



# CONSULTA ONLINE

PERIODICO TELEMATICO ISSN 1971-9892



2017 FASC. I

(ESTRATTO)

**PIER LUIGI TOMAIUOLI**

**L'INSUSSISTENZA DEL DIRITTO VIVENTE AL MOMENTO  
DELLA RIMISSIONE E IL SUO MUTAMENTO SUCCESSIVO  
(NOTA A CORTE COSTITUZIONALE N. 92 DEL 2016)**

5 GENNAIO 2017

**IDEATORE E DIRETTORE RESPONSABILE: PROF. PASQUALE COSTANZO**

**Pier Luigi Tomaiuoli\***

**L'insussistenza del diritto vivente al momento della rimessione e il suo mutamento successivo (nota a [Corte costituzionale n. 92 del 2016](#))**

SOMMARIO: 1. *La vicenda processuale.* – 2. *La possibile inammissibilità della questione per insussistenza del diritto vivente al momento della rimessione.* – 3. *Il mutamento del diritto vivente successivo all'ordinanza di rimessione: inammissibilità, restituzione degli atti al giudice a quo o non fondatezza (nei sensi di cui in motivazione) della questione?*

**1. La vicenda processuale.**

Il TAR Liguria, adito da una impresa destinataria di una informativa antimafia “tipica” adottata dalla Prefettura di Napoli e dei conseguenti atti di risoluzione di due contratti d’appalto stipulati dalla ricorrente con l’Azienda regionale territoriale per l’edilizia della Provincia di Savona (ARTA), ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell’art. 13, comma 4-bi<sup>1</sup>, del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104 (*Attuazione dell’articolo 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo*), «che, secondo l’interpretazione assunta dal diritto vivente, attrae alla competenza territoriale relativa al provvedimento da cui deriva l’interesse a ricorrere quella relativa agli atti presupposti dallo stesso provvedimento, anche nel caso di connessione fra atto principale e atti conseguenziali, fatta solamente eccezione per l’impugnazione di atti normativi o generali».

Il Tribunale amministrativo ligure ha premesso di esserci già pronunciato nella vicenda nel senso della propria incompetenza territoriale in favore del TAR Campania e che tale pronuncia è stata riformata dal Consiglio di Stato, adito dalla parte ricorrente con regolamento di competenza. In seguito al rinvio operato dal giudice di secondo grado, la questione di costituzionalità sarebbe rilevante perché, essendosi il Consiglio di Stato basato sulla disposizione processuale indubbiata, il suo accoglimento comporterebbe la prosecuzione del giudizio innanzi al TAR Campania.

Quanto alla non manifesta infondatezza, secondo il rimettente, la norma impugnata violerebbe il principio di ragionevolezza perché:

a) nel caso di impugnazione congiunta di informativa antimafia e atti conseguenziali, anziché valorizzare il legame del giudice con la realtà del territorio in cui opera, opta per l’attribuzione della lite a un Tribunale che può essere assai lontano dal luogo in cui si è svolta la vicenda all’origine del contenzioso, ossia distante dalle autorità amministrativa e di polizia che hanno curato gli accertamenti istruttori sfociati nell’adozione dell’informativa antimafia, per ciò solo «non altrettanto idoneo a fornire una risposta di giustizia adeguata al caso concreto»;

b) nel caso in cui la medesima informativa antimafia abbia dato luogo all’adozione di distinte misure rescissorie da parte di più amministrazioni aventi sede in diverse circoscrizioni di TAR, crea il rischio di un contrasto di giudicati.

La norma censurata, poi, violerebbe il principio di ragionevolezza di cui all’art. 3 Cost. ed il principio del giudice naturale preconstituito per legge di cui all’art. 25, comma 1, Cost., perché finirebbe con l’affidare il giudizio sulla legittimità dell’informativa antimafia in modo del tutto casuale al TAR chiamato per primo a decidere. Essa, infine, violerebbe anche «il canone della piena ed effettiva tutela giurisdizionale affermato» dagli artt. 24, comma 1, e 111, comma 1, Cost., poiché rende eccessivamente difficoltoso l’esercizio del diritto delle parti di agire e resistere in giudizio a tutela delle loro posizioni soggettive, nella misura in cui costringe:

---

\* Magistrato amministrativo e assistente di studio presso la Corte costituzionale.

<sup>1</sup> L’art. 13, comma 4-bis, recita: «La competenza territoriale relativa al provvedimento da cui deriva l’interesse a ricorrere attrae a sé anche quella relativa agli atti presupposti dallo stesso provvedimento tranne che si tratti di atti normativi o generali, per la cui impugnazione restano fermi gli ordinari criteri di attribuzione della competenza».

## **CONSULTA ONLINE**

1) l'impresa colpita dall'informativa ad adire un Tribunale diverso da quello nella cui circoscrizione ha sede l'autorità prefettizia emanante, coincidente di massima con la sede dell'impresa medesima, ovvero, nel caso di atti applicativi provenienti da diverse stazioni appaltanti, a impugnare l'informativa dinanzi a diversi Tribunali, con sensibile aggravio di spese;

2) la Prefettura, in caso di impugnazione dell'informativa con più ricorsi, a svolgere distintamente le proprie difese in diverse sedi giurisdizionali;

3) le stazioni appaltanti, diverse da quella chiamata in causa nel giudizio innanzi al TAR che si pronuncia per primo sulla domanda di annullamento dell'informativa, a subire gli effetti di tale pronuncia senza potere partecipare al processo.

La Corte costituzionale, richiamando la sua costante giurisprudenza ([sentenze n. 270 del 2014, n. 294 e n. 247 del 1995, n. 25 del 1989, n. 237 del 1976 e n. 116 del 1974; ordinanza n. 332 del 1987](#)), ha dichiarato la questione manifestamente inammissibile per difetto di rilevanza, perché il giudice rimettente non deve fare applicazione della norma sospettata di illegittimità costituzionale.

Esso, infatti, ai sensi dell'art. 16, comma 3, primo periodo<sup>2</sup>, del codice del processo amministrativo, deve (come in ogni ipotesi di rinvio a seguito di regolamento di competenza o di giurisdizione) considerarsi vincolato dalla già intervenuta decisione del giudice superiore e non deve applicare le norme (sulla competenza) che sono state oggetto di tale decisione, sicché nel giudizio *a quo* nessuna influenza potrebbe avere una qualsiasi pronuncia della Corte costituzionale.

Aggiunge la Consulta che «da altra angolazione, “*sub specie* di giudizio di costituzionalità, la questione in esame si traduce in realtà nella richiesta a questa Corte di operare una sorta di “revisione in grado ulteriore” della sentenza [...] che ha dato origine al giudizio *a quo*, e cioè di svolgere un ruolo di giudice dell'impugnazione che ovviamente non le compete” ([sentenza n. 294 del 1995](#))».

### *2. La possibile inammissibilità della questione per insussistenza del diritto vivente al momento della rimessione.*

Nel ritenuto dell'ordinanza di rimessione si legge che l'Avvocatura generale dello Stato aveva eccepito l'inammissibilità della questione anche per insussistenza del diritto vivente assunto come tale dal rimettente e, in ogni caso, per il suo mutamento sopravvenuto all'ordinanza di rimessione.

E' questa eccezione bifronte a suscitare il maggiore interesse di chi scrive, e ciò in ragione della problematicità delle questioni che essa pone sul piano del processo costituzionale, sì che vale la pena di provare a immaginare quale avrebbe potuto essere l'esito del suo scrutinio, se non vi fosse stato l'assorbente profilo d'inammissibilità ravvisato dalla Corte (come avrebbe potuto darsi nel caso in cui il rimettente avesse sollevato la questione prima di pronunciarsi sulla competenza, e quindi in assenza di un vincolo discendente dalla pronuncia del Consiglio di Stato adottata in sede di regolamento).

La complessa questione dell'individuazione del giudice competente in caso di impugnazione congiunta dell'informativa prefettizia a monte e dei susseguiti atti di risoluzione di rapporti contrattuali a valle è stata oggetto di un vivace dibattito giurisprudenziale che, nel giro di pochi anni dopo l'introduzione del codice del processo amministrativo<sup>3</sup>, ha registrato finanche diverse decisioni di segno contrario della stessa adunanza plenaria del Consiglio di Stato (ordinanze n. 29 e n. 17 del 2014, n. 4 e n. 3 del 2013, n. 34 e n. 33 del 2012).

Tale dibattito è stato alimentato dalla scelta del legislatore di non regolamentare con compiutezza il fenomeno dello spostamento della competenza per ragioni di connessione (al contrario di quanto fa

---

<sup>2</sup> A mente del quale, «La pronuncia sulla competenza resa dal Consiglio di Stato, in sede di regolamento o di appello ai sensi dell'articolo 62, comma 4, vincola i tribunali amministrativi regionali». Si veda, sul punto, C. CONTESSA, *Rilievo dell'incompetenza e regolamento preventivo di competenza nel nuovo Codice del processo amministrativo*, settembre 2010, in [Giustizia amministrativa](#).

<sup>3</sup> Entrato in vigore il 16 settembre 2010.

## **CONSULTA ONLINE**

il codice di procedura civile agli artt. 31 e ss.)<sup>4</sup>, dal mutamento della normativa sostanziale in materia di informative antimafia intervenuta nel 2011<sup>5</sup> e dall'introduzione della censurata disposizione di cui all'art. 13, comma 4-bis, entrata in vigore nell'ottobre del 2012<sup>6</sup>.

Secondo il TAR Liguria, al momento della rimessione<sup>7</sup>, l'art. 13, comma 4-bis, grazie a ben tre decisioni dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato (le ordinanze n. 33 del 24 settembre 2012, n. 34 del 19 novembre 2012 e n. 3 del 4 febbraio 2013), sarebbe stato univocamente interpretato nel senso di ricoprendere nel suo ambito d'applicazione anche il caso dell'impugnazione congiunta dell'informativa antimafia e dei susseguenti atti di risoluzione dei contratti in essere.

Anche in tale ipotesi, secondo il diritto vivente, si sarebbe verificata un'attrazione della competenza relativa all'atto presupposto (l'informativa) in favore del giudice competente a conoscere gli atti presupponenti (gli atti incidenti sui contratti), intesi quali atti «da cui deriva l'interesse a ricorrere» (secondo la formulazione di cui all'art. 13, comma 4-bis).

L'assunto da cui parte il rimettente appare, tuttavia, controvertibile.

È vero che il Consiglio di Stato<sup>8</sup>, nel riformare l'ordinanza declaratoria dell'incompetenza del TAR Liguria, ha fatto applicazione del da poco sopravvenuto art. 13, comma 4-bis, ritenendo che esso regoli anche l'ipotesi dell'impugnazione congiunta dell'informativa e degli atti rescissori.

Non convince fino in fondo, invece, l'affermazione che tale disposizione fosse stata interpretata negli stessi termini dalle invocate decisioni dell'adunanza plenaria.

Tutte le ordinanze in questione, infatti, hanno tratto la *regula iuris* dell'attrazione della competenza sull'informativa antimafia a quella sugli atti posti a valle sulla base del quadro normativo all'epoca vigente, dato, sul piano sostanziale, dalla normativa precedente<sup>9</sup> l'introduzione del nuovo codice antimafia, e, sul piano processuale, dalla diversa disposizione di cui all'art. 13, comma 1, del codice del processo amministrativo.

Le ordinanze n. 34 del 2012 e n. 3 del 2013 (ma anche la n. 4 del 2013), poi, hanno espressamente escluso la rilevanza, ai fini della risoluzione della questione controversa, del sopravvenuto art. 13, comma 4-bis, in quanto «non applicabile ai processi instaurati prima della sua entrata in vigore in forza del generale principio di irretroattività cristallizzato dall'art. 11, comma 1, delle disposizioni del codice civile sulla legge in generale», osservando incidentalmente, tuttavia, come tale disposizione avrebbe “confermato” l'approdo interpretativo già raggiunto.

Appare dunque quanto meno opinabile che, all'epoca dell'ordinanza di rimessione, l'interpretazione della disposizione censurata (entrata in vigore circa 16 mesi prima) nel senso di ricoprendere nel suo campo di applicazione anche l'ipotesi dell'impugnazione dell'informativa antimafia e degli atti conseguenti assurgesse a vero e proprio diritto vivente.

Non sembra un caso, del resto, che a distanza di circa un mese dall'atto di rimessione, il Consiglio di Stato<sup>10</sup> riterrà, sulla base di una lettura completamente opposta dell'art. 13, comma 4-bis (questa

<sup>4</sup> Si veda, sull'argomento, F. CARINGELLA, M. GIUSTINIANI, *Manuale del processo amministrativo*, 2016, Dike, 93 e ss.

<sup>5</sup> Si tratta del d. lgs. 6 settembre 2011, n. 159 (*Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia, a norma degli articoli 1 e 2 della legge 13 agosto 2010, n. 136*).

<sup>6</sup> La disposizione è stata introdotta dall'art. 1, lettera a), del d. lgs. 14 settembre 2012, n. 160 (*Ulteriori disposizioni correttive ed integrative al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, recante codice del processo amministrativo, a norma dell'articolo 44, comma 4, della legge 18 giugno 2009, n. 69*), c.d. secondo correttivo, entrando in vigore 15 giorni dopo la pubblicazione sulla *Gazzetta Ufficiale* del decreto medesimo (19 settembre 2012, n. 218).

<sup>7</sup> L'ordinanza di rimessione è del 6 marzo 2014.

<sup>8</sup> Consiglio di Stato, sezione III, ordinanza 29 luglio 2013, n. 3967, che richiama un vicino precedente della stessa sezione (Consiglio di Stato, sezione III, ordinanza 15 aprile 2013, n. 2068).

<sup>9</sup> Si vedano, in particolare, l'art. 4 del d. lgs. 8 agosto 1994, n. 490 (*Disposizioni attuative della legge 17 gennaio 1994, n. 47, in materia di comunicazioni e certificazioni previste dalla normativa antimafia nonché disposizioni concernenti i poteri del prefetto in materia di contrasto alla criminalità organizzata*) e l'art. 10 del decreto del Presidente della Repubblica 3 giugno del 1998, n. 252 (*Regolamento recante norme per la semplificazione dei procedimenti relativi al rilascio delle comunicazioni e delle informazioni antimafia*).

<sup>10</sup> Consiglio di Stato, sezione III, ordinanza 17 aprile 2014, n. 1976; nello stesso senso anche la successiva ordinanza

## **CONSULTA ONLINE**

volta applicabile in quel giudizio e quindi oggetto di cognizione *principaliter*), e nella sostanza collimante con quella prospettata dal TAR Liguria, di rimettere nuovamente la questione all'adunanza plenaria.

Quest'ultima, con le ravvicinate ordinanze n. 17 del 31 luglio 2014 (intervenuta a soli quattro mesi circa dall'atto di rimessione) e n. 29 del 7 novembre 2014, ribalterà la *regula iuris* fissata in precedenza, facendo propria l'interpretazione della sezione rimettente già patrocinata dal TAR Liguria.

Laddove si condividessero queste considerazioni, la conseguenza che se ne dovrebbe trarre sarebbe l'insussistenza del diritto vivente assunto dal rimettente, il che avrebbe dovuto condurre la Corte costituzionale a una pronuncia di inammissibilità della questione ([ordinanze n. 96 del 2014, n. 251 e n. 64 del 2006](#)), trovandosi il giudice a *quo* nella fisiologica situazione di dovere ricercare una interpretazione costituzionalmente orientata prima di passare dall'incidente di costituzionalità ([ordinanze n. 64 del 2006, n. 19 del 2003 e n. 517 del 2000](#)).

In tale situazione, infatti, «*la questione di legittimità costituzionale, sollevata dal giudice a quo con riferimento ad una interpretazione della norma censurata da lui non condivisa, mira nella sostanza ad ottenere dalla Corte un avallo ad una diversa interpretazione, così evidenziando un uso improprio dell'incidente di costituzionalità*» ([sentenza n. 320 del 2009](#); nello stesso senso, [ordinanze n. 90 del 2009, n. 251 e n. 64 del 2006](#)).

*3. Il mutamento del diritto vivente successivo all'ordinanza di rimessione: inammissibilità, restituzione degli atti al giudice a quo o non fondatezza (nei sensi di cui in motivazione) della questione?*

Sempre seguendo l'ipotetico scenario tratteggiato, laddove la Corte costituzionale avesse invece condiviso l'assunto dell'esistenza del diritto vivente al momento della rimessione, avrebbe dovuto affrontare l'altro polo dell'eccezione di inammissibilità dell'Avvocatura, secondo cui comunque tale diritto vivente sarebbe successivamente mutato in senso conforme all'interpretazione auspicata dal rimettente.

In fatto l'eccezione sembra fondata, dal momento che le ordinanze n. 17, n. 29 e n. 30 del 2014 dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato hanno escluso l'applicazione dell'art. 13, comma 4-bis, al caso dell'impugnazione congiunta dell'informativa e degli atti consequenziali posti a valle, affermando, per contro, l'applicazione del principio di attrazione per accessorietà<sup>11</sup> di cui all'art. 31 del c.p.c., così sposando la tesi sostenuta dal TAR Liguria (dell'attrazione della competenza sugli atti a valle al giudice competente per l'atto principale, *id est* l'informativa).

In punto di diritto, indiscussa in dottrina<sup>12</sup> e in giurisprudenza la rilevanza del «diritto vivente

---

della sezione III, 23 giugno 2014, n. 3155.

<sup>11</sup> Ritenuto persino prevalente, attesa la «intrinsica e sostanziale dipendenza logico-giuridica» (Consiglio di Stato, adunanza plenaria, sentenza n. 17 del 2014) degli atti principali e accessori, sul criterio di inderogabilità della competenza funzionale di cui all'art. 14 del codice del processo amministrativo. Quest'ultimo criterio, per contro, secondo la precedente giurisprudenza della stessa adunanza plenaria (si veda, in particolare, la sentenza n. 29 del 2013), avrebbe dovuto comportare l'impossibilità di attrarre al giudice competente sull'informativa la competenza sugli atti di rescissione contrattuali rientranti nella detta competenza funzionale inderogabile in forza del combinato disposto degli artt. 14, comma 3, e 119 del codice del processo amministrativo. Per la contestazione della tesi della necessaria prevalenza della competenza funzionale si veda G. FERRARI *Il nuovo codice del processo amministrativo*, Neldiritto Editore, 2014, 151-167 e 180.

<sup>12</sup> A. CERRI, *CORSO DI GIUSTIZIA COSTITUZIONALE*, Milano 2012, Giuffrè, 191, ove il mutamento della giurisprudenza viene allontanato dal *factum superveniens*, destinato all'irrilevanza, e avvicinato allo *ius superveniens*; nonché 211: «Il *thema decidendum* si determina avuto riguardo, oltre che alle modifiche interne al giudizio incidentale, anche a quelle esterne (mutamenti di giurisprudenza nell'interpretazione della disposizione impugnata, modifiche legislative, ecc.) che siano intervenute dal momento della proposizione della questione a quello del decidere e fin anche dopo la discussione, secondo il noto principio che vuole che la decisione sia resa con riguardo alle ragioni presenti al momento in cui viene adottata». Si vedano sul punto le considerazioni di R. ROMBOLI, [Lo strumento della restituzione degli atti e l'ordinanza n. 150/12](#):

## **CONSULTA ONLINE**

*superveniens»<sup>13</sup>* nella definizione del *thema decidendum* del giudizio di costituzionalità, ciò che va verificato è quali siano le sue conseguenze processuali.

La Corte, nelle non numerose ipotesi in cui ha affrontato la questione, ha ritenuto che, laddove «l'indirizzo interpretativo assunto dal rimettente come diritto vivente risulta disatteso, successivamente all'ordinanza di rimessione, dalla stessa giurisprudenza di legittimità», «[r]esta (...) superato il dubbio di legittimità costituzionale originato da una contraria lettura della norma», ([sentenza n. 233 del 2003](#)); e ciò perché «la presenza di un "diritto vivente", anche se consolidatosi in tempo successivo all'ordinanza di rimessione, vale a privare di fondamento questioni di costituzionalità insorte sulla base di interpretazioni e applicazioni opposte al "diritto vivente" stesso» ([sentenza n. 56 del 1985](#); nello stesso senso, [sentenze n. 72 e n. 325 del 1983, n. 104 del 1984](#)).

In questi casi<sup>14</sup>, il giudice delle leggi ha osservato che, a seguito del mutato orientamento giurisprudenziale, «il presupposto da cui ha preso le mosse il giudice a quo per sollevare la prospettata questione non può quindi dirsi più sussistente», e, senza mai esaminare nel merito la conformità a Costituzione del nuovo diritto vivente, si è limitata a inferire che «le prospettate questioni sotto i vari profili dedotte (...) risultano prive di giuridico fondamento» ([sentenze n. 325 e n. 72 del 1983](#); sentenze richiamate anche dalla [n. 104 del 1984](#)).

A tali considerazioni la Corte ha sempre fatto seguire una pronuncia di non fondatezza nei termini di cui in motivazione<sup>15</sup>, secondo uno schema che ricorda da vicino le pronunce di non fondatezza per erroneità del presupposto interpretativo, con la peculiarità che questo caso l'erroneità del presupposto può considerarsi sopravvenuta (dal punto di vista “fattuale” più che giuridico, come si dirà meglio appresso).

Meno percorribile, invece, sembrerebbe la strada della restituzione degli atti<sup>16</sup> al rimettente perché valuti l'incidenza del sopravvenuto diritto vivente sulla rilevanza e non manifesta infondatezza della questione sollevata.

In un solo caso la Corte costituzionale, a fronte di un mutamento della giurisprudenza nazionale, ha scelto, con un'ordinanza che non presenta un particolare approfondimento motivazionale, di utilizzare la tecnica della restituzione degli atti<sup>17</sup>.

Essa è stata per contro utilizzata più volte per l'ipotesi di *revirement* della Corte di giustizia ([ordinanze n. 179 del 2011, n. 252 del 2006 e n. 241 del 2005](#)) e, in una sola occasione, della Corte Edu ([ordinanza n. 150 del 2012](#))<sup>18</sup>)<sup>19</sup>.

---

*il mutamento di giurisprudenza della Corte Edu come ius superveniens e la sua incidenza per la riproposizione delle questioni di costituzionalità sul divieto di inseminazione eterologa*, in questa [Rivista, Studi 2013](#) (26.02.13), A. PUGIOTTO, *Sindacato di costituzionalità e diritto vivente*, Giuffrè, 1994, 538 e ss.

<sup>13</sup> L'espressione è di A. PUGIOTTO, *op. cit.*

<sup>14</sup> Per una breve panoramica sul punto si vada L. SALVATO, *Profilo del “diritto vivente” nella giurisprudenza costituzionale*, in [http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni\\_seminari/stu\\_276.pdf](http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/stu_276.pdf).

<sup>15</sup> In un solo caso, quello della [sentenza n. 104 del 1984](#), il dispositivo reca l'indicazione «nei termini e ai sensi di cui in motivazione».

<sup>16</sup> La soluzione della restituzione degli atti è propugnata da A. PUGIOTTO, *op. cit.*

<sup>17</sup> Si tratta dell'[ordinanza n. 983 del 1988](#).

<sup>18</sup> L'ordinanza in questione è stata oggetto di un vivace dibattito dottrinario. Si vedano, a partire da questa [Rivista, Decisioni 2012](#) (sub [ordinanza n. 150 del 2012](#)), i seguenti scritti: A. RUGGERI, *La Corte costituzionale, i parametri “conseguenziali” e la tecnica dell’assorbimento dei vizi rovesciati (a margine di Corte cost. n. 150 del 2012 e dell'anomala restituzione degli atti da essa operata con riguardo alle questioni di costituzionalità relative alla legge sulla procreazione medicalmente assistita)*; E. MALFATTI, *Un nuovo (incerto?) passo nel cammino “convenzionale” della Corte*; A. MORRONE, *Shopping di norme convenzionali? A prima lettura dell'ordinanza n. 150/2012 della Corte costituzionale*; V. MAGRINI, *La scelta della restituzione degli atti nell'ordinanza della Corte costituzionale n.150/2012*; V. I. PELLIZZONE, *Sentenza della Corte europea sopravvenuta e giudizio di legittimità costituzionale: perché la restituzione degli atti non convince. Considerazioni a margine dell'ord. n. 150 del 2012 della Corte costituzionale*; B. LIBERALI, *La procreazione medicalmente assistita con donazione di gameti esterni alla coppia fra legislatore, giudici comuni, Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo*.

<sup>19</sup> In ogni caso, con riferimento alle pronunce della Corte di Strasburgo, la loro controversa idoneità ad assurgere a fonte di diritto dovrebbe essere oggi limitata, alla luce della posizione assunta dalla Corte costituzionale con la nota [sentenza n. 49 del 2015](#), a quelle che sono espressione di un diritto consolidato.

## **CONSULTA ONLINE**

In questi casi, tuttavia, la scelta della restituzione è stata motivata in ragione della peculiare natura delle pronunce delle citate corti sovranazionali, più o meno riconducibili, in ragione dei loro effetti, alla categoria delle fonti del diritto, e quindi in ragione di una assimilazione del mutamento della loro giurisprudenza all'ipotesi dello *ius superveniens*<sup>20</sup>, a fronte del quale la tecnica restitutoria è pacificamente utilizzata dalla Corte costituzionale.

In linea con questa impostazione appare anche l'ipotesi della restituzione degli atti che la Corte opera a fronte di sopravvenute (all'atto di rimessione) pronunce che dichiarano l'incostituzionalità di un frammento del quadro normativo di riferimento (*ex multis, ordinanze n. 12 del 2015, n. 247 del 2014, n. 146 del 2011, n. 427 e n. 34 del 2006, n. 315 del 2005*)<sup>21</sup>, restituzione che, per contro, non viene praticata nel caso in cui tale quadro normativo sia oggetto di sopravvenute pronunce di infondatezza<sup>22</sup>, posto che in questa seconda ipotesi, a differenza della prima, non si assiste a una modifica (con effetti retroattivi) del diritto vigente.

Né sembra che tali conclusioni, che fanno leva sulla natura non normativa delle pronunce giurisdizionali comuni, possano mutare alla luce delle modifiche legislative recentemente apportate<sup>23</sup> al codice di procedura civile e delle disposizioni del codice del processo amministrativo volte ad attribuire una certa forza vincolante alle decisioni dei rispettivi organi della nomofilachia.

Non solo, infatti, le norme in questione sembrano disegnare un vincolo di natura meramente processuale (nel senso che, laddove le sezioni semplici della Cassazione e del Consiglio di Stato non condividono un principio di diritto enunciato dalle sezioni unite o dall'adunanza plenaria, hanno l'obbligo di rimettere la questione all'esame di quest'ultime), ma soprattutto tale vincolo è orizzontale e non verticale, poiché non riguarda in alcun modo le giurisdizioni di merito<sup>24</sup>.

A sconsigliare la soluzione della restituzione degli atti, infine, vi è anche il rilievo che, nel caso di specie, data la natura completamente "satisfattiva" del mutamento del diritto vivente nel senso costituzionalmente orientato auspicato dal rimettente, sarebbe del tutto improbabile la riproposizione della questione di costituzionalità, il che, a ben vedere, fa venire meno il senso dell'adozione di questo strumento di "collaborazione" tra giudice comune e giudice costituzionale.

---

<sup>20</sup> Si legge nell'[ordinanza n. 252 del 2006](#) che «è necessario restituire gli atti al rimettente, al precipuo fine di consentirgli la soluzione del problema interpretativo alla luce della sopravvenuta sentenza della Corte di giustizia, la quale - in ragione della sua natura - assume nella fattispecie valore di *ius superveniens*».

<sup>21</sup> Laddove oggetto della sopravvenuta dichiarazione di incostituzionalità siano proprio le norme oggetto del giudizio successivo, la restituzione degli atti viene praticata solo laddove residui in capo al rimettente un margine di apprezzamento sull'esistenza dei presupposti per risollevare la questione di costituzionalità. Osserva R. ROMBOLI, *op. cit.*, 3, nota 3: «La giurisprudenza ad oggi consolidata è nel senso di utilizzare la formula della manifesta inammissibilità, allorché la disciplina impugnata è stata "dichiarata integralmente incostituzionale, onde non residuano valutazioni da svolgere da parte del giudice rimettente ai fini di una nuova prospettazione della questione di legittimità costituzionale" ([ord. n. 19/2004](#)), mentre allorché la Corte ritenga che esista pur sempre un margine di apprezzamento circa la possibilità di sollevare nuovamente l'eccezione di costituzionalità, nonostante l'intervenuta dichiarazione di incostituzionalità, si dovrà fare ricorso alla formula della restituzione degli atti».

<sup>22</sup> R. ROMBOLI, *op. cit.*, 10.

<sup>23</sup> Per il processo civile si veda l'art. 374 c. c., per come modificato dall'art. 8 del d. lgs. 2 febbraio 2006, n. 40 (*Modifiche al codice di procedura civile in materia di processo di cassazione in funzione nomofilattica e di arbitrato, a norma dell'articolo 1, comma 2, della legge 14 maggio 2005, n. 80*); per quello amministrativo l'art. 99, comma 3, del codice del processo amministrativo; per quello contabile l'art. 42, comma 2, della legge 18 giugno 2009, n. 69 (*Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile*), che integra l'art. 1, comma 7, del d. l. 15 novembre 1993, n. 453 (*Disposizioni in materia di giurisdizione e controllo della Corte dei conti*), conv., con modif., nella l. 14 gennaio 1994, n. 19.

<sup>24</sup> Si vedano, sul punto, A. CALDARERA, *Il principio dello stare decisis e la funzione nomofilattica dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato al vaglio della Corte di giustizia europea*, in [Judicium](#); A. MANIACI, *Il precedente giudiziale in Italia: verso lo stare decisis?*, in [Lexenia](#); E. FOLIERI, *L'Introduzione del principio dello stare decisis nell'ordinamento italiano, con particolare riferimento all'adunanza plenaria del Consiglio di Stato*, in *Dir. process. amm.* 2012, 1237; C. LAMBERTI, *Stare decisis, nomofilachia e supremazia nel diritto amministrativo*, in *Giur. it.* 2013, 981. Discorso a parte potrebbe farsi (ma non è questa la sede) per la giurisdizione contabile, posto che qui l'obbligo di rimessione grava non solo sulle sezioni giurisdizionali centrali ma anche su quelle regionali; e, in senso opposto, per la giurisdizione penale, posto che qui le sezioni semplici non sono vincolate, ma hanno solo la facoltà di rimessione alle sezioni riunite (art. 618, c. ).

## **CONSULTA ONLINE**

Scartata la via della restituzione degli atti, è opinione di chi scrive che – pur in assenza di precedenti della Corte in questo senso – preferibile alla dichiarazione di non fondatezza nei sensi di cui in motivazione sia la declaratoria di inammissibilità, come si è visto accadere nel caso in cui il diritto vivente sia insussistente al momento dell’ordinanza di rimessione e come accade, spesso, in ipotesi di erroneità (originaria) del presupposto interpretativo<sup>25</sup>.

Nel caso di sopravvenuto mutamento del diritto vivente, infatti, la Corte costituzionale (al pari di quanto accade nel caso della sua insussistenza originaria) non opera un esame del merito delle questioni sollevate, né con riferimento al pregresso diritto vivente né in relazione a quello sopravvenuto, limitandosi a prendere atto di quest’ultimo.

In altri termini, il rilievo che in queste ipotesi la Corte costituzionale si è sempre arrestata alla soglia preliminare della constatazione dell’inesistenza del presupposto da cui muove il rimettente (*id est*, la presenza di un diritto vivente), senza operare una valutazione di merito<sup>26</sup> sulla compatibilità di quest’ultimo a Costituzione, sembrerebbe indicare come più appropriata la via della pronuncia di inammissibilità<sup>27</sup>.

Le obiezioni cui può andare incontro tale soluzione è che essa, da un lato, sembra consegnare alla sfera di operatività di tale formula decisoria anche il caso di vizi non genetici dell’atto di rimessione; dall’altro, quanto meno *prima facie*, sembra “sanzionare”<sup>28</sup> l’operato del rimettente sulla base di un fatto sopravvenuto (il mutamento del diritto vivente) a esso non rimproverabile<sup>29</sup>.

Tali obiezioni, tuttavia, non sembrano affatto irresistibili, laddove si consideri, in primo luogo e soprattutto, che il vero senso della pronuncia dell’inammissibilità non è legato né alla mancanza originaria di presupposti processuali o condizioni dell’azione, né ad una “erroneità colpevole” della rimessione, dovendo piuttosto ricercarsi nella sussistenza di condizioni che impediscono «una decisione di pieno merito»<sup>30</sup>.

Con specifico riferimento alla prima obiezione, poi, non può non considerarsi, sotto altro profilo,

---

<sup>25</sup> Come è noto, la giurisprudenza della Corte costituzionale conosce, per l’ipotesi di erroneità del presupposto interpretativo, tanto pronunce di inammissibilità quanto di infondatezza nei sensi di cui in motivazione, senza peraltro che siano chiare le ragioni che presiedono alla scelta dell’un tipo di pronuncia o dell’altro.

<sup>26</sup> Come emerge chiaramente dalla lettura della parte motiva dei precedenti resi in materia: [sentenze n. 233 del 2003, n. 398 del 1994, n. 585 del 1990, n. 615 del 1988, n. 56 del 1985, n. 172 del 1984, n. 104 del 1984, n. 325 del 1983, n. 72 del 1983](#).

<sup>27</sup> A. BONOMI, *Alcuni spunti sulle tipologie decisorie adottate dalla Corte costituzionale a seguito dell’accertamento dell’erroneità del presupposto interpretativo fatto proprio dal giudice a quo: non fondatezza “nei sensi di cui in motivazione”, inammissibilità interpretativa, manifesta infondatezza e non fondatezza semplice (...alla luce della sentenza n. 140 del 2013 Corte cost.)*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 13 ottobre 2013, 8: «Ciò che in linea di massima distingue – o dovrebbe distinguere – tali tipologie decisorie è la circostanza che, allorquando adotta la formula dell’inammissibilità, la Corte o, una volta ritenuta non superata la verifica preliminare relativa alla “correttezza” del presupposto interpretativo sposato dal giudice *a quo*, per così dire non procede oltre, cioè si astiene dall’indicare quale sia l’interpretazione “corretta” da seguire, oppure non si limita a disattendere il presupposto interpretativo del rimettente ma lo “lo sostituisce” con altro presupposto ritenuto “corretto”: in entrambi i casi, tuttavia, la stessa Corte – proprio perché adotta una pronuncia d’inammissibilità, ancorché interpretativa – non dovrebbe esprimersi in merito al denunciato contrasto tra la norma indubbiata e i parametri invocati, ma dovrebbe limitarsi a “dire” al giudice *a quo* “se questo è il tuo dubbio di costituzionalità e se quelli sono gli ostacoli che ti impediscono di superarlo attraverso l’ordinanza d’interpretazione della legge, io ti dico solo che gli ostacoli anche alla luce della Costituzione, sono infondati, senza pronunciarmi sul dubbio di costituzionalità». Nello stesso senso, S. CARNOVALI, *La dichiarazione di infondatezza “semplice” a fronte dell’erroneità del presupposto interpretativo. Riflessioni di natura processuale e di merito a partire dalla sentenza della Corte costituzionale n. 11 del 2015 in materia di assegno divorzile*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#); G. AMOROSO, *I seguiti delle decisioni di interpretazione adeguatrice della Corte costituzionale nella giurisprudenza di legittimità della Corte di cassazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2008, 773; A. GUAZZAROTTI, *Fin dove arriva l’interpretazione conforme a Costituzione?*, in *Quaderni costituzionali*, 2002, 81; *contra* A. PUGIOTTO, *op. cit.*

<sup>28</sup> E. LAMARQUE, *Il seguito giudiziario alle decisioni della Corte costituzionale*, 232, in E. MALFATTI, R. ROMBOLI, E. ROSSI (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua diffusione*, Giappichelli, 200-267.

<sup>29</sup> A. PUGIOTTO, *Corte costituzionale e diritto vivente superveniens*, in *Giur. cost.* 1991, I, 641

<sup>30</sup> Così A. CERRI, *op. cit.*, 229: «Le pronunzie d’inammissibilità vengono adottate quando non ricorrono le condizioni per una decisione di pieno merito. Può trattarsi di carenza di condizioni strettamente processuali oppure anche di condizioni preliminari del merito stesso, preclusiva comunque del pieno apprezzamento di questo».

## **CONSULTA ONLINE**

che il giudizio incidentale non conosce la tipologia delle pronunce di improcedibilità<sup>31</sup>, che nel giudizio principale e nei giudizi comuni viene utilizzata in ipotesi di sopravvenienze preclusive dell'esame del merito, con la conseguenza quest'ultime, laddove occorrano, non potrebbero che giustificare una declaratoria d'inammissibilità (stante la sua natura non di merito comune alla pronuncia d'improcedibilità).

Sempre con riferimento alla prima obiezione, andrebbe poi considerato che nell'ipotesi di mutamento del diritto vivente la sopravvenienza può essere considerata veramente tale solo su un piano strettamente fattuale: in ipotesi di *overruling* giurisprudenziale, infatti, la norma non muta, ma a essa viene attribuito, con effetti *ex tunc* e senza soluzione di continuità, una interpretazione differente, con la conseguenza che – al pari del caso dell'inesistenza originaria del diritto vivente – il presupposto da cui muove il rimettente deve considerarsi mai esistito (e non esistito fino a un certo punto e poi venuto meno).

A stemperare la seconda obiezione incentrata sul (falso) aspetto sanzionatorio, invece, soccorrerebbe, da un lato, il tenore della motivazione della pronuncia, la quale darebbe conto del sopravvenuto mutamento giurisprudenziale ovviamente non rimproverabile al rimettente; dall'altro, il rilievo che la declaratoria di (manifesta) inammissibilità è adottata<sup>32</sup> anche quando la norma censurata sia stata dichiarata incostituzionale successivamente all'ordinanza di rimessione (*ex plurimis*, [ordinanze n. 261 e n. 206 del 2014](#); [n. 321 e n. 177 del 2013](#), [n. 315 e n. 182 del 2012](#)), fatto, anche questo, ovviamente non rimproverabile al rimettente.

Questa soluzione, infine, avrebbe il pregio di ricondurre a unità le tipologie di pronunce della Corte a fronte di un dato sostanzialmente omogeneo: l'assenza (originaria o sopravvenuta) del diritto vivente, che inibisce il sindacato di merito della Corte e pone (o ripone) il rimettente di fronte all'onere di ricercare una interpretazione costituzionalmente orientata senza passare dall'incidente di costituzionalità.

---

<sup>31</sup> Si veda, sul punto, *Il quadro delle pronunce decisorie nelle pronunce della Corte costituzionale*, a cura di M. BELLOCCHI e T. GIOVANNETTI, 1-8, in [http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni\\_seminari](http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari).

<sup>32</sup> Si rinvia *supra* alla nota n. 21.