

I «MOTIVI INERENTI ALLA GIURISDIZIONE» E IL GIOCO DELLE TRE CORTI

Giancarlo Antonio Ferro

Abstract (ITA): Lo scritto ha ad oggetto l'ordinanza 18 settembre 2020, n. 19598, con cui le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno sollevato una delicata questione pregiudiziale dinanzi alla Corte di Giustizia dell'Unione europea. Ed infatti si chiede, alla Corte UE, *inter alia*, di risolvere un conflitto interpretativo avente ad oggetto l'art. 111, co. 8, della Costituzione italiana. L'Autore, pur criticando la decisione della Cassazione, coglie spunti per riflettere in prospettiva *de iure condendo* sull'attuale modello di riparto tra le giurisdizioni.

Abstract (EN): The essay deals with order 18 september 2020, n. 19598, with which the U.S. of Court of Cassation asked for a delicate preliminary ruling before the European court of justice. Indeed, the European Court is hereby called, *inter alia*, to solve a conflict of interpretation of the law regarding art. 111, co. 8 of the Italian Constitution. The Author, even if skeptical of the decision of the Court of cCassation, takes the chance to assess prospectively, *de iure condendo*, the current model of separation of jurisdictions.

SOMMARIO: **1.** Premessa. – **2.** Cenni al contesto in cui è maturata la decisione della Corte di Cassazione di adire la Corte di giustizia dell'Unione europea: i "motivi inerenti alla giurisdizione" tra tradizione e letture evolutive. – **3.** Su alcuni profili critici dell'ordinanza n. 19598 del 2020: l'erroneo ricorso al "dialogo" con la Corte di giustizia dell'Unione europea per segnare il perimetro d'estensione dei «motivi inerenti alla giurisdizione». – **4.** La reazione della Corte di Cassazione alla sentenza n. 6 del 2018 della Corte costituzionale: passaggio storico nel rafforzamento del "dialogo" con il giudice dell'Unione europea o fuga dal modello di giustizia costituzionale ad oggi vigente? – **5.** "Ultima parola" e lessico della giurisdizione (oltre l'*original intent* del Costituente). Osservazioni conclusive.

◆ Lo scritto – qui proposto con alcune integrazioni rispetto al testo originario – è destinato al volume "*Specialità delle giurisdizioni ed effettività delle tutele*", a cura di A. GUIDARA, F. RANDAZZO, E. NICOSIA, A. FABBI, G. A. FERRO (di prossima pubblicazione per i tipi Giappichelli), che raccoglie gli Atti del Convegno dal medesimo titolo, tenutosi a Catania nei giorni 9 e 10 aprile 2021.

1. Premessa

Il presente contributo trae spunto da una recente ordinanza, con la quale le Sezioni Unite della Corte di Cassazione¹ hanno promosso dinanzi alla Corte di Giustizia dell'Unione europea, ai sensi dell'art. 267 TFUE, un rinvio pregiudiziale di interpretazione dalla teorica portata dirompente per il sistema di (non facile) convivenza tra i plessi giurisdizionali nell'ordinamento italiano².

In particolare, la Cassazione ha richiesto ai giudici del Kirchberg di chiarire se sussista la compatibilità con il diritto dell'Unione: a) della «prassi interpretativa» concernente gli artt. 111, co. 8, Cost.; 360, co. 1, n. 1 e 362, co. 1, c.p.c. e 110 c.p.a., secondo cui avverso le sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti il ricorso per cassazione per i soli motivi inerenti alla giurisdizione non può essere utilizzato per far valere la violazione di norme unionali; b) della «prassi giurisprudenziale nazionale» che impedisce di sindacare, quale motivo inerente alla

¹ Cass., sez. un., ord. 18 settembre 2020, n. 19598.

² Tanto da aver già alimentato un acceso dibattito nella comunità dei giuristi. Tra i numerosi commenti, senza pretesa di esaustività, v. R. BIN, *È scoppiata la "terza guerra" tra due Corti? A proposito del controllo esercitato dalla Corte di Cassazione sui limiti della giurisdizione*, in *Federalismi*, 18 novembre 2020; B. CARAVITA, *Postilla a S. BARBARESCHI, L.A. CARUSO, La recente giurisprudenza costituzionale e la Corte di Cassazione «fuori contesto»: considerazioni a prima lettura di ord. Cass. SS.UU. 18 settembre 2020, n. 195982*, in *Federalismi*, 4 novembre 2020; A. CARRATTA-G. COSTANTINO-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; R. CARBONE, *Ricorsi reciprocamente escludenti, ricorso per motivi di giurisdizione e obbligo di rinvio pregiudiziale: lo scambio dialettico tra Corte costituzionale, Corte di Cassazione, Consiglio di Stato e Corte di Giustizia*, in *Forum di quaderni costituzionali*, 1, 2021, 201 ss.; E. CASTORINA, *Unità e pluralismo giurisdizionale alla prova del diritto europeo*, in *Federalismi.it*, 30 giugno 2021 (relazione al presente Convegno); F. FRANCIARI, *Quel pasticciaccio brutto di piazza Cavour, piazza del Quirinale e piazza Capodiferro (la questione di giurisdizione)*, in *Giustiziainsieme*, 11 novembre 2020; M. LIPARI, *Il sindacato della Cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato per i soli motivi inerenti alla giurisdizione tra l'art. 111, co. 8, della Costituzione e il diritto dell'Unione Europea: la parola alla Corte di Giustizia. Nota critica all'ordinanza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione 18 settembre 2020 n. 19598*, in *Giustiziainsieme*, 11 dicembre 2020; M. MAZZAMUTO, *Le Sezioni Unite della Cassazione garanti del diritto UE?*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario* 2020, 675 ss.; B. NASCIBENE - P. PIVA, *Il rinvio della Corte di Cassazione alla Corte di giustizia: violazioni gravi e manifeste del diritto dell'Unione europea?*, in *Giustiziainsieme*, 24 novembre 2020; M.A. SANDULLI, *Guida alla lettura dell'ordinanza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione n. 19598 del 2020*, *Giustiziainsieme*, 30 novembre 2020; G. TESAURO, *La Corte costituzionale e l'art. 111, ult. comma: una preclusione impropria al rinvio pregiudiziale obbligatorio*, in *Federalismi*, 34, 2020, 236 ss.; P.L. TOMAIUOLI, *Il rinvio pregiudiziale per la pretesa ma incostituzionale giurisdizione unica (nota a Cass., Sezioni Unite, ord. 18 settembre 2020, n. 19598)*, in *Consulta on line*, III, 2020, 698 ss.; B. SASSANI, *Fondamenti e teoria generale del riparto di giurisdizione, tra unicità e pluralità*, (relazione al presente Convegno, di prossima pubblicazione nel Volume che raccoglie gli Atti); A. TRAVI, *La Cassazione sottopone alla Corte di giustizia il modello italiano di giustizia amministrativa*, in *Foronews* (Foro It.), 12 ottobre 2020; G. TROPEA, *Il Golem europeo e i «motivi inerenti alla giurisdizione» (Nota a Cass., Sez. un., ord. 18 settembre 2020, n. 19598)*, in *Giustiziainsieme*, 7 ottobre 2020; A. SAPORITO, *Il sindacato esercitabile sulle sentenze del Consiglio di Stato. La Corte di Giustizia dell'Unione Europea chiamata a pronunciarsi sul contrasto fra Sezioni Unite della Corte di Cassazione e Corte Costituzionale*, in *Quaderni Amministrativi*, 1/2021.

giurisdizione, l'*error in procedendo* del Consiglio di Stato che abbia violato l'obbligo di rinvio alla Corte di Giustizia; c) delle norme di diritto interno del processo amministrativo che, a determinate condizioni, comportano in materia di appalti pubblici la preclusione dell'esame del ricorso principale proposto da un soggetto partecipante ad una gara, in caso di accoglimento del ricorso incidentale escludente proposto dall'aggiudicatario (o da altro partecipante controinteressato).

Al di là della specifica materia oggetto della controversia e di aspetti che più direttamente coinvolgono le peculiarità del processo amministrativo³, l'ordinanza possiede, indubbi profili di interesse per il costituzionalista.

Ciò vale, in particolare, per la prima delle questioni poste dalla Corte di Cassazione, con cui si intercettano assai da vicino i temi del presente convegno, giacché essa incide sul perimetro d'estensione dell'art. 111, (in origine co. 3, oggi) co. 8, Cost., che nella sua ambigua formulazione ha rappresentato e continua a rappresentare, al contempo, "croce" (per la Corte di Cassazione) e "delizia" (per Consiglio di Stato e Corte dei Conti) nel rapporto tra la pluralità dei plessi giurisdizionali esistenti nell'ordinamento italiano.

Dietro il paravento della questione di rilievo eurounitario, infatti, sembrano proiettarsi le inquietudini che, da tempo immemore, caratterizzano i rapporti tra

³ L'ordinanza è stata emessa a seguito di 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. Secondo un consolidato orientamento del g.a. è inammissibile il ricorso presentato contro gli atti di gara e il provvedimento di aggiudicazione a un terzo da parte di un concorrente già escluso dalla gara (nella specie, per il mancato superamento della c.d. soglia di sbarramento nella valutazione dell'offerta tecnica), salvo che non ottenga una pronuncia di accertamento dell'illegittimità dell'esclusione. Pertanto, secondo il g.a., 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 quanto escluso, è ormai portatore di un interesse di mero fatto, analogo a quello di qualunque altro operatore economico del settore che non abbia partecipato alla gara. La Cassazione non condivide, tuttavia, il richiamato indirizzo giurisprudenziale del Consiglio di Stato ritenendo, di contro, che debbano essere esaminati nel merito anche gli ulteriori motivi del ricorso principale del soggetto escluso, volti a contestare l'esito della gara sotto altri profili. Sarebbe questo, del resto, a detta dei giudici di piazza Cavour, l'orientamento della giurisprudenza della Corte di Giustizia. Ne consegue, che per esaminare nel merito il ricorso avverso l'impugnata sentenza del Consiglio di Stato – e, in definitiva, per accertare la sussistenza di un *error in procedendo* del provvedimento gravato – la Cassazione debba in primo luogo "abbattere" la barriera fissata dall'art. 111, co. 8, Cost. sulla sindacabilità delle sentenze del giudice d'appello amministrativo per i soli motivi inerenti alla giurisdizione.

Corte di Cassazione e Consiglio di Stato⁴, il cui idilliaco connubio non pare, allo stato, favorito dalle ambiguità e dalle contraddizioni presenti nel testo costituzionale.

E che questo matrimonio non s'abbia da fare né domani né mai lo ha (in apparenza) stabilito assai di recente la Corte costituzionale con la sentenza n. 6 del 2018 che, come si vedrà, ha ulteriormente agitato le già non placide acque dell'asimmetrico pluralismo giurisdizionale italiano.

Nondimeno, quando il finale di partita sull'interpretazione dell'art. 111, co. 8, Cost. sembrava essere stato definitivamente segnato dal giudice delle leggi, con l'ordinanza *de qua* la Corte di Cassazione, per nulla cedendo alla rassegnazione, ha inteso non solo riaprire ma allargare il gioco, nel tentativo, da un lato, di trovare un varco di fuga dagli ostacoli di diritto domestico; dall'altro, di stabilire con il giudice del Kirchberg un'alleanza che, se sul versante euronitario può dirsi suggestiva, in prospettiva domestica si traduce in un aperto conflitto con la Corte costituzionale.

Occorre domandarsi, pertanto, se la strada intrapresa possa condurre alla meta sperata o se, al pari del più famoso "gioco delle tre carte", anche quello avviato dalla Cassazione con l'ordinanza n. 19598/2020 non si riveli, in ultimo, soltanto illusorio.

2. Cenni al contesto in cui è maturata la decisione della Corte di Cassazione di adire la Corte di giustizia dell'Unione europea: i

4 Ed infatti, come si vedrà, dietro la formulazione dell'art. 111, co. 2 (oggi, 8), Cost. si agita la tormentata storia dei conflitti di giurisdizione, segnata da stratificati interventi normativi, cui in questa sede si può fare rapido cenno. Già in epoca liberale, infatti, si avvertì l'esigenza di creare un organo cui attribuire la risoluzione di tali conflitti, soprattutto al fine di difendere la pubblica amministrazione dalle ingerenze dei giudici ordinari. Dapprima, con l. 2248/1865 si attribuì al Consiglio di Stato, sul modello francese, tale potere. Successivamente, con l. 3761/1877 si individuò nelle sezioni unite della Cassazione romana l'organo deputato a risolvere eventuali conflitti di giurisdizione positivi o negativi tra giudici ordinari e altri giudici speciali, nonché a presidiare i confini tra giurisdizioni e amministrazione. Solo con l. 5992/1889, con cui si istituì la IV sezione del Consiglio di Stato, si attribuì a quest'ultimo la giurisdizione sugli interessi legittimi, anche se, per il riconoscimento della natura giurisdizionale del ricorso al Consiglio di Stato IV dovrà attendersi la l. 62/1907. Ed è proprio l'art. 6 di tale ultima legge che stabilì la ricorribilità in Cassazione delle pronunce del Consiglio di Stato "soltanto per assoluto difetto di giurisdizione", con il chiaro intento di arginare eventuali sconfinamenti del g.a. nella sfera riservata, soprattutto, all'esecutivo e al legislativo. Tale statuizione trovò conferma, in seguito, nell'art. 48 del r.d. n. 1054/1923 (Testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato), che secondo consolidato orientamento continuò ad essere interpretato nel senso di rendere ricorribili le sentenze del giudice speciale non solo nell'ipotesi di invasione della sfera attribuita all'amministrazione o al legislatore, ma anche di interferenza con l'ambito riservato ad altri plessi giurisdizionali. Infine, l'art. 362 del codice di procedura civile del 1940 prevede il ricorso per Cassazione avverso le decisioni «in grado d'appello o in unico grado rese da un giudice speciale per motivi attinenti alla giurisdizione del giudice stesso». Per una puntuale ricostruzione del dibattito dottrinale e giurisprudenziale che accompagnò l'evoluzione normativa qui sinteticamente ricostruita, v., in particolare, pur nella diversità di esiti, A. LAMORGESE, *La giurisdizione contesa. Cittadini e pubblica amministrazione*, Torino 2014, *passim*; M. MAZZAMUTO, *Il riparto di giurisdizione. Apologia del diritto amministrativo e del suo giudice*, Napoli 2008, *passim*.

“motivi inerenti alla giurisdizione” tra tradizione e letture evolutive.

Come noto, la limitazione della ricorribilità in Cassazione delle decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti per i “*sol*i motivi inerenti alla giurisdizione”, prevista dall’art. 111, co. 8 Cost. rappresenta il più immediato precipitato del difficile compromesso raggiunto in Assemblea costituente tra sostenitori del principio di unità della giurisdizione⁵ e coloro che, pur con differenti prospettive, si mostrarono convinti della necessità di mantenere l’assetto plurale allora esistente⁶. Si assegnò così alla Corte di Cassazione un ruolo di unitaria omogeneizzazione in sede di legittimità delle giurisprudenze tanto dei giudici ordinari che di quelli speciali ai sensi dell’art. 111, co. 7 (in origine, co. 2) Cost., con esplicita deroga per le pronunce del Consiglio di Stato e della Corte dei conti, impugnabili appunto nei limiti stabiliti dal successivo ottavo comma dell’art. 111 Cost.

L’ossequioso rispetto che, sul punto, già i *founding fathers* mostrarono per la tradizione sembra emergere anche dalle interpretazioni che, in epoca repubblicana, hanno accompagnato la storia dell’ambigua formulazione del testo costituzionale.

⁵ Fu questa la posizione espressa in seno alla II Sottocommissione da Pietro Calamandrei, il quale, ritenendo che le sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato avessero ormai esaurito storicamente il loro compito, intendeva affidare l’esercizio della funzione giurisdizionale ai soli giudici ordinari, con attribuzione al Consiglio di Stato e alla Corte dei Conti di mere funzioni consultive. Consapevole delle resistenze culturali che tale proposta avrebbe incontrato, Calamandrei fu, comunque, assai fermo nell’affermare l’esigenza di coniugare il pluralismo delle giurisdizioni, quanto meno, con la previsione di un’unica nomofilachia. Da qui, la previsione del ricorso per Cassazione avverso le decisioni di tutti i giudici, per violazioni di legge al fine di garantire l’unità del diritto nazionale attraverso l’uniformità dell’interpretazione giurisprudenziale «e per regolare le competenze» (cfr. *Atti dell’Assemblea costituente*, II sottocommissione, seduta del 5 dicembre 1946).

⁶ Animati soprattutto dal timore che la pubblica amministrazione finisse per essere sottoposta al controllo della magistratura ordinaria. Giova ricordare, ad esempio, la posizione di Costantino Mortati per il quale, contrariamente a quanto proposto da Calamandrei, occorre mantenere le giurisdizioni speciali all’epoca esistenti. Ed infatti «se la ragion d’essere della previsione di giudici speciali sta nel presupposto che ci sia un giudice più idoneo di quello ordinario ad interpretare la legge regolativa di certi rapporti, l’esigenza del rispetto di questo presupposto porta ad escludere per tutte le giurisdizioni speciali il sindacato della Corte di Cassazione», che andava limitato ai soli casi di eccesso di potere giudiziario, cioè alla mancanza o difetto assoluto di giurisdizione. La risoluzione dei conflitti tra i vari plessi giurisdizionali, in quest’ottica, andava sottratta alla Cassazione e assegnata a un organo terzo che egli individuava nella Corte costituzionale. A tale ultimo rilievo mosse obiezioni Giovanni Leone che riteneva più conforme al modello sino ad allora delineato in Assemblea – con il quale si era deciso di deflettere dal principio di unità della giurisdizione – attribuire alla Corte di Cassazione il giudizio su violazioni di legge perpetrate dai giudici ordinari o speciali, ad eccezione delle pronunce del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti («i due grossi tronchi di giurisdizioni amministrative»), per le quali il ricorso in Cassazione andava limitato ai soli casi di difetto di giurisdizione. Ed infatti, «la ragione è che queste giurisdizioni incidono con la loro attività nell’atto amministrativo; sicchè c’è maggiore aderenza tra queste giurisdizioni e gli atti del potere amministrativo, donde la conseguenza che anche il motivo di violazione di legge è motivo che si radica sull’essenza, sulla finalità, sul motivo di opportunità che ispirano l’atto amministrativo» (cfr. *Atti dell’Assemblea costituente*, seduta pomeridiana del 27 novembre 1947).

Ed infatti, secondo un consolidato orientamento ermeneutico il ricorso per Cassazione avverso le sentenze delle altre due “supreme” magistrature, per riprendere la lettera dell’art. 135 Cost., è ammesso soltanto nelle ipotesi di violazione dei c.d. limiti esterni della giurisdizione.

Trattasi, in primo luogo, dei casi di *difetto assoluto di giurisdizione* o *eccesso di potere giurisdizionale*, che si verificano quando il Consiglio di Stato o la Corte dei conti: a) affermino la propria giurisdizione nella sfera riservata al legislatore o all’amministrazione (invasione); b) si spingano fino a sovrapporre proprie valutazioni di merito all’apprezzamento già operato dalla pubblica amministrazione (sconfinamento); c) neghino la propria giurisdizione sull’erroneo presupposto che la materia non possa formare oggetto, in via assoluta, di cognizione giurisdizionale (arretramento)

Al contempo, il ricorso ex art. 111, co. 8, Cost. è ritenuto ammissibile nei casi di *difetto relativo di giurisdizione*, che si configura laddove il Consiglio di Stato o la Corte dei Conti affermino la propria giurisdizione su materia attribuita ad altro plesso giurisdizionale (invasione) o la declinino sull’erroneo presupposto che la materia rientri nella giurisdizione di altri giudici ordinari o speciali (c.d. autolimitazione)⁷.

Siffatta lettura era (ed è) considerata la più rispettosa dei confini segnati tra le supreme magistrature dall’art. 111, co. 8, Cost., oltre che maggiormente aderente alla natura derogatoria di tale disposizione rispetto al regime di generale impugnabilità, stabilita dall’art. 111, co. 7, Cost., delle sentenze dei giudici ordinari e degli altri giudici speciali per censurare *errores in iudicando* e *in procedendo* commessi in violazione di legge.

Senonchè, più di recente, la Corte di Cassazione, accedendo ad una lettura evolutiva e “dinamica” del termine *giurisdizione*⁸, funzionale tra l’altro alla realizzazione del principio di effettività delle tutele e al controllo sul rispetto del giusto processo⁹, ha ampliato – ad integrazione e non già in sostituzione del

⁷ Per approfondimenti, cfr., *ex multis*, F.G. SCOCA (a cura di), *Manuale di giustizia amministrativa*, Torino, 2020, in particolare, 20 ss. e 73 ss.

⁸ Già avanzata in dottrina, ad esempio, da M.P. GASPERINI, *Il sindacato della Cassazione sulla giurisdizione tra rito e merito*, Padova 2002, *passim* e, più di recente, sostenuta da A. LAMORGESE, *La giurisdizione contesa*, cit. e Id. *Eccesso di potere giurisdizionale e sindacato della Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato*, in *Federalismi.it*, 1, 2018, 1 ss.

⁹ Tale lettura è presente, in via embrionale, in Cass., sez. un., 13 giugno 2006, n. 13659, su cui cfr., in particolare, A. LAMORGESE, *Esercizio del potere e risarcimento del danno: le sezioni unite “creano” una nuova giurisdizione esclusiva*, in *Foro it.*, 2007, 3181 3187 ss.; successivamente, risulta maggiormente puntualizzata soprattutto in Cass., sez. un., 23 dicembre 2008, n. 30254; Cass., sez. un., 4 febbraio 2014, n. 2403 e Cass. e Cass., sez. un., 6 febbraio 2015, n. 2242. In particolare, in tale ultima pronuncia si specifica che «dovendo la tutela giurisdizionale essere effettiva, le norme processuali debbono prevedere congegni che consentano di riparare l’errore compiuto dalla parte nella scelta del giudice, ma anche di superare l’errore del giudice nel denegare la giurisdizione, perché altrimenti il diritto alla tutela giurisdizionale risulterebbe frustrato dalle stesse norme che sono ordinate al suo migliore soddisfacimento». Pertanto, «ai fini dell’individuazione dei limiti esterni

richiamato indirizzo interpretativo – i confini del ricorso ex art. 111, co. 8, ritenendolo ammissibile soprattutto nei casi di sentenze “abnormi” e “anomale”, ovvero in ipotesi di stravolgimento delle norme di riferimento (nazionali e sovranazionali), ritenute idonee a ridondare in diniego di giurisdizione¹⁰.

L’esame della prassi rivela tuttavia che il dardo della “giurisdizione dinamica”¹¹ sia rimasto per lo più immobile nella faretra della Cassazione, che ne ha fatto un uso per vero assai parsimonioso, con ciò mostrando consapevolezza dei rischi ad essa

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. Così come si deve tenere conto della conseguente mutazione del giudizio sulla giurisdizione rimesso alle S.U., non più riconducibile ad un giudizio di pura qualificazione della situazione soggettiva dedotta, alla stregua del diritto oggettivo, nè rivolto al semplice accertamento del potere di conoscere date controversie attribuito ai diversi ordini di giudici di cui l’ordinamento è dotato, ma nel senso di tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi, che comprende, dunque, le diverse tutele che l’ordinamento assegna a quei giudici per assicurare l’effettività dell’ordinamento. Infatti, è norma sulla giurisdizione non solo quella che individua i presupposti dell’attribuzione del potere giurisdizionale, ma anche quella che da contenuto a quel potere stabilendo le forme di tutela attraverso le quali esso si estrinseca». Con precipuo riguardo all’eccesso di potere giurisdizionale in relazione alla violazione di norme del diritto UE, cfr. Cass., sez. un., 29 dicembre 2017, n. 31226, su cui v. nota di G. SIGISMONDI, *Questioni di giurisdizione “in senso dinamico” e nuovi limiti all’impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato con ricorso per Cassazione: una via percorribile?*, in *Foro it.*, 2018, 1712 ss. Giova precisare che non è annoverabile tra le ipotesi di violazione della giurisdizione in senso dinamico, il caso in cui il ricorso per Cassazione avverso le sentenze delle altre supreme magistrature riguardi pronunce rese da un collegio giudicante di cui uno o più componenti non avrebbero potuto esercitare la funzione giurisdizionale per difetto di requisiti che qualificano lo *status* di giudice e, quindi, la stessa titolarità della funzione giurisdizionale. (ad esempio, per intervenuta declaratoria di illegittimità costituzionale che gravi direttamente sulla composizione del collegio). Tali vizi riguardano, infatti, un profilo che è da ricondursi al tradizionale significato attribuito ai motivi inerenti alla giurisdizione, ex art. 111, co. 8, cost., in quanto coinvolgono la stessa qualità del giudice e, quindi, il presupposto stesso per discorrersi di giurisdizione. V., *ex multis*, già Cass., sez. un., 19 ottobre 1983, n. 6126 e Cass., sez. un., 23 maggio 1984, n. 316 e, più di recente, Cass., sez. un., 1 aprile 2019, n. 9042.

¹⁰ Cfr., in particolare, Cass., sez. un., 14 settembre 2012, n. 15428 e, più di recente, Cass., sez. un., 17 gennaio 2017, n. 964.

¹¹ Il cui peso è stato avvertito e aspramente criticato in dottrina, già prima della pronuncia qui in esame, tra i tanti, da M. MAZZAMUTO, *L’eccesso di potere giurisdizionale del giudice della giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 1675 ss.; G. VERDE, *La Corte di Cassazione e i conflitti di giurisdizione (appunti per un dibattito)*, ivi, 2013, 367 ss.; R. VILLATA, *Lunga marcia della Cassazione verso la giurisdizione unica (“Dimenticando” l’art. 103 della Costituzione)?*, ivi, 344 ss., il quale discorre di indirizzo “eversivo”; Id. *Sui motivi inerenti la giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 632 ss. Pur con diverse sfumature, favorevoli all’apertura della Cassazione si mostrano, oltre agli Autori citati *supra* in nt. 7, A. CORPACI, *Note per un dibattito in tema di sindacato sulle sentenze del Consiglio di Stato*, in *Dir. pubbl.*, 2013, 341 ss. F. FRANCIOSI, *Il sindacato della Cassazione sul rifiuto di giurisdizione*, in *Il libro dell’anno del diritto 2017*, in Treccani.it; M.A. SANDULLI, *A proposito del sindacato della Corte di Cassazione*, in AA.VV., *Il riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo: i settori controversi e l’esigenza di speditezza del giudizio civile*, Atti dell’incontro di studio svoltosi presso il Tar Lazio nei giorni 16 e 17 marzo 2017, in *Judicium.it*, 2017, 1 ss. V., inoltre, la posizione adesiva prospettata, dopo l’ordinanza n. 19598 del 2020, da G. COSTANTINO, A. CARRATTA, G. RUFFINI, *Limiti*

sottesi e all'eccessiva discrezionalità rimessa, in ultimo, allo stesso giudice della giurisdizione¹².

Il peso della "croce" che sembrava essersi attenuato grazie alla via della giurisdizione dinamica è stato con non grande fatica ripristinato dalla Corte costituzionale, che con sentenza n. 6 del 2018, pronunciata nell'ambito di questione di legittimità costituzionale sollevata anche in questo caso dalla Cassazione, sembra aver consacrato definitivamente la lettura tradizionale dell'art. 111, co. 8, Cost.¹³

Nonostante alcuni profili problematici, di cui si dirà più diffusamente nel prosieguo, occorre segnalare che lungo il sentiero così tracciato dal giudice delle leggi si sono mosse in modo granitico le stesse Sezioni Unite che, pur dopo l'ordinanza 19598/2020, hanno costantemente richiamato l'indirizzo espresso nella sentenza 6/2018 e altrettanto costantemente dichiarato l'inammissibilità dei ricorsi ex art. 111, co. 8, Cost.¹⁴.

3. Su alcuni profili critici dell'ordinanza n. 19598 del 2020: l'erroneo ricorso al "dialogo" con la Corte di giustizia dell'Unione europea per segnare il perimetro d'estensione dei «motivi inerenti alla giurisdizione».

È in questo contesto di diatribe ermeneutiche domestiche che si colloca, quindi, l'ordinanza 19598 del 2020.

Esula dall'economia del presente lavoro la puntuale ricostruzione del contenuto, per vero assai denso, di tale pronuncia. Ci si limiterà, pertanto, ad evidenziare gli aspetti critici di maggior rilievo.

esterni e giurisdizione. Il contrasto fra Sezioni Unite e Corte costituzionale arriva alla Corte UE, cit.

¹² Per una puntuale ricostruzione critica, v. M.A. SANDULLI, *Guida alla lettura dell'ordinanza delle Sezioni Unite*, cit., la quale rileva che la Cassazione non avrebbe alcun intento di "colonizzare" il terreno riservato al giudice amministrativo.

¹³ Sulla quale, v., almeno, i commenti di F. DAL CANTO, *Il ricorso in Cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione dinanzi alla Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 3, 2018, 1537 ss.; M. MAZZAMUTO, *Motivi inerenti alla giurisdizione. Il giudice delle leggi conferma il pluralismo delle giurisdizioni*, in *Giur. it.*, 3, 2018, 704 ss.; A. POLICE - F. CHIRICO, *I «soli motivi inerenti la giurisdizione» nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Il processo*, 1, 2019, 113 ss.; 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 *Giur. cost.*, 1, 2018, 122 ss.; A. TRAVI, *Un intervento della Corte costituzionale sulla concezione 'funzionale' delle questioni di giurisdizione accolta dalla Corte di cassazione*, in *Dir. proc. amm.*, 3, 2018, 1111 ss.

¹⁴ Come ben posto in evidenza, in particolare, da M.A. SANDULLI, *Guida alla lettura dell'ordinanza delle Sezioni Unite*, cit. e M. LIPARI, *Il sindacato della Cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato*, cit.

Non v'è dubbio che si tratta di un provvedimento assai raffinato nella forma, che presenta aspetti di grande interesse sotto il profilo del ragionamento condotto alla luce di una puntuale ricostruzione della normativa e della giurisprudenza tanto nazionale che europea. Esso ha, inoltre, il merito di aver posto sul tappeto questioni di grande respiro teorico concernenti, appunto, l'interpretazione dell'art. 111, co. 8, Cost.¹⁵.

Tuttavia, occorre domandarsi se "europeizzare" un conflitto sull'interpretazione di una disposizione costituzionale domestica possa ritenersi una scelta condivisibile.

Tralasciando la disamina sulle ragioni, in parte di inammissibilità e per altro verso di infondatezza delle questioni sollevate dalla Cassazione¹⁶, svolgerò alcune osservazioni generali, volte ad evidenziare il carattere "illusorio" di tale rinvio¹⁷.

In primo luogo, soprattutto con il primo quesito, la Corte costituzionale ha inteso affidare alla Corte di Giustizia un ruolo che essa, istituzionalmente e formalmente, non possiede: per un verso, quella di risolutore dei conflitti domestici tra giurisdizioni; per altro verso, quella di interprete, in definitiva, di una disposizione costituzionale interna (con conseguente sovrapposizione della legalità/sovrannazionale alla legalità/costituzionale), seppure a mezzo di una questione di apparente interpretazione del diritto dell'Unione, con buona pace del principio di attribuzione che dovrebbe, invece, rappresentare il presupposto logico per qualunque forma di rinvio (come del resto, traspare dalla lettera dell'art. 267 TFUE).

Potrebbe affermarsi, pertanto, che con l'ordinanza in oggetto, la Corte di Cassazione abbia individuato, seppur con una raffinatissima interpretazione, un

¹⁵ Redattore dell'ordinanza è Antonio Lamorgese, il cui nome spicca in sede dottrinale tra i sostenitori della lettura c.d. dinamica della giurisdizione e, più in generale, dell'opportunità di consolidare la vocazione costituzionale all'unità della giurisdizione. Peraltro, molte delle argomentazioni presenti nell'ordinanza erano già state, in parte, anticipate soprattutto in A. LAMORGESE, *Eccesso di potere giurisdizionale e sindacato della Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato*, cit., *passim*. È interessante, altresì, osservare che il collegio delle Sezioni Unite che ha rimesso la questione in Corte di giustizia era presieduto dal Primo Presidente della Corte di Cassazione, Giovanni Mammone, a sua volta redattore dell'ordinanza con cui è stata sollevata la questione di legittimità costituzionale che ha dato luogo alla sentenza n. 6 del 2018 della Corte costituzionale.

¹⁶ Sul punto, cfr., tra i tanti, le puntuali riflessioni di M. LIPARI, *Il sindacato della Cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato*, cit.; M. MAZZAMUTO, *Le Sezioni Unite della Cassazione garanti del diritto UE?*, cit., 678 ss. e A. TRAVI, *La Cassazione sottopone alla Corte di giustizia il modello italiano di giustizia amministrativa*, cit.

¹⁷ Soprattutto, ove si pensi, come correttamente evidenziato da F. FRANCIOSI, op. cit., che il caso sottoposto all'esame della Corte di Cassazione, così come quello che poi ha dato luogo alla pronuncia della Corte costituzionale del 2018, e dal quale è scaturito il rinvio pregiudiziale di cui si discorre poteva essere deciso come classica questione di giurisdizione. E ciò in quanto, secondo l'A., 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. V., altresì, R. BIN, op. cit., 8.

(inesistente e inammissibile) giudice “più che speciale”, contribuendo così a complicare la già complicatissima architettura delle giurisdizioni¹⁸.

Inoltre, sebbene la Corte di giustizia sia giudice che ha contribuito e contribuisce quotidianamente alla creazione di una comunità di diritto e diritti nell’Unione è al contempo un giudice che *ragiona* e *parla* in termini talvolta assai differenti dai nostri. Non v’è dubbio, infatti, che la distanza di passo tra le culture giuridiche di Roma e Lussemburgo corra soprattutto lungo la labile differenza tra *diritti soggettivi* e *interessi legittimi*, che seppur frutto di raffinatissime costruzioni dottrinali e giurisprudenziali stratificatesi nel tempo, rappresenta non solo un’italica eccezione ma il fondamento stesso della scelta del Costituente per una precisa architettura costituzionale delle giurisdizioni, che trova negli artt. 111, co. 7 e 8, Cost., il suo aspetto maggiormente qualificante¹⁹.

In questo quadro, merita di essere segnalata una precisazione inserita nell’ordinanza e che vale la pena integralmente riportare: *«non sembra che possa assumere rilievo determinante la natura costituzionale della disposizione (art. 111 Cost., comma 8), la cui interpretazione da parte della Corte costituzionale italiana (con sentenza n. 6 del 2018) ha determinato la prassi giurisprudenziale che è oggetto della questione pregiudiziale in esame. “E’ infatti inammissibile che norme di diritto nazionale, quand’anche di rango costituzionale, possano menomare l’unità e l’efficacia del diritto dell’Unione (v., in tal senso, sentenza 17 dicembre 1970, causa 11/70, Internationale Handelsgesellschaft, punto*

18 Peraltro, il compito interpretativo cui è stata chiamata la Corte di giustizia sarà ulteriormente complicato in ragione di un recente rinvio pregiudiziale operato da Cons. St., VI sez., ord. 18 marzo 2021, n. 2327, con cui il giudice d’appello amministrativo, quale giudice di ultima istanza, chiede in definitiva alla Corte di giustizia se possa considerarsi compatibile con il diritto dell’Unione la mancata previsione, nell’ordinamento italiano, di un’apposita ipotesi di revocazione per impugnare sentenze del Consiglio di Stato confliggenti con sentenze della Corte di Giustizia, «e in particolare con i principi di diritto affermati dalla Corte di Giustizia in sede di rinvio pregiudiziale». Pertanto, «se con l’ordinanza n. 19598/2020, la Corte di Cassazione chiede alla Corte di Giustizia se il ricorso per motivi di giurisdizione possa essere utilizzato per impugnare sentenze del Consiglio di Stato che seguano interpretazioni incompatibili con le sentenze della Corte di Giustizia nei settori disciplinati dal diritto UE; con il secondo, quello del Consiglio di Stato, invece si domanda alla Corte di Giustizia se un tale rimedio non possa, invece, essere invece la revocazione. I due rinvii sono nella sostanza convergenti, perché diretti a scongiurare il consolidamento di violazioni del diritto europeo che ben potrebbero essere corrette tramite rimedi interni (siano essi il ricorso in cassazione o un nuovo caso di revocazione), allo stato però inattivabili, vuoi per una solida e resistente interpretazione della norma costituzionale, vuoi per la mancanza di una disposizione legislativa al riguardo». In questi termini, R. PAPPALARDO, *La corsa al dialogo nella discordia sulla giurisdizione (nota a Cons. St., ord. 18 marzo 2021, n. 2327)*, in *Giustiziainsieme.it*, 6 aprile 2021.

19 Cfr., in particolare, A. PIZZORUSSO, *Corte di Cassazione*, s.v., in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. IX, Roma 1988, e oggi in Id. *L’ordinamento giudiziario*, vol. I, Napoli, 2019, 881 s., secondo cui, «nonostante che la giurisprudenza della Cassazione abbia cercato di interpretare estensivamente i “motivi inerenti alla giurisdizione” deducibili contro le pronunce dei giudici amministrativi, questa limitazione è molto grave perché trova riscontro nell’infelice costruzione teorica (esclusivamente italiana) che ha fondato la separazione delle due giurisdizioni sulla distinzione fra diritto soggettivo ed interesse legittimo (malauguratamente presupposta, se non recepita, dall’art. 113 Cost.). Si è valorizzato così un fattore di divisione la cui portata è molto profonda e la cui rimozione appare tutt’altro che facile».

3)” (Corte di giustizia, 8 settembre 2010, C-409/06, Winner Wetten GmbH, p. 61; anche 17 dicembre 1980, C-149/79, Commissione c. Belgio, p. 19; 17 ottobre 1989, C-97/87, 98/87 e 99/87, Dow Chemical Iberica SA, p. 38). All’applicazione del diritto comunitario non è di ostacolo l’esistenza di disposizioni nazionali contrastanti, anche se conformi a (o esecutive di) principi costituzionali (Corte di giustizia, 11 gennaio 2000, C-285/98, Tanja Kreil, p. 12). Secondo giurisprudenza costante, il giudice nazionale è tenuto a garantire la piena efficacia del diritto dell’Unione, disapplicando, all’occorrenza, le disposizioni (e le prassi interpretative) nazionali contrastanti, “senza che ne debba chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale (seguono richiami di giurisprudenza)” (Corte di giustizia, Grande Sezione, 8 settembre 2015, C-105/14, Taricco, p. 49; tra le tante, sentenze 4 maggio 2006, C-23/03, C-52/03, C-133/03, C-337/03 e C473/03, Michel Mulliez e a, p. 38; 19 gennaio 2010, C-555/07, Seda Ktictikdeveci, p. 54)²⁰.

Come può facilmente riscontrarsi tra gli esempi di giurisprudenza europea richiamati dalla Corte di Cassazione a sostegno del proprio rinvio spicca la decisione Taricco I del 2015.

Ebbene, è inutile soffermarsi sui noti esiti domestici dell’omonima “saga” e sulle altrettanto note reazioni della Corte costituzionale italiana²¹. Per quel che qui interessa, tuttavia, sorprende (e non poco) che dopo una densa riflessione sulle virtù salvifiche del diritto dell’Unione e sulla maggior tutela da questo garantita in specifici settori attribuiti all’ordinamento europeo, i giudici di Piazza Cavour abbiano liquidato in pochissime righe un profilo che avrebbe meritato, se non maggior cautela, ben altro approfondimento.

Parafrasando la stessa ordinanza è questo, infatti, il punto in cui si dimostra un’acritica adesione a “prassi interpretative” consolidate – e della cui validità più d’un dubbio andrebbe avanzato – circa la forza derogatoria del diritto derivato dell’Unione (cos’altro sono le sentenze interpretative della Corte di giustizia?) rispetto alle norme costituzionali.

In altri termini, l’ordinanza riflette il vizio principale della tradizionale dottrina “dei controlimiti” e della conseguente graduazione delle norme costituzionali o, se si

²⁰ Punto 45 cons. dir.

²¹ Da C. cost., sent. 31 maggio 2018, n. 115. Nella copiosa letteratura sviluppatasi sulla vicenda Taricco, v. a mero titolo esemplificativo A. BERNARDI (a cura di), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Napoli, 2017; A. BERNARDI - C. CUPELLI (a cura di), *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L’ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, Napoli, 2017; C. AMALFITANO (a cura di), *Primato del diritto dell’Unione europea e controlimiti alla prova della “saga Taricco”*, Milano, 2018; D. PULITANÒ, *La chiusura della saga Taricco e i problemi della legalità penalistica*, in *Dir. pen. e processo*, 2018, p.1289; A. RUGGERI, *Taricco, amaro finale di partita*, in *Consulta on line*, 3 settembre 2018; inoltre, cfr. G.A. FERRO, *Iura (non) novit curia? Polemica tra le corti e proposte dialogiche per farvi fronte (a margine del caso Taricco)*, in *Riv. coop. giur. int.*, 2/2018 (n. 58), 9 ss.

vuole, della netta separazione tra norme che racchiudono *principi fondamentali* e che sono ostentate come “la punta” affilata dell’arma dei controlimiti; e norme che, invece, non potendo essere ascritte ai principi fondamentali risultano comodamente cedevoli²².

Nell’ipotesi di accoglimento dei dubbi interpretativi sollevati da parte della Corte di giustizia, sarà estremamente interessante osservare il modo in cui, eventualmente, la Corte costituzionale intenderà sciogliere i nodi teorici sottesi alla identificazione tra principi fondamentali e controlimiti²³; e, soprattutto, alle argomentazioni che potrà spendere ai fini della qualificazione dell’art. 111, co. 8 Cost. siccome “principio fondamentale” intangibile nel suo nucleo essenziale²⁴.

22 Per una critica a tali interpretazioni, cfr., per tutti, O. CHESSA, *Alcune osservazioni critiche al “pluralismo costituzionale” di Antonio Ruggieri*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 11 ottobre 2019. 10, che riprende quanto già sostenuto in Id., *Meglio tardi che mai. La dottrina dei controlimiti e il caso Taricco*, in A. Bernardi (a cura di), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, cit., 314 ss.314 ss. Per ulteriori svolgimenti in prospettiva teorica, si veda dello stesso A., *Dentro il Leviatano. Stato, sovranità e rappresentanza*, Milano-Udine, 2019, *passim* ma in particolare 340 ss.

23 Cfr., sul punto, E. CASTORINA, op. cit., 5, secondo il quale non si può «prevedere se la Corte del Lussemburgo darà un “colpo di grazia” al già vacillante equilibrio cristallizzato nel comma 8 dell’art. 111 Cost. e se le prassi interpretative che ne sono scaturite, nel senso avallato dalla Corte costituzionale (n. 6/2018, cit.), troveranno nella sede sovranazionale indiretta conferma o smentita, ma appare di tutta evidenza, sin d’ora, il tono costituzionale della disputa che coinvolge – e non è poco – il ruolo della Corte costituzionale come interprete esclusivo della identità costituzionale dello Stato membro e, dunque, dei controlimiti opponibili al diritto dell’Unione».

24 Che la questione possa tradursi in un *revival* della saga *Taricco* è messo in rilievo soprattutto da R. BIN, op. cit., 10, secondo cui «la guerra tra le Corti è ormai dichiarata in modi che ben si possono definire spettacolari. La Cassazione cerca, per la sua offensiva delle Ardenne, un aiuto fuori dai confini, secondo un costume inveterato dei principi rinascimentali: sollecita la *panzer jurisprudenz* della corte di Strasburgo, contando sulla sua propensione a dilatare l’ambito di applicazione del diritto europeo e rafforzare le implicazioni della *primauté*; e lo fa osando l’inaudito, cioè sostanzialmente impugnando una sentenza della Corte costituzionale. Se la Corte di giustizia cadrà nella trappola, accettando oltretutto di occuparsi di una questione che è palesemente di esclusivo diritto interno, *Taricco* non resterà un caso isolato nella storia della giurisprudenza».

Ancor più netta la posizione di G. TROPEA, op. cit., il quale si avvede che se «i giudici del Lussemburgo prenderanno una posizione contro l’esegesi della Corte costituzionale il problema si porrà» soprattutto con riguardo all’«attualità istituzionale del giudice amministrativo nel nostro ordinamento e la idoneità dell’art. 111, ultimo comma, Cost., e soprattutto dell’art. 25 Cost. in tema di precostituzione per legge del giudice naturale, ad ergersi come principi fondamentali, controlimiti rispetto al Golem europeo evocato di nuovo dalla nostra Cassazione, che sembrava invece aver spento la vita della sua creatura, come il rabbino Loew con quella sfuggita al suo controllo (...). Se tale questione dovesse giungere nuovamente fino alla Consulta, dopo l’intervento del giudice europeo, sarebbe un’occasione preziosa per fare il punto sulla situazione generale e sulla reale portata, oggi, del principio di cui all’art. 25 Cost., da anni sottoposto a un processo di costante erosione, spesso in via “creativa” giurisprudenziale, a causa di una rinnovata idea di fondo di “giurisdizione”, non più percepita come questione di ordine pubblico processuale. Vero è che le sentenze della Corte sulle quali è stato richiamato il parametro dell’art. 25, comma 1, Cost. sono quelle in cui forse maggiormente è intervenuto un bilanciamento con altri valori, primo fra tutti quello di un’efficiente organizzazione del “servizio giustizia” ma forse a questo punto, entrando in gioco anche gli artt. 24, 103, 111, ultimo comma, Cost. e 113 Cost., sarebbe un’altra storia». Ritiene, invece, che la questione non incida su aspetti identitari dell’ordinamento, E. CASTORINA, op. cit., 16, secondo cui «uno scenario che sembra probabile è che la Corte del Lussemburgo possa trovare lo spazio per far prevalere il principio di effettività della tutela giurisdizionale su un ostacolo che –

4. La reazione della Corte di Cassazione alla sentenza n. 6 del 2018 della Corte costituzionale: passaggio storico nel rafforzamento del “dialogo” con il giudice dell’Unione europea o fuga dal modello di giustizia costituzionale ad oggi vigente?

Con il rinvio in esame si disvela quel che in altra sede²⁵ si è definito il “volto oscuro” del c.d. dialogo tra Corti nazionali e Corti sovranazionali, vale a dire di quella tendenza a ricoprire con un sostantivo “irenico” (dialogo, appunto), quel che invece può e non raramente è “polemico”. Polemica che, talvolta, può direttamente coinvolgere i protagonisti del dialogo (vedi, ad esempio, la vicenda Taricco); altre volte, invece, può pure comprendere soggetti, per così dire, “terzi” rispetto alle Corti interessate più da vicino.

Nel caso che ci occupa, come sopra anticipato, l’irenico dialogo tra Cassazione e Corte di Giustizia si traduce in un’aspra polemica della prima nei confronti della Corte costituzionale, che come noto con sentenza n. 6 del 2018 aveva altrettanto aspramente criticato le citate letture cd. “evolutive” e “dinamiche” della nozione di giurisdizione elaborate in sede interpretativa dalla Corte di Cassazione, proprio con riguardo al perimetro di estensione dei “motivi inerenti alla giurisdizione” menzionati dall’art. 111, u. c., Cost.²⁶.

benché ancorato in una previsione di rango costituzionale – non assurdo comunque a profilo identitario e supremo dell’ordinamento italiano e, come tale, sarebbe recessivo di fronte al prevalere dell’unità e della primazia del diritto dell’Unione. In sostanza, non viene portato sul piatto della bilancia europea il principio del pluralismo delle giurisdizioni, che indubbiamente rappresenta un dato strutturale e identitario dell’ordinamento costituzionale italiano; la materia del contendere si annida, infatti, intorno a un “collo di bottiglia” che scaturisce – alla luce dell’evoluzione dell’ordinamento costituzionale stesso verso l’unità funzionale delle giurisdizioni – dalla disciplina costituzionale relativa al controllo di giurisdizione dettato dal comma 8 dell’art. 111 Cost., il quale si ascrive a una previsione sulla ripartizione di competenze giurisdizionali del tutto servente alla nozione stessa di unità funzionale del sistema delle giurisdizioni e, al pari di essa, dunque, flessibile e non identitaria dell’ordinamento costituzionale».

25 Cfr. G.A. FERRO, *Iura (non) novit curia? Polemica tra le corti e proposte dialogiche per farvi fronte (a margine del caso Taricco)*, in *Riv. coop. giur. int.*, 2/2018 (n. 58), 9 ss.

26 Sotto questo profilo, pur non mettendo in discussione l’autorevolezza del giudice delle leggi, merita di essere segnalato che redattore/relatore della pronuncia è stato l’attuale Presidente della Corte costituzionale, dott. Giancarlo Coraggio, già Presidente del Consiglio di Stato (lo rileva, ad esempio, F. DAL CANTO, *Il ricorso in Cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione dinanzi alla Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, n. 3/2018, 1537, nt. 1). Nel rispetto dell’equilibrio sempre dimostrato dalla Corte nella designazione dei relatori, soprattutto per ragioni di garanzia della imprescindibile apparenza di imparzialità che *tutti i giudici* devono assicurare, sarebbe stata, forse, più opportuna altra determinazione. Ed infatti, la questione prospettata in Corte costituzionale coinvolgeva in modo diretto i rapporti tra Cassazione e Consiglio di Stato.

Orbene, è pur vero che – secondo modello – spetti alla Corte costituzionale l’ultima parola sull’interpretazione delle disposizioni costituzionali, ma poteva davvero ritenersi che con la sentenza n. 6 del 2018 la questione di interpretazione dei confini dell’ultimo comma dell’art. 111 Cost. dovesse ritenersi definitivamente chiusa in ambito domestico?

Dico subito che, a mio avviso, la scelta di bussare alla porta del giudice del Kirchberg, oltre che erronea per le ragioni sopra chiarite, è il frutto di una reazione più “emotiva” che razionale delle Sezioni Unite, che si traduce in una discutibile fuga dal modello accentrato di giustizia costituzionale ad oggi vigente²⁷.

Ed infatti, gli ermellini ben avrebbero potuto mantenere il “dialogo” entro gli italici confini.

Per il profilo che qui interessa, giova innanzitutto sottolineare che la pronuncia della Corte costituzionale avverso la quale si volgono i dotti strali della Cassazione si risolve, in definitiva, in una declaratoria di inammissibilità per difetto di rilevanza «in ragione della mancanza di legittimazione del giudice a quo»²⁸.

In disparte ogni considerazione sulla correttezza di tale conclusione, che più d’una perplessità solleva in ordine al rispetto delle categorie processuali elaborate dallo stesso giudice delle leggi per i propri giudizi, occorre tener presente «che le affermazioni fatte dalla Corte in sede di accertamento sulla rilevanza, pur dotate in termini generali di un’innequivocabile forza persuasiva, data l’autorevolezza del giudice da cui provengono, determinano un vincolo giuridico piuttosto ridotto; esse, in particolare, pur impedendo alla Cassazione, nell’ambito dello stesso giudizio, di promuovere una seconda volta la medesima questione di costituzionalità, non impongono in senso stretto alla stessa di correggere l’interpretazione seguita in merito alle potenzialità del ricorso per motivi inerenti alla giurisdizione»²⁹.

27 Come osservato in modo efficace da B. SASSANI, op. cit., «spicca una componente battagliera in questa ordinanza di rinvio, ma una volontà ancor più aggressiva era emersa dalle Sezioni Unite con l’ordinanza di rimessione che aveva dato luogo alla sentenza n. 6/2018. La risposta della Consulta aveva, a sua volta, fatto mostra di una volontà non meno bellicosa: chi ha letto la sentenza vi trova un tono sbrigativo, drastico (“state al vostro posto”). Un attacco della Cassazione con effetto boomerang, caricato di altrettanto fastidio come se si ritenesse di essere stati invitati ad usare lo stesso tono».

28 Punto 17, cons. dir.

29 F. DAL CANTO, op. cit., 1555 ss., il quale svolge, anche attraverso puntuali richiami alla giurisprudenza processuale della Consulta sviluppatasi sul punto, condivisibili notazioni critiche sulla dichiarazione di inammissibilità per difetto di legittimazione del giudice *a quo* effettuata, nel caso di specie, dalla Corte costituzionale. A seguito dell’adozione dell’ordinanza n. 19598/2020, il rilievo è altresì formulato da R. BIN, op. cit. 9 s., che, *inter alia*, osserva: «La Cassazione non tenta le strade normali che pur sarebbero praticabili. Non sarebbe stato più semplice proseguire nella sua linea interpretativa e decidere il ricorso come una classica ipotesi di rifiuto o diniego di giurisdizione, conformandosi così alla norma comunitaria derivante dall’interpretazione della Corte di giustizia? Oppure, non bastava sollevare un’altra questione di legittimità davanti alla Corte costituzionale? Sarebbe stata una “questione nuova” (potevano, per es., essere impugnati in parte qua gli articoli 362.1, cod. proc. civ., e 110 cod. proc. amm.): fermo comunque restando che una pronuncia di inammissibilità

In tale contesto, pertanto, nulla avrebbe impedito (né impedirebbe) alla Corte di Cassazione di ribussare alle porte del giudice costituzionale al fine di ristabilire l'equilibrio spezzato tra legalità legale e legalità costituzionale.

Ciò rende ancor più censurabile la decisione di piazza Cavour di portare dinanzi al giudice del Kirchberg una questione che si risolve, in definitiva, in una impugnazione *contra ordinem* della sentenza n. 6 del 2018, in violazione del chiaro disposto dell'art. 137 Cost. e, di riflesso, nel mal celato tentativo di deformare oltremodo il modello di giustizia costituzionale ad oggi vigente.

5. “Ultima parola” e lessico della giurisdizione (oltre l'*original intent* del Costituente). Osservazioni conclusive.

Del resto, un ulteriore varco per consentire la mitigazione delle tensioni istituzionali sottese all'ordinanza n. 19598/2020 può essere rinvenuto nella debolezza delle argomentazioni con cui la Corte costituzionale nella sentenza n. 6 del 2018 ha sostenuto il proprio *decisum*.

Ed infatti, in via preliminare, la Corte, dopo aver chiarito che nella specie non poteva discorrersi «di un'ordinaria questione di giurisdizione, avente ad oggetto la natura della situazione giuridica soggettiva azionata, ma l'interpretazione ed applicazione di norme costituzionali, e in particolare del comma ottavo dell'art. 111 Cost.» segna in modo netto la linea di confine tra le attribuzioni della Corte di Cassazione e quelle, invece, rimesse alla Corte costituzionale, quale «interprete ultimo delle norme costituzionali e – nella specie – di quelle che regolano i confini e l'assetto complessivo dei plessi giurisdizionali»³⁰.

In particolare, secondo i giudici di Palazzo della Consulta, l'orientamento evolutivo della Cassazione non può essere condiviso «poiché *non è compatibile con la lettera e lo spirito della norma costituzionale*. Quest'ultima attinge il suo significato e il suo valore dalla contrapposizione con il precedente comma settimo, che prevede il generale ricorso in cassazione per violazione di legge contro le sentenze degli altri giudici, contrapposizione evidenziata dalla specificazione che il ricorso avverso le

non produce alcun effetto preclusivo (anche se la Cassazione afferma che “non può dubitarsi della pregnanza e della vincolante rilevanza della richiamata sentenza della Corte costituzionale”), tanto più che la stessa Corte costituzionale aveva riconosciuto che il problema denunciato dalla Cassazione “indubbiamente esiste”. Non v'è dubbio che si tratti di una pericolosa utilizzazione delle categorie processuali che connotano il giudizio costituzionale in via incidentale e che, a ben vedere, potrebbe determinare una altrettanto pericolosa creazione di “zone d'ombra” nel controllo di legittimità costituzionale. E ciò, in un contesto nel quale la Corte costituzionale ha dilatato il concetto stesso di rilevanza pur di poter, talvolta correttamente, estendere il proprio sindacato su settori della legislazione tradizionalmente esclusi.

30 Punto 9, cons. dir. Enfasi aggiunta.

sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei conti è ammesso per i “soli” motivi inerenti alla giurisdizione.

Ne consegue che deve ritenersi inammissibile ogni interpretazione di tali motivi che, sconfinando dal loro ambito tradizionale, comporti una più o meno completa assimilazione dei due tipi di ricorso.

In una prospettiva di sistema, poi, la ricostruzione operata dal rimettente, parificando i due rimedi, *mette in discussione la scelta di fondo dei Costituenti dell’assetto pluralistico delle giurisdizioni*»³¹.

Orbene, si è già ricordato il dibattito in Assemblea costituente in ordine al riparto di giurisdizione ed è nota la contrapposizione tra Calamandrei, Mortati, Leone proprio sulla formulazione della disposizione dell’art. 111, in origine terzo comma oggi ottavo comma della Costituzione. Altrettanto noto che si trattò di un compromesso tra visioni abbastanza distinte e distanti sulla giurisdizione e sul conseguente rapporto tra i plessi giurisdizionali³². Un compromesso che ha dato luogo a non poche contraddizioni interne al testo stesso della Costituzione³³.

Nondimeno, la pur dotta ricostruzione delle ideologie del Costituente, della sua reale intenzione originaria nella scrittura delle regole del gioco³⁴, è metodo che, pur dotato di utilità e di sicura valenza culturale, non conduce sempre ai risultati sperati, perché – al di là della specifica questione della giurisdizione - rischia di cristallizzare “ideologie” e “visioni del mondo” difficilmente conciliabili con le evoluzioni sociali e culturali³⁵.

Nel caso in esame, non può trascurarsi che la costruzione del modello plurale delle giurisdizioni e, nella specie, la sottrazione al giudizio della Corte di Cassazione delle pronunce delle altre supreme magistrature, se non per motivi appunto inerenti alla giurisdizione, abbiano rappresentato il riflesso, per un verso, delle concezioni

31 Punto 11, cons. dir. Enfasi aggiunta.

32 Cfr. supra nt. 5 e 6.

33 Come messo in rilievo, tra gli altri, da A. PIZZORUSSO, *Art. 102 Cost.*, s.v., in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, artt. 99-103, Bologna-Roma 1994, e oggi in Id., *L’ordinamento giudiziario*, cit., 755 ss.

34 È interessante notare che anche nella sentenza n. 204 del 2004 la Corte costituzionale, per porre freno all’eccessiva estensione della giurisdizione esclusiva del g.a., richiamò i lavori preparatori della Costituzione e in particolare gli interventi di Mortati. In particolare, il giudice delle leggi chiarì che il controllo giurisdizionale della Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei conti fosse stato già dai costituenti limitato 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».

35 Per una critica all’interpretazione originalista, v., per tutti, A. CARIOLA, *La “tradizione” costituzionale: contro l’original intent nell’interpretazione della Costituzione*, in *Scritti in onore di Luigi Arcidiacono*, II, Milano 2010, 521 ss.; Id., *Ragioni e percorsi della giurisdizione amministrativa esclusiva*, di prossima pubblicazione nel Volume degli Atti del presente Convegno. Per una critica del richiamo all’original intent nella sentenza C. cost. n. 6 del 2018, cfr. E. CASTORINA, op. cit., 18.

all'epoca dominanti sulla posizione *istituzionale* tanto del Consiglio di Stato, quanto della Corte dei Conti; per altro verso, di quel che allora costituiva una conquista, ma che oggi è, per così dire, null'altro che un fardello dogmatico: la distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi.

L'*original intent* inteso nella sua assolutezza non sarebbe, dunque, sufficiente a sostenere la rigida conclusione cui è pervenuta la Corte costituzionale. Di ciò questa ben si avvede e censura la tesi della giurisdizione dinamica offerta dalla Corte di Cassazione in quanto, altresì, contraria alla "lettera" dell'art. 111, co. 8, Cost., soprattutto nel suo fare "sistema" con il precedente comma settimo, che come noto prevede il ricorso in cassazione per violazione di legge contro tutte le sentenze dei giudici ordinari e speciali.

Ebbene, sono un convinto sostenitore della *forma constitutionis* e della esigenza di porre la "lettera" delle disposizioni alla base di ogni interpretazione: la lettera non è solo "stella di orientamento" dell'interprete, ma è un limite invalicabile della sua stessa attività. Ciò vale, in particolare, per le disposizioni costituzionali. Nondimeno, v'è da chiedersi se nel caso di specie la lettera – disgiunta dalla considerazione dell'intenzione del Costituente – imponga davvero l'univoca interpretazione fornita dalla Corte costituzionale nel tentativo di eliminare l'accezione dinamica fatta propria dalla Corte di cassazione in punto di "giurisdizione".

Non v'è dubbio che l'ottavo comma dell'art. 111 ponga senz'altro una deroga al regime stabilito dal settimo comma; ma, come è stato osservato, la formula "*motivi inerenti alla giurisdizione*" rimane ambigua; ancor più ambigua se letta alla luce dei primi due commi dell'art. 111. Infatti, può voler dire *motivi che attengono ai confini esterni* tra le giurisdizioni, secondo la lettura tradizionale, e la Corte di cassazione sarebbe, dunque, regolatrice di tali confini; ma, al contempo, potrebbe essere riferita ai motivi che riguardano l'esercizio in concreto della giurisdizione (il fare giurisdizione, attuandola attraverso il giusto processo disciplinato dalla legge), laddove gli *errores in iudicando e in procedendo* non si traducano in mere violazioni di legge ai sensi dell'art. 111, co. 7, Cost.³⁶

Il problema della lettera, in sostanza, non è affatto risolto neppur se coniugato con lo "spirito", siccome ricostruito dal giudice delle leggi. Ed invero, discorrere dello "spirito" di una disposizione soprattutto di rango costituzionale impone di aver riguardo all'intero impianto della Carta fondamentale, nel suo essere norma tanto *sull'organizzazione dei poteri*, quanto sul rapporto *tra i poteri e i diritti*; e riflettere sulla giurisdizione non può non implicare che si rifletta non solo sugli equilibri

³⁶ V. F. DAL CANTO, op. cit., 1558 s.

istituzionali tra plessi giurisdizionali, ma sulla funzione ultima cui la giurisdizione è diretta.

Orbene, può dirsi che la lettura “evolutiva” in punto di giurisdizione non sia del tutto calibrata al tradizionale senso attribuito all’art. 111, co. 8 Cost.; ma sarei assai prudente nel cristallizzare quanto affermato in punto di valutazione della rilevanza dalla Corte costituzionale, perché se dalla c.d. “costituzione dei poteri” la visuale si allarga ai diritti e alle reali finalità della giurisdizione³⁷, non pare affatto che l’interpretazione proposta dalla Corte di Cassazione debba essere considerata *in se* incostituzionale, ben potendosi anch’essa conciliare con lo “spirito” della Carta fondamentale.

Con ciò non si vuole sostenere che la lettura c.d. evolutiva sia, senza riserve, preferibile all’interpretazione tradizionale; in ottica costituzionale, è solo una delle strade percorribili e sulle quali potersi e doversi confrontare, senza preconcetti dogmatici.

Nondimeno, è indubbio che sull’ambiguità del testo dell’art 111, co. 8, Cost., si sia ormai perpetuata una *convenzione interpretativa di rilievo costituzionale tra le supreme magistrature*, che affonda peraltro le proprie radici nel periodo prerепubblicano; convenzione che, salvo rare eccezioni di cui l’ordinanza 19568/2020 è esempio, la Cassazione non pare aver più di tanto voluto sgretolare, avendo mostrato, al contrario, una visibile acquiescenza. Ed è altrettanto indiscusso che l’art. 111, co. 8, Cost., oltre che di rango costituzionale, sia norma di natura processuale al cui rispetto il giudice non può sottrarsi, foss’anche per il raggiungimento dei più nobili fini di tutela³⁸.

Nulla, però, esclude che l’“ultima parola” affidata, secondo modello, alla Corte costituzionale possa in futuro essere pronunciata alla luce di un diverso lessico forgiato dalle giurisdizioni.

Ed infatti, il superamento della citata convenzione interpretativa, ad oggi dominante, non può certo vedere protagonista la sola Corte di Cassazione, magari con l’ausilio della Corte di giustizia, ma impone un confronto leale che deve

³⁷ Per tale prospettiva, cfr., in particolare, I.M. MARINO, *Corte di Cassazione e giudici “speciali”. Sull’interpretazione dell’ultimo comma dell’art. 111 Costituzione*, in *Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, II, Milano, 1993, 1383 ss.

³⁸ Tale aspetto è posto in evidenza da A. TRAVI, *La Cassazione sottopone alla Corte di giustizia il modello italiano*, cit., 4, il quale, dopo aver sottolineato il carattere processuale dell’art. 111, co. 8, Cost., osserva che «di fronte a una norma costituzionale che risulta del tutto chiara nelle sue ragioni originarie, alla quale si è uniformato anche in codificazioni recenti il legislatore ordinario, che è stata oggetto di interpretazione costante fino ad anni recenti e di cui la Corte costituzionale ha puntualmente confermato la portata, mi pare che sia difficile, per giustificare un’interpretazione contrapposta, invocare gli spazi dell’interpretazione. In particolare non mi sembra si possa invocare un modo diverso, e più aggiornato, di esercitare la giurisdizione e di concepire la funzione giurisdizionale per giustificare una sostanziale disapplicazione dell’art. 111, ult. comma, Cost. A maggior ragione, da parte delle sezioni unite».

coinvolgere, di necessità e in primo luogo, tutti i plessi giurisdizionali coinvolti dal gioco delle interpretazioni, ivi compresa la Corte costituzionale, con la quale non può che auspicarsi che il dialogo possa riprendere nelle forme che l'ordinamento prevede (e quindi, in primo luogo, attraverso incidenti di costituzionalità)³⁹.

Escluso, dunque, che dalla sola faretra della Corte di Cassazione possa giungersi, per così dire, al feretro dell'assetto pluralistico delle giurisdizioni ad oggi vigente⁴⁰, l'alternativa – che allo stato pare improbabile e, forse, non auspicabile nell'attuale contesto storico e culturale – è appunto un intervento del decisore politico volto a porre rimedio, tramite revisione costituzionale, alle contraddizioni (ed insufficienze) ad oggi esistenti nella stessa Carta fondamentale, ponendo fine in via preliminare al “divorzio imposto” tra diritti soggettivi e interessi legittimi, che non solo ha impedito la realizzazione di un unitario rito sponsale tra le giurisdizioni, ma ha contribuito a consolidare tra queste una “convivenza di fatto” che la storia ha mostrato essere non del tutto ispirata a sentimenti di reciproca fiducia⁴¹.

39 Secondo lo schema refigurato, innanzitutto, da C. cost. sent. n. 269 del 2017, per cui a fronte di dubbi di illegittimità tanto in riferimento ai diritti tutelati 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. Nella sterminata letteratura sul tema, v., per tutti, R. ROMBOLI, *Dalla «diffusione» all'«accentramento»: una significativa linea di tendenza della più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Foro italiano*, 2018, I, c. 2227.

40 Nonostante, come osservato da B. SASSANI, op. cit., dietro la “ribellione” delle Sezioni Unite giaccia «il conflitto (ben poco latente) ... sull'idea della preminenza della Corte di Cassazione e quindi sulla volontà non espressa ma ricavabile da moltissimi indizi di porsi come Giudice Supremo, vero grado di legittimità rispetto a sentenze di appello quali sono quelle del Consiglio di Stato».

41 Secondo gli auspici già espressi, tra i molti, da M. NIGRO, *È ancora attuale una giustizia amministrativa?*, in *Foro it.*, 1983, V, c. 256 e A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia non amministrativa*, Milano, 2005, *passim*. Con precipuo riguardo alle ricadute dell'ordinanza qui in esame, cfr. le lucide osservazioni di A. TRAVI, *La Cassazione sottopone alla Corte di giustizia il modello italiano*, cit., 4, il quale, pur assai critico nei confronti delle fughe in avanti della Cassazione in sede di interpretazione del significato dei «motivi inerenti alla giurisdizione» ex art. 111, co. 8, Cost., rileva che «il modello delle due giurisdizioni separate, sempre più difficile da rappresentare e sempre più lontano dalle ragioni dei cittadini, meriterebbe da tempo una revisione critica, ispirata alle esigenze di semplificazione della tutela, e non all'esigenza di conservazione delle tradizioni e delle posizioni correlate. Gli argomenti di Calamandrei, disattesi dall'Assemblea costituente, non hanno perso nulla del loro valore; anzi con gli anni, con l'estensione della giurisdizione esclusiva, con la revisione dei confini fra diritto amministrativo e diritto privato, con lo spazio maggiore riconosciuto oggi all'amministrazione consensuale, hanno acquisito un'attualità ancora più intensa. Il superamento del modello delle due giurisdizioni separate, a mio parere, si impone, nell'interesse innanzi tutto dei cittadini, e non è la meno importante o la meno urgente delle riforme che il nostro Paese meriterebbe. Nello stesso tempo, per rispetto dei ruoli definiti dalla Costituzione, è una riforma demandata al legislatore come appunto aveva richiesto Calamandrei, e non all'interpretazione dei giudici».