GIUSTIZIA INSIEME

Diritto e Processo Amministrativo

L’interferenza delle regole del giudizio amministrativo impugnatorio sul giudizio di l.c. in via incidentale

Nota a Corte cost., 21 dicembre 2021, n. 248

di Flaminia Aperio BellaAlessandra Coiante

9 marzo 2022

Sommario: 1. Premessa: la vicenda e la rimessione alla Corte costituzionale – 2. La dichiarazione di inammissibilità per insufficiente motivazione in punto di rilevanza – 3. Il potere del giudice di sollevare ex officio questioni di legittimità costituzionale e le peculiarità del processo amministrativo – 4. La distinzione tra atto meramente confermativo e conferma propria e i riflessi sugli oneri deduttivi del ricorrente – 5. Riflessioni conclusive: alla ricerca di un equilibrio tra oneri deduttivi e rilevabilità d’ufficio della q.l.c.

1. Premessa: la vicenda e la rimessione alla Corte costituzionale

Nella pronuncia che si annota la Corte costituzionale, nel dichiarare inammissibile, per insufficiente motivazione in punto di rilevanza, la q.l.c. dell’art 2, co. 9, d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385 (Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia) nella parte in cui subordina la proposizione delle azioni civili nei confronti dei commissari straordinari delle banche alla previa autorizzazione della Banca d’Italia, formula alcune interessanti considerazioni sul rapporto tra atti meramente confermativi e atti di conferma, soffermandosi sugli oneri deduttivi gravanti sul ricorrente a fronte di questi ultimi e giungendo a conclusioni che producono specifici riflessi sul rapporto tra giudizio amministrativo e giudizio costituzionale con particolare riferimento al tema della rimessione d’ufficio, da parte del giudice amministrativo, di questioni di legittimità costituzionale.

La questione sottoposta all’attenzione della Corte trae origine dall’impugnazione – davanti al TAR rimettente (TAR Lazio, Roma, sez. II *bis*, 10 febbraio 2020, n. 1770) – di due provvedimenti con cui il Governatore della Banca d’Italia aveva negato al ricorrente l’autorizzazione a procedere, richiesta ai sensi del citato art. 72, comma 9, t.u.b., nei confronti di alcuni commissari straordinari nominati dalla stessa Banca.

In particolare, con il ricorso introduttivo, il ricorrente chiedeva l’annullamento, previa sospensione dell’efficacia, del provvedimento con cui era stata negata l’autorizzazione, prospettando, altresì, profili di illegittimità costituzionale della suddetta disposizione.

La ricorrente, vedendosi poi respinta l’istanza cautelare, proponeva appello al Consiglio di Stato che, invece, con *remand* cautelare, ordinava alla Banca d’Italia il “*pronto riesame*” dell’istanza di autorizzazione rivoltale, alla luce dei motivi illustrati nel ricorso. Insorgendo con motivi aggiunti contro il provvedimento con cui la Banca d’Italia confermava il diniego, la ricorrente riproduceva solo in parte i motivi originari, e in particolare non riproponeva la censura di illegittimità costituzionale, incentrando le proprie contestazioni sulla violazione di legge (compresa quella dell’art 72, co. 9 cit.) l’eccesso di potere, e l’elusione dell’ordinanza cautelare del Consiglio di Stato.

Il TAR, esaminando il merito della questione, rigettava sia il ricorso originario che il motivo aggiunto con sentenza parziale diffusamente motivata; tuttavia, ritenendo meritevoli di “favorevole apprezzamento” le questioni di compatibilità costituzionale prospettate dalla ricorrente, sollevava contestualmente q.l.c. del richiamato art. 72, co. 9 in riferimento agli artt. 3, 24, 28, 47, 97, 101, 102, 103, 111, 113 e 117, comma 1, Cost.. Argomentando in punto di rilevanza, il

giudice *a quo* evidenziava che gli atti impugnati «*costituirebbero applicazione diretta della norma sospettata di illegittimità costituzionale*» e, stante l’infondatezza delle altre censure, « *l’accoglimento del gravame potrebbe derivare esclusivamente dalla dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma denunciata*», per caducazione della fonte normativa presupposta e conseguente illegittimità derivata degli atti impugnati.

2. La dichiarazione di inammissibilità per insufficiente motivazione in punto di rilevanza

In via preliminare, la Corte si sofferma sulla questione dell’ammissibilità della q.l.c. sollevata con sentenza parziale, rilevando che, per costante giurisprudenza della stessa Corte**[2]**, l’utilizzo della forma della sentenza parziale (o non definitiva), in luogo dell’ ordinanza, come atto di instaurazione del giudizio di legittimità costituzionale, non influisce di per sé sull’ammissibilità delle questioni con essa proposte, sempre che il giudice *a quo*, indipendentemente dal *nomen iuris*, dopo la positiva valutazione concernente la rilevanza e la non manifesta infondatezza delle questioni stesse, da un lato, abbia disposto la sospensione del procedimento e la trasmissione del fascicolo, ai sensi dell’art. 23 l. 11 marzo 1953, n. 87 e, dall’altro, non abbia, con lo stesso provvedimento, definito integralmente il procedimento principale.

Quest’ultima eventualità, infatti, ha come conseguenza l’esaurimento della *potestas iudicandi* del giudice rimettente, situazione che osterebbe alla proposizione della questione di legittimità costituzionale in via incidentale.

Proprio su tale ultimo punto la Banca d’Italia, costituita in giudizio, eccepiva che il TAR, essendosi già pronunciato con sentenza sulla legittimità di entrambi i provvedimenti impugnati, avrebbe già fatto applicazione della norma censurata, consumando così il proprio potere decisorio e rendendo la proposizione delle questioni inammissibile per difetto di rilevanza.

La Corte ha tuttavia dichiarato le questioni inammissibili per ragioni “*parzialmente diverse e più articolate di quelle prospettate dalla parte costituita*”.

In primo luogo, la Consulta ha analizzato il rapporto intercorrente tra i due provvedimenti di diniego e le censure sollevate avverso gli stessi nel procedimento principale.

Contro il primo provvedimento, infatti, la parte ricorrente avrebbe dedotto motivi volti a contestare, sia il “cattivo esercizio” del potere di autorizzazione da parte della Banca d’Italia

(sotto i profili della violazione di legge e dell'eccesso di potere), sia "l'esistenza stessa del potere", deducendo anche l'illegittimità costituzionale della norma che lo conferisce. Contro il secondo e nuovo provvedimento di diniego, invece, la ricorrente riproponeva la censura di violazione di legge ed eccesso di potere, ma non quella di illegittimità costituzionale della norma attributiva del potere, in luogo della quale veniva lamentata l'elusione dell'ordinanza cautelare del Consiglio di Stato. Da ciò emergerebbe, nelle parole della Corte, la mancanza di "*un autonomo motivo volto a denunciare un vizio di "illegittimità derivata", scaturente dalla contrarietà a Costituzione della norma di cui il provvedimento stesso ha fatto applicazione*".

Proseguendo la propria argomentazione, la Consulta ha cura di precisare che, nell'ipotesi in cui nel giudizio *a quo* si fosse discusso esclusivamente del primo provvedimento, "*sarebbe agevole osservare che la circostanza che il rimettente abbia negato, con sentenza, il "cattivo esercizio" del potere non escluderebbe che gli resti, comunque sia, da decidere sul motivo relativo all'esistenza del potere: prospettiva nella quale la potestas iudicandi del giudice a quo – contrariamente a quanto sostenuto dalla Banca d'Italia – non risulterebbe esaurita*". La presenza del secondo provvedimento di diniego, tuttavia, impedirebbe di poter concludere in tal senso.

Il TAR rimettente, infatti, avrebbe errato nel non chiarire se il secondo provvedimento avesse natura di atto meramente confermativo – con il quale la p.A. si limita semplicemente a ribadire la volontà espressa in un precedente provvedimento – ovvero di conferma in senso proprio, atto che, invece, va a sostituire *in toto* il provvedimento originario.

Poiché, secondo la Corte, nel caso di specie si verserebbe nella seconda ipotesi, con conseguente integrale sostituzione del primo provvedimento, il TAR si sarebbe dovuto occupare dei soli motivi proposti avverso il secondo provvedimento, non comprensivi della denuncia di illegittimità costituzionale dell'art. 79, co. 9, t.u.b. e dichiarati comunque non fondati con sentenza parziale. Tale ultima evenienza avrebbe pertanto portato all'esaurimento "*del potere decisorio del rimettente, il quale, non avendo più alcunché su cui pronunciare, non potrebbe sollevare ormai le questioni neppure d'ufficio*".

Di conseguenza, il giudice *a quo* avrebbe dovuto motivare, in sede di rilevanza, perché sarebbe stato ancora tenuto ad occuparsi – anche dopo la pronuncia di merito emessa – dell'originario secondo motivo di ricorso contro il primo provvedimento di diniego (unico motivo teso a far valere un vizio di "illegittimità derivata"). Tale lacuna si è invece tradotta "*in una insufficiente motivazione in punto di rilevanza*" che ha portato la Corte a dichiarare inammissibili le questioni

così sollevate.

3. Il potere del giudice di sollevare ex officio questioni di legittimità costituzionale e le peculiarità del processo amministrativo

La pronuncia in commento riporta alla luce alcune questioni di particolare rilievo legate al rapporto tra il processo amministrativo, tradizionalmente considerato di tipo impugnatorio, e la possibilità per il giudice amministrativo di proporre d’ufficio questioni di legittimità costituzionale.

Non solo. Nel caso di specie, la problematicità della relazione tra giudizio amministrativo e giudizio di l.c. in via incidentale si è poi intrecciata con l’ulteriore questione della consumazione del potere decisorio del giudice rimettente, discesa da una certa lettura degli oneri deduttivi gravanti sul ricorrente nel caso di impugnazione di atti di conferma c.d. in senso proprio.

Occorre, dunque, ripercorrere le richiamate tematiche al fine di verificare se i nodi posti dalla fattispecie ricordata e sciolti dalla Consulta si prestassero o meno a soluzioni alternative.

Come noto, secondo quanto stabilito dall’art. 1 l. cost. n. 1/1948 (del quale l’art. 23, comma 3, l. 87/1953 costituisce “semplice reiterazione”)**[3]**, le questioni di legittimità costituzionale in via incidentale possono essere sollevate su istanza di parte oppure rilevate d’ufficio dal giudice.

Tuttavia, la dottrina, già prima dell’inizio del funzionamento della Corte costituzionale, aveva iniziato a interrogarsi sui riflessi che la possibilità di rilevare *ex officio* una q.l.c. avrebbe potuto avere sul processo amministrativo, tradizionalmente di natura impugnatoria**[4]**.

Nel processo civile, infatti, ove vige il principio del *iura novit curia* (art. 113 c.p.c.), il giudice, pur essendo vincolato all’allegazione dei fatti prospettati dalle parti nel rispetto del principio della domanda (art. 112 c.p.c.), può (*recte:* deve) provvedere alla corretta qualificazione giuridica della fattispecie, anche in difformità dalla qualificazione della domanda dedotta dalle parti**[5]**.

Nel processo amministrativo, invece, vi è un affievolimento del principio del *iura novit curia* dal momento che il giudice non può conoscere se non dei vizi dell’atto dedotti dalle parti (il ricorrente principale e, eventualmente, il ricorrente incidentale) negli atti introduttivi (salvo il caso dei motivi aggiunti), risultando così vincolato alle norme di cui le parti deducono la

violazione[6]. Tale vincolo ai vizi-motivi prospettati dalle parti affievolisce, senza dubbio, il potere da detenuto dal giudice amministrativo rispetto a quello, che spetta al giudice civile, di estrarre il fatto dedotto nella *causa petendi* e di ricondurlo a una fattispecie normativa differente da quella indicata dalle parti.

Questa peculiarità ha catalizzato le riflessioni di dottrina e giurisprudenza nello stabilire se e in che misura la natura impugnatoria del processo amministrativo, e il ricordato affievolimento del margine di manovra del giudice amministrativo rispetto alle disposizioni oggetto del giudizio, potessero essere d’ostacolo alla proposizione d’ufficio di questioni di legittimità costituzionale.

Sul punto è intervenuta, sin da subito, l’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, stabilendo che il potere di rilievo *ex officio* di una q.l.c. è attribuito (anche) al giudice amministrativo da una norma costituzionale e il suo esercizio non può essere ostacolato dalla presenza di “*principi di legge ordinaria, secondo i quali il Consiglio di Stato può decidere solo sui motivi dedotti dal ricorrente*”[7], precisando anche che il suddetto potere è stato “*conferito dalla norma costituzionale senza limitazione alcuna*” e può essere esercitato “*non solo per risolvere dubbi sulla giurisdizione o sui presupposti processuali, ma anche per risolvere quelli concernenti il merito della controversia, cioè la legittimità dell'atto impugnato*”.

Come osservato in dottrina[8], a seguito di tale pronuncia, l’attenzione degli studiosi si è spostata sulla possibilità per il g.a. di sollevare d’ufficio una q.l.c. “*senza limitazione alcuna*”. Una prospettiva definita “più radicale”[9] giungeva a una negazione del sollevamento *ex officio* della questione di costituzionalità nel giudizio amministrativo, imponendo che la rimessione alla Corte costituzionale fosse sempre subordinata a una specifica doglianza contenuta nel ricorso, poiché, diversamente, si sarebbe rischiato di minare l’integrità del principio dispositivo nel processo amministrativo[10].

Altra parte della dottrina, accogliendo invece una prospettiva “più ragionevole”[11], pur negando la necessità di specifici motivi di ricorso diretti a contestare la l.c. di una data norma come presupposto per l’attivazione del controllo di costituzionalità, ha comunque evidenziato l’esistenza di possibili problemi di armonizzazione e coordinamento tra la natura impugnatoria del giudizio amministrativo e la proposizione *ex officio* di questioni di legittimità costituzionale [12].

Anche a fronte di queste frizioni interpretative, il giudice amministrativo, nel corso degli anni, ha riconosciuto la propria legittimazione a sollevare q.l.c. d’ufficio, tentando sempre di bilanciare tale potere officioso con la natura stessa del processo amministrativo.

Così se, da un lato, è stato affermato che l’interrogativo in questione costituisce una “*anacronistica problematicità*”**[13]**, dal momento che la l. cost. n. 1/1948, non prevede alcuna distinzione tra g.a. e g.o., e che “*il giudice amministrativo ha, come qualsiasi altra autorità giurisdizionale, il potere di sollevare di ufficio nel corso del giudizio la questione concernente la legittimità costituzionale della norma sulla cui applicazione si controverte*”**[14]**; dall’altro è stato specificato che “*nel giudizio amministrativo la q.l.c. sollevabile d’ufficio è solo quella la cui fondatezza può essere rivista come rilevante in quanto strumentale alla positiva definizione delle censure concretamente svolte in ricorso, mentre non può investire aspetti ulteriori che non siano stati dedotti in controversia*”**[15]**.

Dunque, se è pacifico che il giudice amministrativo possa sollevare d’ufficio q.l.c., è altrettanto pacifico che una q.l.c. potrà essere sollevata d’ufficio soltanto sulla base delle norme fatte valere nell’atto introduttivo e in eventuali motivi aggiunti e non su altre norme che tali atti non menzionano**[16]**.

Più in particolare, sono state evidenziate due condizioni – una in positivo e una in negativo – per il corretto esercizio del suddetto potere officioso.

Si è così ritenuto che il g.a. è legittimato a sollevare q.l.c. d’ufficio ogni qualvolta debba fare applicazione della stessa norma illegittima (e quindi quando la norma è stata oggetto di un vizio di legittimità dedotto dalle parti e risulta così indispensabile ai fini della definizione della controversia), ma non può sollevare d’ufficio q.l.c. dopo aver deciso il merito del giudizio, posto che, così facendo, ossia applicando la norma sospettata d’illegittimità costituzionale, renderebbe non più rilevante la soluzione della q.l.c. per la definizione del giudizio *a quo*, andando così incontro a una dichiarazione di inammissibilità della questione per esaurimento del potere decisorio del giudice rimettente**[17]**.

4. La distinzione tra atto meramente confermativo e conferma propria e i riflessi sugli oneri deduttivi del ricorrente

Dal momento che la carenza di motivazione stigmatizzata dalla Consulta nella propria statuizione di inammissibilità muove dalla qualificazione del secondo diniego come atto di conferma e da una certa lettura degli oneri deduttivi gravanti sul ricorrente in caso di relativa impugnazione, corre l’obbligo, a questo punto, di approfondire la distinzione tra atti meramente

confermativi e atti di conferma propria.

La distinzione, di origine giurisprudenziale, risale alla stessa istituzione della giurisdizione amministrativa[18], rispondendo all’importante esigenza di impedire l’elusione della perentorietà del termine di ricorso[19].

È principio recepito in giurisprudenza che l’impugnazione in via principale di un atto meramente confermativo è inammissibile e tardiva, trattandosi di atto avente valore meramente dichiarativo e ricognitivo di un effetto e di una lesione già prodotti da un provvedimento precedente, che rimane comunque efficace anche dove i primi fossero annullati[20].

Altrettanto condiviso, in linea di principio, è che la distinzione tra atto meramente confermativo e atto di conferma in senso proprio riposa nello svolgimento, quanto al secondo, di una rinnovata valutazione e ponderazione, ovvero un riesame della situazione che aveva condotto al precedente provvedimento[21]: in una parola, in una nuova istruttoria[22]. Segnatamente, il provvedimento di conferma ricorre quando si procede a un riesame della precedente decisione, valutando nuovamente gli elementi di fatto acquisiti ovvero acquisendone di nuovi, come pure ponderando una seconda volta gli interessi coinvolti; invece si ha atto meramente confermativo nel caso in cui è ribadita la decisione assunta nell’atto precedente, senza alcuna rivalutazione degli interessi, né nuovo apprezzamento dei fatti[23].

Caratteristica effettuale della conferma è di “*sostituire l’atto confermato, rendendo improcedibile per difetto di interesse il ricorso originariamente proposto contro quest’ultimo*”[24].

Senonché, al di là delle affermazioni di principio, la giurisprudenza anche recente dimostra che la distinzione tra atti meramente confermativi e provvedimenti di conferma risulti, nella pratica, tutt’altro che agevole. Così, la “mobilità” che i concetti di nuova valutazione e nuova istruttoria dimostrano di avere in concreto, in una con l’applicazione del principio per cui la natura dell’atto prescinde dal *nomen* utilizzato e va desunta dalle sue caratteristiche concrete, dà luogo a esiti applicativi difformi dalla (apparentemente monolitica e lineare) distinzione di principio[25]
.

La complessità della distinzione si aggrava quando il secondo provvedimento intervenga su ordine del giudice. In tal caso, infatti, l’ordine giudiziale (*sub specie* cautelare) dovrebbe fungere da parametro per verificare il margine di manovra residuo in capo all’amministrazione, incidendo sulla capacità dell’atto assunto in relativa esecuzione e riproduttivo del contenuto di quello previamente emesso a dare luogo o meno alla sostituzione di quest’ultimo.

Il tema si intreccia con il delicato nodo del rapporto tra pronunce cautelari “atipiche” e nuovo esercizio del potere[26]. È noto, infatti, che uno dei principali problemi teorici posti dalla progressiva apertura a misure cautelari diverse dalla mera “sospensiva” è stato, specialmente in riferimento alla tecnica del c.d. *remand*[27], quello di minare alla strumentalità propria della fase cautelare rispetto al merito, sollecitando l’adozione di un nuovo provvedimento sostitutivo del precedente e quindi potenzialmente satisfattivo dell’interesse sostanziale dedotto in giudizio. Per quanto qui interessa, il problema attiene specialmente al caso in cui il provvedimento assunto all’esito dell’ordine giudiziale confermi il dispositivo del precedente, risultando, dunque, non satisfattivo per il ricorrente e suscettibile di ulteriore impugnazione. Gli oneri deduttivi gravanti sul ricorrente variano, infatti, a seconda della natura che si intenda attribuire al secondo atto e, quindi, dei relativi effetti.

Come riconosciuto dalla giurisprudenza più risalente, occorrerebbe guardare all’intensità del contenuto ordinatorio della pronuncia cautelare per stabilire se la relativa esecuzione determini o meno improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse del ricorso originario[28].

Con specifico riferimento alla tecnica cautelare dell’“*accoglimento della domanda cautelare ai fini del riesame*” la giurisprudenza maggioritaria si è progressivamente allineata nell’affermare che il suo *proprium* risiederebbe nel “*rimettere in gioco l’assetto degli interessi definito con l’atto impugnato, restituendo alla pubblica amministrazione l’intero potere decisionale iniziale, senza pregiudicarne il risultato finale*”[29], sicché il relativo ossequio produrrebbe sempre atti espressivi di nuove, autonome, scelte discrezionali dell'Amministrazione, in presenza delle quali non potrebbe che realizzarsi una sostituzione dell'atto impugnato, con conseguente improcedibilità del ricorso originario.

Al di là di questo orientamento più rigido, non mancano pronunce che, pur inserendosi nel filone che riconosce al *remand* l’effetto di rimettere integralmente nelle mani della p.A. il potere di ri-pronunciarsi alla luce dei vizi illustrati nel ricorso e ritenuti *prima facie* fondati, fanno salvo il caso in cui il nuovo provvedimento sia “*meramente confermativo del precedente*”[30], così dimostrando di disconoscere un netto automatismo tra esecuzione del *remand*cautelare e sopravvenuta carenza di interesse al ricorso originario. A ciò si aggiunga il recente orientamento che, con specifico riguardo all’esecuzione dell’ordine cautelare di riesaminare la vicenda alla luce della censura di difetto motivazionale, qualifica il nuovo atto alla stregua di una convalida del vizio di motivazione, con conseguente inidoneità a determinare l’improcedibilità del ricorso introduttivo[31].

In ultima analisi i riferiti orientamenti introducono dei fattori di complessità nella (apparentemente lineare) distinzione tra atto meramente confermativo e conferma propria, con specifico riferimento agli oneri deduttivi gravanti sul ricorrente.

È di tutta evidenza, infatti, che altro è proporre motivi aggiunti contro un atto che, pur confermando il dispositivo del precedente, lo abbia integralmente sostituito, con conseguente onere di riproporre specificamente tutti i vizi dedotti contro il provvedimento originario (oltre alla contestazione di eventuali vizi propri), al prezzo di non vederli trattati in sede di definizione del giudizio, altro è impugnare (cautelativamente) un nuovo provvedimento meramente ripetitivo della decisione contenuta nel primo provvedimento, che, se non destinato ad essere automaticamente caducato per effetto della caducazione del primo, quanto meno legittima a limitare le (pur tuzioristiche) censure a vizi di invalidità derivata, oltre alla eventuale contestazione di vizi propri.

5. Riflessioni conclusive: alla ricerca di un equilibrio tra oneri deduttivi e rilevabilità d’ufficio della q.l.c.

I precedenti rilievi dimostrano che l’assioma per cui un provvedimento di conferma propria determina sempre la sostituzione del provvedimento originario si dimostra, nella pratica, meno controllato e consolidato di quanto sembri. Ciò è vero anzitutto perché la distinzione tra conferma e atto meramente confermativo risulta concretamente disagevole; né il problema è risolto nel caso in cui nuovo provvedimento sia assunto a valle di *remand* cautelare, residuando, anche in tale ipotesi, margini per l’adozione di atti meramente confermativi. In secondo luogo, ove lo consentano il tipo di vizio denunciato nel ricorso e i caratteri del nuovo provvedimento assunto su ordine cautelare, potrebbe ricorrere una convalida, a sua volta inidonea a generare la sostituzione del provvedimento originario (e la conseguente l’improcedibilità del ricorso introduttivo).

Ne risulterebbe scalfita la nettezza dell’affermazione della Consulta che “*i soli motivi di ricorso di cui il TAR rimettente doveva occuparsi erano quelli formulati in confronto* [al secondo diniego, n.d.r.]*, ossia i motivi aggiunti*”**[32]**, a sua volta ricavata dal carattere “*sostitutivo…del provvedimento originario*” del nuovo provvedimento assunto su *remand* cautelare, per la sua natura di conferma in senso proprio.

Se si condivide tale assunto, condividendosi, perciò, che il TAR poteva considerarsi legittimato a un approccio non formalistico, considerandosi investito dell’integralità delle censure mosse contro il primo e il secondo diniego, l’atteggiamento aperturista e attento al principio dispositivo dimostrato dalla Consulta nel respingere l’eccezione di consumazione del potere decisionale per accoglimento con sentenza parziale delle censure contenute nel ricorso originario[33] non aveva ragione di venire meno per il solo fatto che la censura di illegittimità costituzionale non era stata riprodotta nei motivi aggiunti contro il secondo diniego.

La Corte finisce, invece, con l’accogliere appieno l’eccezione che dichiara di respingere, concludendo che l’infondatezza dei motivi aggiunti sancita con sentenza parziale “*implicherebbe l’esaurimento del potere decisorio del rimettente, il quale, non avendo più alcunché su cui pronunciare, non potrebbe sollevare ormai le questioni neppure d’ufficio*”.

Val la pena, in conclusione, mettere in luce un’aporia: o si ammette o si nega che la sentenza parziale di accoglimento dei motivi determini l’esaurimento del potere decisorio, con conseguente difetto di rilevanza. Una volta escluso tale affetto, la semplice deduzione tempestiva della violazione di una norma della cui illegittimità costituzionale il decidente dubiti, vieppiù se, come nella specie, si tratti della norma attributiva del potere, dovrebbe aprire la strada al sollevamento ufficioso della q.l.c., la cui definizione diviene *ex se* indispensabile per la definizione del giudizio e dunque rilevante.

La prospettiva proposta, indubbiamente orientata ad allargare le maglie del controllo di legittimità in via incidentale, oltre a non essere estranea alla giurisprudenza costituzionale, che, con molteplici strategie, ha spesso cercato di aumentare le proprie possibilità di cancellare norme incostituzionali[34], preserva l’effettività del giudizio impugnatorio, scongiurando letture formalistiche che, in ultima analisi, aggravano l’onere deduttivo del ricorrente senza avvantaggiare il sistema.

---

[1] Benché il lavoro sia il frutto di una riflessione comune ed indivisa, i parr. 1-3 sono da attribuire ad Alessandra Coiante e i parr. 4 e 5 a Flaminia Aperio Bella.

[2] La Corte richiama, in particolare, le seguenti pronunce: n. 179 del 2019, n. 126 e n. 116 del 2018, n. 275 del 2013 e n. 94 del 2009.

[3] Il riferimento va, evidentemente, rispettivamente, alle “*Norme sui giudizi di legittimità costituzionale e sulle garanzie d’indipendenza della Corte costituzionale*” e alle “*Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale*”, ove si legge che «*La questione di legittimità costituzionale può essere sollevata, di ufficio, dall’autorità giurisdizionale davanti alla quale verte il giudizio*».

[4] V. Andrioli, *Profili processuali del controllo giurisdizionale delle leggi*, in *Atti del I Convegno Internazionale di diritto processuale civile (1950)*, Padova, 1953. Per approfondimenti su tale ricostruzione v. N. Pignatelli, *Giudizio amministrativo e giudizio costituzionale in via incidentale tra fase ascendente e discendente*, in *federalismi.it*, n. 6/2021, 97 ss., spec. 105 nonché *amplius* Id., *Le “interazioni” tra processo amministrativo e processo costituzionale in via incidentale*, Torino, 2008, 30 ss.

[5] In altre parole, il giudice del processo civile è libero di applicare le norme di diritto che meglio ritiene adattabili al caso concreto, ossia di mutare la qualificazione giuridica o il *nomen iurs* ma con il limite di non sostituzione dell’azione proposta con una diversa fondata su fatti diversi o su una diversa *causa petendi.* Cfr. A. Carratta, C. Mandrioli, *Diritto processuale civile*, I, XXIV ed., 99 ss.

[6] M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, IV ed., 1994, 256 ss.

[7] Cons. St., Ad. Plen., 8 aprile 1963, n. 8, in *Giur. Cost*., 1963, 1214 ss.

[8] N. Pignatelli, *Giudizio amministrativo e giudizio costituzionale in via incidentale*, cit., 105 nonché Id., *Le “interazioni” tra processo amministrativo e processo costituzionale in via incidentale*, cit., 30 ss.

[9] N. Pignatelli, *Le “interazioni” tra processo amministrativo e processo costituzionale in via incidentale*, op.cit., 30 ss.

[10] In questo senso F. La Valle, *La rilevanza nel giudizio amministrativo della incostituzionalità delle leggi*, in *Giur.it*., 1964, 75.

[11] N. Pignatelli, ult. op. cit., 33 ss.

[12] S. Lessona, *Riflessi sul giudizio amministrativo della “cessazione di efficacia” pronunciata dalla Corte costituzionale*, in *Studi per il XX anniversario dell’Assemblea costituente*, Firenze, 1969, 353.

[13] TAR Lombardia, Milano, 21 ottobre 2002, n. 1510, in *Trib. Amm. Reg*., 2002, I, 4318.

[14] Cons. Stato, Sez. V, 6 febbraio 1999, n. 138 in *Foro Amm.* 1999, 355; *Cons. Stato* 1999, I, 220; *Giur. it.* 1999, 1312, che ha poi specificato – in linea con la Plenaria richiamata – che: “*Secondo l’art. 1 della legge costituzionale 9 febbraio 1948, n. 1, il cui disposto è reiterato dall’art. 23, comma III, della legge 11 marzo 1953, n. 87, la questione di legittimità costituzionale può essere “rilevata d’ufficio o sollevata da una delle parti nel corso del giudizio”. Una formulazione così ampia e incondizionata indica che il potere di sollevare d’ufficio la questione compete in eguale misura ad ogni giudice senza limitazione alcuna, e cioè non solo per risolvere dubbi su questioni pregiudiziali rilevabili d’ufficio, ma anche per risolvere il merito della controversia. Deve escludersi che l’esercizio in concreto di tale potere, che ha fonte in una norma costituzionale, trovi ostacolo nei principi di legge ordinaria, secondo i quali il giudice amministrativo decide solo sui motivi dedotti dal ricorrente. Vero è, invece, che l’ambito dei poteri di cognizione del giudice amministrativo trova definizione nel quadro normativo complessivo, quale definito, in primo luogo, dalle norme di rango costituzionale*”; e che: *“[...] va considerato che il giudice, quando si esprime sul provvedimento impugnato, è chiamato, sia pure in modo indiretto ed implicito, a fare applicazione della norma nella quale esso trova legittimazione. In ciò trova giustificazione sul piano sostanziale l’attribuzione del potere di sollevare d’ufficio la questione, ove sussistano dubbi sulla costituzionalità della norma, o di prendere atto della incostituzionalità già dichiarata*”.

[15] Cons. Stato, sez. IV, 9 marzo 2012, n. 1349. Nel caso di specie era stato evidenziato che non poteva considerarsi ammissibile una la q.l.c. “*sollevata indipendentemente dall’impugnazione dell’atto che implica attuazione della norma di legge che si assume contraria al dettato costituzionale, non essendo notoriamente consentita, nel vigente ordinamento, la diretta sollecitazione, nei confronti del giudice delle leggi, a una pronuncia di verifica della costituzionalità della norma*”.

[16] Cfr. N. Pignatelli, ult. op. cit., 37.

[17] Cfr. N. Pignatelli, *Giudizio amministrativo e giudizio costituzionale in via incidentale tra fase ascendente e discendente*, op.cit., 110 ove l’A. specifica la questione riportando il seguente esempio: “*nell’ipotesi in cui il ricorrente impugni un provvedimento con il motivo I per violazione della norma x e il giudice adotti una sentenza non definitiva di rigetto del motivo I, sollevando contestualmente questione di legittimità costituzionale sulla medesima disposizione x, la questione di legittimità costituzionale dovrà ritenersi inammissibile per esaurimento del potere decisorio, posto che la suddetta disposizione x, oggetto del dubbio di legittimità costituzionale, risulterebbe già applicata e quindi e irrilevante ai fini del giudizio costituzionale; in questa logica può dirsi che il giudice amministrativo non può sollevare questione di legittimità costituzionale dopo aver deciso il merito del giudizio, pur con sentenza non definitiva*”.

[18] Cons. Stato, Sez. IV, 21 gennaio 1892, che dichiarò inammissibile il ricorso proposto contro “la risoluzione, provocata da una seconda istanza, la quale non sia che la ripetizione o la conferma della precedente”, citata in P. Stella Richter, L’inoppugnabilità, Molano, 1970, 237.

[19] In dottrina, R. Villata, M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, 2 ed., Torino, 2017, 711 ss. dove si sottolinea che la distinzione, creata dalla giurisprudenza per l’esigenza pratica di evitare l’elusione del termine di proposizione del ricorso, non manca di destare problemi applicativi.

[20] *Ex multis* Cons. Stato, Sez. VI, 10 gennaio 2011, n. 28, in *Foro amm. CdS* 2011, 194; Id. Sez. V, 21 agosto 2009, n. 5018, ivi, 2009, 1737.

[21] Da ultimo Cons. Stato, Sez. V, 25 gennaio 2022, n. 491.

[22] Individuano il *proprium* dell’atto di conferma rispetto a quello meramente confermativo nell’apertura di una nuova istruttoria, *ex pluribus*, Cons. Stato, Sez. VI, 27 aprile 2021, n. 3385; Cons. Stato, Sez. I, 18 febbraio 2021, n. 238; Cons. Stato, Sez. II, 12 giugno 2020, n. 3746; Id., Sez. V, 17 aprile 2020, m. 2447; Id., 11 ottobre 2019, n. 6916.

[23] Negli esatti termini Cons. Stato, Sez. V, 25 gennaio 2022, n. 491. In senso similare, per l’affermazione che “*ricorre un atto meramente confermativo nel caso in cui l’amministrazione ribadisca la decisione assunta nei suoi precedenti atti, senza né rivalutare gli interessi coinvolti né compiere un nuovo apprezzamento dei fatti con una nuova istruttoria; ricorre invece un provvedimento di conferma quando l’amministrazione stessa procede ad un riesame delle proprie precedenti decisioni, valutando nuovamente gli elementi di fatto acquisiti, acquisendone di nuovi, oppure riconsiderando gli interessi coinvolti*” Cons. Stato, Sez. IV, 7 maggio 2021, n. 3579; Id. Sez. III, 2 novembre 2020 n. 6723; Id., 9 luglio 2014 n. 3491; Id. Sez. IV 10 dicembre 2009 n. 3491.

[24] C. cost., n. 248/2021 in commento, pt. 5. Nei medesimi termini già Cons. Stato, Sez. IV, 23 aprile 2020, n. 2570; Id. Sez. I, n. 238/2021, cit.

[25] Per l’affermazione della natura di atto di conferma autonomamente impugnabile di un provvedimento con cui l’ANAC, sollecitata a riesaminare un proprio provvedimento (su cui peraltro era disceso il giudicato), dichiarava espressamente che “*non si rinviene alcuna rilevante sopravvenienza di fatto che imponga una rivisitazione del provvedimento*”, aggiungendo che non “ *si rinvengono i presupposti per il riesame della delibera a suo tempo assunta e per l’apertura di una nuova istruttoria neppure con la sola finalità di rimodulare le sanzioni da irrogare*”, cfr. ad es. Cons. Stato, Sez. V, n. 491/2022 cit.

[26] Tema che, come acutamente osservato, riflette più in generale i rapporti tra giudice amministrativo e pubblica amministrazione: A. Travi,*Misure cautelari di contenuto positivo e rapporti fra giudice amministrativo e pubblica amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 1997, 168 ss. Sulla tutela cautelare nel processo amministrativo, per tutti, E. Follieri, *Giudizio cautelare amministrativo e interessi tutelati*, Milano, 1981; F.G. Scoca, *Processo cautelare amministrativo e Costituzione*, in *Dir. proc. amm.*, 1983; R. Villata, *La Corte costituzionale frena bruscamente la tendenza ad ampliare la tutela cautelare nei confronti dei provvedimenti negativi*, in *Dir. proc. amm.*, 1991, 619 ss.; M.A. Sandulli (a cura di) *Le nuove frontiere del giudice amministrativo tra tutela cautelare* ante causam *e confini della giurisdizione esclusiva*, Milano, 2004; Id., I *principi costituzionali e comunitari in materia di giurisdizione amministrativa*, in *Foro amm. TAR*, 2009; Id., *La fase cautelare*, in *Dir. proc. amm.*, 4, 2010. Per un lavoro monografico R. Leonardi, *La tutela cautelare nel processo amministrativo. Dalla l. n. 205 del 2000 al codice del processo amministrativo*, Milano, 2011. Tra le opere collettanee M.P. Chiti, *La tutela cautelare*, in A. Sandulli (a cura di), *Diritto processuale amministrativo*, in S. Cassese (diretto da), *Corso di Diritto Amministrativo*, Milano, 2013, pp. 153 ss., nonché, se si vuole F. Aperio Bella, *Il procedimento cautelare* in M.A. Sandulli (a cura di) *Il nuovo processo amministrativo. Studi e contributi*, II, Milano, 2013, 161 ss.

[27] Si intende fare riferimento alla prassi processuale con cui il g.a., sulla scorta della cognizione sommaria propria della fase cautelare, ordina alla p.A. di riesaminare la situazione alla luce dei motivi di ricorso. Nel rinviare, per una disamina generale delle caratteristiche di tale tecnica cautelare, alla dottrina citata *supra*, si veda anche C. Cacciavillani, *La tutela cautelare nei ricorsi avverso il diniego di provvedimento e l’inerzia della p.A.*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2002, 91 ss. qui spec. par. 8 nonché, per una recente analisi dei problematici riflessi che l’utilizzo del *remand*produce ove solleciti il riesercizio di poteri “consumati” per decorso degli specifici termini imposti dal legislatore, M.A. Sandulli, *Riflessioni sull’istruttoria tra procedimento e processo*, in *Dir. e Soc.*, 2, 2020, 195 ss., qui 218-219.

[28] Così ad es. Cons. Stato, Sez. V, 9 giugno 2008, n. 2838, pur resa in un caso di sospensione del provvedimento negativo, in cui si legge “*come autorevolmente precisato dalla stessa Adunanza Plenaria di questo Consiglio (27 febbraio 2003, n. 3), l’improcedibilità del ricorso può discendere solo dall’adozione da parte dell’Amministrazione di provvedimenti diversi ed ulteriori rispetto a quelli imposti dalla necessità di dare esecuzione alla misura cautelare; per contro, la mera esecuzione di un provvedimento cautelare, non presentando profili di discrezionalità nell’an, non comporta il venir meno della res litigiosa*”. Con specifico riferimento al confronto tra le tecniche del *remand* cautelare e dell’ordinanza a contenuto positivo v. R. Garofoli, *La tutela cautelare degli interessi negativi. Le tecniche del remand e dell’ordinanza a contenuto positivo alla luce del rinnovato quadro normativo*, in *Dir. proc. amm*., 2002, 4, 857 ss.

[29] In termini, *ex multis*, TAR Lazio, sez. II-*bis*, 7 aprile 2014, n. 3758, secondo cui “*essendo il remand una tecnica di tutela cautelare che si caratterizza proprio per rimettere in gioco l’assetto di interessi definiti con l’atto gravato, restituendo, dunque, all’Amministrazione l’intero potere decisionale iniziale, senza tuttavia pregiudicarne il risultato finale [...] il provvedimento sopravvenuto deve essere inteso come espressione dell’esercizio di funzione amministrativa e non di mera attività esecutiva della pronuncia giurisdizionale (cfr., tra le altre, TAR Lazio, Roma, Sez. I quater, 2 ottobre 2007, n. 9660; TAR Puglia, Lecce, Sez. III, sent. 21 settembre 2004, n. 6570; da ultimo, TAR Lazio, Sez. II quater, sentenze 2 luglio 2007, nn. 5890 e 5891)*”.

[30] Cons. Stato, Sez. IV, 15 settembre 2006 n. 5396; TAR Lombardia, Milano, Sez. I, 17 maggio 2013, n. 1326, più di recente TAR Napoli, Sez. V, 9 giugno 2021, n. 3909.

[31] Così TAR Lazio, Roma, Sez. II-*quater*, 14 giugno 2021, n. 7056, che, ripercorrendo l’insegnamento di Cons. Stato, Sez. VI, 27 aprile 2021, n. 3385, in questa *Rivista* con nota di F. Aperio Bella, *Limiti alla convalida del vizio di motivazione in corso di giudizio*, in tema di convalida del vizio di motivazione, ne fa discendere che l’integrazione della motivazione del diniego originario a opera del secondo atto “*non costituisc*[e] *l’esito di una rinnovata istruttoria e di valutazioni autonome e distinte rispetto a quelle esplicitate in origine’, essendosi*

l’amministrazione limitata a esplicitare ‘con maggiore chiarezza’ i fatti, già acquisti al procedimento, idonei a fondare il diniego di nulla osta”, ciò che attribuisce al provvedimento sopravvenuto la natura di atto di convalida, con conseguente necessità di verificare “*la legittimità del diniego ‘come convalidato’*”, senza potersi dichiarare l’improcedibilità del ricorso introduttivo.

[32] C. cost., n. 248/2021 in commento, pt. 6.

[33] Ragionando in termini ipotetici e ipotizzando di dover valutare esclusivamente il diniego impugnato con ricorso introduttivo la Consulta afferma, infatti “*Qualora nel giudizio a quo si discutesse esclusivamente di tale provvedimento, sarebbe agevole osservare che... la circostanza che il rimettente abbia negato, con sentenza, il “cattivo esercizio” del potere non escluderebbe che gli resti, comunque sia, da decidere sul motivo relativo all’esistenza del potere: prospettiva nella quale la potestas iudicandi del giudice a quo – contrariamente a quanto sostenuto dalla Banca d’Italia – non risulterebbe esaurita*” (pt. 4).

[34] Si pensi, oltre alla definizione elastica di “giudice” e di “giurisdizione” ai fini dell’individuazione dei soggetti legittimati a promuovere questioni di l.c. in via incidentale, al più recente argomento della “zona franca” o “zona d’ombra”, ossia alla necessità di non lasciare zone sottratte al controllo di costituzionalità dell’ordinamento, utilizzato dalla Consulta per espandere il proprio controllo di l.c. (per più ampi riferimenti dottrinali e giurisprudenziali sia consentito rinviare a F. Aperio Bella, “Ceci n’est pas une note de jurisprudence*”: riflessioni a margine del tentativo dell’AGCM di farsi giudice* a quo, in Dir. e Soc., 2, 2018, 281 ss.).