

IL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA

Anno XIII Fasc. 3 - 2008

Enzo Cannizzaro

**SUI RAPPORTI FRA SISTEMI
PROCESSUALI NAZIONALI E DIRITTO
DELL'UNIONE EUROPEA**

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

Sui rapporti fra sistemi processuali nazionali e diritto dell'Unione europea

di ENZO CANNIZZARO

SOMMARIO: I. Considerazioni introduttive. — II. Due modelli teorici: il modello integrazionista e il modello separatista. — III. Giudicato nazionale e norme comunitarie. La prospettiva classica. — IV. La giurisprudenza recente. Il problema dei limiti al giudicato nazionale come problema di tutela dei diritti individuali nel caso *Kühne*. — V. Giudicato nazionale e competenze esclusive delle istituzioni comunitarie nel caso *Lucchini*. — VI. (*Segue*). Analisi critica della soluzione adottata dalla Corte. — VII. Il problema del giudicato come rapporto fra sistemi processuali di tutela nel caso *Kempter*. — VIII. Considerazioni conclusive.

I. Nel determinare gli effetti del diritto comunitario sui sistemi processuali nazionali, la giurisprudenza della Corte di giustizia si è ispirata variamente a due concezioni difficilmente conciliabili fra loro. Da un lato, essa ha costantemente affermato il principio dell'autonomia processuale degli Stati membri. Secondo tale principio, in assenza di disposizioni di armonizzazione, la realizzazione di posizioni soggettive comunitarie va assicurata nel quadro degli strumenti processuali di garanzia di ciascun ordinamento nazionale¹. D'altro lato, in talune pronunce assai conosciute, la Corte ha ritenuto che la salvaguardia dei principi del primato e degli effetti diretti del diritto comunitario implica la necessità di disapplicare istituti processuali nazionali suscettibili di interferire con norme comunitarie e ostacolarne l'effettività².

¹ L'elaborazione del principio risale essenzialmente alle due pronunce Corte giust. 16 dicembre 1976, causa 33/76, *Rewe*, in *Racc.*, p. 1989, e 9 novembre 1983, causa 199/82, *San Giorgio*, in *Racc.*, p. 3595. Fra le pronunce più recenti, si veda Corte giust. 14 dicembre 1995, cause riunite C-430/93 e C-431/93, *Van Schijndel e Van Veen*, in *Racc.*, p. I-4705; 9 dicembre 2003, causa C-129/00, *Commissione c. Italia*, in *Racc.*, p. I-4637; 13 marzo 2007, causa C-432/05, *Unibet*, in *Racc.*, p. I-2271; 7 giugno 2007, cause riunite C-222/05 a C-225/05, *Van der Weerd*, in *Racc.*, p. I-4233; 15 aprile 2008, causa C-268/06, *Impact*, non ancora pubblicata in *Racc.*; 24 aprile 2008, causa C-55/06, *Arcor*, non ancora pubblicata in *Racc.*

² Fra i casi più noti conviene menzionare le celebri sentenze 9 marzo 1978, causa 106/77, *Simmenthal*, in *Racc.*, p. 629, e 19 giugno 1990, causa C-213/89, *Factortame*, in *Racc.*, p. I-2433. V. anche Corte giust. 25 luglio 1991, causa C-208/90, *Emmot*, in *Racc.*, p. I-4269; 14 dicembre 1995, causa C-312/93, *Peterbroeck*, in *Racc.*, p. I-4599; 1 giugno 1999, causa C-126/97, *Eco Swiss*, in *Racc.*, p. I-3055; 21 novembre 2002, causa C-473/00, *Cofidis*, in *Racc.*, p. I-10875.

I due orientamenti della Corte non sono facilmente armonizzabili. Il primo si fonda su una concezione del diritto processuale come sistema strumentale di garanzia, ispirato quindi a logiche e dinamiche diverse da quelle che ispirano la normativa sostanziale, e neutrale rispetto ad esse. È comprensibile come, in tale prospettiva sia del tutto accettabile che, in assenza di garanzie processuali proprie dell'ordinamento comunitario, l'attuazione di posizioni soggettive derivanti da esso sia soggetta alle medesime condizioni e limiti stabiliti dal diritto processuale di ciascuno Stato membro per situazioni puramente nazionali. Il secondo orientamento tende invece a concepire il diritto processuale nazionale come parte del processo di attuazione della normativa comunitaria. In una concezione di questo tipo, evidentemente, qualsiasi meccanismo processuale nazionale è suscettibile di venire in contrasto con il diritto comunitario per il solo fatto di ostacolare o alterare la piena realizzazione delle posizioni soggettive fondate su di esso.

II. I diversi modi di ricostruire il rilievo dei sistemi processuali nazionali nell'ordinamento dell'Unione rispondono a diverse concezioni dei rapporti fra diritto comunitario e diritto interno. Conviene accennare ad esse anche al fine di rilevare il rapido sviluppo concettuale che si è verificato in questo campo e che conduce la riflessione scientifica verso modelli diversi da quelli classici del monismo e del dualismo, che non appaiono sempre adeguati a dar ragione della specificità dei rapporti tra ordinamento dell'Unione e ordinamenti nazionali³. Difatti, una considerazione, anche sommaria, degli orientamenti giurisprudenziali consente di individuare come il problema dei rapporti fra diritto dell'Unione europea e sistemi processuali nazionali tenda ad ordinarsi secondo due diverse prospettive teoriche, ciascuna delle quali riecheggia, in misura diversa, nella giurisprudenza della Corte di giustizia.

In una prospettiva teorica classica, di tipo integrazionista, la normativa comunitaria viene, appunto, ad integrarsi nel più ampio e comprensivo insieme delle norme nazionali pur mantenendo i ca-

La giurisprudenza della Corte ha anche operato *in positivo* definendo in taluni casi l'obbligo degli Stati membri di riconoscere diritti processuali altrimenti non ammessi. È stato così sancito l'obbligo di consentire l'impugnazione di atti amministrativi nazionali intermedi inseriti in procedimenti complessi che si concludono con l'adozione di un atto a livello comunitario, a prescindere dalla loro diretta lesività. Si veda Corte giust. 6 dicembre 2001 causa C-269/99, *Kühne*, in *Racc.*, p. I-9517, para. 58.

³ Cfr. A. TIZZANO, *Ancora sui rapporti tra Corti europee: principi comunitari e c.d. controlimiti costituzionali*, in *Diritto comunitario e diritto interno. Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, 20 aprile 2007*, Milano, 2008, p. 479 ss.

ratteri di supremazia e di effetto diretto che sono ad essa propri. Non ha molta importanza, in questo modello, stabilire se la normativa comunitaria diventi parte, secondo una prospettiva dualista, dell'ordinamento interno, ovvero se siano le norme interne ad essere concepite, secondo una prospettiva monista, come norme strumentali di applicazione delle norme comunitarie. Quel che conta, ai nostri fini, è che la prospettiva integrazionista tende a concepire la normativa sostanziale comunitaria e la normativa processuale degli Stati membri come parti di un'unica esperienza giuridica nella quale il diritto nazionale diventa strumento di garanzia del diritto comunitario assicurandone la coerenza ordinamentale. In questa prospettiva, evidentemente, non vi sarebbe spazio per pensare che il diritto comunitario debba godere di garanzie processuali diverse rispetto a quelle assicurate all'attuazione di norme interne.

È questa, verosimilmente, la prospettiva alla quale si è ispirata la Corte di giustizia nel delineare il principio dell'autonomia processuale degli Stati membri. Peraltro, l'accoglimento integrale di tale prospettiva teorica avrebbe come conseguenza che il diritto comunitario dovrebbe contare, per la garanzia delle posizioni soggettive che esso produce, unicamente sugli strumenti processuali di ciascuno Stato membro. Non si tratta, evidentemente di una prospettiva del tutto accettabile dato che gli strumenti processuali di garanzia ben possono interferire con l'applicazione della normativa sostanziale attenuandone o pregiudicandone l'effettività. Difatti, nell'affermare il principio dell'autonomia processuale degli Stati membri, la Corte di giustizia ha costantemente avuto cura di aggiungere che esso trova un limite nel principio dell'equivalenza rispetto alla tutela assicurata a posizioni interne nonché nell'esigenza di non pregiudicare l'effettività della normativa comunitaria.

D'altra parte, una eccessiva enfasi posta sull'effettività del diritto comunitario potrebbe d'altra parte svuotare di contenuto il principio della autonomia processuale. È chiaro infatti che qualsiasi strumento processuale, determinando i modi e i limiti della tutela di posizioni soggettive, finisce con l'interferire con l'applicazione di norme sostanziali. Ciò accade, in particolare, per quelle norme processuali che stabiliscono termini e preclusioni, incidendo così in maniera sensibile sulla possibilità di invocare una certa norma sostanziale.

Incentrata proprio sull'esigenza di assicurare l'effettività del diritto dell'Unione appare quindi la seconda prospettiva teorica, tesa a limitare, in maniera assai penetrante, l'applicazione di strumenti processuali nazionali al fine di assicurare l'effettività del diritto

dell'Unione. In antitesi rispetto alla prospettiva integrazionista, questa concezione può allora essere definita come di tipo internazionalista. Secondo tale prospettiva, infatti, le posizioni soggettive derivanti dal diritto comunitario, pur se destinate ad operare negli ordinamenti nazionali, non si integrano in essi ma si impongono piuttosto dall'esterno dell'ordinamento dello Stato. Esse costituiscono, in termini tecnici, una articolazione di un obbligo che si indirizza allo Stato e che questi è chiamato, attraverso il proprio ordinamento processuale, ad attuare. In questa prospettiva, allora, non conta tanto come l'ordinamento nazionale assista l'attuazione delle posizioni soggettive derivanti dal diritto comunitario, ma esclusivamente che queste posizioni siano effettivamente garantite. Dato che l'obbligo di assicurare l'effettiva realizzazione di posizioni soggettive incombe allo Stato nel suo complesso, eventuali ostacoli derivanti da norme procedurali nazionali non possono, in questa prospettiva, essere adottati come giustificazione per la mancata attuazione dell'obbligo.

Ancorché il primo modello, quello integrazionista, possa apparire come maggiormente idoneo ad assicurare il primato del diritto comunitario rispetto alla normativa nazionale, non vi è dubbio che rispetto agli ostacoli rappresentati dai sistemi processuali nazionali sia piuttosto il secondo modello quello più efficace al fine di assicurare l'attuazione del diritto comunitario. Non sorprende che, pragmaticamente, ambedue siano stati utilizzati dalla Corte di giustizia. Il primo schema, quello integrazionista, è quello correntemente utilizzato al fine di risolvere i conflitti di tipo normativo: fra una norma comunitaria superiore ed una norma nazionale inferiore. Questo schema sembra invece meno idoneo a spiegare i limiti all'autonomia processuale degli Stati membri e, quindi, l'impatto del diritto comunitario rispetto a norme nazionali di tipo strumentale. In situazioni nelle quali il funzionamento dei meccanismi nazionali di garanzia si risolve in un ostacolo per l'effettiva applicazione del diritto comunitario, la Corte ha teso piuttosto ad adottare uno schema più spiccatamente internazionalista, nel quale il metro per determinare la compatibilità fra il diritto comunitario e i sistemi processuali nazionali sarebbe allora dato dal criterio dell'effettività della tutela.

III. Un esempio paradigmatico della difficoltà di racchiudere in un modello concettuale unitario le varie sfaccettature del rapporto fra diritto comunitario e sistemi processuali nazionali è dato dal problema del giudicato nazionale. Le norme nazionali che stabili-

scono, in vari modi e con vari limiti, la definitività di decisioni giudiziarie, ispirate invero all'esigenza di assicurare stabilità e certezza alle situazioni giuridiche, potrebbero risultare infatti in conflitto rispetto all'esigenza di non pregiudicare l'effettività del diritto comunitario. Il principio del primato, nella accezione assoluta talvolta accolta nella giurisprudenza della Corte, dovrebbe allora travolgere qualsiasi norma processuale nazionale che costituisca un ostacolo alla applicazione del diritto comunitario. Un tale conflitto non sorgerebbe, di converso, in una prospettiva fondata sul principio dell'autonomia dei sistemi processuali nazionali, nella quale invece il primato del diritto comunitario trova un limite nell'esigenza di assicurare certezza e stabilità delle situazioni giuridiche definitivamente accertate dal giudice nazionale, sulla base dei medesimi meccanismi processuali applicabili a situazioni meramente interne.

Come è noto, la giurisprudenza comunitaria ha in passato espresso posizioni assai nette a favore dell'intangibilità dei giudicati nazionali⁴. In questo senso ha contribuito sia il generale principio dell'autonomia processuale degli Stati membri – un principio di chiara impronta integrazionista – sia la circostanza che l'interesse tutelato dal giudicato, dato dalla certezza delle situazioni giuridiche, costituisce, ad avviso della Corte, un principio proprio anche dell'ordinamento comunitario.

In talune sentenze più recenti, peraltro, la Corte sembrerebbe aver precisato tale orientamento indicando che vi sono situazioni nelle quali l'applicazione del diritto comunitario non sarebbe ostacolata dall'esistenza di decisioni giudiziarie e amministrative nazionali definitive. Il mutamento di indirizzo della Corte sembra motivato soprattutto dalla considerazione delle particolari circostanze di fatto dei casi decisi. Peraltro, la portata di tali decisioni è molto ampia e sembra andare ben al di là dei singoli casi che le hanno occasionate. Conviene quindi analizzare, sia pure rapidamente, le decisioni più rilevanti della Corte al fine di vedere se ciascuna di esse

⁴ V. Corte giust. 30 settembre 2003, causa C-224/01, *Köbler*, in *Racc.*, p. I-10239; 16 marzo 2006, causa C-234/04, *Kapferer*, in *Racc.*, p. I-2585. In dottrina v. C.D. CLASSEN, in *Common Market Law Rev.*, 2004, p. 813; P.J. WATTEL, *Köbler, Cilfit and Welthgrove: We Can't Go on Meeting like This*, in *Common Market Law Rev.*, 2004, p. 177; J.H. JANS, *State Liability and Infringements Attributable to National Courts: A Dutch Perspective on the Köbler case*, in J.W. DE ZWAAN, J.H. JANS, F.A. NELISSEN (eds.), *The European Union: An Ongoing Process of Integration: Liber Amicorum Alfred E. Kellermann*, The Hague, 2004 p. 165; A. ADINOLFI, *Rapporti fra norme comunitarie e norme interne integrate da sentenze additive della Corte costituzionale: un orientamento (... "sperimentale") del Consiglio di Stato*, in *Riv. dir. int.*, 2006, p. 139; M. BREUER, *State Liability for Judicial Wrongs and Community Law: the Case Gerhard Köbler v Austria*, in G. CANIVET, M. ANDENAS, D. FAIRGRIEVE (eds.), *Independence, Accountability, and the Judiciary*, London, 2006, p. 385.

debba essere spiegata alla luce del contesto fattuale ad essa proprio ovvero se sia possibile delineare un nuovo orientamento in tema di rapporti fra giudicato nazionale e diritto comunitario.

IV. L'interesse della sentenza *Kühne*⁵ per i nostri fini deriva essenzialmente dalla circostanza che, in questo caso, la Corte ha esaminato l'impatto del diritto comunitario sul giudicato nazionale essenzialmente come un problema di garanzia di posizioni soggettive individuali: quelle di un soggetto che ha diligentemente, quanto inutilmente, invocato il diritto comunitario nel corso di un procedimento giudiziario, e vede poi preclusa la possibilità di rimettere in discussione la decisione giudiziaria che, in seguito ad una decisione della Corte di giustizia adottata in relazione ad un diverso procedimento, si riveli retrospettivamente fondata su una scorretta applicazione della normativa comunitaria. Si trattava, come è noto, di un soggetto destinatario di una decisione amministrativa che egli aveva impugnato innanzi al giudice nazionale per farne rilevare la contrarietà rispetto al diritto comunitario. Il giudice respingeva quindi il ricorso senza operare, neanche in ultima istanza, un rinvio interpretativo alla Corte. Si poneva quindi il problema di vedere se il singolo avesse il diritto ad ottenere la revisione della decisione amministrativa una volta che questa fosse risultata in contrasto con l'interpretazione del diritto comunitario nel frattempo adottata dalla Corte di giustizia in relazione ad un diverso procedimento.

La particolarità della situazione di fatto ha quindi indotto la Corte ad individuare in maniera assai precisa le condizioni alle quali sorge il dovere della pubblica amministrazione di riesaminare un provvedimento amministrativo definitivo. La sentenza indica, a tale scopo, la coesistenza di quattro condizioni: che la pubblica amministrazione disponga, secondo il diritto nazionale, del potere di ritornare su tale decisione; che la decisione in questione sia divenuta definitiva in seguito ad una sentenza di un giudice nazionale che statuisce in ultima istanza; che tale sentenza, alla luce di una giurisprudenza della Corte successiva alla medesima, risulti fondata su un'interpretazione errata del diritto comunitario adottata senza che

⁵ Corte giust. 13 gennaio 2004, causa C-453/00, in *Racc.*, p. I-837. Si veda in dottrina G. GATTINARA, *Il ruolo comunitario delle amministrazioni nazionali alla luce della sentenza Kühne & Heitz*, in *Dir. com. scambi internaz.*, 2004, p. 489 e la nota di R. CARANTA in *Common Market Law Rev.*, 2005, p. 179. Più in generale, sulla problematica, v. V. CERULLI IRELLI, *Trasformazioni del sistema di tutela giurisdizionale nelle controversie di diritto pubblico per effetto della giurisprudenza europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2008, p. 433 ss.; M.P. CHITI, *La peculiarità dell'invulnerabilità amministrativa per anticomunitarietà*, *ibid.*, p. 477 ss.

la Corte fosse adita in via pregiudiziale; che l'interessato si sia rivolto all'organo amministrativo immediatamente dopo essere stato informato della detta giurisprudenza ⁶.

In una prospettiva di tipo normativo, la soluzione della Corte non appare molto coerente. In particolare, desta sorpresa la seconda delle condizioni enunciate. Appare difficile comprendere, infatti, perché fra le condizioni per rivedere un provvedimento amministrativo definitivo vi debba essere l'esistenza di una sentenza confermativa di tale provvedimento pronunciata in ultima istanza. Può apparire infatti paradossale che non si imponga la revisione di un provvedimento amministrativo non impugnato, una volta che se ne sia rivelata la contrarietà al diritto comunitario, mentre la revisione del medesimo provvedimento si impone, allorché esso sia stato confermato da una sentenza passata in giudicato. Eppure nel secondo caso, e non nel primo, la definitività del provvedimento è assistita non soltanto da un meccanismo di inimpugnabilità, tipico dell'atto amministrativo definitivo, ma addirittura dal meccanismo proprio della cosa giudicata ⁷.

Conviene notare, inoltre, che la Corte di giustizia nella sentenza *Kühne* ha in mente una situazione particolare: quella nella quale il conflitto fra giudicato nazionale e diritto comunitario sorga *ex post*, dopo cioè che la decisione nazionale sia divenuta definitiva. Alla base della soluzione adottata dalla Corte di giustizia vi è infatti l'ipotesi che una decisione sia adottata dalle autorità nazionali in conformità agli orientamenti interpretativi della Corte di giustizia — e che, di conseguenza, il giudice nazionale non sollevi un rinvio

⁶ Si veda il punto 28 della sentenza.

⁷ Una possibile spiegazione emerge invero dalla successiva sentenza Corte giust. 19 settembre 2006, cause riunite C-392/04 e C-422/04, *Arcor*, in *Racc.*, p. I-8559, la quale, nei paragrafi 53 e 54, sembra indicare che, per avvalersi del rimedio configurato dalla Corte nel caso *Kühne*, l'individuo debba aver esaurito previamente i ricorsi giurisdizionali posti a sua disposizione dall'ordinamento nazionale. Questa spiegazione non appare molto convincente e solleva anzi rilevanti questioni teoriche. Da un punto di vista tecnico è difficile conciliare infatti l'esigenza del previo esaurimento dei ricorsi interni con il principio, riconosciuto recentemente dalla Corte di giustizia nel caso *Kempter* (v. infra par. 7) secondo il quale l'individuo non è tenuto ad invocare il diritto comunitario nel procedimento giudiziario nazionale al fine di opporsi al giudicato. Non si vede a quale fine richiedere, per poter invocare il diritto comunitario nei confronti di un provvedimento amministrativo definitivo, che l'individuo abbia esaurito i ricorsi messi a sua disposizione dal diritto interno per far valere l'invalidità del provvedimento quando la circostanza che egli abbia, in tali ricorsi, invocato il diritto comunitario a sostegno della propria pretese non rileva nemmeno. Da un punto di vista teorico, inoltre, l'applicazione del principio dell'esaurimento dei ricorsi interni sembra accentuare la natura internazionalista dei rapporti fra diritto comunitario e sistemi processuali nazionali. In una prospettiva integrazionista, infatti, sarebbe logico attendersi che le norme comunitarie, che possono essere invocate per opporsi ad un giudicato nazionale, possano egualmente essere invocate in qualsiasi procedimento, giudiziario o amministrativo, diretto ad opporsi ad un provvedimento amministrativo inimpugnabile.

pregiudiziale non dando modo alla parte privata di sollecitare un mutamento di giurisprudenza — ma che successivamente, in relazione ad un diverso procedimento, la Corte di giustizia muti orientamento per modo che la decisione divenuta definitiva divenga, retrospettivamente, in conflitto con il diritto comunitario. Questa soluzione appare però assai problematica soprattutto laddove fa dipendere l'esistenza di un diritto del singolo ad ottenere la revisione di provvedimenti definitivi contrari al diritto comunitario dalla sopravvenienza del conflitto, in seguito ad un mutamento della giurisprudenza della Corte. 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 ⁸.

Talune delle apparenti bizzarrie della sentenza *Kühne* possono essere spiegate alla luce delle eccezionali circostanze di questo caso. Invero la soluzione della Corte, che su tali particolari circostanze si fonda, sembra preconstituire una sorta di rimedio di carattere eccezionale a favore dell'individuo che ha inutilmente invocato il diritto comunitario, per poi vedersi preclusa la possibilità di avvalersene in virtù del giudicato nazionale. L'incoerenza della soluzione si attenua infatti, se pure non si elimina del tutto, se si pone in connessione la seconda con la terza delle condizioni enunciate: che cioè il giudice non abbia provveduto, come probabilmente sarebbe stato suo dovere, a rinviare la questione interpretativa alla Corte di giustizia affinché questa potesse essere messa in grado di indicare la corretta

⁸ Questa conclusione potrebbe trovare qualche elemento di supporto nella menzionata sentenza *Arcor*. In questa decisione, la Corte ha affermato l'esistenza di un dovere della pubblica amministrazione di revocare un atto amministrativo contrario, già al momento del suo sorgere, ad una regola del diritto comunitario laddove un tale dovere sussisterebbe anche per un atto amministrativo manifestamente contrario ad una regola superiore di diritto interno. Si può notare come, nel caso deciso dalla sentenza *Arcor*, l'affievolimento del carattere della definitività di atti amministrativi si verificava in una situazione ben diversa da quella descritta paradigmaticamente dalle quattro condizioni del caso *Kühne*. La decisione amministrativa risultava già, al momento della sua adozione, contraria al diritto comunitario, in un momento cioè nel quale il singolo poteva considerare tale motivo di illegittimità e procedere quindi ad impugnare l'atto. La Corte ha bensì sottolineato, con molta cura, che il diritto comunitario non stabilisce un potere autonomo di revoca dell'atto amministrativo definitivo, ma ha teso piuttosto a rinvenire tale potere nell'ordinamento processuale nazionale, che imponeva al giudice di revocare un atto definitivo manifestamente illegittimo. Essa ha tuttavia sottolineato come la contrarietà dell'atto al diritto comunitario dovrebbe comportare sempre la sua manifesta illegittimità. Nonostante quindi, in apparenza, il caso *Arcor* costituisca una classica applicazione del principio della autonomia processuale, a ben guardare esso sembra invece motivato essenzialmente con considerazioni attinenti alla gerarchia delle fonti e, quindi, al primato del diritto comunitario.

interpretazione del diritto comunitario. Presupposto implicito della sentenza è quindi che un intervento della Corte di giustizia avrebbe consentito al giudice di applicare correttamente il diritto comunitario e, quindi, di annullare un provvedimento amministrativo fondato su una falsa interpretazione di esso, prevenendo l'insorgere di un conflitto con il diritto comunitario. La necessità di un ricorso giurisdizionale interno al fine di eliminare gli effetti del giudicato acquisita quindi coerenza solo a patto di concepire tale ricorso come parte di un procedimento teso ad assicurare al singolo il « diritto » al rinvio pregiudiziale come presupposto per la corretta applicazione delle posizioni giuridiche che ad esso derivano in forza del diritto comunitario.

In conclusione, la soluzione elaborata dalla Corte nella sentenza *Kühne* rivela notevoli margini di problematicità. Ciò è verosimilmente dovuto alla volontà della Corte di dettare condizioni assai stringenti, e modellate sulle circostanze della singolare fattispecie da decidere, al fine di evitare di interferire eccessivamente rispetto al principio della cosa giudicata: uno dei principi fondamentali degli ordinamenti processuali nazionali. Taluni profili problematici saranno esaminati nei prossimi paragrafi, in relazione allo sviluppo ulteriore della giurisprudenza della Corte. Ai limitati fini della presente analisi, peraltro, non è necessario procedere ad una esaustiva discussione della soluzione adottata dalla Corte. Conviene solo porre in evidenza come tale soluzione apra una prospettiva nuova nei rapporti fra diritto comunitario e istituti processuali nazionali. Essa sembra imperniata sulla concezione del rinvio pregiudiziale come una articolazione del sistema processuale nazionale tesa ad soddisfare la pretesa del singolo ad una corretta applicazione del diritto comunitario. Ne consegue l'esigenza di non consentire che istituti processuali nazionali, quali le norme che tutelano il giudicato, e pongono un limite alla possibilità di rimettere in discussione decisioni giudiziarie, possano vanificare il diritto dell'individuo di vedere realizzate posizioni soggettive fondate sul diritto comunitario. Pur se la sentenza *Kühne* appare ispirata soprattutto da una logica di tutela di posizioni soggettive individuali, da essa sembra emergere, sia pure in maniera ancora imperfetta, come la soluzione del problema dei rapporti fra giudicato nazionale e diritto comunitario derivi dalla dinamica dei rapporti reciproci fra il sistema processuale nazionale e il meccanismo comunitario del rinvio pregiudiziale⁹. Tale ipotesi va peraltro verificata alla luce delle più recenti

⁹ V. soprattutto il par. 22 della sentenza.

acquisizioni della giurisprudenza, alle quali conviene allora volgere l'attenzione.

V. La prospettiva inaugurata dalla Corte in *Kühne* si è poi arricchita ulteriormente nella controversa decisione adottata dalla Corte nel caso *Lucchini*¹⁰. Il caso concerneva, come è noto, la questione degli effetti di una sentenza che aveva statuito definitivamente in materia di rapporti civilistici fra le parti, riconoscendo l'esistenza di un credito a favore di soggetti privati nei confronti dello Stato italiano, senza tuttavia tener conto dell'esistenza di una decisione della Commissione che qualificava la prestazione dovuta dallo Stato come un aiuto incompatibile con il mercato comune e ne imponeva la restituzione. La Corte ha quindi negato che il principio della cosa giudicata potesse impedire l'azione di recupero dell'aiuto incompatibile con il mercato comune¹¹.

Questa conclusione è formulata in termini assai generali. La Corte vi perviene sulla base di un percorso argomentativo nel quale, per lo meno nei suoi iniziali svolgimenti, sembra acquisire rilievo preponderante l'esigenza di evitare che i meccanismi processuali nazionali possano pregiudicare l'effettività del diritto comunitario¹². Questa soluzione, di chiara impronta internazionalista, tuttavia, dovrebbe condurre logicamente ad affermare che il principio del giudicato non possa in alcuna occasione essere opposto alla parte che invochi a sostegno delle proprie pretese il diritto comunitario. Se così fosse, questa soluzione tenderebbe a limitare in maniera assai pronunciata l'autonomia dei sistemi di garanzia processuale degli Stati membri. Se l'obbligo di garantire posizioni soggettive fondate sul diritto comunitario venisse considerato come assoluto, esso non dovrebbe trovare alcun ostacolo in norme processuali nazionali, ivi comprese quelle che salvaguardano l'intangibilità del giudicato e assicurano per questa via, la certezza delle situazioni giuridiche.

Difatti, in altra parte della sentenza, la Corte ha assunto una

¹⁰ Corte giust. 18 luglio 2007, causa C-119/05, in *Racc.*, p. I-6199. Si vedano, in dottrina E. SCODITTI, *Giudicato nazionale e diritto comunitario*, in *Foro it.* 2007, IV Col. 533-535; R. BARATTA, *La cosa giudicata non limita il principio della primauté... peraltro espunto dal progetto di riforma dell'Unione Europea*, in *Giust. civ.*, 2007, 1, p. 2659-2662; C. CONSOLO, *La sentenza Lucchini della Corte giustizia: quale possibile adattamento degli ordinamenti processuali interni e in specie del nostro?*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 225-238.

¹¹ Paragrafo 63 della sentenza.

¹² Si legge infatti al par. 61 « Risulta inoltre da una giurisprudenza costante che il giudice nazionale incaricato di applicare, nell'ambito della propria competenza, le norme di diritto comunitario ha l'obbligo di garantire la piena efficacia di tali norme, disapplicando all'occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale ».

posizione più moderata. Essa sembra infatti indicare come la soluzione adottata fosse piuttosto tesa a salvaguardare l'esclusività della competenza della Commissione in tema di aiuti di Stato¹³. Questo elemento, propriamente valorizzato, potrebbe quindi condurre a ritenere come, nel sistema concettuale presupposto dalla sentenza, la mancata o l'errata applicazione del diritto comunitario da parte del giudice non sarebbe, di per sé, un elemento atto a far venire meno gli effetti di giudicato della sentenza che egli pronunci. Tale effetto andrebbe piuttosto ricollegato alla circostanza che il giudice abbia disposto, per lo meno in via incidentale, un accertamento su un profilo, quello della compatibilità di un aiuto con le regole del mercato comune, sottratto alla sua competenza e invece demandata alla competenza esclusiva della Commissione. Difatti la sentenza insiste sull'esistenza di limiti posti alla competenza dei giudici nazionali in relazione al potere esclusivo assegnato alla competenza della Commissione¹⁴. Un giudicato nazionale che disponga in una materia nella quale esso non potrebbe validamente formarsi sarebbe, quindi, inopponibile nei rapporti fra le parti.

Il venir meno del giudicato costituirebbe allora la conseguenza di un conflitto di competenza. Esso, più precisamente, costituirebbe un effetto della carenza di potere di giudicare da parte del giudice nazionale. Come si legge in un passaggio della pronuncia, la normativa nazionale che stabilisce il principio della cosa giudicata non potrebbe essere utilizzata in maniera tale che ad « una decisione di un giudice nazionale vengano attribuiti effetti che eccedono i limiti della competenza del giudice di cui trattasi, quali risultano dal diritto comunitario »¹⁵.

È verosimile che il riferimento all'esclusività del potere della Commissione in tema di aiuti di Stato abbia sia la funzione di rafforzare la capacità persuasiva della sentenza, che quella di delimitare la portata del principio, altrimenti rivoluzionario, accolto dalla Corte. La lettura della sentenza ingenera infatti l'impressione che la Corte non abbia inteso affermare un principio di carattere generale, quanto piuttosto rinvenire una soluzione equa alla luce delle particolari esigenze del caso di specie. È noto che la fantasia degli Stati nell'ideare giustificazioni alla mancata restituzione di aiuti vietati dal Trattato si rivela pressoché sconfinata.

¹³ *Ibidem*, paragrafo 52.

¹⁴ Si vedano i paragrafi 50, 51 e 52 e, ancora, il paragrafo 62.

¹⁵ Par. 59 della sentenza.

VI. (*Segue*) Un esame tecnico di tale soluzione rivela però la fragilità di questo assunto. È difficile, innanzitutto, ritenere che l'esistenza di una competenza esclusiva assegnata ad una istituzione della Comunità valga di per sé a precludere l'esercizio della funzione giudiziaria da parte dei giudici nazionali. Il potere della Commissione di esentare un accordo dall'applicazione del diritto antitrust, ad esempio, non è mai stato ritenuto, nel regime antecedente l'entrata in vigore del regolamento 1/2003¹⁶, incompatibile con il potere dei giudici di decidere controversie civili applicando la normativa comunitaria antitrust¹⁷.

A ben guardare, inoltre, nella sentenza *Lucchini* la Corte sembra ritenere che non la mera esistenza di un potere esclusivo della Commissione nel campo degli aiuti di Stato, bensì il suo esercizio, e cioè l'esistenza di una decisione di incompatibilità, sia stato l'elemento decisivo per considerare il giudicato nazionale formato irregolarmente. Gran parte della pronuncia è dedicata a dimostrare che i giudici nazionali avrebbero dovuto applicare la decisione della Commissione a meno di non contestarne la validità¹⁸. Se ciò fosse vero, peraltro, non dovrebbe certo essere il carattere esclusivo o meno del potere della Commissione l'elemento decisivo per impedire la formazione di un valido giudicato. Se tale elemento venisse identificato nel carattere di esclusività del potere della Commissione, infatti, l'esistenza di una decisione, che costituisce esercizio di tale potere, non dovrebbe, a rigore, aver rilievo.

La soluzione adottata dalla Corte potrebbe acquistare un significato diverso se, invece di considerare la natura esclusiva o concorrente della competenze affidate alle istituzioni politiche, si prendesse piuttosto in considerazione la natura esclusiva del potere delle istituzioni giudiziarie della Comunità di sindacare la validità di atti comunitari.

Come la sentenza *Lucchini* mette in rilievo, in una parte probabilmente più trascurata dalla dottrina, i giudici nazionali avevano indubbiamente il potere, ed anzi l'obbligo, di conoscere e di appli-

¹⁶ Regolamento 1/2003 concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli art. 81 e 82 del Trattato, in *GUCE* L 1 del 4 gennaio 2003, p. 1-25.

¹⁷ Si veda la Comunicazione relativa alla cooperazione tra i giudici nazionali e la Commissione nell'applicazione degli art. 85 e 86 del trattato CEE, in *GUCE* C 39 del 13 febbraio 1993 p. 6, spec. par. 24 ss.

¹⁸ Si legge nella pronuncia, al paragrafo 63: « 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 ».

care la decisione della Commissione in tema di aiuti di Stato. Essi, tuttavia non avevano invece il potere di disapplicarla se non in seguito ad un accertamento giudiziario della sua invalidità. Ora, nel sistema giudiziario della Comunità, tale potere è assegnato esclusivamente alla competenza della Corte di giustizia, sulla base di determinati procedimenti. Nel caso deciso dalla sentenza *Lucchini*, fra l'altro, la Corte di giustizia ha valorizzato la circostanza che la decisione della Commissione non avrebbe potuto neanche essere oggetto di rinvio pregiudiziale di validità in quanto non impugnata dal destinatario di essa entro il termine previsto dall'art. 230 del Trattato¹⁹. L'efficacia del giudicato nazionale, allora, sarebbe stata impedita non dalla mera esistenza di un potere della Commissione, né dalla circostanza che esso si sarebbe espresso in una decisione, bensì dal carattere definitivo della decisione stessa, conseguenza, a propria volta, della circostanza che, nel sistema dei rimedi giudiziari comunitari, la validità di essa non avrebbe potuto essere sindacata neanche per ricorso allo strumento del rinvio pregiudiziale. Nel caso *Lucchini* in effetti, non era in essere un generico conflitto fra giudicato nazionale e diritto comunitario, quanto piuttosto un conflitto fra due decisioni, ambedue dotate di definitività, ciascuna delle quali pretendeva di governare, in via esclusiva, la fattispecie litigiosa: quella dei giudici nazionali, dotata dell'effetto tipico del giudicato, da un lato; quella della Commissione, antecedente rispetto alla prima, e dotata dell'effetto dell'impugnabilità tipica delle decisioni comunitarie non tempestivamente impugunate.

VII. L'esame comparativo dei due casi *Kühne* e *Lucchini* sembra insomma rivelare come, al di là delle innegabili diversità fra le due situazioni non manchino, nelle due pronunce, elementi di analogia. Nel caso *Kühne* l'affievolimento dell'effetto di giudicato sembra determinato dall'esigenza di tutelare una situazione giuridica individuale — quella del soggetto al quale è stata ingiustamente negata la possibilità di invocare il diritto comunitario a sostegno delle proprie posizioni soggettive. Nel caso *Lucchini*, l'affievolimento degli effetti del giudicato sembra dovuto ad un motivo diametralmente opposto ma ispirato alla medesima logica: quello di tutelare le

¹⁹ Al paragrafo 55 la Corte ha ritenuto infatti che fosse applicabile al caso il principio stabilito nella sentenza *TWD* in base al quale, trascorso il termine per l'impugnazione previsto dall'art. 230, la questione di validità di un atto comunitario non può più essere sollevata in via pregiudiziale nell'ambito di un ricorso proposto innanzi ai giudici nazionali avverso i provvedimenti presi dalle autorità nazionali in esecuzione di tale atto. Corte giust. 9 marzo 1994, causa C-188/92, *TWD*, in *Racc.*, p. I-833.

esigenze obiettive dell'ordinamento comunitario nei confronti di un soggetto che invoca gli effetti del giudicato per opporsi all'ordine di competenze e prerogative stabilite da tale ordinamento.

Al di là delle possibili motivazioni delle due pronunce, peraltro, una analisi tecnica rivela come all'origine della mancanza di effetti del giudicato nazionale vi sia in ambedue una difficoltà di coordinamento fra il sistema dei rimedi giurisdizionali nazionali e quello dei rimedi giurisdizionali previsti dall'ordinamento comunitario. In ciascuna delle due pronunce, infatti, la considerazione di un sistema di rimedi giurisdizionali propri dell'ordinamento comunitario avrebbe consentito di evitare la formazione di giudicati irregolari. Nel caso *Kühne* il giudice avrebbe dovuto effettuare un rinvio interpretativo alla Corte di giustizia e, quindi, consentire al privato di avvalersi della corretta interpretazione della norma comunitaria a sostegno delle proprie posizioni soggettive. Nel caso *Lucchini* il giudice avrebbe, al contrario, dovuto apprezzare l'esistenza di una decisione comunitaria inimpugnabile il cui carattere definitivo avrebbe costituito un ostacolo alla formazione di una decisione giudiziaria difforme.

La necessità di considerare il sistema dei rimedi giurisdizionali propri dell'ordinamento comunitario come parte del sistema dei rimedi giurisdizionali di diritto interno sembra quindi offrire una nuova e più completa prospettiva di analisi. Se, da un lato, il diritto comunitario si affida, per l'attuazione delle posizioni soggettive che esso stabilisce, al sistema di garanzia di ciascun ordinamento nazionale, esso altresì determina propri strumenti di tutela che si affiancano, e talvolta si sovrappongono, a quelli degli Stati membri. In questo senso, i procedimenti comunitari di garanzia dei diritti sembrano allora costituire una fase ineludibile che si incardina nell'ambito dei sistemi processuali nazionali. Essi condizionano la validità stessa dei risultati dell'applicazione dei sistemi processuali di tutela nel senso che il giudicato nazionale che si sia formato in difformità rispetto ai procedimenti comunitari di garanzia dei diritti dovrebbe risultare addirittura irregolare.

Questo punto, invero assai delicato, sembra emergere, sia pure in termini non particolarmente chiari, dalla sentenza *Kempter*²⁰.

Come è noto, tale sentenza trae origine da una richiesta di un giudice nazionale di precisare la portata della sentenza *Kühne* e di chiarirne vari nodi problematici. È altrettanto noto che la Corte di giustizia ha adottato un approccio « minimalista » evitando quindi

²⁰ Corte giust. 12 febbraio 2008, causa C-2/06, non ancora pubblicata in *Racc.*

di ripercorrere i nodi problematici della soluzione adottata in *Kühne*. Proprio l'approccio eccessivamente generale di *Kühne*, e gli irrisolti problemi che tale sentenza apre, sembra quindi aver indotto la Corte ad attenersi strettamente, nel caso *Kempter*, alle questioni poste dal giudice nazionale. Nondimeno, ad un attento esame, la pronuncia si rivela più ricca di indicazioni di quanto non appaia a prima vista e sembra fornire elementi utili per una ricostruzione generale del problema.

Alla Corte era stato chiesto, in particolare se, fra le condizioni per il venir meno del carattere definitivo di una decisione amministrativa nazionale, vi fosse la circostanza che il richiedente avesse invocato il diritto comunitario a tutela delle proprie posizioni soggettive nel procedimento giudiziario nazionale concluso con la conferma della decisione impugnata. La questione è meno banale di quanto non appaia a prima vista. Nella prospettiva accolta dalla Corte in *Kühne*, che insiste sull'idea che il venir meno del giudicato nazionale costituisce una forma di tutela delle posizioni soggettive garantite dal diritto comunitario a favore di individui, appare infatti logico ipotizzare che tale forma di tutela sia collegata ad un atteggiamento attivo dell'individuo. Sembra in altri termini del tutto ragionevole, in questa prospettiva, ipotizzare che solo chi ha inutilmente invocato il diritto comunitario a sostegno delle proprie pretese nell'ambito di procedimenti giudiziari nazionali, possa poi, una volta accertata la fondatezza in diritto della propria pretesa, opporsi al giudicato che si è formato nei suoi confronti sulla base di una scorretta applicazione del diritto comunitario.

Per altro verso, però, questa conclusione appare del tutto illogica nel sistema concettuale del rinvio pregiudiziale, che non è teso alla tutela di posizioni o aspettative individuali, ma è volto invece alla garanzia di esigenze obiettive dell'ordinamento comunitario. Se, in altri termini, il giudice nazionale può essere sollecitato ad effettuare un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, esso ha altresì un dovere generale di promuoverlo anche d'ufficio, alle condizioni stabilite dal diritto comunitario, al fine di assicurare l'uniforme e coerente applicazione del diritto comunitario. Anche praticamente, la posizione processuale tenuta dalle parti nel giudizio *a quo* non assume necessariamente rilievo ai fini della scelta di disporre un rinvio, né di essa la Corte di giustizia è vincolata a dar conto.

Coerentemente con la logica del rinvio pregiudiziale, quindi, la Corte di giustizia ha concluso che il diritto « al riesame di una decisione amministrativa divenuta definitiva in virtù di una sentenza pronunciata da un giudice di ultima istanza, la quale, alla luce di una

giurisprudenza successiva della Corte, risulta basata su un'interpretazione erronea del diritto comunitario, ... non richiede che il ricorrente nella causa principale abbia invocato il diritto comunitario nell'ambito del ricorso giurisdizionale di diritto interno da esso proposto contro tale decisione »²¹.

Questa conclusione, se pure inevitabile, pone tuttavia un problema di coordinamento rispetto alla concezione prevalente che traspare dalla sentenza *Kühne*. Se la disapplicazione delle regole processuali nazionali viene svincolata dalle esigenze di tutela del singolo, che aveva invocato, diligentemente quanto inutilmente, il diritto comunitario, essa sembra allora costituire solo l'inevitabile conseguenza della scorretta applicazione del diritto comunitario da parte del giudice nazionale.

La sentenza contiene peraltro un elemento che potrebbe moderare la portata, altrimenti assai ampia, di questa conclusione. Il paragrafo 44 sembrerebbe indicare, infatti, che, se pure non è richiesto che il singolo abbia invocato a sostegno della propria posizione soggettiva un argomento tratto dal diritto comunitario, occorrerebbe nondimeno che tale argomento sia stato esaminato dal giudice che, su di esso, tuttavia, non ha fondato la propria decisione. La mancata applicazione del diritto comunitario impedirebbe allora la formazione di un valido giudicato solo allorché il giudice nazionale, anche d'ufficio, abbia considerato l'esistenza di argomenti tratti dal diritto comunitario che, rettamente intesi, avrebbero prodotto una decisione diversa, senza tuttavia attivare i meccanismi, in primo luogo il rinvio pregiudiziale, che avrebbero potuto indirizzarlo nella direzione giusta.

Questa conclusione rappresenta verosimilmente un punto accettabile di equilibrio fra le esigenze di tutela del singolo, che hanno ispirato la sentenza *Kühne*, e l'esigenza obiettiva di assicurare la corretta applicazione del diritto comunitario e, quindi, di impedire che strumenti processuali nazionali, in primo luogo il giudicato, possano venire invocati a sostegno di decisioni difformi da esso. Una soluzione di questo tipo non sarebbe però esente da obiezioni. Se infatti l'esigenza di corretta applicazione del diritto comunitario si impone obiettivamente nei confronti delle norme nazionali che tutelano l'autorità della cosa giudicata — e prescinde dalla invocazione di un individuo in un procedimento giudiziario — non sembra poi molto coerente far dipendere un tale effetto dalla circostanza che il giudice abbia effettivamente considerato l'esistenza di un argo-

²¹ Si veda il primo dispositivo della sentenza.

mento di diritto comunitario, salvo a non farne corretta applicazione. L'esigenza che il giudice nazionale abbia esaminato una questione di diritto comunitario può inoltre dar luogo a difficoltà di accertamento non agevoli da superare. Il giudice potrebbe aver fatto affidamento sull'esistenza di una precedente giurisprudenza della Corte, senza prospettare la possibilità di una sua revisione; potrebbe aver interpretato egli stesso le nozioni di diritto comunitario; potrebbe aver fondato la propria decisione unicamente su argomenti di diritto interno. A meno che la motivazione della sentenza non indichi l'esistenza di una fase formale di « esame » della questione comunitaria, è difficile desumere con certezza dalla lettura della decisione nazionale se, ed in quale forma, tale questione sia venuta in essere innanzi al giudice.

Verosimilmente in considerazione di queste difficoltà, difatti, la sentenza *Kempter* ha quindi evitato di adottare una posizione netta, ed ha invece lasciato aperta la questione della determinazione precisa delle circostanze nelle quali la mancata considerazione della « questione comunitaria » da parte del giudice nazionale comporti il venir meno dell'effetto di giudicato delle proprie decisioni. Come si afferma infatti nel par. 44 della sentenza, per soddisfare la terza delle condizioni della sentenza *Kühne* « 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 senso, allora, l'effetto del giudicato verrebbe meno al verificarsi, in alternativa, di una delle due condizioni: che il giudice nazionale abbia, verosimilmente su impulso di parte, considerato la questione di diritto comunitario, risolvendola tuttavia in senso contrario a quanto poi indicato dalla Corte di giustizia, ovvero anche solo che egli non abbia sollevato innanzi alla Corte una questione che aveva il potere o addirittura il dovere di sollevare, anche d'ufficio.

L'ambigua formulazione di questo paragrafo ben simboleggia le difficoltà concettuali che hanno accompagnato la redazione della sentenza *Kempter*. Al di là delle sue ambiguità semantiche, tuttavia, sembra verosimile pensare che essa, nel tentativo di rimuovere le incoerenze del precedente orientamento, avvii nondimeno un processo di revisione giurisprudenziale suscettibile di condurre verso approdi teoricamente più congrui. Un elemento in questa direzione può cogliersi nelle conclusioni dell'Avv. Gen. Bot. Nell'escludere che dalla sentenza si possa dedurre una sorta di dovere per il giudice di introdurre d'ufficio nel corso del procedimento nazionale motivi

tratti dal diritto comunitario, l'Avv. Gen. ha soggiunto nondimeno che « in una situazione in cui le parti nella causa principale non hanno invocato il diritto comunitario, se tale giudice dispone, in virtù del proprio diritto nazionale, del potere di esaminare *ex officio* la legittimità di un atto amministrativo con riferimento al diritto comunitario e ritiene che l'applicazione del detto diritto sia necessaria per decidere, è tenuto, in linea di principio, a investire la Corte di una domanda di interpretazione in via pregiudiziale. La terza condizione di cui alla citata sentenza *Kühne & Heitz* sarà soddisfatta se il giudice non si attiene a quest'obbligo e la decisione da questi pronunciata si basa su un'errata interpretazione del diritto comunitario »²². Questa indicazione potrebbe essere svolta nel senso di ritenere che un giudicato nazionale si forma irregolarmente qualora il diritto comunitario, pur se non invocato dalle parti a fondamento della propria pretesa, costituiva nondimeno diritto obiettivo applicabile, ma non correttamente applicato, alla controversia e il giudice abbia ommesso di sollevare un rinvio pregiudiziale innanzi alla Corte di giustizia.

Qualche elemento in questa direzione sembra emergere anche nella linea argomentativa della Corte. Si legge nella sentenza: « sebbene il diritto comunitario non imponga ai giudici nazionali di sollevare d'ufficio un motivo vertente sulla violazione di disposizioni comunitarie se l'esame di tale motivo li obbligherebbe ad esorbitare dai limiti della controversia come è stata circoscritta dalle parti, tali giudici sono tenuti a sollevare d'ufficio i motivi di diritto relativi ad una norma comunitaria vincolante quando, in virtù del diritto nazionale, essi hanno l'obbligo o la facoltà di farlo con riferimento ad una norma interna di natura vincolante »²³. La valorizzazione di questo argomento potrebbe indurre a ritenere che la sentenza *Kempter* svolga ulteriormente le indicazioni già potenzialmente contenute nel caso *Kühne*. Se in *Kühne*, il venir meno del giudicato era visto soprattutto in relazione alle esigenze soggettive di tutela della parte privata, la linea di tendenza tracciata dalla Corte in *Kempter* potrebbe condurre in maniera più decisa verso l'adozione di un criterio di carattere obiettivo, nel quale può assumere rilievo la circostanza che una controversia sia stata decisa in manifesta difformità rispetto al diritto comunitario e senza far ricorso al rimedio posto a disposizione del giudice nazionale al fine di consentirgli di applicare correttamente il diritto comunitario. Sarebbe quindi la mancata o

²² Si veda il par. 106 delle conclusioni dell'Avvocato Generale.

²³ Par. 45.

scorretta applicazione del diritto comunitario, che consegue alla mancata o scorretta attivazione del sistema di rimedi giurisdizionali da esso prevista, l'elemento decisivo che darebbe origine ad un giudicato irregolare.

VIII. Emerge insomma dalla sentenza *Kempter*, sia pure in maniera assai timida, l'idea che il giudicato nazionale non sia opponibile ad un singolo che invochi il diritto comunitario a tutela delle proprie posizioni soggettive allorché il giudicato si sia formato in difformità rispetto al diritto comunitario senza che il giudice interno abbia attivato il rinvio pregiudiziale — che l'avrebbe condotto ad applicare correttamente il diritto comunitario — che egli aveva il potere o addirittura il dovere, anche d'ufficio, di sollevare.

Una soluzione di questo tipo non sarebbe certo esente da incertezze. Non è, in particolare, agevole delimitarne la portata. Qualora essa venisse affermata in termini generali, infatti, sarebbero davvero molti i giudicati nazionali fondati su una erronea o addirittura carente applicazione del diritto comunitario, e resi senza ottemperare all'obbligo, posto ai giudici dall'art. 234 del Trattato CE, di operare un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia²⁴. Questo effetto sarebbe ancora più ampio qualora si ritenesse che la soluzione adottata dalla Corte si applichi anche a giudicati nazionali formati in seguito ad una pronuncia non di ultima istanza. L'esigenza di consentire che tali sentenze, se non impugnate, producano un effetto di cosa giudicata trasformerebbe infatti in un vero e proprio obbligo la facoltà dei giudici non di ultima istanza di sollevare questioni interpretative innanzi alla Corte di giustizia²⁵.

Pur se la soluzione adottata dalla Corte nella sentenza *Kempter* solleva una serie di questioni tecniche non agevoli da definire, taluni spunti contenuti nella sentenza profilano indubbiamente una pro-

²⁴ La sentenza *Kempter* non modifica, ed anzi ribadisce, l'esistenza di altre condizioni già stabilite a tal fine nella sentenza *Kühne*, prima fra tutti l'esigenza che l'autorità amministrativa nazionale abbia il potere di ritornare sulle proprie decisioni nonostante l'esistenza di un giudicato. Tuttavia questo elemento appare di dubbia efficacia pratica. Molti sono infatti gli ordinamenti che prevedono un tale potere, fra i quali quello italiano. Inoltre, in una prospettiva sistematica, tale condizione appare applicabile unicamente al ristretto campo del giudicato amministrativo, e non potrebbe essere utilizzato, in chiave evolutiva, al fine di limitare l'impatto del diritto comunitario sul giudicato civile o su quello penale.

²⁵ Si tratterebbe quindi di una sorta di applicazione alle questioni interpretative dell'obbligo di rinvio posto ai giudici non di ultima istanza dalla sentenza Corte giust. 22 ottobre 1987, causa 314/85, *Foto-Frost*, in *Racc.*, p. 4199 ss. Secondo le indicazioni della sentenza *Kempter*, tale obbligo sorgerebbe in tutti i casi in cui il giudice dovrebbe applicare *ex officio* una regola di diritto comunitario. Evidentemente tale obbligo sussisterebbe nelle medesime condizioni alle quali esso sorge per i giudici di ultima istanza, come precisato da Corte giust. 6 ottobre 1982, causa 283/81, *Cilfit*, in *Racc.*, 3415.

spettiva nuova nei rapporti fra giudicato nazionale e diritto comunitario. Si tratta di una prospettiva che evidenzia l'esigenza di coordinare le regole processuali nazionali, e in particolare quelle che conferiscono definitività alle pronunce giurisdizionali non soggette a gravami ordinari, con il sistema dei rimedi giurisdizionali propri dell'ordinamento comunitario. La mancata attivazione di tale sistema, nei casi in cui esso sia oggetto di un dovere diretto al giudice nazionale, ha l'effetto di rendere irregolare il procedimento di formazione della decisione giudiziaria nazionale e di impedire l'effetto tipico del giudicato. Questa soluzione, pur se non tecnicamente ineccepibile, come si è visto, ha il vantaggio di delineare un quadro nel quale le recenti pronunce della Corte di giustizia in argomento, apparentemente divergenti fra loro, trovano una coerente collocazione sistematica²⁶. Pur se sarebbe incongruo pensare ad una automatica estensione di tale principio al di fuori dei casi particolari che ne hanno occasionato l'elaborazione, è difficile non porre in connessione tale soluzione con quella che emerge dall'esame della sentenza *Lucchini*. L'idea che alla base dell'affievolimento della tutela assicurata dalle norme nazionali sul giudicato vi sia il mancato coordinamento fra sistemi nazionali e sistemi comunitari di tutela giurisdizionale sembra infatti principio di applicazione più generale rispetto alla collocazione sistematica del rinvio pregiudiziale nel quadro dei sistemi processuali nazionali. La considerazione di un giudicato nazionale, pronunciato in difformità rispetto all'obbligo del giudice di operare un rinvio alla Corte di giustizia, come irregolare sembra configurare, su scala comunitaria, l'idea della Corte di giustizia come « giudice naturale », designato a risolvere questioni interpretative e di validità del diritto comunitario. Si tratta di una prospettiva già accolta nell'ambito dell'ordinamento costituzionale tedesco²⁷, la

²⁶ Come si è notato rispetto alla sentenza *Khüne*, infatti, non sembra molto coerente indicare l'esistenza di una sentenza di un giudice di ultimo grado fra le condizioni per il venir meno del carattere definitivo di una decisione amministrativa. Ciò si può spiegare, invece, se si pensa che la decisione amministrativa aveva acquistato definitività in seguito alla sua conferma da parte di una sentenza che aveva omesso di sollevare la questione interpretativa alla Corte giustizia. Nel caso *Lucchini*, l'applicazione del medesimo principio consente di spiegare il rilievo assunto nell'argomentazione della corte dal carattere definitivo della decisione della Commissione in tema di aiuti di Stato. Dato che la scadenza del termine per l'impugnazione diretta precludeva la proposizione del rinvio pregiudiziale, il giudice nazionale non avrebbe avuto altra scelta che l'applicazione di tale decisione. Come si è notato, il venir meno dell'effetto del giudicato non sembra conseguire all'esistenza di una competenza astratta della Commissione, quanto piuttosto dall'esistenza di una competenza esercitata, vale a dire, di una decisione comunitaria divenuta definitiva.

²⁷ V. la celebre ordinanza del Bundesverfassungsgericht del 22 ottobre 1986, *Solange-II*. Rinvio in proposito al mio commento *Un nuovo indirizzo della Corte costituzionale tedesca sui rapporti fra ordinamento interno e norme comunitarie derivate*, in *Riv. dir. int.*, 1988, p. 24 ss.

quale però acquista un senso più compiuto se proposta nell'ambito dell'ordinamento comunitario.

Essa darebbe infatti una soluzione, all'annoso problema di rinvenire strumenti atti a garantire l'attuazione dell'obbligo di rinvio da parte dei giudici nazionali: un problema acutamente sentito in taluni ordinamenti nazionali, fra i quali quello italiano. Essa, inoltre, elaborata in maniera appropriata, consentirebbe anche di ricostruire gli effetti del nuovo indirizzo della Corte limitando eccessive ricadute sul principio del giudicato nazionale, una preoccupazione, come si è visto, centrale nello sviluppo più recente della giurisprudenza della Corte di giustizia.

Il rilievo della soluzione adottata dalla Corte non è irrilevante neanche da un punto di vista teorico. Essa sembra infatti delineare un modello di rapporti fra diritto comunitario e strumenti nazionali di attuazione che combina taluni elementi del modello federalista e taluni tipici del modello internazionalista, senza esaurirsi completamente in alcuno dei due. In esso il rinvio ai procedimenti di garanzia degli ordinamenti nazionali come forma di attuazione del diritto comunitario non è incondizionato, né esso è limitato sulla base di elementi incerti, quali il richiamo all'effettività. Nel rinviare al sistema dei rimedi nazionali invece, il diritto comunitario sembra indicare l'esistenza di un vero e proprio sistema di garanzia proprio del diritto comunitario, che si inserisce nell'ambito dei procedimenti di garanzia interni e ne condiziona il funzionamento. In tale sistema coordinato di garanzia, il corretto funzionamento dei rimedi comunitari costituirebbe allora la condizione affinché l'ordinamento comunitario riconosca i risultati dei procedimenti di garanzia nazionali. Si tratta di un modello il cui sviluppo concettuale appare ancora embrionale, e che potrebbe tuttavia spiegare in maniera soddisfacente taluni dei nodi ancora irrisolti nei rapporti fra diritto comunitario e sistemi di garanzia nazionali.

SUMMARY

The article addresses the controversial relationship between EU law and national procedural systems and, in particular, the impact of EU law on national rules conferring stability and repose on final judicial decisions (*res judicata*). The analysis focuses on some recent decisions of the ECJ which admit, under certain conditions, the possibility of invoking EU law in order to oppose the effect of final decisions of national judges. In the author's view, this effect can be explained by the need to safeguard the system of procedural guarantees afforded to individuals at the EU level and, in particular, the need to reinforce the duty of national judges to refer cases

to the ECJ under Art. 234 EC. Indeed, the enforcement of EU law seems to require the interconnection between procedural mechanisms established, respectively, at the national and at the EU level. This conclusion is then considered against the theoretical background of the relationship between EU law and the national legal order. The idea is suggested that the traditional conceptual schemes (monism and dualism) are proving to be inadequate, and that more sophisticated schemes must be adopted in order to explain the vertical integration between EU law and national instruments of enforcement.