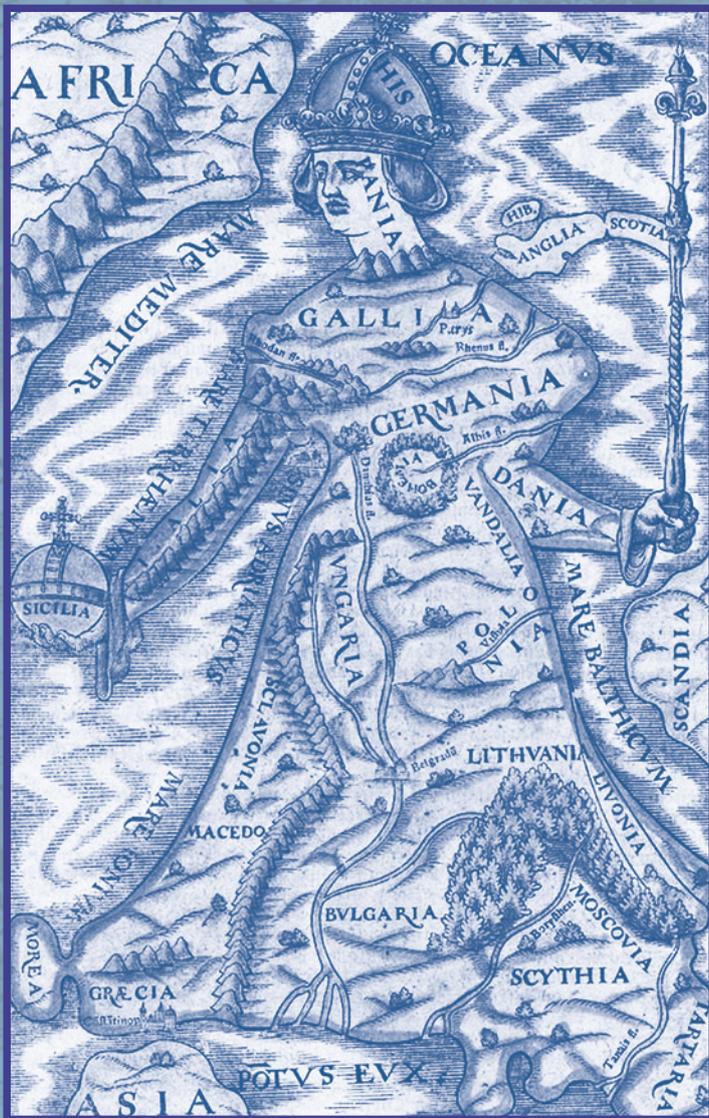


IL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA

Direttore ANTONIO TIZZANO



G. Giappichelli Editore

Rivista trimestrale - I - 2015

Estratto

www.dirittounioneeuropea.it

1 / 2015

**IL DIRITTO
DELL'UNIONE EUROPEA**

dUE

1/2015

In copertina:

SEBASTIAN MÜNSTER, *Cosmographie Universelle*, 1544.

IL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA

dUE

Direttore ANTONIO TIZZANO

1/2015



G. Giappichelli Editore – Torino

© Copyright 2015 - Il Diritto dell'Unione Europea
Registrazione presso il Tribunale di Firenze al n. 3773 del 28.11.1988
R.O.C. n. 6569 (già RNS n. 23 vol. 1 foglio 177 del 2/7/1982)

Direttore responsabile: Antonio Tizzano

Direzione e Redazione

Viale Mazzini, 88 - 00195 Roma

email: sufor@tin.it

www.dirittounioneeuropea.it

© Copyright 2015 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-348-5875-2

ISSN 1125-8551

Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

Fondata da:

Alberto Predieri e Antonio Tizzano

Direttore:

Antonio Tizzano

Comitato Scientifico

Ricardo Alonso García, Sergio Maria Carbone, Giorgio Gaja, Francis Jacobs, Jean-Paul Jacqué, Koen Lenaerts, Riccardo Luzzatto, Paolo Mengozzi, Miguel Poiares Maduro, Joël Rideau, Vassilios, Skouris, Giuseppe Tesaro, Christiaan Timmermans, Thomas Von Danwitz

Redazione

Roberto Adam, Roberto Baratta, Enzo Cannizzaro, Massimo Condinanzi, Luigi Daniele, Filippo Donati, Roberto Mastroianni, Giuseppe Morbidelli, Francesco Munari, Bruno Nascimbene, Luca Radicati di Brozolo, Lucia Serena Rossi

Coordinamento della Redazione

Susanna Fortunato

La Rivista pubblica articoli attinenti direttamente o indirettamente ai profili giuridico-istituzionali del processo d'integrazione europea.

Gli articoli, redatti in italiano, francese, inglese o spagnolo, devono essere originali e inediti. La loro pubblicazione è subordinata ad una rigorosa selezione qualitativa. A tal fine, i contributi vengono valutati, senza indicazione del nome dell'autore o altri riferimenti che ne consentano l'identificazione, da qualificati studiosi della materia, anche esterni alla redazione della *Rivista*. I revisori potranno indicare le modifiche ed integrazioni che giudicano necessarie; in questo caso, la pubblicazione dell'articolo sarà subordinata al rispetto di tali indicazioni da parte dell'autore.

L'accettazione del contributo impegna l'Autore a non pubblicarlo altrove nella sua interezza o in singole parti, se non previo consenso scritto della direzione della Rivista e alle condizioni da essa stabilite.

Gli articoli devono essere inviati tramite posta elettronica all'indirizzo mail della redazione (sufor@tin.it) in formato word (est. doc), con caratteri Times New Roman, corpo 12, interlinea singola, completi di un sommario e dell'apparato di note a piè pagina. Essi devono essere corredati dalla traduzione del titolo in inglese e da un breve (non più di 10 righe) *abstract*, ugualmente in inglese.

SOMMARIO

Editoriale	1
Dottrina	
K. LENAERTS, Some Thoughts on the State of the European Union as a Rights-Based Legal Order	5
Commenti	
F. BESTAGNO, Validità e interpretazione degli atti dell'UE alla luce della Carta: conferme e sviluppi nella giurisprudenza della Corte in tema di dati personali (The validity and interpretation of EU acts in the light of the Charter: confirmations and developments in the case law of the Court of Justice regarding the protection of personal data)	25
R. CISOTTA, Disciplina fiscale, stabilità finanziaria e solidarietà nell'Unione europea ai tempi della crisi: alcuni spunti ricostruttivi (Fiscal discipline, financial stability and solidarity in the European Union in times of crisis: ideas for a reconstructive analysis)	57
M.F. CUCCHIARA, Fiscal Compact e Meccanismo Europeo di Stabilità: quale impatto sull'equilibrio istituzionale dell'Unione? (The Fiscal Compact and the European Stability Mechanism: any impact on the institutional balance of the Union?)	91
C. CURTI GIALDINO, L'elezione del nuovo presidente della Commissione europea: profili giuridico-istituzionali (The election of the new president of the EU Commission: legal and institutional aspects)	137
M. EVOLA, The EU-Ukraine Association Agreement between the European Neighbourhood Policy and admission	199
Giurisprudenza	
M. GIAVAZZI, L'effetto preclusivo del giudicato: la Corte di giustizia chiarisce il proprio pensiero. L'autonomia procedurale non è dunque un paradiso perduto (The preclusive effects of <i>res judicata</i> : the Court of Justice makes its mind clear. Procedural autonomy is not a lost paradise)	237

Convegni

P. MENGOZZI, La Corte di giustizia confrontata agli Stati membri *opting out* 261
(The Court of Justice dealing with opting-out Member States)

Notizie sugli autori 269

L'effetto preclusivo del giudicato: la Corte di giustizia chiarisce il proprio pensiero. L'autonomia procedurale non è dunque un paradiso perduto

Massimo Giavazzi

SOMMARIO

I. La sentenza *Pizzarotti*: un approccio didascalico senz'altro utile a risolvere un dubbio interpretativo dogmaticamente male impostato. – II. L'effetto utile dell'effetto diretto delle norme europee e la certezza del diritto: un problema d'interpretazione conforme. – III. L'autonomia processuale degli Stati membri alla prova dei fatti. – IV. La giurisprudenza della Corte di giustizia sull'autorità di cosa giudicata. – V. La quadratura del cerchio (o meglio, l'interpretazione conforme): la sentenza *inutiliter data*.

I. 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 è da ultimo ancora intervenuta sul delicato rapporto tra il principio di autonomia procedurale degli Stati membri e l'effetto utile dell'effetto diretto del diritto europeo: una *liaison dangereuse* riflessa attraverso il prisma dell'effetto preclusivo del giudicato nazionale della rivalutazione postuma di situazioni giuridiche soggettive euro-sensibili.

Si trattava, nel concreto, di una controversia che impingeva sulla violazione della direttiva 93/37/CEE, a 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, che 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 ha tradotto nel caso concreto il 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”¹.

Ancorché risolva 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 in commento, 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”²; 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”³.

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, 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

¹ Corte giust. 10 luglio 2014, C-213/13, *Impresa Pizzarotti*, punti 55 e 56.

² Corte giust., C-213/13, punto 53.

³ Corte giust., C-213/13, punto 54.

a una situazione nazionale contrastante con detto diritto”⁴.

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.

Ciò che, appunto, in questo breve scritto si cercherà di fare.

II. Il primato del diritto materiale dell'Unione europea rischierebbe d'essere una mera petizione di principio se non fosse adeguatamente assistito da un'efficace norma processuale (inteso il processo in senso lato come “... l'ensemble des moyens de contrainte légale qui, dans chaque Etat membre, assure le respect du droit en cas de conflit à propos de son application”)⁵.

Questa è la ragione per cui l'autonomia processuale degli Stati membri è stata conformata dalla sempre più stringente giurisprudenza della Corte di giustizia in una competenza procedurale funzionalizzata⁶: nell'ambito del cui perimetro di discrezionalità normativa l'originalità di ogni sistema nazionale di diritto processuale è fortemente condizionata dalle esigenze dell'effetto utile dell'effetto diretto della norma europea di diritto materiale, rese prescrittive dall'obbligo di interpretazione conforme.

Vi sono, in effetti, diversi istituti processuali e procedurali di diritto nazionale che ostacolano il piano dispiegarsi dell'effetto utile dell'effetto diretto della norma europea di diritto materiale.

L'acme di un simile attrito si registra, però, in tre collegate sfere di operatività del diritto amministrativo nazionale incidente su situazioni giuridiche soggettive di rilevanza comunitaria: l'autotutela decisoria, la disapplicazione dei provvedimenti inoppugnabili e il giudicato.

Invero, così come il discrezionale rifiuto di esercitare la pubblica potestà di autotutela su provvedimenti amministrativi viziati per violazione di una norma dell'Unione europea confligge con il principio dell'effetto utile dell'effetto diretto della norma violata e quindi mette in discussione il fondamentale principio di effettività di quella norma, altrettanto è a dirsi della negazione della potestà di disapplicazione nel processo di provvedimenti amministrativi non ri-

⁴ Corte giust. C-213/13, punto 59.

⁵ 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 droit. europ* 1981, p. 390.

⁶ D.U. GALETTA, *L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea: Paradise Lost?* Torino, 2009, p. 16.

tualmente impugnati e nondimeno violativi di situazioni giuridiche soggettive di rilevanza comunitaria, come pure il giudicato che abbia malamente applicato la norma europea e che impedisca di rimettere in discussione una situazione giuridica soggettiva pregiudizievole di primari interessi comunitari, quali ad esempio quello del mercato unico europeo e della libera concorrenza con cui si vuole realizzarlo.

In tutti e tre i casi, prima ancora che un problema di convivenza tra norme (processuali, sul fronte interno, e materiali, in ambito comunitario), tale da impingere sul collaudato meccanismo della disapplicazione, v'è da risolvere un problema interno allo stesso ordinamento sovranazionale di convivenza tra il principio della certezza del diritto e quello di effettività della norma europea.

Ebbene, sulla sollecitazione di queste opposte tensioni (l'effetto utile dell'effetto diretto della norma europea e la *rule of law*), in quella che fu (a torto) individuata come un'eccessiva dilatazione dei criteri *Rewe* di equivalenza e di effettività⁷ se non addirittura "un approdo ermeneutico violento"⁸, la Corte di giustizia, con la celeberrima sentenza *Lucchini* del 2007, era, nel passato, giunta persino a negare l'effetto preclusivo del giudicato confliggente con la norma dell'Unione europea⁹.

Ora, la sentenza *Pizzarotti* consente probabilmente di includere quel precedente in un *continuum* decisionale che si inserisce pianamente nell'obbligo di interpretazione conforme: come, appunto, si tenterà nel prosieguo di dimostrare. Ecco, perché si è dinanzi scritto di una sua funzione primariamente didascalica.

III. L'Unione europea segue un approccio di tipo funzionalista¹⁰ nell'ambito di un regime di competenze che è teleologicamente orientato al persegui-

⁷ G. GRECO, *Illegittimità comunitaria e pari dignità degli ordinamenti*, in *Riv. it. dir. pubbl. comp. europeo*, 2008, p. 515, aveva al proposito scritto di un "umiliante quanto abnorme risultato finale, che ha portato a considerare il nostro principio sul giudicato, di cui all'art. 2909 c.c., superabile se in conflitto con il diritto comunitario".

⁸ F. SICILIANO, *La legalità amministrativa (comunitaria e interna) e certezza del diritto: riflessi sui rapporti amministrativi ed istituzionali*, Milano, 2010, p. 127.

⁹ Corte giust. 18 luglio 2007, C-119/05, *Lucchini*.

¹⁰ L'approccio funzionalista al progetto d'integrazione europea si deve, principalmente, all'originale intuizione di D. MITRANY, *A Working. Peace System: An argument for the Functional Development of International Organizations*, London, 1943, il cui pensiero è così sintetizzato da M. MASCIA, *Il sistema dell'Unione europea: appunti su teorie attori processi*, Padova, 2001, p. 31: "La teoria di questo autore si fonda su due assunti principali: il nazionalismo e la struttura statocentrica del sistema internazionale sono le cause principali della guerra ... la cooperazione internazionale, perché abbia successo, deve realizzarsi in settori che per il fatto di

mento degli obiettivi comunitari, specie (ma non solo) per ciò che concerne la realizzazione del mercato comune, acquisendo per tale sua caratteristica una formidabile potenzialità espansiva dei propri ambiti d'intervento, secondo la teoria dei così detti poteri impliciti¹¹.

Si giustificano così le continue incursioni del legislatore comunitario nella disciplina degli appalti pubblici, che hanno, in effetti, eroso una significativa porzione della competenza legislativa dei singoli Stati membri anche nell'ambito della disciplina processuale, che pure secondo il regime delle competenze delineato dai trattati non spetta all'Unione europea di regolamentare.

Se la logica dell'approccio funzionale giustifica una lettura blanda del regime delle attribuzioni dell'Unione europea, di contro l'assetto istituzionale dei rapporti tra gli Stati membri, nell'attuale fase storica di evoluzione delle istituzioni comunitarie, non consente di declinare al passato un altro dei fondamentali principi su cui si fonda la convivenza dei diversi ordinamenti nazionali all'interno della sovrastruttura ordinamentale europea: vale a dire, il principio di autonomia procedurale degli Stati membri.

Al proposito, proprio a smentire coloro che, in reazione agli interventi sempre più invasivi della Corte di giustizia si erano precipitati a suonare il *de profundis* dell'autonomia procedurale, e in particolare di quella sua declinazione nel processo ove sono coinvolte situazioni giuridiche soggettive di rilevanza europea, acuta dottrina, all'esito di attenta esegesi della giurisprudenza

essere "tecnici" sono assunti come non conflittuali". Invero, si legge in D. MITRANY, *The prospect of Integration – Federal or Functional*, in *Journal of Common Market Studies*, 1965, p. 119 ss., che "In a world of a hundred and more states sovereignty can simple fact never be dismantled through a formula but only through function, shedding national functions and pooling authority in them".

¹¹ L'elaborazione di una teoria dei poteri impliciti nell'ambito dell'ordinamento europeo si ha, per la prima volta, in Corte giust. 31 marzo 1971, 22/70, *Consiglio c. Commissione*, detta "AETS", ove appunto al punto 20 si legge che "All'art. 3) e), il trattato menziona espressamente fra gli scopi della Comunità l'instaurazione di una politica comune nel settore dei trasporti. A norma dell'art. 5, gli Stati membri devono adottare tutti i provvedimenti atti ad assicurare l'adempimento delle obbligazioni derivanti dal trattato, ovvero da atti delle istituzioni, e, in secondo luogo, astenersi da qualsiasi provvedimento che rischi di compromettere il raggiungimento degli scopi del trattato. Dall'accostamento di queste disposizioni emerge che, qualora vengano adottate norme comunitarie per il raggiungimento di scopi del trattato, gli Stati membri non possono, fuori dall'ambito delle istituzioni comuni, assumere impegni atti ad incidere su dette norme o ad alterarne l'efficacia"; 12 luglio 1973, 8/73, *Massey-Ferguson*, al punto 3, ha chiaramente affermato che "l'art. 235 autorizza il Consiglio ad emanare i provvedimenti del caso, qualora un'azione della comunità risulti necessaria per raggiungere, nel funzionamento del mercato comune, uno degli scopi della Comunità, senza che il trattato abbia previsto i poteri d'azione a tal uopo richiesti".

comunitaria, aveva significativamente negato che si potesse volgere il pensiero all'autonomia procedurale degli Stati membri con un senso di nostalgia da paradiso perduto¹².

In realtà, l'autonomia procedurale degli Stati membri costituisce, ancora oggi, il codice genetico dello sviluppo organico di ogni sistema di giustizia amministrativa nazionale, ove i giudici che sono chiamati a tutelare chi è stato leso in una situazione giuridica soggettiva di rilevanza europea devono operare quali "giudici decentrati" del diritto comunitario¹³.

Allo scopo di perseguire gli obiettivi dell'Unione europea nel concreto, attraverso quell'approccio pragmatico che bene è riassunto nella formula olistica dell'effetto utile dell'effetto diretto, non v'è dunque la necessità (non essendovene, per vero, nemmeno la giuridica possibilità) di abiurare il principio di autonomia processuale, che costituisce il necessario risvolto in negativo del principio di attribuzione, bensì di aggiornare quel principio ai risultati ermeneutici cui è giunta la Corte di giustizia nell'elaborazione dei noti canoni *Rewe* di equivalenza e di effettività della giurisdizione¹⁴⁻¹⁵.

Invero, con la giurisprudenza *Rewe* la Corte di giustizia ha, infatti, statuito che "... in mancanza di una specifica disciplina comunitaria è l'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro che designa il giudice competente e stabilisce le modalità procedurali delle azioni intese a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza delle norme comunitarie aventi efficacia diretta"¹⁶.

Si è in tal modo codificato il principio dell'autonomia processuale degli Stati membri.

Ma si tratta (lo chiarisce la stessa sentenza *Rewe*) non già di un ambito di libero arbitrio, all'interno del quale ciascuno degli Stati membri è libero di meglio organizzare il proprio sistema di giustizia (per ciò che ora interessa) amministrativa, ancorché in pregiudizio dell'effetto utile dell'effetto diretto,

¹² D.U. GALETTA, *Autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea. Paradise Lost?*, cit.

¹³ A. TIZZANO, *La tutela dei privati nei confronti degli Stati membri dell'Unione europea*, in *Foro it.*, 1995, IV, p. 17.

¹⁴ Corte giust. 16 dicembre 1976, 33/76, *Rewe*.

¹⁵ M.P. CHITI, *L'invalidità degli atti amministrativi per violazione di disposizioni comunitarie e il relativo regime processuale*, in *Dir. amm.*, 2003, p. 692, scrive al proposito che "Un siffatto criterio pragmatico di giudizio ha consentito alla Corte di mantenere un principio che esprime uno degli ultimi tabù della tradizionale sovranità, ma di eroderlo in concreto attraverso una continua verifica in senso utile all'applicazione del diritto comunitario".

¹⁶ Corte giust. 33/76 cit., punto 5.

ovverosia della capacità della norma giuridica europea di farsi concreta regola di comportamento di coloro che vi sono assoggettati, bensì di uno spazio sottratto all'intervento diretto del legislatore comunitario all'interno del quale ciascuno Stato membro esercita, piuttosto che un vero momento di autonomia (intesa quale capacità di darsi le proprie regole), una discrezionalità legislativa funzionalizzata al perseguimento degli obiettivi dell'Unione Europea.

Questo vincolo teleologico è nel concreto individuato attraverso la congiunta operatività dei due principi che la stessa sentenza *Rewe* descrive a limitare quell'ambito di autonomia che, nell'attuale stadio di sviluppo dell'Unione Europea, si è inteso mantenere in capo agli Stati membri. Vale a dire, i principi di equivalenza e di effettività; che altro non sono se non l'espressione concreta, nell'ambito (procedimentale e specificamente) processuale, di alcuni dei principi fondanti dell'ordinamento comunitario: il principio del primato del diritto comunitario sul diritto interno, l'effetto diretto delle norme europee all'interno di ciascun ordinamento statale, l'effetto utile dell'effetto diretto e, infine, – ma con uno spazio suscettibile di ampia dilatazione sino a fagocitare la gran parte della così detta autonomia processuale – l'obbligo d'interpretazione conforme delle norme di diritto interno nello spirito (oltre che nella lettera) di quelle comunitarie.

Autorevole dottrina ha, nondimeno, sostenuto che “una cospicua giurisprudenza della Corte di giustizia ha inciso su vari istituti procedurali e processuali degli Stati membri, ben al di là dei canoni dell'equivalenza e dell'effettività”¹⁷. E ciò proprio nella critica delle sentenze della Corte di giustizia sulla disapplicazione dei provvedimenti inoppugnabili¹⁸, sull'autotutela decisoria¹⁹ e sulla relatività del principio di intangibilità del giudicato²⁰; giungendo a una così fatta conclusione in ragione di un'assiomatica coerenza del processo nazionale agli standard comunemente accettati²¹, insuscettibile come tale di rendere impossibile o molto difficile l'esercizio di un diritto conferito dall'ordinamento europeo. Sicché, la giurisprudenza della Corte di giustizia sarebbe ora orientata a esigere un indefinito, perché privo di canoni ermeneutici predeterminati, standard di effettività superiore a quello imposto dal rispetto dei prin-

¹⁷ G. GRECO, *A proposito dell'autonomia procedurale degli Stati membri*, in *Riv. it. dir. pubbl. comp. europeo*, 2014, p. 3.

¹⁸ Corte giust. 29 aprile 1999, C-224/97, *Ciola*.

¹⁹ Corte giust. 13 gennaio 2004, c C-453/00, *Kühne & Heitz*.

²⁰ Corte giust. 18 luglio 2007, C-119/05, *Lucchini*.

²¹ G. GRECO, *op. ult. cit.*, p. 3.

cipi *Rewe* di conformazione dell'autonomia processuale²². Donde, “il travolgimento di qualunque limite di diritto nazionale, correlato alle esigenze di garanzia del contraddittorio, alla certezza del diritto, alla tutela dell'affidamento, ecc., ...”²³.

Certo è che, se così fosse – se cioè davvero l'ordinamento europeo di giustizia amministrativa esigesse l'abiura del principio di certezza del diritto, come appunto autorevolmente si sostiene²⁴ –, allora saremmo realmente di fronte alla capitolazione del principio di autonomia processuale ben oltre i limiti di una sua doverosa funzionalizzazione all'effetto utile dell'effetto diretto della norma dell'Unione europea²⁵. Ciò che determinerebbe inevitabilmente una violazione del principio di attribuzione e un'evidente trasgressione degli artt. 4, comma 1, e art. 5, comma 2, TUE.

Ma, in tal caso si dovrebbe, altresì, rimarcare un problema di coerenza interna dello stesso ordinamento dell'Unione europea, posto che il principio di certezza del diritto è uno dei suoi principi fondamentali²⁶.

Non solo: il principio di diritto espresso da una simile (eversiva) giurisprudenza dovrebbe allora essere espunto dal sistema dei precetti normativi vincolanti in ambito nazionale, secondo la teoria dei controlimiti costituzionali²⁷.

²² G. GRECO, *op. ult. cit.*, p. 12.

²³ G. GRECO, *op. loc. ult.*, cit.

²⁴ G. GRECO, *op. ult. cit.*, p. 13.

²⁵ G. MARI, *La forza di giudicato delle decisioni dei giudici nazionali di ultima istanza nella giurisprudenza comunitaria*, in *Riv. it. dir. pubbl. comp. europeo*, 2004, p. 1015, afferma al proposito che “Nella ricerca di una ragionevole conciliazione tra l'esigenza del rispetto del diritto comunitario e la riserva di legislazione nazionale in materia processuale, va condotto, quindi, un sindacato di ragionevolezza caso per caso: eventuali preclusioni a che il giudice nazionale faccia valere un valore forte come quello della prevalenza del diritto comunitario possono trovare giustificazioni in valori altrettanto rilevanti, quale può essere, ad esempio, quello della certezza del diritto, che in esito al bilanciamento vengano ritenuti più meritevoli dell'effetto utile”.

²⁶ Com'è stato scritto nelle conclusioni dell'Avvocato generale Ruiz-Jarabo Colomer nel caso *Arcor* (C-392/04 e C-422/04, par. 71), “il diritto aborre il disordine e per questo si è dotato di strumenti per lottare contro la sua principale causa: l'instabilità”.

²⁷ F. SAITTA, *Il principio di giustiziabilità dell'azione amministrativa*, in M. RENNA, F. SAITTA, *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, p. 253, sostiene che “Nella peggiore delle ipotesi, se la Corte europea perdesse il senso del limite, soccorrerebbe la teoria dei controlimiti costituzionali ... il giudice italiano ben potrebbe rimettere alla Corte costituzionale la questione del potenziale contrasto della non applicazione della disposizione interna (in specie, l'art. 2909 c.c.) con i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e/o con i diritti inalienabili della persona”. Analogamente, A. NEGRELLI, *La resistenza degli atti nazionali “definitivi” nel diritto europeo: una stabilità alla rovescia*, cit., p. 1508, scrive che

Senonché – se si fa eccezione delle norme procedurali nazionali che sono intimamente connesse al funzionamento del rinvio pregiudiziale *ex art. 267 TFUE*²⁸, e che quindi sono, per così dire, consustanziali al processo europeo, in relazione alle quali l'intervento della Corte di giustizia, avviato con la sentenza *Factortame*²⁹⁻³⁰, ha in effetti comportato la disapplicazione della norma nazionale in tal modo elidendo l'autonomia processuale con innovativo e rivoluzionario approccio³¹ –, in tutte le altre ipotesi nelle quali si è avvertito come dirompente l'intervento della Corte di giustizia, in realtà, non si è disapplicata la norma nazionale di diritto processuale, bensì si è espanso nella massima misura il canone d'interpretazione conforme discendente dall'obbligo di leale cooperazione³².

“D'altro canto, poi, l'importanza riconosciuta al principio della cosa giudicata porta a inquadrare le disposizioni nazionali sul giudicato tra le norme inderogabili – di ordine pubblico – che, come tali, costituiscono un vero e proprio contro-limite e di fronte alle quali il diritto comunitario trova una battuta d'arresto”.

²⁸ D.U. GALETTA, *Autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea. Paradise Lost?*, cit., p. 85, scrive che in questo caso “... la preoccupazione inerente a primato ed effettività del diritto comunitario risulta doppiata dalla preoccupazione, ancora maggiore, di evitare che, per il tramite di norme procedurali nazionali, si possa far saltare quel meccanismo essenziale allo sviluppo del diritto comunitario, che è rappresentato, appunto, dal rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia comunitaria”.

²⁹ Corte giust. 19 giugno 1990, C-213/89, *Factortame*.

³⁰ M ELLIOTT, *The Constitutional Foundations of Judicial Review*, Oxford-Portland, 2001, p. 80, scrive: “First, it's entirely misleading to characterise cases like *Factortame* merely as exercises in statutory interpretation. English lawyer are familiar with strong presumptions about the intention of Parliament ... Normal rules of construction therefore yield to a sufficiently clear contrary intention, and it would be nonsensical to impugn legislation on the ground of its inconsistency with a principle enshrined in a mere rule of interpretation. In contrast, the rule of construction which was supposedly applied in *Factortame* did not yield: it prevailed over a legislative intention which was acknowledged to be inconsistent ... is therefore correct to say that *Factortame* involved much more than an exercise in construction”.

³¹ C. CONSOLO, *L'ordinamento comunitario quale fondamento per la tutela cautelare del giudice nazionale (in via di disapplicazione di norme legislative interne)*, in *Dir. proc. amm.*, 1991, p. 271, a commento della sentenza così concludeva: “Chi pure non sia incline all'enfasi, difficilmente potrà negare alla sentenza qui chiosata il rango di pronunciamento giurisprudenziale di portata storica o non ravvedervi una tappa attesa ed importante nella costruzione del nuovo diritto europeo, che tocca appieno la dimensione processuale”.

³² G. GRECO, *Illegittimità comunitaria e pari dignità degli ordinamenti*, cit., p. 517 sostiene al proposito che “... salvo i casi in cui sussista in base all'art. 95 del Trattato, una espressa disciplina comunitaria in materia – che potrebbe anche imporre una regolazione per così dire “asimmetrica” – ... il diritto comunitario non può pretendere dagli Stati membri una tutela delle posizioni giuridiche superiore o qualitativamente diversa e più intensa, di quella che esso

In altre parole, si è in tal modo funzionalizzato il processo nazionale alle esigenze di effettività dell'ordinamento europeo, senza mai proporre interpretazioni "apertamente *contra legem*"³³⁻³⁴.

IV. La Corte di giustizia si è occupata in più di un'occasione del principio dell'autorità di cosa giudicata, inizialmente nel solco del principio dell'intangibilità del giudicato ancorché in violazione del diritto europeo³⁵. Solo, da ultimo, si è avvertito un cambio di rotta e un'invasione dell'autonomia procedurale degli Stati membri, che a quel principio sono tradizionalmente ispirati³⁶.

fornisce in casi analoghi. Una pretesa di tal fatta esorbita dal principio di leale collaborazione (art. 10 del Trattato CE) e finisce per realizzare una discriminazione rovesciata, che nessuna norma del Trattato giustifica, né può giustificare"; in tal modo suggerendo (in *A proposito dell'autonomia procedurale degli Stati membri*, cit., a p. 16) "l'idea che il test di conformità con gli obblighi scaturenti dal principio di leale cooperazione debba essere operato alla stregua di un raffronto tra gli strumenti procedurali degli Stati membri ed il sistema procedurale e processuale dell'Unione europea (si tratta del criterio che si può definire di "equivalenza verticale") ...". Opinione questa che è stata contrastata da D.U. GALETTA, *Autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea. Paradise Lost?*, cit., p. 30, con l'affermazione che "il criterio di equivalenza quale limite all'autonomia procedurale degli Stati membri non ha nulla a che vedere con quello che in dottrina è stato autorevolmente definito come criterio di "equivalenza verticale", conseguenza della pari dignità degli ordinamenti [perché] questa asimmetria non rappresenta ... un *vulnus* al principio di pari dignità degli ordinamenti. Essa è solo il risultato della assenza [nel diritto processuale comunitario] delle preoccupazioni inerenti ad effetto diretto e primato del diritto comunitario".

³³ G. GRECO, *A proposito dell'autonomia procedurale degli Stati membri*, cit., p. 11.

³⁴ M.P. CHITI, *La peculiarità dell'invalidità amministrativa per anticomunitarietà*, in *Riv. it. dir. pubbl. comp. europ.*, 2008, p. 499, sostiene che "Per garantirne la piena effettività, i soggetti tenuti all'osservanza del diritto comunitario devono individuare gli appropriati strumenti di garanzia, anche eventualmente in deroga al diritto nazionale; e sempre nella misura meno invasiva possibile, atteso il carattere "eurocompatibile" che in generale hanno i sistemi amministrativi nazionali", e soggiunge a p. 501 che "... seguendo le indicazioni della giurisprudenza comunitaria [il giudice amministrativo] dovrà prestare grande attenzione alle concrete circostanze di fatto e di diritto del caso di specie, alla luce delle indicazioni scaturenti dalla giurisprudenza comunitaria; chiedendosi se il pieno rispetto dei principi del nostro modello giuridico non porti ad attentare alla piena ed effettiva tutela delle situazioni giuridiche a base comunitaria e degli stessi principi generali del diritto comunitario".

³⁵ Corte giust. 1 giugno 1999, C-126/97, *Eco Swiss*, ove, al punto 46, si afferma che l'intangibilità del giudicato, ancorché in contrasto con il diritto comunitario, "si giustifica... in virtù dei 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", e prima ancora Corte giust. 9 giugno 1964, 79/63 e 82/63, *Reynier*, ove si afferma che "l'autorità del giudicato osta ... a che siano rimessi in discussione i diritti giudizialmente sanciti".

³⁶ Si legge al proposito nelle conclusioni dell'Avv. gen. Léger nella causa *Köbler*, al punto

Una prima volta, con la sentenza *Köbler* del 2003³⁷, 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”³⁸, 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 erranee”³⁹ – 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”⁴⁰.

Con riguardo a questo primo arresto giurisprudenziale è, però, 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”⁴¹.

Invero, l'affermazione giudiziaria di una responsabilità di chi ha malamen-

96: “... *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'Avv. gen. Jacobs nella causa *Peterbroeck*, al punto 23, 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”.

³⁷ Corte giust. 30 settembre 2003, C-224/01, *Köbler*.

³⁸ Corte giust. C-224/01 cit., punto 37.

³⁹ Corte giust. C-224/01 cit., punto 48.

⁴⁰ Corte giust. C-224/01, punto 39.

⁴¹ G. MARI, *La forza di giudicato delle decisioni dei giudici nazionali di ultima istanza nella giurisprudenza comunitaria*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2004, p. 1007, spec. p. 1022.

te 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 giuridici⁴² sul presupposto che quel giudicato sia ingiusto.

Principio questo che è reso evidente dalla responsabilità (da nessuno, invero, ritenuta problematica) dell'avvocato che ha 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 impostato⁴³. Ciò che chiaramente conduce ad affermare, *incidenter tantum*, l'ingiustizia della sentenza passata in giudicato, senza però contraddirne l'autorità⁴⁴.

È, perciò, senz'altro da condividere l'affermazione di autorevole dottrina, che, al proposito della sentenza *Köbler*, ha appunto scritto che "Non si può ... lealmente "gridare" alla rottura della coerenza dell'ordinamento processuale nazionale"⁴⁵.

Con la sentenza *Kühne & Heitz* del 2004⁴⁶, la Corte di giustizia ha statuito che "il principio di cooperazione derivante dall'art. 10 CE impone ad un organo amministrativo, investito in una richiesta in tal senso, di riesaminare una decisione amministrativa definitiva per tener conto dell'interpretazione della

⁴² Al proposito, l'Avvocato generale Léger nella causa *Köbler*, al punto 101 delle 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)".

⁴³ In questo senso, quale espressione di una giurisprudenza consolidata, Cass. civ. 13 febbraio 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".

⁴⁴ 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, p. 5, sostiene al proposito 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.

⁴⁵ D.U. GALETTA, *Autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea. Paradise Lost?*, cit., p. 73.

⁴⁶ Corte giust. 13 gennaio 2004, C-453/00, *Kühne & Heitz*.

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 pregiudiziale⁴⁷.

Così che, per la prima volta, è stato posto in discussione il tradizionale principio secondo il quale “*res judicata pro veritate habetur*”, e si è affermato dunque il carattere non assoluto del giudicato.

Nella sentenza *Kapferer* del 2006⁴⁸, la Corte di giustizia – interrogata sul quesito “... se il principio di leale cooperazione sancito dall'art. 10 CE 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”⁴⁹ – 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 [sicché] 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”⁵⁰.

Senonché la Corte di giustizia ha poi fatto emergere il dubbio della relatività di quel principio⁵¹ 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...”⁵². Donde, la

⁴⁷ Corte giust., C-453/00 cit., punto 28.

⁴⁸ Corte giust. 16 marzo 2006, C-234/04, *Kapferer*.

⁴⁹ Corte giust., C-234/04 cit., punto 18.

⁵⁰ Corte giust., C-234/04 cit., punto 20.

⁵¹ M.P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2011, p. 652, afferma, appunto, che “Per la relativizzazione del principio del giudicato, alcune sentenze della Corte di giustizia (16 marzo 2006, causa C-234/04 *Kapferer*), hanno posto importanti principi nella prospettiva del diritto dell'Unione”.

⁵² Corte giust., sentenza ult. cit., punto 22.

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.

Quell'astratta possibilità si è poi tradotta nel concreto della sentenza *Lucchini* del 2007⁵³, 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”⁵⁴.

Si è in tal modo espresso il massimo della dilatazione dei principi *Rewe* di conformazione dell'autonomia processuale degli Stati membri. Ma ciò 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”⁵⁵ 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”⁵⁶.

Infine, con la sentenza *Fallimento Olimpichub* del 2009⁵⁷, 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”⁵⁸, 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”⁵⁹, concludendo nondimeno con la statuizione del principio che “il diritto comunitario osta all'applicazione ... di una dispo-

⁵³ Corte giust. 18 luglio 2007, C-119/05, *Lucchini*.

⁵⁴ Corte giust., C-119/05 cit., punto 63.

⁵⁵ Corte giust., C-119/05 cit., punto 52.

⁵⁶ Corte giust., C-119/05 cit., punto 54.

⁵⁷ Corte giust. 3 settembre 2009, C-2/08, *Fallimento Olimpichub*.

⁵⁸ Corte giust., C-2/08 cit., punto 23.

⁵⁹ Corte giust., C-2/08 cit., punto 25.

sizione del diritto nazionale, come l'art. 2099 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"⁶⁰.

Anche in questo caso, tuttavia, la Corte di giustizia non ha ingiunto la disapplicazione dell'art. 2909 c.c., ma 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'equivalenza e, soprattutto, dell'effettività del diritto comunitario sostanziale"⁶¹. Sicché per adeguarsi alla statuizione della Corte di giustizia sarebbe stato sufficiente recuperare la vecchia giurisprudenza nazionale sulla c.d. frammentazione dei giudicati in materia fiscale⁶².

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

E la sentenza *Lucchini*, allora?

Quell'apparente⁶³ eresia⁶⁴ si svela ora in tutta la sua inoffensività.

⁶⁰ Corte giust. C-2/08, punto 32.

⁶¹ D.U. GALETTA, *Riflessioni sulla più recente giurisprudenza comunitaria in materia di giudicato nazionale (ovvero sull'autonomia procedurale come competenza procedurale funzionalizzata)*, in questa *Rivista*, 2009, p. 966.

⁶² D.U. GALETTA, *op. ult. cit.*, p. 964.

⁶³ A. BIONDI, *Case C-119/05, Lucchini*, in *Common Market Law Rev.*, 2008, p. 1459 ss., 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 judgement 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".

⁶⁴ 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".

La Corte di giustizia nella sentenza *Pizzarotti* si è 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”⁶⁵.

Questa conclusione era del resto già stata anticipata da autorevole dottrina⁶⁶, 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”⁶⁷.

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 *Pizza-*

⁶⁵ Corte giust., sentenza ult. cit., punto 61.

⁶⁶ D.U. GALETTA, *L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea: Paradise Lost?* cit., p. 74.

⁶⁷ 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”. ID., *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 questa *Rivista*, 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* inferto alla natura esclusiva della competenza comunitaria in materia di aiuti”.

rotti, 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”⁶⁸.

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 materiale secondo la logica dell'effetto utile dell'effetto diretto, ma v'è altresì da considerare che un simile esito ermeneutico – ancorché giustificato dall'esigenza di ripristinare la legalità comunitaria violata⁶⁹ 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 confliggente con uno dei principi fondamentali dell'ordinamento europeo: quello, appunto, della certezza del diritto⁷⁰⁻⁷¹ e della problematica in essa coinvolta della tutela del legittimo affidamento⁷².

⁶⁸ Corte giust., sentenza ult. cit., punto 64.

⁶⁹ 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”.

⁷⁰ Cfr. Corte giust. 14 settembre 2006, C-181/04, *Elmeke*, punto 31, 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 ...”.

⁷¹ A. CARDONE, (voce) *Diritti fondamentali (tutela multilivello)*, in *Enciclopedia del diritto, Annali*, Milano, 2011, Vol. 4, 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”.

⁷² F. SICILIANO, *La legalità amministrativa (comunitaria e interna) e certezza del diritto: riflessi sui rapporti amministrativi ed istituzionali*, cit., p. 46, afferma al proposito che “... i

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 diritto⁷³.

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”⁷⁴, perché il fatto controverso coinvolgeva direttamente le competenze comunitarie della Corte di giustizia e della Commissione⁷⁵.

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”⁷⁶.

Invero, come autorevole dottrina non ha mancato di evidenziare, “... 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 U.E”⁷⁷.

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

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 p. 102, che “... tra tutti i principi generali [quello] della certezza del diritto ... rappresenta una sorta di supervalore, parallelo alla legalità e consustanziale al diritto”.

⁷³ G. NAPOLETANO, *Principio della cosa giudicata e primato del diritto comunitario*, in *Foro pad.*, 2009, p. 256.

⁷⁴ Così le conclusioni dell'Avv. gen. Geelhoed nella causa *Lucchini*, punto 48.

⁷⁵ G. VITALE, *Il recupero degli aiuti di stato illegittimamente erogati*, cit., p. 609.

⁷⁶ E.M. BARBIERI, *Considerazioni sull'autorità del giudicato nazionale nel diritto comunitario dopo il caso Interedil*, cit., p. 357.

⁷⁷ C. CONSOLO, *L'ordinamento comunitario quale fondamento per la tutela cautelare del giudice nazionale (in via di disapplicazione di norme legislative interne)*, in *Dir. proc. amm.*, 1991, p. 231.

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.

Sicché, la risposta a situazioni limite quali quelle coinvolte nel giudizio *Lucchini*⁷⁸ 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.

Costituisce, invero, teorica ampiamente discussa in dottrina⁷⁹ e talvolta (si tratta, appunto, di casi limite) emergente anche nella prassi dei tribunali⁸⁰ quella della c.d. sentenza *inutiliter data*. Cioè di quella sentenza che (ancorché

⁷⁸ C. CONSOLO, op. cit., p. 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".

⁷⁹ 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. disc. priv., sez. 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".

⁸⁰ Cass. civ. 22 settembre 2004, n. 19004, in *Mass. Giust. civ.* 2005, n. 1; 28 gennaio 1994, n. 878, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, I, p. 333 ss.; ma in questo senso la Suprema Corte già si era pronunciata: 3 marzo 1959, n. 610; 23 marzo 1959, n. 891, in *Giur. it.*, 1961, I, c. 629 ss., con nota critica di V. DENTI, *Sentenza "inutiliter data" e litisconsorzio necessario*.

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 (intuitivamente, 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*.

Sicché 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 giudizio⁸¹.

⁸¹ 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. LUISSO, *Diritto processuale civile*, Milano, I, 2009, riassume le alternative soluzioni date al problema e afferma: "Vediamo ora l'efficacia della sentenza, pas-

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 processo⁸².

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"⁸³.

Sicché 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"⁸⁴. Sicché, "il giudice naziona-

sata 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 prospettiva, 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.)".

⁸² Si veda, al proposito del processo spagnolo, A. DE LA OLIVA SANTOS, *Oggetto del processo civile 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 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".

⁸³ Cfr. F. SICILIANO, *La legalità amministrativa (comunitaria e interna) e certezza del diritto: riflessi sui rapporti amministrativi ed istituzionali*, cit., p. 124.

⁸⁴ 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.

le, 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"⁸⁵.

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 impugnato⁸⁶⁻⁸⁷).

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 maliziosamente⁸⁸⁻⁸⁹) esercitato le

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 ID., *La tenuta del giudicato nazionale al banco di prova del contratto con l'ordinamento comunitario*, in *Riv. dir. trib.*, 2008, IV, p. 169, 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" (ivi, a p. 170).

⁸⁵ Cfr. punto 72 delle conclusioni dell'Avvocato generale Geelhoed nella causa *Lucchini*.

⁸⁶ A. NEGRELLI, *Il primato del diritto comunitario e il giudicato nazionale: un confronto che si poteva evitare o risolvere altrimenti*, in *Riv. it. dir. pubbl. comp. europeo*, 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".

⁸⁷ G. MARI, *La forza di giudicato delle decisioni dei giudici nazionali di ultima istanza nella giurisprudenza comunitaria*, cit., p. 1028, 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 "... enfatizza le differenze esistenti tra inoppugnabilità e regiodica" (ivi, p. 1029).

⁸⁸ G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, 2008, p. 209, ha parlato al proposito di "violazione sicuramente consapevole del diritto comunitario".

⁸⁹ Il Governo olandese (come riferisce l'Avv. gen. Geelhoed nelle conclusioni nella causa *Lucchini*, al punto 26) 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".

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 contraddittorio⁹⁰.

Sicché 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 discussione⁹¹; o se non si trattasse, invece, di 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 contraddittorio⁹² dinanzi al giudice competente (la Corte di giustizia).

⁹⁰ L'Avv. gen. Geelhoed nelle conclusioni nella causa *Lucchini*, al punto 46, 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 intendino 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".

⁹¹ 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 (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 europolitano, 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".

⁹² D. U. GALETTA, *Riflessioni sulla più recente giurisprudenza comunitaria in materia di giudicato nazionale*, cit., p. 979, ha così correttamente 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".

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.

Sicché, 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 giustifica la diversa opinione del sovvertimento dei principi fondamentali del nostro ordinamento⁹³.

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 fondamentale 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 giudicato⁹⁴, in tal modo pregiudicando oltre misura l'effetto utile dell'effetto diretto delle norme europee.

ABSTRACT

There is no contradiction between the ECJ's *Lucchini* case-law of non-application of national *res judicata* invasive of Community competence on state aid and the principle of procedural autonomy, because the obligation of interpretation in conformity with UE law requires the interpreter to apply extensively – in similar abnormal proceedings where is involved the interest of a third party excluded from the process – the case-law of national courts concerning the ineffective (*inutiliter datum*) judgment.

⁹³ A. NEGRELLI, *Il primato del diritto comunitario e il giudicato nazionale*, cit., p. 1232.

⁹⁴ D.U. GALETTA, *op. ult. cit.*, p. 970.

NOTIZIE SUGLI AUTORI

FRANCESCO BESTAGNO, *Ordinario di Diritto dell'Unione europea*, Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano.

ROBERTO CISOTTA, *Ricercatore di Diritto internazionale*, Università LUMSA di Roma.

MARIA FRANCESCA CUCCHIARA, *Dottoranda di ricerca in Diritto pubblico, Giustizia penale e internazionale*, Università di Pavia.

CARLO CURTI GIALDINO, *Associato di Diritto dell'Unione europea*, Università "La Sapienza" di Roma.

MARCO EVOLA, *Professore a contratto di Diritto dell'Unione europea*, Università di Palermo.

MASSIMO GIAVAZZI, *Professore a contratto di Diritto amministrativo europeo*, Università statale di Milano.

KOEN LENAERTS, *Vice-presidente della Corte di giustizia dell'Unione europea*, Lussemburgo, e *Professore di Diritto dell'Unione europea*, Università di Leuven.

PAOLO MENGOZZI, *Avvocato generale presso la Corte di giustizia dell'Unione europea*, Lussemburgo.

Finito di stampare nel mese di maggio 2015
nella Stampatre s.r.l. di Torino
Via Bologna, 220