

PAPER – 4 NOVEMBRE 2020

La recente giurisprudenza  
costituzionale e la Corte di Cassazione  
«fuori contesto»: considerazioni a  
prima lettura di ord. Cass. SS.UU. 18  
settembre 2020, n. 19598

di Simone Barbareschi

Assegnista di ricerca in Istituzioni di diritto pubblico  
Università degli Studi di Roma Tre

e Lucio Adalberto Caruso

Dottorando di ricerca in Diritto pubblico, comparato e internazionale  
Sapienza – Università di Roma

La Cassazione pone in discussione  
la Costituzione davanti al  
diritto europeo?

Postilla di Beniamino Caravita

Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico  
Sapienza – Università di Roma



# La recente giurisprudenza costituzionale e la Corte di Cassazione «fuori contesto»: considerazioni a prima lettura di ord. Cass. SS.UU. 18 settembre 2020, n. 19598.\*

**di Simone Barbareschi**

Assegnista di ricerca in Istituzioni di diritto pubblico  
Università degli Studi di Roma Tre

**e Lucio Adalberto Caruso**

Dottorando di ricerca in Diritto pubblico, comparato e internazionale  
Sapienza – Università di Roma

**Sommario.** 1. L'antefatto. 2. Il fatto. 3. Il postfatto. 4. Minime note conclusive. La decisione della Corte di giustizia: una portata «multilivello»? 5. Nota bibliografica.

## 1. L'antefatto

[L'ordinanza delle Sezioni Unite civili della Cassazione](#) che qui brevemente si illustra rappresenta l'occasione per tornare a riflettere sui rapporti tra giudice comune, giudice costituzionale e Corte di giustizia dell'Unione europea. In particolare, il terreno di incontro (e potenziale scontro) tra i diversi livelli di giurisdizione nel caso di specie è di notevole rilievo: con l'ordinanza di rinvio pregiudiziale in commento, infatti, la Corte di Cassazione tenta di sconfessare la contrarietà all'art. 111, comma 8, della Costituzione, affermata dalla Corte costituzionale nella sent. n. 6 del 2018, della concezione c.d. «dinamica» della giurisdizione.

Nel recente passato gli studiosi avevano potuto constatare un'accentuata diffusione del controllo di legittimità costituzionale. Com'è noto, a questo risultato avevano contribuito plurimi fattori, come l'onere dell'obbligo di interpretazione conforme a costituzione gravante sul giudice comune, la sempre più accentuata incidenza del diritto europeo (e delle pronunce del suo interprete) nell'ordinamento nazionale e delle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Se inizialmente l'attività di demarcazione degli spazi di operatività delle Carte e delle Corti aveva riguardato il sistema della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, nell'ultimo triennio, invece, si è assistito ad una decisa ridefinizione, in senso accentrato,

---

\* Paper valutato dalla Direzione. Postilla a commento di Beniamino Caravita a p. 20.



del rapporto tra pregiudiziale costituzionale e pregiudiziale europea e a un'attenuazione dell'onere di non applicazione del diritto interno contrastante con la normativa dell'Unione, nel caso in cui vengano in rilievo dei diritti costituzionalmente garantiti.

Alla base delle recenti tendenze della giurisprudenza costituzionale vi sono plurime motivazioni: da una parte, il Giudice delle leggi sembrerebbe aver preso coscienza degli eccessi dell'interpretazione conforme ai diversi livelli della legalità, che in alcuni casi hanno condotto a un tradimento della lettera delle disposizioni legislative da parte del giudice comune, con l'inevitabile lesione del principio di certezza del diritto. Dall'altra, l'interpretazione conforme (a Costituzione, a Convenzione e al diritto europeo) e la possibilità di procedere alla disapplicazione avevano prodotto una marginalizzazione della Corte costituzionale nella tutela dei diritti.

In particolare, nella sentenza n. 49 del 2015 la Corte si misura con i rischi, in termini di certezza del diritto, conseguenti all'impostazione abbracciata nelle sentenze c.d. «gemelle» del 2007 (nn. 348 e 349). A differenza di quelle pronunce, in quella in questione si legge che *«la questione è inammissibile per l'erroneità del presupposto interpretativo secondo cui il giudice nazionale sarebbe vincolato all'osservanza di qualsivoglia sentenza della Corte di Strasburgo e non, invece, alle sole sentenze costituenti "diritto consolidato" o delle "sentenze pilota" in senso stretto»*. L'impostazione cristallizzata nel 2015 ha ricevuto conferma e trovato consolidamento in successive decisioni costituzionali riguardanti la revocazione delle sentenze interne nel caso di contrasto con la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, alcune delle quali, come si vedrà, richiamate nell'ordinanza in commento (v. par. 37). In tale contesto assume particolare rilievo la sent. n. 123 del 2017, in cui il Giudice delle leggi ha affermato la non fondatezza della questione di legittimità costituzionale sollevata dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato avente ad oggetto l'art. 106 del d.lgs. n. 104 del 2010 (*«Attuazione dell'articolo 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo»*, d'ora innanzi cod. proc. amm.) e gli artt. 395 e 396 cod. proc. civ., per contrasto con l'art. 117, primo comma, della Costituzione, nella parte in cui non prevedevano un pertinente caso di revocazione. In tale occasione, la Corte costituzionale ha concluso che nel nostro ordinamento la riapertura dei processi diversi da quelli penali e il conseguente travolgimento dei rapporti esauriti richiede una delicata ponderazione degli interessi costituzionali in gioco, che non può che spettare al Legislatore. Se quest'ultima decisione è emblematica di un'opera di apposizione di limiti e confini ben definiti rispetto all'operatività delle disposizioni convenzionali e alla possibilità di un'«ennesima» pronuncia di un giudice comune tramite il grimaldello del ricorso agli ordinamenti sovranazionali, la rinnovata centralità del testo costituzionale e della Corte costituzionale è particolarmente evidente nella «saga Taricco», , relativa alla prescrizione dei reati di frode in materia di imposta sul valore aggiunto (IVA), e segnatamente nel suo atto conclusivo (sent. n. 115 del 2018), in quanto il Giudice delle leggi italiano rivendica l'indefettibilità



tanto dei valori costituzionali, primo tra tutti quello della tassatività in materia penale, quanto del suo giudizio nel valutare il contrasto tra questi e la disciplina euro-comunitaria (*in pejus*)

In letteratura, come si vedrà, la «saga Taricco» è stata considerata il primo significativo momento di cesura nel processo di decentramento del controllo di costituzionalità, agevolato dalla diretta applicazione del diritto UE e dal correlativo potere/dovere di disapplicazione *per saltum* del giudice comune.

Inoltre, sebbene la giurisprudenza costituzionale non abbia sconfessato del tutto il principio della priorità della pregiudiziale europea rispetto alla questione di legittimità costituzionale, la sent. n. 269 del 2017 costituisce un vero e proprio *revirement* in senso accentrato, volto a scongiurare, o comunque ad attenuare gli effetti, di un «concorso di rimedi giurisdizionali», derivanti dalla possibilità per il giudice comune di ricorrere sia agli strumenti di tutela dei diritti dell'ordinamento costituzionale italiano, sia a quelli forgiati dal diritto dell'Unione europea e dal suo interprete. In ragione del rischio che quest'ultima eventualità si manifesti anche nel caso in cui entrino in gioco i diritti impressi nel testo costituzionale nel 1948, la Corte costituzionale rivendica con risolutezza un proprio intervento con effetti *erga omnes*, sulla base del «principio che situa il sindacato accentrato di costituzionalità delle leggi a fondamento dell'architettura costituzionale (art. 134 Cost.)». Si tratta certamente di un'evidente reazione del Giudice costituzionale a una delle principali spinte al decentramento del giudizio costituzionale: l'inclinazione a valutare i problemi di costituzionalità come se si trattasse di violazioni della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Successivamente, la Corte ha perfezionato quest'orientamento con la sentenza n. 20 del 2019, in cui si statuisce l'ammissibilità anche delle questioni aventi come parametro le disposizioni di diritto derivato immediatamente applicabili, laddove espressive dei principi contenuti nella Carta di Nizza.

L'opera di accentramento in atto non ha come esclusivo interlocutore la giurisdizione comune, bensì la Corte di giustizia dell'Unione: sia la vicenda Taricco, sia l'inversione delle questioni doppiamente pregiudiziali sono caratterizzate dall'intenzione della Corte costituzionale di riaffermare l'importanza del proprio ruolo anche nell'assetto ordinamentale euro-unitario, a discapito della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato.

Tuttavia, come si legge nella stessa sentenza n. 269 del 2017, l'intento della Corte costituzionale italiana è comunque quello di agire in «un quadro di costruttiva e leale cooperazione fra diversi sistemi di garanzia, nel quale le Corti costituzionali sono chiamate a valorizzare il dialogo con la Corte di giustizia (da ultimo, ord. n. 24 del 2017), affinché sia assicurata la massima salvaguardia dei diritti a livello sistemico (art. 53 della CFUE)». L'esercizio della «prima parola», difatti, risulta spesso assai più utile e costruttivo della sterile rivendicazione dell'ultima, in quanto consente di individuare correttamente il nodo interpretativo o lo scontro tra «valori» con cui la Corte di giustizia si dovrà confrontare. Allo stesso tempo, il ricorso al rinvio pregiudiziale da parte del Giudice delle leggi è certamente sintomatico della volontà di costruire e mantenere un rapporto di

autentica collaborazione con il Giudice europeo, senza invaderne le competenze. A tal proposito, appare particolarmente emblematica la questione sul diritto al silenzio nei procedimenti sanzionatori davanti all'Autorità italiana per la vigilanza dei mercati (Consob): sebbene l'ordinanza di rimessione della Cassazione indicasse la contestuale lesione di disposizioni costituzionali e di quelle della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proprio al fine di non invadere le competenze della Corte di giustizia, la Consulta ha fatto ricorso, per la prima volta nella sua storia, a un rinvio pregiudiziale di validità.

Nell'ultimo anno la Corte costituzionale ha consolidato le tendenze del recente passato, come dimostrato, tra l'altro, da un nuovo rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea (cfr. l'ord. n. 182 del 2020, in materia di assegno di natalità e maternità a cittadini extracomunitari). Allo stesso tempo, il Giudice delle leggi sembrerebbe aver applicato lo schema delineato nella sent. n. 269 del 2017 e affinato nelle decisioni nn. 20 e 63 del 2019 (cfr. le sentt. nn. 11 del 2020, sulla incompatibilità nella gestione delle farmacie, e 44 del 2020, sull'accesso all'edilizia residenziale pubblica).

In quest'ampia *actio finium regundorum* si colloca anche la menzionata sentenza del Giudice delle leggi n. 6 del 2018, che ha escluso la possibilità di ricorrere, per un *error in procedendo* o *in iudicando*, in Cassazione contro una decisione del giudice amministrativo in caso di contrasto con i principi affermati da una sentenza della Corte di giustizia. Concludendo diversamente, secondo il Giudice delle leggi, si paleserebbe una violazione dell'art. 111, comma 8, della Costituzione.

In sostanza, prima della pronuncia della Corte, il sindacato sulle scelte ermeneutiche del giudice amministrativo suscettibili di comportare errori *in procedendo* o *in iudicando* era consentito nei soli casi di «radicale stravolgimento delle norme di riferimento (nazionali o dell'Unione) tali da ridondare in denegata giustizia, ed in particolare, salvo il caso, tra questi, di errore "in procedendo" costituito dall'applicazione di regola processuale interna incidente nel senso di negare alla parte l'accesso alla tutela giurisdizionale nell'ampiezza riconosciuta da pertinenti disposizioni normative dell'Unione europea, direttamente applicabili, secondo l'interpretazione elaborata dalla Corte di giustizia» (così Cass. SS.UU., 29 dicembre 2017, n. 31226, e giurisprudenza ivi citata). Conseguentemente, «alla luce di una nozione evolutiva del concetto di giurisdizione e della conseguente mutazione della nozione (e del giudizio) sulla giurisdizione», si era giunti a ritenere norma sulla giurisdizione «non solo quella 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» (par. 23.1 dell'ordinanza). Di qui l'ammissibilità di ricorsi avverso «sentenze con le quali il Consiglio di Stato, pur avendo la giurisdizione nella controversia, in concreto aveva esercitato poteri giurisdizionali di cui era sfornito, in tal modo superando i limiti esterni della propria giurisdizione» (par. 24 dell'ordinanza).

A seguito della citata decisione della Corte costituzionale, invece, al Giudice di legittimità è preclusa la possibilità di qualificare «in chiave dinamica» la giurisdizione e di estendere, oltre i limiti della stessa, il

principio di effettività della tutela giurisdizionale. A detta della Corte, l'«*eccesso di potere giudiziario*» denunciabile con il ricorso in cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione va infatti riferito «*alle sole ipotesi di difetto assoluto di giurisdizione, e cioè quando il Consiglio di Stato o la Corte dei conti affermi la propria giurisdizione nella sfera riservata al legislatore o all'amministrazione (cosiddetta invasione o sconfinamento), ovvero, al contrario, la neghi sull'erroneo presupposto che la materia non può formare oggetto, in via assoluta, di cognizione giurisdizionale (cosiddetto arretramento); nonché a quelle di difetto relativo di giurisdizione, quando il giudice amministrativo o contabile affermi la propria giurisdizione su materia attribuita ad altra giurisdizione o, al contrario, la neghi sull'erroneo presupposto che appartenga ad altri giudici*» (par. 15 del *Considerato in diritto*). Da ciò la considerazione rilevante che «*non è consentita la censura di sentenze con le quali il giudice amministrativo o contabile adotti una interpretazione di una norma processuale o sostanziale tale da impedire la piena conoscibilità del merito della domanda*» (par. 17 del *Considerato in diritto*).

Tale impostazione del Giudice delle leggi, nonostante sia di senso contrario al precedente orientamento consolidato della Corte di legittimità, è stata recentemente accolta da quest'ultima (Cass., SS.UU., 6 marzo 2020, n. 6460; 17 dicembre 2018, n. 32622; 19 dicembre 2018, n. 32733) e applicata anche in materia di esclusione e di aggiudicazione di appalti pubblici (Cass., SS. UU., 16 maggio 2019, n. 13243). In quest'ultima pronuncia, ad esempio, le Sezioni Unite hanno ritenuto inammissibile il ricorso per cassazione del concorrente escluso avverso la sentenza con cui il Consiglio di Stato aveva confermato la decisione di primo grado che aveva prioritariamente scrutinato e accolto il ricorso incidentale c.d. «*escludente*», con cui l'aggiudicatario deduceva profili di illegittimità dell'ammissione alla gara del ricorrente principale, non prima di aver sottolineato la «*pregnanza e [la] vincolante rilevanza della richiamata sentenza della Corte costituzionale [n. 6 del 2018]*» e affermato l'impossibilità di ricondurre «*il vizio denunciato in relazione alla decisione del Consiglio di Stato [...] in una violazione dei limiti esterni della giurisdizione*».

## **2. Il fatto.**

In tale cornice si colloca l'ordinanza di rinvio pregiudiziale 18 settembre 2020, n. 19598, parimenti resa dalle Sezioni Unite civili della Corte di Cassazione. Come meglio si vedrà *infra*, infatti, le Sezioni Unite sottopongono alla Corte di giustizia tre questioni pregiudiziali relative alla compatibilità dell'interpretazione e applicazione di alcune norme nazionali - anche di rango costituzionale - con il diritto eurounitario. In particolare, la richiesta di una chiara presa di posizione in ordine all'interpretazione e all'applicazione, tra l'altro, anche dell'art. 111, comma 8, Cost., testimonia la volontà della Corte di legittimità di rivendicare la centralità del proprio ruolo – certamente scalfito dalla sent. n. 6 del 2018 della Corte costituzionale (peraltro espressamente richiamata all'interno del primo quesito pregiudiziale), ma più in generale dalla tendenza di quest'ultima di farsi interlocutore immediato della Corte di Lussemburgo



– di garante dell’interpretazione conforme al diritto europeo e del principio di effettività della tutela giurisdizionale in ordine alle situazioni giuridiche soggettive di rilevanza comunitaria. Non a caso, all’interno del testo dell’ordinanza si qualifica più volte il ricorso per Cassazione come il rimedio estremo previsto dall’ordinamento nazionale al fine di evitare la formazione di giudicati contrari al diritto dell’Unione europea (v., sul punto, i parr. 36, 44 e 53 dell’ordinanza).

Le richieste di pronuncia pregiudiziale scaturiscono da un complesso contenzioso in materia di appalti. Un’Azienda sanitaria locale, in particolare, aveva indetto una gara volta a individuare un’Agenzia per il lavoro alla quale affidare per tre anni, in base al criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, la somministrazione temporanea di personale a tempo determinato, per un valore complessivo di oltre dodici milioni di euro, prevedendo una «soglia di sbarramento» alle offerte tecniche, preclusiva della partecipazione al prosieguo della gara. Alla procedura partecipavano otto concorrenti, tra i quali un’impresa successivamente esclusa per l’asserito mancato superamento della soglia di sbarramento e il raggruppamento temporaneo formato dalle imprese S. e U. (*hinc inde*: il RTI).

L’impresa esclusa dalla procedura impugnava innanzi il TAR dapprima l’esclusione e, con successivi motivi aggiunti, l’aggiudicazione della gara al RTI, lamentando, al fine di ottenere la riammissione alla gara, l’irragionevolezza dei punti tecnici attribuiti alla propria offerta, l’inadeguata determinazione dei criteri di valutazione delle offerte indicati nel disciplinare di gara, il difetto di motivazione circa i voti numerici assegnati alle offerte, nonché l’illegittima nomina e composizione della commissione di gara e la mancata suddivisione della gara in lotti. Costituitesi in giudizio, l’Amministrazione sanitaria e le due componenti del RTI aggiudicatario eccepivano l’inammissibilità dei motivi lamentati dalla ricorrente, affermando che quest’ultima, essendo stata comunque esclusa dalla gara, fosse priva di legittimazione a proporli. Il TAR rigettava le eccezioni relative alla legittimazione della ricorrente e, dopo aver esaminato tutti i motivi di ricorso, li rigettava nel merito.

L’impresa esclusa interponeva appello, ribadendo le censure e gli argomenti difensivi svolti in primo grado; le due imprese aggiudicatrici, a loro volta, proponevano ciascuna appello incidentale per la parte in cui il TAR, disattendendo le loro eccezioni di carenza di legittimazione, aveva ritenuto ammissibili e scrutinato nel merito le censure dell’allora ricorrente dirette al travolgimento della gara.

Con sent. Sez. III, 7 agosto 2019, n. 5606, il Consiglio di Stato da un lato rigettava il motivo della concorrente esclusa avverso l’attribuzione alla propria offerta tecnica di un punteggio insufficiente per il superamento della «soglia di sbarramento»; dall’altro, in accoglimento degli appelli incidentali, riformava parzialmente la sentenza impugnata nella parte in cui il TAR aveva scrutinato nel merito i motivi di ricorso principale volti a contestare l’esito della gara e a determinarne il travolgimento invece di dichiararli inammissibili. In asserita aderenza alle indicazioni dell’Adunanza Plenaria (in particolare alle sentt. nn. 4



del 2011 e 9 del 2014), i Giudici di Palazzo Spada, in mancanza di una pronuncia di accertamento dell'illegittimità dell'esclusione, ritenevano la concorrente esclusa titolare di un interesse di mero fatto e, dunque, non legittimata a impugnare gli atti di gara.

La questione è dunque arrivata alle Sezioni Unite, innanzi le quali l'impresa esclusa – e in ciò sta il nodo centrale della questione – ha lamentato la violazione del principio di effettività della tutela giurisdizionale e il diniego di accesso alla tutela stessa, ritenendola censurabile ai sensi dell'art. 111, comma 8, Cost. sulla scorta dell'orientamento delle stesse Sezioni Unite (sentt. 6 febbraio 2015, n. 2242, e 29 dicembre 2017, n. 31226) precedente alla citata sentenza della Corte cost. n. 6 del 2018. Come rappresentato dall'impresa esclusa, il principio di effettività della tutela, espressamente codificato in materia di appalti dall'art. 1, par. 1, comma 3, della Direttiva CEE 21 dicembre 1989, n. 665, è stato interpretato dalla Corte di giustizia dell'Unione europea nel senso che la mera probabilità di conseguire un vantaggio tramite la proposizione di un ricorso, consistente in qualsiasi risultato (anche rappresentato dalla sola riedizione della procedura di gara), è idonea a radicare l'interesse e il diritto alla tutela giurisdizionale. Più in particolare, la giurisprudenza eurounitaria avrebbe escluso la possibilità che l'eccezione e il ricorso incidentale dell'aggiudicatario di una gara di appalto siano esaminati prioritariamente con effetti paralizzanti del ricorso principale, privando conseguentemente il concorrente escluso dell'interesse al ricorso principale e della legittimazione a contestare l'esito della gara per qualsiasi ragione (sentt. Decima Sezione, 5 settembre 2019, C-333/18, *Lombardi*; Grande Sezione, 5 aprile 2016, C-689/13, *Puligienica*; Decima Sezione, 4 luglio 2013, C-100/12, *Fastweb*).

Le parti avversarie hanno eccepito che la sentenza del Consiglio di Stato non sarebbe censurabile in Cassazione, affermando anzitutto che il vizio lamentato dall'impresa ricorrente non sarebbe riconducibile a ipotesi di violazione dei «limiti esterni» della giurisdizione amministrativa ed escludendo, in ultima analisi, che possa trattarsi di un «motivo inerente alla giurisdizione», giusta l'orientamento espresso dalla Corte costituzionale nella citata sent. n. 6 del 2018 e successivamente recepito dal Giudice della nomofilachia (sent. SS.UU., 16 maggio 2019, n. 13243).

Nel merito, invece, le resistenti hanno: *i*) negato l'esistenza di un contrasto con la giurisprudenza eurounitaria, asseritamente non pertinente nel caso – come quello di specie – in cui una sola impresa abbia contestato in giudizio l'aggiudicazione; *ii*) affermato la correttezza delle valutazioni del Consiglio di Stato in tema di inammissibilità delle censure, proposte dal concorrente escluso, volte a contestare l'esito della gara per ragioni inerenti alla invalidità della procedura; *iii*) sostenuto che, anche a voler ritenere conferenti le statuizioni della giurisprudenza eurounitaria invocate dalla ricorrente, esse introdurrebbero un concetto di interesse ad agire ipotetico e astratto, atteso che, in presenza di più di due concorrenti in gara, nel caso in cui sia esaminato e accolto anche il ricorso principale del concorrente escluso dalla gara



oltre al ricorso incidentale dell'aggiudicatario volto a escludere l'altro concorrente, non è detto che la Stazione appaltante si determini a ripetere la gara, vieppiù in presenza di una valida offerta di un terzo partecipante alla gara.

### 3. Il postfatto.

Nel perimetro argomentativo ora illustrato si collocano le tre questioni pregiudiziali di interpretazione del diritto eurounitario sulle quali le Sezioni Unite hanno sollecitato l'intervento della Corte di giustizia, chiedendo peraltro che tali questioni siano decise con il procedimento accelerato di cui all'art. 105 del Regolamento di procedura della Corte di giustizia del 25 settembre 2012.

i) Nella prima questione pregiudiziale la Corte di Cassazione chiede alla Corte di giustizia di pronunciarsi circa la compatibilità con il diritto europeo (e segnatamente con gli artt. 4, par. 3, 19, par. 1, TUE e 2, parr. 1 e 2, e 267 TFUE, letti anche alla luce dell'art. 47 della CDFUE) dell'interpretazione dell'art. 111, comma 8, Cost., nonché degli artt. 360, comma 1, n. 1, e 362, primo comma, cod. proc. civ. e 110 cod. proc. amm., risultante dalla sentenza n. 6 del 2018.

Nelle premesse al quesito, le Sezioni Unite sottolineano la problematicità della prassi interpretativa avallata dalla Corte costituzionale nella citata sent. n. 6 del 2018, nella parte in cui ritiene non censurabili in Cassazione per «difetto di potere giurisdizionale» le sentenze del Consiglio di Stato «che facciano applicazione di prassi interpretative elaborate in sede nazionale confliggenti con sentenze della Corte di giustizia, in settori disciplinati dal diritto dell'Unione europea (nella specie, in tema di aggiudicazione degli appalti pubblici) nei quali gli Stati membri hanno rinunciato ad esercitare i loro poteri sovrani in senso incompatibile con tale diritto» (par. 46).

A detta del remittente, l'orientamento precedente alla sent. Corte cost. n. 6 del 2018, che riteneva ammissibili quali motivi di ricorso per cassazione le censure proposte per porre rimedio alle violazioni del diritto dell'Unione imputabili a sentenze del Consiglio di Stato in contrasto con pronunce interpretative del diritto dell'Unione, consentiva al giudice nazionale di applicare il diritto dell'Unione in modo conforme alla giurisprudenza della Corte. Esso, infatti, garantiva per un verso la piena espansività dell'effetto utile di cui all'art. 267 TFUE (su cui v. recentemente i parr. 39-40 della citata sent. *Puligienica*) e per altro verso l'esigenza ineludibile di scongiurare il consolidamento di una violazione del diritto eurounitario da parte del Consiglio di Stato fintanto che ciò sia possibile, «come accade quando il giudicato non si sia ancora formato, essendo pendente il giudizio di impugnazione della sentenza amministrativa cui sia imputata quella violazione» (par. 36 dell'ordinanza). Di contro, la prassi inaugurata dalla sent. Corte cost. n. 6 del 2018 rende «la violazione del diritto dell'Unione europea da parte dei giudici amministrativi [...] irrimediabile nell'ordinamento nazionale, se non in via indiretta e succedanea mediante il risarcimento del danno per responsabilità dello Stato, con la conseguenza che non vi sarebbero rimedi idonei ad evitare il consolidarsi degli effetti della violazione stessa e a dare attuazione

*diretta agli interessi giuridici tutelati dal diritto dell'Unione» (par. 31). Ciò – prosegue il remittente – è tanto più grave, in considerazione del fatto che «nelle controversie disciplinate dal diritto eurounitario lo Stato ha rinunciato all'esercizio della sovranità, [...] esercitata dall'Unione tramite i giudici nazionali, il cui potere giurisdizionale esiste esclusivamente in funzione dell'applicazione del diritto dell'Unione» e delle «caratteristiche fondamentali dell'ordinamento giuridico comunitario», individuate nella sua «preminenza sui diritti degli Stati membri e [dal]l'efficacia diretta di tutta una serie di norme che si applicano ai cittadini di tali Stati nonché agli Stati stessi» (par. 33).*

Il remittente si sofferma anche sulla potenziale introduzione, «all'interno di ciascuna giurisdizione», di un nuovo caso di revocazione di cui all'art. 395 cod. proc. civ., ipotizzata dalla Corte costituzionale nella citata sent. n. 6 del 2018 al fine di scongiurare l'illegittimità di una decisione non ricorribile in cassazione «nell'ipotesi di sopravvenienza di una decisione contraria delle Corti sovranazionali».

Sul punto, le Sezioni Unite osservano che tale istituto non è stato previsto dal legislatore quale strumento ordinario per porre rimedio a violazioni del diritto eurounitario addebitabili a organi giurisdizionali, peraltro affermando che l'ipotesi è stata implicitamente disattesa dallo stesso Giudice delle leggi. Quest'ultimo, con sent. n. 93 del 2018, è pervenuto a conclusioni di tenore analogo a quelle raggiunte nella già citata sent. n. 123 del 2017, dichiarando infondata la questione di costituzionalità degli artt. 395 e 396 cod. proc. civ., nella parte in cui non prevedono tra i casi di revocazione quello in cui essa si renda necessaria per consentire il riesame nel merito della sentenza impugnata per la necessità di uniformarsi a statuizioni vincolanti rese, in quel caso, dalla Corte europea dei diritti dell'uomo. Il rimedio, peraltro, non sarebbe praticabile per i limiti strutturali dell'istituto della revocazione, specialmente quando le sentenze delle Corti sovranazionali siano precedenti alla sentenza impugnata e, comunque, le Sezioni Unite dubitano ch'esso possa paralizzare l'ammissibilità del ricorso per cassazione, non potendosi escludere che le stesse sentenze rese in sede di revocazione possano incorrere in violazione dei limiti della giurisdizione. Il remittente si misura anche con la compatibilità del nuovo corso giurisprudenziale con il principio di «autonomia procedurale» degli Stati membri, in base al quale è rimessa ai singoli Stati l'individuazione delle modalità processuali per assicurare tutela ai diritti riconosciuti dall'Unione, a condizione ch'esse non siano meno favorevoli rispetto a quelle relative a situazioni analoghe assoggettate al diritto interno (principio di equivalenza) e non rendano, di fatto, impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dal diritto dell'Unione (principio di effettività; su entrambi i principi v. la sent. Corte di giustizia, Prima Sezione, 15 marzo 2017, C-3/16, *Lucio Cesare Aquino*, parr. 48 sg., richiamata al par. 40 dell'ordinanza).

Più recentemente, sottolinea il remittente, la Corte di giustizia è tornata a soffermarsi sull'autonomia procedurale nazionale, nella già citata sentenza *Lombardi*, proprio con riferimento alla domanda di tutela proposta dai partecipanti a una gara di appalto, affermando che un offerente, la cui offerta è stata esclusa

dall'Amministrazione aggiudicatrice, può vedersi rifiutare l'accesso a un ricorso contro l'aggiudicazione, ma solo se l'esclusione di detto offerente è confermata da una decisione che ha acquistato efficacia di giudicato prima della pronuncia del giudice investito del ricorso contro la decisione di affidamento dell'appalto. Solo in tale ultimo caso, pertanto, detto offerente va considerato definitivamente escluso dalla procedura di affidamento dell'appalto pubblico in questione ed essere privato del suo diritto all'esame nel merito di tale ricorso (parr. 31-33 della sent. *Lombardi*).

È indubbiata, da ultimo, la compatibilità della prassi in esame con i principi di certezza del diritto e di affidamento dei cittadini, poiché – come osserva il remittente – ricorsi per cassazione, proposti in controversie di analogo tenore e aventi a oggetto l'impugnazione di esclusioni e aggiudicazioni di gare di appalto disciplinate dal diritto eurounitario, sono stati dichiarati ammissibili e accolti se decisi dalle Sezioni Unite prima del 18 gennaio 2018, data di deposito della menzionata sentenza della Corte costituzionale n. 6 del 2018, mentre successivamente a tale data sono stati dichiarati inammissibili, pur se presentati in epoca antecedente e senza che la diversità di esito sia stata determinata «*da modifiche normative introdotte dal legislatore dell'Unione europea o da sentenze della Corte di giustizia sopravvenute*» (par. 43.2).

ii) Allo stesso tempo, di certo rilievo costituzionalistico è la seconda questione pregiudiziale sollevata dalla Corte di Cassazione, con la quale si chiede al Giudice di Lussemburgo di valutare la compatibilità con il diritto europeo dell'impostazione per cui non è proponibile ricorso per cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione avverso le sentenze del Consiglio di Stato, nei casi in cui il supremo organo della giustizia amministrativa abbia ommesso di effettuare il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia e si versi in assenza di una delle condizioni elaborate dalla giurisprudenza europea a partire dalla sentenza *Cilfit* del 1982 (Corte di giustizia, 6 ottobre 1982, C-238/81, *Cilfit*: questione chiara oltre ogni ragionevole dubbio; esistenza di un indirizzo giurisprudenziale costante sul punto di diritto che si intende rimettere alla Corte; non rilevanza della questione). Tale indirizzo giurisprudenziale, recentemente avallato anche dalla stessa Cassazione (SS.UU. 6 marzo 2020, n. 6460), preclude anche alle Sezioni Unite la possibilità di effettuare il rinvio pregiudiziale in sede di controllo sui limiti esterni della giurisdizione amministrativa.

Il rinvio pregiudiziale in questione prende le mosse dalla necessità di valutare la compatibilità della sentenza gravata innanzi le Sezioni Unite con il diritto eurounitario concernente la legittimazione del concorrente escluso a contestare la propria esclusione mediante la critica dell'aggiudicazione della gara ad altro concorrente, sulla base di censure dirette al travolgimento e alla ripetizione della procedura di gara. Nel caso di specie il remittente, a differenza della ricorrente esclusa, dubita che possano essere invocati *de plano* i precedenti del Giudice di Lussemburgo in materia di appalti e relativi ai rapporti tra ricorso principale del concorrente escluso dalla gara e ricorso incidentale del concorrente aggiudicatario.



La rilevanza della prima e della seconda questione pregiudiziale, secondo il remittente, sono strettamente connesse, atteso che, ove si ritenesse ammissibile il ricorso per cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione avverso sentenze del Consiglio di Stato contrastanti con pronunce della Corte di giustizia, sarebbe «*poco coerente*» ritenere inammissibile il ricorso per cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione volto a censurare l'omissione immotivata del rinvio pregiudiziale da parte del Consiglio o a sollecitare le Sezioni Unite ad avvalersi esse stesse dello strumento di cui all'art. 267 TFUE (par. 51). In mancanza della possibilità di esperire un rinvio pregiudiziale – prosegue il remittente – il risarcimento del danno, per la sua natura di rimedio indiretto e succedaneo, non tutelerebbe adeguatamente il diritto dell'Unione. Esso, infatti, potrebbe far sì che il giudice di ultima istanza, sottraendosi all'obbligo di rinvio, di fatto impedisca alla Corte di giustizia di svolgere il ruolo di interprete autentico del diritto dell'Unione affidatole dal Trattato istitutivo. Compromesso sarebbe, altresì, il ruolo delle Sezioni Unite di garante del rispetto dei limiti delle diverse giurisdizioni, tanto più in un momento in cui è ancora possibile evitare la formazione del giudicato contrastante col diritto dell'Unione.

iii) L'oggetto della terza questione pregiudiziale è di taglio più prettamente amministrativistico, dal momento che si chiede alla Corte di giustizia di sapere se siano applicabili alla fattispecie che ne occupa i principi relativi alla tutela giurisdizionale in materia di appalti, per come enunciati nelle sentenze *Lombardi*, *Puligienica* e *Fastweb* in relazione agli artt. 1, parr. 1 e 3, e 2., par. 1, della Direttiva 89/665/CEE, modificata dalla Direttiva 2007/66/CEE.

Come accennato *supra*, nel caso al vaglio delle Sezioni Unite l'impresa concorrente ha contestato, in primo grado e in appello, tanto l'esclusione da una procedura di gara, quanto l'aggiudicazione ad altra impresa. In appello il Consiglio di Stato ha esaminato nel merito il solo motivo con cui l'impresa esclusa ha contestato l'attribuzione di un punteggio inferiore alla «soglia di sbarramento» attribuito alla propria offerta tecnica e, dopo aver esaminato prioritariamente gli appelli incidentali, li ha accolti, così dichiarando inammissibili (e omettendoli di esaminare nel merito) gli altri motivi del ricorso principale volti a contestare la gara per altre ragioni (indeterminatezza dei criteri di valutazione delle offerte nel disciplinare di gara, mancata motivazione dei voti assegnati, illegittima nomina e composizione della commissione di gara). Un tanto – riferisce il remittente - conformemente alla «*prassi giurisprudenziale nazionale secondo la quale l'impresa che sia stata esclusa da una gara di appalto non sarebbe legittimata a proporre censure miranti a contestare l'aggiudicazione all'impresa concorrente, anche mediante la caducazione della procedura di gara*» (par. 66 dell'ordinanza). Il remittente dubita della compatibilità eurounitaria di tale orientamento prendendo le mosse dalla differenza che intercorre tra la posizione del concorrente a una gara di appalto che, contestando la propria esclusione, proponga censure miranti a ottenere il travolgimento dell'aggiudicazione al concorrente e la ripetizione della gara, e quella dell'operatore che non abbia mai partecipato alla gara (par. 62

dell'ordinanza, ove è menzionata anche la sent. Corte di giustizia, Ottava Sezione, 11 maggio 2017, C-131/16, *Archus*); differenza che, secondo la giurisprudenza eurounitaria, viene meno solo se l'esclusione del primo è confermata da una decisione che ha acquistato efficacia di giudicato prima della pronuncia del giudice investito del ricorso contro la decisione di affidamento dell'appalto (cfr. par. 31 sg. della citata sent. *Lombardi*, ove si richiama *ad excludendum* la sent. Corte di giustizia, Ottava Sezione, 21 dicembre 2016, C-355/15, *Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung GesmbH und Caverion Österreich GmbH*).

La differenza in questione induce infatti le Sezioni Unite a ritenere *prima facie* ammissibili le censure della concorrente esclusa mirate alla caducazione della procedura, in conformità al principio per cui, qualora la regolarità dell'offerta di ciascuno degli operatori sia contestata nell'ambito del medesimo procedimento, il ricorso incidentale dell'aggiudicatario non può comportare il rigetto o l'inammissibilità del ricorso di un concorrente escluso, poiché in tale situazione «ciascuno dei concorrenti può far valere un legittimo interesse equivalente all'esclusione dell'offerta degli altri, che può portare alla constatazione dell'impossibilità, per l'amministrazione aggiudicatrice, di procedere alla scelta di un'offerta regolare» (sent. *Lombardi*, par. 24; in termini v. anche sent. *Fastweb*, par. 33, e *Puligienica*, par. 24). Infatti, «qualora il ricorso dell'offerente non prescelto fosse giudicato fondato, l'amministrazione aggiudicatrice potrebbe prendere la decisione di annullare la procedura e di avviare una nuova procedura di affidamento a motivo del fatto che le restanti offerte regolari non corrispondono sufficientemente alle attese dell'amministrazione stessa» (par. 28 della sent. *Lombardi*). Di conseguenza il remittente, richiamando un proprio orientamento precedente all'arresto n. 6 del 2018 della Corte costituzionale, sottolinea la sufficienza della «mera eventualità del rinnovo della gara a radicare l'interesse del ricorrente a contestare l'aggiudicazione» (Cass., SS.UU., n. 31226 del 2017). In definitiva, a detta delle Sezioni Unite, anche se l'offerta del ricorrente principale sia giudicata irregolare, non si può escludere che l'Amministrazione aggiudicatrice, constatata l'impossibilità di scegliere un'altra offerta regolare, ritenga di procedere all'indizione di una nuova gara.

Di qui l'esistenza di un interesse legittimo dello stesso ricorrente all'esclusione dell'offerta dell'aggiudicatario e alla ripetizione della gara. Ma poiché ciò contravviene alla prassi indubbiata di illegittimità eurounitaria da parte della Cassazione, quest'ultima chiede alla Corte di giustizia di valutare «se sia compatibile con il diritto dell'Unione l'effetto di precludere all'impresa il diritto di sottoporre all'esame del giudice ogni ragione di contestazione dell'esito della gara, in una situazione in cui la sua esclusione non sia stata definitivamente accertata e in cui ciascun concorrente può far valere un analogo interesse legittimo all'esclusione dell'offerta degli altri, che può portare alla constatazione dell'impossibilità per l'amministrazione aggiudicatrice di procedere alla scelta di un'offerta regolare e all'avvio di una nuova procedura di aggiudicazione, alla quale ciascuno degli offerenti potrebbe partecipare» (par. 66 dell'ordinanza).



#### 4. Minime note conclusive. La decisione della Corte di giustizia: una portata «multilivello»?

Si può ipotizzare, per una serie di ragioni che possiamo elencare in ordine crescente di importanza, che, ove tutti i quesiti accedessero allo scrutinio del merito, la decisione della Corte di giustizia sarebbe particolarmente significativa.

La pronuncia, anzitutto, senz'altro sortirebbe influenze sul contenzioso in materia di appalti, indirizzando e uniformando le pronunce dei giudici amministrativi in tema di legittimazione del concorrente escluso per mancato superamento di «soglie di sbarramento» alle offerte tecniche a proporre motivi di ricorso che mirino a contestare l'intera procedura di gara, alla luce di quanto chiesto dal remittente nel terzo quesito pregiudiziale.

In secondo luogo, nel secondo quesito pregiudiziale si chiede al Giudice di Lussemburgo di valutare la compatibilità della «*prassi giurisprudenziale nazionale*» che nega al Consiglio di Stato e alle stesse Sezioni Unite (par. 50 dell'ordinanza) la proponibilità del rinvio pregiudiziale in presenza di condizioni ulteriori rispetto a quelle individuate dalla giurisprudenza eurounitaria (oltre alla citata sent. *Cilfit* v. ord. 5 marzo 1986, C-69/85, *Wünsche Handelsgesellschaft GmbH & Co*, par. 15, sulla possibilità per il giudice nazionale destinatario della sentenza stessa di rivolgersi nuovamente alla Corte prima di dirimere la lite principale). Come è evidente, la portata della risposta potrebbe incidere sensibilmente sulle prospettive di accesso in Corte costituzionale, eventualmente determinando, a fronte del rinnovato accentramento di quest'ultima, nuove prospettive di (de)centramento del giudizio a favore del Giudice di Lussemburgo e dei giudici comuni.

In terzo luogo, la Corte di giustizia è chiamata a verificare la compatibilità con il diritto eurounitario di una norma costituzionale, nell'interpretazione che ne ha dato il Giudice delle leggi. Al Giudice di Lussemburgo, infatti, si chiede di prendere posizione sul concetto di «*motivi inerenti alla giurisdizione*» di cui all'art. 111, comma 8, Cost. Ove decidesse, non potrebbe astenersi - se non altro perché espressamente menzionata nel quesito - dall'avvalorare o rifiutare l'interpretazione che ne ha dato la Corte costituzionale nella più volte citata sent. n. 6 del 2018. Con conseguenze di frizione nei rapporti tra ordinamento costituzionale ed eurounitario che ben potremmo prevedere, nell'eventualità che il Giudice di Lussemburgo si ritenesse legittimato a interpretare in via «eteronoma» la nozione di giurisdizione di cui all'art. 111 Cost. e che l'interpretazione da questi offerta dovesse divergere da quella avallata dal Giudice delle leggi.

## 5. Nota bibliografica

Come evidenziato in chiusura del contributo, l'ordinanza in esame interseca più d'un profilo di interesse. Il primo tema, evidente *ictu oculi* e più immediatamente connesso al caso che ne occupa, concerne la legittimazione e l'interesse a ricorrere nel processo amministrativo in materia di appalti e segnatamente la legittimazione del concorrente escluso a contestare in giudizio, oltre alla propria esclusione, anche l'esito della gara. Gli arresti della Corte di giustizia resi a proposito di ricorso incidentale escludente e di interesse strumentale sono numerosi e con alcuni di essi si misura anche l'ordinanza in commento: si tratta delle già citate sentenze *Fastweb* del 2013, *Puligienica* del 2016, *Archus* del 2017 e *Lombardi* del 2019. Per una complessiva ricostruzione delle traiettorie motivazionali seguite di volta in volta dal giudice di Lussemburgo in tali pronunce cfr. Bertonazzi L., *La giurisprudenza europea in tema di ricorso incidentale escludente*, in *Dir. proc. amm.*, n. 2/2020, 519 sgg., nonché, precedentemente, Scoca F.G., *Sul c.d. interesse strumentale nelle procedure selettive (il contrasto tra giudice amministrativo e giudice europeo)*, in *Giustamm.it*, n. 11/2019; Villata R., *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 *Riv. dir. proc.*, n. 2/2018, 325 sgg., ora in *Id.*, *Scritti in tema di questioni di giurisdizione*, Milano, Wolters Kluwer, 2019, 122 sgg.; Benetazzo C., *Il ricorso incidentale: oggetto, legittimazione e ordine di esame delle questioni tra disciplina interna e principi comunitari*, in *Dir. proc. amm.*, n. 1/2014, 107 sgg.; Carbone A., *Modelli processuali differenziati, legittimazione a ricorrere e nuove tendenze del processo amministrativo nel contenzioso sugli appalti pubblici*, in *Dir. proc. amm.*, n. 2/2014, 423 sgg.

Fra i primi commenti all'ordinanza in questione si segnalano quelli di Costantino G., Carratta A., Ruffini G., *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 (consultabile [qui](#)); Tropea G., *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 (consultabile [qui](#)). Quest'ultimo Autore, dopo un'attenta disamina dei precedenti arresti della Corte di giustizia europea in tema di legittimazione del ricorrente escluso all'impugnazione dell'esito della gara (par. 3), esprime alcune perplessità in ordine all'asserita «violazione delle norme europee» da parte della pronuncia del Consiglio di Stato, affermando viceversa che «l'attività veramente creativa, sia in punto di individuazione delle posizioni legittimanti, che di (ri)perimetrazione della nozione di “motivi inerenti alla giurisdizione”» sarebbe quella compiuta dalla Cassazione, la quale, «disattendendo le nette indicazioni di Corte cost. n. 6/2018, si avvale, in punto di regolamentazione del dialogo fra le corti, delle perplesse indicazioni di *Puligienica*, che ha finito per disapplicare l'art. 99 c.p.a. in tema di poteri dell'Adunanza plenaria, e in punto di posizioni legittimanti dell'altrettanto discutibile sentenza *Archus*». Infine, proprio il fatto che la Cassazione abbia «alzato la posta» e preso di mira «l'esegesi fornita dalla Consulta nel 2018 sulla nozione di motivi inerenti alla

giurisdizione, contenuta nell'art. 111, ultimo comma, Cost.», potrebbe portare, per l'Autore, «verso una nuova stagione per i controllimiti».

Proprio tale affermazione consente di riallacciare il discorso al secondo tema interessato dalla pronuncia e relativo ai rapporti tra giudice comune, giudice costituzionale e Corte di giustizia dell'Unione europea. Anche in ordine a tale profilo la letteratura è assai ampia e variegata.

Sul rapporto con i giudici comuni si vedano, *ex multis*, Agrò A.S., *Note storiche sui rapporti tra l'interpretazione del giudice comune e quella della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2004; Amoroso G., *Interpretazione conforme e condizione di ammissibilità della questione incidentale di costituzionalità*, in *Foro.it*, 2017; Anzon A., «Diffusione» del controllo di costituzionalità o «diffusione» del potere di attuazione giudiziaria della Costituzione?, in Malfatti E. – Romboli R. – Rossi E. (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua «diffusione». Verso un controllo di costituzionalità di tipo diffuso*, Giappichelli, Torino, 2002; Azzena L., *Valorizzazione degli elementi di «diffusione» del sistema di giustizia costituzionale e tutela dei diritti*, in Malfatti E. – Romboli R. – Rossi E. (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua «diffusione»*, cit.; Bin R., *L'applicazione diretta della Costituzione, le sentenze interpretative, l'interpretazione conforme a Costituzione della legge*, reperibile su [www.robertobin.it](http://www.robertobin.it); Cappuccio L. – Lamarque E. (a cura di), *Dove va il sistema italiano accentrato di costituzionalità?*, Ed. Scientifica, Napoli, 2013; Cartabia M., *La fortuna del giudizio di costituzionalità in via incidentale*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, 2014; Chessa O., *Non manifesta infondatezza versus interpretazione adeguatrice?*, in D'Amico M. – Randazzo B. (a cura di), *Interpretazione conforme e tecniche argomentative*, Giappichelli, Torino, 2009; Crisafulli V., *Questioni in tema di interpretazione della Corte costituzionale nei rapporti con l'autorità giudiziaria*, in *Giur. cost.*, 1956; Dolso G.P., *Interpretazione adeguatrice: itinerari giurisprudenziali e problemi aperti*, in *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, IV, Jovene, Napoli, 2009; Elia L., *Modeste proposte di segnaletica giurisprudenziale*, in *Giur. cost.*, 2002; Ferreres Comella V., *Constitutional Courts and Democratic Values. A European perspective*, Yale University Press, New Haven&London, 2009; Groppi T., *Verso una giustizia costituzionale «mite»? Recenti tendenze dei rapporti tra Corte costituzionale e giudici comuni*, in *Politica del diritto*, n. 2/2002; Laneve G., *L'interpretazione conforme a Costituzione: problemi e prospettive di un sistema diffuso di applicazione costituzionale all'interno di un sindacato (che resta) accentrato*, in Caravita B. (a cura di), *La giustizia costituzionale in trasformazione: la Corte costituzionale tra giudice dei diritti e giudice dei conflitti*, Jovene, Napoli, 2012; Luciani M., *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l'interpretazione «conforme a»*, in *federalismi.it*, 8 agosto 2007; Modugno F., *In difesa dell'interpretazione conforme a Costituzione*, in *Rivista AIC*, n. 2/2014; Perini M., *L'interpretazione della legge alla luce della Costituzione fra Corte costituzionale ed autorità giudiziaria*, in Malfatti E. – Romboli R. – Rossi E. (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua «diffusione»*, cit.; Repetto G., *Il canone dell'incidentalità costituzionale. Trasformazioni e continuità nel giudizio sulle leggi*, Ed. Scientifica, Napoli, 2017; Romboli R., *Qualcosa di nuovo... anzi d'antico: la contesa sull'interpretazione conforme*, in Carnevale P. – Colapietro C., *La giustizia costituzionale fra memoria e prospettive*,

Giappichelli, Torino, 2008; Ruotolo M., *Interpretare. Nel segno della Costituzione*, Ed. Scientifica, Napoli, 2014.

Sul rapporto della Corte costituzionale con la Corte di giustizia e la Corte di Strasburgo si rinvia, *ex multis*, a Barbera A., *Corte costituzionale e giudici di fronte ai «vincoli comunitari»: una ridefinizione dei confini?*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2/2007; Basili D. – Di Niro G.M., *Corte costituzionale, rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE e dialogo tra le Corti: evoluzioni e prospettive*, in Caravita B. (a cura di), *La giustizia costituzionale in trasformazione: la Corte costituzionale tra giudice dei diritti e giudice dei conflitti*, cit.; Campanelli G. – Famiglietti G., *La Corte costituzionale ed i rapporti tra diritto interno e diritto sovranazionale*, in Romboli R. (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2014-2016)*, Giappichelli, Torino, 2017; Cartabia M., *La Corte costituzionale italiana e il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia europea*, in Zanon N. (a cura di), *Le corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, Editoriale Scientifica Italiana, Napoli, 2006; Donati F., *La CEDU nel sistema italiano delle fonti del diritto alla luce delle sentenze della Corte costituzionale del 24 ottobre 2007*, in *Osservatorio sulle fonti*, 24 ottobre 2007; Guarnier T., *Ruolo e funzioni del rinvio pregiudiziale nell'interpretazione delle direttive dell'Unione europea: il caso della relazione tra giudici italiani e Corte di Giustizia*, in *federalismi.it*, Focus Fonti, n. 1/2017; Lamarque E., *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea secondo la Corte costituzionale italiana*, in *Consulta Online*, 2014; Losana M., *La Corte costituzionale e il rinvio pregiudiziale nei giudizi in via incidentale: il diritto costituzionale (processuale) si piega al dialogo tra le Corti*, in *Rivista AIC*, n. 1/2014; Romboli R., *Corte di giustizia e giudici nazionali: il rinvio pregiudiziale come strumento di dialogo*, in *Rivista AIC*, n. 3/2014; Tega D., *La Cedu e l'ordinamento italiano*, in Cartabia M. (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Il Mulino, Bologna, 2007.

Sulle recenti tendenze della Corte costituzionale al riaccostamento del giudizio costituzionale si rinvia, *ex multis*, a Amalfitano C., *Il ruolo dell'art. 325 TFUE nella sentenza Taricco e le sue ricadute sul rispetto del principio di legalità penale. Possibile una diversa interpretazione ad opera della Corte di giustizia?*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 5 ottobre 2016; Amoroso G., *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea tra controllo di costituzionalità e sindacato di conformità al diritto eurounitario*, in Piccone V. – Pollicino O. (a cura di), *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Efficacia ed effettività*, Ed. Scientifica, Napoli, 2018; Anzon Demming A., *La Corte costituzionale è ferma sui «controlimiti», ma rovescia sulla Corte di giustizia l'onere di farne applicazione bilanciando esigenze europee e istanze identitarie degli Stati membri*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 2/2017; Barbera A., *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1/2018; Bassini M. – Pollicino O., *Defusing the Taricco bomb through fostering constitutional tolerance: all roads lead to Rome*, in *Verfassungsblog.de*, 5 dicembre 2017; Biondi F., *Quale dialogo tra le Corti?*, in *federalismi.it*, n. 18/2019; Caravita B., *Quanta Europa c'è in Europa*, Giappichelli, Torino, 2019; Caravita B., *Roma locuta, causa finita? Spunti per un'analisi di una recente actio finium regundorum, in senso centripeto, da parte della Corte costituzionale*,

in *federalismi.it*, n. 15/2018; Cartabia M., *Convergenze e divergenze nell'interpretazione delle clausole finali della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Rivista AIC*, n. 3/2017; Catalano S., *Doppia pregiudizialità: una svolta «opportuna» della Corte costituzionale*, in *federalismi.it*, n. 10/2019; Conti R.G., *Giudice comune e diritti protetti dalla Carta UE: questo matrimonio s'ha da fare o no?*, in *Giustizia Insieme*, 4 marzo 2019; Faraguna P., *Roma locuta, Taricco finita*, in [www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it), 5 giugno 2018; Gallo D., *Efficacia diretta del diritto UE, procedimento pregiudiziale e Corte costituzionale: una lettura congiunta delle sentenze n. 269/2017 e 115/2018*, in *Rivista AIC*, n. 1/2019; Guazzarotti A., *Un «atto interruttivo dell'usucapione» delle attribuzioni della Corte costituzionale? In margine alla sentenza n. 269/2017*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 18 dicembre 2017; Guazzarotti A., *L'interpretazione conforme alla Cedu: una mappatura a dieci anni dalle sentenze «gemelle» della Corte costituzionale*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2018; Lupo N., *Con quattro pronunce dei primi mesi del 2019 la Corte costituzionale completa il suo rientro nel sistema «a rete» di tutela dei diritti in Europa*, in *federalismi.it*, n. 14/2019; Manes V., *L'evoluzione dei rapporti tra Corte e giudici comuni nell'attuazione del «volto costituzionale» dell'illecito penale*, in Id. –Napoleoni V., *La legge penale illegittima*, Giappichelli, Torino, 2019; Marini F.S., *I diritti europei e il rapporto tra le Corti: le novità della sent. n. 269 del 2017*, in *federalismi.it*, n. 4/2018; Mastroianni R., *Da Taricco a Bolognesi, passando per la ceramica Sant'Agostino: il difficile cammino verso una nuova sistematizzazione del rapporto tra Carte e Corti*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2018; Modugno F., *Interpretazione costituzionale*, in *Diritto e società*, n. 4/2018; Rossi L.S., *La sentenza 269/2017 della Corte costituzionale italiana: obiter «creativi» (o distruttivi?) sul ruolo dei giudici italiani di fronte al diritto dell'Unione europea*, in *federalismi.it*, n. 3/2018; Ruggeri A., *Svolta della Consulta sulle questioni di diritto eurounitario assiologicamente pregnanti, attratte nell'orbita del sindacato accentrato di costituzionalità, pur se riguardanti norme dell'Unione self-executing (a margine di Corte cost. n. 269 del 2017)*, in *Rivista di Diritti comparati*, n. 3/2017; Ruggeri A., *Tutela dei diritti fondamentali e ruolo «a fisarmonica» del giudice, dal punto di vista della giurisprudenza costituzionale*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 2/2018; Ruotolo M., *Quando il giudice deve «fare da sé»*, in *Questione giustizia*, 22 ottobre 2018; Id., *Corte costituzionale e Legislatore*, in *Diritto e società*, n. 1/2020; Salmoni F., *Controlimiti, diritti con lo stesso nomen e ruolo accentrato della Consulta. L'integrazione del parametro con le fonti europee di diritto derivato e il sindacato sulla «conformità» alla Costituzione e la mera «compatibilità» con la Carta dei diritti fondamentali dell'UE*, in *federalismi.it*, n. 8/2019; Sciarabba V., *Metodi di tutela dei diritti fondamentali tra fonti e corti nazionali ed europee: uno schema cartesiano nella prospettiva dell'avvocato*, in *Consulta Online*, n. 1/2019; Tomba C., *Il «depotenziamento» dell'obbligo di interpretazione conforme a Costituzione. Un «nuovo» riflesso sulle tecniche decisorie (a margine della sent. n. 221 del 2015)*, in *Giur. cost.*, n. 6/2015; Trabucco D., *Tutela multilivello dei diritti e sistema delle fonti nei rapporti tra la Cedu e l'ordinamento italiano. Verso un ritorno ai criteri formali- astratti a garanzia della superiorità della Costituzione*, su *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2018; più recentemente sul punto si veda Tega D., *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, Bologna, Bononia University Press, 2020.



Sulla sent. Corte cost. n. 6 del 2018 v., fra i vari commenti, Tomaiuoli P., *L'altolà della Corte costituzionale alla giurisdizione dinamica (a margine della sentenza n. 6 del 2018)*, in *Consulta Online*, n. 1/2018; Francario F., *Diniego di giurisdizione*, in *Il libro dell'anno del diritto 2019*, Roma, Treccani, 2019, *ad vocem*.



# La Cassazione pone in discussione la Costituzione davanti al diritto europeo?

## Postilla di

**di Beniamino Caravita**

Professore ordinario Istituzioni di diritto pubblico  
Sapienza – Università di Roma

Eravamo finora abituati a ragionare del „dialogo fra le Corti“ nell’ottica dell’aumento degli strumenti di tutela delle situazioni soggettive e del rafforzamento della capacità di impatto di tali strumenti sui sistemi politici nazionali: tanti sono gli esempi positivi, per noi e per altri paesi, che è inutile ricordarli. Poi si è aperta una fase in cui il dialogo fra le Corti ha dovuto affrontare il tema della definizione, specie in ambito eurounitario, del rapporto tra tradizioni comuni e identità nazionali, declinando la questione se queste ultime potessero e dovessero essere utilizzate, dai giudizi nazionali, come scudo per la loro difesa o come spada per attaccare troppo pervasive tradizioni comuni. La tematica dei controlimiti e quella dell’ultravires si inseriscono a buon diritto in questo filone, in cui era ed è evocata la tutela di singoli, specifici profili nazionali di rango costituzionale che non potevano cedere il passo davanti a tentativi di disciplina uniforme a livello europeo. In questo quadro, la Corte costituzionale italiana, con una tecnica che è stata definita di „riaccentramento“, ha cercato di recuperare alcuni spazi di intervento che aveva perso nella fase precedente a favore dei giudici comuni (su questi passaggi rinvio alla nota redazionale di Barbareschi e Caruso). Nell’ordinanza di rimessione delle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione si assiste ad un uso diverso del „dialogo“: viene - a mia memoria e conoscenza - per la prima volta chiesto alla Corte di Giustizia dell’Unione Europa di saggiare una disposizione della Carta costituzionale nazionale alla luce del diritto europeo, primario e derivato. La disposizione in rilievo è in questo caso l’art. 111, comma 8, laddove afferma che „contro le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti il ricorso in Cassazione è ammesso per i soli motivi inerenti alla giurisdizione“. Oggetto del contendere è l’interpretazione della nozione di giurisdizione ai fini della esperibilità del ricorso. Punto di attacco è, per sovrappiù, l’interpretazione data dalla Corte costituzionale con una sua sentenza (n. 6 del 2018) e la prassi applicativa successiva del Consiglio di Stato, che smentiscono i precedenti arresti della Cassazione sul punto (che pur si era adeguata alla sentenza n. 6 del 2018).

La questione processuale è sicuramente di grande rilievo e ad essa è dedicata la citata nota di Barbareschi e Caruso: il punto cruciale, che speriamo non costituisca un modello di comportamento dei giudici italiani



e europei, è che una questione domestica - sia per il rango esclusivamente nazionale, sia per la portata tutta interna al sistema degli organi di vertice degli apparati giudiziari italiani - ha condotto „l'organo supremo della giustizia, (che) assicura l'esatto osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, l'unità del diritto oggettivo nazionale, il rispetto delle diverse giurisdizioni, regola i conflitti di competenza“ (art. 65, comma 1, O.G.), a chiedere al giudice europeo di valutare la compatibilità della Costituzione italiana, così come interpretata dalla Corte costituzionale, con il diritto europeo. Certo, qui l'effetto sarebbe solo quello della disapplicazione dell'interpretazione datane dalla Corte costituzionale: ma si è aperta la strada (finora solo teorizzata, ma mai praticata in concreto) alla verifica della compatibilità comunitaria della Costituzione Italiana. E queste strade non si sa mai dove conducono.

Certo, l'acribia dimostrata dalla Cassazione nel costruire la questione di interpretazione avrebbe potuto essere esercitata per trovare una soluzione. Certo, si sarebbe potuto cercare ancora una strada interna alle giurisdizioni nazionali. Certo, dall'organo supremo di giustizia ci si sarebbe potuto attendere maggiore prudenza nell'indubbiare la Costituzione.