sup> Law 4 November 2016, No. 204.

ergy and climate plans (INECPs) adopted pursuant to Regulation (EU) 2018/1999.

As is known, the Italian Republic adopted its own INECP in December 2019<sup>4</sup>; in April 2021, Italy also forwarded its National Recovery and Resilience Plan (NRRP)<sup>5</sup> to the Commission in order to access the funds provided by the Recovery and Resilience Facility<sup>6</sup> in response to the pandemic crisis, under the “Next Generation EU” Programme. The NRRP<sup>7</sup>, which was approved by the Council in July 2021, allocates the majority of the resources in Mission 2, «*Green Revolution and Ecological Transition*», to which Component 2 provides for investments and reforms aimed at increasing the national share of energy produced by renewable sources. The simplification of authorisation procedures for renewable energy power plants plays a key role in this design, given that «*the transition is happening too slowly, mainly due to the enormous bureaucratic and authorisation difficulties that concern infrastructures in Italy in general, but which in this context have held back the full development of renewable plants*»<sup>8</sup>.

The European Union (formerly the Community) has indeed given a significant boost to the diffusion of energy from renewable sources for the past two decades, stimulating the adoption of measures aimed at simplifying authorisation procedures for renewable energy power plants<sup>9</sup>.

<sup>4</sup> The text of the plan can be found on the website of the Ministry of Economic Development ([https://www.mise.gov.it/images/stories/documenti/it\\_final\\_necp\\_main\\_en.pdf](https://www.mise.gov.it/images/stories/documenti/it_final_necp_main_en.pdf)).

<sup>5</sup> On the juridical nature of this plan, see M. CLARICH, *Il PNRR tra diritto europeo e nazionale: un tentativo di inquadramento giuridico*, in *Astrid Rassegna*, 12, 2021.

<sup>6</sup> See Regulation (EU) 2021/241 of 12 February 2021.

<sup>7</sup> Whose text can be found on the website of the Italian Government (<https://www.governo.it/it/approfondimento/pnrr-gli-obiettivi-e-la-struttura/16702>).

<sup>8</sup> See page 121 of the Italian NRRP. See also page 71, where it is reported that: «*According to some estimates, considering the current rate of issue of authorisations for the construction and operation of renewable plants, it would take 24 years to reach the Country targets – with reference to the production of energy from wind sources – and a good 100 years to achieve of photovoltaic targets*».

<sup>9</sup> See Directive 2001/77/EC on the promotion of electricity produced from renewable energy sources in the internal electricity market, subsequently repealed by Directive 2009/28/EC on the promotion of the use of energy from renewable sources (RED I). In particular, see the “Whereas” No. 2 of Directive 2001/77/EC, which states that «*The promotion of electricity produced from renewable energy sources is a high Community priority*». These fundamental Directives have given rise to simplification measures in Italy, first adopted by Legislative Decree No. 387/2003, implementing Directive 2001/77/EC (see in particular article 12 on the single authorisation procedure, also mentioned in paragraph 3) and then by Legislative Decree No. 28/2011, implementing Directive 2009/28/

In this context, the Italian Constitutional Court has deduced and stated the existence of a fundamental principle, recently qualified as «*preeminente*», of maximum diffusion of renewable energy, which entails the need to simplify authorisation procedures for renewable energy power plants and which is implemented in the rule of the general usability of all lands for the localisation of such plants, subject to the exceptions established by the Regions to preserve other constitutionally protected interests<sup>10</sup>. In the same period of time, national incentives have been developed to encourage the production of energy from renewable sources<sup>11</sup>.

EC (see in particular art. 6, which has introduced the simplified authorisation procedure (PAS), also mentioned in par. 3).

<sup>10</sup> See Constitutional Court, decisions 23 March 2021, No. 46; 13 November 2020, No. 237; 19 June 2019, No. 148; 15 April 2019, No. 86; 26 July 2018 No. 177; 30 January 2014 No. 13 and 11 October 2012 No. 224.

<sup>11</sup> The support schemes adopted range from green certificates, feed-in tariffs and feed-in premiums. On the mechanism of green certificates, now superseded by current legislation, see M. CLARICH, *La tutela dell'ambiente attraverso il mercato*, in *Diritto Pubblico*, 1, 2007. As far as photovoltaic is concerned, art. 7 of the Legislative Decree provided for the adoption of Ministerial Decrees defining the criteria for incentivisation of electricity production from the solar source. Pursuant to this article, the Conto Energia (Energy Bill) system had been developed (see the Ministerial Decrees adopted by the Minister of Productive Activities/Economic Development in concert with the Minister of the Environment on 28 July 2005 and 6 February 2006, on 19 February 2007, on 6 August 2010, on 5 May 2011 and finally on 5 July 2012). In particular, the first three Energy Bills were based on a feed-in premium scheme, while the fourth Energy Bill had provided for the transition, starting from 2013, to a mechanism based on the attribution of a feed-in tariff for the energy fed into the grid, and the attribution of a premium for self-consumed energy. Such a mechanism was confirmed by the fifth Energy Bill. For the incentivisation of energy sources different from photovoltaic, see the Ministerial Decrees adopted on 6 July 2012 and 23 June 2016. More recently, see the Ministerial Decree adopted on 4 July 2019, which provides for the incentivisation of the most technologically mature renewable sources, such as onshore wind, solar photovoltaic and hydroelectric. Lastly, see Legislative Decree No. 199/2021, article 5 and following, which provide for the general characteristics of new support schemes for renewable sources. Several criticalities of the Italian incentivisation system to energy production from renewable sources have been highlighted with regard to legitimate expectations: see A. COIANTE, *I poteri del GSE nell'ambito dell'erogazione degli incentivi per la produzione di energia da fonte rinnovabile: stato dell'arte e persistenti complessità*, in *Federalismi.it*, 17, 2022; M. CALABRÒ, *La (negata) tutela dell'affidamento in materia di incentivi alle fonti energetiche rinnovabili*, in *Giustiziansieme.it*, 3 December 2021; G. LA ROSA, *La rideterminazione dei poteri del GSE nel d.l. semplificazioni e la (apparente) stabilità degli incentivi per l'energia da fonte rinnovabile*, in *AmbienteDiritto.it*, 1, 2021; F. SCALIA, *Incentivi alle fonti rinnovabili e tutela dell'affidamento*, in *Il diritto dell'economia*, 1, 2019; E. MARIANI, *Stabilità degli incentivi alle fonti rinnovabili e potere rimodulativo del Legislatore: il punto di vista della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, 15, 2017; M. COCCONI, *Gli incentivi alle fonti rinnovabili e i principi di proporzionalità e di tutela del legittimo affidamento del cittadino*, in *Ammi-*

The EU's ambition in the fight against climate change has been further raised by Regulation (EU) 2021/1119, which has set out a binding Union target of a net domestic reduction in greenhouse gas emissions for 2030 (the emissions shall be reduced by at least 55 % compared to 1990) as well as a binding objective of climate neutrality in the Union by 2050. These targets were already contemplated in the Green New Deal, at a non-binding level though<sup>12</sup>. Furthermore, the Commission has put forward, as part of the *Fit for 55* package<sup>13</sup>, a proposal of directive (COM(2021) 557) aimed at increasing the share of renewable energy in the EU's overall energy mix from 32% up to at least 40%. Thereafter, the international context has dramatically changed, thus making climate neutrality and energy independence even more urgent. In the new scenario, the Commission has put forward a new proposal of directive (COM(2022) 222) aimed at raising the 2030 target for renewables to 45%, as the 40% target had been considered inadequate before the international contingency, «*given a radical change in the market conditions for fossil fuels used in power, heating and transport since, including as concerns increased prices and the need for the EU to phase-out its dependence on energy imports from Russia*». Lastly, Council Regulation (EU) 2022/2577, in order to tackle the exposure of European consumers and businesses to high and volatile energy prices, to ease the required reduction in energy demand by replacing natural gas supplies with energy from renewable sources and to increase security of supply, has introduced temporary rules of an emergency nature to accelerate the permit-granting process applicable to the production of energy from renewable energy sources (for a period of 18 months, with a review clause in order for the Commission to propose extending the validity of the Regulation).

In the light of what has been said so far, it should be clear that the energy transition is not simply a political directive of any such Government, but a path that is today mandatory by virtue of international and supra-

*nistrazione in cammino*, 2014; B. CARAVITA DI TORITTO, *Gli incentivi alle rinnovabili nella crisi: certezza del diritto e sostenibilità economico-finanziaria*, in *Regole e mercato delle energie rinnovabili*, *Annuario di diritto dell'energia*, edited by G. Napolitano and A. Zoppini, Bologna 2013; G. COZZOLINO, *Energie rinnovabili e tutela dell'affidamento: qualche riflessione a proposito degli incentivi al fotovoltaico alla luce dei recenti sviluppi normativi*, in *Rivista AIC*, 1, 2012.

<sup>12</sup> See the Communication from the Commission COM(2019) 640 final.

<sup>13</sup> On the *Fit for 55* package see G. CAVALIERI ET AL., *The «Fit for 55» unpacked: a multi-disciplinary analysis of the tools and objectives of the sectoral proposals for the decarbonisation of the European economy*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 1, 2022.



national legal obligations. The need to increase the production of energy from renewable sources is a priority objective that can not be derogated from or postponed to, in pursuit of which challenging targets have been set and a series of reforms and investments must be implemented. Nevertheless, administrative dysfunctions concerning authorisation procedures for renewable energy power plants risk hindering the energy transition in Italy, albeit the legal system is characterised by incentives, national plans and juridical principles in favour of the diffusion of renewable energy.

Sustainable development is in its turn the macro-objective, to which the efforts aimed at increasing the energy production from renewable sources are directed. At the international level, the official formulation of the concept of sustainable development is due to the Report «*Our Common Future*», published in 1987<sup>14</sup>. Since then, numerous actions have been undertaken by the International Community in the name of sustainable development<sup>15</sup> and, according to some influential Authors,

<sup>14</sup> The Report has defined sustainable development as «*development that meets the needs of the present without compromising the ability of future generations to meet their own needs*». The idea of sustainable development had already emerged in the cognizance of the International Community before its official formulation in the Brundtland Report. In particular, Principle 1 («*The man [...] bears a solemn responsibility to protect and improve the environment for present and future generations*») and Principle 2 («*The natural resources of earth [...] must be safeguarded for the benefit of present and future generations*») of the Stockholm Declaration, adopted as the outcome of the 1972 United Nations Conference on the Human Environment, express the need of intergenerational equity in the use of natural resources and collective responsibility towards the present and future generations for the protection of the environment. For an in-depth analysis on the limits of States sovereignty over their natural resources in the name of environmental protection, see S. DI BENEDETTO, *Sovranità dello Stato sulle risorse naturali e tutela degli equilibri ecologici nel diritto internazionale generale*, Torino 2018; V. ZAMBRANO, *Il principio di sovranità permanente dei popoli sulle risorse naturali tra vecchi e nuove violazioni*, in Univ. Roma-Dip. teoria Stato. Bib. dir. pub., vol. 24, Milano 2009. On the philosophical side, the concept of collective responsibility towards future generations in the perspective of ensuring the possibility of human life on the planet has been developed by H. JONAS, *Das Prinzip Verantwortung: Versuch einer Ethik für die technologische Zivilisation*, Frankfurt am Main 1979.

<sup>15</sup> For instance, the United Nations Conferences and Summits on Sustainable Development (the Conference on Environment and Development held in Rio de Janeiro in 1992, the World Summit on Sustainable Development held in Johannesburg in 2002, the Conference on Sustainable Development *Rio+20* held in Rio de Janeiro in 2012), the establishment of a Commission on Sustainable Development in 1992 (then replaced by the High-level Political Forum after the 2012 United Nations Conference on Sustainable Development), the signing of the United Nations Framework Convention on Climate Change and the many following COPs, the adoption of the Agenda 21 and then the Agenda 2030, containing *Sustainable Development Goals*.

sustainable development has assumed the relevance of a general principle of international law<sup>16</sup>.

At EU level, sustainable development is mentioned in the Preamble of the TEU<sup>17</sup>, as a principle to be taken into account in pursuit of economic and social progress; in article 3, par. 3, TEU<sup>18</sup>, as an objective of the Union; in articles 3, par. 5<sup>19</sup> and 21, par. 2, lett. f)<sup>20</sup> TEU, as a specific objective of the external action of the Union. Nevertheless, the most interesting and innovative declension of sustainable development is provided by art. 11 TFEU<sup>21</sup>, which states that sustainable development must be pursued through the method of environmental integration. This means that the Union intends to implement the principle/pursue the binding objective in comment not only through a specific environmental policy, but also through the integration of environmental considerations in the definition and implementation of other policies, which implies the conformation of all public decision-making processes to environmental protection<sup>22</sup>. The traditional logic of separate policies for different in-

<sup>16</sup> E. CANNIZZARO, *Corso di diritto internazionale*, Milano 2011, 119. See also D. PORENA, *Il "rango" del principio dello sviluppo sostenibile nella gerarchia delle fonti del diritto: norme pattizie, consuetudini internazionali ed art. 10 della Costituzione*, in *Federalismi.it*, 15, 2016, who argues that the principle of sustainable development can be acknowledged as a norm of customary international law.

<sup>17</sup> The High Contracting Parties are «DETERMINED to promote economic and social progress for their peoples, taking into account the principle of sustainable development».

<sup>18</sup> «The Union shall establish an internal market. It shall work for the sustainable development of Europe based on balanced economic growth and price stability, a highly competitive social market economy, aiming at full employment and social progress, and a high level of protection and improvement of the quality of the environment. It shall promote scientific and technological advance».

<sup>19</sup> «In its relations with the wider world, the Union shall uphold and promote its values and interests and contribute to the protection of its citizens. It shall contribute to peace, security, the sustainable development of the Earth, solidarity and mutual respect among peoples, free and fair trade, eradication of poverty and the protection of human rights, in particular the rights of the child, as well as to the strict observance and the development of international law, including respect for the principles of the United Nations Charter».

<sup>20</sup> «The Union shall define and pursue common policies and actions, and shall work for a high degree of cooperation in all fields of international relations, in order to: [...] help develop international measures to preserve and improve the quality of the environment and the sustainable management of global natural resources, in order to ensure sustainable development»

<sup>21</sup> «Environmental protection requirements must be integrated into the definition and implementation of the Union's policies and activities, in particular with a view to promoting sustainable development».

<sup>22</sup> See M. CECCHETTI, *La revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione e il valore costituzionale dell'ambiente: tra rischi scongiurati, qualche virtuosità (anche) innovativa e*

terests is therefore abandoned in favour of a vision that takes into account the reciprocal interactions underlying human actions, in a holistic perspective, with the consequent functionalisation of the various policies and actions of the Union to safeguard ecological balances.

Internally, the principle of sustainable development is expressly stated in art. 3-*quater* of the Environmental Code (Legislative Decree No. 152/2006), that is in some passages unclear and in others unsuitable to overcome the impasse that often arises, in the context of authorisation procedures for renewable energy power plants, between the need of landscape protection (cultural heritage protection, in general) and the need to promote the production of renewable energy in order to safeguard ecological balances<sup>23</sup>. The poor formulation of the principle in question has probably contributed to the uncertainties of the national doctrine on its legal implications, especially with regard to administrative activity<sup>24</sup>. To this extent, some Authors have recently underlined the vagueness of the

*molte lacune*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 3, 2021; ID., *Osservazioni e ipotesi per un intervento di revisione dell'art. 9 della Costituzione avente ad oggetto l'introduzione di una disciplina essenziale della tutela dell'ambiente tra i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale*, in *Diritto Pubblico Europeo Rassegna online*, 1, 2020, who wished for the formal affirmation of the principle of environmental integration in the context of the Constitutional reform culminated in Constitutional Law No. 1/2022.

<sup>23</sup> The first paragraph of this article provides that any juridically relevant human activity pursuant to the Environmental Code must be consistent with the principle of sustainable development, but it is difficult to imagine an autonomous application of the principle in comment to the detriment of private individuals. In this sense, see F. FRACCHIA, *Sviluppo sostenibile e diritti delle generazioni future*, in *Rivista Quadrimestrale di Diritto dell'Ambiente*, 0, 2010. The third paragraph of the article, instead, begins with an explanatory formula that is inappropriate for a prescriptive text; its content is then paradoxical, as it imposes a balancing between resources to save and to transmit: such a balancing is impossible, since saved resources will be automatically transmitted to future generations. Par. 2 provides that administrative Authorities, in the use of their discretion concerning the balancing of different public and private interests, shall give priority consideration to environment and landscape protection. Nonetheless, the protection of the environment and the protection of the landscape might well be in contrast with themselves: this is a likely scenario indeed, which causes problems that par. 2 does not help solving.

<sup>24</sup> On the problematic implications of the principle of sustainable development on administrative action see F. FRACCHIA, *Sviluppo sostenibile e diritti delle generazioni future*, cit.; ID., *Lo sviluppo sostenibile. La voce flebile dell'altro: lo sviluppo sostenibile tra protezione dell'ambiente e tutela della specie umana*, Napoli 2010; S. PEDRABISSI, *Sviluppo sostenibile: l'evoluzione giuridica di un concetto mai definito*, in *Revista Ibérica do Direito*, 1, 2020; E. SCOTTI, *Poteri pubblici, sviluppo sostenibile ed economia circolare*, in *Il diritto dell'economia*, 1, 2019; M. ANTONIOLI, *La sostenibilità dello sviluppo. Tra principi del diritto, proceduralizzazione, eticità e crescita economica*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 1, 2017; G. MONTEDORO, *Spunti per la «decostruzione» della nozione di svi-*

principle and its logical or axiological fragility<sup>25</sup>. Other Authors, instead, while recognising the cardinal nature of the principle in the context of environmental law, have at the same time highlighted that this principle is reabsorbed in practice into other sub-principles which constitute its corollaries<sup>26</sup>. This would also explain why the administrative hardly ever mentions this principle in the *ratio decidendi* of their decisions. Finally, it has been observed that Constitutional Law No. 1/2022 (see also *infra*, par. 2) has introduced an implicit reference to sustainable development in art. 9, par. 3, of the Italian Constitution, through the explicit reference to the interest of future generations<sup>27</sup>.

Environmental integration, as a specific declension of sustainable development, paves the way for the autonomous application of the latter, beyond the scope of traditional principles. It imposes methodological directives on the administrative action, which shall be respected even in the making of assessments in which it is traditionally believed that the administrative Authority must take only one interest into consideration (i.e., the landscape protection). The idea of environmental integration can be deduced from the fourth paragraph of art. 3-*quater*<sup>28</sup>.

This contribution intends to examine how the need to implement the energy transition in the context of international and supranational legally binding obligations mentioned above has influenced the recent

*luppo sostenibile e per una critica del diritto ambientale*, in *Amministrazione in cammino*, 30 April 2009.

<sup>25</sup> See in particular S. PEDRABISSI, *Sviluppo sostenibile*, cit.; E. SCOTTI, *Poteri pubblici, sviluppo sostenibile ed economia circolare*, cit.

<sup>26</sup> F. FRACCHIA, *Sviluppo sostenibile e diritti delle generazioni future*, cit., who recognises that a reasonable interpretation of art. 3-*quater* leads to the conclusion that the principle in comment is not radically innovative as its content is generally absorbed in other institutions and principles of the Italian legal system.

<sup>27</sup> F. FRACCHIA, P. PANTALONE, *Decider(c) per la morte: crisi, sostenibilità, energie rinnovabili e semplificazioni procedurali*, cit.

<sup>28</sup> «The resolution of questions involving environmental aspects must be sought and found in the perspective of guaranteeing the sustainable development, in order to safeguard the correct functioning and evolution of natural ecosystems from negative modifications that can be produced by human activities». This paragraph seems to refer to public decision-making processes of all types, concerning any matters which present implications of an ecosystem-environmental nature, and imposes a preference for the solution capable of allowing the pursuit of sustainable development intended as a guarantee of ecological balances. In this sense, the statement contained in Council of State's decision 23 September 2022, No. 8167 (mentioned also *infra* in the text), according to which the principle of environmental integration is implied by the elliptical formulation of art. 3-*quater*, can be explained.

administrative jurisprudence on landscape compatibility assessments. The following paragraph will clarify the axiological relevance of the potentially conflicting values at stake in authorisation procedures for renewable energy power plants. Paragraph 3 will illustrate the “traditional” jurisprudence adhering to the model of parallel protections, while paragraph 4 will focus on the jurisprudence that has applied the logic of environmental integration in the reviewing of landscape compatibility assessments. In the end, concluding reflections will follow on the impact of the changed legal framework of obligations and reference principles on the exercise of technical discretion and on the intensity of the judicial review of landscape compatibility assessments.

## 2. *Environmental protection and landscape protection as potentially conflicting interests of primary axiological relevance*

In the context of authorisation procedures for renewable energy power plants, the interest in the diffusion of renewable energy often conflicts with the interest in the protection of the landscape (more generally, of the cultural heritage)<sup>29</sup>. On the one hand, in fact, the construction of a renewable energy power plant can affect the surrounding landscape,

<sup>29</sup> The promotion of renewable energy could also contrast with the interest in the protection of nature: for instance, the favourable assessment of the implications for power plants affecting a site of the Natura 2000 network is, as a rule, a prerequisite act of the final authorisation. Nevertheless, see the presumption of overriding public interest for the purposes of the relevant environmental legislation introduced by art. 3, par. 1, of Council Regulation (EU) 2022/2577. On the conflict between renewable energy promotion and environmental protection see, recently, A. DI CAGNO, *La produzione di energia da fonte rinnovabile: tra interesse energetico, ambientale e paesaggistico*, in *AmbienteDiritto.it*, 4, 2022. The Author mentions the emblematic case of agricultural areas, which contribute to the protection of nature, due to the presence of important ecosystem services that are at risk of being compromised by the construction of solar power plants. The Author also specifies that new technological solutions can downsize this problem. In this regard, the TAR Lecce, Sec. II, has recently held that the agrivoltaic is not a “*species*” of the photovoltaic “*genus*”, since the former significantly differ from the latter in so that the agrivoltaic does not impede the prosecution of agriculture on the field affected by the plant. Therefore, an agrivoltaic project should not be assessed on the basis of an outdated spatial planning which refers only to photovoltaic plants (TAR Puglia, Lecce, Section II, decisions 15 November 2022, No. 1799; 4 November 2022, No. 1750; 12 October 2022, Nos. 1586, 1585, 1584, 1583). In the same sense, see also TAR Puglia, Lecce, Sec. II, decisions 22 July 2022, No. 1267 and 11 April 2022, No. 586. *Contra*, see TAR Puglia, Lecce, Sec. III, decision 1 September 2022, 1376.

modifying the harmony and identity of the territory. On the other hand, the construction and operation of renewable energy power plants is functional to the reduction of greenhouse gas emissions, limiting the need for fossil fuels and exhaustible natural resources: this results in a significant contribution to the protection of the environment, in pursuit of sustainable development<sup>30</sup>. As stated by the Constitutional Court, «*The system of support for renewable energy sources is functional to the achievement of a plurality of objectives, including the protection of the environment and the implementation of energy saving and efficiency mechanisms widespread at all levels, which make it possible to achieve the sustainable development of the society with less energy use, thus satisfying the needs of current generations without compromising the quality of life and the possibilities of future generations*»<sup>31</sup>. In order to better focus on the dimension and the implications of this conflict, it is necessary to briefly recall the difference between landscape and environmental protection in the Italian legal system, as well as the axiological relevance of the underlying values.

The concepts of environment and landscape tend to overlap in the Italian legal system. Landscape protection has always been mentioned in art. 9 of the Constitution, since the entry into force of its original text. The term «*environment*», instead, was not present in the original version of the Constitution. Its introduction is due to Constitutional Law. No. 3/2001, which has modified art. 117 Const., by attributing the subject matter «*protection of the environment, ecosystem and cultural heritage*» to the exclusive legislative competence of the State. However, the environment, as a value worthy of protection in accordance with the Constitution, had already been inferred from art. 9, concerning the protection of the landscape and the historical and artistic heritage of the Nation, thanks to a systematic and evolutionary interpretation of the Fundamental Charter<sup>32</sup>. On the contrary, in the new order of legislative competenc-

<sup>30</sup> See the eight “Whereas” of Council Regulation No. 2022/2577: «*Renewable energy plants, including heat pumps or wind energy, are crucial to fight climate change and pollution, [and] decrease the Union’s dependence on fossil fuels*».

<sup>31</sup> Constitutional Court, decision 13 November 2020, No. 237.

<sup>32</sup> The Constitutional Court has affirmed that the protection of the environment is a constitutionally relevant interest in ordinance 22 June 1983, No. 184, while in following decisions the Court has highlighted that such interest could be inferred by articles 9 and 32 (health protection) of the Constitution. In particular, according to decision 15 May 1987, No. 167, the protection of the environment and landscape is an eminent value guaranteed by art. 9 Const. Decision 28 May 1987, No. 210 has then affirmed that the protection of the environment is at the same time a subjective right of the individual and

es, in force since 2001, landscape protection has been considered to be part of the protection of the environment mentioned in art. 117 Const. par. 2, lett. s)<sup>33</sup>.

As is known, the Italian doctrine, at first, on the basis of the evolutionary stage of the legislation in force, has denied the unity and autonomy of the notion of environment. M.S. Giannini, in its fundamental essay on the subject<sup>34</sup>, argued that the term environment fits three different legal conceptions: 1) environment as protection of the landscape; 2) environment as protection of soil, water and air; 3) environment as urbanistic. The proximity between the concepts of environment and landscape is evident, as the latter represents, according to this influential Author, a possible acceptance of the former. In some significant subsequent contributions, a unitary notion of environment was still denied and landscape protection, pursuant to art. 9 Const., was considered to regroup a core of functions through which environmental protection could be implemented<sup>35</sup>. As for landscape protection, according to a traditional thesis<sup>36</sup>, it consists of the conservation of areas of aesthetic value. This opinion, which substantially identifies landscape protection pursuant to art. 9 Const. with the conservation of «*natural beauties*», protected under Law No. 1497/1939, has been questioned by A. Predieri<sup>37</sup>, according to whom

a collective interest, in in light of the systematic interpretation of articles 9 and 32 Const. Afterwards, the Constitutional Court has ceased to qualify environmental protection as a subjective right, probably because of the implications in terms of legal claims that this option would be associated with. In this sense, see M. CECCHETTI, *La revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione e il valore costituzionale dell'ambiente: tra rischi scongiurati, qualche virtuosità (anche) innovativa e molte lacune*, cit.; ID., *La disciplina giuridica della tutela ambientale come "diritto dell'ambiente"*, in *Federalismi.it*, 25, 2006.

<sup>33</sup> See, among others, Constitutional Court, decisions 28 April 2022, No. 106; 28 January 2022, No. 24, 30 March 2018, No. 66 and 21 November 2017, No. 246; see also Council of State, Ad. Plen., decision 14 December 2001, No. 9. In this regard, see P. CARPENTIERI, *La nozione giuridica di paesaggio*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 2004, who holds that landscape protection is implied by the protection of cultural heritage mentioned in art. 117, par. 2, lett. s), given the cultural relevance of the landscape.

<sup>34</sup> M.S. GIANNINI, «*Ambiente*», *saggio sui suoi aspetti giuridici*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1973.

<sup>35</sup> See E. CAPACCIOLI, D. DAL PIAZ, *Ambiente (tutela dell')*, Parte generale e diritto amministrativo, in *Novissimo. Digesto Italiano*, App., Torino 1980; A. PREDIERI, *Paesaggio*, in *Enc. Dir.*, XXXI, Milano 1981.

<sup>36</sup> A.M. SANDULLI, *La tutela del paesaggio nella Costituzione*, in *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, 9, 1967.

<sup>37</sup> A. PREDIERI, *Significato della norma costituzionale sulla tutela del paesaggio*, in *Studi per il XX Anniversario dell'Assemblea Costituente*, Vol. II, Firenze 1969; ID., *Paesaggio*, cit.

landscape protection involves not only natural beauties, but also artificial views without aesthetic value, including urban areas. The landscape, in this opinion, is the visible shape of the environment in which the man lives and acts. Accordingly, landscape protection is not restricted to the conservation of natural beauties, as it requires a more general control and direction of the human intervention on the environment. Every modification of the soil or territory, in fact, would result in a modification of the landscape. The following legislation, adhering to a wide conception of landscape protection intended as protection of the territory from human detrimental or dangerous activities, has subjected entire categories of areas affected by ecological interest to landscape constraint, regardless of their cultural value<sup>38</sup>. The notion of landscape as the visible form of the territory and the environment has then made its own way into constitutional jurisprudence<sup>39</sup>, which, in some dating decisions, had also identified landscape protection with ecological protection<sup>40</sup>.

Despite the “genetic” conceptual overlap between environment and landscape, a more recent influential doctrine<sup>41</sup> has emphasised the need to distinguish the different centres of interests and values that are associated with the modification and use of the same territory, in order to allow a correct reconstruction, evaluation and balancing of such interests in concrete cases. In other words, landscape protection and environmental protection should be kept distinct on the legal side as they express non-coinciding interests and values: this option would lead to a better understanding, for instance, of the problematic conflict that often arises in the context of authorisation procedures for renewable energy power plants. According to this opinion, the landscape is the result of the subjective human perception of the identity and cultural characteristics of a specific territory, and therefore landscape protection pertains to the

<sup>38</sup> In particular, Galasso Law (Law No. 431/1985, which converted with modifications Law-Decree No. 312/1985), has subjected areas such as territories covered by forests and woods, even if crossed or damaged by fire, or under reforestation constraint, to the landscape constraint originally provided for «*natural beauties*» by law No. 1497/1939. This provision has been reproduced by art. 142 of the Cultural Heritage and Landscape Code, currently in force (Legislative Decree No. 42/2004).

<sup>39</sup> See, for instance, Constitutional Court, decision 28 June 2004, No. 196, pt. 23.

<sup>40</sup> See Constitutional Court, decisions 3 October 1990, No. 430 and 11 July 1989 No. 391; see also F. MODUGNO, *I “nuovi diritti” nella Giurisprudenza Costituzionale*, Torino 1995, par. 7.1, “*Il superamento della distinzione tra competenze statali e regionali: la tutela del paesaggio come ecologia*”.

<sup>41</sup> P. CARPENTIERI, *Paesaggio, ambiente e transizione ecologica*, in *Giustiziainsieme.it*, 4 May 2021; ID., *La nozione giuridica di paesaggio*, cit.



protection of cultural identity interests inherent in the use of the territory, while the environment consists of natural resources/physical environmental matrices, the protection of which is functional to ensure the health and quality of life for man, wildlife and plants, that is the conservation of the biosphere, in naturalistic terms.

Such an approach, on one side, is consistent with the notion of landscape contained in art. 131 of the Cultural Heritage and Landscape Code, which has transposed the European Landscape Convention approved in Florence in 2000<sup>42</sup>. In accordance with art. 131, in fact, the landscape is a territory which expresses identity, whose character derives from the action of natural and human factors and their reciprocal inter-relationships; the Code protects the landscape in relation to those aspects and characteristics which constitute a material and visible representation of national identity, as an expression of cultural values. On the other side, the approach discussed is coherent with the evolution of the national doctrine and jurisprudence that have led to the affirmation of the conceptual and axiological autonomy of the environment as a protected juridical asset/value<sup>43</sup>. In fact, the “ecological/ecosystemic approach” is prevalent in the Italian doctrine, and has been substantially followed by the Constitutional Court. In this regard, by renouncing to identify a legal definition of “environment”<sup>44</sup>, B. Caravita gave a significant contribution on focusing on the content of the environment as a protected asset, by preaching the need to refer to the knowledge of ecological science<sup>45</sup>. Environmental protection would accordingly require the protection of the ecological balance of the biosphere, that is the protection of the ecosystems in static and dynamic terms. The Constitutional Court, in turn, has come to define the environment as a material and complex asset, whose discipline includes the protection of the qualities and the balances of its components: the object of protection is the biosphere, considered also for the interactions among its components, their balances and qualities. In this

<sup>42</sup> *Ibidem*.

<sup>43</sup> One of the first Authors to preach the unity of the notion of environment was A. POSTIGLIONE, *Ambiente: suo significato giuridico unitario*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1985. In particular, the Author believed that the environment is a non-appropriable value internalised by the person, which concerns the relationship between man and nature. He also claimed the existence of a subjective right to the environment.

<sup>44</sup> See M. CECCHETTI, *La disciplina giuridica della tutela ambientale come “diritto dell’ambiente”*, cit., who highlights that the Italian doctrine has come to the conclusion that it is futile to search for a legal notion of environment.

<sup>45</sup> B. CARAVITA DI TORITTO, *Diritto pubblico dell’ambiente*, Bologna 1990.

way, the environment/biosphere is relevant as a system in its static as well as dynamic aspects<sup>46</sup>. Consistently, in many other following decisions, the terms «*environment*» and «*ecosystem*», both mentioned in art. 117, par. 2, lett. s) Const, have been interpreted as an hendiadys<sup>47</sup>.

Nowadays, by virtue of the reform implemented by Constitutional Law No. 1/2022, environmental protection is expressly mentioned in art. 9 as a task of the Republic, while art. 41 of the Constitution mentions the environment both as a limit to private economic enterprise and as an objective in pursuit of which economic activity can be oriented and co-ordinated through public programmes and controls. It has been highlighted that this reform is essentially a balance-reform, which does not innovate with respect to the assumptions of the constitutional jurisprudence<sup>48</sup>. Indeed, according to some Authors, this reform would be harmful to the extent that it consents the expansion of the axiological relevance of the environment to the detriment of other constitutionally protected interests, including the landscape<sup>49</sup>. In any case, the reform itself constitutes a further argument in favour of the conceptual autonomy of the landscape and the environment as protected assets/values, given the difference of the underlying interests.

Bearing in mind the foregoing about the juridical distinction between the landscape and the environment, it is now necessary to briefly recall the conclusions of the Constitutional Court on the axiological relevance

<sup>46</sup> Constitutional Court, decision 14 November 2007, No. 378.

<sup>47</sup> In this regard, see S. ZANINI, *La tutela dell'ecosistema, tra scienza e diritto*, in *Rivista AIC*, 3, 2019.

<sup>48</sup> On this constitutional reform, see L. CASSETTI, *Riformare l'art. 41 Cost.: alla ricerca di "nuovi" equilibri tra iniziativa economica privata e ambiente?*, in *Federalismi.it*, 4, 2022; F. DE LEONARDIS, *La riforma "bilancio" dell'art. 9 Cost. e la riforma "programma" dell'art. 41 Cost. nella legge costituzionale n. 1/2022: suggestioni a prima lettura*, in *Aperta Contrada*, 28 February 2022; G. MARCATAJO, *La riforma degli articoli 9 e 41 della Costituzione e la valorizzazione dell'ambiente*, in *AmbienteDiritto.it.*, 2, 2022; M. CECCHETTI, *La revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione e il valore costituzionale dell'ambiente: tra rischi scongiurati, qualche virtuosità (anche) innovativa e molte lacune*, cit.; ID., *Osservazioni e ipotesi per un intervento di revisione dell'art. 9 della Costituzione avente ad oggetto l'introduzione di una disciplina essenziale della tutela dell'ambiente tra i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale*, cit.; G. SEVERINI, P. CARPENTIERI, *Sull'inutile, anzi dannosa modifica dell'articolo 9 della Costituzione*, in *Giustiziainsieme.it*, 22 September 2021; Y. GERRA, R. MAZZA, *La proposta di modifica degli artt. 9 e 41 Cost.: una prima lettura*, in *Forum quaderni costituzionali*, 4, 2021.

<sup>49</sup> G. SEVERINI, P. CARPENTIERI, *Sull'inutile, anzi dannosa modifica dell'articolo 9 della Costituzione*, cit.; G. MONTEDORO, *Il ruolo di Governo e Parlamento nell'elaborazione e nell'attuazione del PNRR*, on [www.giustiziaamministrativa.it](http://www.giustiziaamministrativa.it), 2021.

of these different values. Albeit sometimes with the aforementioned conceptual overlaps, the Court has recognised on multiple occasions the primary axiological relevance of both the landscape<sup>50</sup> and the environment (which has also been qualified as an absolute value)<sup>51</sup>. As is well known, in a dated ruling, the Constitutional Court had deduced from the primary character recognised to certain values, the insusceptibility of subordination to any other constitutionally protected value<sup>52</sup>. However, a hierarchical reading of the relationship between constitutionally protected values appears too rigid, as it would impose the *a priori* and radical sacrifice of other constitutionally protected needs, in defiance of the pluralist design outlined by the Republican Constitution<sup>53</sup>. Decision No. 196/2004<sup>54</sup> has thus denied that the primary axiological relevance of an interest protected by the Constitution would imply « *an absolute primacy in a hypothetical hierarchical scale of constitutional values* »; the consequence is rather that the interests of such relevance must « *always [...] be taken into consideration in the concrete balancings operated by the ordinary legislator and by the public administrative authorities* ». Decision No. 85/2013<sup>55</sup>, in line with decision No. 196/2004, has then clarified that the qualification as primary of certain values « *means that they can not be sacrificed to other interests, even if constitutionally protected, but they are not placed at the top of an absolute hierarchical order* ». Furthermore, in 2013, the Constitutional Court has specified, with reference to the necessary balancing involving primary values, that it is up to the Legislator to find « *the point of equilibrium [...] according to criteria of proportionality and reasonableness, such as not to allow a sacrifice of their essential core* ». It is also worth mentioning the notorious passage which states that all the fundamental rights protected by the Constitution are in a relationship of reciprocal integration, requiring systemic protection, under penalty of « *unlimited expansion of one of the rights, which would become "tyrant"* »

<sup>50</sup> See Constitutional Court, decision 27 June 1986, No. 151, which has affirmed the primary character of the aesthetic-cultural value protected by art. 9 Const.; see also, among others, Constitutional Court, decision 7 November 2007, No. 367 and decision 23 December 2021, No. 257. For other jurisprudential references, see P. CARPENTIERI, *Paesaggio, ambiente e transizione ecologica*, cit.; ID., *La nozione giuridica di paesaggio*, cit.

<sup>51</sup> Starting from decision 30 December 1987, No. 641.

<sup>52</sup> Constitutional Court, decision 27 June 1986, No. 151.

<sup>53</sup> On the necessary and continuous balancing between the multiple values protected by the Constitution see G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino 1992.

<sup>54</sup> Decision 28 June 2004, No. 196.

<sup>55</sup> Decision 9 May 2013, No. 85.

*with respect to the other juridical situations constitutionally recognised and protected». Lastly, decision No. 58/2018<sup>56</sup> has transposed the reasoning conducted by decision No. 85/2013 with regard to fundamental rights to the balancing between constitutionally protected values, concluding that such balancing must respond «to criteria of proportionality and reasonableness, in such a way as not to allow either the absolute prevalence of one of the values involved nor the total sacrifice of any of them, so that unitary, systemic and non-fragmented protection of all the constitutional interests involved is always guaranteed».*

In summary, from the constitutional jurisprudence the need emerges for a continuous comparison and balancing between the protection of the environment and the landscape as primary interests and constitutional values, the possible conflict between which can not be resolved *a priori* on the basis of a hierarchical criterion. Abstractly, both the Legislator and administrative Authorities can be competent to operate such balances. In any case, it is necessary that landscape and environmental interests are correctly assessed in terms of their consistency in the concrete case, while the outcome of the balancing must respond to criteria of proportionality and reasonableness. With regard to the permit-granting process for renewable energy power plants, the foregoing implies, in general, as recently stated by the TAR Salerno, that «*equal and competing – albeit potentially antagonistic – public interests come to the fore, both of an environmental nature, namely, on the one hand, the protection of the landscape and, on the other hand, the promotion of renewable energy sources, aimed at containment and reduction of pollution phenomena, which require a rigorous and analytical balancing, in order to establish which of them should be given prevalence in the specific case*»<sup>57</sup>.

Net of these fundamental points, it should be noted that the balancing between opposing and conflicting interests in the concrete case is not always delegated to the administrative Authority which is competent to decide on the final authorisation for the construction and operation of the renewable energy power plant. In fact, sometimes the Legislator predetermines the consequences of the landscape incompatibility of an intervention which is also functional to safeguarding ecosystem balances. The conflict between interests, which must be correctly reconstructed, generally in the context of the administrative procedure, can therefore

<sup>56</sup> Decision 23 March 2018, No. 58.

<sup>57</sup> TAR Campania, Salerno, Sec. II, decisions 5 December 2022, No. 3285; 18 November 2022, No. 3104; 4 November 2022, No. 2945 and 28 February 2022, No. 564.

find a resolution that is predetermined by the Legislator to a lesser or greater extent, once that the concrete existence of certain situations has been ascertained. The topic in question concerns the type of evaluations that the administrative Authorities involved in the permit-granting process for renewable energy power plants shall carry out, and will be discussed in the following paragraphs.

At the end of this paragraph, it should rather be noted that the conclusions reached by the Constitutional Court regarding the equal axiological relevance of environmental and landscape values, with the consequent need to evaluate case by case which interest shall be given prevalence, seem to be questioned by Council Regulation (EU) 2022/2577, which has introduced a presumption of overriding public interest in favour of renewable energy projects. The Regulation in comment has clarified that *«It is possible for Member States to consider applying this presumption in their relevant national legislation on landscaping»* (Whereas No. 8), while art. 3, par. 2, provides that Member States shall ensure, at least for projects which are recognised as being of overriding public interest, that in the planning and permit-granting process, the construction and operation of plants and installations for the production of energy from renewable sources and the related grid infrastructure development are given priority when balancing legal interests in the individual case. In this way, a hierarchical conception between the interest in the maximum diffusion of renewable energy and the interest in the protection of the landscape seems to be legitimised in pursuit of an *a priori* resolution of the conflict discussed in the present paragraph. It must be concluded that the decision of applying the presumption of overriding public interest to landscape matters is left to the Legislator, which must however take into account the diversity of local contexts and operate a reasonable and proportionate balancing of interests.

### 3. *Landscape compatibility assessment according to “traditional” jurisprudence*

As anticipated, the administrative procedure is the *sedes par excellence* in which the interest in the promotion of renewable energy sources confronts the need of landscape protection. For those projects subject to

environmental impact assessment (EIA)<sup>58</sup>, the landscape compatibility is already evaluated in the EIA procedure, while in general, with regard to plants of larger dimensions<sup>59</sup> affecting the landscape, the confrontation between the interests in comment takes place in the single authorisation (AU) procedure *ex art. 12*, Legislative Decree No. 387/2003<sup>60</sup>.

Depending on the case, the Authorities in charge of landscape pro-

<sup>58</sup> As far as the environmental impact assessments falling under State competence are concerned, the role of the Ministry of Culture is regulated by art. 25, Legislative Decree No. 152/2006 (the Environmental Code), while for those under regional competence it is possible to submit an application for the issuance of a single regional authorisation (PAUR) pursuant to art. 27-*bis* of the Environmental Code, whose paragraph 2 provides that the proceeding Authority shall give communication to all the potentially affected Authorities (including the Authority responsible for landscape protection, and in particular the Ministry of Culture – the Superintendence if the areas are directly or indirectly burdened by landscape constraints). A similar communication is prescribed by art. 23 of the Environmental Code for the “simple” EIA procedure. Regional norms can further regulate the involvement of the Ministry of Culture and therefore of the Superintendencies in the EIA procedure: see, for example, articles 89 and 91 of the technical notes for the implementation of the territorial-landscape Plan of the Puglia Region (PPTR), which provide for a special tool for preventive verification of landscape compatibility in addition to that already defined by the Cultural Heritage and Landscape Code (the landscape authorisation *ex art. 146*), for all the interventions subject to national or regional EIA procedure wherever they are located, in order to verify the compatibility of the proposed interventions with all the provisions and objectives of the PPTR. This assessment is issued in the EIA procedure, in accordance with the above mentioned art. 89, par. 2. Lastly, point 14.9 of the Guidelines for the authorisation of renewable energy power plants, adopted by Ministerial Decree of 10 September 2010, provides that the Ministry of Culture participates in the EIA procedure for wind farms with nominal power above 1 MW, even if the plant does not fall within an area under protection pursuant to the Cultural Heritage and Landscape Code.

<sup>59</sup> However, art. 9-*bis* of Legislative Decree No. 28/2011, introduced by Law-Decree No. 77/2021, converted with amendments by Law No. 108/2021 and subsequently amended again on several occasions, has considerably raised the scope of the simplified authorisation procedure (PAS), which is based on the mechanism of silent-consent (in this sense, see Council of State, Sec., IV, decision 8 July 2020, No. 4383; *contra*, see Council of State, Sec. IV, decision 19 June 2014, No. 3112, according to which the PAS is a measure of liberalisation) so that, under certain conditions, plants up to 20MW are subtracted from the single authorisation regime and subjected to the PAS regime.

<sup>60</sup> See point 14.9 of the Guidelines for the authorisation of renewable energy power plants, adopted by Ministerial Decree of 10 September 2010, providing that the Ministry of Culture participates to the single authorisation procedure when: – the plant is located in areas subject to protection pursuant to the Cultural Heritage and Landscape Code; – the plant is located in areas bordering those subject to protection pursuant to the Cultural Heritage and Landscape Code (in these hypotheses the Ministry exercises the powers of indirect protection regulated by article 152 of the Code). The Ministry of Culture participates in the single authorisation procedure also if the Superintendence verifies that the plant falls within areas affected by protection procedures or by procedures for

tection can formulate assessments with a different degree of bindingness for the issuance of the final act. In some cases, the landscape compatibility assessment of the Ministry of Culture/Superintendence has a binding nature: for instance, if a power plant falls within an area under landscape constraint/direct protection<sup>61</sup>, it will be necessary to obtain the issuance of a landscape authorisation pursuant to art. 146, Legislative Decree No. 42/2004 (Cultural Heritage and Landscape Code)<sup>62</sup>. In fact, as clarified by the Council of State<sup>63</sup>, the landscape authorisation is a prerequisite act, without which the single authorisation *ex art. 12* Legislative Decree

ascertaining the existence of archaeological assets in progress at the date of presentation of the single authorisation request.

<sup>61</sup> In accordance with artt. 136, 142, 143, par. 1, lett. d) or 157 of the Cultural Heritage and Landscape Code.

<sup>62</sup> On the landscape authorisation, see M.R. SPASIANO, *Art. 146*, in M.A. SANDULLI, *Codice dei Beni culturali e del Paesaggio*, III edition, Milano 2019; N. PIGNATELLI, *Art. 146*, in G. FAMIGLIETTI, N. PIGNATELLI, *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, II edition, *Neldiritto*, Molletta 2018; G. MARI, *Le incertezze irrisolte in tema di autorizzazione paesaggistica*, in *Rivista Giuridica dell'Edilizia.*, 6, 2014; A. CALEGARI, *Riflessioni in tema di tutela dell'ambiente e del paesaggio nell'esperienza italiana*, in *Rivista Giuridica dell'Urbanistica*, 2, 2014; M. CORTI, *Vincoli e autorizzazioni paesaggistiche: orientamenti consolidati e profili di novità*, in *Rivista Giuridica dell'Ambiente*, 2, 2011; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Art. 146*, in M. CAMMELLI, *Il codice dei beni culturali e del paesaggio*, Bologna 2007; A.M. ANGIULI, *Art. 146*, in A.M. ANGIULI, V. CAPUTI IAMBRENGHI, *Commentario al Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Torino 2005; G. CARTEI, *L'autorizzazione paesaggistica nel codice dei beni culturali e del paesaggio*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 11, 2004.

<sup>63</sup> See Council of State, Sec. VI, decision 23 May 2012, No. 3039, which has affirmed that the landscape authorisation remains a prerequisite act of the single authorisation, even if the two authorisations are issued in the same procedure. Therefore, the negative opinion of the Ministry of Culture can not be overcome according to the criteria of the prevailing positions applicable to the synchronous Conference of Services. This system is considered to reflect the axiological primacy of the landscape, in accordance with the Constitution. In fact, the decision is grounded in the consideration that: *«the landscape interest has a pre-eminent character, because the protection of the landscape is a fundamental principle of the Constitution (art. 9); that therefore also in this special authorisation procedure [i.e. the single authorisation procedure], which requires the aforementioned “compliance with the regulations in force regarding the protection of the environment, the protection of the landscape and the historical-artistic heritage”, it is necessary to adequately ensure – under penalty of suspicion of unconstitutionality – the defense of this interest through the exercise, where necessary, of undoubtedly interdictory powers (cf. the extreme defense of the constraint, referred to in the Constitutional Court decisions 27 June 1986, no. 151; 18 October 1996, no. 341; 25 October 2000, no. 437; Council of State, Ad. Plen., December 14, 2001, no. 9); that procedural simplification can indeed pursue the objective of expediting the procedure (which is justified by the need for energy supply also through technologies that do not pollute the air), but – especially in these respects – not surreptitiously invert the substantial relationship between interests and subtract effectiveness to a fundamental principle of the constitutional order»*. These statements, in focusing exclusively on

No. 387/2003 can not be legitimately issued<sup>64</sup>. Therefore, the Superintendence is invited to the single authorisation procedure and there it should provide its opinion, which must be favourable in order to obtain the issuance of the final act. In the hypotheses in which the plant shall fall in neighboring areas (“aree contermini”), adjacent to those under direct landscape protection, art. 30, Law Decree No. 77/2021, converted by Law No. 108/2021, has specified that the Superintendence shall express a mandatory but not binding opinion in the Conference of Services<sup>65</sup>. In

the relevance of the landscape value, seem to implicitly legitimise the model of parallel protections, which will be further discussed in this and in the following paragraph.

<sup>64</sup> Pursuant to art. 22 of Legislative Decree No. 199/2021, in the authorisation procedures concerning plants located in suitable areas identified ex art. 20 of the same Decree, the competent Authority in landscape matters shall express a mandatory non-binding opinion and once the term for the expression of the non-binding opinion has expired without success, the competent Authority in any case shall decide upon the final authorisation. The relationship of this provision with the discipline of the landscape authorisation is controversial. In the abstract, it can be argued that if the plant falls within a suitable area under landscape constraint, it is no longer necessary to obtain the issue of the landscape authorisation; another reconstructive hypothesis, more adherent to the letter of the norm, is that the need to obtain the landscape authorisation remains, but the opinion of the Superintendence is no longer mandatory and therefore the only decision-making center becomes the Authority responsible for the issuance of the landscape authorisation (generally the Region, or the Authority delegated by the Region); finally, a third reconstructive hypothesis consists in assuming that the norm serves to make the opinion of the Superintendence mandatory in any case, even in areas not restricted by landscape constraint, as a counterweight to the easing of the authorisation procedure in suitable areas; in this case, however, the rule would be useless for the areas under landscape constraint and for the neighboring areas, in which the opinion of the Superintendence is already mandatory and not binding, while as regards the remaining areas the rule would not be in line with the simplifying ratio of the suitable areas mechanism. Finally, it could be that the criteria defined pursuant to art. 20, will not allow areas subject to landscape constraints to be qualified as suitable.

<sup>65</sup> The Guidelines for the authorisation of renewable energy power plant specify in point 14.9 lett. c) that *«the wind farms falling within the spacer area referred to in point b) of paragraph 3.1 and in point e) of paragraph 3.2 of Annex 4 are considered located in neighboring areas; for the other plants, the spacer area is calculated, using the same methods as in the aforementioned paragraphs, on the basis of the maximum height of the plant from the grounds»*. In particular, lett. b) of par. 3.1 provides for the *«reconnaissance of inhabited centers and cultural heritage e landscapes recognised as such pursuant to the Legislative Decree 42/2004, distant, in a straight line, at least 50 times the height maximum of the closest wind turbine, documenting photographically interference with new structures»*, while lett. e) of par. 3.2 provides that *«the visual effect caused by a high density of wind turbines relating to a single wind farm or adjacent wind farms must be examined; this effect must in particular be examined and mitigated with respect to viewpoints or panoramic views, accessible to the public, referred to in article 136, paragraph 1, letter d), of the Code, distant, in a straight line, no less than 50 times the maximum height of the nearest wind turbine»*.



neighboring areas, in accordance with the Guidelines for the authorisation of renewable energy power plants, adopted by Ministerial Decree of 10 September 2010, the Superintendence operates exclusively with the powers set out in art.152 of the Cultural Heritage and Landscape Code, which provides for the faculty to prescribe distances, measures and variants to projects in order to ensure the conservation of the values underlying the protected areas and properties. In this regard, it should be noted, on the one hand, that the jurisprudence has extended the possibility to execute the powers of art. 152 in areas adjacent to those identified and protected directly by the Legislator, such as wooden areas (art. 142 Cultural Heritage and Landscape Code), thus expanding the scope of art. 152, which literally refers only to property and areas specifically identified pursuant to art. 136 and following<sup>66</sup>. On the other hand, the same jurisprudence has held that in all these areas the Superintendence can go so far as to completely deny the landscape compatibility of the project, and that the Authority responsible for issuing the single authorisation can legitimately adopt the negative conclusive determination of the Conference of Services on the ground of the Superintendence's denial, considering it as the expression of a prevailing position (ex art. 14-ter law No. 241/1990) in light of the axiological relevance of the landscape (art. 9 of the Constitution)<sup>67</sup>. Finally, as far as the EIA procedure is concerned, the negative opinion of the Superintendence could justify the negative assessment of environmental compatibility, while, when the State is competent for the EIA, it is always necessary to obtain the agreement (“concerto”) of the Ministry of Culture<sup>68</sup>.

In the light of this premise, it should be clear that in any case the opinion of landscape compatibility is crucial for the issuance of the final authorisation of the plant, since it can determine, if negative, the halt of the procedure.

It is now necessary to investigate the type of evaluations that the Authority in charge of landscape protection is required to carry out while assessing the landscape compatibility of a project, as well as the limits of the judicial review upon such assessments. In fact, considering the relevance of landscape compatibility assessments, and also considering Italy's landscape richness, together with the aforementioned jurispruden-

<sup>66</sup> TAR Molise, Sec. I, decisions 20 July 2022, No. 264 and 22 October 2018, No. 620, both quoting Council of State, Sec. VI, decision No. 1144/2014.

<sup>67</sup> TAR Molise Sec. I, decision 20 July 2022, No. 264.

<sup>68</sup> See art. 25 of the Environmental Code.

tial orientation that extends the powers of indirect protection ex art. 152 Cultural Heritage and Landscape Code, on a similar question may partly depend the possibility of achieving the renewable energy production objectives mentioned in par. 1. The more limited the Judge's review is, the more "conservative" and polarised on the sole landscape interest the evaluation of the Superintendence, the more likely it is that a negative landscape compatibility assessment will lead to the definitive failure of the project.

It has long been established in jurisprudence that the Authorities in charge of specifically assessing the landscape compatibility of works or projects carry out assessments that are the result of the exercise of technical discretion<sup>69</sup>. As is known, in Italian administrative law, technical discretion is opposed to administrative/pure discretion since the first, unlike the second, does not postulate a comparative evaluation and balancing of interests at stake and a proper choice between various possible alternatives compliant to legal canons, for the best pursuit of the public interest entrusted to the care of the competent administrative Authority<sup>70</sup>. Technical discretion<sup>71</sup> is an evaluation activity with scientific content<sup>72</sup>; it requires the application of technical and specialistic rules for the evaluation of complex facts or situations, the application of which,

<sup>69</sup> *Ex multis*, see Council of State, Sec. VI, decisions 23 July 2015, No. 3652; 27 October 2009, No. 6577 and 31 March 2009, No. 2024; TAR Friuli Venezia Giulia, Sec. I, decision 27 September 2007, No. 612; TAR Lombardia, Brescia, decision 26 October 2006, No. 1356; TAR Lombardia, Milano Sec. II, decision No. 3769; Council of State, Sec. VI, decision No. 4561/2002.

<sup>70</sup> On the concept of administrative discretion see E. CASETTA, *Manuale di Diritto Amministrativo*, XXIV edition, edited by F. Fracchia, Milano 2022; B.G. MATTARELLA, *Discrezionalità amministrativa*, in S. CASSESE, *Dizionario di diritto pubblico*, Milano 2006; P. VIRGA, *Il provvedimento amministrativo*, Milano 1972; A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. Dir.*, XIII, Milano 1964; M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano 1939.

<sup>71</sup> On technical discretion see M. ASPRONE, M. MARASCA, A. RUSCITO, *La discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione*, Milano 2009; F. CINTIOLI, *Discrezionalità tecnica*, in *Enc. Dir.*, Annali II, tomo II, Milano 2008; D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova 1995; F. SALVIA, *Attività amministrativa e discrezionalità tecnica*, in *Diritto processuale amministrativo*, 4, 1992; G. PELEGATTI, *Valutazioni tecniche dell'amministrazione pubblica e sindacato giudiziario. Un'analisi critica dei recenti sviluppi della dottrina giuspubblicistica*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1, 1992; N. DANIELE, *Discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione e giudice amministrativo*, in *Scritti in memoria di Antonino Guiffè*, III, Milano 1967; V. BACHELET, *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, Milano 1967; E. PRESUTTI, *Discrezionalità pura e discrezionalità tecnica*, in *Giurisprudenza italiana*, 4, 1910.

<sup>72</sup> E. CASETTA, *Manuale di Diritto Amministrativo*, cit.

in the case of non-exact sciences, does not guarantee an unambiguous and objective result. Based on the outcome of the evaluation, the administrative Authority is then required to follow the behaviour already predetermined by the Legislator<sup>73</sup>, and therefore the Authority does not express a proper will.

Now, part of the Italian doctrine has highlighted that the category of technical discretion is not unitary<sup>74</sup>, and that administrative decisions concerning landscape protection are usually characterised by elements of both administrative and technical discretion<sup>75</sup>. Nevertheless, the jurisprudence generally believes that, while assessing the landscape compatibility of an intervention, the Authority in charge of landscape protection exercises only technical discretion, without contamination of administrative discretion. In this regard, the administrative Judge has repeatedly affirmed that the opinion of the Ministry of Culture/Superintendence regarding the landscape compatibility, «*can only be a strictly expressive act of technical discretion*»<sup>76</sup>. As a consequence, the assessment of landscape compatibility «*does not imply any form of comparison and evaluation of heterogeneous interests*»<sup>77</sup>. Such a balancing operation would culminate in the «*abdication*» of the correct exercise of the «*indeclinable*» function of landscape protection<sup>78</sup>.

The reported jurisprudence can be defined as “traditional”, since it is rigidly anchored to a traditional conception of the relationship among the interests that affect the same territory. Its statements, in fact, seem to reflect the logic of «*parallel protections*»<sup>79</sup>, according to which each

<sup>73</sup> See A.M. SANDULLI, *Manuale di Diritto Amministrativo*, XV edition, Napoli 1989.

<sup>74</sup> P. CARPENTIERI, *La decisione amministrativa discrezionale. Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale*, in *GiustAmm.it*, 1, 2020, who also mentions D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, cit. and C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, cit.

<sup>75</sup> P. CARPENTIERI, *La decisione amministrativa discrezionale. Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale*, cit.

<sup>76</sup> See, *ex multis*, TAR Campania, Salerno, Sec. II, decisions 7 December 2022, Nos. 3331 and 3328; 2 November 2022, No. 2896; Council of State, Sec. IV, decision 29 March 2021, No. 2640; TAR Puglia, Bari, Sec. I, decisions 20 June 2019, Nos. 861 and 854; Council of State, Sec. VI, decision No. 3652/2015, already mentioned above, in note No. 69.

<sup>77</sup> Council of State, Sec. VI, decision 18 September 2017, No. 4369, mentioned by the following jurisprudence.

<sup>78</sup> Council of State, Sec. VI, decision No. 3652/2015 mentioned above.

<sup>79</sup> The expression has been used to indicate the plurality of planning and protection functions on the same territory for the care of differentiated interests, each of which is attributed to a specific Authority: see V. CERULLI IRELLI, *Pianificazione urbanistica e inte-*

administrative Authority is responsible for the care of a specific interest which does not interact with other interests at stake. Such interests therefore remain “parallel”, with no intersection. This is a logic that «*radicalise[s] the conflict between the various subjects called to intervene in the decision-making processes*»<sup>80</sup>.

According to traditional jurisprudence, the landscape compatibility assessments should be expressed on consideration of the relation between the project and the sole landscape value, in order to avoid unacceptable alterations of the pre-existing protected value. In this sense, the administrative Judge has stated that the comparison and weighing of interests, typical of the administrative discretion, must remain completely extraneous to the assessment of landscape compatibility, and where *de facto* introduced, the adopted act will be affected by excess of power. In support, the jurisprudence recalls the administrative doctrine, which (as reminded above) has clarified that technical discretion is concentrated on a single interest, which is, in the case, the landscape protection, through the factual verification of its configuration and transformation in concrete. Unlike administrative discretion, technical discretion can not give rise to any form of comparison and heterogeneous evaluation<sup>81</sup>. Some decisions have also made use of a literal argument in support of this reconstruction, highlighting that art. 146, par. 8, of the Cultural Heritage and Landscape Code requires the Superintendence to express an opinion «*limited to landscape compatibility*»<sup>82</sup>.

It is interesting to observe that this jurisprudence underlines the coherence of its conclusions with art. 9 of the Constitution. In fact, the subtraction of the landscape value from the balancing with other interests is perceived as a coherent solution with regard to the constitutionalised «*highest rank*» of the protection of the landscape and the historical and artistic heritage of the Nation. This axiological primacy, accordingly, would require «*the specifically designated Authority to express techni-*

*ressi differenziati*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1985, 386 ss.; P. URBANI, *Urbanistica, tutela del paesaggio e interessi differenziati*, in *Le Regioni*, 1986, 665 ss.; recently, see P. CHIRULLI, *Urbanistica e interessi differenziati: dalle tutele parallele alla pianificazione integrata*, in *Diritto Amministrativo*, 1, 2015, who has highlighted the importance of integrated spatial planning.

<sup>80</sup> Council of State, Sec. VI, decision No. 8167/2022, already mentioned in note No.28.

<sup>81</sup> Council of State, Sec. VI, decision No. 3652/2015, already mentioned above.

<sup>82</sup> TAR Puglia, Lecce, Sec. I, decision 19 February 2019, No. 290.

*cal-professional and not comparative evaluations of interests, even if public and by other authorities reputable of particular importance»<sup>83</sup>.*

With regard to the intensity of the judicial review of acts of technical discretion, it is well known that the administrative Judge can not substitute their own evaluations to those evaluations of the competent administrative Authority that are reliable although questionable<sup>84</sup> (“weak review” according to a terminology criticised by the Council of State<sup>85</sup>). After a phase in which the administrative Judge’s judicial review had tended to assimilate the technical discretion to the administrative one, or to bring the technical assessments back to the concept of administrative merit<sup>86</sup>, in order to limit the judicial review to the sole scrutiny of the logical procedure followed (extrinsic review), thus censuring the administrative act only in the presence of macroscopic inconsistencies or illogicalities emerging from the motivation<sup>87</sup>, the Council of State has recognised the possibility of an intrinsic review of technical discretionary acts, in order to examine the correctness of the technical criterion and the application procedure chosen by the Authority<sup>88</sup>.

Returning to landscape compatibility assessments, TAR Veneto, Sec. III, decision 16 May 2022, No. 741, has coherently summarised the limits of the judicial review of the Superintendence’s evaluations in the landscape authorisation procedure. The TAR reminded that the evaluation entrusted to the Authority in charge of landscape protection is characterised by a broad technical-evaluative discretion, since it implies the application of specialist technical knowledge typical of scientific sectors disciplined by history, art and architecture, with wide margins of

<sup>83</sup> TAR Campania, Salerno, Sec. II, decisions Nos. 3331 and 3328/2022 and Council of State, Sec. IV, decision No. 2640/2021, already mentioned above, in note No. 76; Council of State, Sec. IV, decision 2 March 2020, No. 1486; TAR Puglia, Lecce, Sec. I, decision No. 290/2019, already mentioned in the previous note; TAR Veneto, Sec. II, decision 26 January 2017, No. 93; Council of State, Sec. VI, decision No. 3652/2015, already mentioned above.

<sup>84</sup> Cfr. *ex multis* Council of State, Sec. II, decision 2 September 2022, No. 7670; Sec. III, decision 20 June 2022, No. 5022; Sec. VI, decision 5 December 2022, No. 10624; decisions 4 June 2020, Nos. 3501, 3502, 3503; Sec. V, decision 14 August 2017, No. 4005.

<sup>85</sup> Council of State, Sec. III, decision 25 March 2013, No. 1645.

<sup>86</sup> For an examination of the jurisprudential evolution on the subject, see F. MATTEUCCI, *Il sindacato giurisdizionale sugli atti tecnico-discrezionali*, PhD thesis (online), Università degli Studi Roma Tre, 2013, <http://hdl.handle.net/2307/4303>.

<sup>87</sup> Council of State, Sec. VI, decisions 4 November 1996, No. 1437 and 24 August 1992, No. 615.

<sup>88</sup> Council of State, Sec. IV, decision 9 April 1999, No. 601.

objectionability; the assessment thus made can be challenged in Court exclusively under the profiles of the logicity, consistency and completeness of the assessment, also considering the correctness of the technical criterion and the application procedure chosen, but without prejudice to the relativity of scientific evaluations, so that, in the context of legitimacy jurisdiction, only the evaluation that is placed outside the scope of objectionability can be censored, in order not to let the judicial review become substitutive of the administrative Authority's evaluation, through the overlapping of an equally questionable alternative evaluation<sup>89</sup>.

Net of such declarations, on various occasions the administrative Judge's review appears indeed more extrinsic than intrinsic, essentially confined to censor cases of manifest illogicality of the landscape compatibility assessment. In this sense, some decisions have highlighted the "broad" character of the technical discretion exercised by the Authority in charge of landscape protection, in order to deduce the substantial unquestionability of the assessments made. Thus, the landscape compatibility assessment has been deemed censurable only due to an absolute lack of motivation, manifest illogicality or serious error of fact, a motivation of few lines being considered appropriate to justify the refusal grounded in the alteration of the landscape<sup>90</sup>; in another case, on the premise that the broad power of technical evaluation utilised by the Superintendence can be challenged in Court only for the lack of motivation, manifest illogicality or overt factual error, the non-immediate detectability of the defects of manifest unreasonableness and misrepresentation of facts was sufficient to consider the brief motivation of a negative opinion expressed by the Superintendence as legitimate: what definitely mattered was that such motivation was «*neither apparent nor generic*»<sup>91</sup>. Similarly, the jurisprudence has also stated that the Superintendence's negative assessment can only be censured for manifest illogicality or misrepresentation of the facts or for inadequacy of the preliminary investigation or motivation, by giving evidence of the total unreasonableness of the decision<sup>92</sup>. Such statements essentially reduce the range of the judicial review.

<sup>89</sup> In the same sense, see Council of State, Sez. VI, decision 27 May 2021, No. 4096; Council of State, opinion 28 June 2021, No. 1114; TAR Lazio, Sec. II quater, decision 21 October 2020, No. 10734.

<sup>90</sup> TAR Campania, Salerno, Sec. II, decision 10 June 2021, No. 1416, where it is also stated that the judicial review in this subject is intrinsic and weak.

<sup>91</sup> Council of State, Sec. VI, decision 28 December, No. 5844.

<sup>92</sup> TAR Campania, Napoli Sec. III, decision 11 May 2021, No. 3129.

In summary, the traditional jurisprudence believes that a model of parallel protections is consistent with art. 9 of the Constitution and that the Authority in charge of landscape protection shall evaluate only the aspects related to the impact of the project on the existing landscape. The Judge often considers an assessment as legitimate if it is not manifestly illogical or based on misrepresentation of facts, without concrete verification of whether the administrative Authority has made correct use of technical rules in order to arrive at a reliable result. Consequently, the jurisprudence usually validates the negative assessments of the Superintendence based on the sole alteration of the existing landscape. By doing so, the separation of powers is not questioned, as the administrative Judge is far from superimposing their value judgements on the situations worthy of protection.

#### 4. Environmental integration in recent administrative jurisprudence.

The recent jurisprudence on landscape compatibility assessments of projects and works concerning renewable energy power plants seems to question the conclusions reached by traditional jurisprudence, mentioned in the previous paragraph. In this field, the administrative Judge has exercised a more incisive review of the technical evaluations carried out by the competent administrative Authorities, often considering them as illegitimate for being superficial and not based on a correct reconstruction of the values and interests at stake. It is interesting to notice that this jurisprudence mentions the national and supranational objectives of energy transition as a premise of its reasonings. To a certain way, the administrative Judge appears to be more sensitive than the Authority in charge of landscape protection to the need to implement the political will crystallised in the obligations and principles referred to in paragraph 1.

In general, this current of jurisprudence states that the motivation for a refusal of landscape authorisation (more broadly, a negative landscape compatibility assessment) concerning the construction or maintenance of a renewable energy power plant must be *«particularly stringent»*, as it is not sufficient for the Authority in charge of the landscape constraint to notice a generic lesser usability of the landscape in terms of the decrease of its aesthetic dimension<sup>93</sup>. The adverb *«particularly»* suggests that the motivational obligation on the part of the Administration, in such hypotheses, is more onerous than the ordinary, and in no case it is absolved

<sup>93</sup> Council of State, Sec. VI, decisions 23 March 2016, No. 1201 and 9 June 2020, No. 3696; precautionary order 15 April 2022, No. 1742.

through a motivation that is simply «*not generic and not apparent*». This peculiarity can be explained in light of the aforementioned reference legal framework that reconnects primary importance to the production of energy from renewable sources.

More specifically, according to this jurisprudence, it must emerge from the motivation of the assessment that the primary interests related to the diffusion of renewable sources have been taken into consideration and adequately weighed by the Authority in charge of landscape protection. Such an obligation refers to cases in which, according to the prevailing jurisprudence mentioned in the previous paragraph, the administrative Authority exercises only technical discretion. In this way, technical discretion is assimilated to pure/administrative discretion, as the competent Authority is required not so much and not only to evaluate the impact of the project on the landscape, but rather to carry out a cost-benefit evaluation linked to the execution of the works and the functioning of the plant. In this sense, the jurisprudential current in comment has stated that «*a strict comparison is required between the different interests involved in the release of the authorisations – including the landscape one – for the construction and maintenance of an electricity plant from renewable sources*»<sup>94</sup>.

The comparative assessment is defined as complex and not reducible to the ordinary comparison between public interest/private interest<sup>95</sup>. Therefore it is always necessary for the competent administrative Authority to carry out a rigorous and analytical balancing, in order to establish which of them should be given prevalence in the specific case<sup>96</sup>. As further evidence of the need to evaluate the overall convenience of the plant, this jurisprudence affirms that the balancing of interests must take into account the eventuality that the works to be carried out assume the legislative qualification of works of public utility (for example in accordance with art. 12 Legislative Decree No. 387/2003) and the possibility to access funding concessions provided for by the favourable legislation, which imposes compliance with adequate times under penalty of forfeiture.

In general, this jurisprudence has discarded a static and merely aes-

<sup>94</sup> *Ibidem*.

<sup>95</sup> See the previous note; see also TAR Lombardia, Brescia, sec. I, decision, 29 March 2021, No. 296.

<sup>96</sup> TAR Campania, Salerno, Sec. II, decisions Nos. 564 and 3104/2022, already mentioned above in note No. 57.



thetic concept of landscape, embracing instead an idea of landscape that presupposes the necessary interaction between man and landscape and consequently the inevitable change of the latter. It has been repeated that *«the landscape compatibility assessment can not be limited to detecting the objectivity of the novum on the pre-existing landscape, given that in this way every new work, as a foreign body with respect to the pre-existing landscape framework, would in itself not be authorised»*<sup>97</sup>. More penetrantly, the administrative Judge has held that outside the areas under landscape constraint and specifically identified as “unsuitable” (“non idonee”) by the territorial – landscape plan, photovoltaic panels must be considered as normal and accepted elements of the landscape<sup>98</sup>; it has also been affirmed that the visibility of wind farms is a natural consequence of the anthropisation of the territory, so that outside the areas unsuitable for the installation of wind farms, the visibility of the plant has a neutral impact, with the consequence that this element can not, in itself, be considered as an impediment to the construction of the plant<sup>99</sup>.

In summary, the Authority responsible for landscape protection must take charge of the complexity of the interests involved, favouring the solution that allows, where possible, the implementation of the intervention with the least sacrifice of the landscape interest in its purely aesthetic dimension (for this purpose providing, if necessary, conforming indications on the allocation of the plant)<sup>100</sup>.

In application of these maxims, the Council of State has confirmed the annulment of a Superintendence’s opinion, holding that the references contained therein to the colors and shapes of the photovoltaic panels should have been specified in relation to the distorting effect on the surrounding environment, also in light of the positive consequences associated with the production of energy from renewable sources. The case concerned the issue of a favourable opinion with prescriptions related to the shape and placement of photovoltaic panels, in order to mitigate the impact of the plant in an area under landscape constraint, due to the presence of a river ex art. 142 Code of the Cultural Heritage and

<sup>97</sup> Council of State, Sec. VI, decisions No. 1201/2016 and No. 3696/2020 and precautionary order No. 1742/2022, already mentioned above.

<sup>98</sup> See TAR Puglia, Lecce, Sec. I, decisions 11 October 2022, No. 1577 and 22 July 2021, No. 1173; TAR Lombardia, Brescia, Sec. I, decision 2 July 2021, No. 617; TAR Lombardia, Milano Sec. III, decision 21 February 2018, No. 496.

<sup>99</sup> TAR Molise, Sec. I, decision 27 October 2022, No. 392, which mentions Council of State, Sec. IV, decision No. 4566/2014.

<sup>100</sup> Council of State, Sec. VI, decision, No. 1201/2016, already mentioned above.

the Landscape<sup>101</sup>. Likewise, it is worth mentioning some precautionary orders that, through the remand technique, have ordered a new evaluation to the Authority in charge of the landscape protection interest, in light of the above mentioned principles of law. In particular, the competent Authorities have been solicited to weigh and balance all the interests linked to the production of energy from renewable sources, considering the possibility to obtain the access to public funding<sup>102</sup>.

Recently, the TAR Lombardia, Brescia, Sec. I, with regard to the relationship between landscape protection and the installation of photovoltaic power plants, has reiterated that since the production of energy with renewable sources is an objective of national interest in compliance with the EU law, it is not possible to apply traditional aesthetic categories to photovoltaic panels, given that this operation would inevitably lead to the classification of these elements as intrusions. A more rigorous assessment is, in fact, admissible in relation to real estate properties declared or qualified *ex lege* of cultural interest, in relation to buildings, or sets of buildings, for which a specific landscape value is recognised, or in relation to buildings which in planning instruments are expressly subjected to particular conservation restrictions. Conversely, if the constraint concerns the scenery in which the building is inserted, the assessments regarding the landscape compatibility of the photovoltaic panels can not be based on their function or on the quality of the materials, to safeguard the integrity of the building according to a model traditional building, but must limit themselves to affirming whether the innovations, perceived in the context, are off-scale or dissonant<sup>103</sup>.

The administrative Judge perceives themselves as an interpreter of the “collective conscience”, albeit without political/democratic legitimacy. In this sense, the jurisprudence has on multiple occasions, especially in recent times, affirmed that *«the presence of photovoltaic systems on top of buildings, while innovating the typology and morphology of the roof, is no longer perceived as a factor of visual disturbance, but as an evolution of the construction style accepted by the law and by collective sensitivity»*<sup>104</sup>.

<sup>101</sup> Council of State, Sec. VI, decision 20 August 2020, No. 5159.

<sup>102</sup> Council of State, Sec. VI, precautionary order No. 1742/2022 and TAR Campania, Napoli Sec. V, precautionary order 15 June 2022, No. 1170.

<sup>103</sup> TAR Lombardia, Brescia, Sec. I, decisions 15 April 2022, No. 358 and No. 296/2021, mentioned in note No. 95.

<sup>104</sup> See for instance TAR Puglia, Lecce, Sec. I, decisions No. 1577/2022 and 1173/2021, both mentioned in note No. 98; TAR Lombardia, Brescia, Sec. I, decision No. 358/2022, mentioned in the previous note; TAR Campania, Salerno, Sec. II, deci-

On closer inspection, the jurisprudence in comment seems to prescribe a series of method directives for the exercise of the technical discretion in the field of landscape assessments concerning renewable energy power plants. The competent Authority, in light of the need to implement the energy transition, is required: 1) to provide a particularly stringent motivation for the (even only partially) negative assessment of landscape compatibility; 2) to always carry out a correct reconstruction and balancing of the interests at stake, giving particular relevance to the interests in the ecosystem-environmental sustainability associated with the production of energy from renewable sources; 3) to consider renewable energy plants in general as physiological modifying elements of the landscape which should not to be evaluated according to traditional aesthetic categories. In addition, the same jurisprudence has added that the promotion of the production of electricity from solar sources is itself an activity which contributes, albeit indirectly, to the preservation of landscape values (in particular, by allowing the practice of sustainability and ecosystem conservation, both preconditions for rural landscape conservation)<sup>105</sup>.

All this considered, the decisions that follow the orientation in comment seem implicitly to assert the need to overcome a model of parallel protections, in which each administrative Authority promotes the specific interest entrusted to its care even to the detriment of the other relevant interests in the specific case. Even when the Legislator seems to have predefined the result of the comparison between opposing interests of primary axiological value, attributing a binding character to a specific compatibility assessment conducted in the light of the interest entrusted to the care of the Administration, the jurisprudence in comment affirms the need for the administrative Authority to carry out a comparative evaluation of the interests at stake, abandoning conservative visions rigidly polarised on the single interest taken care of (in the case under discussion, the landscape).

A model of integration of protections is therefore promoted, in which ecosystem-environmental protection must be taken into consideration in the assessment of landscape compatibility of projects capable of imple-

sion No. 564/2022, already mentioned in note No. 57; TAR Molise, Sec. I, decision 22 November 2021, No. 391; less recently see TAR. Veneto, Sec. II, decision 13 September 2013, No. 1104.

<sup>105</sup> Council of State, Sec. VI, decisions No. 1201/2016, cited by numerous other decisions.

menting the energy transition. In this sense, the orientation in discussion, by questioning the conclusions of the “traditional” jurisprudence and deducing very different implications from the exercise of the discretion of the Authority in charge of the landscape compatibility assessment, seems to tacitly apply the principle of sustainable development, which, as mentioned in par. 1, through environmental integration can find an autonomous practical-operational meaning.

These reflections find confirmation in a recent sentence of the TAR Molise<sup>106</sup>, which is fully in the wake of the jurisprudential orientation in comment. This decision has shed a light on the applicability of the environmental integration method/principle to the assessments of landscape compatibility expressed by the Superintendence, traditionally considered as mere expression of technical discretion, as such innovative option is deemed compliant with the principle of sustainable development.

In particular, the TAR Molise has affirmed the illegitimacy of a negative landscape compatibility opinion of a photovoltaic plan, since the Superintendence had completely failed to evaluate: i) the conflict between the opposing interests, of constitutional and equal importance, to be coordinated according to the method of integration; ii) the possibility of settling the conflict in order to achieve the fair balance of interests at stake on the basis of the principles of proportionality and reasonableness. It is interesting to note that the sentence in question has completely transposed the reasoning conducted by the Council of State, Section II, in a recent ruling (decision No. 8167 of 23 September 2022), concerning a significantly different and peculiar case: the declaration of the cultural interest of some properties, and the consequent imposition of indirect protection measures that would have prevented the construction of some wind farms already authorised. The reasoning consists in deeming that any «*“totalising” position*» expressed by the Authority responsible for the protection of cultural heritage and the landscape is «*in violation of the principle of integration of protections recognised both at European (art. 11 of the TFEU) and national level (art. 3-quater of Legislative Decree no. 152 of 2006, albeit with an elliptical provision that implies it) by virtue of which the needs of environmental protection must be integrated into the definition and implementation of other pertinent public policies, in particular in order to promote sustainable development*». In a broad and all-encompassing direction, it is specified that «*the principle of in-*

<sup>106</sup> TAR Molise, Sec. I, decision 27 October 2022, No. 392.

tegration of protections is imposed not only in the relationship between the environment and production activities – with respect to which the recent constitutional reform law of 11 February 2022 n. 1, in dialectically juxtaposing environmental protection with the value of private economic initiative (art. 41 of the Constitution), marks the overcoming of the balance between opposing values under the banner of a new compositional axiology – but also in order to identify an adequate balance between the environment and cultural heritage, in the sense that the need to protect the second must be integrated with the need to preserve the first». In the case under examination, the TAR Molise has drawn the practical conclusion that the Authority responsible for the care of the cultural heritage should have taken charge of settling the conflict between equally relevant values, by participating in the Conference of Services and there expressing its position inclusive of any design change that might have been necessary for the purpose of issuing the approval of the project.

Finally, the reasoning unequivocally confirms the need to abandon the model of parallel protections. In fact *«The full integration between the various disciplines affecting the use of the territory requires abandoning the model of «parallel protections» of differentiated interests, which radicalise the conflict between the various subjects called to intervene in the decision-making processes»*.

## 5. Conclusions

The traditional jurisprudence, by remaining anchored to a vision of parallel protections, affirms that the Legislator, in regulating the permit-granting process of renewable energy power plants, has demanded to the administrative Authority in charge of landscape protection the sole task of evaluating in concrete cases whether an intervention is detrimental or not to the landscape. Accordingly, the interest in landscape conservation is the only one that needs to be taken into account in the administrative procedure of landscape compatibility assessment. Moreover, as highlighted in par. 3, the judicial review of landscape compatibility assessments is in practice obsequious of the evaluations carried out by the competent administrative Authority, and it is often limited to the verification of the existence of a motivation that is not apparent or generic. From the administrative procedure point of view, it is affirmed that such a model of parallel protections complies with art. 9 of the Constitution,

which crystallises the primary rank of the landscape, intended as a value that can not be sacrificed in the face of other interests. This reconstruction can be deemed in line with the constitutional jurisprudence referred to in par. 2 on the condition of considering that, in cases in which the opinion of landscape compatibility is binding, a reasonable and proportionate balance has been made upstream by the Legislator in defining the legal effects of the assessments of landscape compatibility for the purpose of issuing the final authorisation of renewable energy power plants.

Besides the considerations on the logical and juridical coherence of the traditional jurisprudence, it is clear that its outcomes are largely unsatisfactory in the perspective of the pursuit of the energy transition. In fact, in par. 3 it has been noted that in any case the negative assessment of landscape compatibility can lead to refusal of the final authorisation. The possibility of a negative evaluation is increased both by the jurisprudence that has extended the powers of the Superintendence, and by the richness of cultural values that notoriously affect the Italian territory. In this context, another factor to be considered is the cautious attitude of administrative functionaries who, faced with the risk of being held responsible for damaging the landscape, prefer not to authorise new power plants.

The jurisprudential approach illustrated in the previous paragraph, in turn, may be functional to overcome rigidly conservative positions of the Authorities in charge of landscape protection that are capable of preventing the realisation of the energy transition and the pursuit of sustainable development<sup>107</sup>. This is especially evident when the Judge orders a remand as a precautionary measure, which guarantees the possibility to obtain the authorisations in good time with regard to the capex plan and/or to apply for public incentives. In this way, the administrative Judge reveals themselves to be sensitive to the changes occurring in the legal framework of reference, which, as highlighted in paragraph 1, is today

<sup>107</sup> See for instance TAR Campania, Napoli Sec. V, precautionary order No. 1170/2022, mentioned in note No. 102, which has reminded «*the pressing needs related to the planned and obligatory ecological transition*»; see also Council of State, Sec. VI, decision No. 1201/2016, mentioned above, which has highlighted that «*the production of clean energy is encouraged by the law in view of the pursuit of prominent public purposes related to the defense of the environment and the ecosystem*»; furthermore, see TAR Molise, Sec. I, decision No. 392/2022, which has stated that the totalising position expressed by the Authority in charge of Cultural Heritage is in contrast with the European and national political direction, resulting from EEC Directive No. 2001/77 and Legislative Decree No. 387/2003.

strongly characterised by the *favor* for the diffusion of renewable energy. The administrative Judge also seems to be aware of the system dysfunctions that hinder the energy transition path defined not only in national, but also international and supranational *fora*, with the consequent implications in terms of State responsibility. From this point of view, the conclusions of the traditional jurisprudence are reviewed and overcome, since they risk to cause, on a systemic level, a relevant aggravation of the largely binding process of green transition.

The jurisprudence that applies the logic of environmental integration believes that in any case the administrative Authority in charge of landscape protection must carry out an assessment of the various interests at stake and transposes the reasonings of the constitutional jurisprudence on the conflict between primary values, recalled in par. 2, to individual cases of interventions to be authorised, without denying the assumption that the competent administrative Authority exercises technical discretion. This Authority is always required, in environmental matters, and in particular in case of authorisation of renewable energy power plants, to balance the various interests at stake before providing a negative landscape compatibility assessment. This seems to represent an autonomous application of the principle of sustainable development referred to in par. 1, which proceeds through the necessary integration of environmental considerations in all types of discretionary administrative procedures with environmental implications, even though the Authority in charge of the landscape compatibility assessment of the intervention is entrusted with the care of a single interest (in this case, the landscape) and must express an opinion based on the evaluation of such interest. A cost-benefit evaluation is indeed required, in order to assess whether and to what extent the prejudice to the landscape in its current consistency can be justified by the protection of ecological balances through the diffusion of renewable energy power plants.

Nevertheless, this orientation can be questioned under the profile of the separation of powers. As highlighted by an illustrious Author<sup>108</sup>, when it comes to technical-interpretative discretion, which occurs when the norms impose the evaluation of facts through the use of indeterminate juridical concepts, which themselves postulate the reference to non-exact science, the knowing of the facts by the administrative Authority is at the

<sup>108</sup> P. CARPENTIERI, *La decisione amministrativa discrezionale. Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale*, cit.

same time an evaluation activity that implies a value judgment relevant for the purposes of the law, in a hermeneutical circle. This activity of knowing and evaluation is delegated to the Administration by the Legislator, so that the administrative Judge can not operate an evaluation that is simply substitutive of the administrative one, without prejudice to the need for the latter to be acceptable and reliable. It can be observed, in this regard, that some statements contained in the jurisprudence in comment seem to hide an idea of “landscape worthy of protection” reconstructed by the administrative Judge, which overlaps the reconstruction of the protected value made by the administrative Authority in the specific case. The administrative Judge somehow “orients” the way in which the Administration must proceed with the reconstruction of the facts, indirectly providing indications on the values “detectable” in the exercise of technical discretion.

Now, even if the orientation in question results in a more incisive and penetrating judicial review of technical-discretionary evaluations, it can be noted that seldom does the administrative Judge go so far as to order Court-appointed technical consultancy<sup>109</sup>. Neither does the administrative Judge order the competent Authority to issue a positive assessment nor do they issue themselves a decision which takes the place of the administrative evaluation. In another perspective, it does not seem correct to affirm either a mere subjection of the administrative Judge to the politics, to the detriment of the Administration’s autonomy, since the political will has been translated into international and supranational legal obligations and juridical principles. In conclusion, it seems rather that the jurisprudence in comment is trying to adapt traditional juridical categories and assumptions to the changed framework of principles, norms and legal obligations.

<sup>109</sup> On the subject, see M.A. SANDULLI, *La consulenza tecnica d’ufficio*, in *Foro Amministrativo TAR*, VIII, 12, 2008.



## ATTUALITÀ

### *La costruzione di tutele dei diritti fondamentali «sempre più integrate». Orgoglio e (doppio) pregiudizio di fronte alla Corte costituzionale*

Pietro Faraguna

SOMMARIO: 1. Introduzione: uno sguardo presbite al cammino comunitario della Corte costituzionale. – 2. Il cammino comunitario della Corte costituzionale tra “precisazioni” e “precisazioni della precisazione”. – 3. Per sgombrare il campo da possibili fraintendimenti: la sede della doppia pregiudizialità (il giudizio a quo e non il giudizio costituzionale). – 4. Diritti “a doppia tutela” tra Trattati europei e Costituzione. – 5. I vantaggi di uno schema operativo di più facile lettura per i giudici comuni. – 6. Sindacato di legittimità costituzionale e potere politico.

*1. Introduzione: uno sguardo presbite al cammino comunitario della Corte costituzionale.* – Il «cammino comunitario»<sup>1</sup> della Corte costituzionale è caratterizzato da alcune tappe epocali, facilmente riconoscibili tanto più sono lontane nel tempo e consolidate nella “narrazione”, anche manualistica e didattica, che di quel cammino si è affermata. È certamente più complesso riuscire a riconoscere una nuova tappa epocale quanto più è vicina la pronuncia che la reca. Per dirla con le parole del Sommo Poeta, noi studiosi, in questo campo (e forse anche in molti altri) nella migliore delle ipotesi «veggiam, come quei c’ha mala luce, le cose»: vediamo bene gli sviluppi lontani, peggio quelli vicini.

Premessa questa prudenza “oftalmica”, è passato forse abbastanza tempo dalla pubblicazione della sentenza n. 269 del 2017, per potervi scorgere uno di quegli snodi fondamentali del cammino comunitario della Corte. Tuttavia, questo nuovo snodo epocale è stato immediatamente seguito da un’opera di progressivo aggiustamento, che ha inevitabilmente generato un vivace dibattito dottrinale, che a sua volta è probabilmente in parte responsabile di nuovi interventi di aggiustamento di quella giurisprudenza.

Gli sviluppi dell’ultimo quinquennio della giurisprudenza “europea” della Corte costituzionale sono stati, in altre parole, particolarmente irrequieti, e hanno generato un accentuato rischio per studiosi e operatori del diritto di perdere

<sup>1</sup> Si fa riferimento all’ormai classico P. BARILE, *Il cammino comunitario della Corte*, in *Giur. cost.*, 1973, 2406-2419.

di vista “il grano”, ossia le principali linee di tendenza che i giudici costituzionali hanno impresso in tema di rapporti inter-ordinamentali, per finire a concentrarsi vanamente sul “loglio”, rappresentato dalla inesauribile serie di problemi marginali che sono stati generati dai progressivi aggiustamenti di quella stessa giurisprudenza.

L'obiettivo di questo contributo è fornire strumenti utili per cercare di distinguere il grano dal loglio, soffermandosi, sì, anche sui dettagli di quegli sviluppi “secondari” che hanno impegnato la più recente giurisprudenza costituzionale, ma al fine di individuare e analizzare le principali linee di tendenza nel modo di intendere i rapporti interordinamentali, quanto meno nel circuito giurisdizionale. Infine il contributo si soffermerà sulle ipotesi di ulteriori passi che la Corte potrebbe compiere per continuare a percorrere linee di sviluppo già tracciate e affinché si possa consolidare un nuovo modello per intendere i rapporti interordinamentali, almeno nel circuito giurisdizionale, che sia adeguato alle sfide dei tempi, tenendo come punto di riferimento fondamentale quella che, in fin dei conti, pur in un contesto ove lo studio e la pratica del diritto si fanno attività sempre più complesse e articolate, resta tutt'ora la missione primigenia del costituzionalismo, ossia la limitazione giuridica del potere politico.

2. *Il cammino comunitario della Corte costituzionale tra “precisazioni” e “precisazioni della precisazione”*. – Per analizzare gli ultimi sviluppi della giurisprudenza “europea” della Corte costituzionale sembra opportuno cominciare da quella «precisazione»<sup>2</sup>, recata nella sentenza n. 269 del 2017, in cui la Corte co-

<sup>2</sup> Così Corte costituzionale, sentenza n. 269 del 2017 (enfasi mia): «Una *precisazione* si impone alla luce delle trasformazioni che hanno riguardato il diritto dell'Unione europea e il sistema dei rapporti con gli ordinamenti nazionali dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona [...] che, tra l'altro, ha attribuito effetti giuridici vincolanti alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea». La “precisazione” evoca un lessico anomalo per il linguaggio giurisdizionale, eppure in questo segmento della giurisprudenza costituzionale ritorna curiosamente in alcuni dei passaggi più importanti del cammino comunitario della Corte. Nella sentenza n. 170 del 1984, per introdurre la svolta verso la non applicazione del diritto interno in contrasto con il diritto comunitario avente efficacia diretta, la Corte aveva affermato che «[g]iova al riguardo richiamare alcune premesse di ordine sistematico, poste nelle precedenti pronunzie, per controllarne il significato e *precisare* il risultato di questa nuova riflessione sul problema», e aveva poi chiosato che «[l]a conseguenza ora *precisata* opera però, nei confronti della fonte statale, solo se e fino a quando il potere trasferito alla Comunità si estrinseca con una normazione compiuta e immediatamente applicabile dal giudice interno». A ulteriore “precisazione” della “precisazione”, la Corte ha poi aggiunto che «[l]e osservazioni fin qui svolte non implicano, tuttavia, che l'intero settore dei rapporti fra diritto comunitario e diritto interno sia sottratto alla competenza della Corte. Questo Collegio ha, nella sentenza n. 183/73, già avvertito come la legge di esecuzione del Trattato possa andar soggetta al suo sindacato, in riferimento ai principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale e ai diritti inalienabili della persona umana, nell'ipotesi contemplata, sia pure come improbabile, al numero 9 nella parte motiva di detta pronunzia. Nel presente giudizio cade opportuno un altro ordine di *precisazioni*. Vanno denunciate in questa sede quelle statuizioni della legge statale che si assumano costituzionalmente illegittime, in quanto dirette ad impedire o pregiudicare la perdurante osservanza del Trattato, in relazione al

stuzionale ha realizzato il suo «atto interruttivo dell'usucapione»<sup>3</sup>, affermando che, là dove «una legge sia oggetto di dubbi di illegittimità tanto in riferimento ai diritti protetti dalla Costituzione italiana, quanto in relazione a quelli garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea in ambito di rilevanza comunitaria, debba essere sollevata la questione di legittimità costituzionale, fatto salvo il ricorso al rinvio pregiudiziale per le questioni di interpretazione o di invalidità del diritto dell'Unione, ai sensi dell'art. 267 del TFUE»<sup>4</sup>. Questo approccio ha rovesciato l'ordine che fino a quel momento era ritenuto doversi dare ai casi di «doppia pregiudizialità», ossia ai casi in cui un giudice comune si trovasse, allo stesso tempo e in riferimento alla stessa norma, di fronte a un dubbio di compatibilità con le norme della Costituzione italiana, e di fronte a un dubbio di compatibilità con norme direttamente efficaci del diritto dell'Unione europea. Prima della sentenza n. 269 del 2017 la Corte aveva infatti anteposto la pregiudizialità comunitaria alla pregiudizialità costituzionale, indirizzando i giudici comuni dapprima verso la Corte di giustizia dell'Unione europea e – solamente nel caso in cui il dubbio di legittimità costituzionale persistesse anche dopo aver sciolto quello di compatibilità con il diritto dell'Unione – aprendo le porte di Palazzo della Consulta.

Quest'ordine veniva giustificato, nella giurisprudenza costituzionale precedente alla svolta del 2017, da ragioni attinenti alla rilevanza della questione di legittimità costituzionale, nonché di economia processuale nel giudizio *a quo*: siccome dal dubbio di compatibilità con il diritto dell'Unione poteva derivare, secondo lo schema ereditato dalla giurisprudenza *Granital*, la non applicazione<sup>5</sup>

sistema o al nucleo essenziale dei suoi principi: situazione, questa, evidentemente diversa da quella che si verifica quando ricorre l'incompatibilità fra norme interne e singoli regolamenti comunitari. Nel caso che qui è previsto, la Corte sarebbe, quindi, chiamata ad accertare se il legislatore ordinario abbia ingiustificatamente rimosso alcuno dei limiti della sovranità statale, da esso medesimo posti, mediante la legge di esecuzione del Trattato, in diretto e puntuale adempimento dell'art. 11 Cost.» (sentenza n. 170 del 1984, corsivi aggiunti).

<sup>3</sup> A. GUZZAROTTI, *La sentenza n. 269 del 2017: un "atto interruttivo dell'usucapione" delle attribuzioni della Corte costituzionale?*, in *Quad. cost.*, 2018, 1, 194-196.

<sup>4</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 269 del 2017, punto 5.2. del *Considerato in diritto*.

<sup>5</sup> La «non applicazione» è lessico successivamente raffinato dalla Corte stessa, in particolare a partire dalla sentenza n. 168 del 1991, che pare preferibile in quanto la «disapplicazione» evoca l'invalidità della norma, sfumando la specificità del contrasto di cui la Corte è stata chiamata a occuparsi nel corso del suo cammino comunitario. Invero, può essere utile ricordare che, fin dalla sentenza *Granital* la Corte aveva voluto distinguere con molta cura gli effetti dello schema *Granital* da quelli di invalidità e abrogazione: «[i] regolamento comunitario fissa, comunque, la disciplina della specie. L'effetto connesso con la sua vigenza è perciò quello, non già di caducare, nell'accezione propria del termine, la norma interna incompatibile, bensì di impedire che tale norma venga in rilievo per la definizione della controversia innanzi al giudice nazionale. In ogni caso, il fenomeno in parola va distinto dall'abrogazione, o da alcun altro effetto estintivo o derogatorio, che investe le norme all'interno dello stesso ordinamento statale, e ad opera delle sue fonti. Del resto, la norma interna contraria al diritto comunitario non risulta – è stato detto nella sentenza n. 232/75, e va anche qui ribadito – nemmeno affetta da alcuna nullità, che possa essere accertata e dichiarata dal giudice ordinario. Il regolamento, occorre altresì ricordare, è reso efficace in quanto e perché atto comuni-

del diritto interno nel giudizio principale, ciò poteva far venire meno qualunque necessità di utilizzare la norma in questione nel giudizio *a quo*, facendo venire meno il requisito della rilevanza, comunque tale requisito venisse inteso fra le varie e molteplici concezioni della nozione che sono emerse nella giurisprudenza e nell'analisi della dottrina<sup>6</sup>. Al di là delle motivazioni attinenti alla struttura del giudizio costituzionale, questo approccio era coerente con una più generale prudenza – divenuta man mano «auto-emarginazione»<sup>7</sup> – della Corte costituzionale rispetto al rischio di confondere il circuito del controllo di legittimità costituzionale e del rinvio pregiudiziale, che aveva, tra le altre cose, condotto a lungo la Corte a non ritenersi «organo giurisdizionale nazionale»<sup>8</sup> ai fini delle norme europee che disciplinano la facoltà (e l'obbligo) di promuovere rinvio pregiudiziale.

Con la svolta del 2017 – che è parte di un più ampio percorso di riaccentramento del controllo di legittimità costituzionale<sup>9</sup> e che è stata successivamente soggetta ad alcuni aggiustamenti,<sup>10</sup> recanti nuovi «protocolli operativi»<sup>11</sup>, sui

tario, e non può abrogare, modificare o derogare le confliggenti norme nazionali, né invalidarne le statuizioni» (così nella sentenza n. 170 del 1984). Si sofferma da ultimo sull'opportunità di servirsi del lessico della “non applicazione”, piuttosto che di disapplicazione C. PINELLI, *Ma cosa ha detto “un’ormai copiosa giurisprudenza costituzionale”? Ancora sul contrasto di leggi nazionali con la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, in *Giur. cost.*, 2022, 3, 1574 ss. Sulla terminologia in questione vedi anche A. AMATO, *Disapplicazione giudiziale della legge e Carta di Nizza. Profili costituzionali*, Napoli, 2021, 17 ss.

<sup>6</sup> La trasformazione del requisito della rilevanza è stato un terreno sul quale si è sviluppata una giurisprudenza costituzionale non sempre lineare, e sul quale si è sedimentata una letteratura ormai sterminata: per una rassegna dell’una e dell’altra e un’analisi di quella che l’A. definisce la «parabola della rilevanza-pregiudizialità», v. F. DAL CANTO, *La parabola della rilevanza-pregiudizialità*, in AA.VV., *Rileggendo gli aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1987-2019)*, Torino 2020, 93-110.

<sup>7</sup> T. GROPPI, *La Corte costituzionale come giudice del rinvio ai sensi dell’art. 177 del Trattato CE*, in P. CIARLO, G. PITRUZZELLA, G. TARCHI (a cura di), *Giudici e giurisdizioni nella giurisprudenza costituzionale*, Torino 1997, 188.

<sup>8</sup> Così l’art. 267 TFUE.

<sup>9</sup> Su questo percorso, che include anche, ma non solo, il superamento della riluttanza della Corte a qualificarsi alla stregua di «organo giurisdizionale nazionale», si soffermano *funditus* D. TEGA, *La Corte nel contesto. Percorsi di «ri-accentramento» della giustizia costituzionale in Italia*, Bologna, 2020 e S. BARBARESCHI, *Corte costituzionale e certezza dei diritti. Tendenze nomofilattiche del giudizio sulle leggi*, Napoli 2022.

<sup>10</sup> Aggiustamenti che secondo attenta dottrina avrebbero dato luogo a un modello «temperato» dello schema introdotto dalla sentenza n. 269: così C. AMALFITANO, *Il rapporto tra rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia e rimessione alla Consulta e tra disapplicazione e rimessione alla luce della giurisprudenza “comunitaria” e costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2022, 300. Il temperamento del modello sembra aver peraltro raccolto un diffuso apprezzamento in dottrina e giurisprudenza «perché apre a un concorso di rimedi giurisdizionali che, per il fatto di “escluder[re] ogni preclusione” [così la sentenza n. 20 del 2019], immette il sindacato della Corte costituzionale in un circuito nel quale i presupposti di fondo del diritto UE (caratterizzati da rinvio pregiudiziale, primato ed effetto diretto), vengono fatti coesistere con gli strumenti di azione propri del Giudice delle leggi»: così G. REPETTO, *Esercizi di pluralismo costituzionale. Le trasformazioni della tutela dei diritti fondamentali in Europa tra ambito di applicazione della Carte e “doppia pregiudizialità”*, in *Diritto pubblico*, 2022, 3, 793.

<sup>11</sup> G. REPETTO, *Sentenza 269 e doppia pregiudizialità nell’evoluzione della giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Eurojus*, 2022, 2, 316.

quali ci si soffermerà brevemente – la Corte costituzionale ha inteso indirizzare diversamente i giudici comuni: in un primo momento lasciando aperto il dubbio che l'ordine delle pregiudizialità si fosse altrettanto rigidamente ribaltato (imponendo pertanto al giudice di andare prima a Palazzo della Consulta) e successivamente chiarendo che la strada aperta fosse una possibile opzione offerta al giudice comune. Con la sentenza n. 20 del 2019, infatti, la Corte costituzionale ha sgombrato ogni possibile dubbio sul punto, indicando ai giudici rimettenti la «opportunità»<sup>12</sup>, e non l'obbligo, di percorrere preventivamente la strada che porta a Palazzo della Consulta, e che condurrebbe anche al *plusvalore* degli effetti *erga omnes*<sup>13</sup> dell'eventuale pronuncia di accoglimento. La Corte ha inoltre chiarito esplicitamente che è pure sempre «fatto salvo il ricorso al rinvio pregiudiziale per le questioni di interpretazione o di invalidità del diritto dell'Unione europea, ai sensi dell'art. 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea»<sup>14</sup>.

Inoltre, con la medesima pronuncia n. 20 del 2019, la Corte sembra avere esteso il suo “modello 269 temperato” anche a casi in cui non venivano in rilievo unicamente diritti fondamentali “doppiamente” tutelati dalla Costituzione italiana e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, ma anche – come nel caso deciso in quell'occasione – da norme di diritto derivato, peraltro dotate di effetto diretto, che si pongano «in singolare connessione con le pertinenti disposizioni della CDFUE»<sup>15</sup>.

<sup>12</sup> Sentenza n. 20 del 2019, punto 2.1. del *Considerato in diritto*.

<sup>13</sup> Va tuttavia segnalato che il modello *Granital* non era del tutto insensibile alle ragioni della certezza del diritto che sarebbe maggiormente garantita dalla pronuncia *erga omnes* della Corte costituzionale: da un lato perché presupponeva il coinvolgimento della Corte di giustizia in casi dubbi, sul ragionevole presupposto che il rinvio pregiudiziale portasse nei fatti alla caducazione con effetti *erga omnes* della norme di diritto interno; e – soprattutto – per l'idea che l'effetto «*erga omnes* delle sentenze dalla Corte di giustizia è conseguito anche attraverso l'obbligo posto in capo al legislatore di procedere annualmente alla depurazione dell'ordinamento da norme in contrasto con il diritto dell'Ue, cfr. art. 30(3) della legge 234/2012»: così M. DANI, *La sentenza n. 269 del 2017: una precisazione fuorviante?*, in C. CARUSO, F. MEDICO, A. MORRONE, *Grantial revisited? L'integrazione europea attraverso il diritto giurisprudenziale*, Bologna 2020, 69, *sub* nota 7. D'altronde, anche successivamente, la Corte ha ripreso l'importanza della necessaria “pulizia” dell'ordinamento mediante l'abrogazione delle norme interne incompatibili con gli obblighi posti dal diritto dell'Unione: «poiché la disapplicazione è un modo di risoluzione delle antinomie normative che, oltre a presupporre la contemporanea vigenza delle norme reciprocamente contrastanti, non produce alcun effetto sull'esistenza delle stesse e, pertanto, non può esser causa di qualsivoglia forma di estinzione o di modificazione delle disposizioni che ne siano oggetto, resta ferma l'esigenza che gli Stati membri apportino le necessarie modificazioni o abrogazioni del proprio diritto interno al fine di depurarlo da eventuali incompatibilità o disarmonie con le prevalenti norme comunitarie» (così Corte cost., sentenza n. 389 del 1989, punto 4 del *Considerato in diritto*).

<sup>14</sup> Sentenza n. 20 del 2019, punto 2.1. del *Considerato in diritto*.

<sup>15</sup> *Ibidem*. La «singolare connessione» è così specificata dalla Corte stessa: i principi di cui alla Carta e a norme di diritto derivato si porrebbero in tale rapporto «non solo nel senso che essi ne forniscono specificazione o attuazione, ma anche nel senso, addirittura inverso, che essi hanno costituito “modello” per quelle norme, e perciò partecipano all'evidenza della loro stessa natura, come espresso nelle Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali».

Ulteriore «precisazione» (per quanto non sia esplicitamente presentata come tale) si rinviene nella successiva sentenza n. 63 del 2019, nella parte in cui la Corte ha aggiunto al modello 269, temperandolo ulteriormente, la constatazione per cui resta fermo «il potere del giudice comune di procedere egli stesso al rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE, anche dopo il giudizio incidentale di legittimità costituzionale, e – ricorrendone i presupposti – di non applicare, nella fattispecie concreta sottoposta al suo esame, la disposizione nazionale in contrasto con i diritti sanciti dalla Carta»<sup>16</sup>.

Un altro passo in senso “espansivo” del modello 269 sembra leggersi nella sentenza n. 11 del 2020, che concerneva un caso in cui una norma di diritto interno era censurata, tra i vari parametri, anche in relazione all’art. 49 TFUE (che tutela, con norma pacificamente dotata di effetto diretto, la libertà di stabilimento), accanto all’art. 16 della CDFUE (che tutela la libertà d’impresa). A fronte di una specifica eccezione sollevata dalla difesa dello Stato, che riteneva la proposizione della questione inammissibile, in quanto al di fuori del “modello 269”, la Corte ha ritenuto di dichiarare tale eccezione non fondata: pur senza impegnarsi in premesse teoriche di ampio respiro, la Corte ha ammesso dunque che la sola evocazione di un diritto tutelato *anche* dalla Carta, finisce per attrarre al “modello 269” i diritti tutelati sia dalla Costituzione italiana, sia da norme dei Trattati europei dotate di efficacia diretta.

Accanto a questa linea di evoluzione della giurisprudenza costituzionale – innescata dalla sentenza n. 269 – se ne può tuttavia individuare un’altra parallela in cui la Corte si premura di riaffermare il modello *Granital*, o quantomeno la sopravvivenza di una parte di quel modello che è rimasta impermeabile alla svolta impressa dalla sentenza n. 269: elementi nel senso della riaffermazione del rimedio della non applicazione si ritrovano nella sentenza n. 182 del 2021, dove la Corte ha affermato che «[i]n relazione poi all’evocazione, da parte del giudice *a quo*, di disposizioni del diritto dell’Unione europea, va ribadito che essa deve considerarsi ammissibile quando, come nella specie, il giudice comune, nell’ambito di un incidente di legittimità costituzionale, richiami, come norme interposte, disposizioni del predetto ordinamento attinenti ai medesimi diritti fondamentali tutelati da parametri interni, ove non ricorrano i presupposti della non applicabilità della normativa interna contrastante con quella europea. In tale evenienza, questa Corte, eventualmente previo rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, non si esime dal fornire una risposta a tale questione con gli strumenti che le sono propri»<sup>17</sup>.

Sulla stessa linea di tendenza di riaffermazione del modello *Granital* pare potersi collocare anche la sentenza n. 67 del 2022, che ha deciso un caso reso piuttosto peculiare dalla tortuosa via con cui è approdato alla Corte costituziona-

<sup>16</sup> Sentenza n. 63 del 2019, punto 4.3. del *Considerato in diritto*.

<sup>17</sup> Sentenza n. 182 del 2021, punto 4.2. del *Considerato in diritto*.

le. La Corte di cassazione, giudice rimettente, aveva infatti dapprima promosso un rinvio pregiudiziale di interpretazione, all'esito del quale la Corte di giustizia aveva affermato l'effetto diretto delle norme europee che venivano in rilievo<sup>18</sup>. A questo punto la Cassazione, che sembrava essere stata posta nella condizione di procedere alla non applicazione delle norme della cui compatibilità con il diritto europeo aveva dubitato, sollevava invece questioni di legittimità costituzionale, evocando tra le norme costituzionali che si assumevano violate i soli "parametri sovranazionali" di cui agli artt. 11 e 117 Cost. Con una netta decisione di inammissibilità la Corte costituzionale ha colto l'occasione per riaffermare la centralità del rinvio pregiudiziale, la sua funzione di garantire l'uniforme applicazione del diritto dell'Unione in tutti gli Stati membri, la competenza esclusiva della Corte di giustizia nell'interpretazione e applicazione del diritto dell'Unione, e la conseguente vincolatività delle sue decisioni<sup>19</sup>.

Nello stesso senso (ossia quello di riaffermare la sopravvivenza e piena operatività del modello *Granital*) sembra avere puntato anche l'ordinanza n. 137 del 2022<sup>20</sup>, con la quale la Corte costituzionale ha disposto la restituzione degli atti a un giudice di pace rimettente che aveva ritenuto, nello stesso procedimento, di sospendere una prima volta il giudizio per sottoporre alla Corte di giustizia un rinvio pregiudiziale e poi, a distanza di qualche mese, con il giudizio già sospeso e pendente la decisione della Corte di giustizia, di "ri-sospenderlo" per promuovere una questione di legittimità costituzionale sulla medesima norma. La Corte costituzionale, intervenuta dopo che la Corte di giustizia si era già pronunciata (nel senso di ritenere che il diritto dell'UE ostasse alla norma interna censurata anche nell'incidente di costituzionalità), ha perciò – inevitabilmente – inteso restituire gli atti al giudice di pace rimettente, affinché questi valutasse se dalla invocata e sopravvenuta pronuncia della Corte di giustizia derivassero conseguenze in ordine all'applicabilità della norma censurata nel giudizio principale<sup>21</sup>.

<sup>18</sup> Corte di giustizia dell'Unione europea, sentenza 25 novembre 2020, causa C-303/109, *INPS*.

<sup>19</sup> Queste affermazioni sono state poi ribadite, seppure in un caso in cui veniva in rilievo la compatibilità di norme di diritto interno con norme di una direttiva ritenute prive di efficacia diretta, nella sentenza n. 263 del 2022, pronunciata nella complessa vicenda *Lexitor*, ove l'affermazione della competenza esclusiva della Corte di giustizia nell'interpretazione del diritto dell'Unione e la vincolatività *ex tunc* delle sue pronunce è stata resa su un terreno in cui erano in gioco interessi economicamente rilevanti e vi erano stati significativi dissidi sull'interpretazione della normativa europea e della normativa interna. Sulla vicenda *Lexitor* e sullo specifico episodio rappresentato dalla pronuncia della Corte costituzionale cfr. F. SAIITO, *La Corte costituzionale come garante dei vincoli derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea alla luce della vicenda Lexitor*, in *Giur. cost.*, 2022, n. 6, 2903-2914.

<sup>20</sup> In merito alla quale cfr. M. LOSANA, *Granital confirmed? – (note a margine di Corte cost., ordinanza n. 137 del 2022)*, in *Giur. cost.*, 2022, 1482 ss.

<sup>21</sup> L'ipotesi assomiglia, ma si distingue, da quella in cui il giudice rimettente promuove *contemporaneamente* la questione di legittimità costituzionale e il rinvio pregiudiziale: nei casi in cui ciò è avvenuto – post svolta 269 – la Corte costituzionale ha avuto un atteggiamento indulgente (vedi sentenze n. 31 del 2022 e n. 254 del 2020) nei confronti di una pratica che è suscettibile, tuttavia, di generare alcuni indesiderabili cortocircuiti, come segnalato, tra i molti, in dottrina da A. CARDONE,

Questi episodi, che certo non completano la casistica delle pronunce in cui la Corte si è pronunciata su questioni in cui veniva in rilievo i rapporti interordinamentali, suggeriscono comunque che, rispetto alle tappe precedenti del cammino comunitario, le recenti innovazioni introdotte dalla Corte sono probabilmente meno dirimenti, nella misura in cui il “modello 269” non sembra porsi in sostituzione al “modello *Granital*”, ma piuttosto sembra voler adattare quel modello ai sopravvenuti mutamenti di struttura del diritto europeo<sup>22</sup>.

Quel che tuttavia può avvenire è che il giudice comune, che rimane comunque il destinatario principale dei nuovi e vecchi indirizzi della giurisprudenza “europea” della Corte costituzionale, sia posto di fronte a un quadro difficilmente intelligibile, che non giova alle ragioni né del diritto sovranazionale né del diritto nazionale, perché non giova *tout court* alle ragioni del diritto e della sua certezza.

A fronte di questi rischi, può essere utile tracciare alcuni punti fermi in questi sviluppi, per individuare quali ulteriori passi sarebbero auspicabili nella direzione di offrire al giudice comune un quadro più accessibile dal quale attingere, e così all’ordinamento costituzionale interno ed europeo maggiore certezza e stabilità<sup>23</sup>.

3. *Per sgombrare il campo da possibili fraintendimenti: la sede della doppia pregiudizialità (il giudizio a quo e non il giudizio costituzionale).* – Va innanzitutto sgombrato il campo da un possibile fraintendimento: i casi di doppia pregiudizialità insorgono quando, «nel corso di un giudizio dinanzi ad una autorità giurisdizionale», si pongano dubbi di compatibilità di una norma di legge o di un atto avente forza di legge dello Stato o di una Regione, sia rispetto alla Costituzione, sia rispetto a norme di diritto dell’Unione europea.

*Dalla doppia pregiudizialità al parametro di costituzionalità: il nuovo ruolo della giustizia costituzionale accentrata nel contesto dell’integrazione europea*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2020, 1, 49; R. MASTROIANNI, *Sui rapporti tra Carte e Corti: nuovi sviluppi nella ricerca di un sistema rapido ed efficace di tutela dei diritti fondamentali*, in *European Papers*, 2020, 5, 493-522; B. SBORO, *Il primo “doppio rinvio” dopo la sentenza 269/2017 della Corte costituzionale. Brevi riflessioni su un’occasione mancata per nuovi sviluppi procedurali*, in *Federalismi.it*, 9 settembre 2020 e N. LUPO, *Con quattro pronunce dei primi mesi del 2019 la Corte costituzionale completa il suo rientro nel sistema «a rete» di tutela dei diritti in Europa*, in *Federalismi.it*, 13, 2019.

<sup>22</sup> Così N. ZANON, *Ancora in tema di doppia pregiudizialità: le permanenti ragioni della “precisione” contenuta nella sentenza n. 269 del 2017 rispetto alla “grande regola” Simmenthal-Granital*, in AA.VV., *Identità nazionale degli Stati membri, primato del diritto dell’Unione europea, Stato di diritto e indipendenza dei giudici nazionali*, Giornata di studio per la celebrazione del 70° anniversario della Corte di giustizia dell’Unione europea, Corte costituzionale della Repubblica italiana, 5 settembre 2022, reperibile in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

<sup>23</sup> Un quadro efficace del seguito della svolta di cui al modello 269 sull’approccio dei giudici di merito è offerto da M. MASSA, *La «precisione» nella giurisprudenza dei giudici ordinari di merito*, in *Eurojus*, 2022, 2, 259-274



Il dubbio deve essere “doppiamente pregiudiziale” rispetto alla possibilità di definire il giudizio principale, a poco rilevando – se non per affrontare il diverso tema della possibile riformulazione del *thema decidendum* su iniziativa della Corte stessa – se il giudice rimettente intenda sottoporre alla Corte costituzionale la questione di compatibilità rispetto ai soli parametri interni o se intenda investire la Corte sia dei dubbi che investono la compatibilità rispetto ai parametri interni, sia di quelli relativi alla compatibilità rispetto ai parametri europei, naturalmente mediante l’interposizione degli articoli 11 e 117, primo comma, Cost. Il duplice dubbio, nei casi più comuni<sup>24</sup>, viene posto alla Corte costituzionale in riferimento a una molteplicità di parametri (sia interni sia “sovrnazionali”)<sup>25</sup>.

Se questo è lo scenario più comune, possono ben darsi casi in cui il giudice, pur ponendosi il duplice dubbio nel giudizio principale, prospetti alla Corte costituzionale le sole questioni radicate sui parametri interni (vuoi perché ritenuti “equivalenti” a quelli sovranazionali, come nel caso del principio di eguaglianza e del principio di non discriminazione, vuoi perché al rimettente interessano i soli parametri interni). In altri casi ancora, il giudice rimettente potrebbe porre alla Corte soltanto dubbi vestiti come questioni di legittimità costituzionale, ma che si riferiscono a soli parametri sovranazionali, mediante l’interposizione degli art. 11 e 117, primo comma, Cost.<sup>26</sup>: è il caso che si è presentato recentemente all’attenzione della Corte, deciso con la già menzionata pronuncia di inammissibilità n. 67 del 2022<sup>27</sup>, con cui la Corte ha fermamente

<sup>24</sup> La letteratura giuspubblicistica sul punto è ormai sterminata. Vedi i due recenti volumi collettanei C. CARUSO, F. MEDICO, A. MORRONE, *Grantial revisited? L’integrazione europea attraverso il diritto giurisprudenziale*, Bologna 2020 e C. AMALFITANO, M. D’AMICO, S. LEONE (a cura di), *La Carte dei diritti fondamentali dell’Unione europea nel sistema integrato di tutela. Atti del convegno svoltosi nell’Università degli Studi di Milano a venti anni dalla sua proclamazione*, Torino 2022, 183-212 e l’ancor più recente volume di S. BARBARESCHI, *Corte costituzionale e certezza dei diritti*, cit., specialmente 210 ss. nonché A. AMATO, *Disapplicazione giudiziale della legge e Carta di Nizza*, cit. Per un’analisi dello stato dell’arte fino al momento del compimento della “svolta” di cui alla sentenza n. 269 del 2017, v. E. MALFATTI, *I “livelli” di tutela dei diritti fondamentali nella dimensione europea*, Torino, 2018, specialmente 249 ss.

<sup>25</sup> In questi casi emerge il problema, qui non affrontato e che la dottrina segnala come ancora bisognoso di una compiuta sistematizzazione nella giurisprudenza costituzionale, dell’«uso del parametro europeo nel giudizio di legittimità costituzionale»: così A. CARDONE, *Dalla doppia pregiudizialità al parametro di costituzionalità*, cit., 57.

<sup>26</sup> Va tenuta a parte la fattispecie di evocato contrasto tra norma di legge e norme europee prive di efficacia diretta: in questo caso la porta della Corte costituzionale era già aperta secondo l’originario modello *Granital*, e nessuna incidenza su tale “via d’accesso” è sopravvenuta in virtù dell’apertura determinata dal “modello 269” e successivi assestamenti.

<sup>27</sup> Vedi *supra*, par. 2. Ancor più specificamente si può ricordare che in quel caso la norma censurata (recata dall’art. 2, comma 6-*bis*, del d.l. n. 69 del 1988, n. 69, convertito con modificazioni in legge n. 153 del 1988) prevedeva che non facessero parte del nucleo familiare il coniuge, i figli ed equiparati di cittadino straniero che non avessero la residenza nel territorio della Repubblica, salvo che lo Stato di cui lo straniero fosse cittadino riservasse un trattamento di reciprocità nei confronti dei cittadini italiani ovvero fosse stata stipulata convenzione internazionale in materia di trattamenti di famiglia. Anche in virtù del percorso peculiare con cui la questione è approdata alla Corte, si comprendono i toni particolarmente decisi con cui la Corte costituzionale ha inteso

riaffermato le ragioni del circuito che intreccia il principio del primato del diritto dell'UE e l'obbligo di non applicazione. Le caratteristiche piuttosto peculiari di questo specifico caso, delle quali già si è accennato *supra*<sup>28</sup>, suggeriscono prudenza nel trarne una regola generale di limitazione della portata della precisazione contenuta nella sentenza n. 269 a queste fattispecie. Ferma, perciò, questa prudenza, non sembra troppo azzardato prevedere che la Corte possa risultare più riluttante a pronunciarsi nel merito in casi di questo tipo, in particolare quando – come era in effetti nel caso di specie – sia già intervenuta la Corte di giustizia.

Potrebbe poi darsi ancora lo scenario, a oggi soltanto teorico, del giudice comune che – afflitto da un “duplice” dubbio (di costituzionalità e compatibilità con il diritto dell'UE) – promuova il solo rinvio pregiudiziale di validità, evocando la violazione dell'art. 4(2) del Trattato sull'Unione europea, nella parte in cui richiama le identità costituzionali nazionali.

Quest'ultimo scenario sembra tuttavia incompatibile con il percorso di “ac-

riaffermare «la centralità del rinvio pregiudiziale» (*ibidem*, dove si riprende peraltro la recente giurisprudenza della Corte di giustizia, e – nello specifico – la sentenza 20 dicembre 2017, in causa C-322/16, *Global Starnet Ltd.*, punti 21 e 22; sentenza 24 ottobre 2018, in causa C-234/17, *XC e altri*, punto 44; sentenza 19 dicembre 2019, in causa C-752/18, *Deutsche Umwelthilfe*, punto 42; sentenza 16 luglio 2020, in causa C-686/18, *OC e altri*, punto 30; sentenza 22 febbraio 2022, in causa C-430/21, *RS*, punto 88). La centralità del rinvio pregiudiziale è stata dalla Corte costituzionale saldata al principio del primato del diritto dell'Unione europea e all'art. 4, paragrafi 2 e 3, TUE (che dispongono i principi di eguaglianza degli Stati membri, il rispetto delle identità nazionali, e il principio di leale collaborazione), intesi, questi ultimi come «l'architrave su cui poggia la comunità di corti nazionali, tenute insieme da convergenti diritti e obblighi» (*ibidem*). Considerato dunque che la stessa Corte di giustizia aveva ritenuto le norme europee assunte a parametro interposto come norme che ponevano un obbligo sufficientemente chiaro, preciso e incondizionato, e come tale dotato di effetto diretto, la Corte costituzionale ha ritenuto che la sollevata questione di legittimità costituzionale fosse inammissibile, in quanto le «disposizioni censurate, ritenute dalla Corte di giustizia incompatibili con il diritto europeo, si prestano a essere disapplicate dal giudice rimettente».

<sup>28</sup> La Cassazione – giudice rimettente – aveva infatti dapprima promosso un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, che aveva accertato che il diritto europeo ostasse a una disciplina nazionale quale quella oggetto dei dubbi della Cassazione, affermando esplicitamente l'effetto diretto delle norme europee. La Corte di giustizia, infatti, con sentenza 25 novembre 2020, in causa C-302/19, *INPS* aveva, nello specifico, accertato che l'art. 12, par. 1, lett. e), della direttiva 2011/98/UE, doveva essere interpretato nel senso che esso impone agli Stati membri di riconoscere ai cittadini di paesi terzi titolari di permesso unico le prestazioni di sicurezza sociale, tra cui rientra l'assegno per il nucleo familiare, alle stesse condizioni previste per i cittadini dello Stato membro. Pertanto, in assenza di esercizio della facoltà di deroga consentita dall'art. 11, par. 2, della direttiva 2003/109/CE, e nella prospettiva del primato del diritto dell'Unione, alle norme di diritto europeo contenute negli artt. 11, par. 1, lett. d), della direttiva 2003/109/CE e 12, par. 1, lett. e), della direttiva 2011/98/UE doveva riconoscersi effetto diretto. La Cassazione aveva poi ritenuto di sollevare la questione di legittimità costituzionale, evocando tra i parametri soltanto gli artt. 11 e 117, primo comma, Cost., in relazione alle norme della direttiva che la Corte di giustizia aveva appena affermato avere efficacia diretta, e senza menzionare alcun parametro costituzionale interno: in particolare, non vi era alcun riferimento al principio di eguaglianza che, pure, nel caso di specie, avrebbe forse potuto trovare spazio tra i parametri della questione di legittimità costituzionale.

centramento” del controllo di compatibilità con l’identità costituzionale che la Corte costituzionale ha affermato con un certo vigore e una certa costanza negli ultimi tempi<sup>29</sup>, e che la stessa Corte di giustizia ha sempre più convintamente assecondato<sup>30</sup>. Il giudice comune che si trovasse di fronte al dubbio che sia violato un principio supremo della Costituzione avrebbe non solo la facoltà, bensì l’obbligo di sollevare questione di legittimità costituzionale, rientrando questa ipotesi in quella «riserva di controllo a favore della Corte costituzionale»<sup>31</sup> che già l’originario schema *Granital* ammetteva.

Assai più comuni possono essere, infine, i casi in cui la doppia pregiudizialità investa i dubbi del giudice comune sia in riferimento a parametri sovranazionali, sia in riferimento a parametri interni, ma questi decida di sollevare la questione di legittimità costituzionale soltanto in riferimento ai parametri interni.

Il primo problema relativamente a questi casi è che la “doppia pregiudizialità” potrebbe essere difficile, se non impossibile, da riconoscere. Potrebbero darsi molti casi in cui una questione di legittimità costituzionale sollevata in riferimento soltanto a parametri interni “nasconda” una corrispondente questione di compatibilità con norme di diritto dell’Unione. L’individuazione di questi casi implicherebbe un controllo straordinariamente penetrante da parte del giudice costituzionale, che sarebbe tenuto a esaminare qualunque questione con un filtro europeo, finalizzato a individuare eventuali norme di diritto dell’Unione potenzialmente applicabili alla controversia principale.

Se un controllo così penetrante è certamente al di fuori del raggio di azione della Corte costituzionale – nonché sembrerebbe anacronistico rispetto all’andamento della più recente giurisprudenza costituzionale in punto di rilevanza, sempre più indulgente e più propensa a entrare nel merito delle questioni non appena la motivazione del rimettente appaia anche solo non implausibile<sup>32</sup> – a volte la doppia pregiudizialità del tipo di cui si ragiona qui può essere esplicitamente confessata dal giudice rimettente.

<sup>29</sup> A partire dalla sentenza n. 238 del 2014, il cui dispositivo, nella parte che qui ci interessa, non a caso è un dispositivo di inammissibilità e, più recentemente ancora, e più propriamente in materia di rapporti tra diritto interno e diritto dell’Unione, nella celeberrima saga *Taricco*, ove la Corte ha espressamente affermato la propria “giurisdizione esclusiva” in materia di “controllimiti”.

<sup>30</sup> Così in un filone giurisprudenziale passato almeno tramite le pronunce della Corte di giustizia dell’Unione europea, sentenza 22 febbraio 2022, causa C-430/21, *RS* e sentenza 7 settembre 2022, causa C-391/20, *Boriss Cilevičs and Others*. Su questo filone in relazione alla costruzione di un modello procedimentale per la gestione di conflitti intorno a elementi dell’identità nazionale, P. FARAGUNA, *L’Unione rispetta le identità nazionali incostituzionali? Considerazioni sui più recenti sviluppi nella giurisprudenza della Corte di giustizia e delle corti costituzionali nazionali in materia di identità costituzionale*, in L. MONTANARI, A. COZZI, M. MILENKOVIĆ, I. RISTIĆ (a cura di), *We, the people of the united Europe. Reflections on the European state of mind*, Napoli 2022, 65-78.

<sup>31</sup> C. CARUSO, in ID., F. MEDICO, A. MORRONE (a cura di), *Granital revisited?*, cit., 29.

<sup>32</sup> Vedi, da ultimo, sentenze n. 197 e 150 del 2022, n. 183 del 2021, n. 168 e n. 44 del 2020.

Recentemente la Corte si è imbattuta in alcuni casi di questo tipo, decisi con le sentenze n. 262 del 2022<sup>33</sup> e n. 74 del 2023<sup>34</sup>, dove era stato lo stesso giudice rimettente, nel promuovere la questione di legittimità costituzionale, ad alludere nell'ordinanza di rimessione a paralleli dubbi di compatibilità con il diritto dell'Unione. Si trattava, tuttavia, di allusioni piuttosto fugaci, che hanno consentito alla Corte di soprassedere sulla concorrente pendenza di un dubbio di compatibilità con il diritto dell'Unione, per potersi occupare delle sole questioni di legittimità costituzionale sollevate con riferimento ai parametri interni, così sostanzialmente derubricando i dubbi di compatibilità eurounitaria della normativa di riferimento, pur espressi negli atti di promovimento, alla stregua di scenari meramente ipotetici e privi di consistenza concreta.

In quei casi la Corte ha avuto gioco facile a obliterare del tutto che vi fosse una potenziale concomitante questione di compatibilità con il diritto dell'UE: in un caso ciò era facilitato dai riferimenti non solo approssimativi, ma in parte anche contraddittori, al possibile contrasto con il diritto dell'UE che erano con-

<sup>33</sup> Con la sentenza n. 262 del 2022 la Corte ha deciso una questione di legittimità costituzionale sul limite massimo di età per la partecipazione al concorso per l'accesso al ruolo dei funzionari tecnici psicologi della Polizia di Stato soltanto sulla base delle censure mosse in riferimento alla violazione dell'art. 3 Cost., soprassedendo sui riferimenti che il rimettente aveva operato in riferimento alla compatibilità della stessa normativa con il diritto dell'UE, e che, tuttavia, non avevano condotto il rimettente a sollevare la questione anche con riferimento agli artt. 11 e 117, primo comma, Cost. In quel caso, tuttavia, i dubbi di compatibilità con il diritto dell'UE erano stati posti nella motivazione dell'ordinanza in maniera significativamente più sfumata, limitandosi a qualche inciso, il più esplicito dei quali così recitava: «[i] limite di età in discussione non sembra viceversa corretto, ragionevole, proporzionato e – in ultima istanza – manifestamente conforme a Costituzione (oltre che al *diritto europeo*, nei sensi già espressi, pur se forse in termini troppo generali, dalla prefata ordinanza n. 3272/2021)» (enfasi mia).

<sup>34</sup> Con la sentenza n. 74 del 2023 la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di una norma regionale campana che stabiliva, nel contesto del rilascio dell'autorizzazione alla realizzazione di strutture socio-sanitarie, un limite rigido di un solo centro diurno per anziani per ogni distretto sanitario di base. Sebbene il rimettente avesse evocato genericamente, ma esplicitamente, che la norma poneva «dubbi di compatibilità con la Costituzione e con il diritto dell'Unione europea» (enfasi mia), la Corte ha ritenuto di soffermarsi sulle sole questioni poste in riferimento ai parametri costituzionali «interni» (che erano peraltro gli unici evocati esplicitamente), sostanzialmente obliterando che si potessero porre problemi di doppia pregiudizialità con la conseguente eventuale attrazione della causa nel modello «269» o, in quello, «originario», *Granital*. Si trattava di una normativa che introduceva una deroga alla libertà di stabilimento che a ben vedere sembrava ragionevolmente ammessa dal diritto sovranazionale, come interpretato dalla Corte di giustizia (in tal senso sarebbe stata di conforto anche la giurisprudenza amministrativa citata dallo stesso rimettente). Infatti, proprio in virtù della giurisprudenza della Corte di giustizia citata dal rimettente, le deroghe alla libertà di stabilimento sono ammesse proprio a condizione che siano fondate «su criteri oggettivi, non discriminatori e noti in anticipo, che garantiscono la sua idoneità a circoscrivere sufficientemente l'esercizio del potere discrezionale delle autorità nazionali», quali sembravano essere i criteri adottati dalla norma regionale censurata; in riferimento a tali parametri nella giurisprudenza sovranazionale cfr. Corte di giustizia dell'Unione europea, grande sezione, sentenza 10 marzo 2009, *Hartlauer Handelsgesellschaft mbH contro Wiener Landesregierung e Oberösterreichische Landesregierung* in causa C-169/07, § 64 e in tema cfr. R. CISOTTA, *Limits to Rights to Health Care and the Extent of Member States' Discretion to Decide on the Parameters of Their Public Health Policies*, in F.S. BENYON (ed), *Services and the EU Citizen*, Oxford 2013, 113-162.

tenuti nell'ordinanza di rimessione (così nel caso deciso dalla sentenza n. 262 del 2022); nell'altro caso una formulazione a tratti ipotetica del contrasto con il diritto dell'UE, unitamente al difetto di qualunque carattere transfrontaliero della controversia principale, ha parimenti facilitato la Corte nell'escludere che vi fosse un'autentica fattispecie di "doppia pregiudizialità", configurando la controversia principale come un caso in cui il giudice rimettente aveva soltanto "in astratto" ipotizzato dubbi di compatibilità con il diritto dell'Unione, ma in concreto aveva infine ritenuto che tali dubbi non sussistessero (così nella sentenza n. 74 del 2023)<sup>35</sup>.

In entrambi i casi, peraltro, la Corte era agevolata dal fatto che tra i parametri evocati dal rimettente in nessuno dei due giudizi comparissero gli art. 11 e 117, primo comma, Cost.<sup>36</sup>: si tratta, tuttavia, di una circostanza del tutto priva di significato quanto all'accertamento di una ipotesi di "doppia pregiudizialità", posto che tale proprietà è riferita ai dubbi che investono la norma da applicare nel giudizio principale e non alla scelta dei parametri in ordine ai quali la questione di legittimità costituzionale viene promossa.

4. *Diritti "a doppia tutela" tra Trattati europei e Costituzione.* – A fronte della progressiva estensione del modello 269, pur temperato nelle sue conseguenze a un orizzonte casistico sempre più ampio, sembra al momento ancora resistere l'inapplicabilità di quello schema ai casi in cui la "doppia tutela" riguardi diritti

<sup>35</sup> Nella sentenza n. 74 del 2023, la Corte ha infatti ritenuto che il giudice non avesse circostanziato in alcun modo la sua affermazione circa i dubbi di compatibilità con il diritto dell'Unione e avesse omesso di «motivare le ragioni specifiche in virtù delle quali la disposizione regionale interferirebbe con qualsivoglia norma dettata dall'Unione europea e, senza neppure porre la questione in riferimento all'art. 117, primo comma, Cost. (sentenza n. 15 del 2023 e ordinanza n. 215 del 2022)» avesse omesso di indicare «alcun elemento idoneo a far ritenere che la controversia principale abbia carattere transfrontaliero». La Corte ha al contrario osservato che «gli indici desumibili dall'ordinanza di rimessione e dalla memoria della parte suggeris[sero] l'assenza di una tale connotazione» anche in virtù della considerazione per cui «lo stesso rimettente defini[va] come "potenziale" la "questione di incompatibilità eurounitaria", tant'è che si [è] limita[to] a generici richiami alla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea in materia di deroghe alla libertà di stabilimento, nella motivazione della questione posta in riferimento all'art. 41 Cost.».

Da un altro lato, il fatto che il diritto dell'UE ammetta deroghe alla libertà di stabilimento potrebbe di per sé considerarsi un ulteriore argomento per patrocinare la causa dell'ammissibilità di questioni "doppiamente pregiudiziali" di questo tipo, proprio perché il sindacato della Corte costituzionale potrebbe utilmente esercitarsi sulle misure che agiscono entro lo spazio derogatorio ammesso dal diritto dell'Unione, valutando la compatibilità di quelle misure rispetto a parametri costituzionali interni. Non vi sarebbe, in sostanza, alcun rischio di cortocircuiti interpretativi – rischio rispetto al quale mette in guardia la dottrina ove il meccanismo della doppia pregiudizialità non sia governato con cautela (tra i primi a segnalare il rischio: N. LUPO, *Con quattro pronunce dei primi mesi del 2019*, cit.).

<sup>36</sup> Tuttavia tale circostanza è propria del giudizio costituzionale, dove vengono in rilievo solo parametri interni, mentre la "doppia pregiudizialità" va valutata sul piano del giudizio principale, ove – in questo caso – il giudice *a quo* sembra porsi sia dubbi in riferimento ai parametri costituzionali interni sia in rapporto ai parametri europei.

protetti non dalla Carta, né da norme di diritto secondario «in singolare connessione» con i principi della Carta, ma da norme dei Trattati dotati di efficacia diretta (nonché, naturalmente, da norme costituzionali).

In quei casi la «precisazione» del modello 269 sembrerebbe ancora inapplicabile, sia perché in molti casi si tratterebbe non di «diritti della persona»<sup>37</sup>, ma di libertà economiche non sempre riferibili all'individuo, sia perché non vi sarebbe alcuna «singolare connessione» con i principi della Carta, rispetto alla quale il modello 269 ambirebbe a contenere l'«effetto di traboccamento»<sup>38</sup>. –

È tuttavia lampante come un simile tentativo di distinguere diversi compartimenti “stagni” di applicabilità del modello 269 a seconda di quale sia l'atto fonte del diritto doppiamente tutelato (la Carta o un altro atto), o a seconda del ricorrere di altri elementi di affinità con quello stesso atto (la «singolare connessione» con la Carta), possa difficilmente considerarsi una soluzione pienamente soddisfacente rispetto all'obiettivo di dare un nuovo e stabile assetto all'ordine delle pregiudiziali. Le ragioni delle precarietà di questo equilibrio sono numerose, e sono radicate in buona parte nella peculiare modalità con cui si è affermata la tutela dei diritti fondamentali nel percorso dell'integrazione europea<sup>39</sup>, in cui la codificazione apportata dalla Carta è stato soltanto un passaggio – per quanto importante – di un percorso avviatosi ben prima, innanzitutto mediante lo sviluppo di strumenti giurisprudenziali e interpretativi in forza dei quali la Corte di giustizia ha individuato la fonte dei diritti fondamentali nei principi generali del diritto (allora) comunitario, e ha man mano esteso quella giurisprudenza ben oltre al perimetro delle classiche libertà economiche tutelate nei Trattati.

Nella consapevolezza della precarietà dell'equilibrio fin qui raggiunto, sembra pertanto tutt'altro che fantasioso immaginare che vi siano occasioni per ulteriori aggiustamenti, proprio in ragione della precarietà di quell'equilibrio. Tra questi potrebbe senz'altro contarsi l'estensione di quello schema alla tutela di libertà economiche che non necessariamente si annoverino tra i «diritti della persona». D'altronde, è la stessa sentenza n. 269 a fare riferimento ai caratteri peculiari della Carta «in ragione del suo contenuto di impronta tipicamente costituzionale»<sup>40</sup>.

<sup>37</sup> Nella sentenza n. 269 la Corte aveva infatti affermato che «le violazioni dei *diritti della persona* postulano la necessità di un intervento erga omnes di questa Corte» (enfasi mia), esplicitando, in altra sede della motivazione della medesima pronuncia, in modo ancor più esplicito la distinzione, se non proprio opposizione, tra “diritti della persona” e “libertà economiche”, dove si legge che «deve rilevarsi che nella specie, la Commissione tributaria rimettente ha precisato che i ricorrenti hanno dedotto una violazione *non di diritti fondamentali* codificati nella CDFUE, *ma della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi* all'interno dell'Unione europea, previste dalle disposizioni dei Trattati (artt. 49 e 56 del TFUE) delle quali è stata invocata la diretta efficacia» (entrambi i citati sono tratti dalla sentenza n. 269 del 2017, enfasi mie).

<sup>38</sup> A. BARBERA, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia*, oggi pubblicata anche in *Quad. cost.*, 2018, 1, 149 ss.

<sup>39</sup> Sul punto, per tutti, v. E. MALFATTI, *I “livelli” di tutela dei diritti fondamentali nella dimensione europea*, cit., specialmente 199 ss.

<sup>40</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 269 del 2017, punto 5.2. del *Considerato in diritto*.

I medesimi caratteri potrebbero essere riconosciuti anche alle libertà fondamentali tutelate da norme dei Trattati, pur ove pacificamente dotate di effetto diretto.

Tornando, infatti, all'«effetto di traboccamento» che si era paventato per la Carta di Nizza, questo potrebbe allo stesso modo passare attraverso la porta di quei diritti e quelle libertà – pur sempre fondamentali e di «contenuto di impronta tipicamente costituzionale» e di cui può pur sempre rilevarsi la «identità di oggetto»<sup>41</sup> rispetto ai diritti protetti dalla Costituzione – tutelati dai Trattati, in norme che sono senz'altro dotate di efficacia diretta.

Se infatti, la giurisprudenza costituzionale successiva alla sentenza n. 269<sup>42</sup> ha da un lato inteso limitare la portata della «precisazione», esplicitando chiaramente che imboccare la strada di Palazzo della Consulta prima di un'eventuale rinvio alla Corte di giustizia è una facoltà e non un obbligo per il giudice che sia investito della questione principale<sup>43</sup>, da un altro lato il «modello 269 temperato» si è contraddistinto per la sopra brevemente illustrata «vis espansiva»<sup>44</sup> quanto alle fattispecie di doppia pregiudizialità che vi possono essere ricondotte<sup>45</sup>.

Tra i passaggi espansivi che si sono sopra ricordati, assumono rilievo centrale rispetto alla possibilità di intraprendere questo ulteriore passo le sentenze n. 20 del 2019 e n. 11 del 2020. Con la prima, la Corte ha aperto le porte del giudizio di costituzionalità anche quando la doppia pregiudizialità riguardi principi recati da una direttiva che si presentino «in singolare connessione con le pertinenti disposizioni della CDFUE» e che «partecipano all'evidenza della loro

<sup>41</sup> F. VIGANÒ, *La tutela dei diritti fondamentali della persona tra corti europee e giudici nazionali*, in *Quad. cost.*, 2019, 2, 488, nella cui ottica i diritti «riconosciuti dalla Costituzione e dalla Carta (nonché, potremmo aggiungere, quelli riconosciuti dalle altre carte internazionali dei diritti a partire dalla Convenzione europea) sono nella sostanza *i medesimi*, e a prescindere dalla diversità delle fonti che li riconoscono, e a prescindere dalla varietà della loro stessa classificazione»: *ivi*, 490.

<sup>42</sup> Sia consentito rinviare ancora alla già consistente letteratura in materia, relativamente alla quale ci si limita a rinviare ai due ricchi volumi collettanei: C. CARUSO, F. MEDICO, A. MORRONE (a cura di), *Granital revisited?*, cit. e C. AMALFITANO, M. D'AMICO, S. LEONE (a cura di), *La Carte dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, cit., 183-212 e al recente volume di S. BARBARESCI, *Corte costituzionale e certezza dei diritti*, cit., specialmente 210 ss.

<sup>43</sup> Vedi S. SCIARRA, A. JR. GOLIA, *Italy, New Frontiers and Further Developments*, in M. BOBEK, J., ADAMS-PRASSL (eds), *The EU Charter of Fundamental Rights in the Member States*, London 2020, 248. In un primo momento la «precisazione» era stata da alcuni interpretata come indicativa di una obbligatoria priorità dell'incidente di costituzionalità: vedi R. ROMBOLI, *Dalla «diffusione» all'«accentrato»: una significativa linea di tendenza della più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Foro it.*, 2018, 1, 2226-2236; D. TEGA, *Il seguito in Cassazione della pronuncia della Corte costituzionale n. 269 del 2017: prove pratiche di applicazione*, in *Questionegiustizia.it*, 12 marzo 2018; P. MORI, *Taricco II o del primato della Carte dei diritti fondamentali e delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri*, in *Il Diritto dell'Unione europea. Osservatorio europeo*, 2017, 4, 1-18.

<sup>44</sup> C. CARUSO, *Granital reloaded. «La precisazione» nell'integrazione attraverso i conflitti*, in C. CARUSO, F. MEDICO, A. MORRONE, *Granital revisited?*, cit.

<sup>45</sup> Si tratta, in una sorta di bilancio interlocutorio, di una giurisprudenza che la dottrina ha interpretato come anelante a «mantenere un equilibrio tra le ragioni del sindacato accentrato e quelle legate al rimedio diffuso del rinvio pregiudiziale»: così S. LEONE, *Doppia pregiudizialità: i rischi di un dialogo senza ordine*, in *Quad. cost.*, 2021, 1, 185.

stessa natura»; con la seconda la Corte ha ritenuto ammissibile una questione sollevata in riferimento a una pluralità di parametri interni (artt. 2, 4, 35, 41 e 47), nella quale si evocava la concorrente violazione sia di norme della CDFUE, sia di norme dei Trattati<sup>46</sup>.

L'estensione di quel "modello temperato" a libertà economiche tutelate sia dalla Costituzione sia dai Trattati, pur senza quella copertura formale offerta dal riferimento *anche* a norme della CDFUE, a questo punto della storia pare una conseguenza ineluttabile. Il fatto che tali diritti siano presidiati da norme dotate di efficacia diretta non pare essere di per sé un ostacolo, posto che l'efficacia diretta non sembra essere più un criterio pienamente idoneo a distinguere una sorta di riparto di giurisdizione nel sindacato del giudice europeo e di quello nazionale<sup>47</sup>.

Una tale espansione finirebbe per far prevalere la «precisazione» recata dalla sentenza n. 269 al *dictum* della stessa sentenza, nella quale, è bene ricor-

<sup>46</sup> La dottrina ha individuato un'ulteriore "espansione" in alcuni passaggi dell'ordinanza n. 117 del 2019 che sembrano aver valorizzato il margine di discrezionalità lasciato allo Stato nello specifico modello di armonizzazione normativa che viene in rilievo. Ove il margine esista, la Corte sembra ammettere la strada del "sindacato accentrato" di incompatibilità europea. Vedi A.-O. COZZI, *Nuovo cammino europeo e cammino convenzionale della Corte costituzionale a confronto*, in C. CARUSO, F. MEDICO, A. MORRONE, *Granital revisited?*, cit., 62. Altri hanno visto un ulteriore segno di conferma, seppure marcato in modo «meno esplicito» di quel «nuovo indirizzo» (così G. SCACCIA, *Corte costituzionale e doppia pregiudizialità: dalla Carta dei diritti all'accentramento del controllo sul diritto dell'Unione self-executing?*, in C. CARUSO, F. MEDICO, A. MORRONE, *Granital revisited?*, cit., 208), volto a estendere il modello 269 anche oltre al rigoroso perimetro della Carta, nella sentenza n. 44 del 2020, nella misura in cui la Corte ha preferito soprassedere sulla correttezza (o meglio sulla... inesattezza, come rilevato da C. PADULA, *Uno sviluppo della saga della 'doppia pregiudiziale'? Requisiti di residenza prolungata, edilizia residenziale pubblica e possibilità di disapplicazione della legge*, in *Consulta Online*, 2020, 2, 173-191) della ricostruzione del giudice rimettente che aveva dubitato dell'efficacia diretta delle norme della direttiva che venivano evocate a parametro interposto accanto ai parametri interni, ritenendo di entrare nel merito della questione sollevata sui parametri interni.

<sup>47</sup> In questo senso v. G. REPETTO, *Esercizi di pluralismo costituzionale*, cit., 785, il quale si riferisce poi alla conseguente crisi del criterio dell'effetto diretto come «discrimine esclusivo a disposizione del giudice comune per intradare una questione, a seconda dei casi, verso il Kirchberg o verso Palazzo della Consulta», *ivi*, 789. Il punto è ormai acquisito per ciò che concerne le norme della Carta dotate di effetto diretto. Vedi da ultimo, sentenza n. 149 del 2022, in cui si afferma che «[s] econdo un'ormai copiosa giurisprudenza costituzionale, l'eventuale effetto diretto negli ordinamenti degli Stati membri dei diritti riconosciuti dalla Carta (e delle norme di diritto derivato attuative di tali diritti) non rende inammissibili le questioni di legittimità costituzionale che denuncino il contrasto tra una disposizione di legge nazionale e quei medesimi diritti, i quali intersecano in larga misura i principi e i diritti garantiti dalla stessa Costituzione italiana. Questioni siffatte, una volta sollevate, debbono invece essere scrutinate nel merito da questa Corte, cui unicamente spetta il compito di dichiarare, con effetti *erga omnes*, l'illegittimità costituzionale delle disposizioni che risultassero contrarie alla Carta, in forza degli artt. 11 e 117, primo comma, Cost. (sentenze n. 54 del 2022, n. 182 del 2021, n. 49 del 2021, n. 11 del 2020, n. 63 del 2019, n. 20 del 2019 e n. 269 del 2017; ordinanze n. 182 del 2020 e n. 117 del 2019)». Su questa scorta, ci si è dunque, più radicalmente, domandati se «effetto diretto equivale *sempre* a *immediata* applicazione da parte del giudice *comune*» (enfasi dell'A.) quando l'attuazione del diritto europeo passi necessariamente attraverso valutazioni di proporzionalità e di bilanciamento che richiedano di tradursi in scelte legislative: così N. ZANON, *Ancora in tema di doppia pregiudizialità*, cit.



darlo, si dichiarava l'inammissibilità delle questioni sollevate proprio perché era stata evocata la violazione di norme dei Trattati aventi efficacia diretta, che potevano portare autonomamente il giudice rimettente alla non applicazione della normativa interna censurata. Tuttavia, l'espansione della precisazione della sentenza 269, con il travolgimento del suo stesso dispositivo, non sembra, a ben vedere, in contrasto con il modello originario *Granital*<sup>48</sup>. Tale modello era infatti stato ideato a tutela di quello che è oggi l'art. 30 TFUE (divieto di dazi e di misure avanti effetti equivalenti), ovvero di una *regola inderogabile* dei Trattati.

A ben vedere, è diverso il caso in vengono in rilievo *diritti* tutelati dai Trattati europei con norme che hanno la struttura di *principi*<sup>49</sup>. In quanto tali, i principi, anche quelli del diritto dell'UE, ammettono condizioni di defettibilità che si

<sup>48</sup> D'altronde margini di intervento persino al di là della violazione di diritti fondamentali si ritrovano già nell'impianto originario della sentenza *Granital* della Corte costituzionale. La Corte, in quella storica sentenza, come già ricordato *supra* nel testo, non aveva escluso che il sindacato di legittimità costituzionale potesse essere compatibile con la disapplicazione rispetto a «quelle statuizioni della legge statale che si assumano costituzionalmente illegittime, in quanto dirette ad impedire o pregiudicare la perdurante osservanza del Trattato, in relazione al sistema o al nucleo essenziale dei suoi principi: situazione, questa, evidentemente diversa da quella che si verifica quando ricorre l'incompatibilità fra norme interne e singoli regolamenti comunitari» (sentenza n. 170 del 1984). Che il modello 269 non rappresenti una negazione dello schema *Granital* è stato riconosciuto diffusamente nel dibattito dottrinale, e, significativamente, recentemente ribadito da N. ZANON, *Ancora in tema di doppia pregiudizialità*, cit.

<sup>49</sup> Così A. BARBERA, *La Carta dei diritti*, cit., 158: «allorché si tratti di puntuali antinomie fra regole spetta al giudice comune disapplicare la regola interna, costretta a *ritrarsi*, ma allorché l'antinomia riguardi una norma nazionale in contrasto con *principi* (o obiettivi), diventa appropriato il coinvolgimento delle Corti costituzionali, ovviamente non escludendo il contributo della Corte di giustizia attraverso – ove necessario – un rinvio pregiudiziale *ex art. 267* del TFUE». L'A. traccia anche un possibile criterio distintivo tra regole e principi traendo da strumenti interpretativi propri dello stesso diritto dell'UE, là dove afferma che le une (diritti-regole) sono «direttamente utilizzabili per la regolazione dei comportamenti dei consociati (e la soluzione delle relative controversie); le altre (diritti-principi) [...] invece, per essere applicate, necessitano di una previa attuazione da parte degli organi politici (europei o statali) competenti, i quali sarebbero chiamati ad effettuare una scelta tra una pluralità di alternative lasciate aperte da un precetto volutamente indeterminato. I principi manterrebbero, ovviamente, una funzione anche nelle dinamiche propriamente giurisdizionali, ma espressamente limitata ai profili ermeneutici e al giudizio di legittimità degli atti attuativi, i quali pur godendo di margini ampi di discrezionalità devono pur sempre restare all'interno dei limiti tracciati dal principio che sono chiamati a concretizzare» (*ivi*, 160-61). Sulla distinzione tra regole e principi, a partire dal classico R. DWORKIN, *The Model of Rules*, in ID., *Taking Rights Seriously*, London, 27: «The difference between legal principles and legal rules is a logical distinction. Both sets of standards point to particular decisions about legal obligation in particular circumstances, but they differ in the character of the direction they give. Rules are applicable in an all-or-nothing fashion», e sul classico dibattito sviluppatosi nella teoria generale vedi M. BARBERIS, *Una filosofia del diritto per lo Stato costituzionale*, Torino 2017, 89 ss., G. PINO, *Diritti e interpretazione*, Bologna 2010, 51 ss. Il punto è esaminato *funditus* da S. BARBARESCHI, *Corte costituzionale e certezza dei diritti*, cit., 221 ss. che approfondisce in particolare la difficoltà operativa di affidare ai giudici comuni il discernimento tra regole e principi (nel suo ragionamento, e nell'impostazione della Corte secondo il «modello 269», tratti dalla Carta).

possono concretizzare anche in deroghe apportate da misure nazionali, deroghe espressamente contemplate dagli stessi Trattati europei<sup>50</sup>.

Né tale estensione si porrebbe in contrasto con la giurisprudenza della Corte di giustizia. Il giudice europeo ha infatti sempre ammesso che il diritto dell'UE non impedisce il sindacato delle Corti costituzionali nazionali, esercitato anche in via prioritaria, purché i giudici comuni: a) restino liberi di sottoporre alla Corte di giustizia, «in qualunque fase del procedimento ritengano appropriata e finanche al termine del procedimento incidentale di controllo generale delle leggi, qualsiasi questione pregiudiziale a loro giudizio necessaria»; b) restino liberi di «adottare qualsiasi misura necessaria per garantire la tutela giurisdizionale provvisoria dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione»; c) rimangano nella facoltà di “disapplicare”, al termine del giudizio incidentale di legittimità costituzionale, la disposizione legislativa nazionale in questione che abbia superato il vaglio di costituzionalità, ove, per altri profili, la ritengano contraria al diritto dell'Unione (tra le altre, Corte di Giustizia dell'Unione europea, quinta sezione, sentenza 11 settembre 2014, nella causa C-112/13 *A contro B e altri*; Corte di Giustizia dell'Unione europea, grande sezione, sentenza 22 giugno 2010, nelle cause C-188/10, *Melki* e C-189/10, *Abdeli*).

Né, ancora, l'estensione del modello parrebbe porsi in contraddizione con la più recente giurisprudenza costituzionale (da ultimo la già più volte citata sentenza n. 67 del 2022<sup>51</sup>), nella parte in cui ha riaffermato alcuni punti fermi del cammino comunitario della Corte costituzionale italiana. Tra questi punti fermi, che l'auspicata estensione del “modello 269 temperato” non intaccherebbe, si possono annoverare: a) il riconoscimento del ruolo esclusivo riservato alla Corte di giustizia nell'interpretazione e applicazione dei Trattati<sup>52</sup>, che non sarebbe in alcun modo messo in discussione dall'attrazione sotto allo schema del modello 269 di diritti a doppia tutela “Trattato – Costituzione”, posto che non è detto che la Corte sia chiamata o comunque debba pronunciarsi anche sui “parame-

<sup>50</sup> Sul punto v. M. DANI, *La sentenza n. 269 del 2017: una precisazione fuorviante?*, in C. CARUSO, F. MEDICO, A. MORRONE, *Grantial revisited?*, cit., 69.

<sup>51</sup> Certamente, la “precisazione della precisazione”, come già accennato *supra* nel testo, finirebbe per superare il *dictum* della sentenza n. 269 del 2017 che, in dispositivo, aveva optato per l'inammissibilità in ragione del fatto che erano evocate norme dei Trattati direttamente applicabili (artt. 49 e 56 TFUE). Tuttavia, la Corte ha già compiuto nella sostanza questo passo con la sentenza n. 11 del 2020 dove, pure essendo evocata *anche* la Carta accanto alle libertà fondamentali tutelate dal Trattato, la Corte ha applicato lo schema 269 a diritti tutelati da norme dei Trattati, superando «gli esiti concreti della decisione del 2017» (S. BARBARESCHI, *Corte costituzionale e certezza dei diritti*, cit., 244).

<sup>52</sup> Sentenza n. 67 del 2022: «La competenza esclusiva della Corte di giustizia nell'interpretazione e nell'applicazione dei Trattati, riconosciuta da questa Corte in sede di rinvio pregiudiziale (da ultimo ordinanze n. 116 e n. 117 del 2021, rispettivamente punto 8 e punto 7 del Considerato; ordinanza n. 182 del 2020, punto 3.2. del Considerato), comporta, in virtù del principio di effettività delle tutele, che le decisioni adottate sono vincolanti, innanzi tutto nei confronti del giudice che ha disposto il rinvio (Corte di giustizia, sentenza 16 giugno 2015, in causa C-62/14, *Gauweiler e altri*, punto 16; e già sentenza 3 febbraio 1977, in causa 52/76, *Benedetti*, punto 26)».

tri sovranazionali”; b) la (ri-)affermazione del principio del primato<sup>53</sup>; – e c) la (ri-)affermazione della essenzialità della connessione tra la non applicazione e la centralità del rinvio pregiudiziale<sup>54</sup>, che rimarrebbero opzioni liberamente percorribili dal giudice rimettente.

5. *I vantaggi di uno schema operativo di più facile lettura per i giudici comuni.* – Un’estensione del modello 269 anche ai casi di “doppia tutela” di libertà economiche protette direttamente dai Trattati avrebbe il pregio di fornire ai giudici comuni che si trovano di fronte a (sempre più frequenti) dubbi di “doppia pregiudizialità” un modello operativo di più facile intellegibilità, di cui in dottrina si è diffusamente auspicata la necessità<sup>55</sup>. È bene infatti realizzare che lo scenario in cui un giudice comune incontra e coltiva un incidente di costituzionalità è già di per sé sufficientemente raro; altrettanto raro è lo scenario del giudice comune che si imbatte in un dubbio interpretativo che lo porta a promuovere un rinvio pregiudiziale; può ben definirsi rarissimo il caso in cui il giudice comune

<sup>53</sup> Sentenza n. 67 del 2022: «Il principio del primato del diritto dell’Unione e l’art. 4, paragrafi 2 e 3, TUE costituiscono dunque l’architrave su cui poggia la comunità di corti nazionali, tenute insieme da convergenti diritti e obblighi. Questa Corte, ha costantemente affermato tale principio, valorizzandone gli effetti propulsivi nei confronti dell’ordinamento interno. In tale sistema il sindacato accentratore di costituzionalità, configurato dall’art. 134 Cost., non è alternativo a un meccanismo diffuso di attuazione del diritto europeo (sentenza n. 269 del 2017, punti 5.2 e 5.3 del Considerato; sentenza n. 117 del 2019, punto 2 del Considerato), ma con esso confluisce nella costruzione di tutele sempre più integrate».

<sup>54</sup> Sentenza n. 67 del 2022: «A partire dalla sentenza Simmenthal (sentenza 9 marzo 1978, in causa 106/77, Amministrazione delle finanze dello Stato), la Corte di giustizia ha affermato che il giudice nazionale ha l’obbligo di garantire la piena efficacia delle norme europee dotate di effetto diretto, «disapplicando all’occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale, anche posteriore, senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale» (punto 24). In tempi molto più vicini, la stessa Corte è tornata ad affermare la centralità del rinvio pregiudiziale, al fine di garantire piena efficacia al diritto dell’Unione e assicurare l’effetto utile dell’art. 267 TFUE, cui si salda il potere di «disapplicare» la contraria disposizione nazionale (sentenza 20 dicembre 2017, in causa C-322/16, *Global Starnet Ltd.*, punti 21 e 22; sentenza 24 ottobre 2018, in causa C-234/17, *XC e altri*, punto 44; sentenza 19 dicembre 2019, in causa C-752/18, *Deutsche Umwelthilfe*, punto 42; sentenza 16 luglio 2020, in causa C-686/18, *OC e altri*, punto 30). La Corte di giustizia ha inoltre precisato che la mancata disapplicazione di una disposizione nazionale ritenuta in contrasto con il diritto europeo viola «i principi di uguaglianza tra gli Stati membri e di leale cooperazione tra l’Unione e gli Stati membri, riconosciuti dall’art. 4, paragrafi 2 e 3, TUE, con l’articolo 267 TFUE, nonché [...] il principio del primato del diritto dell’Unione» (sentenza 22 febbraio 2022, in causa C 430/21, *RS*, punto 88)».

<sup>55</sup> F. SPITALERI, *Doppia pregiudizialità e concorso di rimedi per la tutela dei diritti fondamentali, in Diritto dell’Unione europea*, 2019, 4, 729-766; A.-O. COZZI, *Nuovo cammino europeo e cammino convenzionale della Corte costituzionale a confronto*, in *Granital revisited*, cit., 58. M. DANI, *La sentenza*, 74. In senso diverso, vi è anche chi ritiene che un approccio casistico e “minimalista” riesca meglio a servire l’equilibrio del sistema complessivo: così M. MASSA, *Dopo la «precisione». Sviluppi di Corte cost. n. 269/2017*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2019, 2. Disponibile in [www.osservatoriosullefonti.it](http://www.osservatoriosullefonti.it) e G. REPETTO, *Esercizi di pluralismo costituzionale*, cit.

incontri, metta a fuoco e coltivi nello stesso caso un incidente di costituzionalità e un dubbio sull'interpretazione del diritto dell'Unione in relazione alla stessa norma oggetto dei dubbi di legittimità costituzionale. Di fronte a tale rarità può essere davvero una richiesta troppo esigente pretendere dal giudice di addomesticare il suo duplice dubbio in schemi decisionali che necessitino di verificare requisiti fraseggiati in termini quantomeno ambigui, che passano attraverso l'esame incrociato della natura dell'atto, dell'efficacia diretta delle norme, e della «singolare connessione» con principi tutelati dalla Carta. Si finirebbe, in sintesi, per chiedere al giudice comune di sciogliere *rebus* applicativi che nemmeno la dottrina specialistica riesce compiutamente a dipanare.

Nel processo di temperamento e di sedimentazione del nuovo modello 269 sembra perciò auspicabile privilegiare criteri che indirizzino con maggiore semplicità il giudice comune che incappi nell'ipotesi, presumibilmente non frequentissima nel quotidiano mestiere del magistrato, di cimentarsi con un caso di doppia pregiudizialità. A tale semplicità sembra rispondere al meglio un criterio che privilegi la "sostanza costituzionale" dei diritti che si ritengono lesi, secondo un «criterio assiologico-sostanziale»<sup>56</sup> che prescinde dalla natura dell'atto in cui tali diritti trovano eventualmente fonte di tutela nell'ordinamento europeo. Tale soluzione avrebbe l'ulteriore vantaggio di superare la controindicazione di far dipendere l'ammissibilità della questione dalla scelta dei parametri sovranazionali operata dal giudice rimettente, scelta che in molti casi è poco ponderata se non arbitraria, posto che vi sono ampi margini di sovrapposizione tra i diritti tutelati dalla Carta e quelli tutelati dai Trattati: in molti dei casi in cui è in gioco la libertà di stabilimento (se non proprio in tutti) tutelata dall'art. 49 TFUE, ad esempio, non sarebbe (quasi?) mai fuori luogo evocare anche la violazione dell'art. 16 CDFUE, in autonomia o eventualmente accanto all'art. 49 TFUE<sup>57</sup>: secondo l'attuale modello 269, pur come temperato dalla Corte, evocare *anche* la violazione dell'art. 16 CDFUE aprirebbe le porte di Palazzo della Consulta (così è stato per la sopra menzionata sentenza n. 11 del 2020), mentre le porte rimarrebbero chiuse ove il giudice rimettente presentasse il suo dubbio di legittimità costituzionale affiancato da un dubbio di compatibilità con il *solo* art. 49 TFUE. Subordinare l'ammissibilità delle questioni a scelte argomentative del giudice rimettente, che non necessariamente sono pienamente consapevoli quanto ai loro effetti sul giudizio costituzionale,

<sup>56</sup> A. RUGGERI, *Svolta della Consulta sulle questioni di diritto europolitano assiologicamente pregnanti, attratte nell'orbita del sindacato accentrato di costituzionalità, pur se riguardanti norme dell'Unione self-executing (a margine di Corte cost. n. 269 del 2017)*, in *Diritti Comparati*, 3/2017, 18 dicembre 2017, 239 ss.

<sup>57</sup> Lo stesso può dirsi per le questioni relative alla parità di genere, ce potrebbero essere utilmente radicate sia sulla violazione degli artt. 21-23 CDFUE sia sulla violazione degli artt. 8-157 TFUE, così come per la tutela della privacy, egualmente coperti dagli artt. 7-8 CDFUE e dall'art. 16 TFUE. Sul punto v. M. DANI, *La sentenza n. 269 del 2017*, cit., 72.

non sembra uno scenario desiderabile rispetto all'obiettivo di potenziare la tutela dei diritti costituzionali<sup>58</sup>.

Di converso, attrarre al modello 269 i diritti che trovano “doppia tutela” nella Costituzione e nei Trattati potrebbe essere un’espansione del modello che ha il pregio di potenziare la tutela dei diritti costituzionali in ambiti<sup>59</sup> in cui, non meno che in quelli tutelati dalla Carta, è ben possibile che emergano disallineamenti<sup>60</sup>. Tali attriti e divergenze potrebbero ben giovare di una composizione interpretativa, che potrebbe innanzitutto concretizzarsi nella lettura dei parametri costituzionali interni “alla luce”<sup>61</sup> degli sviluppi sovranazionali. Oppure lo sforzo potrebbe andare in una diversa direzione, e concretizzarsi in un tentativo di indicare un diverso punto di equilibrio di operazioni di bilanciamento che oggi si svolgono interamente a livello europeo. Sia nel caso della rilettura dei parametri interni, sia nel caso dell’*input* a trovare un diverso punto di equilibrio delle operazioni di bilanciamento, sembra chiaramente auspicabile che a percorrere tali strade sia un attore autorevole come la Corte costituzionale, se non altro perché avrebbe ragionevolmente assai più *chance* di riuscire a indirizzare verso esiti diversi rispetto a quelli che sono già maturati a livello europeo.

6. *Sindacato di legittimità costituzionale e potere politico*. – Uno sguardo d’insieme alla voluminosa produzione dottrinale che ha seguito la svolta impressa dalla «precisazione» di cui alla sentenza n. 269 del 2017 sembra restituire l'im-

<sup>58</sup> La circostanza era rilevata, in generale, da G. REPETTO, *Esercizi di pluralismo*, cit., 803: «la Corte costituzionale potrebbe confermare un orientamento espansivo del suo sindacato, arrivando a pronunciarsi in tutti quei casi in cui il parametro sovranazionale interposto che il giudice assume violato, pur non coincidendo con un diritto della Carta, risulti ad esso materialmente e/o funzionalmente connesso, come avviene spesso allorché venga dedotta la violazione di una delle libertà di circolazione garantite dai Trattati ovvero un principio contenuto in una direttiva. In tutti questi casi, non sembra del tutto ragionevole che la Corte si ritenga vincolata alla prospettazione formulata dal giudice rimettente, così che la mancata evocazione, da parte di quest’ultimo, di un diritto della Carta non dovrebbe necessariamente impedire alla Corte di pronunciarsi nel merito, ogni volta che essa ravvisi comunque la sostanza di una violazione di diritti fondamentali (anche europei)».

<sup>59</sup> Tra i casi più eclatanti: Corte di giustizia dell’Unione europea, sentenza 11 dicembre 2007, *Viking Line*, in causa C-438/05.

<sup>60</sup> Sul punto vedi R. BIN, *Critica della teoria dei diritti*, Milano 2018, 69 ss.

<sup>61</sup> È d’altronde un’acquisizione ormai costante della giurisprudenza costituzionale la possibilità di interpretare il «parametro costituzionale interno evocato dal giudice a quo [...], come integrato dai principi di derivazione europea» (sentenza n. 20 del 2019). In senso simile sentenze n. 196 del 2010, n. 104 del 2014, n. 276 del 2016, n. 68 del 2017, n. 121 del 2018, n. 223 del 2018, n. 28 del 2022. Questi frammenti sembrano andare nella direzione auspicata da quella dottrina che, in maniera condivisibile, ha messo in guardia rispetto alle ipotesi ricostruttive volte a disegnare una “prevalenza” dei parametri interni, rispetto a quelli “sovranazionali”, e ha invece segnalato la necessità di ragionare in termini di costruzione di un «”parametro costituzionale misto”, che integri Costituzione italiana e Carta UE ai limitati fini del controllo di legittimità costituzionale del diritto interno» secondo canoni di «nuova “legalità costituzional-europea”»: così A. CARDONE, *Dalla doppia pregiudizialità al parametro di costituzionalità*, cit., 58.

magine di un'accoglienza complessivamente favorevole<sup>62</sup>: di per sé si tratta di un dato non comunissimo in un contesto in cui la dottrina esercita una funzione critica che è propria della sua missione.

A differenza delle altre tappe epocali del cammino comunitario della Corte, tuttavia, sembra potersi individuare una caratteristica peculiare di questo recente passaggio: l'importanza che reca è legata più al processo messo in moto che alla novità immediatamente e direttamente introdotta dalla pronuncia stessa. Tale processo sembra tutt'altro che concluso e lascia sul campo molti problemi ancora in cerca di una soluzione, ma sembra già aver marcato qualche punto fermo sul quale ci pare di poter trarre alcune conclusioni. I mutamenti messi in moto dalla "precisazione" hanno riscoperto il *plusvalore* degli effetti *erga omnes* delle pronunce della Corte costituzionale<sup>63</sup>, senza che ciò equivalga a ingaggiare una polemica né tantomeno un duello con la Corte di giustizia.

L'intervento *erga omnes* della Corte costituzionale, in alcuni casi, reca davvero un *plusvalore* non indifferente rispetto al sistema di controllo diffuso di cui alla "disapplicazione", anche dal punto prospettico del volere garantire primato e uniforme applicazione al diritto dell'Unione. In alcuni casi sembrerebbe essere innanzitutto interesse dell'ordinamento europeo quello di non lasciare l'effettività delle sue norme esclusivamente al meccanismo della non applicazione. Ci si riferisce qui innanzitutto a quei casi (non pochi) nei quali la non applicazione necessita innanzitutto di approdare davanti a un giudice: se è vero, infatti, che l'obbligo di non dare applicazione a norme interne in contrasto con norme di diritto dell'Unione aventi efficacia diretta pende già sulla Pubblica Amministrazione<sup>64</sup>, per varie ragioni (la cui indagine porterebbe davvero troppo lontano),

<sup>62</sup> Da ultimo sembra ancora emergere questo "bilancio interlocutorio" negli atti di uno dei più recenti seminari dedicati al tema, con atti pubblicati nella rivista *Eurojus*, 2022, 2, reperibile su [www.rivista.euroojus.it](http://www.rivista.euroojus.it). V., in particolare, M. MASSA, *La «precisazione» nella giurisprudenza dei giudici ordinari di merito*, 259-274; D. TEGA, *Sentenza 269 e doppia pregiudizialità nella giurisprudenza della Corte di Cassazione*, 276-289; L. LORENZONI, *Sentenza 269 e doppia pregiudizialità nella giurisprudenza del giudice amministrativo*, 290-299; G. REPETTO, *Sentenza 269 e doppia pregiudizialità nell'evoluzione della giurisprudenza della Corte costituzionale*, 312-326.

<sup>63</sup> Dietro al quale si porrebbe in realtà il «principio supremo di organizzazione rappresentato dal carattere accentrato del controllo di costituzionalità», con implicazioni che vanno ben al di là dei profili, comunque centrali, dell'effettività della tutela dei diritti: così A. CARDONE, *Dalla doppia pregiudizialità al parametro di costituzionalità*, cit., 66 ss.

<sup>64</sup> In dottrina si è già da tempo osservato che risulterebbe «evidente come la disapplicazione di un atto amministrativo (al di là della preclusione dei sessanta giorni quale termine del ricorso) sia maggiormente risolutiva della disapplicazione normativa, visto che la prima nella sua dimensione inter partes esaurisce l'efficacia dell'atto, non residuando effetti ulteriori per il futuro; diversamente le norme disapplicate, pur ridotte ad inefficacia nel giudizio, rimangono in vigore, potenzialmente produttive di effetti ad altri fini» (così N. PIGNATELLI, *l'illegittimità «comunitaria» dell'atto amministrativo*, in *Giur. cost.*, 2008, 3644). Peraltro, in giurisprudenza il tema emerge e riemerge periodicamente: già in tempi relativamente remoti, la Corte costituzionale aveva affermato con chiarezza nella sentenza n. 389 del 1989 che «si deve concludere che tutti i soggetti competenti nel nostro ordinamento a dare esecuzione alle leggi (e agli atti aventi forza o valore di legge) – tanto se dotati di poteri di dichiarazione del diritto, come gli organi giurisdizionali, quanto se privi di tali poteri, come

l'effettività della “disapplicazione” amministrativa delle norme interne in contrasto con il diritto dell'Unione è tutt'altro che garantita. Se, dunque, l'alternativa (o l'unica strada quando si tratti di norme che regolano rapporti orizzontali) è rivolgersi a un giudice, far passare l'effettività della tutela dei diritti attraverso il meccanismo della non applicazione è uno scenario tutt'altro che auspicabile. In particolare quando vengano in gioco diritti della persona che coinvolgano soggetti particolarmente fragili e meno attrezzati a intraprendere la via giurisdizionale, costringere ogni singolo individuo ad attivarsi davanti a un giudice per affermare il suo diritto è evidentemente disfunzionale. Si pensi, per concretizzare, alle norme europee che attribuiscono a determinate categorie di non cittadini diritti a prestazioni sociali che vengono poi negate dalla normativa interna: in astratto dovrebbe certamente essere la PA a garantire tali diritti mediante la non applicazione delle norme interne in contrasto con il diritto dell'UE, ma in concreto è evidente come questo primo fronte spesso non operi in tal senso, in virtù innanzitutto di una comprensibile attitudine della PA ad applicare il diritto interno “per come appare”.

gli organi amministrativi – sono giuridicamente tenuti a disapplicare le norme interne incompatibili con le norme stabilite dal Trattato C.E.E. nell'interpretazione datane dalla Corte di giustizia europea». A quasi 35 anni di distanza, il Consiglio di Stato, pronunciandosi sull'annosa questione della proroga delle concessioni demaniali marittime, si è spinto ad affermazioni più chiare sul punto, là dove ha specificato che «delle due l'una: o si ammette che la legge non è disapplicabile nemmeno dal giudice (ma in questo modo il contrasto con il principio di primazia del diritto dell'Unione diventa stridente) oppure si ammette che l'Amministrazione è “costretta” ad adottare un atto illegittimo, destinato poi ad essere annullato dal giudice, che può fare ciò che la P.A. non ha potuto fare, cioè non applicare la legge nazionale anticomunitaria. Ma immaginare un'Amministrazione “costretta” ad adottare atti comunitariamente illegittimi e a farlo in nome di una esigenza di certezza del diritto (legata all'asserita difficoltà di individuare le direttive *self-executing*) appare una contraddizione in termini». Ulteriormente, il Consiglio di Stato ha affermato che la «distinzione tra norme non applicabili *tout court* e norme non applicabili dal giudice ma non dalla P.A. risulti foriera di contraddizioni e inconvenienti pratici, anche perché di fatto affida alla fase dell'eventuale contenzioso giurisdizionale la primazia del diritto dell'Unione, con la conseguenza che, in caso di mancata impugnazione, la violazione della direttiva andrebbe ingiustificatamente a consolidarsi (e con riferimento al presente contenzioso va sottolineato che rispetto alle proroghe assentite nella maggior parte dei casi non ci sono controinteressati attuali che propongono ricorso). Ne consegue allora che la legge nazionale in contrasto con una norma europea dotata di efficacia diretta, ancorché contenuta in una direttiva *self-executing*, non può essere applicata né dal giudice né dalla pubblica amministrazione, senza che sia all'uopo necessario (come chiarito dalla Corte costituzionale a partire dalla sentenza n. 170 del 1984) una questione di legittimità costituzionale. Si ricorda, invero, che un sindacato di costituzionalità in via incidentale su una legge nazionale anticomunitaria è oggi possibile solo se tale legge sia in contrasto con una direttiva comunitaria non *self-executing* oppure, secondo la recente teoria della c.d. doppia pregiudizialità, nei casi in cui la legge nazionale contrasti con i diritti fondamentali della persona tutelati sia dalla Costituzione sia dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (cfr., in particolare, Corte Cost., sentenze n. 269/2017, n. 20/2019, n. 63/2019, n. 112/2019)» (così, negli stessi termini, si legge nelle sentenze “gemelle” Consiglio di Stato, Ad. Plen., sentenza 9 novembre 2021, n. 17 e Consiglio di Stato, Ad. Plen., sentenza 9 novembre 2021, n. 18). Su interessanti aspetti concernenti il “seguito” della svolta del modello 269 nella giurisprudenza amministrativa, v. L. LORENZONI, *Sentenza 269 e doppia pregiudizialità nella giurisprudenza del giudice amministrativo*, in *Eurojus*, 2022, 2, 290-299.

Ammettere, perciò, che la Corte costituzionale si pronunci sul merito in uno di quei casi che riescono a imboccare la strada della tutela giurisdizionale, con una decisione avente effetti *erga omnes*, è interesse innanzitutto dell'ordinamento sovranazionale, oltre che – e non è un dettaglio di secondo rilievo – interesse dei singoli soggetti a favore dei quali le norme pongono posizioni giuridiche favorevoli.

Potrebbe in tal senso forse trovarsi una giustificazione alla limitazione del modello 269 ai casi di doppia tutela di *diritti della persona* di “impronta costituzionale”. Dietro a quella limitazione potrebbe forse scorgersi la preoccupazione della Corte di “amplificare” con la forza di pronunce *erga omnes* l'accertamento del contrasto tra diritto interno e diritto sovranazionale.

In negativo, inoltre, si potrebbe forse sostenere (con un'obiezione che non sembra tuttavia persuasiva) che la stessa preoccupazione non sussisterebbe quando siano in gioco libertà economiche che l'ordinamento pone in capo a soggetti del mercato, che, in quanto tali sarebbero generalmente maggiormente attrezzati sul versante della loro tutela giurisdizionale.

Questa separazione tra diritti della persona, esposti al rischio dell'oblio giurisdizionale, e diritti dei soggetti del mercato, che sarebbero invece giurisdizionalmente ben coperti, evidentemente non regge, e si fonda su una categorizzazione dei diritti che non trova ragioni né nell'ordinamento interno, né nell'ordinamento europeo, né, più radicalmente, nella storia del costituzionalismo<sup>65</sup>.

Un ulteriore punto fermo che sembra potersi scorgere nel processo messo in moto dalla “precisazione” è la tendenza espansiva del suo modello, ove per espansione si intende l'applicazione dello schema che garantisce l'ammissibilità delle questioni anche oltre al rigoroso perimetro dei diritti soggetti a doppia tutela Carta-Costituzione.

La vis espansiva del modello 269 deve fare i conti con il rischio di disorientare i giudici comuni, lasciandoli privi di riferimenti in un magmatico e mutevole modello di «costruzione di tutele sempre più integrate» (così, ancora, la sentenza n. 67 del 2022). Tuttavia, la strada intrapresa, sembra puntare verso un approccio sempre più “accogliente”, in cui l'ammissibilità delle questioni è “presunta” in tutti quei casi in cui vengano in rilievo dubbi di compatibilità con principi costituzionali.

In questo quadro, ciò che potrebbe giovare alla chiarezza è forse un *vademecum* in negativo, che dia ai giudici indicazioni chiare relativamente a quando *non* va sollevata questione di legittimità costituzionale.

Questi casi, tutto sommato, potrebbero esaurirsi in quei contesti in cui la norma di legge agisce in assenza di qualunque margine di discrezionalità legi-

<sup>65</sup> Cfr., nella letteratura italiana, il classico di N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino 1990 e nella letteratura internazionale S. HOLMES, C.R. SUNSTEIN, *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*, New York-London 1999.



slativa: il controllo di costituzionalità è pur sempre, infatti, uno strumento di limitazione giuridica del potere politico<sup>66</sup>. In quanto tale ha senso di esistere quando il potere politico ha margine decisionale: quando la legislazione ha una funzione meramente attuativa – vuoi perché l'ambito in questione è totalmente armonizzato<sup>67</sup> (ciò che mette forse radicalmente in discussione qualsiasi ricostruzione dei rapporti interordinamentali in prospettiva dualista), vuoi perché le norme europee che vengono in rilievo operano come regole e non come principi – non ha senso che il controllo si svolga sullo strumento di attuazione, ma ha senso si svolga sullo strumento normativo a monte, attivando, semmai, il rinvio pregiudiziale di validità.

<sup>66</sup> Così nelle più classiche ricostruzioni del massimo comune denominatore di un concetto in permanente trasformazione: *ex multis* v. C.H. McLLWAIN, *Costituzionalismo antico e moderno*, Bologna 1990, 44 [originale: *Constitutionalism Ancient and Modern*, Ithaca 1940].

<sup>67</sup> Il criterio dell'armonizzazione, al fine di regolare la concorrenza tra sistemi nazionali e sovranazionali di tutela dei diritti fondamentali, gioca un ruolo assai più centrale nella giurisprudenza "europea" di altre Corti costituzionali, e, nello specifico, del *Bundesverfassungsgericht*, almeno a partire dalle sentenze sul diritto all'oblio (1 BvR 16/13 e 1 BvR 276/17, entrambe 6 novembre 2019), relativamente alle quali, *ex multis*, cfr. G. REPETTO, *Il Bundesverfassungsgericht e l'Europa: nuovi equilibri? La violazione congiunta dei diritti nazionali e della Carta Ue*, in *Quad. cost.*, 2020, 329 e, nella letteratura europea, la sezione speciale dedicata al «*Right to be forgotten BVerfG judgment*» dal *German Law Journal*, Volume 21, Issue S1, marzo 2020, con contributi di D. BURCHARDT, K. SCHNEIDER, M. AVBELJ, A. BOBIĆ, J. MATHEWS, M. GOLDMANN, F. FABBRINI ed E. CELESTE.



## ABSTRACT

**Marco Ruotolo**, *Le tecniche decisorie della Corte costituzionale, a settant'anni dalla legge n. 87 del 1953*

Il Saggio affronta il tema delle evoluzioni delle tecniche decisorie nei giudizi della Corte costituzionale, a settant'anni dalla legge n. 87 del 1953. Concentrandosi principalmente sul giudizio di legittimità costituzionale, il lavoro muove da uno schematico e preliminare inquadramento delle principali tecniche decisorie impiegate, per poi sviluppare l'analisi sul rendimento delle stesse, in base al loro concreto "seguito" presso il giudice e presso il legislatore. Una particolare attenzione, poi, è dedicata alle problematiche relative al rispetto della discrezionalità del legislatore, nonché a quelle relative alla retroattività degli effetti delle pronunce di incostituzionalità.

Ciascuno di questi elementi viene affrontato alla luce delle indicazioni emergenti dalla legge n. 87, al fine di verificarne la tenuta, a fronte delle evoluzioni esaminate.

*The Decision-making Techniques of the Constitutional Court, Seventy Years after the Law no. 87 of 1953*

The essay addresses the issue of the evolutions of decision-making techniques in the decisions of the Constitutional Court, seventy years after the law n. 87 of 1953. Focusing mainly on the constitutional legitimacy judgment, the work starts from a schematic and preliminary framework of the main decision-making techniques used, to develop the analysis of their performance, based on their concrete "follow-up" by the judiciary and at the legislator. A particular attention is devoted to the issues concerning the discretion of the legislator, as well as to those relating to the retroactivity of the effects of unconstitutionality decisions.

Each of these elements is addressed in the light of the indications emerging from Law no. 87, in order to verify its persistence, after the evolutions examined.

**Francesco Volpe**, *Il ricorso straordinario al Capo dello Stato non è un processo (se mai è il processo a dover essere adeguato)*

Lo studio intende dimostrare perché il "ricorso straordinario al Capo dello

Stato” non possa essere un vero processo e suggerisce alcune proposte de iure condendo sulla introduzione di un rito *omisso medio* davanti al Consiglio di Stato.

*The Extraordinary Appeal before the President of the Republic is not a “Trial”. Rather, the Trial should be Adjusted*

The author aims at demonstrating why the Extraordinary Appeal Before the President of the Republic cannot be regarded as a trial in the strict sense, and he puts forward a few proposals *de iure condendo* to introduce an appeal *omisso medio* before the Council of State.

**Viviana Molaschi**, *Paesaggio e ambiente: dal conflitto al dialogo deliberativo*

Il contributo si occupa dei complessi rapporti tra la protezione del paesaggio e quella dell’ambiente, letti anche alla luce della l. cost. 1/2022, che ha modificato l’art. 9 Cost.

Nonostante i non pochi momenti di contrapposizione, di cui sono un esempio gli impianti che producono energie rinnovabili, l’articolo cerca di offrire una lettura volta più a valorizzare le consonanze e le sinergie che ad evidenziare i conflitti tra i due ambiti di tutela, richiamando l’importanza di un “dialogo” tra i valori in gioco. In particolare, si propone di valutare quale ruolo possa giocare, in tale dialettica, la partecipazione pubblica. Oggetto di riflessione sono gli strumenti ascrivibili alla democrazia deliberativa, con specifica attenzione al dibattito pubblico. Lo scritto reca anche alcune considerazioni sul ripensamento dell’istituto, in senso fortemente limitativo, operato dal nuovo codice dei contratti pubblici, che si tradurrà in un indebolimento della rappresentazione tanto degli interessi ambientali quanto di quelli paesaggistici.

*Landscape and Environment: From Conflict to Deliberative Dialogue*

This contribution deals with the complex relationship between landscape and environmental protection, read also in light of Const. law 1/2022, which amended article 9 Const.

Despite the episodes of contrast, of which renewable energy plants are an example, the article seeks to offer a reading aimed more at enhancing consonances and synergies than at highlighting conflicts between the two areas of protection, recalling the importance of a “dialogue” between the values at stake. In particular, it analyzes what role public participation can play in this dialectic. Subject of reflection are the tools ascribable to deliberative democracy, with specific attention to the public debate. The paper also bears some considerations on its reform, in a strongly limiting sense, by the new public contracts code, which will result in a weakening of the representation of both environmental and landscape interests.

**Antonio Persico**, *Il conflitto tra la tutela del paesaggio e la promozione delle energie rinnovabili nella prospettiva dell'integrazione delle tutele*

Il contributo, dopo aver recuperato gli approdi ermeneutici della dottrina e della giurisprudenza in tema di paesaggio e di ambiente quali beni costituzionalmente protetti, si sofferma sul rapporto tra le esigenze di tutela del primo e quelle legate alla promozione delle energie rinnovabili. A tal riguardo, si evidenzia come la necessità giuridica di perseguire la transizione energetica e lo sviluppo sostenibile abbia influito, in tempi recenti, sul sindacato giurisdizionale sulle valutazioni di compatibilità paesaggistica, preordinate alla realizzazione d'impianti per la produzione di energia da fonti rinnovabili. Il modello dell'integrazione delle tutele, implicitamente o dichiaratamente, sta facendo breccia nella giurisprudenza amministrativa, mettendo tuttavia in dubbio alcuni assunti tradizionali circa l'esercizio della discrezionalità tecnica e, di riflesso, circa il suo sindacato giurisdizionale.

*The Conflict between Landscape Protection and Diffusion of Renewable Energy in the Perspective of Environmental Integration*

This article focuses on the relationship between landscape protection and the promotion of renewable energies as constitutionally protected interests, highlighting how the juridical need to pursue the energy transition and sustainable development has recently influenced the judicial review of landscape compatibility assessments. The idea of environmental integration, implicitly or explicitly, is gaining ground in jurisprudence, questioning traditional assumptions on the exercise of technical discretion and, consequently, on its judicial review.

**Pietro Faraguna**, *La costruzione di tutele dei diritti fondamentali «sempre più integrate». Orgoglio e (doppio pregiudizio) di fronte alla Corte costituzionale*

Il contributo ripercorre le linee principali su cui si è sviluppata la giurisprudenza costituzionale in materia di rapporti interordinamentali, a partire dalla svolta inaugurata dalla sentenza n. 269 del 2017. L'analisi si sofferma sugli aspetti più critici di un mutamento giurisprudenziale che è stato accolto generalmente con favore, individuando in particolare quali potrebbero essere accorgimenti operativi da adottare in futuro per fornire ai giudici comuni modelli operativi più facilmente maneggiabili, tenuto conto che ancor oggi la missione fondamentale del costituzionalismo è apprestare strumenti efficaci per garantire la limitazione giuridica del potere politico.

*Building Tools of Protection of Fundamental Rights «Increasingly Integrated». Pride and (Double) Prejudice before the Constitutional Court of Italy*

This article offers an overview of the main tracks of the Italian Constitution-

al Court jurisprudence in matter of settlement of conflicts between national and EU law, moving from the judgment n. 269 of 2017, an historical turning point. The article analyses the most critical aspects of a jurisprudence that has generally been largely appreciated by constitutional scholars. However, the article argues that common judges should be put in condition to follow plainer operative protocols, taking into account that the main mission of constitutionalism is still now providing an effective limitation of political powers.

## NOTIZIE SUGLI AUTORI

MARCO RUOTOLO, Professore ordinario di Diritto costituzionale, Università degli Studi Roma Tre

FRANCESCO VOLPE, Professore ordinario di Diritto amministrativo, Università degli Studi di Padova

VIVIANA MOLASCHI, Professore associato di Diritto amministrativo, Politecnico di Torino

ANTONIO PERSICO, Dottorando di ricerca in Discipline giuridiche - Diritto amministrativo, Università degli Studi Roma Tre

PIETRO FARAGUNA, Professore associato di Diritto costituzionale, Università degli Studi di Trieste

La Rivista «Diritto e Società» – fondata da Giovanni Cassandro, Vezio Crisafulli e Aldo M. Sandulli – giunge alla terza serie, curata dalla Editoriale Scientifica di Napoli, dopo essere stata edita da Sansone e da Cedam.

«Diritto e Società» è dotata di un Codice etico e di un Regolamento, pubblicati sul sito web della Rivista all'indirizzo: [www.rivistadirittoesocieta.it](http://www.rivistadirittoesocieta.it).

### *Estratto dal Regolamento della Rivista*

#### ARTICOLO 2

##### (Tipologia dei contributi)

1. I contributi sono proposti per la pubblicazione dai componenti del Comitato di Direzione e del Comitato Scientifico. Il proponente ne accerta previamente la scientificità e la pertinenza con l'area tematica della Rivista.
2. «Diritto e Società» non accetta contributi già pubblicati su altre Riviste, anche telematiche. Gli Autori, sottoponendo il contributo a «Diritto e Società», si impegnano a non proporlo o pubblicarlo su altre Riviste, anche telematiche.
3. Possono essere proposti per la pubblicazione, sulla quale decide il Direttore responsabile, anche sentito il Comitato di Direzione, contributi in corso di stampa in volumi collettanei.
4. I contributi inviati alla Rivista dall'Autore di sua iniziativa sono vagliati dal Direttore responsabile, il quale può anche sottoporli a uno o più componenti del Comitato di Direzione.
5. Tutti i contributi, tranne le *Recensioni*, sono sottoposti al procedimento di revisione di cui all'art. 3. Il Direttore responsabile, anche sentito il Comitato di Direzione, può eccezionalmente decidere di non sottoporre a revisione un contributo; della circostanza è dato conto nella prima nota a pie' di pagina.

#### ARTICOLO 3

##### (Procedimento di revisione)

1. I contributi proposti per la pubblicazione sulla Rivista sono sottoposti a un procedimento di revisione tra pari, almeno a singolo cieco (*single blind*).
2. Essi, dopo essere stati resi eventualmente anonimi, sono inviati dal Direttore responsabile a due *referee* scelti nell'ambito di un elenco, periodicamente aggiornato, di professori di università italiane sia in servizio che in pensione, da docenti stranieri con qualifica equivalente e da altri studiosi di indiscusso prestigio e rilevante produzione scientifica. L'elenco dei valutatori impegnati nell'ultimo triennio è annualmente pubblicato assieme all'ultimo fascicolo della Rivista.
3. In casi eccezionali, il Direttore responsabile può individuare uno dei due *referee* anche tra i componenti del Comitato Scientifico.
4. Il *referee* valuta l'ampiezza e l'originalità della trattazione, la chiarezza dell'analisi critica, la familiarità con la letteratura, anche straniera, più rilevante sul tema, la correttezza dell'uso delle fonti e del metodo. A tal fine, a ciascun *referee* è inviata, assieme al contributo, una Scheda per la valutazione.



5. Il *referee* esprime la propria valutazione inviando la Scheda compilata all'indirizzo *e-mail* del Comitato di Direzione, entro il termine indicato dal Direttore responsabile.
6. Nel caso di dichiarata indisponibilità del *referee* o di mancato rispetto del termine per la revisione, il Direttore responsabile provvede a sostituire il *referee*.
7. Il *referee* può ritenere il contributo pubblicabile, non pubblicabile, pubblicabile con modifiche, pubblicabile con suggerimenti. Le modifiche o i suggerimenti sono inviati dal Direttore responsabile all'Autore, il quale resta libero di seguire o meno i suggerimenti.
8. Nel caso uno solo dei due *referee* ritenga il contributo non pubblicabile, la decisione sulla pubblicazione è presa dal Direttore responsabile, anche sentito uno o più componenti del Comitato di Direzione.
9. Il Direttore responsabile custodisce, in formato elettronico, copia di tutte le Schede di valutazione e delle *e-mail* con cui sono state ricevute.

---

Il Comitato di Direzione e il Comitato di Redazione hanno sede in Roma presso Maria Alessandra Sandulli, corso Vittorio Emanuele, 349.

e-mail del Comitato di Direzione: [dirittoesocieta@gmail.com](mailto:dirittoesocieta@gmail.com)

e-mail del Comitato di Redazione: [dirittoesocieta.red@gmail.com](mailto:dirittoesocieta.red@gmail.com)

Amministrazione

Editoriale Scientifica srl

80138 Napoli via San Biagio dei Librai, 39 tel. 081 5800459

[www.editorialescientifica.com](http://www.editorialescientifica.com)

Direttore responsabile

Maria Alessandra Sandulli

Abbonamenti

All'amministrazione devono essere indirizzate le richieste di abbonamento, le rimesse in denaro, le comunicazioni per cambiamento di indirizzo e i reclami per mancato ricevimento dei fascicoli.

email: [editoriale.abbonamenti@gmail.com](mailto:editoriale.abbonamenti@gmail.com)

Abbonamento: Italia euro 120,00, estero euro 300,00

Registrazione

Tribunale di Roma n. 165 del 24 maggio 2012

Finito di stampare nel mese di maggio 2023  
da *Grafica Elettronica* – Napoli