

LA NOZIONE DI NOMOFILACHIA

(<http://www.giustizia-amministrativa.it/>)

1. Credo sarebbe irrispettoso del luogo e delle persone che in questo momento lo abitano se, seguendo alla lettera il titolo della relazione assegnatami, “la nozione di nomofilachia”, andassi nella direzione di ricordare studi noti (Calamandrei) sull'origine non giurisdizionale dell'istituto della Corte di cassazione e sulla funzione originariamente assegnatale, a seguito degli sviluppi della Rivoluzione francese, di “proteggere” appunto “con lo sguardo” la sacralità della legge dalla possibile contaminazione del potere giudiziario.

In quella visione, a dir poco ingenua, non fu immediatamente chiaro che la legge generale e astratta è poco più di niente se non vengono posti in essere comportamenti lesivi di situazioni giuridiche soggettive, a seguito dei quali si reagisce con l'instaurazione di un processo dinnanzi a un giudice, che deve interpretare ed applicare la norma che si assume violata.

Ma soprattutto, non fu immediatamente chiaro che la contaminazione della sacralità della legge attraverso la sua interpretazione poteva venire anche dal potere esecutivo, laddove era necessariamente chiamato, nell'attuare e rendere concreta la sua volontà, a fornire una prima interpretazione della legge primaria, dovendosi la discrezionalità amministrativa collocare proprio nel momento della interpretazione; senza che si fosse allora neppure nella condizione di poter immaginare che il suo cattivo governo, attuato nel procedimento, avrebbe potuto ledere la situazione soggettiva del “suddito”, che l'ordinamento avrebbe considerato parimenti degno di protezione davanti a un giudice, che questa volta doveva sindacare l'interpretazione e l'applicazione di una legge da parte di un potere costituzionalmente riconosciuto, quale quello amministrativo, rientrando nel più generale potere esecutivo e contrapposto al potere governativo in senso proprio.

Come tutti sanno, l'interesse legittimo, distinto diritto soggettivo, nasce proprio dalla esigenza di rispettare un potere sovrano nel momento del suo esercizio, salvaguardando la posizione del privato. La stessa esigenza è alla base della creazione di un giudice speciale particolarmente attrezzato "a proteggere con lo sguardo" il delicato rapporto tra l'esercizio della potestà pubblica e il rispetto dell'autonomia negoziale dei privati.

Non so se tutte le società umane organizzate abbiano da sempre sentito l'esigenza di avere un organo con il compito di custodire la legge e di assicurare la stabilità della legislazione o non sia piuttosto una esigenza dello Stato moderno che ha creato la funzione nomofilattica con l'istituzione del *Tribunal de cassation* da parte dell'Assemblea nazionale della rivoluzione francese. Certo è che il principio dei dizionari italiani, Devoto-Oli, non contempla il vocabolo nomofilachia, contiene però il sostantivo maschile "nomofilace", derivante dal magistrato dell'antica Grecia, che custodiva il testo ufficiale della legge e assicurava la stabilità dell'ordinamento delle varie città elleniche.

Forse è proprio questa l'origine dell'istituto e non l'altra che si limita a mettere insieme i due sostantivi greci; o forse, probabilmente, è vera l'una e l'altra, nel senso che l'organo assunse la denominazione che derivava direttamente dall'etimologia delle parole.

Ma veniamo al significato e alla funzione attuale dell'istituto.

2. La nozione di nomofilachia è scolpita nell'articolo 65 del R. D. gennaio 1941 n. 12; norma ispirata dagli studi del Calamandrei, che all'epoca dei suoi insuperati studi si esercitava sulla norma contenuta nell'articolo 122 dell'ordinamento giudiziario anteriore, di analogo tenore. Come tutti sanno, essa si articola in due sottofunzioni distinte ma cospiranti: da un lato, garantire l'attuazione "esatta" della legge nel caso concreto, realizzando la giurisdizione in senso stretto; dall'altro, fornire

indirizzi interpretativi uniformi per mantenere l'unità dell'ordinamento giuridico, attraverso una sostanziale uniformazione della giurisprudenza.

All'inizio, la necessità di creare un organo che assicurasse l'uniforme interpretazione della legge -che oggi costituisce l'autentico significato della funzione nomofilattica rispetto all'altro, di controllo dell'attività dei giudici inferiori - scaturiva dall'esigenza di preservare l'ordinamento positivo statale dai pericoli che derivavano da quel movimento dottrinale favorevole al cosiddetto "diritto libero", secondo cui la giurisdizione aveva la funzione di realizzare una vera e propria creazione di diritto obiettivo per opera del giudice.

Infatti, negli studi del Calamandrei solo il cosiddetto "diritto libero", unitamente all'interpretazione autentica del legislatore, potevano minare la funzione nomofilattica, vista come un valore giuridico in sé, cui lo Stato moderno non poteva rinunciare.

Ho voluto ricordare questa circostanza, perché, nel 1986, sulla rivista *Giustizia e costituzione*, apparve lo scritto di un apprezzato presidente di sezione della Corte di cassazione, Mario Franceschelli, con il quale si teorizzò una nuova versione della funzione di cui ci stiamo occupando, con la quale si intendeva giustificare la situazione caratterizzata da perduranti contrasti di giurisprudenza anche all'interno delle stesse Sezioni unite, che non erano visti come un male in sé, ma erano le inevitabili conseguenze di un sistema sociale caratterizzato dal pluralismo e dal movimento. Per l'Autore il bene supremo della giustizia non è la staticità e l'uniformità di giurisprudenza, ma piuttosto la disponibilità a intendere il nuovo e a interpretare il pluralismo; e quindi il confronto continuo di posizioni.

Sicché, l'unica via praticabile era quello di saper rendere razionale e non casuale il "pluralismo che sta nelle cose o che si manifesta nel complessivo prodotto giudiziario, avendo come traguardo quello di far approdare il confronto sui livelli più conformi a principi-guida, cioè ai valori costituzionali".

L'illuminato magistrato faceva derivare il sistemico contrasto giurisprudenziale da tre fattori di ordine pratico: l'accresciuto, e incontrollato, ingresso dei magistrati presso la Cassazione; il continuo variare della presidenza dei collegi e della loro composizione; l'ipertrofico incremento del lavoro. Infine attribuiva molta importanza allo strumento di controllo offerto dal Centro Elettronico di Documentazione, all'epoca appena istituito, che poteva rendere più prontamente percepibili all'interno della Corte i contrasti e l'effettiva esigenza di confronto.

La dottrina migliore (Vittorio Denti) reagì con garbo all'impostazione, che tradiva una certa rassegnazione, di Franceschelli, sostenendo che secondo quella impostazione la Cassazione avrebbe conservato il compito di concorrere a formare la <<esatta>> interpretazione della legge, mentre le sarebbe venuta meno quella di assicurare la << uniforme >> interpretazione della stessa. Sottrarre alla Cassazione il compito di unificazione della giurisprudenza significava necessariamente sottrarle, per quella dottrina, anche quello di individuare l'esatta interpretazione della legge, cancellandosi così nei fatti la funzione di nomofilachia e riducendo la Cassazione al livello di un qualunque giudice.

Si è voluto ricordare il dibattito su quella che poi è stata definita la crisi della funzione nomofilattica, altrimenti non si comprende la ragione dell'intervento del legislatore, che sembra considerare la funzione di cui discutiamo come realmente rispondente alle esigenze della società attuale, anche se il nuovo sistema disegnato sembra tradire l'idea che la funzione nomofilattica sia un valore in sé e che accrescerne gli effetti serva a trasformare la "certezza del diritto" in "diritto alla certezza", come ritiene Pasquale De Lise nell'introduzione al libro che oggi celebriamo.

Sono convinto che nella società del pluralismo, della velocità delle informazioni e del movimento perenne le persone e i gruppi siano aiutati dal sapere che una certa fattispecie è stata decisa in un certo modo e che probabilmente anche in

futuro sarà decisa nello stesso senso, piuttosto che vivere nell'incertezza e sperare che un dato giudice accolga la sua istanza, nonostante i precedenti contrari.

Tanto più che il sistema giudiziario, con o senza nomofilachia, è predisposto in maniera tale che alla fine sarà sempre il giudice di ultima istanza, sempre invocabile dalla controparte, a stabilire qual'è l'esatta interpretazione e ad emettere la “decisione giusta” nel caso concreto senza possibilità di prova contraria, vanificando la temporanea illusione del soggetto appellato.

Ma, tuttavia bisogna lasciare impregiudicati quei meccanismi che rendono possibile una magistratura aperta alle istanze nuove che si muovono nella società.

3. Lasciando l'incandescente territorio dei valori, sacrificati o esaltati dalla funzione in esame, vediamo quale è stata la direzione intrapresa dal legislatore per porre rimedio alla cosiddetta crisi della funzione nomofilattica e quali sono gli attuali problemi in cui essa si dibatte.

Esso non ha inciso sulle cause allora individuate da Franceschelli, ossia la selezione dell'ingresso dei giudici nella Cassazione e la fissazione di seri filtri per l'accesso all'appello e al giudizio supremo (in questi giorni se ne parla nel dibattito parlamentare), ma ha inciso sugli istituti processuali che tradizionalmente assicurano la funzione in esame, ossia la enunciazione del principio di diritto all'esercizio dei poteri delle Sezioni Unite, la cassazione nell'interesse della legge, la correzione della motivazione in diritto, rafforzando i poteri dell'organo delle Sezioni Unite; e poi via via quelli dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato e delle Sezioni riunite della Corte dei conti.

Non è questa la sede per prendere in esame il decreto legislativo n. 40 del 2006 (anche se chi vi parla ha avuto il privilegio di far parte della commissione ministeriale che lo ha predisposto), laddove ha inciso sul codice di procedura civile dando maggior peso alle pronunce a Sezioni Unite, impedendo alle sezioni semplici

di discostarsi da esse se non rimettendo motivatamente la questione ad una nuova pronuncia delle medesime Sezioni Unite, e che ha dato ampio spazio al principio di diritto enunciato nella sentenza di legittimità, attribuendo un ruolo essenziale all'ufficio del Massimario che si occupa della redazione delle massime delle sentenze.

Per inciso, va ricordato che dall'anno scorso è stato istituito un ufficio studi e del massimario anche presso il Consiglio di Stato.

In fondo, in un ordinamento non fondato sulla regola dello *stare decisis* gli strumenti sono quelli e solo quelli, e non ci si può spingere fino al punto di immaginare che il vincolo della pronuncia della Cassazione possa andare oltre l'ambito del giudizio nel quale è stata emanata.

Parimenti, non è questa la sede per esaminare l'articolo 99 del codice sul processo amministrativo, che pure ha rafforzato in misura notevole la funzione nomofilattica dell'Adunanza Plenaria, introducendo oltre alla regola in base alla quale la sezione che non condivide il principio di diritto debba rimettere con ordinanza motivata di nuovo la questione al supremo consesso, anche quella di pronunciare il principio di diritto nell'interesse della legge anche quando rigetta nel rito il ricorso (per inciso, se questa regola ci fosse stata all'epoca avremmo avuto finalmente una sentenza della plenaria sulla natura giuridica della responsabilità del danno derivante dall'illegittimità dell'azione amministrativa) nonché quella di attribuire al presidente, prima della decisione, il potere di deferire all'Adunanza Plenaria qualunque ricorso per risolvere questioni di massima importanti ovvero per dirimere i contrasti giurisprudenziali.

Il medesimo potere è stato attribuito anche al primo presidente della Corte dei conti e la Corte costituzionale ha ritenuto che l'esercizio di questo potere non fosse in contrasto con il principio della predeterminazione del giudice naturale, ricordando, quand'anche non ce ne fosse stato bisogno, quale sia il sistema nella distribuzione della funzione nomofilattica (Sent n. 30 del 2011).

Mi limito solo a rilevare che la funzione di cui discorriamo non è una prerogativa esclusiva dei supremi consessi delle magistrature superiori, in quanto anche le sezioni semplici hanno tale funzione; anzi per i giudici di primo grado sono proprio le decisioni di queste a costituire un punto di riferimento più frequente. Inoltre, si può ritenere abbastanza pacifico che la funzione dei supremi consessi delle magistrature superiori sia diretta in primo luogo alle sezioni semplici, non solo quando vi sia contrasto tra esse, ma anche quando vi sia contrasto all'interno di esse (per tutte, si veda l'adunanza plenaria n. 17 del 2011).

4. Invece, mi pare che questa sia la sede, visto che tra il celebratori del libro vi è anche uno dei più autorevoli presidenti della Corte di cassazione, con il quale vanto un'amicizia personale oramai risalente, non per stabilire se l'Adunanza Plenaria abbia o meno una funzione nomofilattica -negare ciò significherebbe negare l'evidenza, ignorando del tutto quanto dispone l'articolo 99 cpa - quanto piuttosto se sia possibile individuare un organo unico depositario della funzione nomofilattica, con l'avvertenza che qualora così fosse non sarebbe la Corte di cassazione ma le Corti di Bruxelles e di Strasburgo.

Visto dall'angolazione che ci occupa, finora il sistema ha funzionato abbastanza bene, nel senso che l'applicazione sistematica della regola, peraltro inventata dalla Cassazione, del limite interno ed esterno della giurisdizione ha fatto sì che le singole magistrature svolgessero la funzione in esame all'interno del proprio ambito giurisdizionale (nomofilachia interna), tranne che per le questioni attinenti alla giurisdizione (nomofilachia esterna), per i quali la Cassazione, individuata dalla Costituzione quale organo dirimente, più che svolgere una funzione nomofilattica, più efficacemente e più semplicemente, dirimeva, appunto, la questione di giurisdizione. Questo aveva portato a ritenere che anche le autorità amministrative indipendenti svolgessero una sorta di funzione simile nell'ambito degli ordinamenti sezionali di cui erano enti esponenziali rispetto all'ordinamento generale.

Sul versante delle Corti europee, invece, è accaduto che esse hanno svolto il loro ruolo di custodi dell'ordinamento comunitario, proteggendo -“e non solo con lo sguardo”- contro tutti i giudici, di ogni ordine e grado, tutte quelle situazioni giuridiche soggettive -ma solo quelle- direttamente derivanti dall'applicazione del diritto comunitario, utilizzando i due principi dell'effettività della tutela e del giusto processo.

Già da qualche tempo, però, il sistema avverte paurosi scricchiolii.

5. Per quanto riguarda il rapporto tra la giurisdizione ordinaria e quella amministrativa, la causa di tutti i mali viene da un istituto in sé positivo (quando si dice dell'eterogenesi dei fini, ossia dal riconoscimento del principio da parte della Corte costituzionale (sentenza n. 77 del 2007) della *traslatio iudicii*, laddove è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'articolo 30 della legge n. 1034 del 1971 nella parte in cui non prevede che gli effetti, sostanziali e processuali, prodotti dalla domanda proposta al giudice privo di giurisdizione si conservino, a seguito di declinatoria di giurisdizione, nel processo proseguito davanti al giudice munito di giurisdizione.

Infatti, la Corte di cassazione, a partire da allora e facendo leva sul principio dell'unità della giurisdizione, ossia sulla necessità che il soggetto trovi sempre e comunque la tutela massima quale che sia la giurisdizione dove è stata attratta la controversia che lo riguarda, ha finito con il superare spesso il limite esterno della giurisdizione, laddove, accanto al sindacato dell'“eccesso” di potere giurisdizionale non solo rispetto alla giurisdizione ordinaria ma anche rispetto ai tre tipi di giurisdizione assegnati al giudice amministrativo, ha individuato anche il “difetto” di esercizio del potere giurisdizionale, arrivando ad indicare come il potere debba essere esercitato. È nota la vicenda relativa alla cosiddetta pregiudiziale amministrativa e al contrasto, poi ricomposto, con l'emanazione degli articoli 7 e 30 Cpa.

Così come sono note le sentenze (nn. 30254 del 2008; 14666 del 2011; 736 e 2312 del 2012) nelle quali il giudice del riparto è giunto a sindacare la sentenza del Consiglio di Stato con la quale, in un giudizio di ottemperanza, aveva disposto la nomina “ora per allora” di un magistrato nel frattempo collocato in pensione, in presenza della pervicace insistenza del Consiglio superiore della magistratura a riemanare un provvedimento di contenuto uguale a quello dell'atto precedentemente annullato; ha sindacato la decisione del Consiglio di Stato avente ad oggetto la valutazione di inaffidabilità da parte della stazione appaltante di un'impresa concorrente in un appalto pubblico; ha ritenuto sfornito di giurisdizione il giudice amministrativo in ordine alla decisione sulla sorte del contratto successivo all'annullamento dell'aggiudicazione, anche se ciò avveniva prima della nota direttiva comunitaria sulla base della quale poi è stata riconosciuta.

Addirittura, in una di quelle sentenze (14666/2011) si afferma che “le chiare difformità della nomofilachia della Corte di cassazione, rispetto alla ermeneutica dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato, impediscono di dare rilievo di giudicato alle affermazioni della pronuncia impugnata”, lasciando chiaramente intendere che detta funzione sia unicamente concentrata presso il giudice del riparto.

È utile ricordare che proprio la sentenza (n. 77/2007) della Corte costituzionale che ha riconosciuto il principio della *traslatio iudicii*, ora peraltro riconosciuto anche dal codice sul processo amministrativo (art. 11, quarto comma, Cpa), ben consapevole dei pericoli che potevano venire dall'applicazione disinvolta del principio in ordine al quadro della distribuzione del potere nomofilattico, ha tenuto a ribadire che «la conservazione degli effetti prodotti dalla domanda originaria discende non già da una dichiarazione del giudice che declina la propria giurisdizione, ma direttamente dall'ordinamento, interpretato alla luce della Costituzione; ed anzi deve escludersi che la decisione sulla giurisdizione, da qualsiasi giudice emessa, possa interferire con il merito (al quale appartengono anche gli effetti

della domanda) demandato al giudice munito di giurisdizione.>> Il giudice delle leggi poi continua così: <<La conferma di ciò è nella circostanza che perfino il supremo organo regolatore della giurisdizione, la Corte di Cassazione, con la sua pronuncia può soltanto, a norma dell'articolo 111, comma ottavo, Cost., vincolare il Consiglio di Stato e la Corte dei conti a ritenersi legittimati a decidere la controversia, ma certamente non può vincolarli sotto alcun profilo quanto al contenuto (di merito o di rito) di tale decisione; e ad analogo principio, conforme a costituzione, si ispira l'articolo 386 cod. proc. Civ. (applicabile anche ai ricorsi proposti a norma dell'articolo 362, comma primo, cod. proc. Civ.) disponendo che <<la decisione sulla giurisdizione è determinata dall'oggetto della domanda e quando prosegue il giudizio, non pregiudica le questioni sulla pertinenza del diritto e sulla proponibilità della domanda>>.

Non credo che per ripristinare il quadro corretto della distribuzione del potere nomofilattico tra le magistrature superiori sia necessario, come pure da qualche apprezzato collega è stato paventato (ma non auspicato), ricorrere alla Corte costituzionale perché risolva un conflitto di attribuzioni tra organi le cui funzioni sono salvaguardate dalla Costituzione. Come ha detto il presidente Rovelli in qualche altra circostanza questa è una fase di transizione in cui ciascuno sta accordando i propri strumenti, ma poi ognuno troverà la giusta collocazione nell'orchestra.

Anche perché - e così mi avvio finalmente alla fine - il quadro sta mutando, non tanto per gli effetti di un ripensamento del limite esterno della giurisdizione, quanto piuttosto per gli effetti pervasivi del diritto comunitario e dei principi della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, che colloca presso i giudici europei una specie di “super funzione nomofilattica”, in quanto essi soltanto interpretano quell’ordinamento giustamente prevalente rispetto a quelli interni. Spesso tra i due litiganti il terzo gode.

6. In breve. E' noto come il principio di effettività, mentre nelle applicazioni dell'ordinamento interno ha avuto un andamento costantemente ispirato a fornire adeguata protezione all'interesse materiale di chi agisce in giudizio, nella giurisprudenza comunitaria si è tradotta nella possibilità di evitare che le situazioni giuridiche soggettive di derivazione comunitaria trovassero ostacoli e difficoltà di natura processuale presso i giudici nazionali.

La Corte di giustizia europea, laddove venga dedotta l'inesistenza di quella "tutela minima" presso il giudice nazionale, verifica, in astratto e in concreto, se la disciplina processuale nazionale impedisca o renda eccessivamente difficile la tutela della situazione giuridica dedotta in giudizio, sulla base dei principi di effettività e di equivalenza.

Il principio di effettività si fonda sul confronto, effettuato dalla Corte di giustizia, tra il livello di tutela offerto dall'ordinamento nazionale e lo *standard* minimo di tutela, da garantire in maniera uniforme nell'ordinamento europeo, come più volte ricordato.

Orbene, il riconoscimento formale del principio di effettività della tutela giurisdizionale nella Carta dei diritti fondamentali dell'unione europea (art. 47), ha generato, secondo la dottrina più autorevole, non poche confusioni sul rapporto intercorrente tra il principio di effettività europeo e quello interno, avente dignità costituzionale, del giusto processo, così come riconosciuto dall'articolo 111, comma 1, della Costituzione.

In realtà, da un confronto tra la normativa costituzionale (articoli 24,25, 101,103, 108,111, commi 1 e 2) e la normativa europea (articolo 47 della C.E.D.U.) si ricava facilmente come i modi per realizzare sia l'effettiva tutela e sia il giusto processo sono sostanzialmente identici. Invece, non vi è identità nell'applicazione dei due principi, vuoi perché essi traggono origine da due ordinamenti diversi, vuoi

perché il primo viene applicato dalla Corte di giustizia europea e il secondo dai giudici nazionali, ed in particolar modo dalla Corte costituzionale.

Sul piano pratico questo comportava che, prima dell'entrata in vigore del codice sul processo amministrativo, era necessario distinguere sistematicamente, a seconda che la situazione giuridica soggettiva da tutelare fosse di derivazione comunitaria o europea, l'effettività dal giusto processo.

Con la codificazione dei due principi, e il richiamo espresso al diritto europeo, la distinzione non è più necessaria, in quanto il livello minimo di tutela europea va osservato anche in presenza di disposizioni interne che incidono su materie sottratte alla competenza comunitaria.

In altri termini, il ricorrente che assuma di essere leso dall'azione amministrativa, anche quando essa abbia un'origine esclusivamente nazionale, ha il diritto di ottenere la tutela massima possibile, potendo invocare sia quella che si fonda sulla diritto nazionale sia quella che si fonda sul diritto europeo. Lo strumento di penetrazione di quest'ultimo in quello nazionale è rappresentato proprio dal principio di effettività della tutela giurisdizionale.

7. Ma c'è di più. L'articolo 2, primo comma, Cpa, intitolato al “giusto” processo, stabilisce che il processo amministrativo attua i principi della parità delle parti, del contraddittorio e del giusto processo previsto dall'articolo 111, primo comma, della Costituzione.

E' noto come la nostra Corte costituzionale consideri il giusto processo come una sorta di modello ideale di tutela giurisdizionale, desumibile dal sistema disegnato dagli articoli 24,98, 101,103, 108,111 e 113 della Costituzione, dove colui che deduca la lesione di un proprio diritto o interesse legittimo deve trovare un livello di tutela minimo oltre il quale la legge processuale non può spingersi, pena l'incostituzionalità della norma.

Tuttavia, tale modello ideale di tutela viene influenzato dal modello di tutela giurisdizionale comunitario, elaborato dalla Corte di giustizia sia in applicazione del principio di effettività sia dall'interpretazione che la stessa fornisce dell'articolo 6, comma uno, della C.e.d.u., che pure disciplina il giusto processo.

La sostanziale identità del modello comunitario (elaborato dalla Corte di giustizia europea) e di quello interno (elaborato dalla Corte costituzionale), prodotti dall'applicazione dei due principi, rispettivamente dell'effettività della tutela e del giusto processo -e che finiscono per confondersi o comunque per denominare in modo diverso fenomeni convergenti- impone di comprendere il rapporto tra il giusto processo nazionale e il medesimo principio sancito nella Convenzione europea. Questo implica la comprensione della collocazione gerarchica della Convenzione nel sistema delle fonti e consente di stabilire se la giurisprudenza europea formatasi sugli articoli 6 e 13 C.e.d.u. possa trovare applicazione diretta nell'ordinamento interno.

E' noto il percorso seguito dalla Corte costituzionale sulla collocazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nella gerarchia delle fonti e sul modo di far penetrare nell'ordinamento interno l'interpretazione e l'applicazione da parte della Corte di giustizia delle norme di cui si compone.

Prima della modifica dell'articolo 117 della Costituzione, ossia prima che, al primo comma, si stabilisse che la potestà legislativa viene esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali, la Corte costituzionale aveva escluso la possibilità che le norme della convenzione fossero utilizzabili come parametro interposto della legge italiana, in ragione del fatto che, essendo esse inserite nel nostro ordinamento con legge ordinaria, non potevano considerarsi sovraordinate alle altre disposizioni legislative interne.

Con l'indicata revisione costituzionale dell'articolo 117, la normativa della Convenzione viene ora considerata come fonte interposta, ossia subordinata alla

Costituzione ma sovraordinata alla legge ordinaria. Questo comporta la possibilità di sollevare questioni di legittimità concernenti la violazione, in via mediata, dell'articolo 117, comma uno, della Costituzione nell'ipotesi in cui la legislazione interna sia incompatibile con quella europea, tenuto anche conto dell'interpretazione che di essa ha fornito la corte di Strasburgo.

Tuttavia, tende ad affermarsi l'idea presso la giurisprudenza del Consiglio di Stato che gli articoli 6 e 13 della Convenzione europea sarebbero direttamente applicabili nel diritto interno, a seguito dell'entrata in vigore del nuovo testo dell'articolo 6 del trattato U. E., così come modificato dal trattato di Lisbona (Cons St., IV, 1220/2010; Tar. Lazio, II, n.1194/2010; Tar Sardegna, n. 303/2010).

A ciò bisogna aggiungere che la materia è attraversata da una certa turbolenza, soprattutto a seguito della sentenza della Corte di giustizia, CE, Grande Sezione, 5 ottobre 2010, causa C-173/09, laddove ha ritenuto che spetta ad essa sola l'interpretazione del diritto europeo, consentendo al giudice di grado inferiore di non attenersi a quanto statuito dal giudice di ultima istanza, nello stesso processo riassunto a seguito di cassazione con rinvio, avendo la possibilità di rimettere la questione di interpretazione alla Corte di giustizia, qualora ritenga che quanto statuito dal giudice superiore non sia conforme al diritto europeo.

Questa sorta di “insubordinazione” si registra anche da parte dei giudici amministrativi di prima istanza, laddove, non condividendo quanto statuito nell'Adunanza Plenaria n. 4 del 2011 sul cosiddetto ricorso incidentale incrociato in materia di contenzioso per appalti pubblici, al fine di superare l'indirizzo del supremo consesso della giustizia amministrativa, si sono rivolti al giudice europeo chiedendo l'avviso della Corte di giustizia in merito alla compatibilità della soluzione di diritto vivente scelta dall'Adunanza Plenaria, a loro avviso in contrasto con i principi di parità delle parti, di non discriminazione e di tutela della concorrenza nei pubblici appalti (sentenze Tar Lazio n. 197 del 2012 e Tar Piemonte n. 208 2012)

Risulta evidente il processo di affermazione della primazia del diritto europeo, che va sempre più unificandosi, e dove le corti sovranazionali svolgono un ruolo nomofilattico, a scapito delle magistrature superiori interne, anche nel campo del processo amministrativo, nonostante la disposizione di cui all'articolo 99 del codice.

In conclusione, non vi è ancora un orientamento consolidato e stabile che chiarisca se, in un giudizio in cui venga in rilievo un'incompatibilità tra la disciplina interna e il livello di tutela minima definito dal diritto comunitario o comunque dalla Convenzione europea, il giudice della controversia debba astenersi dall'applicare le disposizioni interne "ineffettive" oppure debba sollevare un'apposita questione di legittimità costituzionale.

Forse l'ultimo baluardo all'incontrollato erompere nel sistema del diritto comunitario e della funzione nomofilattica delle Corti europee, e che al tempo stesso garantisca la corretta distribuzione della stessa nell'ordinamento interno, affinché - così come la Costituzione vuole- "ciascuno protegga con lo sguardo" la parte dell'ordinamento in attribuzione, è costituito proprio dalla Corte costituzionale.

G. Paolo Cirillo
Presidente di sezione del consiglio di Stato