

MASSIMO GIAVAZZI

**EUREKA! LA SENTENZA ANTICOMUNITARIA  
È INUTILITER DATA PER CARENZA  
DI GIURISDIZIONE DEL GIUDICE NAZIONALE  
SUI SEGMENTI COMUNITARI DI UN PROCEDIMENTO  
DI AMMINISTRAZIONE INTRECCIATA**

The case-law of the Court of Justice on *res judicata* is not in contrast with the principle of legal certainty. As many sustain. It is not so. And it could not be so. In fact, legal certainty and the intangibility of *res judicata* are fundamental principles of the EU law. Therefore, legal certainty and authority of *res judicata* couldn't be in contrast with effectiveness of the EU rule. Really, the case-law of the Court of Justice (Lucchini judgment, over all), which denies the authority of *res judicata*, is easily explained with the principle of attribution of powers. Consequently, it is not for the national Court to judge the Community segments of a coadministration procedure. So, its judgment is *ultra vires*. Therefore without effects in terms of EU law.

SOMMARIO: 1. Alcune notazioni introduttive sull'autonomia processuale degli Stati membri. — 2. L'autorità del giudicato. — 3. I principi UE sul giudicato. — 4. Il nuovo approccio. — 5. L'ingannevole prospettiva. — 6. L'innovazione nella tradizione. — 7. La relativizzazione del principio. — 8. L'apparente eresia. — 9. Il ritorno alla tradizione. — 10. Il definitivo chiarimento. — 11. L'interpretazione conforme: la sentenza *inutiliter data*. — 12. La ricaduta del principio di relatività del giudicato all'interno del nostro ordinamento. — 13. Eureka! — 14. Il giudicato a formazione progressiva. — 15. Gli inopportuni slanci in avanti. — 16. *De iure condendo*.

1. *Alcune notazioni introduttive sull'autonomia processuale degli Stati membri.*

Quantunque l'Unione europea abbia « *competenza per svolgere azioni intese a sostenere, coordinare o completare l'azione degli Stati membri [nella] cooperazione amministrativa* » (art. 6 TFUE), e sebbene il Trattato di Lisbona abbia inserito una specifica disposizione

sulla « *cooperazione amministrativa* » a specificare che « *L'attuazione effettiva del diritto dell'Unione da parte degli Stati membri, essenziale per il buon funzionamento dell'Unione, è considerata una questione di interesse comune* » (art. 197 TFUE) (1), la disciplina del procedimento amministrativo nazionale e del processo sulle situazioni giuridiche in esso coinvolte è a tutt'oggi di competenza esclusiva degli Stati membri.

In questa fase di quel continuo fluire del percorso comunitario (art. 1 TUE), nelle materie attribuite all'Unione europea, la norma sostanziale è sovranazionale, ma il procedimento amministrativo e, per quanto qui d'interesse, il processo sulle situazioni giuridiche soggettive definite dalla norma UE sono disciplinati dalla norma nazionale.

Se, in un primo momento, fu essenziale allo sviluppo dell'Unione europea la « *Europäisierung des Verwaltungsrechts* » (2) è, ora, chiaramente centrale alla dinamica di integrazione comunitaria la « *Europäisierung des Verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes* » (3).

Nondimeno, non si è ancora realizzata una armonizzazione del diritto processuale degli Stati membri.

Ogni singolo ordinamento nazionale risponde in modo differente al problema della giustiziabilità delle situazioni giuridiche soggettive, ancorché uniforme debba essere il risultato: l'effetto utile dell'effetto diretto della norma comunitaria.

Si deriva da ciò la c.d. autonomia procedurale degli Stati membri.

Il principio dell'autonomia procedurale è enunciato, per la prima volta, nella sentenza *Deutsche Milkkontor* (4), con la quale la Corte di giustizia affermò che, « *Conformemente ai principi generali su cui si basa il sistema istituzionale della Comunità e che disciplinano i rapporti fra la Comunità e gli Stati membri, spetta a questi, in forza dell'art. [5 TUE], garantire sul loro territorio l'attuazione della nor-*

---

(1) Già nella XIX Dichiarazione allegata al Trattato di Maastricht si leggeva che « *la Conferenza — pur riconoscendo che spetta a ciascuno Stato membro stabilire quale sia il modo migliore di applicare le disposizioni del diritto comunitario, tenuto conto delle istituzioni, del sistema giuridico e delle altre condizioni che gli sono proprie, ma comunque nel rispetto dell'art. [288 TFUE] — reputa essenziale, per il buon funzionamento della Comunità, che le misure adottate nei vari Stati membri assicurino che il diritto comunitario sia in essi applicato con altrettanta efficacia e rigore del diritto nazionale* ».

(2) F. SCHOCH, *Die Europäisierung des Verwaltungsrechts*, *Juristen Zeitung*, 1995, p. 109.

(3) F. SCHOCH, *Europäisierung des Verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes*, Berlin-New York, 2000.

(4) Corte di giustizia, sentenza 21/9/1983, causa C-205/82.

*mativa comunitaria [quindi] Qualora il diritto comunitario, ivi compresi i principi generali dello stesso, non contenga in proposito norme comuni, le autorità nazionali, per attuare la norma comunitaria, agiscono applicando i criteri di forma e di sostanza del loro diritto nazionale [ma] tale principio va temperato con l'esigenza di uniforme applicazione del diritto comunitario ».*

L'autonomia procedurale è il crocevia tra due principi: quello delle competenze di attribuzione (5) che segna il confine esterno degli interventi diretti del legislatore europeo nell'ambito procedurale/processuale, e quello dell'effetto utile dell'effetto diretto (6), che è inteso a evitare che il diritto europeo sostanziale sia una sinecura, dovendo perciò essere accompagnato da adeguati strumenti di coercizione giuridica.

In breve, « *il diritto comunitario stabilisce cosa fare, mentre il diritto interno prevede come* » (7).

Sicché, se indubbiamente compete al legislatore nazionale di disciplinare il proprio processo (8), nondimeno quel suo residuo di sovranità è massivamente condizionato dai due principi *Rewe* di

(5) L'art. 5 del TUE statuisce che « *La delimitazione delle competenze dell'Unione si fonda sul principio di attribuzione* ».

(6) L'espressione si deve a J. MERTENS DE WILMARS, *L'efficacité des différentes techniques nationales de protection juridique contre les violations du droit communautaire par les autorités nationales et les particuliers*, in *Cahiers de droit européen*, 1981, p. 381.

(7) K. LENAERTS, *Federalism and the Rule of Law: Perspectives from the European Court of Justice*, *Fordham International Law Journal*, 2011, p. 1375.

(8) Non condivido l'assunto di F. ASTONE, *Integrazione giuridica europea e giustizia amministrativa*, Napoli, 1999, 177, il quale nega l'esistenza di « *una riserva espressa di competenza a favore degli Stati membri in materia processuale: tale riserva, infatti, l'ordinamento comunitario non conosce. Tale assunto è pienamente dimostrato dagli interventi del legislatore nell'area della tutela giurisdizionale, con particolare riferimento alle c.d. direttive ricorsi* ». In realtà, la competenza (funzionalizzata) degli Stati membri in materia processuale è chiaramente delineata dal principio delle competenze di attribuzione e le direttive ricorsi non contraddicono quel principio, giustificandosi in quegli ambiti l'intervento dell'Unione in ragione delle disposizioni di armonizzazione (artt. 114 e 115 TFUE) e della clausola di flessibilità (art. 352 TFUE). Del pari, non è condivisibile l'affermazione di R. CARANTA, *Giustizia amministrativa e diritto comunitario*, 1992, p. 384, che sostiene che « *il principio che riserva ai Paesi membri la predisposizione dei meccanismi processuali di tutela del diritto comunitario nell'ordinamento interno si basa su una interpretazione dell'art. 5 del Trattato [art. 5 TFUE] che, per quanto diffusa, non è accettabile siccome inutilmente restrittiva [siccome] nella tensione tra l'esigenza di assicurare l'effettiva applicazione del diritto comunitario anche attraverso una regolamentazione degli aspetti della sua applicazione giustiziale, ed il principio di autonomia degli ordinamenti nazionali quanto ai mezzi per dare esecuzione alle norme di fonte europea, l'equilibrio si sta spostando decisamente a favore della prima esigenza* ». Invero, se quella tendenza alla conformazione degli strumenti di tutela giustiziale agli obiettivi di effettività della tutela è indubitabile, nondimeno l'esigenza di assicurare l'effettività della tutela giurisdizionale non si realizza attraverso l'intervento del legislatore comunitario (salvo i limitati settori in cui esso ritiene di avvalersi degli strumenti di armonizzazione o della clausola di flessibilità), bensì attraverso l'interpretazione conforme della disciplina processuale nazionale.

equivalenza e di effettività (9), oltreché dal principio di tutela giurisdizionale effettiva di cui all'art. 47 della Carta di Nizza (10), essendo, dunque, quel suo ambito di autonomia, piuttosto, una competenza procedimentale funzionalizzata (11).

Gli spazi di libera determinazione degli Stati membri sono, invero, assai limitati.

Nondimeno, non si può convenire con chi ritiene di ritrarre dalla giurisprudenza della Corte di giustizia il principio del « *primato processuale* » (12), volendosi in tal modo sostenere che il primato sostanziale delle norme europee finirebbe altresì con il conformare (oltre che le norme sostanziali anche) le regole processuali nazionali di attuazione del diritto comunitario, perché in realtà, quale che sia l'enfasi che si voglia impiegare per descrivere il *case law* comunitario, non si può mai giungere alla negazione dell'autonomia procedurale, che costituisce un principio costitutivo dell'ordinamento comunitario.

(9) Corte di giustizia, sentenza 16/12/1976, causa 22/76, *Rewe*.

(10) Si legge nelle Conclusioni dell'Avvocato Generale Nilo Jääskinen nella causa *Orizzonte Salute*: « *Innanzitutto, rilevo che le norme giuridiche applicabili al diritto fondamentale a un ricorso effettivo ai sensi dell'articolo 47 della Carta, o al diritto al "sindacato giurisdizionale", che traggono origine dagli articoli 6 e 13 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CFDU), sono diverse da quelle che emergono quando la questione da determinare è se una sanzione o una norma procedurale di uno Stato membro sia incompatibile con il principio di effettività, nel senso che la norma di cui trattasi rende in pratica impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione. Queste ultime non sono state create nell'ambito dei diritti fondamentali conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione, ma piuttosto sono venute in essere in funzione delle limitazioni poste dal diritto dell'Unione all'autonomia procedurale degli Stati membri* ». Sostiene al proposito KROMMENDIJK, in *Is there light on the horizon? The distinction between "Rewe effectiveness" and the principle of effective judicial protection in Article 47 of the Charter after Orizzonte*, in *CMLR*, 2016, pp. 1395 ss.: « *Is there a difference between Rewe effectiveness and the PEJP? Most authors seem to answer this question in the affirmative. It seems difficult, however, to make a sharp distinction in practice [...] both principles should also be distinguished from effectiveness more generally (effet utile), which is a much broader concept and which could be said to comprise both the PEJP and Rewe effectiveness [...] the two principles essentially serve a different purpose. While the PEJP largely serves to protect individuals and aims to enable individuals to enforce their rights, Rewe effectiveness is also or primarily focused on the effective application of EU law in the Member States through a minimum standard of national (procedural) law* ». In effetti, la Corte di giustizia (sentenza 6/10/2015, causa C-61/14) ha poi concluso sbrigativamente nel senso che: « *Per quanto riguarda il principio di effettività, la Corte ha già avuto modo di affermare che esso implica un'esigenza di tutela giurisdizionale, sancita dall'articolo 47 della Carta, che il giudice nazionale è tenuto a rispettare* », riconducendo, dunque, il principio di tutela giurisdizionale effettiva all'interno del principio di effettività, quale sua declinazione specifica.

(11) D.U. GALETTA, *L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea: Paradise Lost?*, Studio sulla c.d. autonomia procedurale ovvero sulla competenza procedurale funzionalizzata, Torino, 2009.

(12) S. CIVITARESE MATTEUCCI - G. GIARDINI, *Il primato del diritto comunitario e l'autonomia processuale degli Stati membri: alla ricerca di un equilibrio sostenibile*, in *Dir. pubbl.*, 2013, p. 21.

rio, e, dunque, non vi è una *primauté*, per così dire, trasversale della norma UE sostanziale sulla norma nazionale processuale.

Ovviamente, non vi è autonomia procedurale ogniqualvolta l'Unione europea (com'è nel caso delle direttive ricorsi sugli appalti pubblici) sia direttamente intervenuta con una direttiva, nella concretizzazione delle indefinite competenze normative di cui agli artt. 114 e 115 TFUE sul ravvicinamento delle legislazioni nazionali che abbiano ad oggetto o comunque un'incidenza diretta sull'instaurazione e il funzionamento del mercato interno.

In questo caso, infatti, non più di autonomia procedurale si tratta, bensì della « *competenza degli organi nazionali in merito alla forma e ai mezzi* » di cui all'art. 288 TFUE.

Si ritiene, peraltro, che le due sfere — quella della competenza su forma e mezzi e quella dell'autonomia procedura/competenza procedurale funzionalizzata — siano accomunate dall'obbligo di risultato, in tal modo smorzando le differenze (13).

## 2. *L'autorità del giudicato.*

Secondo il tradizionale insegnamento di Chiovenda, « *la cosa giudicata in senso sostanziale consiste nell'indiscutibilità dell'esistenza della volontà concreta di legge affermata nella sentenza* », che deve, dunque, « *tenersi in futuro come norma immutabile del caso concreto* » (14).

Com'è noto, il suo insegnamento ha profondamente influenzato il diritto vigente: l'art 2909 c.c. (« *Cosa giudicata* ») statuisce, invero, che « *L'accertamento contenuto nella sentenza passata in giudicato fa stato a ogni effetto tra le parti, i loro eredi o aventi causa* ».

L'autorità del giudicato, ferme l'immodificabilità e l'inoppugnabilità della sentenza (15), impedisce altresì che siano emanate, in

---

(13) D.U. GALETTA, *op. cit.*, p. 22, che, appunto sostiene che « [...] il secondo criterio *Reve* configura in realtà, oramai, un vero e proprio "obbligo di risultato" in capo alle autorità degli Stati membri. Ed avvicina, con ciò, l'autonomia procedurale all'idea che sta alla base dell'utilizzo dello strumento della direttiva comunitaria"; che — com'è noto — vincola lo Stato membro cui è rivolta per quanto riguarda il risultato da raggiungere, salva restando la competenza degli organi nazionali in merito alla forma e ai mezzi ».

(14) G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Ristampa, Napoli, 1980, pp. 906 e 907.

(15) L'art. 324 c.p.c. considera passata in giudicato formale « *la sentenza che non è più soggetta né a regolamento di competenza, né ad appello, né a ricorso per cassazione, né a revocazione per i motivi di cui ai numeri 4 e 5 dell'art. 395 c.p.c.* »; sicché non costituiscono un ostacolo alla formazione del giudicato l'opposizione di terzo *ex art.* 404 c.p.c. e la revocazione

futuro, sentenze di contenuto opposto a quello della sentenza passata in giudicato (16), siccome quell'accertamento è, appunto, la dichiarazione della norma nel caso concreto, secondo l'insegnamento chiovendiano.

Il giudicato sostanziale produce, nello stesso tempo, un'efficacia negativa (impedisce, in ogni futuro processo, un nuovo esame di ciò che è stato deciso) e positiva (vincola qualsiasi giudice al rispetto del contenuto del precedente accertamento) (17).

L'autorità di cosa giudicata copre, per inveterata tradizione e per intrinseca esigenza dogmatica, il dedotto e il deducibile; impedisce, cioè, non solo di ripresentare in un nuovo giudizio le medesime questioni già sottoposte all'attenzione del primo giudice, ma anche di proporre, per la prima volta in un nuovo giudizio, quelle questioni che non siano state fatte valere in precedenza, ma che sarebbero potuto esserlo in quanto ricomprese nell'ambito oggettivo del processo già definito con la sentenza passata in giudicato (18).

Perciò, non vi è modo di rimettere in discussione un giudicato con la prospettazione di nuovi fatti costitutivi, estintivi, impeditivi o modificativi del diritto fatto valere e accertato definitivamente (19) (20).

Questo è il diritto vivente, con riguardo al giudicato civile.

Quanto al giudicato amministrativo (21), l'Adunanza Plenaria ha perentoriamente affermato che « *Il contenuto precettivo del giudicato costituisce un modo di essere necessario e non più mutabile*

straordinaria ex art. 396 c.p.c., che eccezionalmente consentono di rimettere in discussione la sentenza passata in giudicato.

(16) S. MENCHINI, *Regiudicata civile*, in *Dig. civ.*, Torino, 1998, XVI, pp. 404 ss., ove si legge: « *La stabilità del provvedimento giurisdizionale è altra cosa rispetto alla incontestabilità del suo contenuto; è la previsione a livello di diritto positivo dell'istituto del giudicato materiale ad assicurare che quanto deciso con l'atto del giudice, oramai non più annullabile o revocabile, sia obbligatorio per il futuro; di per sé la non modificabilità della sentenza non implica l'impossibilità di una nuova decisione, in un successivo giudizio, sullo stesso oggetto* ».

(17) G. CHIOVENDA, *op. cit.*, p. 914.

(18) G. CHIOVENDA, *op. cit.*, pp. 910 ss..

(19) S. MENCHINI, *op. loc. cit.*

(20) Non contraddicono il principio dell'intangibilità del giudicato le ipotesi eccezionali di revocazione straordinaria della sentenza di cui al combinato disposto degli artt. 395 e 396 c.p.c. (dolo di una delle parti o del giudice, prove riconosciute o comunque dichiarate false dopo la sentenza, nuovi documenti che la parte non ha potuto produrre in giudizio per forza maggiore o per fatto dell'avversario), perché si tratta, comunque, di ipotesi limite, di improbabile realizzazione concreta.

(21) In effetti, la materia non è espressamente disciplinata dal d.lgs. n. 104/2010; tuttavia, l'art. 106 c.p.a., con riferimento ai casi di revocazione delle sentenze, rinvia pianamente agli artt. 395 e 396 c.p.c., con il che si può ritenere presupposta nel processo amministrativo la stessa nozione di giudicato adottata nel diritto civile.

della realtà giuridica, ormai definitivamente cristallizzato nella pronuncia giurisdizionale anche se questa abbia, eventualmente, travisato, ignorato o disapplicato le norme che era tenuta a considerare nel caso concreto » (22).

Vi è, però, che « il rapporto viene conosciuto dal giudice amministrativo, nel ricorso giurisdizionale, solo nei limiti in cui è interessato dai vizi dell'atto, e per di più nel modo in cui questi vengono in rilievo e cioè non in modo assoluto ma attraverso la configurazione che ne dà il ricorrente dal punto di vista del suo interesse » (23).

Quindi, l'autorità del giudicato amministrativo copre solo il dedotto (24) (25), quantomeno nelle sentenze di annullamento (26),

(22) Consiglio di Stato, ad plen., sentenza 21/2/1994, n. 4.

(23) F. BENVENUTI, *Giudicato (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1973, pp. 893 ss.

(24) G. GRECO, *Giudizio sull'atto, giudizio sul rapporto: un aggiornamento sul tema*, in *Dir. soc.*, 2016, p. 225, afferma che « In ogni caso il ricorso non "si fonda" direttamente e immediatamente sulla situazione giuridica vantata dal soggetto, ma sui vizi dell'atto dedotti nella domanda [...] Ne deriva che i vizi non dedotti (e ancorché in astratto deducibili) risultano normalmente estranei all'oggetto del giudizio e non rientrano così nell'accertamento giudiziale (né tra i presupposti logici indefetibili della decisione). Il che ben consentirà al ricorrente, risultato vincitore nel primo giudizio, di proporli in un'eventuale ulteriore impugnazione avverso il riesercizio del potere ».

(25) M.S. GIANNINI - A. PIRAS, *Giurisdizione amministrativa*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, p. 257, sostengono, invece, che « Il principio secondo il quale il giudicato copre il dedotto e il deducibile deve ritenersi coesistente al concetto di una giurisdizione istituita a tutela di situazioni giuridiche soggettive perché su di esso fonda l'intangibilità (del contenuto d'accertamento) della decisione in relazione all'immutabilità dell'attribuzione dell'utilità individuata dalla sentenza ». Questa tesi è stata tuttavia disattesa dall'Adunanza Plenaria n. 2/2013, la quale ha affermato di essere « ben consapevole [...] delle tesi da tempo avanzate che, facendo leva sul principio di effettività della giustizia amministrativa, prospettano la necessità di pervenire all'affermazione del divieto di ogni riedizione del potere a seguito di un giudicato sfavorevole, ma non ritiene di poter aderire a tale indirizzo che appare contrastante con la salvezza della sfera di autonomia e di responsabilità dell'amministrazione ». E ciò sulla sollecitazione di quanto sostenuto nell'ordinanza di rimessione, ove appunto si era affermato che la peculiarità del giudizio amministrativo impedisce la piena espansione del principio secondo cui il giudicato copre il dedotto e il deducibile, poiché il giudicato amministrativo non può che formarsi con esclusivo riferimento ai vizi dell'atto ritenuti sussistenti, alla stregua dei motivi dedotti nel ricorso.

(26) Invero, bisogna distinguere, come statuito in T.A.R. Marche, sez. I, 19/12/2008, n. 2169: « Nell'applicazione dell'art. 2909 c.c. al giudizio amministrativo impugnatorio il giudicato copre solo il dedotto nei casi di accoglimento del ricorso o nella parte in cui esso è stato accolto, ma nei casi di rigetto o di parziale rigetto, sia pure implicito, si estende sia al dedotto che al deducibile, nel senso che il giudicato di rigetto non consente più di impugnare lo stesso atto e dallo stesso ricorrente con successivi ricorsi (o motivi aggiunti) quando i nuovi e diversi motivi di gravame ben potevano essere proposti con l'originario ricorso ». Sempre secondo G. GRECO, *op. e loc. cit.*, altro è a dirsi rispetto a una sentenza pronunciata agli effetti dell'art. 21-octies, comma 2, l. n. 241/1990, con l'esclusione dell'annullamento di un atto per vizi solo formali o procedurali, avendo il giudice ritenuto, nel caso sottoposto al suo esame, « palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato », perché in questo caso il codice del processo amministrativo configura una sentenza di reiezione senz'altro idonea a coprire anche il deducibile, e, dunque, « le due ipotesi previste dall'art. 21-octies c. 2 possono essere considerate come altrettante applicazioni (ex lege) del principio che il giudicato copre il dedotto e il deducibile ».

operando per il deducibile solo, eventualmente, una preclusione processuale, conseguente alla maturazione dei termini di impugnazione (27).

Il principio dell'autorità di cosa giudicata è connaturato al processo, ed è intimamente collegato al fondamentale principio della certezza del diritto (28), che si ritiene un principio fondamentale del nostro ordinamento (29) e un diritto umano fondamentale (30).

Quindi, l'autorità del giudicato, per la sua diretta derivazione dal principio della certezza del diritto, ha valore costituzionale, anzi è uno dei principi costitutivi del nostro ordinamento (31) e fa parte della sua struttura (32), quantunque non espressamente previsto in Costituzione (33).

Invero, « è difficile negare che la stabilità e indefettibilità garantite dall'ordinamento processuale non debbano costituire, a loro volta, una connotazione essenziale dei diritti di azione e di difesa sanciti dall'art. 24 Cost. » (34).

In questo senso, la Corte costituzionale ha osservato che « è insito nella nozione stessa di procedimento che il complesso di ope-

(27) G. GRECO, *op. cit.*, p. 213.

(28) R. CAPONI, *Giudicato civile e diritto costituzionale: incontri e scontri*, in *Giur. it.*, 2009, p. 2828, sostiene che « se l'irretroattività della legge, ovvero i limiti del potere del legislatore di disporre per il passato, ha un ancoraggio costituzionale sulla base di un complesso di elementi normativi che trovano nella certezza del diritto la loro sintesi concettuale, a fortiori dovrà essere protetta dalla Costituzione l'autorità di cosa giudicata, che della certezza del diritto costituisce una manifestazione saliente ». Analogamente, la Corte di giustizia nella sentenza 16/3/2006, causa C-234/04, *Kapferer*, ha precisato che « al fine di garantire sia la stabilità del diritto e dei rapporti giuridici, sia una buona amministrazione della giustizia, è importante che le decisioni giurisdizionali divenute definitive dopo l'esaurimento delle vie di ricorso disponibili o dopo la scadenza dei termini previsti per questi ricorsi non possano più essere rimesse in discussione ».

(29) S. MENCHINI, *op. cit.*, pp. 404 ss..

(30) J. TEMPLE LANG, *Legal Certainty and Legitimate Expectation as General Principles of Community Law*, in U. BERNITZ - J. NERGELIUS, *General Principles of European Community Law*, L'Aia, 2000, p. 163.

(31) Corte costituzionale, sentenza 29/4/1982, n. 77, ove, appunto, si legge: « Trattasi di uno dei principi fondamentali del nostro ordinamento, che non può subire deroghe se non nei casi espressamente previsti dalla legge ».

(32) S. CIVITARESE MATTEUCCI - G. GIARDINI, *Il primato del diritto comunitario e l'autonomia processuale degli Stati membri: alla ricerca di un equilibrio sostenibile*, in *Dir. pubbl.*, 2013, p. 29.

(33) La Commissione dei Settantacinque aveva formulato, nel progetto di Costituzione, una norma sull'intangibilità della cosa giudicata (art. 104 del progetto: « Le sentenze non più soggette ad impugnazione di qualsiasi specie non possono essere annullate o modificate neppure per atto legislativo, salvo i casi di legge penale abrogativa o di amnistia, grazia e indulto »). Ma in sede costituente prevalse l'opinione di mantenere l'espressa previsione solo nelle norme codicistiche (P. CALAMANDREI, *Opere giuridiche*, Napoli, 1968, vol. III, pp. 217 ss.; G. TARZIA, *Leggi interpretative e garanzia della giurisdizione*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1993, pp. 243 ss.).

(34) G. SERGES, *Il 'valore' del giudicato nell'ordinamento costituzionale*, in *Giur. it.*, 2009, p. 2821.

razioni in cui si articola sia preordinato al fine di conseguire un accertamento definitivo che costituisce lo scopo medesimo dell'attività giurisdizionale » (35). Risulta, dunque, difficile convenire con chi sostiene che « In questa dimensione di crisi [di molti principi costituzionali] il principio del giudicato — non più funzionale proprio a presidiare la certezza giuridica — debba subire una rivisitazione » (36). Il giudicato è sì un principio costituzionale, ma soprattutto è una connaturale caratteristica del processo che ne definisce strutturalmente la funzione (37).

In conseguenza di ciò, la richiesta di disapplicazione del giudicato anticomunitario potrebbe, secondo taluno (38), toccare un controlimite, e, quindi, giustificare un intervento della Corte costituzionale.

Ma così non è; come in seguito si avrà modo di dimostrare.

### 3. I principi UE sul giudicato.

L'autorità del giudicato è un principio condiviso da tutti gli Stati membri e accolto anche nella giurisprudenza della Corte di giustizia quale principio di diritto comunitario (39).

(35) Corte costituzionale, sentenza 19/1/1982, n. 21.

(36) N. PAOLANTONIO, *Riapertura del processo, giurisprudenza CEDU e giudicato nazionale: un irragionevole orientamento della Corte costituzionale*, in F. FRANCIOSI e M. A. SANDULLI (a cura di), *Principio di ragionevolezza*, cit., p. 281.

(37) A. POLICE, *Giudicato amministrativo e sentenze di Corti sovranazionali. Il rimedio della revocazione in un'analisi costi benefici*, in F. FRANCIOSI e M.A. SANDULLI (a cura di), *La sentenza amministrativa ingiusta e i suoi rimedi*, Napoli, 2018, p. 193, « nella creazione di certezza giuridica risiede la stessa ragion d'essere della funzione giurisdizionale "ne paene lites fiant immortales", l'essenza stessa dell'effettività della tutela giurisdizionale ». Egli, peraltro, relativizza il principio, là dove sostiene che « Senza voler tornare alle ricostruzioni mitologiche sulla intangibilità del giudicato pare quindi fondamentale che il bilanciamento venga svolto con la consapevolezza di cosa si posa sull'altro piatto della bilancia ». In modo più radicale, G. MONTEDORO, *Esecuzione delle sentenze CEDU e cosa giudicata nelle giurisdizioni nazionali*, ivi, p. 202, sostiene che « Il postulato dell'intangibilità del giudicato ha un fondamento politico, non logico, rappresentato dall'esigenza di certezza giuridica nel caso concreto », e conclude poi, a p. 223 che « La certezza sta gradualmente cedendo il passo alla verità e alla giustizia ».

(38) S. CIVITARESE MATTEUCCI, G. GIARDINI, *op. cit.*, p. 59, sostengono che « La res iudicata rappresenta un principio costituzionale "strutturale" dell'ordinamento giuridico italiano, pienamente integrato nel diritto comunitario, e pertanto costituisce un limite all'applicazione del primato del diritto comunitario alla luce della c.d. dottrina dei controlimiti ». Analogamente, C. DI SERI, *Primauté del diritto comunitario e principio della res iudicata nazionale: un difficile equilibrio*, in *Giur. it.*, 2009, p. 2839.

(39) X. GROUSSOT - T. MINNSEN, *Res Judicata in the Court of Justice Case-Law: Balancing Legal Certainty with Legality?*, in *EuConst*, 2007, p. 387, affermano: « Res iudicata ... appears to be firmly rooted both in the laws of the member states and in the Court of Justice case-law ».

Si legge al proposito nelle conclusioni dell'Avvocato generale Léger nella causa *Köbler* (40): « Res judicata pro veritate habetur: quello che è stato giudicato è considerato conforme alla verità. Questo principio derivato dal diritto romano è riconosciuto da tutti gli Stati membri nonché nell'ordinamento giuridico comunitario [...] questo principio si basa sulla necessità di assicurare la stabilità dei rapporti giuridici evitando che contestazioni siano rinnovate all'infinito. Esso s'ispira quindi a una duplice esigenza: la certezza del diritto e la buona amministrazione della giustizia ».

Analoga affermazione è altresì contenuta nelle conclusioni dell'Avvocato generale Jacobs nella causa *Peterbroeck* (41), ove appunto si legge: « Secondo un principio generale del diritto, sancito da tutti gli Stati membri, le controversie risolte mediante un provvedimento giurisdizionale definitivo sono irrevocabilmente concluse e non sono più soggette ad un riesame in sede giurisdizionale. L'autorità della cosa giudicata rappresenta il livello minimo dell'efficacia vincolante che può essere attribuita a una sentenza ».

La Corte di giustizia si è occupata in più di un'occasione del principio dell'autorità del giudicato (42).

Il principio che si desume dalla giurisprudenza comunitaria è inequivocabile: « l'autorità del giudicato osta [...] a che siano rimessi in discussione i diritti giudizialmente sanciti » (43); ciò in coerenza con i « principi che stanno alla base del sistema giurisdizionale nazionale, quali il principio della certezza del diritto e quello del rispetto della cosa giudicata che ne costituisce espressione » (44).

Ancora di recente, la Corte di giustizia, con la sentenza *Commissione/Slovacchia* (45), ha ribadito che « si deve rammentare l'importanza del principio dell'autorità del giudicato vuoi nell'ordinamento giuridico dell'Unione vuoi negli ordinamenti giuridici nazionali. Infatti, al fine di garantire sia la stabilità del diritto e dei rapporti giuridici, sia una buona amministrazione della giustizia, è importante che le decisioni giurisdizionali divenute definitive dopo l'esaurimento

(40) Conclusioni dell'avvocato generale Francis Geoffrey Jacobs nella causa C-312/93.

(41) Conclusioni dell'avvocato generale Philippe Léger nella causa C-224/01.

(42) Per una ricognizione della giurisprudenza in argomento, si veda V. FERRARO, *L'intangibilità del giudicato amministrativo e il diritto europeo: le recenti pronunce della Corte di giustizia*, in questa *Rivista*, 2014, pp. 1055 ss.

(43) Corte di giustizia, sentenza 9/6/1964, cause riunite 79/63 e 82/63, *Reynier*.

(44) Corte di giustizia, sentenza 1/6/1999, causa C-126/97, *Eco Swiss*.

(45) Corte di giustizia, sentenza 22/12/2010, causa C-507/08.

delle vie di ricorso disponibili o dopo la scadenza dei termini previsti per questi ricorsi non possano più essere rimesse in discussione ».

#### 4. Il nuovo approccio.

Da ultimo, si è avvertito un cambio di rotta e un'erosione dell'autonomia procedurale degli Stati membri, che al principio dell'intangibilità del giudicato sono tradizionalmente ispirati.

In talune più recenti sentenze, l'autorità del giudicato è stata messa, talvolta, in discussione dalla Corte di giustizia, apparentemente nella considerazione delle particolari circostanze di fatto dei casi decisi (46), dunque, con una giustificazione contingente, che è parsa ai più non riconducibile a una logica ispiratrice, ma, in realtà, con approcci riferibili a un comune denominatore: la reattività dell'ordinamento comunitario alla violazione di una sua competenza processuale esclusiva, qual'è la funzione nomofilattica assegnata dall'art. 267 TFUE alla Corte di giustizia sugli atti delle istituzioni comunitarie.

Invero, l'autorità del giudicato è stata messa in discussione dalla Corte di giustizia in vicende processuali in cui il meccanismo del rinvio pregiudiziale, quale strumento di raccordo tra i due livelli ordinamentali (comunitario e nazionale), non ha correttamente funzionato, o perché il giudice di ultima istanza abbia malamente fatto applicazione del principio dell'*acte clair* (47), ritenendo manifestamente infondato il dubbio interpretativo quantunque non lo fosse, o perché — più sovente — la norma UE e il contrasto con essa della norma nazionale nemmeno siano stati richiamati nel corso del giudizio, da chi se ne sarebbe avvantaggiato (48).

Com'è reso evidente nelle sentenze *Kühne & Heitz* (49) e *Lucchini* (50), che segnano l'acme dell'effetto conformativo dell'effetto utile dell'effetto diretto della norma UE sull'autorità di giudicato, la

---

(46) E. CANNIZZARO, *Sui rapporti fra sistemi processuali nazionali e diritto dell'Unione europea*, in *Dir. Un. eur.*, 2008, p. 447 ss.

(47) X. GROUSSOT - T. MINSSEN, *op. cit.*, p. 385, affermano che « *The recent jurisprudence of the Court of Justice in Köbler and Kühne & Heitz has made clear that the Court is willing to establish legal principles that will make it possible to effectively tackle the abuse of the acte clair doctrine* ».

(48) A. CARBONE, *Rapporti tra ordinamenti e rilevanza della CEDU nel diritto amministrativo (a margine del problema dell'intangibilità del giudicato)*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, p. 456 ss..

(49) Corte di giustizia, sentenza 13/1/2004, causa C-453/00.

(50) Corte di giustizia, sentenza 18/7/2007, causa C-119/05.

negazione degli effetti del giudicato consegua, in ambedue i casi, al mancato coordinamento tra i due, autonomi, distinti, ancorché coordinati attraverso il meccanismo del rinvio pregiudiziale, sistemi di rimedi giurisdizionali (51), così delineati dai trattati e dalle norme processuali nazionali a presidio di due ordinamenti giuridici (e delle situazioni giuridiche soggettive che in esse acquistano giuridica rilevanza) che la nostra Corte costituzionale, appunto, afferma essere « autonomi e distinti, ancorché coordinati » (52).

Il *leitmotiv* delle due sentenze è, dunque, la riaffermazione del ruolo della Corte di giustizia come giudice naturale sulle questioni interpretative e di validità del diritto comunitario (53).

Indubbiamente, le sentenze della Corte di giustizia sul giudicato hanno suscitato reazioni che vanno dalla sorpresa, alla preoccupazione se non addirittura un certo fastidio, ma è altresì indubitabile che un'altra lettura, al tempo stesso più fedele e meno allarmista può essere fatta di questi sviluppi giurisprudenziali (54).

In realtà, si tratta, per così dire, di una lettura a rime obbligate, giacché il principio del giudicato (e il connesso principio della certezza del diritto) campeggiano centrali anche nell'ordinamento comunitario (55).

(51) S. CIVITARESE MATTEUCCI - G. GIARDINI, *op. cit.*, p. 34, sostengono che « il modello gerarchico non si presta ad autorizzare la riapertura di un giudizio conclusosi con una decisione definitiva in contrasto con il diritto comunitario [perché] la gerarchia/supremazia implica che tutti i giudici degli Stati membri, in quanto attori dell'ordinamento comunitario inteso in senso unitario e monistico, siano inevitabilmente soggetti al diritto comunitario come diritto principale (law of the land). Ne consegue che una pronuncia di un giudice nazionale definitiva ma scorretta, inerente ad una materia comunitaria (come gli aiuti di Stato, ad es.), non dovrebbe risultare più impugnabile, dal momento che essa va considerata, secondo questo modello, una decisione finale propria dell'ordinamento europeo, inteso in senso unitario e monistico. Ma, come si è visto, secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia ciò non è sempre vero e il giudicato anticomunitario può essere riaperto, in casi eccezionali e per evitare reiterate violazioni del diritto comunitario. Pertanto, prendendo a riferimento il punto di vista della stessa Corte di giustizia, il modello gerarchico appare intrinsecamente incoerente ».

(52) Corte costituzionale, sentenza 18/12/1973, n. 183.

(53) E. CANNIZZARO, *op. loc. cit.*, p. 447.

(54) A. TIZZANO - B. GENCARELLI, *Droit de l'Union et décisions nationales définitives dans la jurisprudence récente de la Cour de Justice*, in *Dir. Un. eur.*, 2010, p. 789 ss., ove appunto si legge: « Il n'est pas peu dire que les différents réponses apportées par la Cour ont pu susciter quelques émois, allant de la surprise à l'inquiétude sinon à un certain agacement [...] Il nous semble toutefois qu'une autre lecture, à la fois plus fidèle et moins alarmiste, peut être faite des ces développements jurisprudentiels ».

(55) L'art. 68 TCE (abrogato dal Trattato di Lisbona) prevedeva che « Il Consiglio, la Commissione o uno Stato membro possono chiedere alla Corte di giustizia di pronunciarsi sull'interpretazione del presente titolo o degli atti delle istituzioni della Comunità fondati sul presente titolo. La decisione pronunciata dalla Corte di giustizia in risposta a siffatta richiesta non si applica alle sentenze degli organi giurisdizionali degli Stati membri passate in giudicato ». Da questa norma, M. G. PULVIRENTI, *Intangibilità del giudicato, primato del diritto comunitario*

5. *L'ingannevole prospettiva.*

Con la sentenza *Köbler* (56) (57) (58), a fronte dell'obiezione degli Stati membri dell'incompatibilità di una loro responsabilità per le decisioni dei propri organi giurisdizionali con il principio dell'autorità della cosa giudicata, la Corte di giustizia — ancorché ribadendo che « *l'importanza del principio dell'autorità della cosa definitivamente giudicata non può essere contestata [perché], al fine di garantire sia la stabilità del diritto e dei rapporti giuridici, sia una buona amministrazione della giustizia, è importante che le decisioni giurisdizionali divenute definitive dopo l'esaurimento delle vie di ricorso disponibili o dopo la scadenza dei termini previsti per questi ricorsi non possano più essere rimesse in discussione* », e pure riconoscendo che « *considerazioni collegate al rispetto del principio dell'autorità della cosa definitivamente giudicata [...] possono avere ispirato ai sistemi giuridici nazionali restrizioni, talvolta severe, alla possibilità di far dichiarare la responsabilità dello Stato per danni causati da decisioni giurisdizionali erronee* » — ha nondimeno concluso che « *il riconoscimento del principio della responsabilità dello Stato per la decisione di un organo giurisdizionale di ultimo grado non ha di per sé come conseguenza di rimettere in discussione l'autorità della cosa definitivamente giudicata di una tale decisione* ».

Con riguardo a questo primo arresto giurisprudenziale è, dunque, evidente la forzatura di chi ha avvertito come « *una tale estensione del principio di responsabilità metta in discussione l'autorità del dictum e la giustezza di una pronuncia definitiva* » (59).

---

e teoria dei controlimiti costituzionali, in questa *Rivista*, 2009, p. 341 ss., ha ritenuto di trovare conferma del riconoscimento del principio del rispetto dell'autorità del giudicato nazionale da parte della Corte di giustizia. Di contro, E. SCODITTI, *Giudicato nazionale e diritto comunitario*, in *Foro it.*, 2007, IV, col. 535, sottolinea che, essendo la disposizione relativa solamente a titolo IV del trattato CE (« *Visti, asilo, immigrazione ed altre politiche connesse con la libera circolazione delle persone* »), dovrebbe affermarsi che per le materie non comprese non dovrebbe sussistere il limite del giudicato nei confronti dei pronunciamenti della Corte di giustizia.

(56) Corte di giustizia, sentenza 30/9/2003, causa C-224/01.

(57) Per un commento alla sentenza, si veda S. DE MARIA, *Recenti sviluppi della giurisprudenza comunitaria in materia di responsabilità degli Stati membri per violazione del diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2004, pag. 879 ss..

(58) Per uno studio comparato sull'applicazione dei principi *Köbler* da parte degli Stati membri, si veda Z. VARGA, *National remedies in the case of violation of EU law by Member State Courts*, in *CMLR*, 2017, pag. 51 ss..

(59) G. MARI, *La forza di giudicato delle decisioni dei giudici nazionali di ultima istanza nella giurisprudenza comunitaria*, in questa *Rivista*, 2004, p. 1022. E. FONTANA, *Qualche osservazione in margine al caso Lucchini, un tentativo di spiegazione*, in *Dir. comm. internaz.*, 2008, p. 195 sostiene, invece, che nella sentenza *Köbler* la Corte di giustizia afferma « *assai*

Invero, l'affermazione giudiziaria di una responsabilità di chi ha malamente agito in un processo contribuendo alla formazione di una sentenza ingiusta non contraddice l'effetto proprio del giudicato, che è quello di conformare il rapporto giuridico dedotto in giudizio alla statuizione giudiziaria, non già di sottrarre alla critica (anche processuale) quella sentenza, ancorché ciò consenta ad altri giudici di statuire su altri rapporti giuridici (60) sul presupposto che quel giudicato sia ingiusto (61).

Principio questo che è reso evidente dalla responsabilità (da nessuno, invero, ritenuta problematica) dell'avvocato che abbia patrocinato la parte ingiustamente condannata, che è, appunto, accertata all'esito di un giudizio prognostico sul diverso esito che il processo avrebbe avuto se correttamente impostato (62). Ciò che chiaramente conduce ad affermare, *incidenter tantum*, l'ingiustizia della sentenza passata in giudicato, senza però contraddirne l'autorità (63).

È, perciò, senz'altro da condividere l'affermazione di chi, al proposito della sentenza *Köbler*, ha appunto scritto che « *Non si può*

---

*prudentermente* » il principio dell'intangibilità del giudicato e con esso la preminenza del principio di certezza del diritto sull'effettività della norma UE.

(60) Al proposito, l'Avvocato generale Léger nella causa *Köbler* nelle proprie conclusioni, ha appunto chiarito che « secondo una concezione tradizionale dominante, l'autorità della cosa giudicata — e, di conseguenza, l'autorità della cosa definitivamente giudicata — può intervenire solo in talune circostanze, allorché esiste una triplice identità — di oggetto, di causa e di parti — tra una controversia già risolta e una controversia sopravvenuta successivamente. Il principio della cosa giudicata è quindi un principio relativo e non assoluto. Di conseguenza, si deve constatare che una controversia [...] che ha per oggetto il risarcimento di un danno causato da una violazione del diritto comunitario e che mette in causa lo Stato non soddisfa questo triplice requisito di identità (cumulativa e non alternativa) ».

(61) M. G. PULVIRENTI, *op. cit.*, p. 341 ss., afferma che « Tali pronunce si riflettono sull'istituto del giudicato, presupponendone la intangibilità, ossia che la decisione definitiva del giudice non possa più essere messa in discussione. In queste sentenze, invero, sembra quasi che la Corte di giustizia tenga ben distinti i concetti di "autorità" della cosa giudicata e di sua "correttezza": i giudici comunitari sembrano ritenere, infatti, che la pronuncia sia non modificabile (tanto è vero che non cercano rimedi processuali utili al fine di un suo mutamento), anche se non corretta, in quanto emessa in violazione del diritto comunitario. Rimane, quindi, fermo il presupposto della intangibilità del giudicato, di cui appunto la Corte, nella citata giurisprudenza, si è guardata bene dall'escludere ».

(62) In questo senso, quale espressione di una giurisprudenza consolidata, Corte di cassazione, sentenza 13/2/2014, n. 3355 si è da ultimo così espressa: « trattandosi dell'attività dell'avvocato, l'affermazione della responsabilità per colpa professionale implica una valutazione prognostica positiva circa il probabile esito dell'azione giudiziale che [...] è stata malamente intrapresa o proseguita ».

(63) G. ALPA, *La responsabilità dello Stato per « atti giudiziari »*. A proposito del caso *Köbler c. Repubblica d'Austria*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, II, pag. 5, sostiene che in tal modo « si ammette — o si presuppone — che la res iudicata sia "cattivo diritto" [...] ». Ma ciò attenta all'autorevolezza del giudicato non già alla sua efficacia cogente.

[...] *lealmente "gridare" alla rottura della coerenza dell'ordinamento processuale nazionale* » (64).

In realtà, la sentenza *Köbler* ha, piuttosto, fondato il diritto del danneggiato al risarcimento del danno proprio sul principio dell'autorità della cosa giudicata, che ne costituì, invero, l'indispensabile presupposto (65); donde ne è una piana applicazione, piuttosto che una sua negazione.

#### 6. *L'innovazione nella tradizione.*

Con la sentenza *Kühne & Heitz* (66) (67), la Corte di giustizia ha, invece, realmente cambiato rotta.

Si trattava della vicenda di una società che, dopo avere diligentemente, ma inutilmente, invocato il diritto comunitario dinanzi al giudice nazionale in un giudizio sull'annullamento di un provvedimento delle autorità doganali, aveva poi chiesto alla pubblica amministrazione di rideterminarsi, in sede di autotutela, in ragione del principio di diritto ricavabile da una decisione della Corte di giustizia adottata successivamente in relazione ad un diverso procedimento, da cui risultava evidente che la sentenza del giudice nazionale passata in giudicato fosse, in realtà, fondata su una scorretta applicazione della normativa comunitaria.

Da qui la questione pregiudiziale avente a oggetto il quesito « *Se il diritto comunitario [...] comporti che un organo amministrativo sia tenuto a rivedere una decisione che è diventata definitiva, al fine di assicurare la completa efficacia del diritto comunitario, così come quest'ultimo deve essere interpretato in base a quanto risulta dalla*

(64) D. U. GALETTA, *op. cit.*, p. 73.

(65) M. T. STILE, *La sentenza Lucchini sui limiti del giudicato: un traguardo inaspettato?*, in *Dir. scambi internaz.*, 2007, p. 734. Analogamente, C. PERONI, *Il diritto comunitario prevale sul giudicato sostanziale*, in *Dir. comm. internaz.*, 2008, p. 226, e N. PICARDI, *Eventuali conflitti tra principio del giudicato e principio della superiorità del diritto comunitario*, in *Giust. civ.*, 2008, I, p. 560.

(66) Corte di giustizia 13/1/2004, causa C-453/00.

(67) R. CARANTA, in *CMLR*, 2005, p. 179 ss., a commento della sentenza, afferma che « *The Court of Justice devises a nuanced reply, allowing the national court to offer as much effective judicial protection as possible with-out obliterating certainty [...] This is not because the Court is more cautious — or shy — but because effective judicial protection does not always require courts to turn national rules upside down; it may be satisfied by mitigating the application of domestic provisions to the specific circumstances of the case. As Kühne shows, this is at times possible by applying already existing domestic rules devised to lessen the rigueur de la loi. Sensible application of national rules to cases concerning Community law may then be enough to meet the standards of both non-discrimination and effective judicial protection* ».

*soluzione data ad una successiva domanda di pronuncia pregiudiziale* ».

La Corte di giustizia ha, al proposito, affermato che « *il principio di cooperazione derivante dall'art. [4 TFUE] impone ad un organo amministrativo, investito in una richiesta in tal senso, di riesaminare una decisione amministrativa definitiva per tener conto dell'interpretazione della disposizione pertinente nel frattempo accolta dalla Corte qualora: (i) disponga, secondo il diritto nazionale, del potere di ritornare su tale decisione; (ii) la decisione in questione sia divenuta definitiva in seguito ad una sentenza di un giudice nazionale che statuisce in ultima istanza; (iii) tale sentenza, alla luce di una giurisprudenza della Corte successiva alla medesima, risulti fondata su un'interpretazione errata del diritto comunitario adottata senza che la Corte fosse adita a titolo pregiudiziale alle condizioni previste all'art. [267 TFUE], e (iv) l'interessato si sia rivolto all'organo amministrativo immediatamente dopo essere stato informato della detta giurisprudenza* » (68).

Con la successiva sentenza *Kempter* (69) (70), la Corte di giustizia ha, poi, chiarito che « *Non si può dunque dedurre dalla sentenza Kühne & Heitz, citata che, ai fini della terza condizione in essa delineata, le parti debbano aver sollevato dinanzi al giudice nazionale la questione di diritto comunitario di cui trattasi. Infatti, affinché tale condizione sia soddisfatta, basterebbe o che detta questione di diritto comunitario, la cui interpretazione si è rivelata erronea alla luce di una sentenza successiva della Corte, sia stata esaminata dal giudice nazionale che statuisce in ultima istanza, oppure che essa avesse potuto essere sollevata d'ufficio da quest'ultimo* ».

In questo modo, è reso evidente che la negazione degli effetti conformativi del giudicato non è tesa alla tutela di situazioni giuri-

(68) E. CANNIZZARO, *op. loc. cit.* sostiene che « *Non sembra però molto ragionevole escludere che una soluzione analoga possa valere allorché il conflitto esista già ex ante: allorché cioè la decisione nazionale risulti in conflitto con il diritto comunitario già al momento in cui essa è adottata senza che, per inavvertenza o per altri motivi, il conflitto sia rilevato dal giudice nazionale* ».

(69) Corte di giustizia, sentenza 12 /2/2008, causa C-2/06.

(70) F. CORTESE, *Il riesame di decisioni amministrative definitive tra obbligo di cooperazione e certezza del diritto*, in questa *Rivista*, 2008, pp. 1527 ss., afferma che « *L'impostazione seguita nella motivazione ripercorre, in primo luogo, gli itinerari argomentativi già sperimentati a partire dalla sentenza Kühne & Heitz [con l'aggiunta di] due ulteriori e significative glosse, poste a chiarimento dei dubbi sollevati dal giudice tedesco [...] non è necessario che il ricorrente nella causa principale, ossia nella causa in cui è stata data l'erronea interpretazione del diritto comunitario da parte del giudice nazionale, abbia invocato il diritto comunitario, né è indispensabile che il soggetto interessato all'ipotetico riesame, dopo la pronuncia interpretativa del giudice comunitario, si rivolga all'organo amministrativo in un determinato termine* ».

diche soggettive, ma è volta alla tutela dell'*effet utile* della norma comunitaria, andando conseguentemente in soccorso anche di soggetti che non si sono diligentemente adoperati sul fronte del processo nella tutela delle loro situazioni soggettive individuali (71).

Con la medesima sentenza *Kempter*, la Corte di giustizia ha, altresì chiarito, con riferimento alla tempestività della richiesta di riesame, che « *la quarta condizione menzionata dalla Corte nella sua sentenza Kühne & Heitz, citata, non può essere interpretata come un obbligo di presentare la domanda di riesame di cui trattasi entro un certo e preciso lasso di tempo dopo che il richiedente sia venuto a conoscenza della giurisprudenza della Corte su cui la domanda stessa si fondava* », ma ha altresì riconosciuto che, in virtù del principio delle competenze di attribuzione e dell'autonomia procedurale, « *Gli Stati membri possono richiedere, in nome del principio della certezza del diritto, che una domanda di riesame e di rettifica di una decisione amministrativa divenuta definitiva e contraria al diritto comunitario così come interpretato successivamente dalla Corte venga presentata all'amministrazione competente entro un termine ragionevole* » (72).

Così che, per la prima volta, con la sentenza *Kühne & Heitz* è stato, realmente, posto in discussione il tradizionale principio secondo il quale *res judicata pro veritate habetur*, e si è affermato dunque il carattere relativo del giudicato.

In questo caso, però, campeggia preminente nella teorica del giudice UE il principio di autonomia procedurale, essendo, in questa sua iniziale prospettiva, il *revirement* (non già processuale, bensì) procedimentale consentito solo a condizione che la norma nazionale lo consenta.

Perciò, in questa sua prima deviazione dal principio assoluto dell'intangibilità del giudicato, la Corte di giustizia sollecita soltanto l'attivazione dell'obbligo d'interpretazione conforme, quale indispensabile concretizzazione del principio di leale cooperazione, senza, dunque, attentare all'autonomia processuale degli Stati membri.

Peraltro, ciò solo con riguardo al tema specifico dell'eventuale revocabilità da parte della pubblica amministrazione di provvedimenti amministrativi divenuti definitivi ma in violazione del diritto comunitario, e, quindi, con particolare riferimento all'istituto del-

(71) E. CANNIZZARO, *op. loc. cit.*

(72) Corte di giustizia, sentenza 12/2/2008, causa C-2/06, *Kempter*.

l'autotutela amministrativa (73), e senza nemmeno prendere posizione sulla decorrenza degli effetti (*ex nunc/ ex tunc*) dell'atto di riesame (74), in tale ambito, dunque, riemergendo in pieno l'autonomia procedurale degli Stati membri, fatta salva da un cauto *self-restraint* del giudice comunitario.

Come esattamente evidenziato dall'Avvocato generale Geelhoed, « *Nella causa Kühne & Heitz era possibile una riparazione derogando al principio dell'autorità della cosa giudicata (grazie alla sentenza la decisione del competente organo amministrativo aveva acquisito autorità di giudicato), traducendo nel caso di specie la facoltà dell'organo amministrativo di riesaminare una decisione precedente conferita a tale organo in un obbligo di rivedere siffatta decisione* » (75).

Donde, il reale significato della sentenza *Kühne & Heitz* è di rendere obbligatorio, nella ricorrenza di situazioni assolutamente particolari (prima tra tutte la negazione del fondamentale ruolo nomofilattico della Corte di giustizia), l'esercizio della potestà di autotutela, anche quando l'ordinamento nazionale la prevede come facoltà discrezionale. E, quindi, attiene, piuttosto al tema dell'autotutela doverosa, muovendosi qui il problema del giudicato, a ben vedere, sullo sfondo della scena.

E, indubitabilmente, la forza di resistenza nei confronti del diritto comunitario delle decisioni amministrative definitive è di gran lunga inferiore a quella che assume la decisione giurisdizionale definitiva, perché « *l'atto espressione del potere giurisdizionale [...] incorpora una quota maggiore di sovranità, ed esprime a un grado più elevato i principi di legalità e di certezza del diritto* » (76).

#### 7. La relativizzazione del principio.

Nella sentenza *Kapferer* (77) (78), la Corte di giustizia — interrogata sul quesito « *se il principio di leale cooperazione sancito*

(73) Conclusioni dell'Avvocato Generale Antonio Tizzano, nella causa C-234/04.

(74) X. GROUSSOT - T. MINSEN, *op. cit.*, p. 401.

(75) Conclusioni dell'Avvocato Generale Leendert Adrie Geelhoed nella causa C-119/05.

(76) S. CIVITARESE MATTEUCCI - G. GIARDINI *op. cit.*, p. 9.

(77) Corte di giustizia, sentenza 16/3/2006, causa C-234/04.

(78) A. KORNEZOV, *Res judicata of national judgments incompatible with EU law: Time for a major rethink?*, in *CMLR*, 2016, p. 1317 ss., a commento della sentenza, sostiene che « *The judgment in Kapferer, which is sometimes cited as an example of leaving unfettered the authority*

dall'art. [4 TFUE] debba essere interpretato nel senso che anche un giudice nazionale, in presenza dei presupposti fissati dalla sentenza della Corte di giustizia *Kühne & Heitz*, è obbligato a riesaminare e ad annullare una decisione giurisdizionale passata in giudicato nel caso in cui risulti che questa viola il diritto comunitario » — ha ribadito che « per garantire sia la stabilità del diritto e dei rapporti giuridici, sia una buona amministrazione della giustizia è importante che le decisioni giurisdizionali divenute definitive dopo l'esaurimento delle vie di ricorso disponibili o dopo la scadenza dei termini previsti per questi ricorsi non possano più essere rimesse in discussione [perciò] il diritto comunitario non impone ad un giudice nazionale di disapplicare le norme processuali interne che attribuiscono autorità di cosa giudicata ad una decisione, anche quando ciò permetterebbe di accertare una violazione del diritto comunitario da parte di tale decisione ».

In tal modo si sono, quindi, chiariti i limiti della sentenza *Kühne & Heitz*.

Senonché, la Corte di giustizia ha poi fatto emergere il dubbio della relatività di quel principio (79) in ragione del successivo richiamo ai canoni *Rewe* di funzionalizzazione dell'autonomia processuale degli Stati membri all'effetto utile dell'effetto diretto, ancorché negandone la rilevanza nel caso concreto, ove « il rispetto di tali limiti al potere degli Stati membri in materia processuale non è stato messo in discussione nella controversia principale ».

Donde, la possibilità di una diversa conclusione sulla resistenza dell'autorità della cosa giudicata, nel caso in cui il processo all'esito del quale la sentenza è stata pronunciata non fosse conforme ai principi di effettività e di equivalenza, che segnano il limite esterno dell'autonomia processuale nazionale.

---

*of res judicata of a final judgment despite its alleged inconsistency with EU law, offers limited guidance [...] In any event, the Court's reasoning was particularly cryptic. It pointed out, first, that the observance of the principles of equivalence and effectiveness was "not called into question in the dispute in the main proceedings", then rejected the relevance of the judgment in Kühne & Heitz because of its specificities, before concluding, on that basis, that the principle of loyal cooperation did not require the appellate court to disapply its internal rules of procedure. Even if the judgment in Kapferer could admittedly be relevant in the context of retrial, it should be noted that the Court clearly left in suspense the question of whether the applicable national rules were compatible with the principles of equivalence and effectiveness, since this was not raised in the main proceedings. It could therefore be inferred that national rules on retrial must, in any event, be in conformity with these principles ».*

(79) M.P. CATTI, *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2011, p. 652, afferma, appunto, che « Per la relativizzazione del principio del giudicato, alcune sentenze della Corte di giustizia (*Kapferer*, 16/3/2006, causa C-234/04) hanno posto importanti principi nella prospettiva del diritto dell'Unione ».

Ma si tratta, in questo caso, solo di un'astratta affermazione, priva di conseguenze pratiche.

Certo è, tuttavia, che l'affermazione è di per sé problematica, giacché induce a ritenere che il valore del giudicato debba essere bilanciato con altri valori, che possano, eventualmente, essere ritenuti più importanti e infine prevalere: ciò che, in effetti, sarebbe « *letale per l'idea della certezza del diritto* » (80), perché affiderebbe la soluzione del contrasto all'arbitrio del giudice, piuttosto che alla definizione *ex ante* delle ipotesi di cedevolezza del giudicato a livello normativo, come potrebbe essere, per esempio, attraverso la previsione di specifiche ipotesi di revocazione straordinaria delle sentenze, rispetto al catalogo oggi offerto dall'art. 396 c.p.c., applicabile al processo amministrativo giusta il rinvio a esso operato dall'art. 106 c.p.a. (81).

#### 8. *L'apparente eresia.*

Quell'astratta possibilità si è poi tradotta nel concreto della sentenza *Lucchini* (82) (83), con la quale la Corte di giustizia ha statuito che « *il diritto comunitario osta all'applicazione di una disposizione del diritto nazionale, come l'art. 2909 del codice civile italiano, volta a sancire il principio dell'autorità di cosa giudicata, nei limiti in cui l'applicazione di tale disposizione impedisce il recupero di un aiuto di Stato erogato in contrasto con il diritto comunitario e la cui incompatibilità con il mercato comune è stata dichiarata con decisione della Commissione divenuta definitiva* ».

(80) S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Obbligo di interpretazione conforme al diritto UE e principio di autonomia procedurale in relazione al diritto amministrativo nazionale*, in questa *Rivista*, 2014, p. 1175 ss..

(81) *Cfr. infra*, sub 16.

(82) Corte di giustizia, sentenza 18/7/2007, causa C-119/05.

(83) A commento della sentenza, A. BIONDI, in *CMLR*, 2008, p. 1459 ss., afferma che « *If one, as the present reviewer did, goes straight to read the final paragraphs of the ECJ's decision, the first reaction would be to think that Lucchini is one of the most devastating judgments for the delicate and sometimes precarious relationship between the application of the principle of effective application of EU law and national law. This is particularly so in respect of the preservation of certain basic principles such as legal certainty. In short, a case even worse than Emmott ... To do this however, would be a mistake. Never jump to conclusions. The judgment has to be read, of course, in its entirety, and can be construed in terms of the following syllogism: Major premise: EU Law was final and pre-emptive; Minor premise: the national court did not have any jurisdiction in the case; Conclusion: the national court has to apply EU law* ».

Si è in tal modo espresso il massimo della dilatazione dei principi *Rewe* di conformazione dell'autonomia processuale degli Stati membri (84).

Ma ciò (si legge nella sentenza *Lucchini*) in ragione principalmente del fatto che « *la valutazione della compatibilità con il mercato comune di misure di aiuto o di un regime di aiuti rientra nella competenza esclusiva della Commissione, che opera sotto il controllo del giudice comunitario* » e del concorrente rilievo che « *una decisione adottata dalle istituzioni comunitarie che non sia stata impugnata dal destinatario entro il termine stabilito [...] diviene esecutiva nei suoi confronti* ».

Quindi, in quella vicenda, non era in discussione (l'indiscutibile) principio della certezza del diritto (e il corollario principio dell'autorità di cosa giudicata) (85), bensì la formazione, nei due « *sistemi autonomi e distinti, ancorché coordinati* » (86), di due antinomiche (solo apparenti) certezze del diritto: quella derivante dall'inoppugnabilità a livello comunitario della decisione della Commissione di negazione dell'aiuto di Stato e quella formatasi a livello nazionale con il passaggio in giudicato della sentenza affermativa di quel diritto già definitivamente negato nell'ordinamento UE.

Si potrebbe, persino, dire di due contrastanti giudicati, certo non potendosi negare che anche il provvedimento amministrativo inoppugnabile sia assimilabile, quantomeno agli effetti che qui ci interessano, alla cosa giudicata formale (87).

---

(84) V. CERULLI IRELLI, *Trasformazioni del sistema di tutela giurisdizionale nelle controversie di diritto pubblico per effetto della giurisprudenza europea*, in questa *Rivista*, 2008, p. 433, a commento della sentenza, afferma: « *abbiamo un vero e proprio stravolgimento di principi consolidati: ché si tratta di un giudicato civile che accerta un diritto al pagamento di una somma di denaro, derivante sì dall'esercizio di un potere amministrativo (la concessione del contributo) ma successivamente consolidatosi in rapporto civilistico (di diritto ed obbligo) e perciò non più disponibile nell'ambito dell'esercizio del potere* ».

(85) Non si può, infatti, convenire con S. SPUNTARELLA, *Il ruolo del rinvio pregiudiziale alla CGUE nella giurisdizione amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2018, p. 985 ss., nell'affermazione che « *In questo caso, il principio dell'intangibilità del giudicato soffre una "eccezione" funzionale all'applicazione del diritto dell'Unione: la stabilità del diritto e dei rapporti giuridici non può fondarsi sulla erronea applicazione del diritto dell'Unione* ».

(86) Corte costituzionale, sentenza 18/12/1973, n. 183.

(87) Al proposito C. CONSOLO, *La sentenza Lucchini della Corte di giustizia: quale possibile adattamento degli ordinamenti processuali interni e in specie del nostro?* in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 232, « *Nel caso Lucchini [...] la sentenza della Corte di appello di Roma passata in giudicato [...] sostanzialmente vanifica l'operato sindacatorio della Commissione europea e finisce con l'attribuire agli organi giurisdizionali nazionali un potere indiretto di pronunciarsi sulla questione (o almeno di precluderne la rilevanza) della stessa compatibilità comunitaria dell'aiuto che invece spetta in via esclusiva alla Commissione di valutare con una decisione, a sua volta non impugnata presso i Tribunali di Lussemburgo e così passata in giudicato (ecco il volto*

Come sostenuto dall'Avvocato Generale Geelhoed, « i giudici nazionali non dovrebbero assumere alcuna decisione che comprometta la fondamentale divisione delle competenze fra la Comunità e gli Stati membri, quale indicata dai Trattati. Questo vale anche per le decisioni divenute definitive [...] In questi casi il carattere definitivo di una sentenza basata unicamente sull'interpretazione del diritto interno, che ignori sfacciatamente il diritto comunitario, non può impedire l'esercizio delle competenze attribuite in materia dal diritto comunitario alla Commissione » (88).

Invero, come riferisce l'Avvocato Generale, la Commissione si era difesa in giudizio sostenendo che « Nell'inappellabilità di siffatta decisione si esprime anche la certezza del diritto ».

Era, difatti, accaduto che la Commissione aveva dichiarato incompatibile con il diritto comunitario un aiuto di Stato con una sua decisione (a valere quale provvedimento amministrativo) che, non essendo stata impugnata dinanzi alla Corte di giustizia (l'unico organo giurisdizionale competente a giudicare della validità di un atto comunitario, ai sensi dell'art. 263 TFUE) era divenuta intangibile secondo l'ordinamento comunitario, e, nondimeno, quell'aiuto di Stato (dichiaratamente illegittimo) era stato concesso all'impresa nazionale all'esito di un giudizio dinanzi al giudice nazionale, che, « o per ignoranza o per incuria » (89), aveva riconosciuto il suo diritto all'ottenimento di quell'aiuto di Stato, trascurando di considerare la decisione (oramai inoppugnabile) della Commissione.

Donde, la soluzione di quella (inaccettabile) antinomia in applicazione piana del principio delle competenze di attribuzione, con la prevalenza dell'unica (*factio iuris* di) verità assoluta: quella comunitaria (90).

Come evidenziato dall'Avvocato Generale, « Non si tratta qui di una controversia tra un'autorità amministrativa nazionale ed un attore privato, che può essere risolta nel semplice contesto dell'ordinamento

---

bifronte del giudicato formale, qui alla Merkl concepito su un atto formalmente amministrativo) ». Ciò, appunto, nel richiamo alla nota teorica di A. MERKL, *Zum Problem der Rechtskraft in Justiz und Verwaltung*, in *ZöR*, I, 1919, p. 456 ss..

(88) Conclusioni dell'Avvocato Generale Leendert Adrie Geelhoed nella causa C-119/05.

(89) Conclusioni dell'Avvocato Generale Leendert Adrie Geelhoed nella causa C-119/05.

(90) E. CANNIZZARO, *op. loc. ult. cit.*, osserva al proposito che « Il venire meno del giudicato costituirebbe allora la conseguenza di un conflitto di competenze. Esso, più precisamente, costituirebbe un effetto della carenza di potere di giudicare da parte del giudice nazionale », ancorché poi abbia a criticare la « fragilità di questo assunto ».

giuridico nazionale, ma di una controversia che, in prima istanza, deve essere risolta a livello di diritto comunitario e in cui la ripartizione di poteri tra l'ordinamento giuridico comunitario e quello nazionale — e quindi anche tra gli obblighi incombenti al giudice nazionale in forza di entrambi gli ordinamenti — va rispettata molto rigorosamente ».

Ciò sulla scia, del resto, di un risalente principio giurisprudenziale, nel senso dell'efficacia vincolante delle decisioni della Commissione, negli ambiti di sua competenza, anche rispetto a un giudice nazionale (91), che si è poi finanche tradotto in una precisa disposizione normativa, nel senso di rendere vincolante (e non sindacabile se non dinanzi al giudice comunitario) per l'autorità giudiziaria nazionale una decisione della Commissione in materia di concorrenza (92): così da attribuire alle decisioni della Commissione un contenuto *semi-judicial* (93).

Quindi, in definitiva, quello risolto dalla Corte di giustizia nel caso *Lucchini* appare sin dall'inizio, più semplicemente, come un problema di riparto di competenze tra la Comunità e gli Stati membri (94), piuttosto che coinvolgere la rivisitazione di fondamentali principi dell'ordinamento comunitario (95).

Ma così non è stato, dai più, inteso, ritenendosi, di contro, che la sentenza della Corte di giustizia conducesse addirittura a un « risultato scabroso » (96).

Sicché, la portata epocale della sentenza *Lucchini* è più la conseguenza del significato che le si è da molti voluto attribuire (97),

---

(91) Corte di giustizia, sentenza 14/12/2000, causa C-344/98, *Masterfoods*, ove si legge che « i giudici nazionali, quando si pronunciano su accordi o pratiche che sono già oggetto di decisione da parte della Commissione, non possono adottare decisioni in contrasto con quella della Commissione, anche se quest'ultima è in contrasto con la decisione pronunciata da un giudice nazionale di primo grado ».

(92) Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato.

(93) C. CONSOLO, *op. cit.*, p. 235.

(94) B. ZUFFI, *Il caso Lucchini infrange l'autorità del giudicato nazionale nel campo degli aiuti statali*, in *Giur. it.*, 2008, p. 384, afferma che « qui il giudicato vulnerante può essere accantonato nella sua stessa efficacia negativo-preclusiva, non tanto perché è stato leso il diritto alla libera concorrenza, quanto perché altrimenti la Commissione verrebbe esautorata di una sua competenza esclusiva ».

(95) Non è condivisibile l'assunto di G. VITALE, *Il recupero degli aiuti di Stato illegittimamente erogati tra autorità del giudicato ed incompatibilità con il mercato comune in una recente sentenza della Corte di giustizia*, in *Dir. Unione eur.*, 2008, p. 596, secondo la quale il risultato cui è giunta la Corte di giustizia si sarebbe potuto meglio giustificare con l'affermazione *tout court* della prevalenza del principio della libera concorrenza su quello della certezza del diritto.

(96) C. CONSOLO, *op. cit.*, p. 227.

(97) In effetti, sarebbe sì in contrasto con i principi (primi tra tutti quelli comunitari) la

piuttosto che dell'effettivo *dictum* (per vero, sbrigativo) della Corte di giustizia: è, invero, assolutamente estraneo al ragionamento del giudice comunitario l'affermazione della caducità del giudicato in contrasto con la norma UE.

Nella vicenda non era in discussione il principio di effettività della norma UE e il suo effetto utile dell'effetto diretto, a conformare l'autonomia processuale degli Stati membri (98); in realtà, la sentenza *Lucchini* ha, più banalmente, fatto applicazione, per così dire, alla rovescia della ben nota teoria degli atti *ultra vires*, normalmente impiegata a definire il confine segnato delle competenze di attribuzione e la sorte degli atti comunitari invasivi delle competenze esclusive degli Stati membri (ma, certo, per simmetria, pure invocabile alla rovescia, a tutelare le prerogative comunitarie rispetto a invasioni di campo nazionali) (99).

Invero, la prevalenza del *dictum* della sentenza del giudice nazionale passata in giudicato sulla definitiva (e non impugnata) decisione della Commissione avrebbe, agli effetti pratici, devoluto la competenza sulla valutazione dell'aiuto nazionale con il mercato comune allo Stato membro, in contrasto con i trattati che, invece, assegnano inequivocabilmente quella competenza all'Unione europea, sia pure nel regime di un procedimento di amministrazione intrecciata (100).

Si manifesta, dunque, evidente come l'inefficacia della sentenza (e la sua inidoneità a costituire un giudicato invalicabile) consegua, in questo caso, alla plastica violazione del principio delle competenze di attribuzione, volendosi il giudice nazionale spingersi sino a oltre il confine che segna il limite della sua potestà di *ius dicere*.

---

sentenza *Lucchini* se davvero con essa la Corte di giustizia avesse voluto affermare che « *La Corte di giustizia dell'Unione europea ha, infatti, affermato a più riprese che il giudicato nazionale è destinato a soccombere ove esso risulti in violazione del diritto dell'Unione europea, in virtù del principio del primato* », come sostenuto da I. ANRÒ, in *Il caso Pititto, un recente esempio del "dialogo tra corti" per la tutela dei diritti fondamentali*, in *Dir. pen. e processo*, 2010, p. 1363.

(98) Non è, invero, condivisibile l'affermazione di N. PICARDI, *op. cit.*, p. 561, secondo cui « *La decisione della Commissione in tema di aiuti di Stato e, a maggior ragione, la sentenza della corte europea hanno efficacia diretta e prevalente sulle norme interne* », giacché non è quello il tema emergente nella sentenza *Lucchini*, e, in realtà, risolto non sulla base del principio del primato, bensì su quello di competenza.

(99) V. CERULLI IRELLI, *Violazioni del diritto europeo e rimedi nazionali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2014, p. 657 ss. afferma che « *la disapplicazione della norma sul giudicato è stata affermata [...] in materie riservate alla competenza dell'autorità comunitaria [...] E ciò renderebbe la sentenza nazionale priva di efficacia appunto perché pronunciata su materia estranea alla propria competenza (una sorta di straripamento del potere giurisdizionale)* ».

(100) G. VITALE, *op. cit.*, p. 612.

### 9. Il ritorno alla tradizione.

Con la sentenza *Fallimento Olimpiclub* (101) (102), la Corte di giustizia ha ribadito il principio espresso nella sentenza *Kapferer*, secondo cui « il diritto comunitario non impone a un giudice nazionale di disapplicare le norme processuali interne che attribuiscono autorità di cosa giudicata ad una decisione, anche quando ciò permetterebbe di porre rimedio ad una violazione del diritto comunitario da parte di tale decisione », e ha precisato che la sentenza *Lucchini* non contraddiceva quel principio, perché « tale sentenza riguardava una situazione del tutto particolare in cui erano in questione principi che disciplinano la ripartizione delle competenze tra gli Stati membri e la Comunità in materia di aiuti di Stato », concludendo nondimeno con la statuizione del principio che « il diritto comunitario osta all'applicazione [...] di una disposizione del diritto nazionale, come l'art. 2909 del codice civile, in una causa vertente sull'IVA concernente un'annualità fiscale per la quale non si è ancora avuta una decisione giurisdizionale definitiva, in quanto essa impedirebbe al giudice nazionale investito di tale causa di prendere in considerazione le norme comunitarie in materia di pratiche abusive legate a detta imposta ».

Anche in questo caso, tuttavia, la Corte di giustizia non ha ingiunto la disapplicazione dell'art. 2909 c.c., ma piuttosto ha richiamato il giudice nazionale all'obbligo d'interpretazione conforme, imponendogli di « scegliere — nell'ottica di una corretta interpretazione del concetto di autonomia procedurale — quell'opzione interpretativa che meglio gli consenta di sanzionare il rispetto del diritto comunitario garantendo l'osservanza dei due criteri *Rewe* dell'equi-

(101) Corte di giustizia, sentenza 3/9/2009, causa C-2/08, *Fallimento Olimpiclub*.

(102) A. KORNEZOV, *op. loc. cit.*, a commento della sentenza, sostiene che « It can thus be deduced from the judgment in *Fallimento Olimpiclub*, first, that the Court will not recognize the authority of *res judicata* if there is no identity of the subject-matter — the main proceedings were about the annulment of a fiscal act which was different from those that had led to the earlier judgments. *Fallimento Olimpiclub* thus clearly confirms *Köbler*. Second, as in *Lucchini*, the Italian rules on *res judicata* were held to be too inclusive. These rules seemed to extend the scope of *res judicata* beyond the operative part of the judgment, thus covering, in particular, the so-called decisive reasons thereof. Indeed, the Italian courts' findings about the lawful character of the contract were part of the decisive reasons of an earlier judgment, not of its operative part. By suggesting that the question of the lawful or fraudulent character of the contract was not precluded, the Court might have indicated that the reasons supporting a national judgment fall outside the objective limits of *res judicata* for the purposes of applying EU law. To put it differently, it seems that the Court implicitly privileged a narrow conception of *res judicata* covering only the operative part of a judgment. Thus, despite the Court's different language in *Fallimento Olimpiclub*, the end result that it reached was perfectly in line with both *Köbler* and *Lucchini* ».

valenza e, soprattutto, dell'effettività del diritto comunitario sostanziale » (103).

Perciò, per adeguarsi alla statuizione della Corte di giustizia sarebbe stato sufficiente recuperare la vecchia giurisprudenza nazionale sulla c.d. frammentazione dei giudicati in materia fiscale (104).

Senonché, si è sostenuto, proprio con riguardo alla sentenza *Fallimento Olimpiclub*, che, accettando simili argomentazioni, « si consegna alla Corte di giustizia il potere di stabilire quando una fattispecie sia così particolare da giustificare la disapplicazione del principio della *res judicata* a favore di interessi di ordine superiore » (105). E, più in generale, in assonanza con questa conclusione, si è affermato che « la tenuta del giudicato amministrativo [...] dipende in concreto dalla valutazione di essenzialità o meno dei valori di diritto dell'Unione che la Corte di giustizia insindacabilmente compia » (106).

In tal modo assegnando il *case law* della Corte di giustizia all'arbitrio dell'interprete.

Ciò che, per quanto si è dinanzi scritto, non è assolutamente l'inevitabile (ma nemmeno la plausibile) conseguenza dell'effetto conformativo dell'effetto utile dell'effetto diretto sulla norma processuale nazionale.

Invero, non è condivisibile nemmeno la diversa chiave ermeneutica suggerita dall'Avvocato Generale Mazák, secondo cui « L'approccio adottato dalla Corte nella menzionata giurisprudenza in relazione all'obbligo di riesaminare e ritornare su decisioni finali contrastanti con il diritto comunitario è indubbiamente caratterizzato dal riferimento alle circostanze dei singoli casi. In definitiva, tuttavia, ciascuna delle menzionate sentenze rispecchia il bilanciamento che occorre trovare, nelle particolari circostanze di fatto e di diritto della controversia, tra la certezza del diritto, perseguita attribuendo carattere definitivo alle decisioni, e l'imperativo della legalità comunitaria [ciò] Tenendo conto di fattori quali lo specifico contesto procedurale in cui

---

(103) D. U. GALETTA, *Riflessioni sulla più recente giurisprudenza comunitaria in materia di giudicato nazionale (ovvero sull'autonomia procedurale come competenza procedurale funzionalizzata)*, in *Dir. Un. eur.*, 2009/4, p. 966.

(104) D. U. GALETTA, *op. cit.*, p. 964.

(105) S. CIVITARESE MATTEUCCI - G. GIARDINI, *op. cit.*, p. 21.

(106) P. GENILI, *Certezza giuridica dei rapporti amministrativi e giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in F. FRANCIOSI e M. A. SANDULLI (a cura di), *Principio di ragionevolezza delle decisioni giurisdizionali e diritto alla certezza giuridica*, Napoli, 2018, p. 180.

*opera il giudice o l'organo amministrativo, se ed entro quali limiti i giudici o le amministrazioni abbiano assolto i propri obblighi per quanto riguarda l'applicazione e l'attuazione del diritto comunitario e se le parti si siano avvalse dei mezzi disponibili per fare valere i loro diritti » (107).*

Ad aderire a questa teoria, si darebbe inevitabilmente ragione a chi, in questa prospettiva, ha criticato la giurisprudenza comunitaria, perché in questo modo il principio della certezza del diritto è, davvero, rappresentato come contrapposto e antagonista a quello dell'effettività della norma UE, a presidio del quale opererebbe il principio di leale cooperazione, declinato nell'obbligo d'interpretazione conforme (108).

In questa logica, si è persino affermato che « ogni meccanismo nazionale di certezza è visto [dalla Corte di giustizia] come ostacolo all'integrazione; il che, reciprocamente, fa dell'integrazione un fattore di incertezza [dove] Il prezzo dell'integrazione è, inevitabilmente, la certezza giuridica » (109).

Si tratta, tuttavia, di una prospettiva errata, non avendo, in realtà, mai inteso la Corte di giustizia assegnare al sintagma *res iudicata* il valore indefinito di un concetto giuridico indeterminato, suscettibile d'integrazione valutativa da parte del giudice, all'esito di una sua personale, e per certi versi imprevedibile, valutazione del caso concreto.

Questo, in effetti, determinerebbe l'abiura stessa del concetto di (certezza del diritto, come garantita dal) giudicato, che, invece, campeggia preminente nella giurisprudenza della Corte di giustizia, quale indispensabile contrappeso all'effettività della norma, quando operante a detrimento della certezza del diritto.

A sostegno di ciò, basti la considerazione di quanto statuito, in quello stesso lasso di tempo, dalla Corte di giustizia nel caso *Asturcom* (110), ove appunto si legge: « è necessario anzitutto rammentare l'importanza che il principio dell'autorità di cosa giudicata riveste sia nell'ordinamento giuridico comunitario sia negli ordinamenti giuridici nazionali. La Corte, infatti, ha già avuto occasione di precisare che, al fine di garantire sia la stabilità del diritto e dei rapporti giuridici sia una

(107) Conclusioni dell'Avvocato Generale Ján Mazák nella causa C-2/08.

(108) G. GRECO, *A proposito dell'autonomia procedurale degli Stati membri*, in questa *Rivista*, 2014, pp. 1 ss..

(109) P. GENTILI, *op. cit.*, p. 182.

(110) Corte di giustizia, sentenza 6/10/2009, causa C-40/08.

*buona amministrazione della giustizia, è importante che le decisioni giurisdizionali divenute definitive dopo l'esaurimento delle vie di ricorso disponibili o dopo la scadenza dei termini previsti per questi ricorsi non possano più essere rimesse in discussione [...] Di conseguenza, secondo la giurisprudenza della Corte, il diritto comunitario non impone ad un giudice nazionale di disapplicare le norme processuali interne che attribuiscono autorità di cosa giudicata ad una decisione, anche quando ciò permetterebbe di porre rimedio ad una violazione di una disposizione, di qualsiasi natura essa sia, del diritto comunitario da parte di tale decisione ».*

#### 10. Il definitivo chiarimento.

Nuovamente sollecitata dal nostro giudice nazionale a risolvere un dubbio interpretativo in un ambito che probabilmente riteneva di avere già sufficientemente chiarito, la Corte di giustizia, con la sentenza *Pizzarotti* (111) (112), è intervenuta ancora sul delicato rapporto tra il principio di autonomia procedurale degli Stati membri e l'effetto utile dell'effetto diretto del diritto europeo.

Si trattava, nel concreto, di una controversia che impingeva sulla violazione della direttiva 93/37/CEE, al proposito della definizione di ciò che costituisce appalto pubblico di lavori, in tal modo contribuendo a individuarne il perimetro di applicazione.

La peculiarità del caso controverso stava nel fatto che l'autore della trasgressione della normativa europea era il *commissario ad acta* nominato nell'ambito di un giudizio di ottemperanza a una sentenza del giudice amministrativo passata in giudicato (113), che

(111) Corte di giustizia, sentenza 10/7/2014, causa C-213/13.

(112) C. RAUCHEGGER, *National constitutional rights and the primacy of EU law: M.A.S.*, in *CMLR*, afferma che il caso *Pizzarotti* « [is] a judgment in which it had allowed a breach of EU law to persist in order to safeguard the principle of res judicata, which was protected both in the EU and the national legal orders, according to the Court. In this case and in a number of others, the Court held that EU law did not require a national court to disapply domestic rules of procedure conferring finality on a judgment, even if this meant allowing a breach of EU law to persist ».

(113) F. FRANCARIO, *Il giudizio di ottemperanza. Origini e prospettive*, in B. CAPPONI - A. STORTO, *Esecuzione civile e ottemperanza amministrativa nei confronti della P.A.*, Napoli, 2018, p. 85, sostiene che « la possibilità di considerare il giudizio di ottemperanza un processo esecutivo sia sicuramente da escludere, alle origini, allorquando l'istituto viene pensato ed applicato unicamente per assicurare l'osservanza da parte della Pubblica Amministrazione unicamente delle sentenze del giudice ordinario; e come sia improprio qualificare il giudizio di ottemperanza come un giudizio di esecuzione anche quando l'istituto viene applicato alle sentenze del giudice amministrativo [...] considerato nelle sue caratteristiche essenziali, il giudizio di ottemperanza si rivela per quello che è anche con riferimento alle pronunce del giudice

aveva malamente applicato il diritto degli appalti pubblici. Nello specifico, l'elemento più caratteristico della controversia era, dunque, che l'ausiliario del giudice si era fatto, in tale ambito, fedele interprete del *dictum* giudiziale, ma proprio perciò aveva violato la norma comunitaria. Sicché, il contrasto si realizzava, appunto, tra la sentenza passata in giudicato e il diritto europeo degli appalti pubblici.

Ebbene, sull'abbrivio di questi specifici impulsi caratteristici del giudizio di ottemperanza (inteso quale giudizio a formazione progressiva), la Corte di giustizia, nella sentenza *Pizzarotti*, ha reso concreto l'astratto principio d'interpretazione conforme attraverso la statuizione che « [se] il giudice del rinvio [...] può, a determinate condizioni, completare il disposto originario di una delle sue sentenze con decisioni di attuazione successive, dando luogo a quel che chiama "giudicato a formazione progressiva" [...] il medesimo giudice è tenuto, alla luce del principio di equivalenza, ad applicare detta modalità privilegiando, fra le "molteplici e diverse soluzioni attuative" di cui tale decisione può essere oggetto secondo le sue proprie indicazioni, quella che, conformemente al principio di effettività, garantisce l'osservanza della normativa dell'Unione in materia di appalti pubblici di lavori » (114).

Ancorché risolve una controversia affatto peculiare, la sentenza — come meglio si dirà in seguito — è nondimeno chiamata essenzialmente a svolgere una funzione didascalica, che travalica gli stretti ambiti di una così caratteristica vicenda.

Si legge, invero, nella sentenza *Pizzarotti* che « il giudice del rinvio domanda, in sostanza, se possa ritenere inefficace il giudicato eventualmente formato da una sua decisione che abbia condotto a una situazione contrastante con la normativa dell'Unione in materia di appalti di pubblici lavori »; e la Corte di giustizia, nel solco della collaudata giurisprudenza *Rewe*, ribadisce anzitutto che, « in assenza di una normativa dell'Unione in materia, le modalità di attuazione del principio dell'intangibilità del giudicato rientrano nell'ordinamento giuridico interno degli Stati membri, ai sensi del principio dell'autonomia procedurale di questi ultimi, nel rispetto tuttavia dei principi di equivalenza e di effettività ».

---

*amministrativo; un giudizio di cognizione, piuttosto che di esecuzione, con una cognizione estesa ai profili discrezionali eventualmente ancora consentiti alla decisione amministrativa successivamente al giudicato e con i conseguenti poteri decisori anche nel merito ».*

(114) Corte di giustizia, sentenza 10/7/2014, causa C-213/13, *Pizzarotti*.

Senonché, il principio dell'intangibilità del giudicato è a buona ragione annoverato tra i principi fondamentali dell'ordinamento dell'Unione europea, indispensabile com'è ad assicurare la certezza del diritto, e quindi non meraviglia la conclusione cui è infine giunta la Corte di giustizia nel caso *Pizzarotti*, con l'affermazione che « *il diritto dell'Unione non impone a un giudice nazionale di disapplicare le norme procedurali interne che attribuiscono forza di giudicato a una pronuncia giurisdizionale, neanche quando ciò permetterebbe di porre rimedio a una situazione nazionale contrastante con detto diritto* ».

L'insegnamento della Corte di giustizia è assolutamente chiaro: essa non individua però (non rientra nella sua funzione di *ius dicere*) come debba essere risolto il contrasto tra il giudicato e l'effetto utile dell'effetto diretto delle norme europee; perché tale soluzione deve essere, appunto, ricercata all'interno della disciplina processuale di ogni Stato membro.

Il problema è, dunque, riemerso sempre sul fronte del recupero degli aiuti di Stato erogati in violazione delle norme del Trattato, nella controversia *Klausner Holz Niedersachsen* (115), ove appunto la Corte di giustizia ha statuito che « *una norma nazionale la quale impedisca al giudice nazionale di trarre tutte le conseguenze della violazione dell'articolo 108, paragrafo 3, terza frase, TFUE, a causa di una decisione giurisdizionale nazionale, passata in giudicato, emessa con riferimento a una controversia che non ha lo stesso oggetto e che non ha riguardato il carattere di aiuto di Stato dei contratti di cui trattasi, deve essere considerata incompatibile con il principio di effettività [perché] un ostacolo di tale portata all'applicazione effettiva del diritto dell'Unione e, in particolare, delle norme in materia di controllo degli aiuti di Stato non può essere ragionevolmente giustificato dal principio della certezza del diritto [altrimenti] ne deriverebbe che sia le autorità statali sia i beneficiari di un aiuto di Stato potrebbero aggirare il divieto di cui all'articolo 108, paragrafo 3, terza frase, TFUE, ottenendo, senza invocare il diritto dell'Unione in materia di aiuti di Stato, una sentenza dichiarativa il cui effetto consentirebbe loro, in definitiva, di continuare ad attuare l'aiuto in questione per diversi anni* ».

Anche in questo caso era, infatti, accaduto che nessuna delle parti in causa aveva sollevato, neppure in via incidentale, la que-

---

(115) Corte di giustizia, sentenza 11/11/2015, causa C-505/14.

stione del carattere di aiuto di Stato, ai sensi dell'art. 107, paragrafo 1, TUE, delle prestazioni dedotte nei contratti controversi, e conseguentemente il giudice nazionale non aveva esaminato quella questione quando si era pronunciato, con sentenza passata in giudicato, sulla controversia, donde l'effetto preclusivo discendeva, pure qui, dall'estensione del giudicato oltre che al dedotto anche al deducibile.

La Corte di giustizia, a evitare il contrasto con i principi (anche di diritto comunitario) della certezza del diritto e della buona amministrazione della giustizia, ha però suggerito al giudice nazionale di valutare, prima di disapplicare la norma nazionale sul giudicato, se non fosse possibile affermare in via interpretativa che « una sentenza è rivestita dell'autorità di cosa giudicata sostanziale soltanto nel caso in cui vi sia stata una pronuncia sulla pretesa azionata nella domanda giudiziale o in una domanda riconvenzionale [...] e non osta pertanto a una pronuncia giudiziale, nell'ambito di un'ulteriore controversia, sulle questioni di diritto su cui tale decisione definitiva non si è pronunciata ».

Ciò in coerenza con la particolare disciplina processuale tedesca, che, appunto, prevede espressamente che « Le sentenze possono beneficiare dell'autorità di cosa giudicata soltanto nei limiti in cui vi sia stata una pronuncia sulla pretesa azionata con la domanda giudiziale o con una domanda riconvenzionale » (116).

Non si può, quindi, convenire con chi ha ritenuto di trarre dalla sentenza *Klausner Holz Niedersachsen* (117) l'affermazione che « il principio di effettività delle norme europee prevale sulla certezza dei giudicati interni, che normalmente "coprono il dedotto e il deducibile" » (118).

In realtà, anche in questa vicenda, la Corte di giustizia ha, semplicemente, richiamato l'autorità giudiziaria nazionale all'obbligo di interpretazione conforme.

Nondimeno, anche in questo caso, se non fosse stato possibile risolvere l'apparente contrasto tra la norma nazionale e l'effetto utile dell'effetto diretto delle norme UE in materia di aiuti di Stato con l'interpretazione conforme della norma processuale tedesca, l'antinomia sarebbe dovuta essere risolta, attraverso l'applicazione della teoria degli atti *ultra vires*, a protezione qui delle competenze esclu-

(116) § 322 (*Materielle Rechtskraft*) Abs. 1 der *Zivilprozessordnung*.

(117) Corte di giustizia, sentenza 11/11/2015, causa C-505/14.

(118) P. GENTILI, *op. cit.*, p. 178.

sive delle istituzioni comunitarie, negando che la sentenza del giudice nazionale potesse assumere giuridica rilevanza nell'ordinamento giuridico comunitario, in tal modo, rispetto a esso, configurandosi come *inutiliter data*, come, appunto, di seguito si dirà.

Ciò senza condurre alla negazione del principio del giudicato, che costituisce per vero — anche nell'ordinamento comunitario — naturale (e includibile) affermazione del principio della certezza del diritto.

#### 11. *L'interpretazione conforme: la sentenza inutiliter data.*

All'esito del descritto percorso giurisprudenziale, la Corte di giustizia, con la sentenza *Pizzarotti*, ha ribadito il principio dell'intangibilità del giudicato.

E la sentenza *Lucchini*, allora?

Quell'apparente (119) eresia (120) si svela in tutta la sua inoffensività nella sentenza *Pizzarotti*.

La Corte di giustizia nella sentenza *Pizzarotti* si è, invero, fatta altresì carico di spiegare quell'apparente contraddizione, affermando che quanto ora da essa statuito non contraddice quel suo precedente, perché « è stato in una situazione del tutto particolare [...] che la Corte ha statuito, in sostanza, che il diritto dell'Unione osta all'applicazione di una disposizione nazionale, come l'art. 2909 del codice civile italiano, che mira a consacrare il principio dell'intangibilità del giudicato, nei limiti in cui la sua applicazione impedirebbe il recupero di un aiuto di Stato concesso in violazione del diritto dell'Unione e dichiarato incompatibile con il mercato comune da una decisione della Commissione europea divenuta definitiva. La presente causa, invece, non solleva simili questioni di ripartizione delle competenze ».

(119) A. BIONDI, *op. loc. cit.*, aveva ammonito: « *If one goes straight to read the final paragraph of the ECJ's decision, the first reaction would be to think that Lucchini is one of the most devastating judgements for the delicate, and sometimes precarious, relationship between the application of the principle of effective application of EU law and national law. This is particularly so in respect of the preservation of certain basic principles, such as legal certainty. To do this, however, would be a mistake. Never jump to conclusions.* ».

(120) C. E. GALLO, *La giustizia amministrativa fra modello costituzionale e principi comunitari (relazione al convegno su Il diritto amministrativo nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Bologna, 27-28 settembre 2007)*, in *AIPDA, Annuario, 2007*, Milano, 2008, p. 232, aveva richiamato l'attenzione alla sentenza « *in quanto interviene su una norma del nostro ordinamento processuale che è sicuramente una norma fondamentale e che, in quanto tale, è riconducibile direttamente al quadro costituzionale disegnato dagli artt. 24, 103, 111, 113 della Costituzione. Il giudicato in senso sostanziale è infatti l'obiettivo della tutela in sede giurisdizionale e se il giudicato non vi fosse, la tutela giurisdizionale sarebbe sostanzialmente inutile.* ».

Questa conclusione era del resto già stata anticipata da parte della dottrina (121), che aveva, infatti, evidenziato come la pronuncia in questione si inquadrasse nel contesto specifico della giurisprudenza comunitaria in tema di recupero di aiuti illegittimi, e soprattutto aveva sottolineato come la ragione giustificatrice di una sentenza (solo) apparentemente eversiva fosse in realtà da individuare nella peculiarità della controversia, che era appunto caratterizzata dalla contraddizione fra la sentenza del giudice nazionale e la decisione incontrovertibile della Commissione: che cioè, per dirla con le parole della Corte di giustizia, si trattasse primariamente di una questione di « *ripartizione delle competenze* » (122).

Si è con ciò chiarito l'equivoco, ma il problema permane, ed è bene rivelato dalla concorrente statuizione della Corte di giustizia, sempre nel caso *Pizzarotti*, ove essa appunto precisa che, fermo l'effetto preclusivo del giudicato, « *se le norme procedurali interne applicabili glielo consentono, un organo giurisdizionale nazionale, come il giudice del rinvio, che abbia statuito in ultima istanza senza che prima fosse adita in via pregiudiziale la Corte ai sensi dell'articolo 267 TFUE, deve o completare la cosa giudicata costituita dalla decisione che ha condotto a una situazione contrastante con la normativa dell'Unione in materia di appalti pubblici di lavori o ritornare su tale decisione, per tener conto dell'interpretazione di tale normativa offerta successivamente dalla Corte* ».

Sicché si tratta — come sempre nell'ambito dell'autonomia procedurale degli Stati membri — di un problema d'interpretazione conforme. Con la peculiarità, però, che, con riferimento all'efficacia del giudicato, non v'è semplicemente da massimizzare l'efficacia della norma europea di diritto sostanziale secondo la logica dell'ef-

(121) D.U. GALETTA, *L'autonomia procedurale*, cit., p. 74.

(122) G. VITALE, *Diritto processuale nazionale e diritto dell'Unione europea*, Catania, 2010, p. 160, afferma che nel caso *Lucchini*, « *la Corte, dunque, avrebbe dovuto motivare la sua pronuncia precisando che, in applicazione dell'autonomia procedurale, che regola la coesistenza tra diritto interno e diritto dell'Unione, il giudice nazionale debba pronunciarsi in termini tali da evitare qualsiasi violazione della normativa processuale europea attribuita alla Commissione di una competenza esclusiva in materia di controllo sugli aiuti di Stato* ». Lo stesso Autore, *Il recupero degli aiuti di stato illegittimamente erogati tra autorità del giudicato ed incompatibilità con il mercato comune in una recente sentenza della Corte di giustizia*, in *Dir. Un. eur.*, 2008, p. 597, scrive che « *la prevalenza della libertà di concorrenza sull'autorità del giudicato o, più in generale, sulla certezza del diritto, non riveste carattere assoluto, ma deriva in qualche modo dalla competenza esclusiva della Commissione in materia di valutazione della compatibilità degli aiuti con il mercato comune* ». Del pari, E. M. BARBIERI, *Considerazioni sull'autorità del giudicato nazionale nel diritto comunitario dopo il caso Interedil*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, p. 357, sostiene che « *Il presupposto per il superamento del giudicato è pertanto costituito dal vulnus inferito alla natura esclusiva della competenza comunitaria in materia di aiuti* ».

fetto utile dell'effetto diretto, ma vi è altresì da considerare che un simile esito ermeneutico — ancorché giustificato dall'esigenza di ripristinare la legalità comunitaria violata (123) e ammesso che sia consentito dalla dilatazione interpretativa della norma processuale nazionale —, qualora conducesse alla negazione dell'efficacia conformativa di una sentenza definitiva, sarebbe nondimeno confligente con uno dei principi fondamentali dell'ordinamento europeo: quello, appunto, della certezza del diritto (124) (125) e della problematica in essa coinvolta della tutela del legittimo affidamento (126).

Ciò perché il principio della cosa giudicata esprime immancabilmente il necessario contemperamento tra due principi generali dell'ordinamento italiano ed europeo, che sono sempre suscettibili di entrare in contrasto tra loro: il principio di legalità e quello di certezza del diritto (127).

Ebbene, nella causa *Lucchini* non si trattava di « una controversia tra un'autorità amministrativa nazionale ed un attore privato, che può essere risolta nel semplice contesto dell'ordinamento giuridico nazionale, ma di una controversia che, in prima istanza, deve essere risolta a livello di diritto comunitario » (128), perché il fatto controverso coinvolgeva direttamente le competenze comunitarie della Corte di giustizia e della Commissione (129).

(123) F. SICILIANO, *La legalità amministrativa (comunitaria e interna) e certezza del diritto: riflessi sui rapporti amministrativi ed istituzionali*, cit., p. 29, evidenzia opportunamente che accade talvolta che « l'accertamento dei fatti in sedi istituzionali, quali il procedimento amministrativo o il processo, non corrisponda alla realtà "reale" e produca un provvedimento o una sentenza ingiusti, in quanto correlati ad una dissonante o, comunque, fittizia realtà cartacea. Di fronte a queste evenienze tutt'altro che rare, certezza e giustizia, sembrano prendere due strade non solo diverse, ma addirittura rivolte in antitetica direzione ».

(124) Corte di giustizia, sentenza 14/9/2006, causa C-181/04, *Elmeka*, ove si legge: « secondo costante giurisprudenza della Corte, i principi della tutela del legittimo affidamento e della certezza del diritto fanno parte dell'ordinamento giuridico comunitario; pertanto devono essere rispettati dalle istituzioni comunitarie ma anche dagli Stati membri ».

(125) A. CARDONE, *Diritti fondamentali (tutela multilivello)*, in *Enc. dir., Annali*, Milano, 2011, IV, p. 349 sostiene che « In questo caso, infatti, vengono a confliggere, da un lato, la certezza del diritto assicurata dalla stabilità della sentenza non più impugnabile, dall'altro, la supremazia del diritto dell'Unione europea, interessata alla rimozione degli effetti della sentenza contrastante con le norme dell'ordinamento UE ».

(126) F. SICILIANO, *op. cit.*, a p. 46, afferma al proposito che « i due ineliminabili pilastri di certezza che reggono il sistema di legalità amministrativa, in essa rinvenendo contestuale fondamento, sono il termine decadenziale di impugnativa e il giudicato amministrativo » e sostiene poi, a pag. 102, che « tra tutti i principi generali [quello] della certezza del diritto [...] rappresenta una sorta di supervalore, parallelo alla legalità e consustanziale al diritto ».

(127) G. NAPOLETANO, *Principio della cosa giudicata e primato del diritto comunitario*, in *Foro Pad.*, 2009, p. 256.

(128) Così le conclusioni dell'Avvocato Generale Geelhoed nella causa *Lucchini*.

(129) G. VITALE, *op. cit.*, p. 609.

Con felice sintesi si è affermato che nel caso *Lucchini* « *il disapplicando giudicato nazionale in materia di aiuti di Stato è stato in sostanza valutato dalla Corte di giustizia come provvedimento emesso in carenza assoluta di potere, o, se si preferisce, come atto affetto da difetto assoluto di giurisdizione, o, ancora, come res inter alios acta in quanto intervenuto tra soggetti non dotati del potere di interferire su interessi subordinati anche alla superiore cura di altro soggetto (la Comunità) rimasto estraneo al procedimento giudiziario* » (130).

Invero, « *il giudicato si caratterizzerebbe qui per avere deciso, in un processo fatalmente solo fra due parti (ché la Commissione non vi fu parte né crede di doverlo essere), una lite che tocca invece da vicino proprio l'interesse preminente di un terzo, ossia della Commissione stessa come custode di una non alterata concorrenza nella UE* » (131).

In breve, ciò che caratterizza la controversia *Lucchini* è l'interferenza su di un rapporto giuridico (che trova la sua fonte nel provvedimento di concessione dell'aiuto di Stato) coinvolgente situazioni giuridiche soggettive che in parte pertengono anche a un soggetto (la Commissione) differente da quelli (la pubblica amministrazione nazionale e il privato percettore di quell'aiuto) ritualmente coinvolti nel giudizio.

Si tratta, cioè, del classico problema di un giudicato incidente su rapporti giuridici inevitabilmente plurilaterali, che, nell'ambito del diritto interno e delle relazioni intersoggettive nazionali, impinge sulle regole del litisconsorzio necessario.

In simili casi, l'ordinamento interno è peraltro già attrezzato per reagire a patologie processuali di gravità tale da compromettere l'efficacia del giudicato, in modo tale da contraddire la regola secondo la quale il passaggio in giudicato della sentenza la rende incontrovertibilmente efficace tra le parti.

Donde, la risposta a situazioni limite quali quelle coinvolte nel giudizio *Lucchini* (132) bene si sarebbe potuta rinvenire nell'ordinamento interno, attivando l'obbligo d'interpretazione conforme, senza necessità alcuna di disapplicare il disposto dell'art. 2909 c.c..

---

(130) E. M. BARBIERI, *op. cit.*, pag. 357.

(131) C. CONSOLO, *op. cit.*, p. 231.

(132) C. CONSOLO, *op. ult. cit.*, pag. 226, ha affermato al proposito che il risultato ermeneutico cui è giunta la Corte di giustizia all'esito di una rapida marcia di avvicinamento è « *dal punto di vista del diritto processuale interno (italiano e non solo italiano) scabroso* ».

Costituisce, invero, teorica ampiamente discussa in dottrina (133) e talvolta (si tratta, appunto, di casi limite) emergente anche nella prassi dei tribunali (134) quella della c.d. sentenza *inutiliter data*. Cioè di quella sentenza che (ancorché passata in giudicato) sia priva di effetti nei confronti non solo di chi è stato ingiustamente pretermesso da un giudizio che pure sarebbe destinato a incidere sul rapporto sostanziale che lo coinvolge, ma anche tra le stesse parti nei confronti delle quali la sentenza è stata pronunciata.

In simili casi, il vizio impingerebbe sulla carenza degli elementi strutturali dell'atto processuale funzionali al suo venire in essere; donde si tratterebbe non già di una sentenza nulla (suscettibile di passare in giudicato) bensì di una sentenza inesistente, agli effetti del paradigma descritto dall'art. 161, comma 2, c.p.c., nel quale si ritiene tipizzata dal legislatore la figura dell'inesistenza dell'atto processuale.

Si tratta di vicende processuali (si pensi a un contenzioso tra proprietari confinanti che abbia a coinvolgere alcuni soltanto dei comproprietari del fabbricato di cui si chiede la demolizione perché edificato in spregio alle norme sulle distanze legali nelle costruzioni di cui all'art. 873 c.c.) ove un litisconsorte necessario, perché parte di un rapporto sostanzialmente plurisoggettivo, è stato nondimeno pretermesso dal giudizio, ancorché egli sia destinato a subire gli effetti della sentenza che lo definirà.

Nella vicenda (di diritto interno) di un provvedimento giurisdizionale produttivo di effetti su di un rapporto plurisoggettivo, la sentenza non può essere efficace se non nei confronti di tutti (intui-

---

(133) Ciò secondo l'insegnamento di G. CHIOVENDA. *Sul litisconsorzio necessario*, in *Saggi di diritto processuale civile*, II, Roma, 1931, p. 436, il quale affermava che « l'impossibilità giuridica di pronunciare separatamente rispetto a più, si ha quando la sentenza resa rispetto a un solo fra i più non ha per sé alcun valore, inutiliter datur ». Si tratta, per vero, di conclusione controversa. L. ZANUTTIGH, *Litisconsorzio*, *Dig. civ.*, 2002, XI, p. 44, riassume così il dibattito dottrinario: « Partendo da un postulato apparentemente comune "l'unicità della situazione sostanziale non consente discipline soggettivamente differenziate", si giunge però a risultati diversi a seconda della chiave di lettura adottata per la formula chiovendiana della "sentenza inutiliter data", con la quale si trascrive l'impossibilità di pronunciare, sancita positivamente dall'art. 102 c.p.c. Taluno giunge ad affermare che la sentenza pronunciata malgrado l'assenza di taluni dei legittimati sia inefficace anche tra le parti del processo quindi egualmente inefficace nei confronti di tutti i soggetti del rapporto sostanziale, siano o meno stati presenti, o viceversa, che il provvedimento reso inter pauciores sia invalido, ma tuttavia efficace nei confronti di tutti i litisconsorti presenti o assenti, abilitati rispettivamente a rimuoverne l'efficacia con i mezzi di impugnazione ordinari o mediante opposizione di terzo ».

(134) Corte di cassazione, sez. II, sentenza 22/9/2004, n. 19004. Id., sez. III, sentenza 28/1/1994, n. 878; ma in questo senso la Suprema Corte già si era pronunciata con sentenze 3/3/1959, n. 610 e 23/3/1959, n. 891, in *Giur. it.*, 1961, I, col. 629 ss., con nota critica di V. DENTI, *Sentenza "inutiliter data" e litisconsorzio necessario*.

tivamente, una sentenza di condanna alla riduzione in pristino dell'originario stato dei luoghi illecitamente innovato dai comproprietari di un manufatto costruito in violazione delle norme sulle distanze non potrà essere portata a esecuzione se non in pregiudizio di tutti i comproprietari), essendo altrimenti *inutiliter data*.

Perciò, si pone una drastica alternativa tra una sentenza che produce effetti verso tutti (anche di chi non è stato volutamente coinvolto nel giudizio in tal modo impedendogli l'esercizio del proprio — costituzionalmente riconosciuto — diritto di difesa) e una sentenza inefficace anche tra le parti del giudizio (135). Ciò che inevitabilmente conduce ad affermare l'inefficacia della sentenza (e la giuridica irrilevanza del giudicato che su di essa si è formato) anche tra le parti del giudizio.

Si tratta, peraltro, di un principio elaborato anche da dottrina straniera, che ha bene evidenziato come l'inefficacia della sentenza pronunciata in violazione del litisconsorzio necessario emerge quale ragionevole soluzione del conflitto tra l'effettività e la giustizia del processo (136).

---

(135) A. CARATTA - C. MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, Torino, 2013, I, p. 231, ove si legge: « se la natura del rapporto sostanziale — quale affermato nella domanda — è tale che gli effetti prodotti dalla sentenza non possono non investire tutti i soggetti del rapporto e se, d'altra parte, la produzione di effetti verso i soggetti rimasti estranei al giudizio sarebbe in violazione delle regole sul contraddittorio, la conseguente ferrea alternativa tra effetti verso tutti o effetti verso nessuno conduce inevitabilmente a quest'ultima soluzione. Naturalmente, questa accezione della formula — di cui sono soliti servirsi i giudici — della sentenza *inutiliter data* non è priva di aspetti problematici, specie là dove postula che tale sentenza sia priva di effetti anche tra le parti; e ciò specialmente poiché questa inefficacia dovrebbe essere impedita dalla regola secondo la quale il passaggio in giudicato della sentenza la rende incontrovertibilmente efficace tra le parti ». F.P. LUSO, *Diritto processuale civile*, Milano, I, 2009, riassume le alternative soluzioni date al problema e afferma: « Vediamo ora l'efficacia della sentenza, passata formalmente in giudicato, emessa in assenza di uno o più litisconsorti necessari. Le soluzioni astrattamente possibili sono tre: la sentenza ha effetto nei confronti di tutti; la sentenza non ha effetti nei confronti di alcuno; la sentenza ha effetto soltanto tra le parti e non nei confronti dei litisconsorte pretermesso. L'ultima soluzione non è accettabile perché, se si è in presenza di un litisconsorzio necessario, non è possibile che la sentenza abbia effetti solo nei confronti di alcuni e non nei confronti di altri. Se così fosse, allora si negherebbe lo stesso fondamento del litisconsorzio necessario. Tra le altre due soluzioni vi è una fondamentale differenza: sulla base della prima, il litisconsorte pretermesso, in quanto terzo, a differenza delle parti, ha lo strumento dell'opposizione di terzo previsto dall'art. 404, comma 1, c.p.c. Con tale mezzo il terzo può ottenere l'annullamento della sentenza pronunciata in sua assenza. La seconda soluzione, invece, considera la sentenza come *inutiliter data*, inefficace. Secondo tale prospettazione, dunque, essendo la sentenza inefficace nei confronti di tutti, chiunque può riproporre la domanda e, di fronte all'eccezione di precedente giudicato, può replicare rilevando l'inefficacia della precedente sentenza. La sentenza, quindi, ha il regime processuale della sentenza c.d. inesistente (art. 161, comma 2, c.p.c.) ».

(136) Si veda, al proposito del processo spagnolo, A. DE LA OLIVA SANTOS, *Objeto del proceso civil e cosa giudicata*, Milano, 2009, p. 236, ove al proposito della sentenza *inutiliter data* si legge: « in presenza di vari eredi testamentari, la sentenza che deve decidere riguardo alla

Nella controversia *Lucchini*, « il ragionamento della Corte di giustizia ruota, infatti, intorno alla considerazione secondo cui, in difetto di impugnazione da parte dell'impresa privata, la decisione negativa della Commissione [...] è divenuta definitiva: cosicché ogni attività anche giudiziaria successiva non ha rilevanza giuridica, nel momento in cui approda ad esiti interpretativi antitetici » (137).

Quindi, il problema che la Corte di giustizia è stata nell'occasione chiamata a risolvere atteneva, più propriamente, al fatto che « in questi casi il giudicato nazionale anticomunitario è destinato a soccombere, in quanto reso in carenza di potere [perché] la sentenza passata in giudicato verte su una materia di competenza esclusiva della Comunità europea » (138). Sicché, « il giudice nazionale, nell'interpretazione del diritto interno, non può emettere sentenze che non tengano conto della fondamentale ripartizione di poteri tra la Comunità e gli Stati membri, sancita dai trattati » (139).

Nella particolare vicenda controversa del caso *Lucchini*, non vi era, dunque, possibilità di evitare di rimettere in discussione rapporti giuridici (che nella fisiologia del processo sarebbero dovuti essere) incontrovertibili (perché tale è non solo quello coagulatosi attorno al giudicato ma anche quello conformato da un provvedimento amministrativo non impugnato (140) (141)).

---

nullità dell'intero testamento non può essere giusta ed al contempo effettiva, se non si agisce nei confronti di tutti gli eredi. L'oggetto del processo è inscindibile e l'effettività della relativa sentenza sarebbe pressoché impensabile se il giudizio non coinvolgesse tutti gli eredi ».

(137) F. SICILIANO, *op. cit.*, p. 124.

(138) R. MICELI, *Indebito comunitario e sistema tributario interno. Contributo allo studio del rimborso d'imposta secondo il principio di effettività*, Milano, 2009, p. 202. Analogamente, V. NUCERA, *Sentenze pregiudiziali della Corte di giustizia e ordinamento tributario interno*, Milano, 2010, p. 203, afferma che « la sentenza o, più genericamente, l'atto nazionale che prenda posizione sulla legittimità dell'aiuto di Stato, così invadendo e menomando la sfera di potere esclusivo rimesso alla Commissione, deve intendersi emesso in carenza assoluta di attribuzione », e altresì del medesimo Autore, *La tenuta del giudicato nazionale al banco di prova del contratto con l'ordinamento comunitario*, in *Riv. dir. trib.*, 2008, IV, pp. 169 ss., ove si legge che « la Corte si è trovata davanti due soluzioni possibili: o preservare il giudicato nazionale a scapito della competenza esclusiva della Commissione in materia di aiuti di Stato, o, al contrario, salvaguardare quest'ultima compromettendo il primo », sicché nel caso *Lucchini* era in discussione « l'esigenza di tutelare e riaffermare le competenze esclusive della Commissione in materia di aiuti di Stato, negando ogni possibile forma di ingerenza o di usurpazione da parte di organi degli Stati membri ».

(139) Conclusioni dell'Avvocato generale eendert Adrie Geelhoed nella causa *Lucchini*.

(140) A. NEGRELLI, *Il primato del diritto comunitario e il giudicato nazionale: un confronto che si poteva evitare o risolvere altrimenti*, in questa *Rivista*, 2008, a p. 1231, individua la novità del problema controverso nel fatto che « Il parametro di riferimento è costituito da una decisione comunitaria di natura amministrativa (e non normativa), della quale è in discussione la prevalenza, che ha come contraltare una sentenza, ovvero un atto giurisdizionale nazionale, in esecuzione del quale è stato emanato un provvedimento amministrativo illegittimo ».

In effetti, nella giurisprudenza comunitaria, « *L'equiparazione del provvedimento comunitario "definitivo" alla cosa giudicata non è soltanto enfatica o meramente nominalistica. Essa è concepita in senso tecnico, come intangibilità della statuizione resa dal provvedimento e non soltanto dei suoi effetti* » (142).

Il contrasto che la Corte di giustizia è stata chiamata a risolvere nel caso *Lucchini* impingeva, dunque, su due contrastanti (*quod ad effectum*) giudicati.

La certezza del diritto, quindi, non è stata infranta dalla pronuncia della Corte di giustizia, quanto piuttosto dall'anomala gestione del processo nazionale da parte di chi ha malamente (e forse maliziosamente (143) (144)) esercitato le proprie prerogative processuali, in pregiudizio di un soggetto (la Commissione) che in quel giudizio non ha potuto far valere le proprie ragioni secondo le regole del contraddittorio (145).

Perciò, il problema non era, per vero, quello dell'autorità del giudicato, quanto piuttosto di stabilire (ma si tratta, appunto, di un problema di diritto nazionale) se un processo così malamente gestito potesse condurre alla formazione di un giudizio suscettibile di non essere più rimesso in discussione (146); se non si trattasse, invece, di

(141) G. MARI, *op cit.*, pp. 1028 ss., afferma al proposito che per salvaguardare il principio della certezza del diritto « *la sentenza passata in giudicato, così come l'atto amministrativo divenuto inoppugnabile non possono essere rimessi in discussione* », ma sostiene che nella sua più risalente giurisprudenza la Corte di giustizia « *enfatica le differenze esistenti tra inoppugnabilità e reg giudica* ».

(142) G. GRECO, *Il potere amministrativo nella (più recente) giurisprudenza del Giudice comunitario*, in questa *Rivista*, 2009, p. 819.

(143) G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, 2008, p. 209, ha parlato al proposito di « *violazione sicuramente consapevole del diritto comunitario* ».

(144) Il Governo olandese (come riferisce l'Avvocato generale Leendert Adrie Geelhoed nelle conclusioni nella causa *Lucchini*) aveva appunto denunciato che « *il giudice nazionale e le parti coinvolte nel procedimento nazionale sapevano o avrebbero dovuto sapere che l'aiuto era già stato dichiarato incompatibile con il mercato comune* ».

(145) L'Avvocato generale Leendert Adrie Geelhoed nelle conclusioni nella causa *Lucchini* aveva appunto evidenziato come nella precedente giurisprudenza della Corte di giustizia sull'autorità della cosa giudicata, « *sono le stesse parti ad avere una responsabilità al fine di far valere i diritti di cui dispongono liberamente (Kapferer), oppure i diritti ad esse conferiti dal diritto nazionale (Köbler, Kühne & Heitz) [sicché] qualora facciano scadere i termini o ritengano inopportuno proporre impugnazione, o non intentino alcun procedimento, devono sopportarne le conseguenze, nel senso che non potranno più far valere successivamente i loro diritti loro conferiti dal diritto comunitario* », e ha poi obiettato che « *Questa giurisprudenza, che privilegia il rispetto dell'autorità del giudicato tra le parti come principio giuridico, non sembra precludere qualsiasi deroga all'autorità del giudicato, ma siffatta deroga è ammessa solo in casi molto particolari, in cui il principio res judicata pro veritate habetur, che vale per le parti interessate, deve soccombere di fronte a un interesse legittimo più rilevante* ».

(146) G. CAMPEIS - A. DE PAULI, *Carte e corti europee. Diritti fondamentali e giustizia italiana*, Torino, 2014, p. 141, sostengono che « *una violazione dell'obbligo di remissione o un*

una sentenza *inutiliter data*, perché pronunciata in pregiudizio di un interesse caratterizzato dall'ordinamento europeo come situazione giuridica soggettiva di chi (la Commissione) non è stato ritualmente coinvolto nel contraddittorio (147) dinanzi al giudice competente (la Corte di giustizia).

Si tratta, però, di un problema d'interpretazione delle norme processuali nazionali: che già, peraltro, era stato positivamente risolto in analoghi casi dai nostri giudici con la negazione dell'autorità del giudicato a una sentenza definitiva, senza ovviamente con ciò disapplicare l'art. 2909 c.c.

Quindi, a ben vedere, la sentenza della Corte di giustizia nella causa *Lucchini* affronta il consueto (nell'ambito dell'autonomia processuale funzionalizzata) tema dell'obbligo d'interpretazione conforme, affidando al giudice nazionale di individuare un'interpretazione dell'art. 2909 c.c. che possa consentire il recupero di un aiuto di Stato erogato in contrasto con una decisione (inoppugnabile) della Commissione. E, in tal modo, la Corte di giustizia non ha certo travalicato i limiti esterni (delineati dai principi *Rewe* di effettività e di equivalenza) dell'autonomia processuale.

Solo l'erronea convinzione di un'inevitabile antinomia tra il disposto dell'art. 2909 c.c. e la revisione di una causa già risolta con sentenza definitiva (quantunque pronunciata da un giudice carente di potere all'esito di un processo che ha pretermesso un litisconsorte necessario) giustifica la diversa opinione del sovvertimento dei principi fondamentali del nostro ordinamento (148).

Chiarito l'equivoco, è ora evidente che un unico filo conduttore unisce perciò la giurisprudenza comunitaria in materia di giudicato: se, da un lato, l'autorità di cosa giudicata è un principio fondamen-

---

*(sempre astrattamente possibile) mancato conformarsi all'interpretazione pur fornita dalla Corte Europea di Giustizia nel caso di specie potrà essere fatta valere (sino a vanificare, se del caso, il giudicato) con autonomo giudizio in cui l'eccezione di ne bis in idem sarà sterilizzata, ovvero in sede di opposizione all'esecuzione [...] Né può escludersi a mo' di chiusura la possibilità, per il privato tuttavia soccombente in spregio al diritto eurounitario, di iterare in un nuovo processo le proprie pretese pur in precedenza respinte, così venendo a paralizzarsi l'eccezione del ne bis in idem. Ciò in quanto il secondo giudice domestico terrà in non cale il precedente giudicato, avendo accertato non solo la contrarietà del dictum al diritto comunitario e al suo effetto utile, ma anche l'inerzia del primo giudice alla necessità di investire la Corte della questione».*

(147) D. U. GALETTA, *Riflessioni*, cit., p. 979, ha così impostato il problema: «La questione (alla quale deve evidentemente darsi risposta negativa) non era, infatti, se il giudicato nazionale potesse rendere giuridicamente impossibile il recupero dell'aiuto. Quanto, piuttosto, se il giudicato formatosi nel processo civile tra la *Lucchini* e l'Amministrazione nazionale italiana (sulla base di una sentenza della Corte d'appello nazionale adottata in spregio totale degli obblighi comunitari) fosse opponibile dallo Stato italiano all'Unione europea».

(148) A. NEGRELLI, *op. cit.*, p. 1232.

tale dell'ordinamento europeo e va salvaguardato quale espressione del principio di certezza del diritto, dall'altro, l'obbligo d'interpretazione conforme porta a rigettare quelle interpretazioni delle norme processuali nazionali che conducono a un'eccessiva dilatazione dell'autorità del giudicato (149), in tal modo pregiudicando oltre misura l'effetto utile dell'effetto diretto delle norme europee.

12. *La ricaduta del principio di relatività del giudicato all'interno del nostro ordinamento.*

All'esito del pronunciamento della Corte di giustizia sul caso *Pizzarotti*, la Quinta Sezione del Consiglio di Stato ha chiesto all'Adunanza Plenaria di risolvere due questioni, concernenti, rispettivamente, l'ampiezza del giudicato amministrativo e la sua forza di resistenza rispetto a uno *ius superveniens* rappresentato da una sentenza della Corte di giustizia che ne attesti la contrarietà al diritto dell'Unione Europea (150).

L'Adunanza Plenaria non ha, tuttavia, affrontato la questione della cedevolezza del giudicato nel rapporto con il diritto comunitario come interpretato dalla Corte di giustizia, ritenendo che nella vicenda in esame, in realtà, il giudicato determinasse solo un obbligo procedimentale e non di risultato (151), così che il successivo segmento procedurale, necessario a trasformare l'interesse procedimentale e strumentale nell'interesse finale, ricadeva *naturaliter* nel regime dello *ius superveniens*, per tale dovendosi intendere la sopraggiunta sentenza della Corte di giustizia, che nel sistema delineato dai trattati, come inteso da costante giurisprudenza comunitaria, ha la stessa forza giuridica delle norme interpretate.

Quindi, l'Adunanza Plenaria ha trascurato di affrontare la questione dell'intangibilità del giudicato in contrasto con le norme UE, limitandosi ad affermare « *il principio che impone al giudice nazionale di adoperarsi per evitare la formazione (o la progressiva formazione) di un giudicato anticomunitario o, più in generale, contrastante*

(149) D. U. GALETTA, *op. ult. cit.*, p. 970.

(150) Consiglio di Stato, sez. V, ordinanza 17/7/2015, n. 3587.

(151) Consiglio di Stato, ad. plen., sentenza 9/6/2016, n. 11, ove appunto si legge che « *il massimo livello di tutela riconosciuto dalle sentenze ottemperande si è quindi tradotto nell'imposizione in capo all'Amministrazione dell'obbligo di concludere il procedimento, di concluderlo in maniera "plausibilmente congrua", verificando nel rispetto dei principi di buona fede, correttezza e tutela dell'affidamento, la possibilità di realizzare l'opera, compatibilmente con la situazione di fatto e il sistema normativo e amministrativo* ».

con norme di rango sovranazionale cui lo Stato italiano è tenuto a dare applicazione», e valorizzando, conseguentemente, il giudizio di ottemperanza quale utile strumento per evitare che dal giudicato amministrativo possano trarsi conseguenze anticomunitarie.

Quindi, la questione è ancora aperta, sul fronte interno.

### 13. *Eureka!*

La soluzione era, tuttavia, alla portata di mano; era solo una questione di prospettiva.

Il problema non si sarebbe, in effetti, nemmeno avvertito, se solo si fosse subito compreso che quello emerso nel caso *Lucchini* era, più semplicemente, un problema (uno dei tanti) posto dalla coamministrazione (altrimenti detta, amministrazione intrecciata), nella prospettiva della giustiziabilità delle situazioni giuridiche soggettive coinvolte in un procedimento che, appunto, si snoda, senza soluzione di continuità, attraverso i due autonomi, ma coordinati, ordinamenti (europeo/nazionale) (152).

Si trattava, per vero, sotto altra prospettiva, del medesimo problema affrontato e risolto già anni or sono dalla Corte di giustizia con la sentenza *Oleificio Borelli* (153), di come conciliare un sistema di giustizia rigorosamente ripartito tra il livello europeo (ove solo alla Corte di giustizia compete di giudicare della validità degli atti comunitari) e quello nazionale (ove solo al giudice nazionale, sia pure operante come giudice comunitario decentrato nel dialogo con la Corte di giustizia attraverso il rinvio pregiudiziale *ex art. 267 TFUE*, compete di giudicare degli atti amministrativi nazionali) con un procedimento amministrativo che si snoda, sovente senza soluzione di continuità, tra i due differenti ordinamenti (nazionale e sovranazionale), con atti amministrativi che, nella pura logica nazionale, sono atti provvedimenti definitivi e, invece, calati in un procedimento intrecciato, acquistano la minore consistenza di atti endoprocedimentali.

---

(152) Al proposito dei problemi di giustiziabilità che solleva l'amministrazione intrecciata, si veda F. BRITO BASTOS, *Derivative illegality in European composite administrative procedures*, in *CMLR*, 2018, pp. 101 ss., ove così è riassunto in estrema sintesi il problema: « *In composite procedures, however, the level at which a measure may be judicially reviewed is not necessarily the same as the level at which there may be a review of the irregularities leading up to that measure's adoption* ».

(153) Corte di giustizia, sentenza 3/12/1992, causa C-97/91.

Già sappiamo come il problema è stato risolto, ogniqualvolta l'atto amministrativo nazionale condizioni, in modo definitivo, la scelta provvedimento solo formalmente attribuita al provvedimento conclusivo deliberato dalle istituzioni comunitarie, prive in concreto di qualsiasi margine residuo di discrezionalità, in guisa tale che la scelta amministrativa sia, in realtà, imputabile all'amministrazione nazionale.

In simili casi, la Corte di giustizia, con la sentenza *Oleificio Borelli*, ha invero statuito che la giustiziabilità della situazione giuridica soggettiva si realizza, inevitabilmente, al livello nazionale, dovendo il giudice nazionale interpretare la norma processuale nazionale in modo tale da consentire l'impugnazione di atti che, secondo la tradizione interpretativa nazionale, non sono di per sé lesivi perché costituiscono solo un segmento di un più complesso procedimento ancora *in itinere* (atti endoprocedimentali), e, nel caso ciò non fosse possibile (ma non è il caso del nostro ordinamento), finanche disapplicare la norma processuale nazionale di impedimento al pieno dispiegarsi dell'effetto utile dell'effetto diretto della norma UE di diritto sostanziale.

Nel procedimento di amministrazione intrecciata all'interno del quale è emerso il caso *Lucchini*, il rapporto tra il provvedimento amministrativo nazionale (la concessione dell'aiuto di Stato) e l'atto endoprocedimentale comunitario (l'autorizzazione della Commissione alla concessione dell'aiuto di Stato) è ribaltato: in questo caso, è l'atto comunitario a costituire un inevitabile arresto procedimentale, di guisa che è agli organi comunitari che va imputata, in definitiva, la scelta amministrativa, ed è, dunque, alla Corte di giustizia, quale giudice naturale sugli atti dell'amministrazione comunitaria, che compete, in via esclusiva, di statuire sulla legittimità della scelta provvedimento. Ed è sempre in quell'ordinamento (sovranaazionale) che si realizza, per il decorso dei termini di impugnazione, l'impugnabilità del provvedimento di amministrazione intrecciata, a valere (*quod ad effectum*) a un giudicato.

Donde, il giudice nazionale, pretendendo di interferire su di un procedimento teso alla formazione di un atto amministrativo comunitario, ha platealmente invaso un'attribuzione della Corte di giustizia e le competenze esclusive delle istituzioni comunitarie: e, quindi, la sua sentenza era insuscettibile di passare in giudicato, essendo, piuttosto, anche in questa differente prospettiva, *inutiliter data*.

A conferma di ciò, si legge nella recente sentenza della Corte di giustizia nel caso *Berlusconi* (154) che « è opportuno ricordare che l'art. 263 TFUE conferisce alla Corte di giustizia dell'Unione europea la competenza esclusiva al controllo di legittimità sugli atti delle istituzioni dell'Unione [e] L'eventuale coinvolgimento delle autorità nazionali nel procedimento che conduce all'adozione di tali atti non può mettere in dubbio la qualificazione dei medesimi come atti dell'Unione, quando gli atti adottati dalle autorità nazionali sono tappa di un procedimento nel quale un'istituzione dell'Unione esercita, da sola, il potere decisionale finale senza essere vincolata agli atti preparatori o alle proposte avanzate dalle autorità nazionali [perciò], in un tal caso di specie, in cui il diritto dell'Unione non intende instaurare una ripartizione di competenze, l'una nazionale, l'altra dell'Unione, che avrebbero oggetti distinti, bensì consacrare, tutt'al contrario, il potere decisionale esclusivo di un'istituzione dell'Unione, spetta al giudice dell'Unione, a titolo della sua competenza esclusiva al controllo di legittimità sugli atti dell'Unione ai sensi dell'art. 263 TFUE ..., statuire sulla legittimità della decisione finale adottata dall'istituzione dell'Unione di cui trattasi ed esaminare, affinché sia garantita una tutela giurisdizionale effettiva agli interessati, gli eventuali vizi degli atti preparatori o delle proposte provenienti dalle autorità nazionali di natura tale da inficiare la validità di detta decisione finale ».

Quindi, in ragione di queste argomentazioni (che costituiscono *ius receptum* nella giurisprudenza comunitaria), s'impone quale inevitabile la conclusione cui la Corte di giustizia giunge, proprio al proposito dell'eventuale effetto preclusivo di un giudicato formatosi a livello nazionale: « la competenza esclusiva della BCE a decidere se autorizzare o meno l'acquisizione di una partecipazione qualificata in un ente creditizio e la correlata competenza esclusiva degli organi giurisdizionali dell'Unione a controllare la validità di una tale decisione, nonché, incidentalmente, a valutare se gli atti nazionali preparatori presentino vizi che possono inficiare la validità della decisione della BCE, ostano a che un organo giurisdizionale nazionale possa conoscere di un'azione volta a contestare la conformità di un tale atto a una disposizione nazionale relativa al principio dell'autorità di cosa giudicata ».

Perciò, ogniqualvolta sia coinvolto in un contenzioso un atto di un procedimento di amministrazione intrecciata, vi è da individuare

---

(154) Corte di giustizia, sentenza 19/12/2018, causa C-219/17.

a quale livello (nazionale/comunitario) si realizza la scelta amministrativa concretamente lesiva delle situazioni giuridiche soggettive coinvolte nel procedimento, dovendosi in conseguenza di ciò individuare l'imputazione soggettiva del provvedimento effettivamente lesivo e, quindi, di riflesso, il giudice (nazionale/comunitario) cui compete di decidere.

Come sostenuto dall'Avvocato Generale Campos Sánchez-Bordona, bisogna, quindi, « *distinguere due casi: — procedimenti amministrativi complessi dell'Unione nei quali il potere decisionale è riservato alle autorità nazionali (giurisprudenza Borelli); — procedimenti amministrativi complessi dell'Unione nei quali il potere decisionale spetta alle istituzioni dell'Unione (giurisprudenza Svezia/Commissione)* » (155).

In entrambi i casi, uno solo è il giudice competente a risolvere la controversia, quantunque gli atti del procedimento siano riferibili a entrambi i livelli (nazionale e comunitario) coinvolti.

Perciò, la sentenza pronunciata da un giudice nazionale su di un segmento procedurale destinato a concludersi con un provvedimento comunitario è *inutiliter data*, giacché, come appunto sostenuto dall'Avvocato Generale, « *l'attribuzione di competenza è un presupposto imprescindibile della validità degli atti giurisdizionali successivi. Se un giudice non è competente, semplicemente non può agire, né tramite un procedimento né tramite un altro* ».

#### 14. *Il giudicato a formazione progressiva.*

Altre sono le sentenze della Corte di giustizia che, davvero, attentano all'autorità del giudicato (ancorché a esse non si sia prestata particolare attenzione).

Così è nella sentenza *Elchinov* (156) (157), con la quale la Corte di giustizia ha, in effetti, statuito che « *una norma di diritto nazionale,*

(155) Conclusioni dell'Avvocato Generale Manuel Campos Sánchez-Bordona nella causa C-219/17.

(156) Corte di giustizia, sentenza 5/10/2010, causa C-173/09.

(157) A commento della sentenza, A. P. VAN DER MEI, in *CMLR* 201, p. 1297 ss., scrive: « *The Advocate General identified three "new" instruments for correcting decisions of highest courts. Firstly, individuals, as the Court held in Köbler, have the possibility to hold the State liable in damages for a breach of EU law that can be ascribed to its highest courts. Secondly, the Commission can and is, as Commission v. Italy demonstrates, willing to initiate infringement proceedings against a State because of judicial breaches of EU law. Thirdly, the Advocate General referred to Kühne & Heitz in which the Court indicated that an individual may have the option to ask for a review of an administrative act which confirmed an unlawful judgment of a highest court. On the basis of these three points, the Advocate General concluded that the*

ai sensi della quale gli organi giurisdizionali non di ultima istanza siano vincolati da valutazioni formulate dall'organo giurisdizionale superiore, non può privare detti organi giurisdizionali della facoltà di investirla di questioni relative all'interpretazione del diritto dell'Unione, rilevante nel contesto di dette valutazioni in diritto [ne] discende che il giudice nazionale, che abbia esercitato la facoltà ad esso attribuita dall'art. 267, secondo comma, TFUE, è vincolato, ai fini della soluzione della controversia principale, dall'interpretazione delle disposizioni in questione fornita dalla Corte e deve eventualmente discostarsi dalle valutazioni dell'organo giurisdizionale di grado superiore qualora esso ritenga, in considerazione di detta interpretazione, che queste ultime non siano conformi al diritto dell'Unione ».

In quel caso, tuttavia, si trattava di un giudizio di rinvio, nell'ambito del quale il giudice amministrativo di primo grado avrebbe dovuto attenersi al principio di diritto espresso dal giudice d'appello, quantunque in contrasto con la norma UE.

Come affermato dall'Avvocato Generale Cruz Villalón, la sentenza del giudice d'appello « *possedeva materialmente, benché non formalmente, l'autorità di cosa giudicata* » (158).

Quindi, si trattava di un giudicato a formazione progressiva (159), rispetto al quale la tensione tra principio di effettività e certezza del diritto è meno tirata.

Invero, Secondo l'Adunanza Plenaria « *l'istituto del giudicato a formazione progressiva [consente] non solo di completare il giudicato con nuove statuizioni "integrative", ma anche di specificarne la portata e gli effetti al fine di impedire il consolidamento di effetti irreversibili contrari al diritto sovranazionale* » (160).

Analogamente, la Corte di cassazione ha escluso che le sentenze di cassazione con rinvio costituiscano giudicato, donde « *L'obbligo*

---

*primacy and effectiveness of EU law were guaranteed and that more space could be given to national procedural autonomy. He invited the Court to declare that EU law does not, or no longer, demand the setting aside of national rules prescribing lower courts to obey the interpretative directions given by a highest court. The Court, however, did not accept the invitation. Without addressing the arguments given by the Advocate General, it simply confirmed its previous case law, including Rheinmühlen-Düsseldorf, on this point [...] So, all in all, while the three instruments referred to by the Advocate General do contribute to the strengthening of the primacy, effectiveness and uniform interpretation of EU law, they are all subject to not insignificant limitations, rendering them insufficient to make the lower courts capacity to make preliminary references superfluous ».*

(158) Conclusioni dell'Avvocato Generale Pedro Cruz Villalón nella causa C-173/09.

(159) S. VALAGUZZA, *Il giudicato amministrativo nella teoria del processo*, Milano, 2016, p. 177.

(160) Consiglio di Stato, ad plen., sentenza 09/06/2016, n. 11.

*del giudice del rinvio di uniformarsi alla regola iuris enunciata dalla Corte di cassazione ai sensi dell'art. 384 c.p.c. viene meno quando la norma da applicare in aderenza a tale principio sia stata abrogata, modificata o sostituita per effetto di ius superveniens, nell'ambito del quale rientrano i mutamenti normativi prodotti dalle sentenze della Corte di giustizia, che hanno efficacia immediata nell'ordinamento nazionale » (161).*

Del resto, si trattava di dare seguito a un consolidato principio affermato per la prima volta dalla Corte di giustizia nella sentenza *Rheinmühlen* (162), nel senso che « *I giudici nazionali godono della più ampia facoltà di rinviare alla Corte di giustizia — sia d'ufficio che su domanda di parte — questioni sorte nell'ambito di una controversia dinanzi ad essi pendente, e vertenti sull'interpretazione o sulla validità di norme di diritto comunitario [quindi] Essi non possono esserne privati da norme di diritto interno che li vincolino al rispetto di valutazioni giuridiche espresse da un giudice di grado superiore* », che si giustificava, secondo la tesi della Commissione, nel distinguo tra la *vis rei judicatae* e l'effetto vincolante delle sentenza del giudice del rinvio (le mere « *valutazioni giuridiche* » del giudice superiore, secondo il linguaggio della Corte di giustizia), perché solo la cosa giudicata ha la funzione di comporre definitivamente la controversia e di vincolare conseguentemente le parti.

Il principio affermato nella sentenza *Elchinov* è stato ribadito dalla Corte di giustizia nelle sentenze *Interedil* (163) e *Križan* (164).

Sicché si tratta, come a più riprese affermato dalla stessa Corte di giustizia, di giurisprudenza consolidata, quantunque, appunto, non eversiva della certezza del diritto, ancorché nella negazione degli effetti di un giudicato, per così dire, endoprocedurale.

#### 15. *Gli inopportuni slanci in avanti.*

Si comprende da quanto sin qui scritto come non sia, perciò, condividibile il dubbio interpretativo posto dal Consiglio di Stato, con la recente ordinanza di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia ex art. 267 TFUE, con la quale il supremo consesso di giustizia

(161) Corte di cassazione, sez. lav., sentenza 12/9/2014, n. 19301.

(162) Corte di giustizia, sentenza 16/1974, causa 166/73.

(163) Corte di giustizia, sentenza 20/10/2011, causa C-396/09.

(164) Corte di giustizia, sentenza 15/1/2013, causa C-416/10.

amministrativa ha ritenuto che « la Corte di giustizia UE — facendo ricorso alla sua nota impostazione secondo cui, pur in mancanza di una (anche soltanto implicita) competenza comunitaria in materia processuale, l'effettività del diritto comunitario comporta che l'autonomia procedurale lasciata agli Stati membri incontri i limiti della parità di trattamento tra situazioni interne e situazioni comunitarie (principio di equivalenza) e della garanzia della loro effettiva tutela (principio di effettività), essendo altrimenti il giudice obbligato ad interpretare le regole processuali in modo conforme ad assicurare l'effettiva applicazione del diritto UE — ha ripetutamente affermato il principio secondo cui può essere messo in discussione anche l'accertamento compiuto nella sentenza del giudice nazionale passata in giudicato, perché in contrasto con il diritto dell'Unione, su cui non sia stato effettuato un rinvio pregiudiziale, al fine di consentire l'effettiva e corretta applicazione della normativa euro-unitaria » (165).

Così argomentando, invero, il Consiglio di Stato ha attribuito alla giurisprudenza della Corte di giustizia un significato eversivo dei principi dell'autorità di giudicato e della certezza del diritto.

Ma così non è.

La Corte di giustizia non ha mai affermato la preminenza del principio di effettività della norma UE sul principio della certezza del diritto, in guisa tale da impedire il consolidamento della statuizione giurisdizionale in contrasto con la norma comunitaria. Essa ha, di contro, sempre affermato che la sua giurisprudenza riconosce l'autorità della cosa giudicata quale indispensabile corollario del principio della certezza del diritto. Salvo precisare (ma con ciò senza negare l'intangibilità del giudicato) che una sentenza deliberata da un giudice nazionale in un ambito (quello degli aiuti di Stato) sottratto alla sua competenza è *inutiliter data* (166) (167) e che il giudicato non emancipa, comunque, la pubblica amministrazione, nella ricorrenza di taluni rigorosi presupposti, dal suo obbligo di uniformare la sua condotta al principio di legalità (comunitaria, in primo luogo) che sovrintende l'azione amministrativa, donde la doverosità dell'atto di autotutela che la norma nazionale eventualmente preveda quale meramente discrezionale (168).

(165) Consiglio di Stato, sez. VI, ordinanza 17/1/2017 n. 167.

(166) Corte di giustizia, sentenza 18/7/2007, causa C-119/05, *Lucchini*.

(167) Corte di giustizia, sentenza 10/7/2014, causa C-213/13, *Pizzarotti*.

(168) Corte di giustizia, sentenza 13/1/2004, causa C-453/00, *Kühne & Heitz*.

L'affermazione del Consiglio di Stato di un principio ritraibile dalla giurisprudenza della Corte di giustizia che imporrebbe la disapplicazione del giudicato in contrasto con il diritto UE è indubbiamente errata, né appartiene ai futuribili sviluppi di quella giurisprudenza, ponendosi una simile conclusione in netta antinomia con il fondamentale principio della certezza del diritto, giacché l'esito estremo di una simile teorica renderebbe precaria ogni statuizione giurisdizionale su situazioni giuridiche soggettive che si fondano sul diritto UE.

La negazione stessa, dunque, della funzione (lo *ius dicere*) dell'attività giurisdizionale.

Non è così.

A ogni buon conto, se così fosse, sarebbe, allora, predicabile il contrasto della giurisprudenza della Corte di giustizia con il nucleo essenziale dei valori fondanti della nostra Costituzione: donde, l'attivazione della teoria dei controlimiti e la negazione di ogni effetto nel diritto interno di quella giurisprudenza sovranazionale.

Ma non è, però, nemmeno il caso di indugiare sul punto, giacché la Corte di giustizia mai ha affermato ciò che il Consiglio di Stato le ha fatto sostenere: la relatività del giudicato.

#### 16. De iure condendo.

L'Adunanza Plenaria ha, di recente, investito la Corte costituzionale della questione di legittimità costituzionale dell'art. 106 c.p.a., nella parte in cui non prevede la revocabilità di una sentenza passata in giudicato quando ciò sia necessario per conformarsi a una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo (169).

Questo affermando l'esistenza di « *una tensione tra le norme interne che disciplinano la revocazione della sentenza amministrativa passata in giudicato e l'obbligo assunto dall'Italia di conformarsi alle decisioni della Corte di Strasburgo* ».

Ciò anche nella considerazione di quanto previsto nella Raccomandazione R(2000)2 sulla riapertura dei processi, adottata dal Comitato dei ministri il 19/1/2000, che incoraggia gli Stati aderenti alla riapertura dei processi ove ricorrano due condizioni: a) la parte lesa continui a soffrire serie conseguenze negative a causa della

---

(169) Consiglio di Stato, ad. plen., ordinanza 4/3/2015, n. 2.

sentenza nazionale che non possano essere adeguatamente rimate attraverso l'equa soddisfazione prevista dall'art. 41 della CEDU; b) la Corte europea dei diritti dell'uomo abbia riconosciuto la sentenza nazionale quale fonte di una violazione degli obblighi convenzionali per gravi errori sostanziali o procedurali (170).

La Corte costituzionale ha, però, statuito che « *nelle materie diverse da quella penale, dalla giurisprudenza convenzionale non emerge, allo stato, l'esistenza di un obbligo generale di adottare la misura ripristinatoria della riapertura del processo, e che la decisione di prevederla è rimessa agli Stati contraenti, i quali, peraltro, sono incoraggiati a provvedere in tal senso, pur con la dovuta attenzione per i vari e confliggenti interessi in gioco* » (171) (172).

In seguito, la Corte costituzionale ha auspicato che il contrasto tra la sentenza del giudice nazionale e la decisione contraria delle Corti sovranazionali si risolvesse con l'introduzione di un nuovo caso di revocazione di cui all'art. 395 c.p.c. (173), com'era del resto specificamente previsto dall'art. 3 della legge n. 5/2013 (quale ipotesi eccezionale di revocazione) per le sentenze passate in giudicato in contrasto con le sentenze della Corte internazionale di giustizia ONU (174).

(170) Si legge in *Recommendation No. R (2000) 2 of the Committee of Ministers to Member States on the re-examination or reopening of certain cases at domestic level following judgements of the European Court of Human Rights*: « *The Committee of Ministers [...] I. Invites, in the light of these considerations the Contracting Parties to ensure that there exist at national level adequate possibilities to achieve, as far as possible, restitutio in integrum; II. Encourages the Contracting Parties, in particular, to examine their national legal systems with a view to ensuring that there exist adequate possibilities of re-examination of the case, including reopening of proceedings, in instances where the Court has found a violation of the Convention, especially where: i. the injured party continues to suffer very serious negative consequences because of the outcome of the domestic decision at issue, which are not adequately remedied by the just satisfaction and cannot be rectified except by re-examination or reopening, and ii. the judgement of the Court leads to the conclusion that a. the impugned domestic decision is on the merits contrary to the Convention, or b. the violation found is based on procedural errors or shortcomings of such gravity that a serious doubt is cast on the outcome of the domestic proceedings complained of* ».

(171) Corte costituzionale, sentenza 7/3/2017, n. 123.

(172) N. PAOLANTONIO, *Riapertura del processo, giurisprudenza CEDU e giudicato nazionale: un irragionevole orientamento della Corte costituzionale*, in F. FRANCIOSI e M. A. SANDULLI (a cura di), *Principio di ragionevolezza*, cit., p. 276, osserva criticamente che « *la sentenza non è [...] convincente, e rischia di porre essa a serio rischio il diritto alla sicurezza giuridica in una materia in cui giustamente si è escluso il principio di immutabilità del giudicato* ».

(173) Corte costituzionale, sentenza 18/1/2018, n. 6.

(174) La Corte costituzionale, con sentenza 22/10/2014, n. 238, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 3 l. n. 5/2013, che prevedeva appunto quella speciale ipotesi di revocazione, ma solo perché la norma imponeva altresì al giudice nazionale di negare la propria giurisdizione sulle cause civili di risarcimento danni per crimini contro l'umanità.

Il problema si è posto anche con riguardo alla differente situazione in cui il contrasto insorga tra il giudicato nazionale e la norma comunitaria, nonostante il diverso grado d'integrazione tra i due ordinamenti e, soprattutto, la differente interconnessione tra i giudici nazionali e la Corte europea nei due sistemi.

Invero, nell'ordinamento CEDU, la condizione per adire la Corte europea è che siano stati preventivamente esauriti i rimedi interni (art. 35 CEDU), e quindi ordinariamente l'intervento della Corte europea presuppone il conflitto con la sentenza nazionale, che dunque è fisiologico al sistema (175); mentre nell'ordinamento comunitario quel conflitto non si dovrebbe normalmente realizzare, potendo/dovendo essere evitato attraverso il rinvio pregiudiziale *ex art. 267 TFUE*.

Eppure, l'estensione della revocabilità della sentenza alle ipotesi di contrasto tra il diritto UE e il giudicato è stata prospettata in dottrina come soluzione al problema (in realtà, inesistente) posto dalla sentenza *Lucchini* (176).

Bisogna, tuttavia, considerare che il principio della certezza del diritto salvaguardato dal giudicato costituisce un principio fondamentale dell'ordinamento comunitario; sicché, non solo non è dato di rivenire in quell'ordinamento un obbligo di rendere cedevole il giudicato anticomunitario, ma sarebbe, altresì, probabilmente da escludere la compatibilità comunitaria di una norma processuale nazionale che rendesse, in ogni caso, revocabile la sentenza nazionale passata in giudicato in contrasto con la norma UE (177).

---

commissi *iure imperii* da uno Stato straniero sul territorio italiano, senza prevedere alcuna altra forma di riparazione giudiziaria dei diritti fondamentali violati.

(175) V. PETRALIA, *Intangibilità del giudicato nazionale amministrativo ed esecuzione delle sentenze delle corti europee: un'ipotesi di convergenza di soluzioni*, in questa *Rivista*, 2017, p. 939 ss., mette in rilievo, a differenziare le due situazioni, che « *mentre la Convenzione europea pone il giudicato come premessa all'accertamento della violazione da parte della propria Corte — la quale interviene dunque fisiologicamente a posteriori —, nel sistema dell'Unione, l'intervento della Corte di giustizia è deputato a intervenire in corso di causa* ». Così che, « *Alla luce di ciò, le ipotesi di contrasto tra un giudicato nazionale e una sentenza della Corte europea saranno una logica conseguenza del sistema di controllo sussidiario. Diversamente, nell'ordinamento dell'Unione, le ipotesi di contrasto tra giudicati saranno istituzionalmente eccezionali e costituiranno un'eventualità non "fisiologica" del sistema* ».

(176) G. LO SCHIAVO, *La Corte di giustizia ridimensiona progressivamente il principio nazionale di cosa giudicata*, in questa *Rivista*, 2010, pp. 287 ss.

(177) A. POLICE, *Giudicato amministrativo e sentenze di Corti sovranazionali*, cit., p. 192, sostiene che è « *legittima (ed anzi assai commendevole) l'attenzione che il giudice amministrativo di ultima istanza assicura all'esigenza di pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale, ed è del pari necessario sottolineare come i valori costituzionali del giusto processo si confrontino con altre esigenze, altri interessi meritevoli di tutela ed altri principi e valori tutelati dalla Carta costituzionale e dalle Carte dei diritti di matrice sovranazionale [dove] Il riferimento è, come*

L'assunzione a regola di generale applicazione del principio della cedevolezza del giudicato anticomunitario, invero, si porrebbe in contrasto con quanto statuito dalla Corte di giustizia nella sentenza *Kapferer*, ove essa ha, appunto, statuito che, « *al fine di garantire sia la stabilità del diritto e dei rapporti giuridici, sia una buona amministrazione della giustizia, è importante che le decisioni giurisdizionali divenute definitive dopo l'esaurimento delle vie di ricorso disponibili o dopo la scadenza dei termini previsti per questi ricorsi non possano più essere rimesse in discussione* » (178).

A volere imporre la riapertura di ogni processo in cui fossero coinvolte situazioni giuridiche definite da una norma UE male applicata dal giudice nazionale, si finirebbe, quindi, coll'affermare l'inesistenza di un giudicato e, dunque, a negare la certezza del diritto garantita dalla *res iudicata*, con riferimento a ogni situazione giuridica soggettiva comunitaria.

Ciò che, appunto, contrasterebbe con il principio comunitario dell'autorità della cosa giudicata a salvaguardia del principio della certezza del diritto.

Piuttosto, quale rimedio in situazioni in cui i principi del primato e dell'effetto utile dell'effetto diretto fossero prevalenti rispetto a quello della certezza del diritto resterebbe sempre aperta la possibilità di un atto di autotutela, da intendersi, nella ricorrenza dei presupposti della sentenza *Kühne & Heitz* (179), come doverosa.

Così che la possibilità di reazione all'anomalia di un conflitto tra la sentenza nazionale e la giurisprudenza della Corte di giustizia è, per così dire, ordinario, costituendo la disapplicazione del giudicato nazionale solo l'improbabile (ancorché obiettivamente possibile) ipotesi di una sentenza del giudice nazionale deliberata *ultra vires*, in un ambito di competenza comunitaria, coinvolgente una situazione giuridica soggettiva rispetto alla quale la P.A. non ha più la possibilità di provvedere, nemmeno in autotutela.

Com'è, appunto, stato nella sentenza *Lucchini*.

Donde, l'inutilità di una più ampia previsione della cedevolezza del giudicato, essendo l'esigenza dell'*effet utile* della norma UE già

---

intuibile, ai principi di stabilità dei rapporti giuridici ed alla necessità che le decisioni pubbliche (siano esse provvedimenti amministrativi o sentenze dei giudici amministrativi sull'esercizio del pubblico potere) possano costituire saldo e duraturo fondamento del giusto affidamento del cittadino e delle imprese ».

(178) Corte di giustizia, sentenza 16/3/2006, causa C-234/04.

(179) Corte di giustizia, sentenza 13/1/2004, causa C-453/00.

---

sufficientemente soddisfatta, nei casi ordinari, dall'operare congiunto dell'obbligo di interpretazione conforme e dei limiti *Rewe* di funzionalizzazione dell'autonomia processuale degli Stati membri all'effetto utile dell'effetto diretto della norma comunitaria.