

L'art. 21-*octies*, comma 2, della legge n. 241 del 1990 approda alla Consulta: riflessioni su un (opinabile) giudizio di (non) rilevanza (in margine a Corte cost., ord. 20 marzo 2009, n. 81)*

Fabio Saitta - Giuseppe Tropea**

SOMMARIO: 1. I termini della questione. - 2. La rilevanza della questione di legittimità costituzionale: prime considerazioni generali e riferimenti normativi. - 3. Il giudizio di rilevanza del giudice *a quo* e gli interessi tutelati. Orientamenti dottrinali. - 4. Il controllo della Corte sull'ordinanza di rimessione: l'incerta evoluzione della giurisprudenza costituzionale. - 5. *Segue*: in particolare, l'esame circa la sussistenza dei presupposti e delle condizioni dell'azione. - 6. Le peculiarità del rapporto fra giudizio amministrativo e giudizio costituzionale e la rilevanza della questione: i limiti al sollevamento d'ufficio. - 7. La (controversa) *ratio* dell'art. 21-*octies*, comma 2, della legge n. 241 del 1990: brevi cenni. - 8. Interesse strumentale alla rinnovazione della gara e rilevanza della q.l.c.: alcuni rilievi critici sul ragionamento della Corte costituzionale. - 9. Interesse a ricorrere e giudizio incidentale di legittimità costituzionale. - 10. Considerazioni conclusive.

1. I termini della questione

L'ordinanza che si annota, verosimilmente passata inosservata in quanto apparsa priva di spunti innovativi, ha subito destato l'interesse di noi amministrativisti in quanto - a quanto consta, per la prima volta - ha tirato in ballo nel giudizio di rilevanza l'art. 21-*octies*, comma 2, della legge n. 241 del 1990, offrendo al contempo l'occasione per alcune considerazioni sul tema, notoriamente assai dibattuto sia in dottrina che in giurisprudenza.

Per inquadrare meglio la questione, è opportuno descrivere la vicenda processuale che ha formato oggetto del giudizio *a quo* e l'interpretazione datane dalla Corte costituzionale.

In sostanza, il T.a.r. leccese era chiamato a giudicare della legittimità dell'esclusione di un'impresa da una gara d'appalto e della successiva aggiudicazione della stessa ad altra ditta. A sostegno del ricorso e dei motivi aggiunti, era stata, tra l'altro, dedotta la violazione dell'art. 84, comma 4, del decreto legislativo n. 163 del 2006 (Codice dei contratti pubblici), che prescrive che «i commissari diversi dal Presidente non

* In corso di pubblicazione su *Diritto processuale amministrativo*.

** Il presente scritto è frutto di una riflessione comune. Ad ogni modo, la stesura dei §§ 1, 7, 8 e 9 è di F. Saitta, quella dei §§ 2, 3, 4 e 5 è di G. Tropea, mentre quella dei §§ 6 e 10 è attribuibile ad entrambi.

devono aver svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta»: nella specie, aveva fatto parte della commissione di gara il dirigente dell'ufficio tecnico comunale, ciò che - ad avviso della ricorrente - avrebbe comportato l'invalidità dell'intera gara «a partire dal primo atto compiuto dalla commissione, ossia proprio l'esclusione» della ricorrente stessa.

Secondo il T.a.r., la controversia non poteva essere decisa, sia pure al solo fine dell'esame della domanda risarcitoria (essendo stati, nelle more, consegnati i lavori, era preclusa la possibilità di disporre, a seguito dell'annullamento degli atti impugnati, la rinnovazione della gara), senza prima verificare la legittimità costituzionale del succitato art. 84, comma 4.

La rilevanza (sulla ritenuta fondatezza non mette qui conto soffermarsi) della q.l.c. di tale disposizione era stata motivata dal remittente evidenziando, in primo luogo, come la suddescritta doglianza fosse l'unica fondata¹.

Costituendosi nel giudizio costituzionale, la Presidenza del Consiglio dei ministri aveva preliminarmente rilevato come il T.a.r., da un lato, non si fosse posto il problema della tempestività dei motivi aggiunti con i quali era stata lamentata l'asserita violazione della disposizione sospettata di illegittimità costituzionale; dall'altro, avesse errato «nell'affermare che in base alla norma denunciata dovrebbe annullarsi la gara», mentre dovrebbe «soltanto modificarsi la composizione della commissione di gara - anche con eventuale annullamento dell'aggiudicazione - che, nell'esaminare *ex novo* le domande di partecipazione, anche con nuovi membri, non potrebbe non statuire che la G.I.T. s.r.l. è incorsa nell'indicata causa di esclusione». Alla luce di tali rilievi, sarebbe mancata - secondo l'Avvocatura erariale - la rilevanza della questione sollevata. La Corte, dal canto suo, ha ritenuto la q.l.c. «manifestamente inammissibile per insufficiente motivazione in ordine alla rilevanza della questione stessa sotto due concorrenti profili», sostanzialmente coincidenti con quelli evidenziati dall'Avvocatura generale dello Stato.

¹ L'ordinanza di rimessione (Sez. III, 16 giugno 2008, n. 1787) è reperibile in www.giustizia-amministrativa.it.

Il primo attiene all'omessa indicazione, da parte del remittente, delle ragioni in base alle quali riteneva tempestivi i motivi aggiunti; il secondo concerne gli «effetti che l'eventuale accoglimento della questione potrebbe, in ipotesi, comportare sulla prosecuzione del giudizio». Sotto quest'ultimo aspetto, che è quello che qui maggiormente interessa, la Corte ha ritenuto che, poichè l'eventuale annullamento degli atti impugnati in ragione dell'illegittima composizione della commissione di gara non inficierebbe l'attività amministrativa antecedente alla nomina della commissione stessa, sicchè la commissione diversamente formata, nel riesaminare le domande di partecipazione, non potrebbe che escludere la ricorrente, il T.a.r. avrebbe dovuto risolvere tale questione pregiudiziale anche alla luce dell'art. 21-*octies*, comma 2, della legge n. 241 del 1990, il quale «stabilisce che non assume rilievo l'invalidità di atti vincolati quando "sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato", come nel caso di specie».

La circostanza che, a prescindere dall'illegittima composizione della commissione, la ricorrente non avrebbe potuto comunque partecipare alla gara rendeva dunque, ad avviso della Consulta, comunque irrilevante, anche ai fini della decisione sulla domanda risarcitoria, la q.l.c. sollevata.

2. La rilevanza della questione di legittimità costituzionale: prime considerazioni generali e riferimenti normativi

Così sinteticamente illustrati i profili generali della vicenda, ben si comprenderà come essa, nonostante appaia in prima battuta «minimale», potendosi considerare il richiamo all'art. 21-*octies* della legge n. 241 del 1990 un mero *obiter*, finisca, ad uno sguardo più attento, per presentare ampie implicazioni di carattere generale, che riguardano non soltanto il controverso concetto di rilevanza della questione di legittimità costituzionale, ma anche, come vedremo, alcune problematiche «incidenze» fra processo amministrativo e processo costituzionale.

Procediamo con ordine.

Il tema della rilevanza della q.l.c. è probabilmente uno dei più controversi dell'intera teoria del processo costituzionale².

² Cfr. *ex multis*, e fra i più recenti: A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2009, 182 ss.; A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, Milano, 2004, 143 ss.; L. AZZENA, *La rilevanza*, in R. ROMBOLI (a cura di), *L'accesso alla giustizia costituzionale: caratteri, limiti, prospettive di un modello*, Napoli-Roma, 2006, 601 ss.; A. DI BLASI, *La «rilevanza» come applicabilità della legge o*

La spiegazione di tale profonda incertezza può essere individuata ricorrendo a diverse chiavi di lettura.

Prima di tutto ci sono, naturalmente, quelle di carattere più generale e sistematico. Al fondo delle contrapposizioni vi è l'irrisolto binomio concretezza-astrattezza del nostro sistema di controllo costituzionale, peraltro ulteriormente complicato dal fatto che nel nostro caso, come nella maggior parte dei sistemi giuridici contemporanei, risultano compresenti elementi e caratteri propri dei sistemi astratti ed altri propri di quelli concreti³.

Sul punto si è evidenziato come la controversia sulla natura, soggettiva o oggettiva, del processo costituzionale, sia collegata alla ulteriore questione della posizione della Corte nel sistema costituzionale⁴. In tal senso, al di là delle (pur importanti) controversie di metodo sulla configurabilità di un autonomo «diritto processuale costituzionale» ovvero sull'opportunità di prescindere dall'applicazione di categorie processuali generali nel *giudizio* di costituzionalità, essendo più corretto considerare la collocazione della Corte nella forma di governo⁵, è certo che il processo costituzionale non può essere né totalmente astratto né pedissequamente concreto⁶, poiché la Corte non è né legislatore né giudice⁷.

come influenza sulle sorti del giudizio principale: la riproposizione di una questione inammissibile, in *Giur. cost.*, 2004, 871 ss.; G. DOLSO, *Giudici e Corte alle soglie del giudizio di costituzionalità*, Milano, 2003, 51 ss.; D. CAVALLARI, *Considerazioni sulla rilevanza della questione di legittimità costituzionale: una nozione ampia risolve le strette derivanti dalla sua incidentalità*, in *Dir. e soc.*, 2002, 469 ss.; F. DAL CANTO, *La rilevanza e il valore del fatto nel giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in E. MALFATTI - R. ROMBOLI - E. ROSSI (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua "diffusione"*, Torino, 2002, 145 ss.; P. VERONESI, *A proposito di rilevanza: la Corte come giudice del modo di esercizio del potere*, in *Giur. cost.*, 1996, 478 ss.; M. D'AMICO, *L'aberratio ictus quale elemento di una nozione autonoma di rilevanza per il giudice costituzionale*, *ivi*, 1991, 2146 ss.

³ Su tali aspetti v. F. DAL CANTO, *op. cit.*, spec. 161 ss.

⁴ Cfr. G. SILVESTRI, *La Corte costituzionale nella svolta di fine secolo*, in *Storia d'Italia. Annali 14. Legge diritto giustizia*, a cura di L. Violante in coll. con L. Minervini, Torino, 1998, 964.

⁵ Ci si riferisce alla nota contrapposizione fra G. ZAGREBELSKY [“Diritto processuale costituzionale?”], in AA.VV., *Giudizio "a quo" e promovimento del processo costituzionale* (Atti del Seminario di Roma, 13-14 novembre 1989), Milano, 1990, 105 ss.] e C. MEZZANOTTE (*Processo costituzionale e forma di governo*, *ivi*, 63 ss.).

⁶ Sull'impossibilità di distinguere con nettezza tra un sistema astratto ed un sistema concreto, posto che nella maggior parte dei casi risultano compresenti elementi propri di entrambi, cfr. M. LUCIANI, *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale*, Padova, 1984, 226 ss. In un'ottica più generale, si è considerato il processo costituzionale come la sintesi fra oggettive esigenze di governo e necessità soggettiva di protezione delle situazioni giuridiche degli individui e si è parlato di conflitto fra *lex* (espressione dell'apparato di governo) e *iura* (le posizioni garantite ai soggetti di diritto), che viene risolto dalla Corte per mezzo di «una decisione accettabile da entrambi i punti di

In ogni caso, l'evoluzione della giurisprudenza costituzionale sul punto, che, come vedremo, segnerà una progressiva tendenza, seppure con importanti eccezioni, verso un carattere viepiù rigoroso della nozione di rilevanza, finisce per essere condizionata - come dimostrano anche recenti attente periodizzazioni⁸ - da ulteriori aspetti, che vanno dalle esigenze di legittimazione della Corte rispetto all'opinione pubblica ed alla magistratura, alla necessità di «ripulitura» dell'ordinamento dalla legislazione fascista, fino a questioni riguardanti la «sostenibilità» del giudizio costituzionale. Sotto quest'ultimo aspetto, non sembra un caso che una svolta nel controllo sulla rilevanza si ebbe sul finire degli anni '70, quando, in concomitanza col processo Lockheed, l'arretrato sembrò assumere proporzioni intollerabili⁹.

Un ulteriore elemento di complicazione è dato dal fatto che il requisito della rilevanza non serve a delineare esclusivamente l'elemento relazionale della q.l.c., ovvero il carattere incidentale del giudizio di costituzionalità. In quest'ottica, eminentemente pubblicistica, il concetto di rilevanza viene ad assorbire quello di pregiudizialità. D'altra parte, i cultori del diritto processuale - in particolare, ma non solo, civile - parlano di pregiudizialità costituzionale con riferimento alla *quaestio legitimitatis* in sé ed ai suoi connotati strutturali, per evidenziarne la natura di pregiudiziale tecnica o meramente logica rispetto all'oggetto del giudizio comune¹⁰.

vista» come se fosse «un *medium*, un elemento mediano tra governo e società», rimarcandosi peraltro che la disciplina del giudizio sulle leggi è frutto di una stratificazione successiva, su cui sono confluiti orientamenti diversi, soggettivi e oggettivi: G. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, 120 e 128. Secondo L. CARLASSARE, *L'influenza della Corte costituzionale, come giudice delle leggi, sull'ordinamento italiano*, in *Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari*, 2000, 85, proprio il presupposto della rilevanza rappresenta «il legame fra il caso e il giudizio di costituzionalità, indispensabile perché quest'ultimo possa iniziare», sicché «è qui la caratteristica del giudizio incidentale, la parte "mista" del nostro giudizio di costituzionalità, che non è un giudizio completamente astratto perché richiede un legame col caso, costituito appunto dalla rilevanza, senza il quale la Corte costituzionale non può iniziare il controllo; né un giudizio completamente accentrato perché il primo vaglio appartiene al giudice del caso». Da ultimo, sull'oggetto del giudizio di costituzionalità, cfr. A. MORELLI, *L'illegittimità consequenziale delle leggi. Certezza delle regole ed effettività della tutela*, Soveria Mannelli, 2008, spec. 109 ss., ed *ivi* ulteriori indicazioni bibliografiche.

⁷ G. SILVESTRI, *op. cit.*, 965.

⁸ L. AZZENA, *op. cit.*, spec. 609 ss.; D. CAVALLARI, *op. cit.*, 478 ss.

⁹ A. CERRI, *op. cit.*, 147.

¹⁰ Cfr. N. TROCKER, *La pregiudizialità costituzionale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1988, 797.

Tale profilo di indagine porta con sé ulteriori aspetti problematici, che non possono essere elusi.

Prima di tutto, com'è più facilmente intuibile, per il fatto che intorno al tema della natura di pregiudiziale tecnica o meramente logica non v'è mai stata concordia fra i processualisti. Secondariamente, perché - come chiariremo in seguito - questo ulteriore aspetto di indagine rischia di ingenerare talune confusioni. Se, infatti, l'attuale adesione giurisprudenziale ad una rigorosa nozione di rilevanza può far ritenere che oggi venga riaffermata la stretta pregiudizialità della q.l.c., evidenziando così un nesso di strumentalità tra la questione stessa e la definizione del giudizio *a quo*, tale aspetto, evidentemente collegato al problema del controllo giudiziale sulla sussistenza dei presupposti e delle condizioni dell'azione, coinvolge un'ulteriore questione capitale, come dimostrano proprio i più risalenti studi in tema di pregiudizialità costituzionale: quella sul giudice chiamato ad attuare tale rigorosa nozione di rilevanza e sul tipo di sindacato della Corte costituzionale rispetto alle valutazioni del giudice *a quo* nell'ordine di esame delle questioni.

Last but not least, si pone il problema esegetico del confuso dato normativo, che non fa che riflettere la perplessità sistematica del tema. In particolare, né la legge costituzionale n. 1 del 1948 né l'art. 23 della legge n. 87 del 1953 parlano esplicitamente di rilevanza della q.l.c.¹¹.

Sennonché, mentre l'art. 1 della citata legge costituzionale si limita a disporre che la q.l.c. di una legge debba essere sollevata «nel corso di giudizio», l'art. 23, comma 2, della legge n. 87 del 1953 prevede, al fine di rimettere la questione alla Corte costituzionale, che «il giudizio non possa essere definito indipendentemente dalla questione di legittimità costituzionale». Accanto a quest'ultima norma, che accentua il requisito della rilevanza della questione, e sul fronte della problematica della pregiudiziale sembra evidenziare la nozione di dipendenza¹², si pone poi l'art. 22 delle N.I. del 1956, secondo cui, invece, «le norme sulla sospensione, interruzione ed estinzione del processo non si applicano ai giudizi davanti alla Corte costituzionale neppure nel caso in cui, per qualsiasi causa, sia venuto a cessare il giudizio sospeso davanti all'autorità

¹¹ A. RUGGERI - A. SPADARO, *op. cit.*, 184.

¹² Cfr. N. TROCKER, *op. cit.*, 809.

giurisdizionale, che ha promosso il giudizio di legittimità costituzionale»¹³, accrescendo così il carattere autonomo dei due giudizi.

Fermo restando che in dottrina le ragioni dell'autonomia ovvero dell'interdipendenza vengono argomentate anche sulla base di ulteriori dati normativi¹⁴, attestando con ciò la complessità ed ampiezza del tema, conviene a questo punto organizzare il prosieguo dell'esposizione dando particolare rilievo all'elaborazione giurisprudenziale e dottrinale, che, dinanzi alla confusione e incertezza del dato positivo, ha finito per rivestire un ruolo assolutamente centrale.

Prima di tutto, è necessario ricostruire l'evoluzione sul ruolo del giudice *a quo* nel giudizio sulla rilevanza. Sotto questo aspetto, come si è già accennato, la netta tendenza giurisprudenziale è ispirata all'incremento del tasso di concretezza della giustizia costituzionale ed all'affermazione di un concetto ampio di rilevanza, intesa non solo come mera *applicabilità* della q.l.c., ma, altresì, come *influenza* della stessa¹⁵. A fronte di tale progressivo rigore giurisprudenziale, in dottrina sono aumentate le voci favorevoli ad una sua attenuazione, al dichiarato fine di limitare il più possibile le zone dell'ordinamento sottratte al controllo della Corte¹⁶.

¹³ Si noti come, rispetto alla formulazione del precedente art. 22, la deliberazione 7 ottobre 2008 (in *G.U.* 7 novembre 2008, n. 261), abbia innovato nel senso di prevedere un nuovo art. 18 N.I., secondo cui: «La sospensione, l'interruzione e l'estinzione del processo principale non producono effetti sul giudizio davanti alla Corte costituzionale». In dottrina, si ritiene, pertanto, che, rispetto alla formulazione del precedente art. 22 il nuovo art. 18 non possa ormai essere richiamato per fondare un'esegesi troppo ampia del principio di autonomia del giudizio in via incidentale, volta ad affermare in modo rigoroso l'ininfluenza su quest'ultimo di qualsiasi sopravvenienza - di fatto o di diritto - riguardante il processo principale (dunque, anche al di fuori dei casi di sospensione, interruzione ed estinzione del giudizio *a quo*): sul punto, E. LAMARQUE, *Le nuove norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale*, in *Dir. e soc.*, 2009, 113 ss., spec. 130; A. RAUTI, *Le nuove norme integrative della Corte fra collegialità e celerità del giudizio costituzionale*, in corso di pubblicazione in *Giur. cost.*

¹⁴ V., ad es., D. CAVALLARI, *op. cit.*, 487-488, il quale, a sostegno delle ragioni dell'autonomia, richiama: il combinato disposto degli artt. 136 Cost. e 30 l. n. 87/1953 (efficacia *erga omnes* della decisione di accoglimento); l'art. 23 l. n. 87/1953 (notifica dell'ordinanza di rimessione al Presidente del Consiglio dei ministri); il combinato disposto degli artt. 15 N.I. e 27 l. n. 87/1953 (illegittimità costituzionale consequenziale); l'art. 16 N.I. (esclusione dell'applicabilità delle comuni regole sulla ricsuzione dei giudici); l'art. 17 N.I. (sullo svolgimento della pubblica udienza); l'art. 18 N.I. (che esclude la condanna alle spese); l'art. 22 N.I. (secondo cui il giudizio incidentale è sostanzialmente immune dalle conseguenze derivanti dalla cessazione del giudizio principale).

¹⁵ Su tale evoluzione giurisprudenziale, per tutti, A. RUGGERI - A. SPADARO, *op. cit.*, 188, i quali distinguono fra difetto «assoluto» (inteso come mera applicabilità della q.l.c.) e difetto «relativo» (inteso come influenza della q.l.c.) di rilevanza.

¹⁶ Cfr., ad es., A. DI BLASI, *op. cit.*; D. CAVALLARI, *op. cit.*

Altro aspetto, seppure connesso, è quello relativo al controllo della Corte sull'ordinanza di rimessione. Appare opportuno trattare separatamente tale profilo poiché, come si dirà, una cosa è la rigidità richiesta al giudice *a quo* nel controllo sulla rilevanza della q.l.c., altra è l'ampiezza del sindacato consentito al giudice costituzionale nel riesame della rilevanza. Sicché è ben possibile, ed anzi sembra l'atteggiamento più diffuso¹⁷, che pure i difensori di un'accezione rigorosa del concetto di rilevanza si limitino ad ammettere un controllo meramente estrinseco da parte della Corte costituzionale sulla valutazione del giudice *a quo*.

Proprio a questo punto sembra interessante soffermarsi sulla fattispecie dei presupposti processuali e delle condizioni dell'azione del giudizio *a quo*, perché è anche in questi casi, che poi hanno strettamente a che vedere con la questione controversa esaminata dall'ordinanza che si annota, che a partire dagli anni '80 la Corte costituzionale ha finito per ampliare il proprio controllo sulla rilevanza¹⁸.

L'utilizzo (anche) dell'art. 21-*octies*, comma 2, della legge n. 241 del 1990, da parte della Corte che censura il mancato impiego della norma da parte del giudice *a quo*, finisce per favorire un controllo di tipo intrinseco.

¹⁷ Emblematica la posizione di F. DAL CANTO, *op. cit.*, spec. 189 ss., il quale, da un lato, ritiene indice di concretezza del giudizio l'evoluzione verso una nozione di rilevanza come possibile influenza dell'eventuale pronuncia di accoglimento sulla definizione del giudizio *a quo*; dall'altro, osserva come una completa sovrapposizione della Corte nella valutazione dei fatti e delle norme rispetto a quella già compiuta dal giudice remittente determini, al contrario, un allontanamento dal giudizio *a quo*, in contrasto con quell'idea di concretezza che la rilevanza, intesa come influenza, dovrebbe invece garantire.

¹⁸ Ci si riferisce a quelle pronunce che si sono «avventurate» (l'espressione è di L. PALADIN, *Diritto costituzionale*, Padova, 1991, 724) a dichiarare l'inammissibilità della q.l.c. per carenza di giurisdizione del giudice *a quo* o per improcedibilità dell'azione non valutata dal giudice remittente: Corte cost., nn. 5/1980 (in *Giur. cost.*, 1980, I, 19 ss., con nota critica di N. LIPARI) e 139/1980 (*ibidem*, 1156 ss., con nota di A. ANZON, *Una svolta nel controllo della Corte sulla «rilevanza»*). Critico rispetto a tale giurisprudenza è pure G. SILVESTRI, *Legge (controllo di costituzionalità)*, in *Dig. disc. pubbl.*, IX, Torino, 1994, 148, il quale parla di eccesso di controllo sulla rilevanza da parte della Corte. È interessante notare come il primo studioso a sostenere l'ammissibilità del controllo della rilevanza da parte della Corte fu N. CATALANO, *Della «rilevanza» della questione costituzionale quale condizione dell'ordinanza di trasmissione alla Corte*, in *Rass. Avv. Stato*, 1957, 5, sulla base dell'assimilazione del requisito della rilevanza a quello dell'interesse ad agire. Viceversa, nell'originaria impostazione di Calamandrei e Cappelletti (su cui v. *infra*), la cognizione dell'interesse da parte del giudice *a quo* viene ritenuta condizione necessaria e sufficiente a garantire la concretezza del processo costituzionale, sicché si reputa precluso qualsivoglia riesame della rilevanza da parte della Corte, in quanto assorbito dal giudizio sull'esistenza delle condizioni dell'azione compiuto dal giudice remittente: cfr., al riguardo, G. CONTI, *L'interesse al processo nella giustizia costituzionale*, Torino, 2000, 185, nota 1, il quale, peraltro, si sofferma sull'interesse processuale nei giudizi costituzionali in via d'azione.

In tal modo, peraltro, la Corte si pone in una certa discontinuità rispetto alle peculiarità dei rapporti col giudizio amministrativo. Come vedremo, infatti, essa ha raramente dichiarato irrilevante una q.l.c. sollevata d'ufficio da parte del giudice amministrativo, ritenendo quest'ultimo un filtro di per sé funzionante. Ci riferiamo, in particolare, a una fattispecie giurisprudenziale - che a sua volta richiama le possibili limitazioni che, nel processo amministrativo, può avere il principio della domanda - che riguarda i rapporti fra motivi di ricorso e rilevanza d'ufficio della q.l.c.¹⁹.

Può essere interessante, a tal proposito, sottolineare come l'attenuazione del requisito della rilevanza abbia riguardato, in alcuni di tali casi, proprio norme attinenti alla composizione dell'organo che ha posto in essere l'atto amministrativo impugnato nel giudizio *a quo*. Ci si può chiedere se si tratti di casi legati ad una fase iniziale dell'evoluzione del controllo sulla rilevanza della Corte ovvero se, in tali ipotesi, vi sia un fondamento sistematico più profondo, tutelando un interesse astratto alla legalità costituzionale del fondamento dei pubblici poteri.

Anche quest'ultimo aspetto finirebbe evidentemente per essere inciso impiegando l'art. 21-*octies*, comma 2, della legge n. 241 del 1990 come grimaldello per intensificare il sindacato della Corte costituzionale sul requisito della rilevanza²⁰.

3. *Il giudizio di rilevanza del giudice a quo e gli interessi tutelati. Orientamenti dottrinali*

E' necessario, a questo punto, fornire un breve *excursus* sull'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale relativamente al requisito della rilevanza.

Si segnala, sotto questo aspetto, un andamento piuttosto ondivago e non facilmente enucleabile secondo scansioni nette e definite. Appare

¹⁹ Sul punto, è utile richiamare sin d'ora N. PIGNATELLI, *Le reciproche "incidenze" tra processo amministrativo e processo costituzionale*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

²⁰ Deve far riflettere il dato che l'art. 21-*octies*, comma 2, l. n. 241/1990, oggetto di numerose critiche in dottrina proprio in punto di costituzionalità (oltre che di compatibilità col diritto comunitario) e di un'interpretazione tendenzialmente restrittiva della giurisprudenza amministrativa (su tali aspetti v. *infra*), invece di «sedere sul banco degli imputati», venga impiegato dai giudici costituzionali come strumento d'ausilio nella risoluzione del giudizio. Ciò evidenzia, a nostro avviso, come tale norma abbia una tale duttilità che ne attesta la derivazione da ben più ampi e stratificati «valori» insiti nell'ordinamento: su questa base, si è già avuto modo di tentare un raffronto fra la tecnica dell'«elisione della rilevanza» nel processo amministrativo ed in quello civile, richiamando l'art. 384 c.p.c. (G. TROPEA, *Il ricorso incidentale nel processo amministrativo*, Napoli, 2007, spec. 190 ss. e 400 ss.).

comunque particolarmente significativa una singolare circostanza: a fronte di una giurisprudenza costituzionale che sembra ritornare alle iniziali elaborazioni dottrinali sulla rilevanza come *interesse* delle parti del processo principale, la dottrina, come si è già accennato, manifesta più di un segno di insofferenza rispetto alla tendenza sempre più «rigorista» della Corte.

Cominciamo, dunque, col ricordare che all'inizio la rilevanza viene fatta coincidere con la pregiudizialità costituzionale²¹. I sostenitori di questa originaria linea esegetica evidenziano un collegamento diretto tra sindacato incidentale e tutela dei diritti individuali e la nozione di rilevanza finisce per confondersi con quella di interesse sostanziale, ovvero con la prospettazione di un vantaggio per le parti²².

Tale linea interpretativa darà poi luogo ad un'accesa controversia, tutta interna alla dottrina processualista. E' ben noto, infatti, come l'accostamento fra la nuova figura di pregiudizialità e le altre già note della pregiudizialità civile, penale e amministrativa²³, suggerito in un noto studio pubblicato all'indomani dell'emanazione della Costituzione, avesse incontrato manifestazioni di perplessità e dissenso²⁴ ovvero adesioni²⁵, a

²¹ Il primo a parlare di pregiudizialità costituzionale è P. CALAMANDREI, *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile* (1950), ora in *Opere giuridiche*, III, Napoli, 1968, 341. Tale intuizione verrà poi sviluppata nella nota opera di M. CAPPELLETTI, *La pregiudizialità costituzionale nel processo civile*, Milano, 1957, 9 ss. Per un'identificazione fra pregiudizialità costituzionale e rilevanza della q.l.c., cfr. G. ABBAMONTE, *Il processo costituzionale italiano*, I, Napoli, 1957, 40 ss.

²² Ritengono che la questione di costituzionalità possa essere sollevata solo ove sussista un interesse concreto dei soggetti coinvolti nella controversia di origine E. GARBAGNATI, *Sull'efficacia delle decisioni della Corte costituzionale*, in *Scritti giuridici in onore di F. Carnelutti*, Padova, 1950, IV, 209 ss.; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1952, 752; più di recente, L. CARLASSARE, *I diritti davanti alla Corte costituzionale: ricorso individuale o rilettura dell'art. 27 l. n. 87/1953?*, in *Dir. e soc.*, 1997, spec. 444.

²³ Si tratta del già richiamato lavoro di P. CALAMANDREI.

²⁴ Il primo a manifestare perplessità è V. ANDRIOLI (*Profili processuali del controllo giurisdizionale delle leggi*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1950, I, 34 ss.), stante l'inidoneità della pregiudiziale costituzionale ad essere elevata ad oggetto di giudizio *ab initio* e la mancanza di autonomia della pregiudiziale costituzionale rispetto all'oggetto della domanda principale. Sulla stessa linea pure S. SATTA, *Sui rapporti fra la giurisdizione costituzionale e il processo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1959, 590. Più di recente sostiene il carattere di mera pregiudizialità logica, e non tecnica, G. MONTELEONE (*Giudizio incidentale sulle leggi e giurisdizione*, Padova, 1984, 19 ss.), sulla base dell'idea che una questione sia tecnicamente pregiudiziale rispetto ad un giudizio allorché il suo oggetto sia costituito da un rapporto, diritto o obbligo, che condizionano per legge un diverso rapporto, diritto o obbligo. Fra i costituzionalisti, esclude l'estraneità e l'autonomia della q.l.c. rispetto all'oggetto del giudizio principale V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Padova, 1984, 292-293. Fra gli amministrativisti, cfr., invece, B. CAVALLO, *Rapporti di priorità tra questioni di legittimità costituzionale e questioni di inammissibilità e irricevibilità del ricorso al Consiglio di Stato*, in *Giur. it.*, 1963, IV, 20 ss.

seconda di come veniva prospettato il carattere dell'autonomia della pregiudiziale costituzionale rispetto all'oggetto della domanda principale.

Quanto, invece, alla dottrina pubblicistica, bisogna sottolineare come essa tenda ad abbandonare la confusione fra rilevanza e interesse sostanziale della parte²⁶. Ed infatti, anche i sostenitori della tesi della rilevanza come *influenza* della questione ritengono oggi che la rilevanza sia comunque un dato oggettivo, esclusivamente tecnico-processuale, mentre la presunzione che debba sussistere pure un interesse sostanziale della parte è, di contro, un elemento soggettivo, del tutto eventuale. Sicché, come dimostra il fatto che il dubbio di costituzionalità può riguardare aspetti sia procedurali che preliminari, si tende a ritenere che, ai fini dell'accertamento della rilevanza, non sia indispensabile che la norma sospetta di incostituzionalità sia denunciata in quanto ritenuta lesiva del medesimo interesse che la parte processuale intende far valere nel giudizio *a quo*.

In seguito, l'originaria proposta ricostruttiva ha trovato, comunque, alcune importanti obiezioni.

Si pensi a quella tesi secondo cui al concetto di rilevanza andrebbe data un'accezione ben più ampia di quella di pregiudizialità, essendo sufficiente la mera applicabilità della disposizione dubbia al giudizio principale²⁷. In tal senso, il sindacato incidentale di costituzionalità viene configurato come eminentemente astratto ed è visto come funzionale all'eliminazione dall'ordinamento di norme non conformi alla Costituzione.

²⁵ Oltre al già richiamato fondamentale lavoro di M. CAPPELLETTI, cfr. T. GIONFRIDA, *Giudizio di legittimità costituzionale della legge e questioni pregiudiziali attinenti al cosiddetto processo principale*, in *Studi in onore di E. Eula*, Milano, 1957, II, 95 ss.; A. ROMANO, *La pregiudizialità nel processo amministrativo*, Milano, 1958, 191-192; più di recente, N. TROCKER, *op. cit.*, 863-865, secondo il quale «[n]el giudizio costituzionale l'atto legislativo viene ad assumere la stessa posizione che nei giudizi comuni è propria della fattispecie concreta che deve essere sussunta sotto la regola di diritto per essere qualificata. Il "fatto" in relazione al quale la Corte attua la volontà della norma costituzionale è, a sua volta, una norma o un atto normativo. Di qui la impossibilità di un accostamento della pregiudiziale in esame a quella forma di pregiudizialità civile che trova il suo presupposto materiale nel particolare vincolo intercedente tra rapporti, diritti o obblighi nell'ambito del diritto sostanziale; non invece di un inserimento della pregiudiziale costituzionale in una figura più ampia di pregiudizialità in senso tecnico-giuridico e non meramente logico che ha il proprio carattere distintivo ed individuale nella funzione sussuntiva di un fatto (o atto) rispetto alla norma giuridica che lo disciplina».

²⁶ Cfr. A. RUGGERI - A. SPADARO, *op. cit.*, 189; F. DAL CANTO, *op. cit.*, 166.

²⁷ Cfr. F. MODUGNO, *Riflessioni interlocutorie sull'autonomia del giudizio costituzionale*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1966, 278 ss.

Quest'ultima lettura tende a valorizzare la portata della legge costituzionale n. 1 del 1948 su quella dell'art. 23 della legge n. 87 del 1953, tant'è che si arriverà a prospettare una vera e propria interpretazione abrogatrice (o comunque svalutativa) di quest'ultima, posto che, nella legge costituzionale n. 1 del 1948, non vi sono riferimenti espliciti all'incidentalità del giudizio di legittimità costituzionale²⁸. Secondo questa tesi, la rilevanza, almeno nelle ipotesi in cui la q.l.c. venga sollevata d'ufficio, viene declassata a requisito non necessario, ma soltanto eventuale.

La prevalente giurisprudenza costituzionale²⁹, come vedremo, non seguirà tali impostazioni radicali.

Sono state, quindi, avanzate tesi intermedie e meno estreme. Si è detto, ad esempio, che il giudizio *a quo* servirebbe ad esemplificare un caso della vita su cui incide la legge, in modo che il giudice costituzionale possa risolvere la questione in maniera non troppo astratta³⁰. Altri hanno rifiutato la tesi della pregiudizialità costituzionale necessaria, richiedendo che la legge abbia un'elevata possibilità di essere applicata al processo³¹.

Si è così giunti alle due tesi oggi prevalenti.

Da alcuni la rilevanza viene vista come *applicabilità* e si identifica, quindi, con la necessità, ovvero la ragionevole probabilità, che la norma trovi applicazione nel giudizio *a quo*³². Altri, invece, sono andati oltre questo concetto, definito come difetto «assoluto» di rilevanza, ed hanno parlato anche di difetto «relativo» di rilevanza, intendendo quest'ultima come vera e propria *influenza* della decisione della Corte sul giudizio *a quo*³³.

In questo senso si è di fatto riproposta l'originaria tesi della

²⁸ Si tratta della tesi, definita con un efficace gioco di parole della «irrilevanza» della rilevanza (da A. RUGGERI - A. SPADARO, *op. cit.*, 188) di G. ZAGREBELSKY, *La rilevanza, un carattere normale ma non necessario della questione incidentale di legittimità costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1969, 1001 ss.

²⁹ Corte cost., ord. n. 130/1971; più di recente, nn. 130/1997 e 130/1998.

³⁰ A. CERRI, *Il profilo fra argomento e termine della questione di costituzionalità*, in *Giur. cost.*, 1978, I, 356.

³¹ V. CRISAFULLI, *La Corte costituzionale fra Magistratura e Parlamento*, in *Scritti in memoria di P. Calamandrei*, IV, Padova, 1958, 125 ss.

³² Oltre all'Autore richiamato nella precedente nota, v. P. CARNEVALE, *"Irrilevanza di fatto e sopravvenuta" e valutazione giudiziale della rilevanza delle questioni di legittimità costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1984, 2387 ss.; più di recente, D. CAVALLARI, *op. cit.*, 506-507.

³³ Cfr. A. RUGGERI - A. SPADARO, *op. cit.*, 188 e 191; F. DAL CANTO, *op. cit.*, 172.

pregiudizialità necessaria, in sintonia col significato più tradizionale attribuito al carattere di concretezza. Una pregiudizialità intesa, peraltro, in senso propriamente tecnico e non logico, volendosi con ciò significare che il giudizio dinanzi alla Corte, lungi dall'essere fase di quello principale, è, invece, del tutto autonomo rispetto a questo³⁴.

Quest'ultima tesi, che finisce per corrispondere alla più recente giurisprudenza della Corte³⁵, da un lato, ha esposto il fianco ad alcune critiche, mentre, dall'altro, ha trovato significative smentite nella stessa giurisprudenza costituzionale, che, stante l'incertezza nella configurazione del requisito, ha finito per valutare in piena libertà la sussistenza o meno dello stesso³⁶.

Si pensi ad alcuni emblematici casi di «mancata influenza»³⁷: il sindacato sulle norme penali di favore; sulle norme di leggi attuative del concordato «identiche» a quelle contenute in quest'ultima fonte; sulle norme riguardanti le nomine dei funzionari di fatto, che, seppure illegittime, continuano ad essere applicate; sulle norme che prevedono restrizioni, il cui venir meno comporta tuttavia che ne subentrino altre di eguale tenore.

Si è, quindi, osservato³⁸ come la Corte vari la propria idea di rilevanza, non tanto a seconda dell'iniziativa delle parti, quanto a seconda della

³⁴ F. DAL CANTO, *op. cit.*, 173, con richiamo (in nota 96) al pensiero di N. TROCKER.

³⁵ Da ultimo, ci sembra utile menzionare, fra le tante, l'ord. n. 71/2009 (in *Giur. cost.*, 2009, 669 ss., con note critiche di A. PACE, *Dalla «presbiopia» comunitaria alla «miopia» costituzionale?*, e di R. BIFULCO, *La rilevanza tra influenza e applicabilità*), interessante, oltre che per la rigorosa interpretazione di rilevanza data (derivante dalla considerazione che una sentenza di condanna al risarcimento del danno non può essere pronunciata in ragione del fatto che le sentenze della Corte non hanno l'effetto di rendere antiggiuridico un comportamento che tale non era al momento in cui era stato posto in essere, anche per mancanza della colpa specifica; e criticata, fra l'altro, oltre che per la confusione fra il problema della incostituzionalità della legge e quello della colpevolezza di chi applica una legge incostituzionale prima della dichiarazione di incostituzionalità, perché una pronuncia di incostituzionalità avrebbe potuto comunque agire sulla *ratio decidendi* della sentenza - come per le norme penali di favore - peraltro eliminando per il futuro dall'ordinamento la norma incostituzionale, con indubbi vantaggi per la «naturale» rigidità costituzionale), anche perché, in quel caso (come in quello che ha dato origine alla decisione qui annotata), il giudice remittente considerava non chiusa la questione, avendo il ricorrente avanzato - oltre a quella principale - delle domande risarcitorie.

³⁶ Secondo S. FOIS, *Considerazioni sul tema*, in AA.VV., *Giudizio "a quo"*, cit., 140, la mancanza di regole processuali predeterminate ha avuto come conseguenza inevitabile che «la Corte viene a godere di un amplissimo potere discrezionale, se non addirittura "libero", riguardo alla possibilità di decidere se e quando affrontare nel merito le questioni di legittimità».

³⁷ La bibliografia sulle singole questioni è molto ampia: per i relativi riferimenti dottrinali e giurisprudenziali, cfr. A. RUGGERI - A. SPADARO, *op. cit.*, 191-192; A. CERRI, *op. cit.*, 153 ss.

³⁸ F. DAL CANTO, *op. cit.*, 180-181.

norma sulla quale viene prospettato il dubbio di costituzionalità: da una nozione di strettissima influenza (per norme non attinenti al merito), ad una di stretta influenza (norme sul merito), fino ad una di generica influenza (norme penali di favore), per cui sarebbe sufficiente una qualsiasi forma di utilità del dispositivo di fondatezza rispetto al processo principale.

Al rilievo di tali incrinature nella giurisprudenza costituzionale, che intaccano profondamente il principio della certezza del diritto, si aggiungono poi critiche sul piano più generale, essenzialmente volte ad evitare che sussistano zone franche rispetto al controllo della Corte³⁹.

Si è pure osservato che un concetto di rilevanza inteso come *influenza* delle decisioni della Corte sulle sorti del giudizio principale è in grado di provocare degli effetti paradossali di denegata tutela del diritto obiettivo e delle posizioni soggettive del giudizio principale. Infatti, se la Corte, volendo sindacare il controllo sulla reale incidenza della disposizione impugnata sul giudizio principale, pretende che il giudice remittente esprima il proprio orientamento per il caso in cui la q.l.c. non venga accolta, la rilevanza viene meno, poiché la stessa disposizione impugnata non è più applicabile in quanto il giudizio principale viene definito dal giudice remittente⁴⁰.

Quest'ultimo rilievo ci mostra come la problematica sia strettamente vicina al tema dell'ordine di esame delle questioni dinanzi al giudice remittente, con particolare riguardo al rapporto fra esame delle condizioni dell'azione e della q.l.c..

La Corte, anche in periodi relativamente più recenti - e dunque in una fase in cui prevale la tendenza rigorista - ha assunto posizioni meno intransigenti anche fuori dal campo penale ed in ambiti che si avvicinano maggiormente a quello oggetto del nostro studio, avendo a che vedere col requisito dell'interesse a ricorrere.

Essa ha, ad esempio, giudicato nel merito una questione relativa ad una norma che prevedeva l'imposizione di vincoli urbanistici con effetto temporalmente indeterminato, pur se l'accoglimento di essa avrebbe comportato l'applicabilità dei principi generali che prevedono la durata

³⁹ D. CAVALLARI, *op. cit.*, 506-507.

⁴⁰ A. DI BLASI, *op. cit.*, spec. 891 ss.; ID., *Ancora in tema di rilevanza: un caso di concretezza apparente*, in *Giur. cost.*, 2004, 1268 ss.

quinquennale dei vincoli, con l'effetto di determinare il rigetto dell'impugnazione contro il diniego di concessione edilizia adottato prima del decorso dei cinque anni dall'imposizione del vincolo⁴¹.

Le perplessità sulle attuali tendenze riguardanti il requisito della rilevanza aumentano di fronte ad altre due considerazioni.

Oggi sono numerose quelle pronunce della Corte dalle quali sembra potersi ricavare l'adesione ad una nozione di rilevanza a metà strada fra la «rilevanza-influenza» e la «rilevanza-vantaggio per le parti»⁴². Come abbiamo visto, invece, la dottrina che prospetta il concetto di rilevanza-influenza tende a distinguerlo dall'interesse sostanziale delle parti.

Ma soprattutto ciò che a nostro avviso conta evidenziare è un'altra impropria commistione. Essa può cogliersi esaminando l'evoluzione della giurisprudenza costituzionale sul concetto di rilevanza, in cui il ritorno all'idea originaria della rilevanza come stretta pregiudizialità tendenzialmente si è accompagnato ad un controllo sempre più rigido e penetrante da parte della Corte, che non si limita a sindacare la correttezza dell'*iter* logico seguito dal giudice *a quo*, ma si spinge a verificare se quest'ultimo debba applicare la norma impugnata, analizzando, quindi, attentamente non solo la valutazione del remittente, ma l'esistenza stessa della rilevanza.

Il giudizio si fa così «massimamente concreto»⁴³ e la Corte non si limita ad un controllo sul modo in cui è stato esercitato il potere riservato ai remittenti, ma qualifica nuovamente ed in via del tutto autonoma il caso nei suoi profili di fatto e di diritto, ponendo in essere un esercizio alternativo di quello stesso potere: in sostanza, la decisione della Corte sembra funzionare come «un giudizio di cassazione con rinvio anticipato»⁴⁴.

Nei fatti, quindi, il concetto di rilevanza-influenza, pur potendo astrattamente andare distinto dal controllo intrinseco della Corte, come peraltro in modo netto affermavano i più risalenti studi sulla

⁴¹ Corte cost., n. 344/1990, richiamata da A. CERRI, *op. cit.*, 154.

⁴² F. DAL CANTO, *op. cit.*, 176.

⁴³ Cfr. R. ROMBOLI, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in R. ROMBOLI (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1990-1992)*, Torino, 1993, 42.

⁴⁴ M. D'AMICO, *op. cit.*, 2148; nello stesso senso, P. VERONESI, *A proposito di rilevanza: la Corte come giudice del modo di esercizio del potere*, in *Giur. cost.*, 1996, 478 ss.

pregiudizialità costituzionale⁴⁵, finisce per confondersi con esso, esponendo tale tendenza a rilievi ulteriori, riguardanti il delicato rapporto fra giudice *a quo* e controllo della rilevanza da parte della Corte.

4. *Il controllo della Corte sull'ordinanza di rimessione: l'incerta evoluzione della giurisprudenza costituzionale*

Un rapido esame dell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale⁴⁶ sembra confermare come la tendenza all'affermazione di un concetto di rilevanza in termini di rigida *influenza* si sia accompagnata a forme di controllo sempre più intrinseche sulla valutazione del giudice *a quo* ovvero alla richiesta della Corte, ai fini della rilevanza, non già di un qualsiasi interesse delle parti ad un eventuale accoglimento, ma di un interesse significativo, avvicinandosi talvolta questa problematica proprio a quella del controllo sull'interesse ad agire nel processo *a quo*.

In una prima fase - che va dall'inizio della sua attività sino alla fine degli anni '60 - la Corte ritiene che la valutazione sulla rilevanza rientri nella competenza esclusiva del giudice *a quo* e tende ad interferire con tale valutazione solo quando quest'ultimo abbia omesso completamente di motivare o abbia motivato in modo del tutto contraddittorio o insufficiente⁴⁷. Si è detto della varietà delle ragioni «politiche» sottostanti tale orientamento originario: la Corte si fa promotrice di istanze di svecchiamento rispetto alla precedente legislazione fascista ed ha la prioritaria preoccupazione di instaurare uno stretto rapporto con la magistratura.

Negli anni '70, la Corte, consolidata «la coscienza di sé, della propria forza come istituzione»⁴⁸, inizia a preoccuparsi del rapporto col

⁴⁵ Cfr., per tutti, M. CAPPELLETTI, *op. cit.*, 106 ss., il quale ritiene che la valutazione della possibile influenza dell'eventuale pronuncia di accoglimento sulla definizione del giudizio rientri nell'esclusiva competenza del giudice *a quo*, stante l'inseparabilità del giudizio di rilevanza dalla valutazione, in fatto e in diritto, della regiudicanda originaria. In tal senso anche G. ABBAMONTE, *op. cit.*, 46 ss.; A. PIZZORUSSO, *Ancora sulla valutazione della rilevanza e sui controlli ad essa relativi*, in *Giur. cost.*, 1968, 1489 ss.. Con espresso riferimento all'insindacabilità, da parte della Corte, dei presupposti processuali e delle condizioni dell'azione, T. GIONFRIDA, *op. cit.*, spec. 110 ss.

⁴⁶ Sulle «fasi» o «stagioni» della rilevanza, condizionate dai mutamenti del contesto politico-sociale, cfr. il denso e chiaro *excursus* di L. AZZENA, *op. cit.*, 608 ss.

⁴⁷ Si tratta di un controllo per lo più "formale": la valutazione sulla rilevanza viene, infatti, ritenuta di esclusiva competenza del giudice *a quo*: cfr. le pronunce nn. 41/1958, 53/1958, 3/1960, 44/1960, 56/1960, 59/1960 e 63/1961.

⁴⁸ A. MASSERA, *Materiali per uno studio sulla Corte costituzionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1972, 870 ss.

legislatore più che con la magistratura⁴⁹. Si ha in questo periodo un concetto piuttosto elastico di rilevanza, intesa come mera possibilità, o a volte più incisivamente come ragionevole probabilità, di applicazione della legge di cui sorge la questione per la definizione del processo *a quo*⁵⁰.

Negli anni '80, come si è detto, la Corte inizia ad essere costretta ad elaborare strategie - sul piano processuale e su quello organizzativo - che le consentano di evitare ritardi eccessivi nelle decisioni. La rilevanza inizia ad essere interpretata come stretta pregiudizialità, come *influenza*⁵¹. Sennonché il recupero della tesi della pregiudizialità si accompagna in questo caso - a differenza che nelle iniziali teorizzazioni - ad un controllo sempre più stretto sulla rilevanza da parte della Corte.

Tale tendenza si consolida agli inizi degli anni '90⁵². A fronte dello smaltimento dell'arretrato, la Corte diviene in modo crescente «interlocutrice» del Parlamento e viene sospinta nell'agone politico, trovandosi a giudicare soprattutto su leggi di recente approvazione. Il controllo sulla rilevanza si intensifica, prima di tutto, sotto l'aspetto quantitativo: in quegli anni, una pronuncia su dieci respinge una q.l.c. per motivi concernenti la rilevanza⁵³.

⁴⁹ L. AZZENA, *op. cit.*, 611.

⁵⁰ L. AZZENA, *op. cit.*, 611-612. Cfr. la sentenza n. 185/1976.

⁵¹ Cfr. le sentenze nn. 139/1980 e 46/1983.

⁵² Significativamente, negli anni '90 si afferma, insieme all'aumento del tasso di concretezza del giudizio costituzionale incidentale, la c.d. interpretazione conforme, sulla quale non è possibile soffermarsi nel presente lavoro. È opportuno comunque osservare come essa abbia profonde implicazioni sul modello di giustizia costituzionale adottato in Italia, e concretamente realizzatosi nell'esperienza pratica, rilevando - fra l'altro - nel senso di un sempre più spiccato fondamento del sistema di controllo diffuso ed incidendo in modo profondo sulla teoria dell'interpretazione. Su questi e su molti altri aspetti, sempre più centrali nell'odierno dibattito sulla giustizia costituzionale, cfr., *ex multis*, R. ROMBOLI, *Qualcosa di nuovo... anzi d'antico: la contesa sull'interpretazione*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it; G. SORRENTI, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, Milano, 2006; ID., *La Costituzione "sottintesa"*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it. Peraltro, la manualistica, a causa di una tendenza giurisprudenziale risalente al 1998 e che può dirsi consolidata, tende ormai a collocare fra i requisiti per l'emanazione dell'ordinanza di rimessione da parte del giudice *a quo*, oltre alla rilevanza ed alla non manifesta infondatezza, l'impossibilità di dar vita a un'interpretazione adeguatrice: cfr., per tutti, A. RUGGERI - A. SPADARO, *op. cit.*, 182 ss.; A. RAUTI, *L'interpretazione adeguatrice come metacriterio ermeneutico e l'inversione logica dei criteri di rilevanza e non manifesta infondatezza*, in E. MALFATTI - R. ROMBOLI - E. ROSSI (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua "diffusione"*, cit., 504 ss., il quale, fra l'altro, ipotizza l'insussistenza del requisito della rilevanza della questione in quanto il dovere di interpretazione conforme porterebbe con sé l'inapplicabilità della diversa norma impugnata dal remittente; *contra*, G. SORRENTI, *op. ult. cit.*, 14-15, che parla di «precondizione» della q.l.c., pur ammettendo casi di interferenza della tecnica dell'interpretazione conforme sulla rilevanza della questione.

⁵³ Cfr. F. DAL CANTO, *op. cit.*, 190-191, ed *ivi* (nota 154) ulteriori dati statistici.

Aumentano quindi le pronunce di inammissibilità per omessa o carente motivazione, mentre diminuiscono sensibilmente le ordinanze di restituzione degli atti al giudice *a quo*. Il sindacato diviene così più approfondito: non ci si limita a un controllo sulla mera sussistenza, ma ci si sofferma maggiormente sulla sufficienza⁵⁴ e sulla fondatezza della motivazione sulla rilevanza. C'è da notare come la Corte tenda a volte a mantenersi nell'ambito di un controllo esterno⁵⁵, sindacando la non contraddittorietà⁵⁶, la congruità⁵⁷, la plausibilità della motivazione sulla rilevanza. Senonché, spesso viene superata la barriera del limite "esterno": non ci si limita a verificare la correttezza dell'*iter* logico seguito dal giudice *a quo*, ma si verifica direttamente l'esistenza stessa della rilevanza⁵⁸.

Si è evidenziato come in quest'ultima fase l'accertamento del giudice costituzionale riguardi quattro distinti elementi⁵⁹: a) che sia stata sufficientemente individuata la disposizione impugnata; b) che sia stata sufficientemente descritta la fattispecie concreta cui applicare la norma; c) che non siano errati i passaggi argomentativi svolti nell'ordinanza onde ricondurre la prima alla seconda; d) che sia stata valutata l'incidenza dell'eventuale pronuncia di accoglimento sul giudizio.

Sono evidentemente i punti c) e d) quelli che presentano maggiori profili di criticità e che riguardano più da vicino anche la questione decisa dall'ordinanza che si commenta.

Gli studiosi hanno evidenziato vari epifenomeni di una tale ingerenza della Corte nei compiti riservati ai giudici *a quibus*, rispetto ai quali si manifesta in modo evidente lo straripamento degli argini della Corte. Si pensi all'ipotesi della c.d. *aberratio ictus*, che si ha nel caso in cui la censura del giudice *a quo* avrebbe dovuto riguardare un'altra norma, ma la Corte, «invece di limitarsi a rilevare un generico difetto di rilevanza, per non essere *quella* sollevata dal giudice *la* norma applicabile al caso [...]

⁵⁴ Cfr. fra le tante, le pronunce nn. 317/1992, 538/1995, 423/1996, 424/1996, 435/1996, 437/1996, 91/1997, 166/1997, 34/1998, 67/1998, 76/1998, 210/1999, 211/1999, 212/1999, 213/1999, 86/2000, 96/2000, 131/2000, 249/2000 e 385/2000.

⁵⁵ Cfr. V. ONIDA, *Relazione di sintesi*, in AA.VV., *Giudizio "a quo"*, cit., 307; P. VERONESI, *op. cit.*, 478 ss.

⁵⁶ Cfr. le pronunce nn. 207/1993, 329/1995, 337/1996, 185/1997, 295/1998, 409/1999, 28/2000, 79/2000, 221/2000 e 418/2000.

⁵⁷ Cfr. le pronunce nn. 367/1999 e 86/2000.

⁵⁸ L. AZZENA, *op. cit.*, 615. In giurisprudenza, cfr. le pronunce nn. 274/1997 e 60/1998.

⁵⁹ Richiamati sempre da F. DAL CANTO, *op. cit.*, 191.

indica al giudice anche l'altra norma che, a suo avviso, si sarebbe dovuta censurare»⁶⁰. Si considerino, inoltre, gli orientamenti della Corte in tema di sindacabilità di norma abrogata e di *ius superveniens* ovvero la fattispecie dell'irrilevanza sopravvenuta.

Ciascuna di queste ipotesi ha ricevuto il dovuto approfondimento, sovente critico, da parte della dottrina⁶¹. Si tratta di casi in cui la Corte non accerta una irrilevanza *ictu oculi*, come ancora accade negli esempi di *quaestio* eventuale o ipotetica o di (già) avvenuta applicazione della norma, sicché essa finisce per calarsi nell'*iter* logico che ha indotto il remittente a sollevare la q.l.c. ed a verificarne la tenuta, magari (re)impostando i profili di fatto e di diritto su cui verte il giudizio⁶².

Per quanto qui interessa, può essere sufficiente ribadire come la tendenza espansiva della Corte, che ha fatto parlare criticamente di «eccesso di controllo»⁶³, derivi da una molteplicità di ragioni. Già si è detto di quelle organizzative e *lato sensu* politiche. Ad esse c'è da aggiungere l'evidente difficoltà di individuare un preciso confine fra controllo esterno, ammissibile, e controllo interno. Si è dimostrato come tale difficoltà aumenti di fronte a quelle pronunce motivate dalla circostanza che il giudice *a quo* ha già applicato la disposizione impugnata prima di sollevare la q.l.c. ovvero a quelle nelle quali l'irrilevanza deriva da un presunto errore interpretativo da parte del giudice oppure dal fatto che la q.l.c. è inutile ai fini della decisione del giudizio principale⁶⁴.

Si è messo, quindi, in luce come l'accentuata concretezza del giudizio, legato ad una fattispecie particolare, vada a discapito dell'esigenza generale di garantire l'integrità costituzionale dell'ordinamento, senza che tuttavia ne guadagnino le esigenze soggettive di tutela, poiché l'attenzione della Corte per i «fatti» del giudizio non si traduce in attenzione per gli «interessi» in quanto controversi⁶⁵. Anzi. Si è rilevato addirittura come questo tipo di atteggiamento della Corte difficilmente possa essere letto nell'ottica della concretezza, essendo invece comprensibile in relazione all'altra funzione della rilevanza, quella

⁶⁰ M. D'AMICO, *op. cit.*, 2144.

⁶¹ Cfr., per tutti, A. DI BLASI, *op. cit.*, 878 ss.

⁶² Così, criticamente, P. VERONESI, *op. cit.*.

⁶³ G. SILVESTRI, *Legge (controllo di costituzionalità)*, cit., 148.

⁶⁴ F. DAL CANTO, *op. cit.*, 191.

⁶⁵ A. DI BLASI, *op. cit.*, 883; L. AZZENA, *op. cit.*, 617.

selettiva, che diviene semplicemente un modo, funzionale ad una visione astratta del processo, per liberarsi della questione⁶⁶.

Non a caso, un sindacato pieno della Corte è stato escluso, con intenzioni opposte, sia dai sostenitori del giudizio costituzionale «obiettivo», sia dai sostenitori del giudizio «concreto»: gli uni hanno sottolineato il distacco degli interessi tutelati nel giudizio costituzionale da quelli del giudizio *a quo*, gli altri la necessità che il giudice remittente, come giudice primo e finale delle situazioni subiettive delle parti, conservi sulla rilevanza una signoria intangibile⁶⁷.

5. Segue: in particolare, l'esame circa la sussistenza dei presupposti e delle condizioni dell'azione

Un discorso non dissimile può essere svolto con riguardo alla parabola del controllo della Corte sulla valutazione, da parte del giudice *a quo*, dei presupposti e delle condizioni dell'azione.

Anche in questo caso, infatti, all'affermarsi della tesi della rilevanza quale *influenza* si è accompagnato un controllo via via più penetrante sul giudizio di rilevanza. In queste ipotesi, peraltro, ancor più accentuato è il rischio di confondere la rilevanza della q.l.c. con l'interesse sostanziale della parte.

Non ci sembra un caso che attenta dottrina abbia individuato come una «svolta» nella tradizionale posizione in tema di autonomia del processo costituzionale rispetto a quello *a quo* alcune pronunce costituzionali dell'inizio degli anni '80, che hanno associato alla rigorosa pregiudizialità l'approfondito controllo sulla valutazione della sussistenza dei presupposti processuali del giudizio principale⁶⁸.

Fino ad allora la questione era stata oggetto di studio soprattutto negli approfondimenti in tema di pregiudizialità costituzionale⁶⁹, anche da

⁶⁶ F. DAL CANTO, *op. cit.*, 192.

⁶⁷ In tal senso, V. ANGIOLINI, *La Corte senza il processo o il processo costituzionale senza processualisti*, in *La giustizia costituzionale ad una svolta* (Atti del Seminario di Pisa, 5 maggio 1990), a cura di R. Romboli, Torino, 1991, 29-30; G. BERTI, *Considerazioni sul tema*, in AA.VV., *Giudizio "a quo"*, cit., 101.

⁶⁸ A. ANZON, *op. cit.*, 1160, la quale, tuttavia, mette in dubbio il carattere decisamente innovativo della sentenza n. 139/1980, notando come nel caso concreto l'improcedibilità del giudizio principale fosse rilevabile *ictu oculi* dalla Corte, per cui si sarebbe trattato di un'ipotesi di «irrilevanza manifesta».

⁶⁹ Cfr. N. TROCKER, *op. cit.*, 814.

parte di giuspubblicisti e di studiosi del processo amministrativo⁷⁰. Peraltro, è interessante notare come, al di là della *querelle* circa il carattere di pregiudizialità propriamente tecnica della questione, si tendesse ad affermare l'autonomia dei giudizi, *ergo* che la Corte non potesse più controllare i presupposti processuali del giudizio *a quo* o le condizioni dell'azione in esso esercitata⁷¹.

Come si è visto, peraltro, anche la giurisprudenza costituzionale in genere, pure in tempi relativamente recenti⁷², ha negato la subordinazione della q.l.c. alla previa decisione di questioni che riguardano la regolarità del processo, le sue condizioni ed i suoi presupposti⁷³. Anche in tal caso, più che di una svolta vera e propria in tema di rapporti fra presupposti processuali e q.l.c., si è, quindi, trattato della progressiva tendenza a concepire la rilevanza come *influenza*, unita ad un sempre più incisivo sindacato da parte della Corte⁷⁴. Sennonché, in questa ipotesi la rilevanza non dipende da fattori che non sono pacifici in causa, ma, tendenzialmente, controversi e contestati: ciò dovrebbe indurre ad una più stretta limitazione, da parte del giudice remittente, nel motivare e, da parte della Corte, nel sindacare tale profilo⁷⁵.

Quanto agli specifici rapporti con le condizioni dell'azione nel giudizio amministrativo, tale opinabile tendenza al rigore nell'accertamento appare meritevole di ulteriori considerazioni, anche alla

⁷⁰ Cfr. B. CAVALLO, *op. cit.*, il quale, dopo avere rigettato la tesi della pregiudizialità tecnica sulla base del fatto che la q.l.c. non può formare oggetto di un giudizio autonomo, ritiene di non potere dare una soluzione univoca per i vari casi di ricorso inammissibile e irricevibile, anche se alla fine, in linea di massima, è dell'avviso che la maggior parte delle questioni (ad es., difetto di giurisdizione, nullità del ricorso, ecc.) debbano essere esaminate prioritariamente dal giudice amministrativo.

⁷¹ N. TROCKER, *op. cit.*, 814.

⁷² Cfr. la già richiamata sentenza n. 344/1990.

⁷³ Per molto tempo, la Corte ha escluso di potere considerare le eccezioni preliminari e pregiudiziali (prioritarie rispetto alla q.l.c.) proposte nel giudizio *a quo*, ai fini di valutare la rilevanza: cfr., ad es., le pronunce nn. 69/1959, 4/1961 (interruzione), 124/1968 (interesse ad agire) e 58/1982 (*legitimatío ad causam*). Si osservi, comunque, come la c.d. «svolta» degli anni '80 in tema di sindacabilità anche di queste pregiudiziali/preliminari ai fini della rilevanza è stata sovente ricondotta nei limiti consueti della «non manifesta arbitrarietà» delle valutazioni del giudice *a quo*: cfr. le decisioni nn. 191/1983, 164/1982, 165/1982, 187/1982, 202/1982 e 226/1982; in tema di legittimazione ed interesse nel giudizio *a quo*, le pronunce nn. 173/1994, 468/1994, 43/1996 e 310/1999.

⁷⁴ Per tale considerazione, che riconduce la vicenda alla contrapposizione fra le dottrine che richiedono una mera sommaria delibazione allo stato degli atti delle diverse questioni emergenti nel giudizio e le dottrine che vorrebbero, invece, un esame approfondito, anche se allo stato degli atti, V. CRISAFULLI, *op. cit.*, 284.

⁷⁵ A. CERRI, *op. cit.*, 170.

luce dell'introduzione dell'art. 21-*octies*, comma 2, della legge n. 241 del 1990. Oltre ai rilievi sopra svolti in generale, infatti, l'eterodosso impiego dell'art. 21-*octies* da parte della Corte induce a considerazioni più di settore.

In tal senso, sia consentito prospettare una latente contraddizione.

Da un lato un'ulteriore ragione esplicativa su tale ultimo esito della giurisprudenza costituzionale può essere ritrovata nell'idea di un compianto studioso, che, per spiegare l'evoluzione del sindacato della Corte, ebbe a prospettare in modo alquanto suggestivo una teoria unitaria del controllo del giudice sugli atti del pubblico potere⁷⁶. In questo senso, diciamo subito che viene ad essere attenuata l'autonomia dei giudizi. La questione nasce dal particolare del ricorrente e si allarga, allorché si tratti di atti amministrativi o, a maggior ragione, legislativi, fino a coinvolgere l'interesse che sottostà al provvedimento. Vi sarebbe una vocazione comune ai giudizi che hanno per oggetto atti o poteri di autorità, data dal fatto che essi non consentono mai di cogliere l'illegittimità in via puramente astratta e generale, dovendo presentare un raccordo con qualcosa di concreto. In tal senso, la rilevanza viene inquadrata nella formazione del *thema decidendum* e l'ordinanza di rimessione diviene la domanda, *causa petendi e petitum*, rivolta alla Corte.

Tale ricostruzione sembra fornire interessanti spunti di collegamento proprio fra giudizio amministrativo e giudizio costituzionale, entrambi rivolti al sindacato su atti del pubblico potere. Sia da un punto di vista «estrinseco», nel senso che significativamente anche il giudice amministrativo intensifica, negli stessi anni, il suo sindacato sugli atti del pubblico potere, che diviene sempre più penetrante⁷⁷, sia da un punto di vista «intrinseco», in quanto questa tesi sembra fornire una spiegazione più ampia al collegamento fra giudizio principale e giudizio di costituzionalità. Si potrebbe, quindi, ritenere che il passaggio dell'art. 21-*octies*, comma 2, a quest'ultimo giudizio finisca per rappresentare una quasi scontata conseguenza di questo prospettato «abbattimento» delle barriere fra giudizi, con particolare riguardo a quello amministrativo.

⁷⁶ Cfr. G. BERTI, *op. cit.*, spec. 101 ss.

⁷⁷ Da ultimo, sul punto, i densi rilievi di A. POLICE, *Annullabilità e annullamento (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, annali, I, Milano, 2007, 49 ss., formulati non a caso in uno studio dedicato ad approfondire i presupposti culturali, assiologici e sistematici che stanno alla base dell'introduzione, nel nostro ordinamento, dell'art. 21-*octies*, comma 2, l. n. 241/1990 da parte della l. n. 15/2005.

Sennonché, questa chiave di lettura deve fare i conti con i numerosi profili di criticità sopra evidenziati, riguardanti le peculiarità della discutibile evoluzione verso un controllo sempre più intrinseco del giudizio di rilevanza effettuato dal giudice *a quo*.

Inoltre, essa sembra porsi in contrasto con un'ulteriore importante fattispecie giurisprudenziale riguardante la valutazione sulla rilevanza della q.l.c. posta d'ufficio dal giudice amministrativo. Su questo aspetto sembra utile, a questo punto, effettuare alcune considerazioni.

6. *Le peculiarità del rapporto fra giudizio amministrativo e giudizio costituzionale e la rilevanza della questione: i limiti al sollevamento d'ufficio*

Il caso non riguarda direttamente la decisione che si annota: in essa la questione viene sì rilevata d'ufficio da parte del giudice amministrativo di primo grado, ma presenta uno stretto collegamento col motivo (aggiunto: *donde* - come si è visto - un'ulteriore problematica) di ricorso, col quale si è prospettato il vizio di violazione dell'art. 84, comma 4, del decreto legislativo n. 163 del 2006, riguardante la composizione della commissione di gara.

Ciononostante, sembra utile spendere qualche ulteriore riflessione sul tema generale, poiché esso è andato caratterizzandosi sulla base di un *self restraint* della Consulta nei confronti del giudizio di «rilevanza» del giudice amministrativo, quando la questione rilevata d'ufficio non riguardi direttamente i motivi di ricorso, ma sia comunque legata a determinati profili di illegittimità, vicini peraltro a quelli considerati nell'ordinanza annotata.

Un problema tradizionale, che ha fatto dibattere gli studiosi non solo del processo amministrativo⁷⁸ ed ha visto, invece, uno scarso contributo della giurisprudenza costituzionale, è quello dei limiti alla rilevabilità d'ufficio di una q.l.c. da parte del giudice amministrativo, a fronte della tradizionale natura del processo amministrativo come giudizio sugli atti, nel quale sono centrali il principio della domanda e la rigida configurazione della corrispondenza tra chiesto e pronunciato⁷⁹.

⁷⁸ Già V. ANDRIOLI, *op. cit.*, 53, aveva, infatti, intuito che la previsione di cui all'art. 1 l. cost. n. 1/1948 non avrebbe fatto «male a nessuno» nel processo civile, diversamente da ciò che sarebbe potuto accadere nel processo amministrativo.

⁷⁹ Sulla questione v., da ultimo, l'efficace sintesi di N. PIGNATELLI, *op. cit.*, spec. 6 ss.

Il giudice amministrativo prese posizione sulla vicenda già negli anni '60⁸⁰, ritenendo che il potere di rilevare d'ufficio la questione di legittimità sia attribuito da una norma costituzionale (art. 1 della legge costituzionale n. 1 del 1948) e, quindi, sia esercitabile per risolvere dubbi non solo sulla giurisdizione o sui presupposti processuali, ma anche sul merito della controversia. Veniva, dunque, prospettata una sorta di interpretazione adeguatrice, rispetto al succitato art. 1, delle norme di rango ordinario disciplinanti il processo innanzi al Consiglio di Stato.

La pronuncia dell'Adunanza plenaria, che ritenne genericamente che non vi fosse alcun limite alla rilevabilità d'ufficio della q.l.c., lasciò, però, insoddisfatta la dottrina, che avanzò due interpretazioni.

La prima, più rigorosa, finiva per criticare radicalmente la presa di posizione della giurisprudenza, sostenendo che il vincolo del giudice amministrativo ai motivi di parte implicasse addirittura la negazione del sollevamento d'ufficio della q.l.c. da parte del giudice stesso⁸¹.

La seconda, più mitigata e ragionevole, pur non arrivando a richiedere la sottoposizione della q.l.c. ad un'espressa censura della parte, poneva il problema dei limiti al sollevamento d'ufficio della questione stessa⁸².

La giurisprudenza amministrativa, cogliendo questa necessità di contemperamento, si è oggi assestata nel ritenere che, seppure sia certo che la q.l.c. può essere rilevata d'ufficio da parte del giudice amministrativo, occorre che il dubbio di costituzionalità sia riferibile ad un motivo di ricorso tempestivamente presentato⁸³.

⁸⁰ Cons. St., Ad. plen. 8 aprile 1963, n. 8, in *Giur. cost.*, 1963, 1219.

⁸¹ Cfr. F. LA VALLE, *Annullamento d'ufficio da parte del Consiglio di Stato?*, in *Giur. it.*, 1965, III, 203; ID., *La rilevanza nel giudizio amministrativo della incostituzionalità delle leggi*, *ivi*, 1964, III, 75; E. GUICCIARDI, *Nota a Cons. St., sez. VI*, 18 marzo 1964, n. 247, *ivi*, 1964, III, 70.

⁸² Cfr. A. ROMANO, *Pronuncia di illegittimità costituzionale di una legge e motivo di ricorso giurisdizionale amministrativo*, in *Foro amm.*, 1964, 140.

⁸³ Cfr., *ex multis*, T.A.R. Lazio, Sez. III, 9 giugno 1980, n. 583, in *Trib. amm. reg.*, 1980, I, 2380; Cons. St., Sez. IV, 27 aprile 1989, n. 268, in *Foro amm.*, 1989, 960; Sez. VI, 19 luglio 1999, n. 973, in *Cons. Stato*, 1999, I, 190; più di recente, 25 agosto 2009, n. 5058, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 1096, secondo la quale, ai fini della rilevanza della q.l.c., è sufficiente che la norma impugnata sia direttamente o indirettamente applicabile nel giudizio *a quo*, ma la sua rilevanza va valutata alla stregua del criterio della strumentalità, nel senso che va affermata solo ove la causa non possa essere definita indipendentemente dalla risoluzione della questione. Nel caso di specie, il Consiglio di Stato ha ritenuto irrilevante la q.l.c. in quanto le società ricorrenti non avevano dedotto espressamente, in primo grado, l'illegittimità del provvedimento impugnato (deliberazione della giunta regionale di istituzione di un ente parco): ancorchè la legge regionale sull'istituzione di aree protette fosse già stata dichiarata costituzionalmente illegittima nella parte in cui non prevedeva la partecipazione al procedimento degli enti locali, tale aspetto non era stato, infatti, censurato nel ricorso di primo grado. Al riguardo, i giudici

Non essendo questa la sede per valutare la bontà di quest'ultimo orientamento⁸⁴, ci limitiamo ad osservare come lo stesso, oltre a dare per scontato che il dubbio di costituzionalità possa qualificarsi come un motivo di ricorso (ciò di cui, invero, è lecito dubitare⁸⁵), finisca per limitare fortemente la possibilità di sollevare la q.l.c. - possibilità che, in tal modo, sarebbe sempre subordinata ad un'istanza di parte - e turbare il delicato equilibrio tra principio dispositivo e giudizio costituzionale che era stato faticosamente raggiunto dalla meno recente giurisprudenza⁸⁶.

Si mostra così un altro profilo in cui torna centrale la questione della rilevanza, questa volta rispetto alle specificità del processo amministrativo. In buona sostanza, in questo caso i caratteri della rilevanza della q.l.c. discendono dai limiti, propri del processo amministrativo, alla conoscibilità, da parte del giudice, della *res in iudicium deducta*.

Sennonché, a questo punto è lecito chiedersi perché tale vicenda sia stata richiamata, posto che, nella specie, il giudice amministrativo non si è certamente discostato dal rispetto del principio della corrispondenza fra chiesto e pronunciato.

di Palazzo Spada hanno precisato che il giudice amministrativo non è giudice del diritto oggettivo, nel senso che non può porsi, sotto i profili della costituzionalità, qualsiasi questione che possa, in astratto, riguardare la disciplina normativa in concreto applicata, ma deve limitarsi alle eccezioni sollevate dalle parti e dubitare della legittimità delle norme applicabili solo se la declaratoria di incostituzionalità sia strumentale alla definizione delle censure mosse agli atti impugnati. Già prima, nel senso che la sopravvenuta dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma che disciplina il procedimento di adozione di un atto amministrativo precedentemente impugnato non può determinare l'illegittimità derivata dell'atto qualora il ricorrente non abbia fatto venire in rilievo la norma denunciata attraverso uno specifico motivo di ricorso, Sez. V, 6 maggio 2008, n. 1986, in www.giustizia-amministrativa.it. Va segnalato, peraltro, che, secondo una più recente pronuncia, in presenza di uno specifico motivo di ricorso riferito alla norma incostituzionale, ancorché non sia stato sollevato alcun profilo d'incostituzionalità di essa, assume rilievo il principio secondo cui il giudice deve applicare d'ufficio, nei giudizi pendenti, le pronunce di annullamento della Corte costituzionale, con conseguente possibilità di superare i limiti che derivano dalla struttura impugnatoria del processo amministrativo e dalla correlata specificità dei motivi (Sez. VI, 18 giugno 2009, n. 3997, in www.lexitalia.it, n. 6/2009).

⁸⁴ Al riguardo, sia consentito rinviare a F. SAITTA, *I nova nell'appello amministrativo*, in corso di pubblicazione, cap. IV, § 8.

⁸⁵ Cfr., ad es., Cass., Sez. lav., 25 giugno 1985, n. 3802, in *Foro it. Mass.*, 1985, 709, secondo cui l'eccezione di illegittimità costituzionale di una norma non costituisce propriamente motivo di ricorso e, conseguentemente, può essere proposta per la prima volta in sede di legittimità ed ivi essere anche sollevata d'ufficio.

⁸⁶ In tal senso, con forti accenti critici nei confronti dell'indirizzo assunto dal Consiglio di Stato, N. PIGNATELLI, *op. cit.*, § 10, il quale qualifica la q.l.c. come eccezione rilevabile d'ufficio; negli stessi termini, G. MORANO, *La proposizione della questione di legittimità costituzionale in sede amministrativa*, Rende, 2008, 49-52.

Un recente studio ha messo in luce come, in realtà, la Corte costituzionale, in difformità rispetto alle sopra considerate tendenze (particolarmente invasive) in tema di controllo sulla rilevanza, sia arrivata assai raramente a dichiarare irrilevante una q.l.c. sul presupposto che il giudice amministrativo abbia oltrepassato i limiti del ricorso, sollevando d'ufficio una questione non prospettata nei motivi; ciò, probabilmente, anche a causa della cultura giuridica dei giudici amministrativi, che spesso si sono dimostrati un filtro funzionante e idoneo ad impedire che giungano alla Corte questioni esorbitanti i limiti del *petitum*⁸⁷.

Ai nostri fini, appare particolarmente interessante un caso in cui il principio della domanda pare, invece, cedere alla logica espansiva del sindacato incidentale. Ci si riferisce all'ipotesi in cui il ricorrente si limiti a censurare il concreto esercizio del potere, facendo magari valere l'eccesso di potere o la violazione di una norma sulla funzione, e il giudice amministrativo rilevi, d'ufficio, la q.l.c. di una norma riguardante la composizione dell'organo che ha posto in essere l'atto impugnato.

Si pensi ad una nota vicenda in cui il ricorrente aveva impugnato gli atti di un concorso a cattedra per eccesso di potere e il giudice amministrativo ha, invece, sollevato q.l.c. delle norme recanti i criteri per la nomina delle commissioni giudicatrici dei concorsi: a fronte della difesa dei controinteressati, che eccepivano l'irrilevanza della questione sul presupposto che il Consiglio di Stato avrebbe dovuto decidere soltanto del corretto uso del potere discrezionale, la Corte si è limitata ad escludere la possibilità di un riesame del giudizio di rilevanza già effettuato dal giudice amministrativo⁸⁸. Si tratta, come ben si vede, di una fattispecie molto simile a quella esaminata dall'ordinanza in commento. Ciò che muta è il metro attraverso cui verificare la rilevanza: nel caso esaminato nell'ordinanza annotata, si tratta del controllo sulla sussistenza delle condizioni dell'azione, in particolare l'interesse a ricorrere; nei casi delle meno recenti decisioni dianzi segnalate, si trattava, invece, dei delicati rapporti fra rilevabilità d'ufficio della q.l.c. e principio della domanda.

L'atteggiamento della giurisprudenza costituzionale in tema di rilevanza è però - come si è visto - molto diverso.

⁸⁷ N. PIGNATELLI, *op. cit.*, 11-12.

⁸⁸ Corte cost., n. 143/1972. Conformemente, nn. 189/1986 e 620/1987.

Si tratta, a questo punto, di comprendere se, nelle decisioni sopra richiamate, il mancato accertamento della rilevanza sia dovuto al fatto che si tratta di vicende processuali che appartengono ad una fase di limitato sindacato sulla rilevanza⁸⁹ ovvero se la spiegazione possa essere più profonda, riscontrabile magari nel fatto che in queste vicende, *id est* quando oggetto della q.l.c. sia una norma «sul potere», il giudice amministrativo resta «padrone» della rilevanza⁹⁰.

Certo questa peculiare conformazione del sindacato sulla rilevanza - fra giudizio amministrativo e giudizio costituzionale - deve far riflettere, in quanto si pone in contrasto con l'evoluzione giurisprudenziale sopra descritta, da cui emerge un controllo della Corte sempre più penetrante - non meramente esterno, ma diretto ed intrinseco - del quale appare espressione la decisione che si commenta, peraltro anch'essa attinente alla contestazione di una norma riguardante la «genesì» del potere.

7. La (controversa) ratio dell'art. 21-octies, comma 2, della legge n. 241 del 1990: brevi cenni

Per meglio comprendere il ragionamento svolto dalla Consulta nell'ordinanza annotata, è ora indispensabile chiarire come dottrina e giurisprudenza hanno ricostruito la vicenda del provvedimento amministrativo illegittimo non annullabile, di cui all'art. 21-octies, comma 2, della legge n. 241 del 1990.

Non è nostra intenzione riferire le varie tesi formulate in dottrina⁹¹, bensì semplicemente notare come l'opinione da noi precedentemente espressa, secondo cui solo individuando la chiave di lettura nell'interesse a ricorrere si può salvare la norma dal contrasto con l'art. 113 della Costituzione⁹², sia stata recepita dalla giurisprudenza amministrativa di

⁸⁹ Sennonché, tale giurisprudenza continua nella seconda metà degli anni '80, in una fase in cui, come si è visto, la Corte aveva già iniziato ad estendere il suo controllo sulla rilevanza.

⁹⁰ E' questa l'opinione di N. PIGNATELLI, *op. cit.*, 15.

⁹¹ Per le quali è sufficiente rinviare a L. FERRARA (*La partecipazione tra «illegittimità» e «illegalità». Considerazioni sulla disciplina dell'annullamento non pronunciabile*, in *Dir. amm.*, 2008, 103 ss.) e, più di recente, a P. LAZZARA (*Contributo al dibattito sui vizi di forma e di procedimento di cui all'art. 21-octies, l. n. 241 del 1990*, in *Foro amm.: CdS*, 2009, 190 ss.).

⁹² Così F. SAIITA, *Nuove riflessioni sul trattamento processuale dell'omessa comunicazione di avvio del procedimento: gli artt. 8, ultimo comma, e 21-octies, 2° comma, della legge n. 241 del 1990 a confronto*, in *Foro amm.: TAR*, 2006, 2295 ss., e in *Studi in onore di L. Mazzaroli*, Padova, 2007, IV, 381 ss.; *Id.*, *Annullamento non pronunciabile o (inopportuna) preclusione all'autonoma deducibilità del vizio?*, in www.giustamm.it, n. 5/2008.

primo e di secondo grado. Quest'ultima, in sostanza, afferma ormai unanimemente che, in simili casi, «non si fa luogo ad annullamento poiché l'eventuale pronuncia di annullamento si rivelerebbe *inutiliter data*, in quanto l'eventuale caducazione dell'atto impugnato non produrrebbe l'effetto voluto dall'interessato, dovendo l'amministrazione, in esecuzione della sentenza, reiterare un provvedimento di contenuto identico a quello annullato»⁹³.

Ora, se questa ricostruzione è corretta, dobbiamo dedurre che la valutazione che - secondo l'ordinanza annotata - il giudice *a quo* avrebbe dovuto compiere, esternandola nell'ordinanza di rimessione, concerneva, appunto, la sussistenza dell'interesse a ricorrere in capo a chi ha promosso il giudizio. Ed in effetti, anche se non parla mai, esplicitamente, di carenza d'interesse a ricorrere, la Corte costituzionale sembra implicitamente aderire alla suddescritta ricostruzione dell'art. 21-*octies*, comma 2, *ergo* desumere il difetto di rilevanza della q.l.c. dall'assai blando effetto vincolante che deriverebbe dall'eventuale annullamento (parziale) degli atti di gara in ragione dell'illegittima composizione della commissione di aggiudicazione dell'appalto⁹⁴.

8. Interesse strumentale alla rinnovazione della gara e rilevanza della q.l.c.: alcuni rilievi critici sul ragionamento della Corte costituzionale

Sennonchè, il ragionamento svolto nell'ordinanza annotata sulla potenziale incidenza, nel giudizio pendente innanzi al T.a.r. di Lecce, della norma sospettata di incostituzionalità è almeno in parte opinabile.

Ed infatti, mentre era obiettivamente dubbia, per le ragioni evidenziate dalla Corte, la tempestività dei motivi aggiunti con i quali si era dedotta la violazione dell'anzidetta norma⁹⁵, è tutt'altro che scontato

⁹³ Così T.A.R. Campania-Napoli, Sez. II, 1 agosto 2007, n. 7210, in www.giustizia-amministrativa.it; nello stesso senso, Cons. St., Sez. V, 23 gennaio 2008, n. 143 e 9 ottobre 2007, n. 5251, *ibidem*; T.A.R. Lazio-Roma, Sez. I *ter*, 23 febbraio 2007, n. 1625, in *Corr. merito*, 2007, 1221; da ultimo, T.A.R. Sardegna, Sez. I, 10 luglio 2009, n. 1272, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁹⁴ Su queste tematiche, per tutti, M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, 6^a ed., a cura di E. Cardi e A. Nigro, Bologna, 2002, 315-316.

⁹⁵ Invero, le disposizioni sulla composizione delle commissioni di gara non sono suscettibili di impugnazione immediata, atteso che la loro incidenza lesiva sorge soltanto a conclusione della gara stessa e per le imprese che non sono risultate vincitrici (*ex multis*, T.A.R. Lazio-Roma, Sez. II *ter*, 27 luglio 2009, n. 7596, in www.giustizia-amministrativa.it; Sez. II, 13 febbraio 2008, n. 1268, *ibidem*). Nella specie, tuttavia, l'illegittimità della composizione della commissione non era stata lamentata

che l'esame, nel merito, della doglianza attinente all'illegittimità della composizione della commissione giudicatrice dovesse ritenersi subordinata ad un preventivo vaglio di ammissibilità sotto il profilo dell'interesse a ricorrere.

A tal riguardo, va, in primo luogo, considerato che la regola secondo la quale il soggetto legittimamente escluso da una gara è privo d'interesse a dolersi dell'aggiudicazione in favore di terzi, dall'annullamento della quale non trarrebbe alcun vantaggio concreto, incontra una deroga qualora il concorrente escluso deduca un vizio idoneo a travolgere in radice la procedura e possa, quindi, vantare un interesse strumentale alla rinnovazione della gara⁹⁶. Ciò in quanto tali deduzioni, ove fondate, comporterebbero l'onere dell'amministrazione di indire una nuova procedura, alla quale il concorrente precedentemente escluso sarebbe in grado di partecipare, con conseguente *chance* di divenirne aggiudicatario⁹⁷. In simili casi, la giurisprudenza ritiene addirittura, seppure in modo non pacifico e comunque piuttosto opinabile, irrilevante l'omessa impugnazione dell'esclusione dalla gara, che non sopprime l'interesse dell'impresa esclusa ad impugnare l'aggiudicazione⁹⁸. Anche di recente, d'altronde, la giurisprudenza amministrativa ha escluso che simili censure siano soggette alla c.d. prova di resistenza (per valutare, appunto, l'interesse a ricorrere)⁹⁹ e/o che, al fine di escludere l'illegittimità dell'operato della commissione di gara illegittimamente composta, possa addursi il fatto che la commissione stessa abbia adottato tutte le decisioni all'unanimità, per cui l'esito non sarebbe stato diverso¹⁰⁰.

nemmeno al momento dell'impugnazione del provvedimento di esclusione dalla gara, bensì soltanto quando la stessa era stata aggiudicata ad altra impresa.

⁹⁶ In tal senso, tra le più recenti, T.A.R. Lazio-Latina, Sez. I, 16 giugno 2009, n. 583, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. St., Sez. V, 10 febbraio 2009, n. 743 e 4 giugno 2008, n. 2629, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 407 e in *Urb. e app.*, 2009, 1101.

⁹⁷ T.A.R. Lazio-Latina, Sez. I, 1 aprile 2009, n. 264, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁹⁸ Cons. Giust. Amm. Reg. sic., 2 marzo 2007, n. 72, in www.giustizia-amministrativa.it; *contra*, però, Cons. St., Sez. IV, 26 novembre 2009, n. 7443, *ibidem*, secondo cui, «in presenza di mezzi di impugnativa scomposti in richieste principali e richieste subordinate, il ricorrente escluso che abbia dapprima contestato la illegittimità della sua esclusione, facendo valere, in via subordinata (nell'ipotesi di accertata legittimità della sua esclusione), l'interesse strumentale alla riedizione della procedura, resta privo di protezione giurisdizionale, giacché questo interesse strumentale in nulla differisce dall'interesse di fatto di un qualsiasi operatore che, rimasto estraneo alla procedura annullata, faccia affidamento in un nuovo bando della medesima procedura».

⁹⁹ T.A.R. Liguria, Sez. II, 29 maggio 2009, n. 1249, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁰⁰ T.R.G.A. Trentino Alto Adige-Bolzano, 5 settembre 2005, n. 318, in www.giustizia-amministrativa.it.

Stando così le cose, non era affatto scontato che, nella specie, all'accoglimento della censura ostasse il fatto che la ricorrente dovesse essere comunque esclusa. In ogni caso, per effettuare una valutazione di tale portata, la Corte non pare limitarsi ad un controllo meramente estrinseco.

E' vero che, poiché la concreta portata dell'annullamento va circoscritta ai soli atti effettivamente toccati dalle accertate illegittimità, la rinnovazione del procedimento di gara si deve limitare esclusivamente alle fasi viziate ed a quelle successive inscindibilmente connesse, non riguardando quelle che abbiano una loro indipendenza oggettiva e funzionale e conservandosi, quindi, l'efficacia dei precedenti atti legittimi del procedimento¹⁰¹. Ne consegue che, nella specie, l'illegittimità della composizione della commissione di gara inficerebbe gli atti dalla stessa compiuti, ivi compresa l'esclusione della ricorrente, ma non anche quelli precedenti, tra cui la presentazione delle offerte¹⁰².

Va, tuttavia, considerato che la facoltà della stazione appaltante di mantenere fermo il subprocedimento di rinnovazione delle offerte e disporre la rinnovazione della sola fase dell'esame comparativo delle offerte già pervenute presuppone, innanzitutto, che si sia in presenza di procedure di aggiudicazione «automatiche», nelle quali l'accertamento dei vizi concernenti l'ammissione o l'esclusione dei concorrenti non comporta la necessità di rinnovare *ab initio* la procedura¹⁰³. Non è chiaro - o, almeno, non è dato evincere dall'ordinanza annotata né dall'ordinanza di rimessione - se il caso di specie rientrasse o meno in quest'ambito.

A ciò si aggiunga che, mentre certa giurisprudenza ritiene doveroso, in applicazione del canone fondamentale della conservazione degli atti giuridici, nonché del principio di economicità e del correlato divieto di aggravamento del procedimento, circoscrivere rigorosamente la portata

¹⁰¹ *Ex plurimis*, Cons. St., Sez. V, 8 settembre 2008, n. 4269, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁰² In tal senso, con riguardo a concorso a posti di pubblico impiego, Cons. St., Sez. V, 27 agosto 2009, n. 5089, in *Giur. amm.*, 2009, I, 1139, che in particolar modo esclude che l'annullamento della nomina della commissione giudicatrice coinvolga le determinazioni adottate dagli uffici dell'amministrazione in sede di riscontro dei requisiti di partecipazione. Con specifico riguardo alla fattispecie in esame, si consideri che, a norma dell'art. 84, comma 10, d.lgs. n. 163/2006, la nomina dei commissari e la costituzione della commissione devono avvenire, a pena di illegittimità, dopo la scadenza del termine per la presentazione delle offerte: T.A.R. Lombardia-Milano, Sez. I, 15 dicembre 2009, n. 5346, in www.lexitalia.it, n. 12/2009.

¹⁰³ Cons. St., Sez. V, 9 giugno 2008, n. 2843 e 3 febbraio 2000, n. 661, in *Urb. e app.*, 2008, 1273 e in *App. urb. edil.*, 2001, 532.

dell'annullamento soltanto agli atti effettivamente toccati dalle accertate illegittimità¹⁰⁴, numerose pronunce rimettono alla stazione appaltante, in siffatte ipotesi, la scelta se procedere alla rinnovazione della sola fase della valutazione delle offerte ovvero all'intero annullamento della gara¹⁰⁵.

Già questi primi rilievi inducono a ritenere quantomeno frettolosa l'affermazione della Consulta circa la sicura insussistenza di un interesse, anche solo strumentale, della ricorrente all'annullamento dell'aggiudicazione: non potendosi *a priori* escludere che, anziché limitarsi alla nomina di una nuova commissione, la stazione appaltante potesse - o addirittura dovesse, nell'ipotesi in cui si trattasse di una procedura implicante apprezzamenti discrezionali con attribuzione di punteggi legati a valutazioni di ordine tecnico - rinnovare completamente la gara, e che in capo alla ricorrente fosse ravvisabile un interesse a rimettere in discussione la situazione, anche al mero fine di chiedere il risarcimento della perdita di *chance*.

Peraltro la sussumibilità del caso di specie nell'ambito dell'art. 21-*octies*, comma 2, della legge n. 241 del 1990 è tutt'altro che pacifica. Se, infatti, si aderisse all'orientamento giurisprudenziale che ritiene quest'ultima disposizione inapplicabile al vizio di incompetenza (relativa), sul presupposto che le norme sulla competenza non possono farsi rientrare tra le norme sul procedimento o sulla forma degli atti¹⁰⁶, dovrebbe - a nostro avviso - ritenersi che nemmeno le disposizioni sulla composizione della commissione di gara siano assoggettabili al divieto legislativo di annullamento. Le situazioni che si verificano in sede di rinnovazione dell'attività amministrativa successiva all'annullamento (parziale) degli atti del procedimento concorsuale sono, infatti, identiche

¹⁰⁴ In tal senso, ad es., T.A.R. Piemonte, Sez. II, 3 aprile 2007, n. 1529, in www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Lazio-Roma, Sez. I, 21 novembre 2005, n. 11870, *ibidem*.

¹⁰⁵ Così T.A.R. Lazio-Roma, Sez. I, 28 novembre 2005, n. 12456, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. St., Sez. IV, 28 febbraio 2005, n. 692 e 22 settembre 2003, n. 5356, in *Foro amm.: CdS*, 2005, 392 e 2003, 2542.

¹⁰⁶ T.A.R. Lazio-Roma, Sez. III, 29 agosto 2007, n. 8224, in www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Campania-Napoli, Sez. I, 12 aprile 2006, n. 3538, *ibidem*; Sez. IV, 12 aprile 2005, n. 3780, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 1070, con commento di A. PIOGGIA; *contra*, T.A.R. Puglia-Lecce, Sez. I, 4 luglio 2008, n. 2050 e 6 marzo 2008, n. 750, in www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Campania-Napoli, Sez. III, 28 dicembre 2006, n. 10769, *ibidem*; T.A.R. Campania-Salerno, Sez. II, 29 novembre 2005, n. 2478, *ibidem*; T.A.R. Lombardia-Milano, Sez. II, 22 marzo 2005, n. 1089, *ibidem*. Si noti la significativa affinità del caso con la fattispecie giurisprudenziale riguardante le norme sulla composizione dell'organo, trattata *supra*, § 6.

in entrambi i casi: un organo diverso (quello competente ovvero quello legittimamente composto) è chiamato a riesaminare la posizione di un concorrente già vagliata da un precedente organo che non aveva titolo a farlo.

Si consideri, peraltro, che già prima dell'introduzione dell'art. 21-*octies*, comma 2, della legge n. 241 del 1990 si era posto un problema analogo, allorquando, nell'ambito di alcuni t.a.r., si era formato un certo indirizzo giurisprudenziale secondo il quale l'incompetenza avrebbe potuto assumere rilievo invalidante soltanto a carico dei provvedimenti discrezionali, la cui rimeditazione da parte di un'autorità differente potrebbe condurre ad una scelta diversa, e non anche con riguardo agli atti vincolati, il cui contenuto non potrebbe variare in caso di riadozione da parte dell'autorità competente¹⁰⁷. A tale orientamento, che all'epoca prestava il fianco all'obiezione che il processo amministrativo, allora centrato sull'atto e non sul rapporto, non consentiva al giudice di accertare se, ove adottato dall'autorità competente, il provvedimento avrebbe potuto essere o meno diverso da quello concretamente adottato¹⁰⁸, si era contrapposto il Consiglio di Stato, osservando come anche negli atti vincolati sia possibile individuare forme di discrezionalità almeno tecnica¹⁰⁹.

Si consideri, infine, che, per l'applicazione dell'art. 21-*octies*, comma 2, della legge n. 241 del 1990, nei cui confronti la giurisprudenza amministrativa sembrava aver assunto, almeno all'inizio, un atteggiamento di estrema prudenza¹¹⁰, non è sufficiente la circostanza che il provvedimento impugnato sia di natura vincolata, ma occorre anche che non sia dubbia la sussistenza dei presupposti di legge per l'esercizio del potere¹¹¹. Ne consegue che non è così scontato che l'accertamento circa la sussistenza o meno dei presupposti per escludere una ditta da una gara

¹⁰⁷ In tal senso, T.A.R. Piemonte, Sez. II, 16 novembre 2001, n. 2120, in *Foro amm.*, 2001, 2889; T.A.R. Toscana, Sez. II, 20 luglio 2000, n. 1731, in *TAR Toscana*, 2000; T.A.R. Campania-Napoli, Sez. IV, 16 ottobre 1995, n. 652, in *Trib. amm. reg.*, 1995, I, 4956. In argomento, *amplius*, G. SORRENTINO, *Vizio di incompetenza e processo amministrativo di risultato*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, 62 ss., spec. 90 ss., laddove si evidenzia l'onere del ricorrente che deduca tale vizio di «dar conto del suo "buon diritto"».

¹⁰⁸ Così P.M. VIPIANA PERPETUA, *Gli atti amministrativi: vizi di legittimità e di merito, cause di nullità ed irregolarità*, Padova, 2003, 136, ed *ivi* ulteriori indicazioni dottrinali.

¹⁰⁹ Sez. IV, 8 ottobre 1996, n. 1092, in *Foro amm.*, 1996, 2854.

¹¹⁰ Cfr. F. SAITTA, *Nuove riflessioni*, cit., 2299.

¹¹¹ T.A.R. Campania-Napoli, Sez. III, 14 settembre 2005, n. 13895, in www.giustizia-amministrativa.it.

possa essere indifferentemente svolto da un organo piuttosto che da un altro, involgendo esso, a tacer d'altro, l'interpretazione della *lex specialis* della gara¹¹².

9. Interesse a ricorrere e giudizio incidentale di legittimità costituzionale

Per vedere fino a che punto l'interesse sostanziale della parte conservi rilievo nel giudizio incidentale di legittimità costituzionale e non passi in secondo piano di fronte al superiore interesse generale all'espunzione della norma di legge incostituzionale, va pure considerato che, nel processo amministrativo, è sempre stato ritenuto sufficiente ai fini dell'ammissibilità del ricorso un interesse meramente strumentale, tale definendosi quello ad ottenere il semplice riesame della situazione, da cui solo eventualmente possa derivare il vantaggio perseguito¹¹³. L'interesse a ricorrere, in altri termini, dev'essere riconosciuto allorché la pretesa vantata in giudizio sia finalizzata a rimettere in discussione il rapporto onde poter far valere la pretesa stessa, non essendo necessaria, ai fini dell'ammissibilità del gravame, la sussistenza di un interesse diretto alla soddisfazione della pretesa finale¹¹⁴. Ogniquale volta emerga l'utilità, nel senso anzidetto, della pronuncia invocata dal ricorrente, il giudice amministrativo deve limitarsi a considerare sussistente il requisito di procedibilità, senza spingere oltre la sua indagine nel territorio delle opinabili valutazioni di tipo comparativo tra l'interesse processuale e la convenienza economica, per taluno dei litiganti, di un'ipotetica vittoria in giudizio¹¹⁵. L'interesse a ricorrere può, quindi, ritenersi insussistente solo quando v'è la certezza assoluta che la posizione giuridica del ricorrente -

¹¹² Ed infatti, ancorché la giurisprudenza sia unanime nell'affermare che l'omessa prestazione della cauzione provvisoria determina l'esclusione dalla gara anche in assenza di un'espressa previsione di esclusione, trattandosi di adempimento essenziale (T.A.R. Friuli Venezia Giulia, Sez. I, 21 aprile 2008, n. 252, in www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Campania-Napoli, Sez. I, 18 marzo 2008, n. 1379, *ibidem*), potrebbe accadere, ad es., che il bando di gara non disponga alcunché al riguardo, limitandosi a richiedere l'obbligo del fideiussore di prestare la cauzione definitiva, nel qual caso gli offerenti dovrebbero provvedere solo a quest'ultimo adempimento (T.A.R. Sicilia-Palermo, Sez. I, 25 ottobre 2007, n. 2286, *ibidem*; Sez. II, 14 dicembre 2004, n. 2727, *ibidem*).

¹¹³ In tal senso, *ex multis*, T.A.R. Lazio-Roma, Sez. I *quater*, 5 ottobre 2006, n. 9934, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹¹⁴ Cons. St., Sez. V, 19 luglio 1989, n. 423, in *Foro amm.*, 1989, 2051; T.A.R. Lazio, Sez. I, 9 agosto 1985, n. 918, in *Trib. amm. reg.*, 1985, I, 2662; T.A.R. Umbria, 11 giugno 1980, n. 126, *ivi*, 1980, I, 3251.

¹¹⁵ Cons. St., Sez. V, 16 giugno 2005, n. 3166, in *Urb. e app.*, 2005, 980.

quale da lui rappresentata e provata - non verrebbe avvantaggiata dall'annullamento dell'atto impugnato, che comporterebbe effetti conformativi incompatibili con qualsiasi possibilità di soddisfacimento del ricorrente stesso¹¹⁶, mentre non può essere escluso quando il risultato utile per quest'ultimo costituisca un'eventualità verificabile solo dopo l'annullamento dell'atto stesso¹¹⁷.

Non è questa la sede per considerare eventuali profili di criticità cui si espone tale orientamento, almeno nelle sue versioni più estreme, ove si rischia di ammettere un mero interesse rispetto alla legalità oggettiva e di sottovalutare il requisito della legittimazione a ricorrere¹¹⁸. Piuttosto qui interessa evidenziare come risulti davvero difficile condividere, nella specie, l'*iter* argomentativo della Corte, che si spinge fino a sindacare l'omessa esclusione, da parte del remittente, della sussistenza di un interesse, anche soltanto strumentale, alla messa in discussione del rapporto controverso.

Ed infatti, come si è già evidenziato nel descrivere il progressivo ampliamento del controllo sulla rilevanza operato dalla giurisprudenza costituzionale a partire dagli anni '80 del secolo scorso¹¹⁹, la Consulta, pur avendo indubbiamente approfondito il proprio controllo sulla valutazione dei presupposti processuali del giudizio principale, ha quasi sempre ricondotto il controllo stesso nei limiti della «non manifesta arbitrarietà» delle valutazioni svolte a tal proposito dal giudice *a quo*. Così è stato non soltanto (anche se principalmente) con riguardo al difetto di giurisdizione del remittente - che la Corte ha sempre ritenuto di poter rilevare autonomamente soltanto nei casi in cui appaia manifesto, sicchè nessun dubbio possa aversi sulla sua sussistenza, ed arrestando comunque la relativa indagine qualora il giudice *a quo* abbia espressamente motivato in

¹¹⁶ Così Cons. St., Sez. V, 25 maggio 1998, n. 675, in *Urb. e app.*, 1998, 747.

¹¹⁷ T.A.R. Calabria-Catanzaro, 22 giugno 1995, n. 705, in *Foro amm.*, 1996, 1360; T.A.R. Lombardia-Brescia, 25 febbraio 1991, n. 173, in *Trib. amm. reg.*, 1991, I, 1315; Cons. St., Sez. V, 24 gennaio 1989, n. 63, in *Cons. Stato*, 1989, I, 28.

¹¹⁸ Cfr. sul punto gli incisivi rilievi di R. VILLATA, *Riflessioni in tema di ricorso incidentale nel giudizio amministrativo di primo grado (con particolare riguardo alle impugnative delle gare contrattuali)*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 285 ss.. Per ulteriori considerazioni sulla questione, si rinvia, inoltre, a G. TROPEA, *L'interesse strumentale a ricorrere: una categoria al bivio?* (nota a Cons. St., Sez. IV, 26 novembre 2009, n. 7443), in corso di pubblicazione in *Dir. proc. amm.*.

¹¹⁹ *Retro*, §§ 4 e 5.

maniera non implausibile in ordine alla propria giurisdizione¹²⁰ -, ma anche con specifico riguardo all'interesse a ricorrere¹²¹.

Trattasi invero, come pure è stato detto, di una giurisprudenza quantomai ondivaga, se è vero che la Corte ha talvolta escluso di potersi spingere fino a stimare la sussistenza di «circostanze di fatto [...] delle quali l'accertamento e la valutazione spettano al giudice remittente»¹²², tal'altra si è fatta carico di esaminare gli atti processuali al fine di escludere la sussistenza della rilevanza¹²³.

Già sotto questo profilo, non può non stupire che la Corte, che ritiene di non poter sindacare, ad es., nemmeno la nullità del ricorso introduttivo non sottoscritto dal ricorrente, rilevabile sulla base di un rapido e sommario esame degli atti di causa¹²⁴, possa, invece, dubitare della rilevanza della q.l.c. per non aver il remittente applicato l'art. 21-*octies*, comma 2, della legge n. 241 del 1990; cosa che - come si è visto - è assai meno semplice.

Ma i dubbi conseguenti all'evidente disomogeneità degli indirizzi seguiti dalla Consulta sono addirittura destinati ad aumentare se si guarda il problema dal punto di vista del rapporto tra la pregiudiziale di costituzionalità e le altre questioni *lato sensu* preliminari nel giudizio *a quo*.

Si potrebbe essere indotti a ritenere che il giudice *a quo* non possa mai emettere l'ordinanza di rimessione se non dopo avere risolto altre questioni che, nell'ordine logico, sono antecedenti rispetto a quella di costituzionalità, avendo l'attitudine di escludere la dipendenza della decisione della causa principale dalla decisione sulla q.l.c.. A stretto rigore, se si accogliesse l'impostazione per cui il giudice *a quo* dovrebbe affrontare la q.l.c. soltanto dopo aver deciso ogni altra questione, l'unico

¹²⁰ Così, da ultimo, nella sent. n. 94/2009. Nello stesso senso, già prima, le pronunce nn. 349/1993, 288/1993, 14/1993, 367/1988, 2/1987, 86/1977 e 201/1975, cui *adde* la giurisprudenza richiamata da F. MANGANO, *Il controllo di costituzionalità. Tecniche di redazione dell'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale*, in *Il processo civile dopo la riforma*, Quad. C.S.M., 2001, n. 115, 475.

¹²¹ In tal senso, oltre alle pronunce richiamate nella nota 73, cfr. la sent. n. 179/1999 e gli ulteriori riferimenti giurisprudenziali nella stessa contenuti.

¹²² Sent. n. 18/2000.

¹²³ Ord. n. 159/2000; sent. n. 266/1991, la cui motivazione - secondo M. D'AMICO, *op. cit.*, 2147 - «nasconde un'autonoma valutazione da parte della Corte del caso oggetto del giudizio. Valutazione che, probabilmente, è seguita ad un riesame degli atti di causa, insieme alle memorie dedotte dalle parti nello stesso giudizio costituzionale».

¹²⁴ Un'ampia casistica in B. CAVALLO, *op. cit.*, 28-32.

rimedio idoneo ad evitare che si assegni valore ipotetico alla pronuncia di incostituzionalità sarebbe quello di subordinare il giudizio della Corte alla formazione del giudicato sulle varie altre questioni. Sennonché, in tal modo, *id est* subordinando l'emanazione dell'ordinanza di rimessione alla raggiunta sicurezza della rilevanza, presente e futura, della q.l.c. in seguito alla risoluzione preliminare di tutte le questioni suscettibili di impedire la definizione nel merito della fattispecie oggetto del giudizio principale, si renderebbe estremamente difficile la proposizione di dubbi di legittimità costituzionale. Non a caso, del resto, la Corte ha, di regola, scartato l'idea che la q.l.c. sia caratterizzata dal requisito della «penultimità necessaria»¹²⁵ - che implicherebbe appunto, per il remittente, la necessità di decidere tutte le questioni che la precedono nell'ordine logico - e non s'è mostrata propensa ad accogliere eccezioni di irrilevanza sollevate dalle parti al fine di dimostrare che il giudizio poteva essere definito indipendentemente dalla q.l.c. proposta. In sede di esame della sussistenza della rilevanza, la Corte ha, infatti, normalmente esercitato il semplice consueto controllo di sufficiente e non arbitraria motivazione, verificando che vi sia una ragionevole possibilità che la disposizione denunciata sia applicabile ai fini della definizione del giudizio *a quo* ed esigendo una motivazione non palesemente incongrua dell'ordinanza introduttiva, che in certo senso giustifichi la «precedenza» accordata alla q.l.c. rispetto ad altre questioni logicamente preordinate o pariordinate¹²⁶; essa, di contro, non ha sindacato, con proprie valutazioni, l'*iter* logico seguito dal remittente nell'impostazione prescelta.

10. Considerazioni conclusive

Nel tirare le somme, sarebbe un tentativo sterile rimettere in discussione l'evoluzione della giurisprudenza della Corte nel senso di una sempre maggiore concretezza del giudizio incidentale di legittimità costituzionale. Essa, però, oltre a costituire probabilmente un punto di

¹²⁵ L'espressione è di A. GIUSTI, *Tecnica di redazione delle ordinanze di rimessione alla Corte costituzionale*, in www.csm.it, § 2, a cui si devono numerosi spunti di riflessione in argomento.

¹²⁶ E' il caso, ad es., della pronuncia n. 214/2006, che ha ritenuto inammissibile la q.l.c. in quanto non definita nei suoi precisi termini ed adeguatamente motivata «al fine di rendere possibile l'inequivoca determinazione dell'oggetto del giudizio e la verifica della fondatezza dei dubbi di costituzionalità sollevati e della sussistenza in concreto dell'interesse a ricorrere» (il corsivo è nostro).

non ritorno¹²⁷, è anche un importante punto di partenza per cercare di individuare la linea di confine del controllo sulla rilevanza della q.l.c. da parte della Corte, che non dovrebbe «spingersi all'infinito con le congetture»¹²⁸. Rileggendo l'ordinanza annotata, infatti, ci si rende conto che, probabilmente, non è affatto casuale che ad un giudizio costituzionale sempre più «concreto» corrisponda un giudizio amministrativo che tende sempre più alla tutela sostanziale delle pretese azionate: da questo punto di vista, l'art. 21-*octies*, comma 2, della legge n. 241 del 1990 può essere visto come una sorta di «ponte» tra i due giudizi, così intimamente connessi¹²⁹.

Tale constatazione, tuttavia, non ci impedisce di svolgere alcune brevi considerazioni critiche sull'evoluzione in atto presso la Consulta.

E' evidente, innanzitutto, che, modellando eccessivamente il *dictum* sul caso specifico e plasmando rigorosamente gli effetti sulla peculiarità della fattispecie concreta, i provvedimenti resi dalla Corte finiscono per avere una portata più ridotta di quella, generale, che potrebbero avere: «Soffocata dalla mole di una microconflittualità, originata certo da un eccessivo ricorso al principio di eguaglianza, ma provocata anche dalla sua stessa tendenza a pronunciarsi nei limiti più strettamente funzionali alla soluzione del giudizio *a quo*, la Corte rischia di perdere il suo ruolo più significativo: quello di elaboratrice di pronunce capaci di estesa applicazione»¹³⁰. Sotto questo profilo, facendo uso dell'art. 21-*octies*, comma 2, della legge n. 241 del 1990, la Corte va ben oltre il mero controllo esterno della rilevanza inteso ad assicurare il necessario tasso di concretezza al proprio sindacato e lo fa in un momento in cui, per ragioni varie - non ultima la logica dell'emergenza, che tende a far

¹²⁷ Sicchè i tempi non sono più maturi per tentare di riproporre la suggestiva tesi secondo cui il contenuto dell'interesse ad agire ritenuto indispensabile per l'accesso al sindacato costituzionale sulle leggi ben potrebbe essere costituito dall'«interesse all'integrità dell'ordinamento costituzionale»: così A. SPADARO, *Limiti del giudizio costituzionale in via incidentale e ruolo dei giudici*, Napoli, 1990, spec. 162-174.

¹²⁸ Così G. MORANO, *op. cit.*, 17.

¹²⁹ Si pensi all'impostazione di G. BERTI, *op. cit.*, che configura l'ordinanza di rimessione come *causa petendi e petitum* del giudizio *a quo*.

¹³⁰ N. TROCKER, *op. cit.*, 858. Nel senso che il processo costituzionale si deve svolgere per arrivare ad una sentenza valida *erga omnes*, per cui «la *dimensione* degli interessi controversi innanzi al giudice *a quo* è necessariamente *minore*, tanto da poter incidere sulla stessa *qualità*, rispetto agli interessi che vengono all'esame del giudice *costituzionale*», G. ABBAMONTE, *Considerazioni sul tema*, in AA.VV., *Giudizio "a quo"*, cit., 49.

spostare il baricentro sugli esecutivi, dequotando la legalità, specie costituzionale¹³¹ -, sarebbe opportuno, invece, recuperare profili di astrattezza nel giudizio incidentale di legittimità costituzionale per «rafforzare» la Costituzione¹³².

Si ha la sensazione, peraltro, che, nella specie, tale disposizione sia stata utilizzata dalla Consulta - come, del resto, fanno gran parte dei giudici amministrativi¹³³ - per perseguire uno scopo assai meno nobile di quello di una maggiore attenzione per le parti e per gli interessi da tutelare nel processo (principale), ottenibile anche potenziando il ruolo dei giudici comuni rispetto al controllo di costituzionalità¹³⁴: quello di operare una selezione delle cause¹³⁵.

Se questa impressione venisse confermata da future pronunce costituzionali, non ci sarebbe certo da rallegrarsi.

¹³¹ Al fondo della questione si pone l'antico dilemma tra il «governo degli uomini» e il «governo delle leggi»: il primo, essenzialmente «politico» e «concreto», il secondo «legalitario» ed «astratto». Un dilemma di tale portata non può che coinvolgere la stessa posizione e il modo di funzionamento della Corte costituzionale, come dimostrano le considerazioni sinora svolte sul tema della rilevanza della q.l.c.: spunti in tal senso possono trarsi dal saggio di S. FOIS, *op. cit.*, 147-149. Certo la Corte costituzionale occupa oggi il posto risultante dalla dinamica dei poteri sottostanti al sistema politico. In tal senso le ricorrenti obiezioni all'oggettivizzazione del potere, presupposto del controllo di costituzionalità delle leggi, dimostrano la permanenza, nella cultura contemporanea, di concezioni soggettivistiche della sovranità. Non è un caso come oggi appaia d'estrema attualità il seguente rilievo: «Risorgono in questo scorcio di secolo preoccupazioni "democratiche" sul possibile avvento di un "governo dei custodi", un'aristocrazia (giudiziaria o comunque formata da giuristi) depositaria della saggezza e della giustizia, fondata sulla cooptazione e alternativa al potere democratico, alla sovranità popolare. Si tratta di varianti all'antica concezione soggettivo-volontaristica del potere, che ha conosciuto, negli ultimi anni, versioni autoritarie e versioni democratiche, tutte accomunate dalla individuazione di un punto unico di coagulo della sovranità»: G. SILVESTRI, *La Corte costituzionale nella svolta di fine secolo*, cit., 952-953, secondo il quale, peraltro, «[n]on esiste una prova di falsità o di verità logica dell'una o dell'altra concezione; esiste solo una grande scelta tra un'idea volontaristico-soggettiva del potere ed un'altra assiologico-oggettiva» (*ivi*, 952, nota 27). Anche su tali problematiche di fondo si sofferma, da ultimo, l'importante lavoro di G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008.

¹³² Recenti serrate critiche alla tesi della rilevanza-influenza, volte a mettere in luce come tale rigorosa esegesi determini un indebolimento della forza normativa della Costituzione, possono leggersi negli scritti di A. Pace e R. Bifulco citati nella nota 35.

¹³³ L'approccio «amministrativistico» nell'impiego della tecnica dell'art. 21-*octies*, comma 2, l. n. 241/1990 potrebbe essere giustificato dalla provenienza del redattore dell'ordinanza annotata, Alfonso Quaranta, già presidente di sezione del Consiglio di Stato.

¹³⁴ Rispetto a quest'ultimo profilo, si vedano gli apprezzamenti di M. CAPPELLETTI, *Questioni nuove (e vecchie) sulla giustizia costituzionale*, in AA.VV., *Giudizio "a quo"*, cit., 34, che vede in questa evoluzione un'introduzione di elementi di «giustizia costituzionale diffusa».

¹³⁵ Così, con riguardo, in generale, all'aumento del «tasso di concretezza» del sistema incidentale, L. AZZENA, *op. cit.*, 614.

