

Il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia come tentativo della Cassazione di superare l'interpretazione dell'art. 111, comma 8, Cost., fornita dalla Consulta. In margine all'ordinanza delle Sezioni unite n. 19598 del 2020

GIUSEPPE MONACO*

Nota a Cassazione Civile, SS.UU., ordinanza del 18 settembre 2020, n. 19598.

Disponibile all'indirizzo: www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/19598_09_2020_no_index.pdf.

Sommario

1. Premessa. – 2. L'ordinanza delle Sezioni unite n. 19598/2020 e i tre quesiti posti alla Corte di giustizia in tema di giurisdizione. – 3. Interpretazione costituzionale e contrasti tra Consulta e Corte di cassazione. – 4. Il rischio di un nuovo scontro tra Corte costituzionale e Corte di Giustizia.

Data della pubblicazione sul sito: 23 febbraio 2021

Suggerimento di citazione

G. MONACO, *Il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia come tentativo della Cassazione di superare l'interpretazione dell'art. 111, comma 8, Cost., fornita dalla Consulta. In margine all'ordinanza delle Sezioni unite n. 19598 del 2020*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 1, 2021. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it

* Professore associato di Diritto costituzionale nell'Università cattolica del Sacro Cuore, Milano. Indirizzo mail: giuseppe.monaco@unicatt.it.

1. Premessa

Negli ultimi anni il rapporto tra giudici nazionali, Consulta e Corte di Giustizia si è fatto sempre più complesso, tra tentativi dei primi di rafforzare il dialogo diretto con la Corte di Lussemburgo, avviato fin dal caso *Granital*¹, e la difesa operata dalla Corte costituzionale dei principi supremi della Costituzione, nonché in generale del sindacato accentrato di costituzionalità delle leggi, quando le norme europee che si assumono violate, a partire da quelle della Carta dei diritti fondamentali (CDFUE), sono a tutela di diritti garantiti altresì dalla Costituzione.

Non solo: anche il rapporto tra le giurisdizioni supreme del nostro ordinamento ha mostrato qualche crepa, in relazione al sindacato delle sentenze del Consiglio di Stato che la Corte di cassazione può essere chiamata a svolgere per motivi inerenti la giurisdizione. Sebbene la Cassazione mostri generalmente la volontà di non interferire con le scelte ermeneutiche del Consiglio di Stato, che possano comportare *errores in iudicando* o *in procedendo* - nella consapevolezza che l'interpretazione delle norme costituisce il *proprium* distintivo dell'attività giurisdizionale e che pertanto il controllo del limite esterno della giurisdizione, affidato dall'art. 111, comma 8, Cost. alla Cassazione, non include appunto il sindacato sulle scelte ermeneutiche² - in qualche circostanza, negli ultimi quindici anni, ha assunto delle decisioni che hanno incrinato il rapporto con il giudice amministrativo. Il riferimento è innanzi tutto alla nota vicenda della c.d. "pregiudiziale amministrativa" e cioè alla pretesa del giudice amministrativo che il riconoscimento della tutela risarcitoria dell'interesse legittimo passi dal previo annullamento del provvedimento illegittimo. Differente la posizione espressa dalla Cassazione. Le Sezioni unite hanno ritenuto, infatti, di poter esaminare e quindi cassare la sentenza del giudice amministrativo per motivi inerenti la giurisdizione, sul presupposto che con giurisdizione non si allude soltanto al potere di conoscere di date controversie, ma che tale termine sia da intendere «nel senso di tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi e dunque in un senso che comprende le diverse tutele che l'ordinamento assegna ai diversi giudici per assicurare l'effettività dell'ordinamento»³. In sostanza il principio di effettività della tutela giurisdizionale

¹ Il riferimento è alla nota sent. 8 giugno 1984, n. 170.

² Si può vedere in tal senso, da ultimo, la sent. delle Sezioni unite, 4 dicembre 2020, n. 27770.

³ Così Cass. Sez. un. 23 dicembre 2008, n. 30254, secondo cui «se attiene alla giurisdizione l'interpretazione della norma che l'attribuisce, vi attiene non solo in quanto riparte tra gli ordini di giudici tipi di situazioni soggettive e settori di materia, ma vi attiene pure in quanto descrive da un lato le forme di tutela, che dai giudici si possono impartire per assicurare che la protezione promessa dall'ordinamento risulti realizzata, dall'altro i presupposti del loro esercizio». Con questa pronuncia la Cassazione dà seguito ad alcune

incide, nella prospettiva della Cassazione, sul concetto stesso di giurisdizione. Ulteriori occasioni di conflitto si sono avute con la cassazione di pronunce del Consiglio di Stato per asserita lesione della sfera riservata alla pubblica amministrazione⁴, o ancora in relazione alla giurisdizione sul contratto dopo l'annullamento dell'aggiudicazione⁵. In questo filone giurisprudenziale della Cassazione parte della dottrina ha intravisto il tentativo di superare la pluralità delle giurisdizioni, riconosciuta dalla nostra Carta costituzionale a partire dall'art. 103⁶.

2. L'ordinanza delle Sezioni unite n. 19598/2020 e i tre quesiti posti alla Corte di giustizia in tema di giurisdizione

È in questo contesto che si inserisce l'ordinanza n. 19598/2020, con cui le sezioni unite della Corte di cassazione hanno chiesto alla Corte di Giustizia di pronunciarsi in via pregiudiziale su alcune questioni di interpretazione del diritto dell'Unione europea. La pronuncia trae origine da un ricorso per motivi inerenti la giurisdizione, ai sensi dell'art. 111, comma 8, Cost., avverso una sentenza del Consiglio di Stato in materia di appalti pubblici. Il giudice amministrativo è fermo nel ritenere inammissibile il ricorso presentato avverso gli atti di gara e avverso il provvedimento di aggiudicazione a un terzo da un concorrente già escluso dalla gara - nel caso di specie per non avere superato la cosiddetta "soglia di sbarramento" nella valutazione dell'offerta tecnica - salvo che non ottenga una pronuncia di accertamento dell'illegittimità dell'esclusione. In sostanza, secondo la giurisprudenza amministrativa, nel momento in cui un concorrente viene escluso dalla gara, per qualunque ragione, che si tratti di carenza di condizioni soggettive, oppure di condizioni oggettive dell'offerta, non solo non potrà partecipare alla gara, ma non sarà legittimato a contestare gli esiti della stessa, a meno che non ottenga prima la dichiarazione di illegittimità della propria esclusione, perché, in

sue precedenti ordinanze del 2006 e del 2007, svolgendo ulteriori riflessioni sul tema della giurisdizione e arrivando a cassare un sentenza del Consiglio di Stato proprio ai sensi dell'art. 111, comma 8, Cost.

⁴ Cfr. Cass. Sez. un., 17 febbraio 2012, n. 2312.

⁵ Cfr. Cass. Sez. un., 5 aprile 2012, n. 5446.

⁶ Cfr. R. VILLATA, «Lunga marcia» della Cassazione verso la giurisdizione unica («dimenticando» l'art. 103 della Costituzione)?, in *Diritto e processo amministrativo*, n. 1/2013, pp. 324 ss. Per una lettura diversa delle pronunce della Cassazione, nel senso che la Suprema Corte avrebbe fatto un uso accorto del sindacato previsto dall'art. 111 u.c. Cost., non avendo alcun intento di "colonizzazione" del terreno riservato al giudice amministrativo, cfr. M.A. SANDULLI, *Guida alla lettura dell'ordinanza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione n. 19598 del 2020*, in *Giustizia Insieme*, 30 novembre 2020, disponibile all'indirizzo www.giustiziainsieme.it.

quanto escluso, è ormai portatore «di un interesse di mero fatto, analogo a quello di qualunque altro operatore economico del settore che non ha partecipato alla gara»⁷.

La sentenza del Consiglio di Stato viene quindi impugnata innanzi alla Corte di cassazione per motivi inerenti la giurisdizione. La Suprema Corte non condivide l'assunto del Consiglio di Stato, ritenendo che debbano essere esaminati nel merito anche gli ulteriori motivi del ricorso principale del soggetto escluso, diretti a contestare l'esito della gara per altre ragioni, il che peraltro sarebbe, a suo dire, in linea con la giurisprudenza della Corte di giustizia. D'altra parte, prima di affrontare la questione dei vizi sindacabili dal giudice amministrativo, la Cassazione deve dimostrare che la sentenza del Consiglio di Stato può essere oggetto di impugnazione ed eventualmente cassata ai sensi dell'art. 111, comma 8, Cost.

La difficoltà della Cassazione trae origine da una sentenza della Corte costituzionale del 2018.⁸ In quella circostanza la Consulta ha affermato chiaramente che un'interpretazione evolutiva del comma 8 dell'art. 111 Cost. sarebbe incompatibile con la lettera e con lo spirito della norma costituzionale, in quanto finirebbe col rendere superflua la distinzione con il ricorso per cassazione per violazione di legge di cui al precedente comma 7 e, più in generale, metterebbe in discussione la stessa scelta operata dai costituenti a favore di un assetto pluralistico delle giurisdizioni. La Consulta ha poi precisato che l'ampliamento del concetto di giurisdizione, al fine di consentire un intervento della Cassazione in sede di controllo delle sentenze del Consiglio di Stato, non potrebbe essere giustificato neppure dalla violazione di norme dell'Unione europea o della CEDU. Anche laddove sopravvenisse una sentenza delle Corti sovranazionali in senso contrario rispetto ad una decisione assunta dal Consiglio di Stato (o della Corte dei conti), la soluzione non sarebbe rappresentata dall'impugnazione di tale pronuncia innanzi alla Corte di cassazione, ma andrebbe piuttosto trovata

⁷ Così Cons. Stato, sez. III, 7 agosto 2019, n. 5606.

⁸ Si tratta della sent. 18 gennaio 2018, n. 6. La pronuncia si inserisce in una complessa vicenda che vede protagonisti, ancora una volta, il Consiglio di Stato e la Cassazione, con l'inserimento in quella circostanza della Corte di Strasburgo. Da una parte il Consiglio di Stato aveva ritenuto di non poter entrare nel merito della questione (riconoscimento di contributi pensionistici) prospettata dai ricorrenti, sul presupposto di un'intervenuta decadenza. Dall'altra parte la Cassazione, innanzi alla quale era stata impugnata per motivi inerenti la giurisdizione la sentenza del Consiglio di Stato, faceva valere due pronunce nel frattempo sopravvenute della Corte EDU (4 febbraio 2014, Mottola e Staibano) con le quali veniva contestata la lesione del diritto all'equo processo di cui all'art. 6 CEDU e in particolare del diritto d'accesso a un giudice. La Cassazione portava quindi la questione innanzi alla Corte costituzionale per violazione dell'art. 117 Cost., in relazione ai parametri interposti costituiti dall'art. 6 CEDU e dall'art. 1 del Primo Protocollo addizionale.

all'interno di ciascuna giurisdizione. In quest'ottica il difetto di giurisdizione resta dunque collegato allo sconfinamento (o arretramento) da parte del Consiglio di Stato (o della Corte dei conti) rispetto alla sfera riservata al legislatore o all'amministrazione (difetto assoluto), oppure rispetto alla sfera attribuita ad altra giurisdizione (difetto relativo), mentre non può ricomprendere l'ipotesi di sentenze «abnormi» oppure di «stravolgimento radicale» delle norme di riferimento: attribuire rilevanza alla gravità del vizio sarebbe, a detta della Consulta, «sul piano teorico, incompatibile con la definizione degli ambiti di competenza e, sul piano fattuale, foriero di incertezze, in quanto affidato a valutazioni contingenti e soggettive».

A seguito di questa sentenza, la Cassazione ha, in un primo momento, mutato il proprio orientamento, ritenendo vincolante l'interpretazione dell'art. 111, comma 8, Cost. proveniente dalla Corte costituzionale, quale interprete ultimo delle norme costituzionali. Sembrava, dunque, avere accettato la conclusione che anche nell'ipotesi di sentenze del Consiglio di Stato in contrasto con pronunce della Corte di Giustizia non sarebbe stato ammissibile il ricorso per cassazione per travalicamento dei limiti esterni della giurisdizione.⁹

Con l'ordinanza in esame, la Cassazione torna sui propri passi e, riagganciandosi ad altre pronunce, di poco precedenti¹⁰ rispetto alla sentenza n. 6

⁹ Così Cass. Sez. un., 6 marzo 2020, n. 6460, nonché Cass. Sez. un., 16 maggio 2019, n. 13243.

¹⁰ Cfr. ad esempio Cass. sez. un., 17 gennaio 2017, n. 964, in cui le Sezioni unite, pur condividendo le conclusioni raggiunte dal giudice amministrativo, ribadiscono il principio secondo cui «è configurabile l'eccesso di potere giurisdizionale con riferimento alle regole del processo amministrativo solo nel caso di radicale stravolgimento delle norme di rito, tale da implicare un evidente diniego di giustizia e non già nel caso di mero dissenso del ricorrente nell'interpretazione della legge». Con riferimento, poi, a questioni analoghe a quella in discussione (materia di appalti pubblici e ordine di esame delle censure in presenza di ricorso incidentale proposto dall'aggiudicatario della gara) viene richiamato un altro precedente (Cass. Sez. un. 6 febbraio 2015, n. 2242). In tale sentenza le Sezioni unite avevano affermato che «l'eccesso giurisdizionale va individuato nell'errore del GA tradottosi in un radicale stravolgimento delle norme europee di riferimento, così come interpretate dalla Corte di giustizia». E ancora, proseguiva in quella circostanza la Cassazione, «ai fini dell'individuazione dei limiti esterni della giurisdizione amministrativa (che tradizionalmente delimitano il sindacato consentito alle S.U. sulle decisioni del Consiglio di Stato che quei limiti travalichino), si deve tenere conto dell'evoluzione del concetto di giurisdizione dovuta a molteplici fattori: il ruolo centrale della giurisdizione nel rendere effettivo il primato del diritto comunitario; il canone dell'effettività della tutela giurisdizionale; il principio di unità funzionale della giurisdizione nella interpretazione del sistema ad opera della giurisprudenza e della dottrina, tenuto conto dell'ampliarsi delle fattispecie di giurisdizione esclusiva; il rilievo costituzionale del principio del giusto processo, ecc.». In questa prospettiva, allora, «è norma sulla giurisdizione non solo quella

del 2018 della Consulta, prova a superare l'orientamento contrario espresso dalla Consulta, mediante il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, alla quale si rivolge ponendo ben tre quesiti, tra loro strettamente connessi.

Il primo assume carattere preliminare e generale: si tratta cioè di valutare la conformità al diritto UE (e in particolare agli artt. 4 e 19 TUE e 2 e 267 TFUE, letti anche alla luce dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali) della prassi interpretativa dell'art. 111, comma 8, Cost., nonché degli artt. 360 e 362 c.p.c. e dell'art. 110 c.p.a., prassi secondo cui il ricorso per cassazione per motivi inerenti la giurisdizione non può essere utilizzato per impugnare sentenze del Consiglio di Stato che facciano applicazione di orientamenti in contrasto con sentenze della Corte di Giustizia, in settori disciplinati dal diritto UE. La Cassazione non condivide tale interpretazione e ritiene che, nel momento in cui il Consiglio di Stato applichi una normativa nazionale in contrasto col diritto UE, la sua pronuncia possa essere sindacata sotto il profilo del difetto assoluto di giurisdizione, avendo il giudice amministrativo posto in essere un'attività di produzione normativa non consentita neppure al legislatore nazionale.

D'altra parte, sempre nella prospettiva della Suprema Corte, non potrebbe trovare applicazione il principio di autonomia processuale degli Stati membri, che presuppone, secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia, il rispetto del principio di equivalenza come del principio di effettività,¹¹ mentre la prassi interpretativa contestata sarebbe in contrasto con entrambi.

Col secondo quesito le sezioni unite chiedono di verificare la conformità al diritto UE della prassi interpretativa che esclude il ricorso per cassazione avverso sentenze del Consiglio di Stato che, dovendo decidere controversie su questioni concernenti l'applicazione di norme non chiare del diritto U.E., abbiano omissis,

che individua i presupposti dell'attribuzione del potere giurisdizionale, ma anche quella che dà contenuto a quel potere stabilendo le forme di tutela attraverso le quali esso si estrinseca». La Suprema Corte, dunque, cassa la sentenza del Consiglio di Stato per impedire che il provvedimento giudiziario divenuto definitivo espliciti i suoi effetti in contrasto col diritto UE, come interpretato dalla Corte di giustizia e ciò anche per evitare che lo Stato incorra nella responsabilità risarcitoria per i danni cagionati dagli organi giurisdizionali di ultima istanza.

¹¹ Secondo la Cassazione non sarebbe rispettato il principio di equivalenza, dal momento che il ricorso per cassazione per difetto di giurisdizione sarebbe ammissibile in caso di sentenze del Consiglio di Stato invasive della sfera del legislatore nazionale, mentre non lo sarebbe nel caso tali pronunce siano invasive della sfera del legislatore comunitario, sotto il controllo della Corte di giustizia. Anche il principio di effettività della tutela giurisdizionale, da valutare in concreto, non sarebbe rispettato, in quanto la pronuncia precluderebbe l'esame nel merito di tutte le doglianze proposte dal ricorrente escluso da una gara di appalto. A supporto viene richiamata la recente sentenza della Corte di giustizia, 5 settembre 2019, nella causa C-333/18, Lombardi.

senza motivare, il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia. Anche rispetto a tale ipotesi secondo la Cassazione si rientrerebbe nei motivi inerenti la giurisdizione, in quanto il giudice nazionale avrebbe invaso la competenza della Corte di Lussemburgo, cui spetta l'ultima parola nell'interpretazione del diritto UE.

Il terzo quesito, infine, attiene più specificamente alla vicenda processuale da cui ha tratto origine il contrasto giurisprudenziale in discussione. La Cassazione si rivolge alla Corte di giustizia affinché valuti la corrispondenza ai principi enunciati dalla stessa Corte di Lussemburgo¹² della scelta operata dal Consiglio di Stato di esaminare soltanto i motivi di diritto concernenti l'esclusione del ricorrente principale da una gara e di non esaminare nel merito gli altri motivi di diritto del ricorso principale, diretti a contestare l'esito della gara per ragioni ulteriori e quindi l'aggiudicazione a diverso soggetto, qualora sull'esclusione dalla gare del ricorrente principale non si sia ancora formato un giudicato.

Con l'ordinanza in questione si è riaperto il dibattito, in realtà mai sopito, tra chi condivide l'interpretazione "evolutiva" e "dinamica" dell'art. 111, comma 8, Cost. o comunque ritiene che il difetto di giurisdizione non possa essere risolto soltanto in un problema di spettanza o meno della *potestas iudicandi*¹³ e chi, viceversa, ritiene non accettabile il superamento della nozione tradizionale dei motivi di giurisdizione, in favore di una lettura dinamica legata al principio di effettività della tutela giurisdizionale¹⁴.

Nella prima prospettiva la Cassazione potrebbe dunque sindacare anche le modalità di esercizio della *potestas iudicandi*, laddove si verifichi un radicale stravolgimento delle regole processuali tale da implicare un diniego di giustizia¹⁵, come nel caso in cui la supposta erronea qualificazione del ricorrente quale portatore di un interesse di mero fatto gli precluda la possibilità di far valere in

¹² Si tratta delle sentenze 5 settembre 2019, nella causa C-333/18, Lombardi; 5 aprile 2016, nella causa, C-689/13, Puligienica; 4 luglio 2013, nella causa C-100/12, Fastweb.

¹³ Cfr. G. COSTANTINO, A. CARRATTA, G. RUFFINI, *Limiti esterni e giurisdizione. Il contrasto fra Sezioni Unite e Corte costituzionale arriva alla Corte UE. Note a prima lettura di Cass. SS.UU. 18 settembre 2020, n. 19598*, in *Questione Giustizia*, 19 ottobre 2020, che auspicano il superamento della contrapposizione tra limiti interni e limiti esterni di giurisdizione e che escludono dai motivi inerenti la giurisdizione non tutti gli *errores in procedendo* e *in iudicando*, ma soltanto quelli che non ineriscano la giurisdizione.

¹⁴ Tra i tanti cfr. A. TRAVI, *Intervento al seminario di studi sul tema "Eccesso di potere giurisdizionale e diniego di giurisdizione dei giudici speciali al vaglio delle sezioni Unite della cassazione"* (Roma, 21 settembre 2017), disponibile all'indirizzo www.cortedicassazione.it; R. VILLATA, «Lunga marcia» della Cassazione, cit.; M. MAZZAMUTO, *L'eccesso di potere giurisdizionale del giudice della giurisdizione*, in *Diritto del processo amministrativo*, n. 4/2012, pp. 1677 ss.

¹⁵ Cfr. A. LAMORGESE, *Eccesso di potere giurisdizionale e sindacato della Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato*, in *federalismi.it*, n. 1/2018, p. 7.

sede giurisdizionale l'interesse viceversa ritenuto meritevole di tutela dall'ordinamento¹⁶. In quest'ottica, che intende, come detto, valorizzare il principio di completezza e adeguatezza della tutela insito nell'art. 24 Cost., il concetto di giurisdizione finisce con includere anche le forme di tutela attraverso le quali si esplica il potere giurisdizionale e pertanto nei motivi inerenti la giurisdizione rientrerebbe la verifica del rispetto da parte del giudice di tali forme di tutela¹⁷.

Nell'opposta prospettiva, invece, la lettura evolutiva dei motivi inerenti la giurisdizione si scontrerebbe con una diversa prassi interpretativa dell'art. 111, comma 8, Cost., applicata per quasi un settantennio e condurrebbe ad una sostanziale disapplicazione della stessa norma costituzionale¹⁸. L'interpretazione evolutiva sarebbe indice del tentativo della Cassazione di espandere il proprio sindacato rispetto alle pronunce del Consiglio di Stato, riservandosi il potere di individuare su base casistica le ipotesi in cui si possono ritenere oltrepassati i limiti della giurisdizione del giudice amministrativo¹⁹. In tal modo la Suprema Corte andrebbe gradualmente ad assumere la veste di organo di vertice delle magistrature²⁰, ritagliandosi spazi di manovra sempre più ampi nell'esercizio della funzione nomofilattica, nella direzione, quindi, di un superamento in via giurisprudenziale del principio costituzionale della pluralità delle giurisdizioni.

¹⁶ Cfr. F. FRANCIOSI, *Quel pasticciaccio brutto di piazza Cavour, piazza del Quirinale e piazza Capodiferro (la questione di giurisdizione)*, in *Giustizia Insieme*, 11 novembre 2020, disponibile all'indirizzo www.giustiziainsieme.it, secondo cui tanto il caso da cui è scaturita la sentenza della Corte costituzionale n. 6 del 2018, quanto il caso che ha portato la Cassazione a proporre rinvio pregiudiziale, potevano essere decisi come classiche questioni di giurisdizione. E ciò in quanto, afferma l'Autore, la figura del rifiuto di giurisdizione - che si realizza quando il giudice nega la possibilità di tutelare un interesse che l'ordinamento ritiene viceversa meritevole di tutela - è sempre esistita come classica questione di giurisdizione, così come l'eccesso di potere giurisdizionale, che si configura invece, quando il giudice amministrativo si sostituisce al legislatore o all'amministrazione.

¹⁷ Cfr. A. CORPACI, *Note per un dibattito in tema di sindacato della Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato*, in *Diritto pubblico*, n. 1/2013, p. 354.

¹⁸ Cfr. A. TRAVI, *La Cassazione sottopone alla Corte di giustizia il modello italiano di giustizia amministrativa*, in *Il Foro Italiano (Foronews)*, 12 ottobre 2020.

¹⁹ Così G. SIGISMONDI, *Questioni di legittimità costituzionale per contrasto con le sentenze della Corte EDU e ricorso per cassazione per motivi di giurisdizione contro le sentenze dei giudici speciali: la Corte costituzionale pone altri punti fermi*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, n. 1/2018, pp. 122 ss.; R. VILLATA, *La (almeno per ora) fine di una lunga marcia (e i possibili effetti in tema di ricorso incidentale escludente nonché di interesse legittimo quale figura centrale del processo amministrativo)*, in *Rivista di diritto processuale*, n. 2/2018, pp. 332 ss.

²⁰ Così G. VERDE, *La Corte di cassazione e i conflitti di giurisdizione (appunti per un dibattito)*, in *Diritto del processo amministrativo*, n. 2/2013, pp. 367 ss.

3. Interpretazione costituzionale e contrasti tra Consulta e Corte di cassazione

Tutti e tre i quesiti proposti pongono delicate questioni concernenti temi di carattere generale quali la legittimazione a ricorrere, l'interesse legittimo, i limiti cui va incontro il sindacato della Cassazione per motivi inerenti la giurisdizione, gli eventuali rimedi azionabili nell'ipotesi di violazione del diritto UE ad opera del Consiglio di Stato o della Corte dei conti. I quesiti nascono quindi dalle diverse conclusioni che su questi temi sono state raggiunte dalle nostre magistrature supreme, ma al contempo, dietro alcuni dei suddetti quesiti, si celano altri problemi di carattere ancora più generale, che attengono all'interpretazione e alla creazione del diritto e, in particolare, all'interpretazione della Costituzione, tema sul quale si ritiene in questa sede di svolgere qualche ulteriore considerazione.

Con la sentenza n. 6/2018 la Corte costituzionale ha colto l'occasione per porre un freno all'interpretazione dell'ultimo comma dell'art. 111 Cost. sui motivi inerenti la giurisdizione proposta dalla Cassazione e lo ha fatto in modo deciso, ricorrendo peraltro ad una pronuncia di inammissibilità per difetto di rilevanza in ragione della mancanza di legittimazione del giudice *a quo*. La Cassazione, cioè, non avrebbe potuto sollevare la questione di costituzionalità, non essendo stato instaurato correttamente il giudizio innanzi ad essa, proprio perché priva, nel caso di specie, del potere di sindacare la sentenza del Consiglio di Stato.

La Consulta, prima di esplicitare la propria posizione, si premura di rammentare che la questione rientra «nella competenza naturale di questa Corte, quale interprete ultimo delle norme costituzionali». Affermazione perentoria, con la quale sembra voler prevenire eventuali repliche della Cassazione, ricordando gli scontri verificatisi negli anni passati, quando la Suprema Corte si è rifiutata di seguire le interpretazioni proposte dalla Consulta nelle sentenze interpretative di rigetto, in quanto pronunce prive di efficacia vincolante *erga omnes*. Alla Consulta, di fronte al rifiuto della Cassazione di uniformarsi, non restava che dichiarare l'illegittimità costituzionale della disposizione come interpretata dalla Cassazione, una volta investita nuovamente della questione²¹. Quei conflitti rivelavano l'intento

²¹ Cfr. L. ELIA, *Sentenze "interpretative" di norme costituzionali e vincolo dei giudici*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1966, pp. 1719 ss., secondo cui, in realtà, ogni giudice sarebbe vincolato a rispettare l'interpretazione proposta dalla Corte o, in caso contrario, a sollevare una nuova questione di legittimità. Analogamente V. CRISAFULLI, *Ancora delle sentenze interpretative di rigetto della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1965, pp. 95-96, secondo cui la rilevanza delle sentenze interpretative di rigetto va oltre la semplice autorità morale. Si può ricordare il ricorso alla c.d. "doppia pronuncia" a seguito della diversa interpretazione prospettata dalle due Corti dell'art. 2 T.U.L.P.S. (sentt. n. 8 del 1956 e n. 26 del 1961), o dell'art. 392 c.p.p. in tema di istruzione sommaria (sentt. n. 11 del 1965 e n. 52 del 1965). Il contrasto tra le due Corti si è ripresentato in tempi più recenti in relazione al tema dei termini massimi di custodia cautelare con il noto "caso

della Suprema Corte di non fare concessioni rispetto all'esercizio della funzione nomofilattica²², ma anche di non riconoscere alla Corte costituzionale il monopolio dell'interpretazione della Costituzione²³. La Corte costituzionale, dopo avere rivendicato a sua volta il proprio ruolo di interprete anche della legge ordinaria²⁴, ha riconosciuto che l'interpretazione della Costituzione spetta anche al giudice comune, chiamato a utilizzare la Carta costituzionale quale fonte dell'ordinamento.²⁵ Questo riconoscimento si palesa nel momento in cui il giudice

Pezzella". La Corte costituzionale ha tentato di salvare la norma impugnata proponendo un'interpretazione adeguatrice, con la pronuncia 18 luglio 1998, n. 292 e poi con successive ordinanze di manifesta infondatezza e inammissibilità; di fronte, però, alla ferma resistenza opposta dalla Cassazione, emersa in modo palese con la sentenza delle sezioni unite penali n. 23016 del 2004 - in cui peraltro le Sezioni unite affermano non sussistere l'obbligo di risollevere la questione dopo una sentenza interpretativa di rigetto - la Consulta ha dovuto prendere atto che l'orientamento contrario della Cassazione poteva ormai ritenersi consolidato, così da costituire un diritto vivente incompatibile con l'interpretazione sino ad allora sostenuta. Non erano più proponibili decisioni interpretative e ha quindi dichiarato, con una pronuncia manipolativa (sent. 22 luglio 2005, n. 299), l'illegittimità costituzionale della norma impugnata.

²² Cfr. E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, Laterza, Roma-Bari, 2012, p. 81.

²³ Cfr. S. BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Il Mulino, Bologna, 2004, p. 164.

²⁴ In più occasioni la Corte costituzionale ha voluto ribadire anche in modo netto questa sua facoltà. Nell'ordinanza 15 luglio 2003, n. 243, ad esempio, la Consulta, reagendo ad un'affermazione con cui la Cassazione - nell'ambito della vicenda già sopra richiamata relativa ai termini massimi di custodia cautelare - la invitava al «rispetto delle reciproche attribuzioni», concludeva quasi risentita: «come se a questa Corte fosse consentito affermare i principî costituzionali soltanto attraverso sentenze caducatorie e le fosse negato, in altri tipi di pronunce, interpretare le leggi alla luce della Costituzione».

²⁵ Si vedano già le considerazioni di Crisafulli sulla efficacia interpretativa dei principi costituzionali, inclusi quelli di carattere programmatico, rispetto alla legislazione subordinata: V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Giuffrè, Milano, 1952, pp. 45 ss. Sul tema cfr. R. BIN, *L'applicazione diretta della Costituzione, le sentenze interpretative, l'interpretazione conforme a Costituzione della legge*, in A.I.C., *La circolazione dei modelli e delle tecniche del giudizio di costituzionalità in Europa. Atti del XXI Convegno annuale, Roma, 27-28 ottobre 2006*, Jovene, Napoli, 2010, p. 207. Cfr. anche G. SORRENTI, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 177 ss. Per una visione diversa, che si ricollegava agli intendimenti espressi dal costituente, cfr. C. MEZZANOTTE, *Il giudizio sulle leggi. I. Le ideologie del costituente*, Giuffrè, Milano, 1979, in particolare pp. 197 ss., secondo cui l'ordinamento legale sarebbe rimasto «scisso e separato» da quello costituzionale e così, accanto alla Corte costituzionale, detentrici del monopolio interpretativo della Costituzione per assicurare l'uniforme interpretazione, si

viene coinvolto nell'individuazione di un'interpretazione adeguatrice, che eviti la dichiarazione di incostituzionalità e si rende particolarmente evidente a partire dalla metà degli anni Novanta,²⁶ quando è la stessa Corte costituzionale a richiedere ai giudici comuni, a pena di inammissibilità, di svolgere un tentativo di interpretazione conforme prima di sollevare l'incidente di costituzionalità, salvo che non si sia già formato un diritto vivente contrario. In tal modo la Corte richiede la collaborazione dei giudici non solo nel momento di proposizione della questione, ma anche nel momento risolutivo dei problemi di costituzionalità²⁷. Questa scelta ha favorito una più sollecita tutela dei diritti e al contempo ha consentito alla Costituzione di permeare, quale atto normativo, l'intero ordinamento; per altro verso, il ricorso sempre più frequente all'interpretazione conforme ha indotto i giudici comuni ad applicare direttamente la Costituzione anche sulla base di interpretazioni spesso non condivise dalla Corte; inoltre può impedire che questioni controverse giungano al controllo della Consulta²⁸, a scapito dell'accentramento del sindacato di costituzionalità e della certezza del diritto. La Consulta, negli ultimi anni, è quindi intervenuta nuovamente, modificando la propria giurisprudenza che si era andata consolidando a partire, come detto, dalla metà degli anni Novanta, per porre dei limiti al ricorso all'interpretazione conforme. Così, ora, al giudice rimettente si richiede solo di aver compiuto il tentativo di interpretazione conforme; qualora residui la possibilità di un'interpretazione alternativa, che il giudice ha però ritenuto di non fare propria, la questione non potrà essere dichiarata inammissibile, in quanto, afferma la Corte, «la verifica dell'esistenza e della legittimità di tale ulteriore interpretazione è questione che attiene al merito della controversia»²⁹. La Consulta ha inoltre

colloca la Corte di cassazione, che conserva la sua tradizionale funzione nomofilattica, quale supremo giudice di legittimità.

²⁶ Cfr. la sent. 22 ottobre 1996, n. 356, in cui la Corte afferma che «le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne), ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali».

²⁷ Così R. ROMBOLI, *Qualcosa di nuovo... anzi d'antico: la contesa sull'interpretazione conforme della legge*, in P. CARNEVALE, C. COLAPIETRO (a cura di), *La giustizia costituzionale fra memoria e prospettive. A cinquant'anni dalla prima sentenza della Corte costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 132.

²⁸ Cfr. A. RAUTI, *Interpretazione adeguatrice e ragionevolezza: la prospettiva dei giudici «comuni»*, in M. D'AMICO, B. RANDAZZO (a cura di), *Interpretazione conforme e tecniche argomentative. Atti del convegno di Milano svoltosi il 6-7 giugno 2008*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 88.

²⁹ Così la sent. 5 novembre 2015, n. 221, punto 3.3 del considerato in diritto. Si veda anche la sent. 24 febbraio 2017, n. 42, con cui la Corte ribadisce che laddove un'interpretazione costituzionalmente orientata sia difficilmente prospettabile, allora lo

precisato che il giudice è tenuto a sollevare la questione di costituzionalità, qualora l'interpretazione conforme risulti non solo «incompatibile con il disposto letterale della disposizione», ma altresì «del tutto eccentrica e bizzarra, anche alla luce del contesto normativo ove la disposizione si colloca»³⁰. Questa “nuovissima giurisprudenza”, come è stata definita, comporta un'integrazione o specificazione della precedente, nella direzione di un maggiore accentramento, ma non implica che la Corte costituzionale detenga il monopolio dell'interpretazione costituzionale³¹. Anzi, essa stessa ha sollecitato e continua a sollecitare, sia pure in modo meno vigoroso, l'applicazione diretta della Costituzione ad opera dei giudici comuni, favorendo la diffusione dei principi e dei valori costituzionali.

Sul tema occorre però qualche ulteriore precisazione. L'interpretazione conforme riguarda in prima battuta una disposizione di legge, da leggere alla luce della Costituzione. Attiene dunque sempre al tema più ampio dell'interpretazione costituzionale, sebbene l'oggetto della discussione sia innanzi tutto una legge ordinaria, mentre nel caso dell'ordinanza delle Sezioni si controverte, a monte, sulla diversa lettura di un articolo della Costituzione. Ora, l'interpretazione della Costituzione non può essere messa sullo stesso piano dell'attività esegetica di qualunque altra fonte del diritto, già per il fatto che solo la Costituzione, come asserito da Luciani, può «esprimere l'ordine assiologico della comunità organizzata in polis»³², qualificando e fondando i valori come tali, mentre alla legge non spetta il compito di effettuare queste scelte, dovendosi limitare a svolgerle e portarle ad effetto. Nel caso della Costituzione si rende necessario coordinare e conciliare principi generali, col ricorso al canone della ragionevolezza e alle tecniche di

scrutinio nel merito è necessario, anche solo al fine di stabilire se la soluzione conforme a Costituzione rifiutata dal giudice *a quo* sia invece possibile. In senso conforme Corte cost., 19 aprile 2018, n. 77.

³⁰ Così la sent. 19 febbraio 2016, n. 36, punto 4 del considerato in diritto.

³¹ Cfr. R. ROMBOLI, *Il sistema di costituzionalità tra “momenti di accentramento” e “di diffusione”*, in *Rivista Gruppo di Pisa*, n. 2/2020, pp. 6-7. Nel senso che il monopolio del sindacato di costituzionalità sulle leggi spetti alla Corte ma solo con riferimento alla dichiarazione di incostituzionalità e non all'interpretazione delle leggi e della stessa Costituzione, cfr. F. MODUGNO, *Inammissibilità della quaestio legitimitatis per omessa interpretazione costituzionalmente conforme e bilanciamento in concreto di diverse esigenze costituzionali*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2009, 2412. Secondo l'Autore, l'orientamento che si era consolidato a partire dalla pronuncia n. 356 del 1996 non aveva trasformato il sindacato da accentrato in diffuso, bensì aveva consentito che fosse concepito come una sorta di «sindacato collaborativo». Cfr. anche A. PACE, *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, in G. AZZARITI (a cura di), *Interpretazione costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2007, pp. 112-113.

³² Così M. LUCIANI, *Interpretazione costituzionale e testo della Costituzione. Osservazioni liminari*, in G. AZZARITI (a cura di), *Interpretazione costituzionale*, cit., p. 46.

bilanciamento³³, senza trascurare il problema della «adattabilità della Costituzione all'evolversi dell'ordinamento complessivo»³⁴. La Costituzione nasce con l'intento di dettare le regole che fondano l'ordinamento, destinate quindi a durare per quanto dura l'ordinamento stesso. Ne consegue una differente rilevanza, nelle operazioni ermeneutiche, del "testo" della Costituzione, così come dei lavori preparatori della stessa. Proprio la differenza, per alcuni qualitativa, dell'interpretazione costituzionale rispetto all'interpretazione delle altre fonti del diritto³⁵, per altri di tipo quantitativo, ossia di "gradazione"³⁶, giustifica il fatto che spetti alla Corte costituzionale, in presenza di letture divergenti, dire una sorta di ultima parola sulla Costituzione vigente³⁷, quale interprete più autorevole della stessa³⁸.

Nel caso di specie la Corte costituzionale ha voluto ribadire questo suo ruolo di "interprete ultimo delle norme costituzionali" e in tale veste ha ritenuto di escludere l'interpretazione che la stessa Cassazione definisce "evolutiva" dell'art. 111, comma 8, Cost. è vero che non si tratta di una sentenza di accoglimento e neppure di un'interpretativa di rigetto, bensì di una pronuncia di inammissibilità,

³³ G.U. RESCIGNO, *Interpretazione costituzionale e positivismo giuridico*, in G. AZZARITI (a cura di), *Interpretazione costituzionale*, cit., p. 21. Nel senso però che la ponderazione di principi costituzionali non sarebbe un'operazione interpretativa in senso stretto cfr. R. GUASTINI, *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 218.

³⁴ Così L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Il Mulino, Bologna, 1996, p. 146. Analogamente F. MODUGNO, *Sulla specificità dell'interpretazione costituzionale*, in ID., *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2008, pp. 211 ss.

³⁵ In tal senso ancora F. MODUGNO, *Sulla specificità dell'interpretazione costituzionale*, cit., 213, secondo cui l'interpretazione costituzionale sarebbe «qualitativamente distinguibile da quella giuridica generale» per il fatto che essa deve tener conto «oltre che degli enunciati della Costituzione formale, anche della normatività dei fatti costituzionalmente rilevanti»; L. PALADIN, *Le fonti del diritto*, cit., pp. 108 ss. e 146 ss. Cfr. anche G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 1988, pp. 52 ss.

³⁶ Così M. LUCIANI, *Interpretazione costituzionale*, cit., 48. Secondo l'Autore, «se per tutti gli interpreti il testo è necessariamente il significante di riferimento, per l'interprete della Costituzione quel significante reclama una maggiore stabilità interpretativa di quella richiesta dalle legge, e sollecita un più robusto ancoraggio alla *voluntas* dell'autore storico».

³⁷ Cfr. G.U. RESCIGNO, *Interpretazione costituzionale*, cit., p. 20. In tal senso già L. ELIA, *Sentenze "interpretative"*, cit., p. 1718; F. PIERANDREI, *Corte costituzionale*, in *Enciclopedia del Diritto*, X, Giuffrè, Milano, 1962, p. 987.

³⁸ Cfr. M. RUOTOLO, *L'interpretazione conforme a Costituzione nella più recente giurisprudenza costituzionale. Una lettura alla luce di alcuni risalenti contributi apparsi nella rivista «Giurisprudenza costituzionale»*, in A. PACE (a cura di), *Corte costituzionale e processo costituzionale nell'esperienza della rivista «Giurisprudenza costituzionale» per il cinquantesimo anniversario*, Giuffrè, Milano, 2006, 905.

ma in questo caso, si ribadisce, non è in discussione l'interpretazione di una norma di legge alla luce della Costituzione; si discute proprio del significato che può essere attribuito all'espressione "motivi inerenti la giurisdizione" contenuta nella norma costituzionale.

In proposito si è osservato³⁹ che la Costituzione non precisa il significato della formula in questione, così come non fornisce la definizione di diritti soggettivi e interessi legittimi e cioè delle situazioni soggettive alla base della ripartizione di giurisdizione. Ne seguirebbe che i confini tra le due giurisdizioni dovrebbero essere indicati dalla legge ordinaria e che, nell'interpretazione della legge, la Corte si collocherebbe su un piano non molto diverso da quello in cui si trovano i giudici comuni e la Cassazione in particolare. Ora, pur essendo frequente il riferimento alla legislazione ordinaria per meglio comprendere il significato di disposizioni costituzionali⁴⁰ - ma escluso che una norma di legge possa arrivare a dettare una definizione dei concetti costituzionali⁴¹ - in questa operazione, la Corte svolge comunque un ruolo di guida, proprio per le caratteristiche sopra evidenziate della Costituzione rispetto alle altre fonti del diritto. I giudici potranno fornire il loro contributo nell'evoluzione del significato della Costituzione, ma spetterà alla Corte verificare la correttezza delle operazioni ermeneutiche delle disposizioni costituzionali, utilizzando tutte le diverse tipologie di pronunce a disposizione, volta per volta più idonee rispetto alle questioni prospettate. Qualora poi un giudice non dovesse condividere la lettura della disposizione costituzionale fornita dalla Consulta in una pronuncia che non sia di accoglimento, allora dovrebbe proporre una nuova questione, prospettando ulteriori argomenti a supporto della propria tesi ed evitando uno scontro frontale, tanto più col coinvolgimento di giudici esterni al nostro ordinamento.

Si rinnova, invece, adesso un nuovo scontro tra la Corte di cassazione e la Corte costituzionale, che con la sent. 6 del 2018 aveva apertamente contraddetto l'interpretazione evolutiva dell'art. 111, comma 8, Cost. proposta dalla Suprema Corte. La lettura di tale comma fornita dalla Consulta corrisponde peraltro all'interpretazione che ne è stata data per anni dalla giurisprudenza⁴², in linea con

³⁹ Cfr. in tal senso le considerazioni di F. DAL CANTO, *Il ricorso in Cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione dinanzi alla Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, n. 3/2018, pp. 1537 ss., piuttosto critico nei confronti della sent. n. 6 del 2018, anche per la scelta della Corte di dichiarare l'inammissibilità della questione per difetto di rilevanza.

⁴⁰ Si vedano in proposito le riflessioni di R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1992, pp. 18 ss.

⁴¹ Cfr. G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Il Mulino, Bologna, 2008, pp. 265.

⁴² Cfr. A. TRAVI, *La Cassazione*, cit.

le intenzioni del legislatore costituente rispetto alla pluralità delle giurisdizioni⁴³ e non si può certamente sostenere che si tratti di una lettura sganciata dal testo, dal quale piuttosto ciò che emerge è proprio la scelta di tenere distinte le ipotesi di violazione di legge dai motivi inerenti la giurisdizione. Anche nella precedente sentenza n. 204 del 2004, in cui si era posto un freno all'eccessiva estensione della giurisdizione esclusiva, la Corte, richiamando i lavori preparatori della Costituzione e in particolare un intervento dell'on. Mortati⁴⁴, aveva evidenziato come si fosse escluso il controllo giurisdizionale della Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei conti, limitandolo all'eccesso di potere giudiziario, «coerentemente alla unità non organica, ma funzionale di giurisdizione, che non esclude, anzi implica, una divisione dei vari ordini di giudici in sistemi diversi, in sistemi autonomi, ognuno dei quali fa parte a sé»⁴⁵. Qualche problema in più potrebbe derivare dalla lettura della sentenza n. 77 del 2007, che ha riconosciuto il principio della *translatio iudicii* e che è stata segnalata come pronuncia in grado di imprimere alla giustizia amministrativa una trasformazione di portata fondamentale⁴⁶. Anche questa sentenza non sembra però giustificare di

⁴³ Sul dibattito svoltosi in Assemblea costituente e sull'importanza emersa in quella sede della conservazione della giurisdizione amministrativa per una migliore protezione delle posizioni individuali lese dalla pubblica amministrazione, cfr. M. D'AMICO, I. PELLIZZONE, *La giustizia amministrativa. Le ragioni della scelta del Costituente e profili costituzionali dell'attuale dibattito sui rapporti tra giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa*, in *Rivista A.I.C.*, n. 4/2014, pp. 4 ss.

⁴⁴ L'intervento dell'on. Mortati nella seduta pomeridiana del 27 novembre 1947 si può leggere in *Atti della Assemblea Costituente*, Tipografia della Camera dei Deputati, Roma, 1948, p. 2563. L'on. Mortati auspicava, peraltro, che non solo le sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei conti, ma tutte le pronunce delle giurisdizioni speciali fossero ricorribili per cassazione soltanto per difetto assoluto di giurisdizione, ritenendo contraddittorio istituire una giurisdizione speciale e al contempo sottoporre le sue decisioni al controllo di un giudice ordinario. Si veda anche l'intervento dell'on. Leone nella seduta pomeridiana del 21 novembre 1947, in *Atti della Assemblea Costituente*, cit., p. 2334. L'on. Leone difende la necessità della permanenza del Consiglio di Stato e della Corte dei conti come giudici speciali, in quanto sorti «non come usurpazione al giudice ordinario di particolari attribuzioni, ma come conquista di una tutela giurisdizionale da parte del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione».

⁴⁵ Così Corte cost., sent. 6 luglio 2004, n. 204, punto 2.2 del considerato in diritto.

⁴⁶ Sulla sentenza 12 marzo 2007, n. 77 si vedano le considerazioni di A. MANGIA, *Il lento incedere dell'unità della giurisdizione*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, n. 2/2007, pp. 736 ss. Secondo l'Autore, pur essendo lontani dal poter affermare un principio di unità della giurisdizione, il che andrebbe al di là degli stessi poteri della Consulta, la sentenza n. 77/2007 rivelerebbe la volontà della Corte di non tollerare ulteriormente «la presenza nell'ordinamento di meccanismi processuali che, per prestare omaggio al principio di

per sé l'abbandono della lettura tradizionale dell'art. 111 u.c., in favore di una evolutiva. In quella circostanza la Corte, non condividendo peraltro l'interpretazione adeguatrice pure prospettata dalla Cassazione⁴⁷, è intervenuta sui meccanismi di raccordo tra le due giurisdizioni, per consentire la conservazione degli effetti della domanda nel processo proseguito, a seguito di declinatoria di giurisdizione, davanti al giudice munito di giurisdizione. Il principio di effettività in quell'occasione è servito ad impedire che il titolare di una posizione soggettiva non riceva tutela a seguito di un errore nell'individuazione del giudice, in un sistema complesso, in cui spesso non è agevole optare tra giurisdizione ordinaria e giurisdizione speciale. Se è vero, dunque, che con quella decisione la Corte ha inteso superare il principio della incomunicabilità dei giudici appartenenti ad ordini diversi, in quanto incompatibile con fondamentali valori costituzionali e ha affermato chiaramente che la pluralità dei giudici «non può risolversi in una minore effettività, o addirittura in una vanificazione della tutela giurisdizionale», è anche vero che la *translatio iudicii* implica la pluralità delle giurisdizioni e interviene, come è stato rilevato, «su profili di coordinamento fra le due giurisdizioni, senza mai metterne in discussione l'ambito reciproco»⁴⁸.

In questa sede non si intende entrare nel dibattito concernente l'opportunità o meno del superamento dell'attuale assetto pluralistico della giurisdizione⁴⁹, ma ci si limita ad osservare che la lettura proposta dalla Consulta dell'art. 111 u.c. Cost. era comunque plausibile e in linea con una giurisprudenza decennale.

La Cassazione non è convinta della scelta ermeneutica della Consulta, solo che in questa circostanza non provvede direttamente a sindacare la sentenza del Consiglio di Stato e non solleva neppure una nuova questione di legittimità costituzionale, ma, nel tentativo di superarla, con il primo quesito, cerca una sponda nella Corte di Giustizia. Peraltro, per giustificare il rinvio, le Sezioni unite utilizzano argomentazioni dalle quali potrebbero trarsi conseguenze forse eccessive. Si pensi, ad esempio, all'affermazione secondo cui il giudice che dovesse fare applicazione di una normativa nazionale incompatibile con il diritto UE come interpretato dalla Corte di giustizia compirebbe in realtà un'attività di produzione

separazione, finiscano con tradursi in una limitazione della tutela assicurata alle posizioni soggettive riconosciute e protette negli artt. 24 e 113 Cost.».

⁴⁷ Cfr. Cass. Sez. un., 22 febbraio 2007, n. 4109.

⁴⁸ Così A. TRAVI, *Intervento*, cit., p. 4.

⁴⁹ Superamento auspicato anche da una parte della dottrina per altri versi decisamente critica rispetto alla giurisprudenza delle Sezioni unite. Cfr. A. TRAVI, *Intervento*, cit., pp. 1 ss. In passato, tra gli altri, si vedano le riflessioni di C. MARZUOLI, A. ORSI BATTAGLINI, *Unità e pluralità della giurisdizione: un altro secolo di giudice speciale per l'amministrazione*, in *Diritto pubblico*, 1997, pp. 895 ss. Cfr. anche G. BERTI, *Art 113 [e 103, 1° e 2° c.]*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Zanichelli-Foro Italiano, Bologna-Roma, 1987, pp. 112 ss.

normativa non consentita neppure al legislatore nazionale. Il giudice nazionale in questa prospettiva avrebbe esercitato un potere giurisdizionale di cui sarebbe radicalmente privo e pertanto sarebbe incorso in un difetto assoluto di giurisdizione, sindacabile innanzi alla Corte di cassazione. Ad accettare questa lettura ed allargando ulteriormente il discorso, si potrebbe arrivare a sostenere che ogni qualvolta un giudice proceda ad un'interpretazione del diritto non meramente letterale e comunque non condivisibile stia in realtà creando diritto. Ci si potrebbe domandare se il medesimo argomento non sia allora utilizzabile contro la stessa Cassazione, quando propone un'interpretazione evolutiva dell'ultimo comma dell'art. 111 Cost., che cerca di superare una lettura consolidatasi negli anni e ribadita con forza dalla stessa Corte costituzionale. Il tema del rapporto tra interpretazione e produzione del diritto è particolarmente complesso e forse avrebbe meritato ulteriore approfondimento.

Inoltre, rimanendo nel campo del rapporto tra ordinamenti, l'ordinanza delle Sezioni Unite contiene altre affermazioni non pienamente condivisibili, quando ad esempio afferma che nelle controversie disciplinate dal diritto UE lo Stato avrebbe «rinunciato all'esercizio della sovranità», esercitata dall'Unione tramite i giudice nazionali, «il cui potere giurisdizionale esiste esclusivamente in funzione dell'applicazione del diritto dell'Unione»; oppure quando, richiamando la giurisprudenza della Corte di giustizia, sostiene che il Trattato costituisce la carta costituzionale di una comunità di diritto. Affermazioni che suscitano qualche perplessità. Intanto l'art. 11 Cost. fa riferimento a «limitazioni di sovranità» e non ad una vera e propria rinuncia all'esercizio della sovranità in favore di un altro soggetto⁵⁰, il che trova peraltro conferma nella possibile attivazione dei controlimiti da parte della Corte costituzionale. Per la stessa ragione non si può dire che i giudici esercitino il loro potere «esclusivamente in funzione dell'applicazione del diritto dell'Unione», anche perché, come precisato nella sent. n. 269 del 2017, in presenza di una legge oggetto di dubbi di illegittimità tanto in riferimento ai diritti protetti dalla Costituzione italiana, quanto in relazione a quelli garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea in ambito di rilevanza comunitaria, ben potrebbe il giudice sollevare la questione di costituzionalità innanzi alla Corte costituzionale.

4. Il rischio di un nuovo scontro tra Corte costituzionale e Corte di Giustizia

Il rinvio pregiudiziale, a prescindere dalle motivazioni che non sembrano sempre così solide, potrebbe per di più aprire la via ad un conflitto tra la Corte costituzionale e la Corte di giustizia. I rapporti tra queste due Corti negli ultimi anni sono infatti caratterizzati da un equilibrio non particolarmente stabile,

⁵⁰ Cfr. per tutti L. PALADIN, *Le fonti del diritto*, cit., 434.

raggiunto con difficoltà ed anche con la minaccia del ricorso ai “controlimiti”, come nella nota “vicenda Taricco”. In quella circostanza la Consulta, dopo avere individuato i profili di incompatibilità esistenti tra la regola che la Corte di giustizia aveva tratto dall’art. 325 del TFUE⁵¹ e principi e diritti sanciti dalla Costituzione, anziché procedere direttamente ad applicare i controlimiti, ha preferito domandare alla Corte di giustizia se, nella prospettiva di quest’ultima, il giudice nazionale dovesse dare applicazione alla regola anche in caso di conflitto con un principio cardine dell’ordinamento italiano. La Consulta ha cercato un appiglio nella sentenza Taricco e lo ha trovato in due passaggi, in cui si afferma che il giudice nazionale, se anche dovesse disapplicare la norma dello Stato membro, dovrà assicurarsi che i diritti fondamentali degli interessati siano rispettati. Secondo la Consulta, il senso di queste precisazioni è che «la regola tratta dall’art. 325 del TFUE è applicabile solo se è compatibile con l’identità costituzionale dello Stato membro, e che spetta alle competenti autorità di quello Stato farsi carico di una siffatta valutazione». L’intento è quello di evitare, se e fin quando possibile, uno scontro aperto con la Corte di giustizia, assumendo un approccio prudente, improntato ai principi di leale cooperazione e di proporzionalità, così, da un lato, da preservare l’identità costituzionale della Repubblica italiana e, dall’altro, da non compromettere le esigenze di uniforme applicazione del diritto dell’Unione.

Per alcuni commentatori la questione pregiudiziale sollevata in quella circostanza dalla Consulta suonava un po’ come un “*ultimatum*”⁵², ma in ogni caso si trattava di un tentativo finalizzato ad evitare il conflitto. E così è stato, grazie anche alla risposta fornita dalla Corte di giustizia, che ha ammesso la possibilità di una deroga all’obbligo di disapplicazione della norma nazionale in contrasto col diritto UE, laddove necessaria per assicurare il rispetto di un principio, quello di legalità dei reati e delle pene, non solo di ordine costituzionale, ma che trova fondamento altresì nel diritto dell’Unione.⁵³ La Consulta ha così potuto concludere il proprio giudizio, ribadendo di essere l’autorità competente ad esercitare il

⁵¹ Con la sentenza 8 settembre 2015, nella causa C-105/14, Taricco.

⁵² Cfr. A. RUGGERI, *Ultimatum della Consulta alla Corte di giustizia su Taricco, in una pronunzia che espone, ma non ancora oppone, i controlimiti (a margine di Corte cost. 24 del 2017)*, in *Consulta Online*, n. 1/2017, p. 81; M. LUCIANI, *Intelligenti pauca. Il caso Taricco torna (catafratto) a Lussemburgo*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 1/2017, p. 4.

⁵³ Si tratta della sentenza 5 dicembre 2017, causa C-42/17, M.A.S., M.B. La Corte di Lussemburgo non ha fatto riferimento al rispetto dell’identità nazionale degli Stati membri previsto dall’art. 4, par. 2, TUE, e ha al contempo evitato di entrare nella questione dei controlimiti, ma ha riconosciuto che il principio di legalità dei reati e delle pene, sotto i diversi profili della prevedibilità, determinatezza e irretroattività della legge penale applicabile, trova fondamento nel diritto UE (art. 49 della Carta dei diritti fondamentali, ma anche nelle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri) e spetta al giudice nazionale garantirne il rispetto.

controllo sollecitato dalla Corte di giustizia e, in concreto, riconoscendo l'inapplicabilità della c.d. "regola Taricco" nel nostro ordinamento.⁵⁴ Le due Corti, seguendo percorsi in parte differenti,⁵⁵ sono comunque riuscite nell'intento di evitare uno scontro aperto e l'applicazione effettiva dei controlimiti; la Corte costituzionale ha peraltro trovato il modo per ribadire che, a livello nazionale, spetta ad essa «in via esclusiva il compito di accertare se il diritto dell'Unione è in contrasto con i principi supremi dell'ordine costituzionale e in particolare con i diritti inalienabili della persona»⁵⁶.

Ora, con l'ordinanza di rinvio pregiudiziale in esame, si prospetta una nuova occasione di scontro tra Corte costituzionale e Corte di Lussemburgo. La stessa vicenda "Taricco", se nel complesso ha rivelato la volontà delle due Corti di cercare un confronto costruttivo in tema di tutela dei diritti fondamentali, ha comunque lasciato qualche ombra. In quella circostanza, infatti, la Corte UE non ha dato spazio alla tesi dell'identità costituzionale degli Stati membri, ma ha preferito tornare a ragionare intorno al principio di legalità dei reati e delle pene, attraverso una sorta di «reinterpretazione di quanto statuito nella Taricco I»⁵⁷.

D'altra parte non vi è solo il "caso Taricco". La giurisprudenza costituzionale che si è formata a partire dalla pronuncia n. 269 del 2017 testimonia la volontà della Consulta di essere ancora al centro del sistema di tutela dei diritti costituzionalmente garantiti, anche nel momento in cui gli stessi diritti incontrano una diversa tutela in strumenti di carattere sovranazionale, a partire dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.⁵⁸ Secondo la Consulta, infatti, la violazione dei diritti della persona impone un passaggio innanzi alla Corte costituzionale stessa, «anche al fine di assicurare che i diritti garantiti dalla Carta dei diritti siano interpretati in armonia con le tradizioni costituzionali»⁵⁹. E ciò a prescindere dalla natura delle norme della Carta di Nizza eventualmente coinvolte,

⁵⁴ Cfr. la sent. 31 maggio 2018, n. 115, secondo cui l'inapplicabilità della "regola Taricco", tratta dall'art. 325 parr. 1 e 2 TFUE, trova il proprio fondamento sia nella Costituzione, sia nello stesso diritto dell'Unione.

⁵⁵ Sulle argomentazioni della Corte di giustizia e sulle differenze rispetto ai motivi adottati dalla Corte costituzionale nell'ordinanza di rinvio, cfr. O.M. PALLOTTA, *Taricco II: taking (fundamental) rights seriously (Osservazioni a margine della sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea del 5 dicembre 2017 in causa C-42/17)*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 1/2018, pp. 6 ss.

⁵⁶ Così la sent. n. 115/2018 cit.

⁵⁷ Così G. COMAZZETTO, *Luci e ombre del dialogo tra Corti: la "saga Taricco" tra revirements e questioni irrisolte*, in *Consulta Online*, n. 2/2018, p. 356.

⁵⁸ Sull'argomento sia consentito rinviare a G. MONACO, *La Corte costituzionale ridisegna il proprio ruolo nella tutela dei diritti fondamentali, tra Carta di Nizza, CEDU e Carta Sociale europea*, in *Rivista A.I.C.*, n. 3/2020, in particolare pp. 148 ss.

⁵⁹ Così la sent. 20 dicembre 2017, n. 269, punto 5.2 del considerato in diritto.

più o meno dettagliate che siano: la Corte costituzionale non ha cioè fatto ricorso alla distinzione tra norme dotate o meno di efficacia diretta, coinvolgendo nel suo ragionamento l'intera Carta dei diritti, per via del suo contenuto.⁶⁰ Con alcune pronunce successive, per un verso, ha ulteriormente allargato il proprio campo d'azione, ritenendo di non potersi sottrarre ad una decisione di legittimità costituzionale laddove il giudice *a quo* abbia sollevato la questione utilizzando come norme interposte, «disposizioni dell'Unione Europea attinenti, nella sostanza, ai medesimi diritti tutelati da parametri interni»⁶¹. Per altro verso, ha precisato che il giudice potrà procedere esso stesso al rinvio pregiudiziale, al limite anche dopo la conclusione del giudizio incidentale di legittimità costituzionale⁶²; l'affermazione ha consentito di superare il timore di un restringimento dei canali di accesso dei giudici comuni alla Corte di Giustizia⁶³ e pare dettata proprio dalla volontà della Consulta di evitare nuovi conflitti con la Corte di Lussemburgo, sebbene in concreto la Corte costituzionale preferisca gestire direttamente il dialogo con la Corte UE, proponendo essa stessa il rinvio pregiudiziale laddove necessario per chiarire il significato e gli effetti delle norme della Carta dei diritti⁶⁴.

A fronte, quindi, di una situazione ancora fluida, la scelta operata dalle Sezioni unite con l'ordinanza n. 19598/2020 e in particolare con il primo quesito rischia di compromettere il delicato equilibrio raggiunto dalle due Corti a costo di "ultimatum" e ripensamenti. Viene infatti messa in discussione l'interpretazione di un articolo della Costituzione prospettata dalla Corte costituzionale, cioè

⁶⁰ In quella circostanza la Corte costituzionale non ha neppure fatto ricorso alla classica bipartizione tra regole e principi, come suggerito invece da A. BARBERA, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia*, in *Quaderni Costituzionali*, 2018, pp. 158 ss. o alla bipartizione tra diritti e principi presente nella stessa Carta. Si veda anche E. CAVASINO, *Diritti e principi nello spazio giuridico europeo dei diritti fondamentali: un aspetto dell'esperienza costituzionale*, in *Rivista A.I.C.*, 1/2020, 565 ss.

⁶¹ Così la sent. 5 febbraio 2020, n. 11.

⁶² Cfr. la sent. 21 marzo 2019, n. 63. Sull'argomento si veda R. ROMBOLI, *Vincolatività della interpretazione della Cedu da parte della Corte edu e restituzione degli atti al giudice "a quo" in una pronuncia che mostra la difficile tenuta della priorità costituzionale indicata nella sentenza n. 269 del 2017*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, n. 1/2018, pp. 861 ss., che già nella sent. n. 269/2017 leggeva un "invito" al giudice a sollevare la questione di legittimità costituzionale, più che un obbligo. Cfr. anche A. CARDONE, *Dalla doppia pregiudizialità al parametro di costituzionalità: il nuovo ruolo della giustizia costituzionale accentrata nel contesto dell'integrazione europea*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2020, pp. 27 ss.

⁶³ Cfr. G. SCACCIA, *Corte costituzionale e doppia pregiudizialità: la priorità del giudizio incidentale oltre la Carta dei diritti?*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 2/2020, p. 327.

⁶⁴ Cfr. di recente l'ord. 30 luglio 2020, n. 182, di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, sulle condizioni per la concessione dell'assegno di natalità e dell'assegno di maternità.

dall'organo cui, a detta della stessa Cassazione, dovrebbe spettare l'ultima parola nell'interpretazione di disposizioni costituzionali: si chiede in sostanza alla Corte di giustizia di valutare la compatibilità con il diritto europeo di una norma costituzionale, come interpretata dalla Consulta, o comunque di superare la lettura dell'art. 111, comma 8, Cost. fornita dalla Consulta. Si aprono così nuovi scenari, dagli sviluppi imprevedibili. L'auspicio è che la Corte di Lussemburgo non dia risposta positiva quanto meno al primo quesito⁶⁵, evitando di entrare in un tema delicato come quello dei conflitti di giurisdizione interni, nel rispetto del principio di autonomia processuale degli Stati membri, e di schierarsi a favore di una certa esegesi dell'art. 111, comma 8, Cost. Una diversa soluzione potrebbe preludere a nuove tensioni tra Corte costituzionale e Corte di Giustizia e si riproporrebbe il pericolo dell'attivazione dei controlimiti⁶⁶. Le tensioni potrebbero essere in prospettiva ancora più gravi rispetto a quelle manifestatesi in occasione del "caso Taricco", perché in questa circostanza, a parte il merito delle questioni - che riguardano comunque temi delicati e di estrema rilevanza, quali il riparto delle giurisdizioni, la qualificazione delle situazioni giuridiche soggettive e le forme di tutela delle stesse - verrebbe messa in discussione l'esegesi di una disposizione costituzionale operata dall'organo preposto proprio alla tutela della Costituzione, con ripercussioni sulla posizione della Corte costituzionale e sul sindacato accentratore di costituzionalità.

⁶⁵ Cfr. in tal senso anche le considerazioni di R. BIN, *È scoppiata la terza "guerra tra le Corti"? A proposito del controllo esercitato dalla Corte di cassazione sui limiti della giurisdizione*, in *federalismi.it*, 18 novembre 2020, 10, fortemente critico nei confronti della scelta operata dalla Cassazione. L'Autore qualifica lo scontro tra le due Corti nazionali come una guerra «dichiarata in modi che ben si possono definire spettacolari», ritiene che la questione sia palesemente di esclusivo diritto interno e che, nel caso in cui la Corte di giustizia dovesse cadere nella "trappola", accettando di occuparsi della questione, si riproporrebbe un nuovo caso Taricco.

⁶⁶ Secondo Tropea il tema dei controlimiti si porrebbe sotto due profili: da un lato per quanto concerne il modello costituzionale di tutela dell'interesse legittimo (artt. 24, 103 e 113 Cost.), dall'altro in relazione all'art. 111, comma 8, Cost. nonché al principio di precostituzione del giudice naturale di cui all'art. 25 Cost. Cfr. G. TROPEA, *Il Golem europeo e i «motivi inerenti alla giurisdizione»* (Nota a Cass., Sez. Un., ord. 18 settembre 2020, n. 19598), in *Giustizia Insieme*, 7 ottobre 2020, disponibile all'indirizzo www.giustiziainsieme.it.