

REMO CAPONI
Ordinario dell'Università di Firenze

Corti europee e giudicati nazionali (*)

Introduzione, p. 2

Capitolo I

Una prospettiva di lungo periodo, p. 10

Capitolo II

Casistica, p. 21

Capitolo III

La prospettiva dell'efficacia del giudicato civile nel tempo, p. 38

Capitolo IV

Effetti accertati ed effetti sopravvenuti, p. 52

Capitolo V

Giudicato e Costituzione, p. 58

Capitolo VI

Ricostruzione, p. 79

Capitolo VII

Il triangolo giurisprudenziale europeo, p. 139

Conclusioni, p. 139

(*) Relazione al XXVII Congresso nazionale dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile, «Corti europee e giudici nazionali», Verona, 25-26 Settembre 2009.

Introduzione

1. – Il tema dei rapporti tra pronunce delle corti europee e giudicati nazionali può essere affrontato da diverse prospettive ed articolarsi in una pluralità di aspetti.

È opportuno pertanto delimitare immediatamente il punto di vista prescelto e il profilo collocato al centro dell'attenzione.

Ho intenzione di esaminare la possibile incidenza degli effetti di una pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo e, con analisi distinta, ma parallela, della Corte di giustizia delle comunità europee resa su rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 134 Trattato CE, sulla incontestabilità dell'accertamento contenuto nella sentenza passata in giudicato, emanata anteriormente dal giudice civile italiano.

Nella parte ricognitiva dell'indagine prendo in considerazione anche casi tratti dal settore della giustizia amministrativa. Spero quindi che la mia riflessione possa essere utile anche per gli studiosi del processo amministrativo.

Escludo dal campo di indagine il giudicato penale, poiché la normale diversità dei valori in gioco (la libertà personale) influenza tutta la problematica e ne condiziona notevolmente il profilo ricostruttivo.

Sebbene il concetto di giudicato sia correttamente riferito anche alle decisioni della Corte costituzionale ⁽¹⁾, non esamino il problema della incidenza degli effetti di una successiva pronuncia di una delle due Corti europee su tali decisioni. Questo problema è un aspetto del quadro più ampio dei rapporti tra corti europee e corti costituzionali e merita pertanto di essere affrontato in quella diversa cornice ⁽²⁾.

2. – La trattazione del tema è preceduta da alcune premesse generali, che servono soprattutto come tappa di avvicinamento e di ambientazione dell'indagine.

⁽¹⁾ Nella letteratura italiana, v. da ultimo F. DAL CANTO, *Il giudicato costituzionale nel giudizio sulle leggi*, Torino, 2002, ove a p. 102 ss. lo studio della ipotesi di conflitto tra le pronunce della Corte costituzionale e quelle della Corte europea dei diritti dell'uomo.

⁽²⁾ Sul punto rinvio alla relazione di R. MASTROIANNI, *Corti europee e corti costituzionali*, che segue nel programma del congresso.

Chi non è interessato ad esse, può passare a leggere direttamente il secondo capitolo, senza pregiudizio per la comprensione degli aspetti fondamentali del mio discorso.

3. - Un solo aspetto è oggetto d'indagine: quello della intangibilità o meno dell'accertamento del diritto, fatto valere in un giudizio civile nazionale, da parte di una sentenza dell'una o dell'altra delle due corti europee.

Questa prima delimitazione ha bisogno di poche parole per essere giustificata. La resistenza o meno del giudicato nazionale (non solo civile, bensì – in precedenza sul piano dell'evoluzione giurisprudenziale – di quello penale ed amministrativo) agli effetti di successive pronunce delle corti europee è infatti al giorno d'oggi uno dei profili di maggiore interesse nel più ampio contesto dei rapporti tra giurisdizioni internazionali e sovranazionali e ordinamenti nazionali ⁽³⁾.

4. - La seconda delimitazione dell'indagine, quella relativa all'ordinamento italiano, necessita invece di un discorso un poco più sfaccettato.

Si può obiettare infatti che la restrizione dell'angolo visuale ad un particolare ordinamento nazionale, sebbene esso sia quello proprio dei destinatari principali della riflessione (gli studiosi del processo civile italiano), urti con la dimensione del problema oggetto dell'indagine, poiché esso si dovrebbe presentare in modo identico, rispettivamente, nei diversi paesi membri dell'Unione europea e nei diversi paesi contraenti la convenzione europea dei diritti dell'uomo.

⁽³⁾ Si riceve nel testo la definizione dell'ordinamento comunitario come «sovranazionale». Rispetto a «internazionale», tale qualificazione si distingue per indicare che le norme comunitarie esplicano efficacia diretta e prevalente sulle norme interne di qualunque grado. La distinzione è una variabile che dipende dalla nozione dei rapporti tra diritto internazionale e diritto nazionale. Essa sfuma se si accoglie una nozione monistica moderata, che concepisce diritto internazionale e diritto nazionale come componenti di un unico ordinamento e garantisce la prevalenza delle norme internazionali attraverso la disapplicazione degli atti nazionali contrastanti. Per un tentativo di ridurre la specificità dell'ordinamento comunitario rispetto all'ordinamento internazionale, v. B. DE WITTE, *Retour à «Costa». La primauté du droit communautaire à la lumière du droit international*, in *Revue trim. dr. eur.*, 1984, p. 425 ss.; sulla distinzione tra monismo e dualismo nel diritto internazionale ho impiegato T. STEIN, C. VON BUTTLAR, *Völkerrecht*, 12^a ed., Köln, 2009, p. 55 s.

A sostegno di questa obiezione, si possono formulare due osservazioni congiunte.

In primo luogo, in ciascuno di questi ordinamenti, nel settore della giustizia civile, si ritrova almeno un processo «ordinario», con le seguenti caratteristiche: a) esso è atipico quanto a controversie che ne possono costituire l'oggetto; b) esso consente che il contraddittorio si espliciti in modo pieno; c) esso serve alla giusta composizione della controversia ad opera di un giudice.

In considerazione di queste caratteristiche, il provvedimento finale che definisce la controversia è dotato di un forte grado di stabilità, e di conseguenza il suo contenuto è fornito di una notevole misura di incontestabilità ⁽⁴⁾: il maggiore grado di stabilità e di incontestabilità nell'ordinamento cui ci si riferisce.

In secondo luogo, le pronunce delle due Corti europee proiettano la loro efficacia con contenuto rispettivamente uniforme nei diversi ordinamenti giuridici degli Stati membri dell'Unione europea o degli Stati contraenti la convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Ciò si percepisce immediatamente per la pronuncia interpretativa della Corte di giustizia, che - sebbene sia resa su un rinvio pregiudiziale compiuto nel corso di un processo dinanzi ad un determinato giudice nazionale - risolve il dubbio interpretativo relativo al diritto comunitario con efficacia per tutti gli ordinamenti degli Stati membri, anche per quelli che non hanno riconosciuto alla Corte del Lussemburgo la competenza a pronunciarsi in via pregiudiziale ⁽⁵⁾.

Ma ciò non è meno vero per la pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo, che - sebbene accerti una determinata violazione commessa da uno Stato contraente e vincoli immediatamente solo quest'ultimo, esplica un'efficacia

⁽⁴⁾ Sulla distinzione tra la stabilità del provvedimento giurisdizionale, espressa dalla cosa giudicata formale, e l'incontestabilità del suo contenuto, espressa dalla cosa giudicata sostanziale, v. nella letteratura italiana, S. MENCHINI, *Regiudicata civile*, voce del *Digesto civile*, Torino, 1997, XVI, p. 404 ss., spec. P. 412.

⁽⁵⁾ Cfr. la dichiarazione prevista dall'art. 35, comma 2° Trattato Ue. Così, R. BIEBER, A. EPINEY, M. HAAG, *Die Europäische Union. Europarecht und Politik*, 7ª ed, Baden-Baden, 2006, p. 265.

persuasiva nei confronti degli organi (specialmente giurisdizionali) degli altri Stati contraenti.

In definitiva: il problema si presenterebbe nelle medesime condizioni nei diversi ordinamenti nazionali e pertanto dovrebbe essere affrontato fin dall'inizio e risolto alla fine in modo unitario.

L'obiezione si espone tuttavia alla seguente replica: questa impostazione non può essere data per scontata e non può essere quindi chiamata ad ispirare, come un postulato, l'intero corso della ricerca. Essa potrà costituire eventualmente una delle possibili conclusioni della indagine, o meglio di una serie di indagini di volta in volta focalizzate su un singolo ordinamento nazionale.

Nell'esaminare il tema dell'intangibilità del giudicato civile da parte di una successiva pronuncia della Corte di giustizia o della Corte europea dei diritti dell'uomo non si può prescindere dalla particolare dimensione che il giudicato riceve dall'ordinamento nazionale in cui esso si inserisce. Altrimenti si corre il rischio di imprimere all'indagine un'astrazione che è foriera di indebite generalizzazioni e pregiudica la corretta messa a fuoco dei fenomeni studiati.

Infatti le caratteristiche del processo civile «ordinario» che si sono elencate indietro sono pressoché le uniche ad essere comuni nei diversi ordinamenti nazionali dei paesi europei. Poi cominciano le differenze, che sono particolarmente sensibili proprio con riferimento al giudicato ⁽⁶⁾, nonostante la comune base costituita dalla recezione del diritto romano ⁽⁷⁾.

Si pensi alle diversità già in ordine alla formazione del giudicato. Essa può essere ancorata alla semplice emanazione di un provvedimento di carattere decisorio, conclusivo del

⁽⁶⁾ Per un panorama, cfr. R. STÜRNER, *Rechtskraft in Europa*, in *Festschrift für R. Schütze*, München, 1999, p. 913 ss.; N. TROCKER, voce *Giudicato (diritto comparato e straniero)*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XV, Roma, 1989; A. ZEUNER, *Rechtsvergleichende Bemerkungen zur objektiven Begrenzung der Rechtskraft im Zivilprozeß*, in *Festschrift für K. Zweigert*, Tübingen, 1981, p. 603 ss.; G. PUGLIESE, voce *Giudicato civile (dir. vig.)*, in *Enc. del dir.*, vol. XVIII, Milano, 1969, p. 785 ss.; A. MENDELSSOHN BARTHOLDY, *Grenzen der Rechtskraft*, Leipzig, 1900.

⁽⁷⁾ Cfr. M. KASER, K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, 2^a ed., München, 1996, §§ 42 III, 43, 55 II, III; G. PUGLIESE, voce *Giudicato civile (storia)*, in *Enc. del dir.*, vol. XVIII, Milano, 1969, p. 727 ss.

procedimento: così è per la *chose jugée* nell'ordinamento francese e per la *res judicata* nell'ordinamento inglese. Ovvero può essere riferita al fatto ulteriore che la sentenza non sia più soggetta a determinati mezzi di impugnazione: così è per l'ordinamento italiano e per la maggior parte degli ordinamenti dell'Europa continentale ⁽⁸⁾.

Si pensi poi alle profonde divergenze relative alla determinazione della natura del giudicato, ovvero alla spiegazione del modo di essere e di operare del vincolo promanante da esso. Si consideri per esempio la soluzione accolta nell'ordinamento francese, che ricostruisce la natura del giudicato in termini sostanziali, di presunzione *iuris et de iure* (art. 1351 c.c.). Si veda inoltre la concezione propria dall'ordinamento inglese, di carattere parimenti sostanziale, che attribuisce alla sentenza di merito l'effetto di estinguere la *cause of action*, nonché l'effetto di sostituire ad essa i diritti (eventualmente) creati dalla sentenza. Si tenga presente infine la tradizionale disputa, che si svolge principalmente nella cultura processuale tedesca e italiana, ma anche in quella spagnola ⁽⁹⁾ tesa ad indagare «se destinatari dell'autorità di cosa giudicata siano i giudici, avanti ai quali la domanda sarà per avventura riproposta (teoria processuale della cosa giudicata), ovvero le parti, tra le quali si era svolto il processo (teoria sostanziale, o materiale della cosa giudicata)» ⁽¹⁰⁾.

Si pensi infine ai limiti oggettivi del giudicato: si passa dalla ristretta soluzione tedesca, in cui l'oggetto del processo e del giudicato è delimitato dalla pretesa processuale fatta valere della parte, individuata attraverso i fatti allegati, alla intermedia soluzione italiana, in cui la legge e non solo la volontà delle parti può contribuire alla delimitazione oggettiva del giudicato (art. 34 c.p.c.), per arrivare all'ampia soluzione anglosassone, che può precludere ogni nuova considerazione dei fatti oggetto della decisione giudiziale.

Meno distanti sono le posizioni sui limiti soggettivi del giudicato. In tutti gli ordinamenti si riscontra la regola

⁽⁸⁾ Cfr. N. TROCKER, *voce Giudicato (diritto comparato e straniero)*, cit., p. 1.

⁽⁹⁾ Cfr. A. DE LA OLIVA SANTOS, *Oggetto del processo civile e cosa giudicata*, trad. it. e saggio introduttivo di D. Volpino, presentazione di M. Taruffo, Milano, 2009, p. 124 ss.

⁽¹⁰⁾ Così, V. ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, Napoli, 1979, p. 995.

fondamentale – di matrice legislativa o giurisprudenziale – secondo la quale l'efficacia del giudicato si produce solo nei confronti delle parti, degli eredi e dei successori *post rem iudicatam*. La regola è in diversa misura temperata, oltre che in ipotesi eccezionali di efficacia *erga omnes* o nei confronti di una collettività determinata, laddove entri in gioco la posizione di terzi titolari di una situazione giuridica dipendente da quella accertata ⁽¹¹⁾.

Meno distanti sono infine le posizioni sui limiti temporali del giudicato. In tutti gli ordinamenti si riscontra la regola fondamentale secondo la quale l'efficacia del giudicato è riferita all'ultimo momento in cui possono essere allegati fatti sopravvenuti o applicate nuove norme giuridiche sopravvenute nel corso del processo e non preclude la rilevanza di nuovi fatti ⁽¹²⁾. Significative divergenze si possono constatare però anche in questo settore, specialmente con riferimento alla proiezione temporale del giudicato sulle situazioni soggettive ad effetti durevoli accertate in giudizio.

5. – In conclusione, il tema deve essere svolto, in primo luogo ed almeno in un primo tempo, quello in cui la presente indagine è chiamata a compiersi, entro la dimensione normativa che il giudicato riceve dall'ordinamento nazionale di provenienza.

Mi varrò certamente dell'apporto della comparazione giuridica, come di uno degli approcci che dovrebbero essere sempre seguiti per la migliore conoscenza del proprio ordinamento nazionale ⁽¹³⁾.

Ho intenzione inoltre di tracciare un profilo del problema come esso si presenta nell'ordinamento italiano, colto però da una prospettiva europea. Ciò mi suggerisce di adottare una terminologia e definizioni concettuali che ren-

⁽¹¹⁾ Cfr. R. STÜRNER, *Rechtskraft in Europa*, in *Festschrift für R. Schütze*, cit., p. 933 ss.; N. TROCKER, voce *Giudicato (diritto comparato e straniero)*, cit., p. 3.

⁽¹²⁾ Cfr. R. CAPONI, *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*, Milano, 1991.

⁽¹³⁾ Cfr. M. TARUFFO, *Il processo civile di civil law e di common law: aspetti fondamentali*, in *Foro it.* 2001, V, c. 345 ss.

dano meno difficile il confronto tra diversi sistemi e il colloquio tra giuristi di diverse culture ⁽¹⁴⁾.

Cerco di venire incontro anche al giurista straniero che, muovendo a sua volta dalla propria cultura, tenti di comprendere come si atteggia nei suoi lineamenti essenziali, più che nelle sue infinite questioni di dettaglio, il problema della incidenza degli effetti di una successiva pronuncia dell'una o dell'altra delle due corti europee sul giudicato civile italiano. Non mi indirizzo ad un giurista straniero proveniente da un determinato ordinamento nazionale. Assumo di rivolgermi invece ad un giurista proveniente da uno qualsiasi dei paesi appartenenti all'Unione europea.

Il discorso ha per oggetto un ordinamento processuale di *civil law*, ma forse potrà essere chiaro, oggi più di ieri, anche per il giurista proveniente dall'ordinamento inglese, dopo l'adozione in Inghilterra delle *Civil Procedure Rules* alla fine del secolo XX e dopo l'intensificarsi della circolazione di idee e di modelli tra ordinamenti che pur vantano tradizioni storiche diverse tra di loro o che appartengono a diverse famiglie giuridiche ⁽¹⁵⁾.

L'esigenza di adottare definizioni concettuali che agevolino il colloquio tra giuristi europei mi suggerisce di continuare a fare come ho tacitamente fatto fin dall'inizio, cioè di prendere alla lettera l'art. 2909 c.c., che riferisce il giudicato, l'autorità di cosa giudicata sostanziale, solo all'accertamento (del diritto dedotto in giudizio) come elemento basilare comune ai diversi contenuti delle sentenze definitive di merito (mero accertamento, condanna, tutela costitutiva). Prendere alla lettera l'art. 2909 c.c., esattamente come farebbe ad esempio uno studioso di cultura processuale tedesca, perché da sempre abituato ad identificare la *Rechtskraft* con la *Feststellungswirkung*, cioè il giudicato con l'efficacia di accertamento della sentenza.

Ciò mi impone di prescindere, oltre che dalla identificazione della cosa giudicata con il comando che il

⁽¹⁴⁾ Cfr. M. TARUFFO, *Dimensioni transculturali della giustizia civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, p. 1047 ss., ora in *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*, Bologna, 2002, p. 11 ss., p. 39 ss.

⁽¹⁵⁾ Così M. TARUFFO, *Il processo civile di civil law e di common law: aspetti fondamentali*, cit.

giudice rivolge alle parti ⁽¹⁶⁾, dalla distinzione di Enrico Tullio Liebman, tra «l'efficacia della sentenza, che è l'attitudine ad imporre i suoi effetti in modo analogo ad ogni altro atto dello Stato; e l'immutabilità di questi effetti, che sopravviene quando la sentenza passa in giudicato» ⁽¹⁷⁾. Ciò mi impone di prescindere, quindi, dall'idea di riferire il giudicato non solo all'efficacia di accertamento, ma anche all'efficacia esecutiva, nonché all'efficacia costitutiva della sentenza. Non posso dire infatti che la dottrina di Liebman, pur avendo ricevuto adesioni in Italia ⁽¹⁸⁾ ed attenzione all'estero ⁽¹⁹⁾ si sia imposta come uno degli elementi fondanti del patrimonio comune europeo in tema di giudicato.

Si tratta peraltro di una rinuncia più terminologica (in termini prosaici: per farsi capire meglio al di là dei confini nazionali), che concettuale. Non si può nascondere infatti che la teoria di Liebman ha colto con decenni di anticipo uno dei segni della crisi attuale del giudicato civile ⁽²⁰⁾.

⁽¹⁶⁾ Secondo la teoria di E. FAZZALARI, *Cosa giudicata e convalida di sfratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1956, p. 1304 ss.

⁽¹⁷⁾ Così, E. T. LIEBMAN, *Efficacia ed autorità della sentenza* (1935), rist., Milano, 1983, p. VII.

⁽¹⁸⁾ Per un elenco delle prese di posizione sulla teoria di Liebman, v. E. T. LIEBMAN, *Efficacia ed autorità della sentenza*, cit., p. X; si è aderito alla dottrina di Liebman, in R. CAPONI, *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*, cit., p. XV.

⁽¹⁹⁾ Cfr., in senso critico, S. KOUSSOULIS, *Beiträge zur modernen Rechtskraftlehre*, Köln, 1986, p. 17 ss. Lo stesso Liebman ha avuto occasione di esporre le sue idee in lingua tedesca, cfr. E. T. LIEBMAN, *Urteilswirkungen und Rechtskraft*, in *ZZP* 91 (1978), p. 449 ss.

⁽²⁰⁾ Su questo punto, rinvio avanti.

Capitolo I

Una prospettiva di lungo periodo

1. – Il punto attuale dei rapporti tra pronunce delle corti europee e giudicati nazionali richiede di essere inquadrato in una prospettiva storica di lungo periodo ⁽²¹⁾.

La risalente vicenda storica che, nell'Europa continentale, proietta ancora oggi pesantemente i propri riflessi sul nostro tema e sul modo in cui si è scelto di affrontarlo è che lo Stato moderno ha assunto su di sé il compito di amministrare la giustizia.

Il legame tra Stato moderno e funzione di rendere giustizia è il frutto di un preciso disegno, maturato in quel profondo mutamento della temperie culturale e politica che, fra il secolo XVII e il secolo XVIII, segna il progressivo affermarsi nell'Europa continentale dei moderni ordinamenti processuali. Quel momento di svolta relega definitivamente al margine una dimensione di giustizia astatuale, resa in un processo - l'*ordo iudiciarius* medievale - i cui principi provengono dalle regole della retorica e dell'etica, regole elaborate quindi dalla stessa comunità cui appartengono i protagonisti della vicenda processuale ⁽²²⁾.

Il disegno politico dello Stato moderno è animato dalla tensione a rimediare alla degenerazione del processo romano-canonico e ad apprestare certezza alla disciplina del processo, affidandola ad un'autorità superiore ed esterna rispetto ai soggetti della vicenda processuale. Esprimendoci con le parole di Nicola Picardi: «fino all'età moderna la procedura era considerata manifestazione di una ragione pratica e sociale, che si era realizzata nel tempo attraverso la collaborazione della prassi dei tribunali e della dottrina [...]». Con la formazione degli Stati moderni, pur fra notevoli resistenze, si andò invece affermando l'opposto principio della statualità del

⁽²¹⁾ Prospettiva storica delineata nella cultura italiana in particolare dalle indagini di Alessandro Giuliani e di Nicola Picardi. Di quest'ultimo A., v. *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, Milano, 2007.

⁽²²⁾ Cfr. A. GIULIANI, *Ordine isonomico ed ordine asimmetrico: «nuova retorica» e teoria del processo*, in *Sociologia del diritto*, 1986, p. 81 ss.; sulle ricerche di Giuliani e di Picardi, v. le osservazioni di K. W. NÖRR, *Alcuni momenti della storiografia del diritto processuale*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, p. 1 ss.

processo: il sovrano rivendicò il monopolio della legislazione in materia processuale» ⁽²³⁾.

Questi sviluppi si inseriscono successivamente in una svolta di portata ancora più vasta, quella conosciuta dalla storia giuridica dell'Europa continentale alla fine del secolo XVIII con la trasformazione della dimensione giuridica, cioè la puntigliosa realizzazione di un monopolio del diritto da parte dello Stato ⁽²⁴⁾.

Due i risultati salienti di questa evoluzione: la disciplina del processo viene statalizzata; l'esercizio della giurisdizione si profila così come una delle manifestazioni salienti della sovranità degli Stati nazionali.

2. - In questo panorama, lo scopo del processo civile si delinea come attuazione della legge statale in caso di controversia tra soggetti privati.

Lo scopo del processo penale si accredita come attuazione della pretesa punitiva dello Stato in relazione alla commissione di fatti che integrano le fattispecie legali di reato.

Lo scopo del processo amministrativo segue una traiettoria che muove dall'idea del controllo di legalità dell'attività della amministrazione statale e si avvicina progressivamente, con differenti velocità nelle diverse nazioni, verso lo scopo del processo civile (nel senso dell'attuazione della legge al rapporto dedotto in giudizio).

In sintesi, gli scopi ascritti rispettivamente al processo civile, al processo penale e al processo amministrativo rinvencono una cornice comune nell'applicazione di norme giuridiche statuali (eccezionalmente di un canone equitativo, nel processo civile) a fattispecie concrete, nel rispetto di predeterminate regole procedurali.

Il primo tratto peculiare dei processi giurisdizionali statali, rispetto ad altri procedimenti di applicazione del diritto, è che l'applicazione del diritto da parte del giudice è destinata a sostituirsi autoritativamente all'applicazione

⁽²³⁾ Così, N. PICARDI, voce *Processo (dir. moderno)*, in *Enc. del Dir.*, XXXVI, Milano, 1987, p. 101 ss., specie p. 114 ss., con ampia indicazione delle fonti.

⁽²⁴⁾ Cfr. P. GROSSI, *Scienza giuridica e legislazione nella esperienza attuale del diritto*, in *Rivista di diritto civile*, 1997, p. 175 ss.

compiuta da parte di altri soggetti (privati, pubblica amministrazione) oppure riguarda norme la cui applicazione è riservata al giudice statale (norme penali) ⁽²⁵⁾.

È questa sostituzione autoritativa dell'applicazione del diritto da parte del giudice statale che costituisce la prima e fondamentale contropartita dell'imposizione del divieto di autotutela.

Nelle poche considerazioni che gli inizi del pensiero giusnaturalista nel secolo XVII riservano al processo civile, esso viene colto, nella prospettiva del superamento dello *status naturalis* nello *status civilis*, come lo strumento che prende il posto dell'autotutela ⁽²⁶⁾. Nello stato di natura non esistono giudici dotati di potere coercitivo al fine di comporre le controversie: *iudex non datur, qui lites exortas pro imperio definiat et componat* ⁽²⁷⁾. In tale stato si deve far ricorso all'autotutela, cosicché la controversia può sfociare nel *bellum privatum* ⁽²⁸⁾. Dopo la stipula del contratto sociale e l'istituzione dello Stato, l'esercizio della giurisdizione viene assegnato da Hobbes al *summum imperium* ⁽²⁹⁾ e collocato da Pufendorf accanto al potere legislativo, nonché alla potestà punitiva ⁽³⁰⁾.

Nonostante le sfumature di diversità dei percorsi argomentativi seguiti dai pensatori giusnaturalisti, il punto d'arrivo è, su questo punto, comune: la giurisdizione nelle controversie civili è affidata alla potestà dello Stato; essa sostituisce in via di principio l'autotutela; il giudice prende il posto della parte che si fa giustizia da sé; la disciplina del

⁽²⁵⁾ Cfr. A. PIZZORUSSO, *L'organizzazione della giustizia in Italia*, Torino, 1990, p. 3 ss.

⁽²⁶⁾ Cfr. K. W. NÖRR, *Naturrecht und Zivilprozess*, Tübingen, 1976, p. 3 ss., p. 48.

⁽²⁷⁾ Così, PUFENDORF, *De Jure Naturae Et Gentium*, ed. G. Mascovius, Frankfurt e Leipzig, 1759 (rist. 1967, tomo I), libro V, cap. XIII, *De modo litigandi in libertate naturali*, § II, p. 843 s.

⁽²⁸⁾ Così, GROZIO, *De jure belli ac pacis*, Lugduni Batavorum, 1939, libro I, cap. III, p. 89 s., sulla distinzione tra *bellum publicum* e *bellum privatum*. Seguito successivamente su questo punto da Pufendorf, egli indica tre modi per evitare questo esito: il colloquio, il ricorso consensuale ad un arbitro, la sorte (GROZIO, op. cit., libro II, cap. XXIII, p. 569 ss).

⁽²⁹⁾ Cfr. HOBBS, *De cive*, ed. H. Warrender, Oxford, 1983, cap. 6, § 8.

⁽³⁰⁾ Cfr. PUFENDORF, *De Jure Naturae Et Gentium*, cit., tomo II, libro 7, cap. 4, § 4.

processo civile viene essenzialmente e fondamentalmente ancorata all'interno dello *ius publicum* ⁽³¹⁾.

In questo quadro, l'incontestabilità del contenuto dell'atto che decide la controversia - peraltro temperata dalla previsione legislativa di casi tassativi ed eccezionali di mezzi di impugnazione del giudicato - costituisce il coronamento e il perfezionamento della operazione di sostituzione autoritativa dell'applicazione del diritto compiuta dal giudice all'applicazione del diritto compiuta delle parti in controversia.

Il giudicato si concepisce come l'espressione di una specie di ragion di Stato e si mette in ombra che esso costituisce un tratto ereditato dalle esperienze giuridiche precedenti e connaturato alla funzione pratica e sociale dell'atto di composizione della lite.

Il tratto della incontestabilità caratterizza anche l'atto conclusivo dei processi privati diretti alla risoluzione delle controversie, che continuano a vivere nell'epoca moderna sul fondamento dell'autonomia privata, sebbene l'idea del monopolio statale della giurisdizione generi difficoltà a raccordare l'arbitrato con la giurisdizione statale.

Il giudicato si è correlato quindi solo ad un certo punto della sua storia con le funzioni dello Stato moderno che hanno espresso storicamente la sua sovranità. La correlazione è frutto di una contingenza storica ⁽³²⁾. Essa si è protratta per molto tempo e proietta ancora oggi i propri riflessi su talune concezioni relative alla natura e al modo di operare del giudicato (come la teoria processuale della cosa giudicata) ⁽³³⁾.

4. - Nella cultura giuridica dell'Europa continentale, all'interno della teoria degli atti dello Stato, il giudicato raggiunge il proprio apogeo a Vienna nella seconda decade del

⁽³¹⁾ Queste proposizioni si ritrovano espressione nell'opera di BOEHMER, *Introductio in ius publicum universale, ex genuinis iuris naturae principiis deductum et in usum iuris publici particularis quarum cunqve rerum publicarum adornatum*, Halae Magdeburgicae, 1710, p. 499 ss. Il brano è riportato da K. W. NÖRR, *Naturrecht und Zivilprozess*, cit., p. 54 ss.

⁽³²⁾ Vale in fondo per il giudicato ciò che N. PICARDI, *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, cit., p. 183 ss., argomenta per la giurisdizione: «in questo contesto, non possiamo non acquisire consapevolezza della storicità e relatività dell'idea stessa di giurisdizione quale proiezione della sovranità statale».

⁽³³⁾ Vedi avanti.

secolo XX. Esso si rinviene all'interno di quelle linee di pensiero che tentano di elaborare una teoria unitaria degli atti giurisdizionali e amministrativi ⁽³⁴⁾, ovvero imboccano la strada di una giurisdizionalizzazione dell'atto amministrativo ⁽³⁵⁾.

Al momento della costruzione teorica dell'atto amministrativo, queste correnti di pensiero sono affascinate in particolare dalla regola della conversione dei motivi di nullità in motivi di impugnazione della sentenza, che produce un'assimilazione del regime delle nullità processuali alla *Anfechtbarkeit* (annullabilità) e assicura la stabilità degli effetti della sentenza, mettendola al riparo dai riflessi delle invalidità del procedimento. In questo frangente storico si consuma un fallimento teorico gravido di conseguenze pratiche ⁽³⁶⁾. Il fallimento della ambiziosa teoria di Bernatzik e Merkl, che tentano di attribuire la qualità della *Rechtskraft*, del giudicato, agli atti amministrativi, marca la differenza tra sentenza e atto amministrativo.

Tale diversità si può cogliere nel differente loro modo di operare nei confronti della legge. Il giudice applica la legge, come applica la legge anche la pubblica amministrazione. Però solo il giudice ha il potere di imporre «l'ultima parola» ⁽³⁷⁾ dichiarativa del diritto oggettivo nel caso concreto.

L'ultima parola del giudice diventa tendenzialmente immutabile con il giudicato. Ciò impedisce che si possa qualificare la sentenza come ingiusta, cioè come non conforme all'ordinamento in cui essa si inserisce.

Vi è la previsione di mezzi straordinari di impugnazione del giudicato, che riguardano, a seconda degli ordinamenti, ipotesi di gravi errori o difetti nell'accertamento dei fatti, di

⁽³⁴⁾ Cfr. W. JELLINEK, *Der fehlerhafte Staatsakt und seine Wirkungen*, Tübingen, 1908.

⁽³⁵⁾ Cfr. E. BERNATZIK, *Rechtsprechung und materielle Rechtskraft*, Wien, 1886; A. MERKL, *Die Lehre von der Rechtskraft: entwickelt aus dem Rechtsbegriff*, Leipzig, 1923. Su queste linee di pensiero, v. M.S. GIANNINI, *Atto amministrativo*, in *Enc. del Dir.*, IV, Milano, 1959, p. 157 ss., p. 160.

⁽³⁶⁾ Fino alla attuale esperienza italiana, in relazione al problema della «pregiudiziale» amministrativa.

⁽³⁷⁾ Cfr. W. LEISNER, *Das letzte Wort: der Richter späte Gewalt*, Berlin, 2003; G. SCARSELLI, *La tutela dei diritti dinanzi alle autorità garanti*, Milano, 2000.

dolo o collusione delle parti o del giudice, di gravi violazione delle norme processuali.

I mezzi straordinari di impugnazione non toccano pertanto l'operazione di interpretazione e di applicazione del canone decisorio in sé e per sé considerata.

La sentenza definitiva di merito è l'unico mezzo per l'accertamento della situazione sostanziale dedotta in giudizio: l'eventuale divergenza tra la situazione sostanziale esistente in precedenza e quella accertata dalla sentenza passata in giudicato è un fenomeno privo di rilevanza giuridica. L'ingiustizia della sentenza assume rilievo nella pendenza dei mezzi di impugnazione, che sono appunto gli strumenti posti a disposizione dell'ordinamento per rimuovere tale ingiustizia, ma perde tale rilievo una volta che la sentenza sia passata in giudicato.

Viceversa l'atto amministrativo non ha il potere di imporre una tale ultima parola. Esso può essere ulteriormente qualificato dalle norme giuridiche come fattispecie che può produrre un danno ingiusto, con passaggio dalle regole di validità alle regole di responsabilità. Si può pertanto predicare l'illegittimità dell'atto amministrativo pur inoppugnabile, che può essere fonte di un danno ingiusto risarcibile ⁽³⁸⁾.

Il fallimento della teoria che tenta di attribuire la qualità della *Rechtskraft* agli atti amministrativi marca la differenza tra sentenza e atto amministrativo, ma rappresenta indubbiamente l'apogeo della teoria del giudicato e della sua magnetica forza di attrazione presso altri settori del diritto pubblico.

5. - Come spesso accade, l'avvio della crisi segue subito dopo l'apogeo. La teoria del giudicato non si sottrae a questa massima di esperienza.

Spostiamoci nella Milano dell'inizio degli anni trenta, dove Enrico Tullio Liebman comincia a svolgere le sue riflessioni sul giudicato, che trovano sbocco nella predetta monografia del 1935 ⁽³⁹⁾. Il suo punto di partenza è identico a quello degli studiosi austriaci: una riflessione comparata

⁽³⁸⁾ Cfr. infatti, da ultimo, A. ROMANO TASSONE, *Sui fondamenti della c.d. «pregiudiziale amministrativa»*, in www.giustamm.it

⁽³⁹⁾ E. T. LIEBMAN, *Efficacia e autorità della sentenza*, cit.

sull'efficacia e l'autorità degli atti dei pubblici poteri. Il movimento è però opposto: Liebman lavora sul versante processuale e chiede aiuto alla teoria dell'atto amministrativo. A lui interessa demolire l'idea che il giudicato sia un effetto della sentenza, o meglio l'idea che esso sia l'effetto culminante della sentenza. Al pari dell'atto amministrativo – scrive Liebman – la sentenza giudiziale, in quanto atto di pubblici poteri, possiede una efficacia «naturale» di tipo imperativo, ricollegata al suo venire in essere giuridico, al momento della sua pubblicazione. L'autorità di cosa giudicata non aggiunge nulla a questi effetti dal punto di vista del contenuto, aggiunge solo la qualità della (tendenziale) immutabilità.

La teoria di Liebman coglie così in anticipo di qualche decennio i segni della crisi del giudicato civile. La tutela giurisdizionale dei diritti si realizza oggi innanzitutto attraverso l'efficacia imperativa del provvedimento giurisdizionale e non sfocia necessariamente nel giudicato.

Il giudice conserva sì il potere di dire l'«ultima parola», ma può trattarsi di una parola provvisoria, non definitiva, esposta ad essere modificata o revocata da una sua successiva ⁽⁴⁰⁾.

6. - A partire dalla seconda metà del secolo XX, entrambi i tratti salienti della evoluzione in cui si colloca, sul piano della storia del pensiero processuale, l'apogeo e l'avvio della crisi del giudicato civile (cioè ripetiamo: la statalizzazione della disciplina del processo e la concezione della giurisdizione come una funzione dello Stato moderno diretta all'attuazione della volontà della legge statale nel caso concreto) sono rimessi in discussione.

Innanzitutto, dopo la fine della seconda guerra mondiale, nell'Europa continentale, determinate garanzie attinenti alla funzione giurisdizionale ed al processo cominciano ad essere avvertite come diritti fondamentali ed inviolabili dell'uomo e vengono inserite nelle nuove costituzioni democratiche (e successivamente nelle carte internazionali dei diritti dell'uomo). Grazie all'introduzione di

⁽⁴⁰⁾ Cfr. A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, 5^a ed., Milano, 2008, p. 143.

meccanismi di controllo di costituzionalità delle leggi, il loro rispetto si impone al legislatore ordinario.

La fonte di disciplina del processo non è più solo la legge ordinaria, ma è in primo luogo la Costituzione e, sulla sua base, la giurisprudenza della Corte costituzionale. È appena il caso di osservare che le ultime due fonti sono radicalmente diverse dalla prima, in quanto «la Costituzione rifiuta la riduzione positivistica della legittimità (ossia della giustizia) alla legalità, ma converte il problema della fondazione etica della legittimità in un problema giuridico, e quindi in materia di giudizio di un organo giurisdizionale, mediante l'istituzionalizzazione dei valori morali, che ne costituiscono il referente pregiuridico, in opzioni interne al diritto positivo, espresse nella forma di enunciati normativi di principio, strutturati o come clausole generali (per esempio, i principi complementari di giustizia e di solidarietà) o come diritti soggettivi (diritti fondamentali)» ⁽⁴¹⁾.

Nella nuova realtà istituzionale che si profila a partire dalla seconda metà del secolo XX, il giudicato entra in crisi non solo nelle pagine dei giuristi con lo sguardo puntato verso il futuro come Enrico Tullio Liebman, bensì anche nella vita quotidiana dell'ordinamento.

Come tradizionale presidio di stabilità dell'applicazione giudiziale della legge ordinaria, il giudicato è chiamato a confrontarsi con il moltiplicarsi dei piani di legalità nazionale: sopra a quello della legge ordinaria, si staglia prima di tutto quello della costituzione.

Se la legge che il giudice ha applicato nel risolvere la controversia è successivamente dichiarata incostituzionale, che dovrà accadere del giudicato?

Il cedimento del giudicato penale, nonché la sofferta riaffermazione dell'intangibilità del giudicato civile e amministrativo ⁽⁴²⁾, sono una testimonianza eloquente della gravità della crisi.

⁽⁴¹⁾ Così, L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1997, p. 117.

⁽⁴²⁾ Nell'ordinamento italiano cfr. art. 30, comma 4° l. n. 87 del 1953.

7. - Il dominio della ordinaria legge statale sul diritto, il monopolio dello Stato sulla giurisdizione, nonché l'idea del giudicato come concretizzazione definitiva della sola legge nazionale sono messi in crisi anche dalla crescente internazionalizzazione dei rapporti sociali ed economici, dalla fisiologica inettitudine degli ordinamenti giuridici nazionali a regolamentare in modo efficiente i rapporti transnazionali, dalla correlata tendenza della loro disciplina a trasferirsi dal piano della legislazione statale ad istanze internazionali o sovranazionali, nonché dalla progressiva incidenza di fonti normative internazionali o sovranazionali sugli stessi rapporti interni ad uno Stato.

In questo contesto un ruolo normativo a livello mondiale esplicano: l'autonomia privata degli operatori del commercio internazionale (circolazione di clausole o di modelli di contratto uniformi, *lex mercatoria*), organizzazioni non governative, commissioni di studio che agiscono su incarico di organizzazioni internazionali o sulla base di una loro iniziativa «privata», che si fonda sulla autorevolezza e competenza dei giuristi che le compongono (ad es., i principi *Unidroit* dei contratti commerciali internazionali).

Fioriscono inoltre i modi di risoluzione delle controversie astatuali, tra cui spicca l'arbitrato commerciale internazionale, e si profila di nuovo netta la percezione di una dimensione originaria della società civile, quella che affida ad un terzo imparziale e disinteressato la giusta composizione di una controversia, mercé la dichiarazione del diritto preesistente al termine di un processo a cui possono partecipare in condizione di parità, per dire e contraddire, i destinatari degli effetti dell'atto finale ⁽⁴³⁾.

I processi di circolazione giuridica transnazionale, che prima avevano ad oggetto diritto prodotto da ordinamenti statali, oggi veicolano prevalentemente norme che non rinvergono la loro originaria base autoritativa in un ordinamento statale. Tali fenomeni procedono in maniera

⁽⁴³⁾ Cfr. G. VERDE, *Sul monopolio dello Stato in tema di giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, p. 371 ss., p. 380, ove si parla di «ormai acquisita fungibilità delle giurisdizioni – di quella statale, di quelle straniere, di quella affidata ai privati –, che non può non essere in contrasto con ogni idea di monopolio riservata alla giurisdizione dello Stato».

frammentata o reticolare, e in modo relativamente indipendente dalla sfera politica. Essi hanno per veicolo non solo l'economia, ma anche la scienza, la tecnica, la cultura ⁽⁴⁴⁾).

Un ruolo normativo a livello regionale giocano istituzioni sovranazionali cui una determinata comunità di Stati ha attribuito il potere di emanare atti normativi con efficacia diretta, all'interno dei rispettivi ordinamenti nazionali, e prevalente sulle norme nazionali (Unione europea) o sistemi di protezione internazionale dei diritti dell'uomo che si affidano a corti giudiziarie (convenzione europea dei diritti dell'uomo).

In questo quadro di ulteriore moltiplicazione e sovrapposizione dei piani di normatività, si lanciano alle decisioni giudiziarie le sfide più recenti e impegnative.

L'idea del giudicato come manifestazione definitiva della volontà della legge statale in riferimento alla fattispecie concreta oggetto della cognizione giudiziale, già entrata in crisi con il sovrapporsi della dimensione costituzionale nazionale e del controllo di costituzionalità al piano della legge ordinaria, è chiamata attualmente a confrontarsi con i piani della legalità internazionale e sovranazionale, il cui rispetto è affidato parimenti al controllo di corti giudiziarie.

Si scopre (o si riscopre) ciò che è naturale: l'ordinamento, o gli ordinamenti, in cui il giudicato si inserisce ed entra in circolazione possono conformare e dimensionare quest'ultimo, molto più di quanto il singolo ordinamento sia conformato dai giudicati che si producono al suo interno ⁽⁴⁵⁾.

La tensione tra giudicati comuni e giustizia costituzionale nazionale è stata anticipatamente prevista e composta in sede di disciplina istitutiva degli organi di

⁽⁴⁴⁾ Cfr. G. TEUBNER, 'Globale Bukowina: Zur Emergenz eines transnationalen Rechtspluralismus', in *Rechtshistorisches Journal*, 15 (1996), 255-290; E. FAZZALARI, «Mondializzazione», politica, diritto, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2000, p. 681 ss.; A. FISCHER-LESCANO, G. TEUBNER, *Regime-Kollisionen. Zur Fragmentierung des globalen Rechts*, Frankfurt am Main, 2006.

Per un più ampio discorso sul punto rinvio a R. CAPONI, *Recezione e trasmissione del diritto processuale: brevi riflessioni su un oggetto 'sconfinato'*, relazione tenuta il 27 marzo 2009 al convegno organizzato dal prof. Masahisa Deguchi presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università Ritsumeikan di Kioto, i cui atti sono in corso di pubblicazione.

⁽⁴⁵⁾ Cfr. R. CAPONI, *Il giudicato civile dimensionato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, p. 941 ss.

giustizia costituzionale, salvo il giudizio sulla tenuta teorica delle diverse soluzioni adottate dai vari ordinamenti.

Viceversa, la tensione e il conflitto tra giudicati nazionali, da un lato, e decisioni delle corti internazionali e delle due corti europee, dall'altro lato, è piuttosto il frutto della evoluzione dei rapporti reciproci tra ordinamenti nazionali e ordinamenti ultrastatali.

L'evoluzione è avvenuta sotto il segno della progressiva apertura degli ordinamenti statali e del progressivo rafforzamento della effettività degli ordinamenti ultrastatali ⁽⁴⁶⁾.

⁽⁴⁶⁾ In questa sede, la riflessione è limitata al rapporto tra Corti europee e giudicati nazionali, ma il fenomeno è più ampio e riguarda il contrasto del giudicato civile nazionale con il diritto internazionale. Esempio: cass., sez. un., 11 marzo 2004, n. 5044, Ferrini c. Governo della Repubblica federale tedesca.

Statuisce la Corte di cassazione italiana: il rispetto dei diritti inviolabili della persona umana ha assunto il valore di principio fondamentale dell'ordinamento internazionale, riducendo la portata e l'ambito di altri principi ai quali tale ordinamento si è tradizionalmente ispirato, quale il riconoscimento della immunità statale dalla giurisdizione civile straniera, con riferimento alle attività statali compiute *iure imperii*. Ne consegue – prosegue la Corte – che non ha carattere assoluto la norma consuetudinaria di diritto internazionale che impone agli stati l'obbligo di astenersi dall'esercitare il potere giurisdizionale nei confronti degli stati stranieri. In particolare tale immunità non può essere invocata in presenza di comportamenti dello stato straniero di tale gravità da configurare, in forza di norme consuetudinarie di diritto internazionale, crimini internazionali.

Quest'orientamento della nostra Corte suprema – confermato da una serie di pronunce del 2008: Cass. 29 maggio 2008, n. 14199 a 14212, caso *Distomo* e altri – ha suscitato la reazione della Repubblica Federale Tedesca, che il 23 dicembre 2008 ha convenuto in giudizio la Repubblica italiana dinanzi alla Corte internazionale di giustizia. La Germania fa valere che attraverso questo orientamento giurisprudenziale l'Italia violi l'obbligo di diritto internazionale di riconoscere l'immunità giurisdizionale della Repubblica Federale Tedesca come Stato sovrano.

Capitolo II

Casistica

1. - L'incidenza degli effetti di una successiva pronuncia di una delle due Corti europee sull'antecedente giudicato civile italiano deve essere studiata in modo distinto, ma congiunto, a seconda che si tratti di una pronuncia della Corte di Strasburgo o di una pronuncia della Corte del Lussemburgo.

Se si considerano la diversità del ruolo e della funzione delle due Corti europee, nonché dell'efficacia delle loro pronunce, la necessità di un approccio distinto è talmente evidente da sollecitare perfino il dubbio che una trattazione congiunta delle due ipotesi si risolva in una mera giustapposizione dello studio di due fenomeni intrinsecamente diversi.

In realtà, l'indagine parallela e contestuale, lungi dal risolversi in una mera giustapposizione, promuove una ricostruzione che si giova proprio del confronto fra le due ipotesi.

2. - Per cogliere la possibile incidenza su precedenti giudicati civili della pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo, conviene svolgere una breve premessa relativa al rango che la Convenzione europea dei diritti dell'uomo (Cedu) riveste nel sistema delle fonti del diritto italiano.

La Cedu non contiene indicazioni sulla sua posizione e il suo modo di operare all'interno degli ordinamenti giuridici nazionali degli Stati contraenti ⁽⁴⁷⁾. Di conseguenza il suo ruolo all'interno del sistema delle fonti del diritto dei singoli Stati contraenti, e in particolare il suo rapporto con le costituzioni nazionali, è eterogeneo e si articola fondamentalmente in tre varianti. La prima, propria per esempio dell'ordinamento austriaco, attribuisce alla Cedu rango costituzionale. La seconda, propria della maggior parte dei paesi, attribuisce alla Cedu un rango intermedio tra la Costituzione e la legge ordinaria. La terza, propria della

⁽⁴⁷⁾ È rimasta isolata l'idea di attribuire alla Cedu un primato applicativo analogo a quello del diritto comunitario. Cfr. in questa direzione, J. POLAKIEWICZ, *Die Verpflichtungen der Staaten aus den Urteilen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte*, Berlin, 1993, p. 360.

Germania e dei paesi scandinavi attribuisce alla Cedu il rango di legge ordinaria ⁽⁴⁸⁾, che però costituisce un ausilio nell'interpretazione della disciplina nazionale relativa ai diritti fondamentali ⁽⁴⁹⁾.

Dopo le sentenze n. 348 e n. 349 del 2007 della Corte costituzionale ⁽⁵⁰⁾, l'ordinamento italiano è passato dalla terza alla seconda variante. Prima dell'introduzione del nuovo testo dell'art. 117 Cost. ⁽⁵¹⁾, la legge di adattamento della Cedu aveva «normalmente rango di legge ordinaria e quindi potenzialmente modificabile da altre leggi ordinarie successive». Con la nuova disposizione - prosegue la Corte - le norme della Convenzione assumono il ruolo di «fonti integratrici del parametro di costituzionalità di cui all'art. 117, comma 1°».

In particolare, secondo un espediente tecnico proprio della dottrina costituzionalistica italiana, le norme della Cedu operano, ai sensi dell'art. 117, comma 1°, Cost., come parametro «interposto» di legittimità costituzionale delle leggi, sebbene esse non siano coperte dalle limitazioni di sovranità consentite dall'art. 11 Cost.

Pertanto il giudice comune non può direttamente disapplicare le norme giuridiche nazionali contrastanti con la convenzione (come accade invece nei rapporti con il diritto dell'Unione europea), bensì - qualora il contrasto non possa essere composto a livello interpretativo, facendo applicazione

⁽⁴⁸⁾ Molto rilevante in questo contesto, come introduzione al trattamento delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo da parte dei giudici tedeschi è la sentenza della Corte costituzionale tedesca sul caso Görgülü, cfr. BVerfGE 111, p. 307 ss., p. 324 ss. Sul punto, cfr. H. J. PAPIER, *Umsetzung und Wirkung der Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte aus der Perspektive der nationalen deutschen Gerichte*, in EuGRZ 2006, p. 1 ss.; C. GRABENWARTER, *Das mehrpolige Grundrechtsverhältnis im Spannungsfeld zwischen europäischem Menschenrechtsschutz und Verfassungsgerichtsbarkeit*, in Festschrift für C. Tomuschat, Kehl, 2006, p. 193 ss.

⁽⁴⁹⁾ Così la sintesi di C. GRABENWARTER, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 4^a ed., München, 2009, p. 15 ss.

⁽⁵⁰⁾ Cfr. Corte cost., 24 ottobre 2007, n. 348 e n. 349, in *Foro it.*, 2008, I, c. 39 ss., con nota di R. ROMBOLI, A. TRAVI e CAPPUCIO, e in *Riv. dir. int.*, 2008, p., 229 ss., con nota di G. GAJA, E. CANNIZZARO, M. L. PADELLETTI e SACCUCI.

⁽⁵¹⁾ Il testo è stato introdotto dalla riforma del Titolo V della Costituzione, adottata con la l. cost. 18 ottobre 2001, n. 3.

del canone di interpretazione conforme alla Cedu - deve rimettere la relativa questione alla Corte costituzionale ⁽⁵²⁾.

3. - La Corte europea dei diritti dell'uomo può essere adita da una persona fisica, una organizzazione non governativa o un gruppo di privati che sostenga di essere vittima di una violazione dei diritti riconosciuti nella convenzione o nei suoi protocolli da parte di uno degli stati contraenti (art. 34 conv.), ovvero può essere adita da uno Stato per qualunque inosservanza delle disposizioni della convenzione e dei suoi protocolli che esso ritenga possa essere imputata ad un altro Stato contraente (art. 33 conv.).

La Corte non può essere adita se non dopo l'esaurimento delle vie di ricorso interne ⁽⁵³⁾, come inteso secondo i principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti ed entro un periodo di sei mesi a partire dalla data della decisione interna definitiva ⁽⁵⁴⁾.

Come atto lesivo entra in considerazione ogni condotta statale o comunque imputabile ad uno degli Stati contraenti, che – in linea con il carattere di diritto internazionale della convenzione – sono in via di principio i destinatari diretti ed esclusivi dell'obbligo di rispettare i diritti riconosciuti dalla convenzione ⁽⁵⁵⁾. L'obbligo abbraccia ogni atto autoritativo dei pubblici poteri: legislativo, esecutivo e giurisdizionale, nella misura in cui esso incida sui diritti protetti dalla Cedu ⁽⁵⁶⁾.

⁽⁵²⁾ Dubbi residuano sul rapporto tra Cedu e leggi anteriori, poiché Corte cost. 24 ottobre 2007, n. 348, cit., non è esente da una certa schematicità, di cui - in caso di contrasto di queste ultime con la Cedu - rischia di rimanenere vittima l'effetto abrogativo, a vantaggio della necessità di rimettere la relativa questione alla Corte costituzionale. Cfr. infatti Corte cost. 27 febbraio 2008, n. 39, in *Foro it.*, 2008, I, c. 1037, su cui vedi le osservazioni critiche di R. MASTROIANNI, *La sentenza della Corte cost. n. 39 del 2008 in tema di rapporti tra leggi ordinarie e Cedu: anche le leggi cronologicamente precedenti vanno rimosse dalla Corte costituzionale?* in www.forumcostituzionale.it (*Forum di Quaderni costituzionali*).

⁽⁵³⁾ Sul punto si rinvia a C. GRABENWARTER, *Europäische Menschenrechtskonvention*, cit., p. 56 ss.

⁽⁵⁴⁾ Sul punto si rinvia a C. GRABENWARTER, *Europäische Menschenrechtskonvention*, cit., p. 65 ss.

⁽⁵⁵⁾ Cfr. art. 1 conv.: «le alte parti contraenti riconoscono ad ogni persona sottoposta alla loro giurisdizione i diritti e le libertà enunciati nel titolo primo della presente convenzione».

⁽⁵⁶⁾ Cfr. J. ABR. FROWEIN, W. PEUKERT, *Europäische Menschenrechtskonvention. EMRK-Kommentar*, 2^a, Kehl, 1996, sub art. 25, nota a margine n. 40; C. GRABENWARTER, *Europäische Menschenrechtskonvention*, cit., p. 103.

È impugnabile pertanto dinanzi alla Corte di Strasburgo una sentenza passata in giudicato adottata, quanto a norma sostanziale applicata per risolvere la controversia o a disciplina processuale, in violazione della Cedu.

4. - Illustriamo un caso in cui si è posto in concreto il problema della incidenza su di un precedente giudicato della pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo.

La società francese *Dangeville* presentava ricorso alla Corte di Strasburgo facendo valere la lesione dell'art. 1 del protocollo addizionale, relativo alla protezione della proprietà⁽⁵⁷⁾, per il fatto di essere stata indebitamente assoggettata ad imposizione Iva per l'attività esercitata, nonostante l'esenzione esplicitamente prevista nella fattispecie da una direttiva comunitaria dotata di effetto diretto⁽⁵⁸⁾.

Infatti l'amministrazione finanziaria francese, in assenza di una normativa interna di attuazione della direttiva comunitaria, aveva continuato ad ingiungere il pagamento dell'imposta. Con una serie di giudicati, anche del *Conseil d'Etat*, venivano rigettate le domande di restituzione dell'imposta pagata. Dinanzi alla Corte di Strasburgo la Francia difende la posizione del Consiglio di Stato, che aveva respinto la rinnovata domanda di restituzione richiamandosi ad un precedente giudicato di rigetto. La Corte europea si limita ad osservare laconicamente che con ciò il Consiglio di Stato ha privato il ricorrente dell'ultimo rimedio interno per far valere la violazione dell'art. 1 del primo protocollo addizionale.

Accertata così la violazione, la Corte europea quantifica la somma che l'amministrazione francese deve restituire, insieme agli interessi, alla società attrice. Indirettamente, ma incisivamente, la Corte di Strasburgo si assume il compito di

⁽⁵⁷⁾ Cfr. art. 1 - Protezione della proprietà: «ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di pubblica utilità e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale».

⁽⁵⁸⁾ Si tratta della direttiva n. 77/388 del Consiglio (c.d. sesta direttiva), adottata con il proposito di disciplinare in modo uniforme la base imponibile dell'Iva. L'art. 13 *b a*) esenta espressamente dalla imposta sul valore aggiunto l'attività di mediazione assicurativa, esercitata dalla società ricorrente.

sanzionare l'inosservanza del diritto comunitario da parte della amministrazione francese ⁽⁵⁹⁾).

5. - In Italia il problema è aperto innanzitutto nei processi penali ⁽⁶⁰⁾.

A tal riguardo, una recente sentenza della Corte costituzionale ⁽⁶¹⁾ rivolge al legislatore un pressante invito ad adottare i provvedimenti ritenuti più idonei, per consentire all'ordinamento di adeguarsi alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo che abbiano riscontrato, nei processi penali, violazioni ai principi sanciti dall'art. 6 della Cedu ⁽⁶²⁾.

6. - Passiamo alle pronunce della Corte di giustizia. La tensione con le decisioni nazionali definitive è una vicenda già

⁽⁵⁹⁾ Corte europea dei diritti dell'uomo, 16 aprile 2002, 366677/97, *Dangeville c. France*, in *Europäische Grundrechte Zeitschrift (EuGRZ)*, 2007, p. 671 ss., p. 655 ss., con nota di M. BREUER, *Zur unmittelbaren Wirkung von EG-Richtlinien im französischen Verwaltungsrecht: Betrachtung aus Anlass des EGMR-Urteils im Fall Dangeville*; L. MARIN, *La Corte di Strasburgo garante del diritto comunitario*, in *Quad. cost.*, 2003, p. 856 ss. Un altro caso simile è il seguente: Corte europea dei diritti dell'uomo, 22 luglio 2003, *Cabinet Diot c. France*.

⁽⁶⁰⁾ Cfr. Cass. 12 luglio 2006, *Somogyi*, in *Foro it.*, 2007, II, 286. Statuisce la corte: in presenza di gravi violazioni dei diritti della difesa, il giudice nazionale italiano è tenuto a conformarsi alla giurisprudenza della corte di Strasburgo, anche se ciò comporta la necessità di mettere in discussione, attraverso il riesame o la riapertura dei procedimenti penali, l'intangibilità del giudicato. Sulla base di quest'assunto la Corte stabilisce che, nel pronunciare su una richiesta di restituzione nel termine per appellare proposta da un condannato dopo che il suo ricorso è stato accolto dalla corte europea dei diritti dell'uomo, il giudice è tenuto a conformarsi alla decisione di quest'ultima. Pertanto il diritto al nuovo processo non può essere negato escludendo la violazione dell'art. 6 della convenzione europea, né invocando l'autorità del pregresso giudicato formatosi in ordine alla ritualità del giudizio contumaciale in base alla normativa del codice di procedura penale.

Cass. 1° dicembre 2006, *Dorigo*, in *Foro it.*, 2007, II, 278. Il giudice dell'esecuzione deve dichiarare, a norma dell'art. 670 c.p.p., l'ineseguibilità del giudicato quando la corte di Strasburgo abbia accertato che la condanna è stata pronunciata per effetto della violazione delle regole sul processo equo sancite dall'art. 6 della convenzione europea e abbia riconosciuto il diritto del condannato alla rinnovazione del giudizio.

⁽⁶¹⁾ Cfr. Corte cost. 30 aprile 2008, n. 129, in *Foro it.*, 2009, I, 103 e 621, con nota di G. ARMONE; in *www.forumcostituzionale.it*, con nota di V. SCARABBA, *Il problema dell'intangibilità del giudicato tra Corte di Strasburgo, giudici comuni, Corte costituzionale e... legislatore?*

⁽⁶²⁾ Si veda anche Cass. 12 luglio 2006, *Somogyi*, in *Foro it.*, 2007, II, 286.

iscritta nel corso evolutivo degli eventi, fin dall'avvio del cammino costituzionale della Corte di giustizia ⁽⁶³⁾.

Nella pronuncia *Van Gend & Loos v. Olanda*, la novità rivoluzionaria dell'ordinamento comunitario è annunciata con una dichiarazione solenne, di taglio costituente: «La comunità economica europea costituisce un ordinamento giuridico di nuovo genere nel campo del diritto internazionale a favore del quale gli stati membri hanno rinunciato, se pure in settori limitati, ai loro poteri sovrani ed al quale sono soggetti non soltanto gli stati membri, ma pure i loro cittadini. Il diritto comunitario, indipendentemente dalle norme emanate dagli stati membri, nello stesso modo in cui impone ai singoli degli obblighi, attribuisce loro dei diritti soggettivi. Tali diritti sorgono non soltanto allorché il trattato espressamente li menziona, ma anche quale contropartita di precisi obblighi che il trattato impone ai singoli, agli stati membri ed alle istituzioni comunitarie» ⁽⁶⁴⁾.

7. - Il legame diretto tra le statuizioni contenute nelle storiche pronunce della Corte di giustizia e il problema oggetto di questa indagine si può cogliere con nettezza rileggendo i classici e solenni passi centrali di *Costa v. ENEL*: «a differenza dei comuni trattati internazionali, il trattato Cee ha istituito un proprio ordinamento giuridico, integrato nell'ordinamento giuridico degli stati membri all'atto dell'entrata in vigore del trattato e che i giudici nazionali sono tenuti ad osservare. Istituito una comunità senza limiti di durata, dotata di propri organi, di personalità, di capacità giuridica, di capacità di rappresentanza sul piano internazionale, ed in ispecie di poteri effettivi provenienti da una limitazione di competenza o da un trasferimento di attribuzioni degli Stati alla Comunità, questi hanno limitato, sia pure in campi circoscritti, i loro poteri sovrani e creato quindi un complesso di diritto vincolante per i loro cittadini e per loro stessi.

⁽⁶³⁾ Su questo cammino, v. da ultimo A. TIZZANO, *Qualche riflessione sul contributo della Corte di giustizia allo sviluppo del sistema comunitario*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2009, p. 141 ss., p. 142, ove si parla del ruolo «strutturale» della Corte di giustizia nella costruzione dell'edificio europeo.

⁽⁶⁴⁾ Cfr. Corte giust., 5 febbraio 1963, causa 26/62, *Van Gend & Loos v. Olanda*, in *Racc.*, p. 3.

Tale integrazione nel diritto di ciascuno Stato membro di norme che promanano da fonti comunitarie e, più in generale, lo spirito e i termini del trattato, hanno per corollario l'impossibilità per gli Stati di far prevalere, contro un ordinamento giuridico da essi accettato a condizione di reciprocità, un provvedimento unilaterale ulteriore, il quale pertanto non è opponibile all'ordinamento stesso. Scaturito da una fonte autonoma, il diritto nato dal trattato non potrebbe, in ragione appunto della sua specifica natura, trovare un limite in qualsiasi provvedimento interno senza perdere il proprio carattere comunitario e senza che ne risultasse scosso il fondamento giuridico della stessa comunità.

Il trasferimento, effettuato dagli stati a favore dell'ordinamento giuridico comunitario, dei diritti e degli obblighi corrispondenti alle disposizioni del trattato implica quindi una limitazione definitiva dei loro poteri sovrani» ⁽⁶⁵⁾.

Il messaggio è chiaro: il diritto comunitario si impone senza limiti contro qualsiasi «provvedimento interno» contrastante, sia esso legislativo ordinario, costituzionale, amministrativo o giurisdizionale, provvisorio o definitivo.

La possibile incidenza nei confronti dei giudicati - esplicita attraverso il vincolo che la pronuncia interpretativa della Corte di giustizia produce nei confronti del processo principale - è l'ultima e certamente più problematica espressione di questa direttiva fondamentale.

8. - Con *Simmenthal* l'ansia di fondazione di un potere comunitario esercitato in forma giuridica, ma in modo pienamente efficace e utile, si manifesta nel ventaglio di aggettivi qualificativi impiegati: «l'applicabilità diretta del diritto comunitario significa che le sue norme devono esplicare pienamente i loro effetti, in maniera uniforme in tutti gli Stati membri, a partire dalla loro entrata in vigore e per tutta la durata della loro validità. Le disposizioni direttamente applicabili sono una fonte immediata di diritti e di obblighi per tutti coloro che esse riguardano, siano questi gli Stati membri

⁽⁶⁵⁾ Corte giust., 15 luglio 1964, causa 6/64, *Costa v. ENEL*, in *Racc.*, p. 1129.

ovvero i singoli, soggetti di rapporti giuridici disciplinati dal diritto comunitario».

L'opera robustamente costituente della Corte di giustizia completa il profilo di superiorità di rango normativo del diritto comunitario anche nei confronti delle norme nazionali posteriori: «il principio della preminenza del diritto comunitario si proietta anche sulle norme statali posteriori, le norme del Trattato e le norme secondarie direttamente applicabili hanno l'effetto, nei loro rapporti col diritto interno degli stati membri, non solo di rendere *ipso jure* inapplicabile, per il fatto stesso della loro entrata in vigore, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale preesistente, ma anche [...] di impedire la valida formazione di nuovi atti legislativi nazionali, nella misura in cui questi fossero incompatibili con norme comunitarie».

L'effettività dei diritti di derivazione comunitaria è ancora parte di questo disegno più complessivo, teso alla effettività dell'efficacia diretta e del primato del diritto comunitario (in senso oggettivo): «Questo effetto riguarda anche tutti i giudici che, aditi nell'ambito della loro competenza, hanno il compito, in quanto organi di uno stato membro, di tutelare i diritti attribuiti ai singoli dal diritto comunitario [...] il giudice nazionale [...] ha l'obbligo di garantire la piena efficacia di tali norme [comunitarie], disapplicando all'occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale, anche posteriore, senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale» ⁽⁶⁶⁾.

Colto il presupposto fondamentale della tensione tra pronunce della Corte di giustizia e giudicati nazionali, cioè l'efficacia diretta e il primato del diritto comunitario, possiamo accennare allo strumento che veicola il confronto: il rinvio pregiudiziale.

9. - Secondo l'art. 234 trattato Ce, quando nel corso di un giudizio nazionale sorge un ragionevole dubbio sulla

⁽⁶⁶⁾ Corte giust. 9 marzo 1978, C 106/77, *Simmenthal*, in *Racc.*, p. 629.

interpretazione di una norma del Trattato ovvero sulla validità o l'interpretazione di un atto delle istituzioni comunitarie, il giudice nazionale, dinanzi a cui si svolge il processo, qualora reputi necessaria per emanare la sua sentenza una decisione su questo punto, può domandare alla Corte di giustizia di pronunciarsi sulla questione. Quando una questione del genere è sollevata in un giudizio pendente davanti a un giudice nazionale, avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno, tale giudice è tenuto a rivolgersi alla Corte di giustizia ⁽⁶⁷⁾.

La pronuncia pregiudiziale della Corte del Lussemburgo assolve ad una duplice funzione.

In primo luogo, essa serve ad assicurare l'uniforme interpretazione del diritto comunitario all'interno degli ordinamenti giuridici degli Stati membri, nonostante la pluralità delle culture giuridiche degli organi chiamati ad applicarlo.

In secondo luogo, essa assume un notevole significato per la tutela giurisdizionale dei diritti dei singoli, cui l'art. 230, comma 4° Trattato CE concede un potere di azione contro atti giuridici della Comunità europea solo in modo limitato. Come parti di un processo, essi possono sollecitare il giudice ad operare un rinvio alla Corte di giustizia per cercare di ottenere la dichiarazione d'invalidità dell'atto comunitario lesivo dei loro diritti o un'interpretazione a loro favorevole della normativa comunitaria.

La questione interpretativa è in via di principio limitata al diritto comunitario anche quando entri in gioco la compatibilità di una norma giuridica nazionale con il diritto comunitario. L'applicazione al caso concreto del diritto comunitario, così come interpretato dalla Corte di giustizia, è

⁽⁶⁷⁾ Sul rinvio pregiudiziale nella letteratura processualistica italiana, v. P. BIAVATI, *Pregiudizialità comunitaria*, in *Il diritto-Encicl. giur.*, Milano, 2007, vol. XI, 314; G. RAITI, *La collaborazione giudiziaria nell'esperienza del rinvio pregiudiziale comunitario*, Milano, 2003; N. TROCKER, *Das Vorabentscheidungsverfahren aus italienischer Sicht: Erfahrungen, Probleme, Entwicklungstendenzen*, in *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 2002, p. 417 – 458; A. BRIGUGLIO, *Pregiudiziale comunitaria e processo civile*, Padova, 1996.

compito del giudice nazionale ⁽⁶⁸⁾. Quest'ultima si spinge peraltro molto in avanti nell'offrire al giudice nazionale, su sollecitazione di quest'ultimo, i criteri che gli consentano di valutare la compatibilità della prescrizione nazionale con il diritto comunitario e adotta dispositivi in cui si statuisce che la normativa comunitaria è di ostacolo a che il diritto nazionale assuma un certo contenuto, o viceversa ⁽⁶⁹⁾.

10. - Quanto all'incidenza su precedenti giudicati delle pronunce pregiudiziali della Corte di giustizia, essa è subordinata a due condizioni:

a) l'instaurazione di un secondo processo relativo allo stesso oggetto del precedente giudicato, ovvero teso comunque a diminuire o a disconoscere l'autorità del giudicato ⁽⁷⁰⁾.

b) la pronuncia pregiudiziale della Corte di giustizia, sollecitata nel secondo processo o in un altro processo successivo al giudicato, ove risulta l'«ingiustizia» comunitaria di quest'ultimo.

Sono queste le ipotesi che hanno suscitato attenzione e scalpore nell'ordinamento italiano, anche perché alcune vicende si sono svolte o si stanno svolgendo in Italia. Ne illustriamo alcune esemplari.

11. - Il professore universitario *Gerhard Köbler* chiede allo Stato austriaco che nel calcolo dell'indennità di anzianità di servizio vengano computati anche i suoi anni di servizio presso università di altri paesi membri dell'Unione europea ⁽⁷¹⁾. Passata in giudicato la sentenza della Corte suprema

⁽⁶⁸⁾ Cfr., per tutti, B. WEGENER, in *EUV/EGV. Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta*, a cura di C. Callies e M. Ruffert, 3^a ed., München, 2007, p. 2059.

⁽⁶⁹⁾ Cfr. A. TIZZANO, *Qualche riflessione sul contributo della Corte di giustizia allo sviluppo del sistema comunitario*, cit., p. 147, ove si parla di «uso alternativo» della competenza pregiudiziale; E. D'ALESSANDRO, *Riflessioni sull'ambito soggettivo di efficacia delle sentenze interpretative della Corte di giustizia*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, p. 1345 ss., p. 1346.

⁽⁷⁰⁾ Oppure è instaurato un secondo processo di impugnazione di un atto stragiudiziale, il quale si sia proposto l'obiettivo di diminuire o disconoscere l'autorità del precedente giudicato.

⁽⁷¹⁾ Corte giust. 30 settembre 2003, C-224/01, *Köbler*, in *Racc.*, p. 10239; in *Foro it.*, 2004, IV, c. 3 ss., con nota di E. SCODITTI, «*Francovich*» presa sul serio: la responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario derivante da provvedimento giurisdizionale; in *Int'l Lis*, 2005, 2, 62 ss., con nota di P. BIAVATI, *Inadempimento degli Stati membri al diritto*

amministrativa che rigetta il suo ricorso contro il diniego dell'amministrazione, *Köbler* propone un'azione risarcitoria contro lo Stato austriaco dinanzi al tribunale civile di Vienna, chiedendo il risarcimento dei danni discendenti dalla mancata o erronea applicazione delle norme comunitarie sulla libera circolazione dei lavoratori. Il tribunale rimette alla Corte di giustizia la questione pregiudiziale se la giurisprudenza della Corte sulla responsabilità statale verso i singoli per violazione del diritto comunitario sia applicabile anche nel caso in cui l'atto lesivo sia costituito da una sentenza di un organo giurisdizionale di ultimo grado.

La risposta della Corte è affermativa. L'importanza del principio dell'autorità della cosa definitivamente giudicata - che la Corte coglie al fine di garantire la stabilità del diritto e dei rapporti giuridici, nonché una buona amministrazione della giustizia - non può essere contestata, ma ciò non si oppone al riconoscimento della responsabilità dello Stato per la decisione di un corte di ultimo grado. Un processo inteso a far dichiarare la responsabilità dello Stato non ha lo stesso oggetto e non implica necessariamente le stesse parti del processo che ha dato luogo al giudicato dannoso. Infatti, l'attore in tale giudizio risarcitorio ottiene, in caso di successo, la condanna dello Stato a risarcire il danno, ma non necessariamente la revisione del giudicato dannoso.

12. - Gli uffici doganali olandesi avevano dapprima concesso alla società *Kühne & Heitz* determinati rimborsi all'esportazione in paesi terzi e poi ne avevano richiesto la restituzione sulla base di una certa interpretazione del diritto comunitario sfavorevole alla società, attinente ad una determinata classificazione della merce esportata nella tariffa doganale. L'azione contro l'ingiunzione di restituzione veniva respinta in ultima istanza dalla corte olandese, che confermava l'impostazione degli uffici doganali senza investire la Corte di giustizia con un quesito interpretativo.

comunitario per fatto del Giudice supremo: alla prova la nozione europea di giudicato.

Sulla scia della sentenza *Köbler*, Corte giust., 13 giugno 2006, C-173/03, *Traghetti del Mediterraneo*, in *Foro it.* 2006, IV, 418, con nota di E. SCODITTI, A. PALMIERI, GIOVANNETTI.

Anni dopo, la Corte di giustizia in un altro caso adottava invece l'interpretazione favorevole alla concessione dei rimborsi all'esportazione per quella determinata categoria di merci. In conseguenza di ciò la *Kühne & Heitz* chiedeva la restituzione dei rimborsi e impugnava il nuovo provvedimento di rigetto dinanzi al giudice, che rimetteva alla Corte di giustizia la questione relativa al venire meno dell'efficacia di un atto amministrativo inoppugnabile nell'interesse di un'efficace e completa attuazione del diritto comunitario. La Corte di giustizia afferma che il principio di cooperazione di cui all'art. 10 Trattato CE impone alla pubblica amministrazione l'annullamento in autotutela di un provvedimento (sfavorevole al cittadino), adottato sulla base di una interpretazione del diritto comunitario successivamente smentita dalla Corte di giustizia.

In particolare, tale dovere sussiste in presenza di quattro condizioni (quelle che si erano presentate nella causa principale): in primo luogo, l'organo amministrativo deve disporre, secondo il diritto nazionale, del potere di ritornare su tale decisione (revoca, annullamento d'ufficio); in secondo luogo, la decisione amministrativa in questione deve essere divenuta definitiva in seguito ad una sentenza di un giudice nazionale che statuisce in ultima istanza; in terzo luogo, tale sentenza, alla luce di una giurisprudenza della Corte successiva alla medesima, deve risultare fondata su una interpretazione errata del diritto comunitario adottata senza che la Corte fosse adita in via pregiudiziale alle condizioni previste all'art. 234, comma 3, Trattato CE; in quarto luogo, l'interessato deve essersi rivolto all'organo amministrativo immediatamente dopo essere stato informato della detta giurisprudenza della Corte ⁽⁷²⁾.

⁽⁷²⁾ Corte di giustizia, 13 gennaio 2004, C-453/00, *Kühne & Heitz*, in *Urbanistica e appalti*, 2004, p. 1151 con nota di R. CARANTA, *Effettiva applicazione del diritto comunitario e certezza del diritto*; dello stesso A. v. anche il commento pubblicato in lingua inglese in *Common Market Law Review*, 42 (2005), p. 179 ss.; **MARI**, *La forza del giudicato delle decisioni dei giudici nazionali di ultima istanza nella giurisprudenza comunitaria*, in *Riv. it. dir. pubb. comun.*, 2004, p. 1007 ss.; **RASIA**, *Il controllo della Commissione europea sull'interpretazione del diritto comunitario da parte delle corti supreme degli Stati membri*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, spec. p. 1040 ss.; G. MORBIDELLI, *Corte costituzionale e corti europee: la tutela dei diritti (dal punto di vista della corte del Lussemburgo)*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, p. 285.

Importanti precisazioni relative a due delle quattro condizioni derivano dalla recente decisione sul caso *Kempter* ⁽⁷³⁾.

In primo luogo, la Corte chiarisce che non è di ostacolo all'istanza di revoca della decisione amministrativa che il privato abbia invocato il diritto comunitario nell'ambito dell'impugnazione giurisdizionale avverso la decisione amministrativa, poiché il giudice è tenuto a rilevare d'ufficio l'applicabilità del diritto comunitario.

In secondo luogo, la Corte chiarisce che il diritto comunitario non impone alcun limite temporale per presentare una domanda diretta al riesame di una decisione amministrativa divenuta definitiva. Gli Stati membri rimangono tuttavia liberi di fissare termini di ricorso ragionevoli, conformemente ai principi comunitari di effettività e di equivalenza.

13. - Nel 1985, la *Lucchini s.p.a.* presenta al Ministero dell'industria una domanda di agevolazioni finanziarie, ai sensi della l. n. 183 del 1976, per l'ammodernamento di taluni impianti siderurgici. Poiché il contributo è accordato solo in parte, nel 1989 la società agisce in giudizio dinanzi al Tribunale di Roma nei confronti del Ministero per l'accertamento del suo diritto all'erogazione dell'intero aiuto originariamente richiesto. Nel 1990, mentre il giudizio di primo grado era ancora pendente, la Commissione europea dichiara incompatibili con il mercato comune tutti i contributi previsti a favore della *Lucchini*, poiché ritiene non dimostrata, a cagione delle informazioni mancanti o lacunose da parte del Ministero dell'industria, la sussistenza di presupposti per derogare al divieto degli aiuti di Stato. La decisione della Commissione è notificata al Ministero e pubblicata nella *Gazzetta ufficiale* delle Comunità europee. La *Lucchini* non

⁽⁷³⁾ Corte giust., 12 febbraio 2008, C-2/06, *Kempter*, sulla quale vedi E. CANNIZZARO, *Sui rapporti tra sistemi processuali nazionali e diritto dell'Unione europea*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2008, p. 447 ss.; WEIS, *Bestandskraft nationaler belastender Verwaltungsakte und EG-Recht*, in *DöV* 2008, p. 477; KANITZ, WENDEL, *Gemeinschaftsrechtlich gebotene Grenzen der Bestandskraftdurchbrechung im europäisierten Verwaltungsverfahren? - Zur Frage prozessualer Vorbedingungen und zeitlicher Schranken der Überprüfungspflicht bestandskräftiger Verwaltungsakte*, in *EuZW*, 2008, p. 231.

impugna la decisione dinanzi alla Corte di giustizia. L'Avvocatura dello Stato, che difende in giudizio il Ministero dell'industria, non fa valere in giudizio la decisione della Commissione. Nel 1991 il Tribunale accoglie la domanda fondandosi esclusivamente sulla l. n. 183 del 1976. Nel 1994 la sentenza di primo grado è confermata in appello. Nel 1995 l'Avvocatura dello Stato comunica al Ministero che la sentenza d'appello è corretta e che quindi non ravvede l'opportunità di proporre ricorso per cassazione. Il 28 febbraio 1995 la sentenza passa in giudicato. Nel 1996, in esecuzione della sentenza, il Ministero corrisponde alla Lucchini oltre un miliardo e settecento milioni delle vecchie lire. Successivamente, su intimazione della Commissione europea, il Ministero revoca il provvedimento che accorda il contributo e ordina la restituzione. La Lucchini impugna il provvedimento dinanzi al giudice amministrativo, che accoglie il ricorso in primo grado, fondandosi essenzialmente sul giudicato civile. In sede di appello, il Consiglio di Stato rimette alla Corte di giustizia due questioni pregiudiziali, chiedendole sostanzialmente di dirimere il conflitto tra la decisione della Commissione europea e il successivo giudicato civile italiano.

La Corte di giustizia risponde che il diritto comunitario osta all'applicazione di una norma 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 norma 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 ⁽⁷⁴⁾. La decisione della Corte è

⁽⁷⁴⁾ Corte giust. comunità europee, 18 luglio 2007, n. 119/05, Min. ind. c. Soc. Lucchini), in *Foro it.*, 2007, IV, c. 533, con nota di E. SCODITTI, *Giudicato nazionale e diritto comunitario*; N. PICARDI, *Eventuali conflitti fra principio del giudicato e principio della superiorità del diritto comunitario*, in *Giust. civ.* 2008, I p. 559 ss.; C. CONSOLO, *La sentenza «Lucchini» della corte di giustizia: quale possibile adattamento degli ordinamenti processuali interni e in specie del nostro?*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 225 ss.; P. BIAVATI, *La sentenza Lucchini: il giudicato nazionale cede al diritto comunitario*, in *Rassegna tributaria* 2007, p.1591 ss.; B. ZUFFI, *Il caso Lucchini infrange l'autorità del giudicato nazionale nel campo degli aiuti statali*, in *Giur. it.*, 2008, p. 382 ss.; KREMER, *Effektuiierung des europäischen Beihilferechts durch die Begrenzung der Rechtskraft*, in *EuZW*, 2007, p. 726 ss.; GERMELMANN, *Neue Wege in der Rechtsprechung des EuGH zu nationalen Rechtskraftregeln?* in *EWS* 2007, p. 392 ss.; A. HATJE, *Gemeinschaftsrechtliche Grenzen der Rechtskraft gerichtlicher*

motivata laconicamente. Il motivo portante sembra essere 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» ⁽⁷⁵⁾.

Più incisive le conclusioni dell'Avv. generale Geelhoed: il giudicato «scavalca anche la competenza esclusiva della Corte, retta dal diritto comunitario, di valutare l'aiuto controverso [...]. Si tratta di una controversia che, in prima istanza, deve essere risolta a livello di diritto comunitario e in cui la ripartizione di poteri tra l'ordinamento giuridico comunitario e quello nazionale [...] va rispettata molto rigorosamente [...]. Essenziale è il fatto che il giudice nazionale, nell'interpretazione del diritto interno, non può emettere sentenze che non tengono conto della fondamentale ripartizione di poteri tra la Comunità e gli Stati membri, sancita dai trattati. Ciò vale anche se siffatte sentenze hanno ottenuto autorità di cosa giudicata» ⁽⁷⁶⁾.

14. - Ultimo caso, deciso all'inizio di settembre del 2009. La *Olimpiclub s.r.l.* proprietaria di un complesso sportivo insistente su terreno demaniale cedeva nel 1985 in comodato l'uso del complesso sportivo ad una omonima associazione polisportiva, senza altri oneri che l'assunzione del canone demaniale, un rimborso spese annuo, nonché il trasferimento alla società di tutte le entrate lorde dell'associazione polisportiva (cioè le quote associative). Una verifica fiscale constatava una serie di irregolarità protrattesi per più anni nella corresponsione dell'Iva. Gli avvisi di rettifica che ne erano seguiti erano stati oggetto di più impugnazioni dinanzi alla commissione tributaria, alcune accolte con provvedimenti passati in giudicato. In un ulteriore processo di impugnazione ancora aperto e giunto dinanzi alla Corte di cassazione, quest'ultima sottopone alla Corte di giustizia il seguente

Entscheidungen - zur Entscheidung des EuGH in der Rs. C-119/05 (Lucchini) vom 18. Juli 2007, in Europarecht, 2007, p. 654 ss.

⁽⁷⁵⁾ Cfr. il n. 52 della motivazione, richiamato dal n. 62.

⁽⁷⁶⁾ Tra gli aspetti salienti, l'Avv. generale sottolinea che in nessuno dei precedenti in cui la Corte di giustizia ha riaffermato il principio dell'autorità di cosa giudicata, «era in discussione l'esercizio di una facoltà comunitaria in quanto tale».

quesito: se il diritto comunitario osti all'applicazione di una disposizione del diritto nazionale, come quella di cui all'art. 2909 c.c., tesa a sancire il principio dell'autorità di cosa giudicata, quando tale applicazione venga a consacrare un risultato contrastante con il diritto comunitario, frustrandone l'applicazione, anche in settori diversi da quello degli aiuti di stato, e, segnatamente, in materia di Iva e di abuso di diritto posto in essere per conseguire indebiti risparmi d'imposta. Nel sottoporre il quesito la Corte suprema italiana precisa che, secondo il diritto vivente italiano, nelle controversie tributarie il giudicato esterno esplica efficacia vincolante anche se formatosi in relazione ad un diverso periodo d'imposta, qualora l'accertamento giudiziario concerna un punto fondamentale comune ad altre cause» ⁽⁷⁷⁾.

La Corte di giustizia risponde che il diritto comunitario osta all'applicazione, in circostanze come quelle della causa principale, di una disposizione del diritto nazionale, come l'art. 2909 c.c., 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.

La decisione si fonda sulle seguenti considerazioni. Il principio dell'autorità di cosa giudicata riveste importanza sia nell'ordinamento giuridico comunitario sia negli ordinamenti giuridici nazionali al fine di garantire sia la stabilità del diritto e dei rapporti giuridici, sia una buona amministrazione della giustizia. Il diritto comunitario non impone ad un giudice nazionale di disapplicare le norme processuali interne che attribuiscono autorità di cosa giudicata ad una decisione, anche quando ciò permetterebbe di porre rimedio ad una violazione del diritto comunitario da parte di tale decisione. Le modalità di attuazione del principio dell'autorità di cosa giudicata rientrano nell'ordinamento giuridico interno degli Stati membri in virtù del principio dell'autonomia procedurale di questi ultimi. Esse non devono tuttavia essere meno

⁽⁷⁷⁾ Cass. 21 dicembre 2007, n. 26996, in *Giur. it.*, 2008, 1025, con nota di TESAURO.

favorevoli di quelle che riguardano situazioni analoghe di natura interna (principio di equivalenza), né essere strutturate in modo da rendere in pratica impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario (principio di effettività).

La Corte afferma che l'ampia l'interpretazione dell'art. 2909 c.c. presupposta dal provvedimento di rinvio urta contro il principio di effettività, senza poter essere ragionevolmente giustificata dal principio della certezza del diritto. Infatti una siffatta applicazione del principio dell'autorità di cosa giudicata avrebbe la conseguenza (inaccettabile) che, laddove la decisione giurisdizionale divenuta definitiva sia fondata su un'interpretazione delle norme comunitarie relative a pratiche abusive in materia di Iva in contrasto con il diritto comunitario, tale scorretta applicazione si riprodurrebbe per ciascun nuovo esercizio fiscale, senza possibilità di correzione ⁽⁷⁸⁾.

⁽⁷⁸⁾ Corte giust. 3 settembre 2009, C-2/08, *Olimpiclub*.

Capitolo III

La prospettiva dell'efficacia del giudicato civile nel tempo

1. - L'esame parallelo della casistica presentatasi dinanzi alle due corti europee lascia intravedere già la prospettiva ricostruttiva, dall'angolo visuale dello studioso del processo civile.

Lo studio della incidenza degli effetti delle pronunce delle corti europee sul giudicato civile nazionale si presta ad essere considerato come un nuovo capitolo della dottrina dei limiti temporali del giudicato, o meglio, della dottrina dell'efficacia del giudicato civile nel tempo ⁽⁷⁹⁾, come è preferibile dire, con una variazione non solo terminologica, che è in grado di rimensionare le critiche rivolte all'autonomia di questa categoria dogmatica ⁽⁸⁰⁾.

Questa operazione non ha una valenza meramente classificatoria, bensì dischiude la possibilità di un impiego – ancorché meditato e sorvegliato – dei risultati di quella dottrina per affrontare i problemi che stanno oggi dinanzi a noi.

La teoria dell'efficacia del giudicato civile nel tempo si occupa di coordinare i rapporti tra l'incontestabilità dell'accertamento contenuto nella sentenza definitiva di merito (il giudicato) e l'incidenza di eventi sopravvenuti.

La valutazione dell'impatto di un effetto giuridico sopravvenuto è il tratto peculiare della dottrina dell'efficacia del giudicato civile nel tempo, che la distingue da quella dei limiti oggettivi del giudicato ⁽⁸¹⁾.

⁽⁷⁹⁾ Cfr. R. CAPONI, *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*, Milano, 1991, *passim*.

⁽⁸⁰⁾ Ci si riferisce alle critiche di A. DE LA OLIVA SANTOS, *Oggetto del processo civile e cosa giudicata*, cit., p. 286 ss., che infatti si indirizzano più contro la formula «limiti temporali del giudicato», che contro la sostanza concettuale.

⁽⁸¹⁾ Laddove non si discute dell'esistenza e della rilevanza di un nuovo effetto sostanziale, ma si tratta di questioni di fatto o di diritto dedotte o deducibili nel primo giudizio, il campo proprio della dottrina dell'efficacia del giudicato civile nel tempo è varcato, così come non rientra in questo campo l'esperibilità di mezzi d'impugnazione straordinari, volti a far valere non la sopravvenienza di effetti giuridici sostanziali rispetto al momento a cui si riferisce l'efficacia del giudicato, ma circostanze anteriori

I canoni ricostruttivi di questa materia derivano fondamentalmente dall'assunto che l'espressione «efficacia del giudicato civile nel tempo» è una ellissi: si deve parlare di efficacia del giudicato civile nel tempo delle situazioni sostanziali oggetto del processo.

Oggetto di studio è dunque l'incidenza dell'efficacia del giudicato sullo sviluppo temporale della situazione sostanziale accertata in giudizio. L'incontestabilità dell'accertamento contenuto nella sentenza passata in giudicato si riferisce ad un certo momento del tempo (referente temporale del giudicato).

Ciò comporta, in via di primissima approssimazione, due conseguenze uguali e contrarie: l'irrilevanza degli effetti anteriori a tale referente temporale non dedotti in giudizio (il giudicato copre il dedotto e il deducibile) e la necessità di dover valutare l'incidenza degli effetti sopravvenuti.

L'intera dottrina dell'efficacia del giudicato nel tempo consiste nello studio della successione temporale di effetti giuridici sul piano del diritto sostanziale: l'effetto giuridico accertato in giudizio, l'effetto prodotto dall'evento sopravvenuto.

2. - Il primo elemento da vagliare se si segue questa impostazione è se le pronunce delle due Corti europee producano un effetto giuridico sopravvenuto rispetto al giudicato.

ad esso, come quelle ricomprese nel processo civile italiano nell'elenco tassativo dell'art. 395, n. 1, 2, 3, 6 c.p.c.

Sulla revocazione, v. le trattazioni monografiche di G. DE STEFANO, *La revocazione*, Milano, 1957; A. ATTARDI, *La revocazione*, Milano, 1957; V. COLESANTI, voce *Sentenza civile (revocazione della)*, in *Noviss. Dig. It.*, vol. XVI, Torino, 1969, p. 1161 ss.; C. A. NICOLETTI, *La revocazione della sentenza*, Milano, 1988; E. FAZZALARI, voce *Revocazione*, in *Enc. del Dir.*, vol. XL, Milano, 1989, p. 293 ss.

Sarebbe però un errore spingere l'innegabile specialità dei problemi posti alla attenzione della dottrina dell'efficacia del giudicato nel tempo fino a far perdere di vista che quest'ultima e la dottrina dei limiti oggettivi del giudicato perseguono un fine comune: la salvaguardia dell'essenza del giudicato sostanziale, individuata dall'art. 2909 c.c. nel fare stato a ogni effetto dell'accertamento contenuto nella sentenza passata in giudicato ex art. 324 c.p.c. Sull'essenza del giudicato sostanziale, vedi le osservazioni di A. PROTO PISANI, *Appunti sul giudicato civile e sui suoi limiti oggettivi*, in *Riv. dir. proc.*, 1990, p. 386 ss.

Il termine «effetto giuridico» è impiegato nel suo significato tecnico, cioè nel senso di regola concreta di condotta. La definizione avvia già la risposta positiva, in via di prima approssimazione, salve tutte le ulteriori distinzioni e precisazioni. L'effetto giuridico della pronuncia dell'una o dell'altra corte europea è sempre una regola concreta di condotta, che si indirizza allo Stato nel suo complesso, nel caso della Corte europea dei diritti dell'uomo, o al giudice che ha effettuato il rinvio, nel caso della Corte di giustizia.

Di tale regola di condotta deve essere valutata l'incidenza su un precedente giudicato ⁽⁸²⁾.

In questo stadio di avvio della ricostruzione è ancora irrilevante determinare se le pronunce delle due corti europee, oltre all'efficacia nel caso concreto da cui esse traggono origine, rivestano o meno la qualità di fonti del diritto che integrano gli ordinamenti giuridici in cui si inseriscono. Infatti la teoria dell'efficacia del giudicato civile nel tempo si occupa della successione temporale di effetti giuridici in riferimento ad una singola e concreta situazione sostanziale accertata in giudizio, indipendentemente dalla circostanza che la fattispecie produttiva dell'effetto sopravvenuto sia una fonte del diritto.

Si tratta della successione tra l'effetto accertato in giudizio e l'effetto sorto dall'evento sopravvenuto, che può essere costituito da un nuovo fatto o atto giuridicamente rilevante, da una nuova legge, da una decisione della corte

⁽⁸²⁾ L'incidenza di nuove pronunce giurisprudenziali sui precedenti giudicati è tema che appartiene tradizionalmente alla dottrina dell'efficacia del giudicato civile nel tempo. Cfr., per esempio, D. LEIPOLD, in F. STEIN, M. JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 22^a ed., 4, Tübingen, 2008, p. 1247; R. CAPONI, *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*, Milano, 1991, p. 46.

In via di principio, il mutamento dell'indirizzo giurisprudenziale a base della norma giuridica applicata dal giudice per risolvere la controversia non tocca l'antecedente giudicato, ma l'ampia impostazione consente comunque di censire all'interno di questa dottrina fenomeni in cui il legislatore prevede eccezionalmente qualcosa di diverso, come il § 19 della legge tedesca sulle condizioni generali di contratto (*AGB-Gesetz*), oggi inserito nell'art. 11 della legge speciale sulle azioni inibitorie (*Unterlassungsklagegesetz*), il quale prevede che l'utilizzatore di condizioni generali di contratto, al quale sia stata vietata l'utilizzazione di una certa clausola in forza di una sentenza passata in giudicato, può invocare, per superare il divieto, una successiva pronuncia del *BGH* o delle sezioni unite delle Corti supreme che non interdice l'utilizzabilità della medesima clausola per il medesimo tipo di atti negoziali.

costituzionale, da una pronuncia di una delle due corti europee, ecc.

Certamente, se l'effetto giuridico sopravvenuto è prodotto da una fonte del diritto, la soluzione raggiunta con riferimento alla singola e concreta situazione sostanziale accertata in giudizio vale tendenzialmente per le altre situazioni sostanziali che si presentano in condizioni identiche.

3. – Diverso è, nel dettaglio, il modo in cui le pronunce delle due Corti europee possono incidere sulla situazione sostanziale decisa dai giudici nazionali.

I due diversi modi di operare devono certamente essere oggetto di una distinta attenzione, ma costituiscono una *differentia specifica* che non ostacola la comune appartenenza al *genus proximum* degli effetti sopravvenuti rispetto all'accertamento giudiziale.

D'altra parte la teoria dell'efficacia del giudicato civile nel tempo si occupa di fenomeni giuridici diversi tra di loro quanto a struttura e modo di funzionare.

4. - Per quanto attiene agli effetti delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo, determinante ai nostri fini è la previsione dell'art. 46 Cedu, secondo cui gli Stati contraenti si impegnano a conformarsi alle sentenze definitive della Corte sulle controversie nelle quali sono parti ⁽⁸³⁾.

Da questa disposizione si desume che il contenuto della sentenza della Corte è limitato al mero accertamento della violazione. L'annullamento dell'atto statale lesivo non rientra nella sua competenza ⁽⁸⁴⁾, bensì in quella dello Stato responsabile della violazione. Quest'ultimo è obbligato non solo alla cessazione della violazione, ma anche - già sulla base di un principio consuetudinario di diritto internazionale ⁽⁸⁵⁾ -

⁽⁸³⁾ L'art. 46, comma 2° Cedu prevede inoltre che la sentenza definitiva della corte sia trasmessa al comitato dei ministri che ne sorveglia l'esecuzione.

⁽⁸⁴⁾ J. POLAKIEWICZ, *Die Verpflichtungen der Staaten aus den Urteilen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte*, cit., p. 223 ss.

⁽⁸⁵⁾ Cfr. Corte permanente di giustizia internazionale, *Chorzów Factory*, Germania v. Polonia, 26 luglio 1927, Series A, no. 9, p. 21; C. TOMUSCHAT, *'Reparation for Victims of Grave Human Rights Violations'*, Tulane Journal of International and Comparative Law, vol. 10 (2002), p.

ad una *restitutio in integrum*, cioè ad adottare tutte quelle misure di ordine generale e - se del caso - individuale, che sono idonee a rimuovere gli effetti della violazione ripristinando lo stato ad essa anteriore ⁽⁸⁶⁾. Secondo una interpretazione evolutiva dell'obbligo di non ripetere la violazione, lo Stato si deve adoperare affinché violazioni omologhe a quella accertata non abbiano a ripetersi in futuro ⁽⁸⁷⁾.

Dalla convenzione non discende però l'obbligo di introdurre una ipotesi di riapertura dei processi all'esito di una pronuncia della Corte europea che abbia accertato una violazione della convenzione ⁽⁸⁸⁾. Al contrario, la previsione del potere della Corte di accordare al soggetto leso un'equa soddisfazione se il diritto interno dello Stato responsabile non permette se non in modo imperfetto di rimuoverne le conseguenze della violazione ⁽⁸⁹⁾ è espressione della volontà degli Stati contraenti di proteggere il proprio ordinamento giuridico interno, e in particolare i giudicati, dagli effetti delle pronunce della Corte di Strasburgo ⁽⁹⁰⁾.

È però da osservare che in alcune occasioni, a partire dagli anni novanta la Corte si è spinta a suggerire il rimedio della riapertura del procedimento come il più adeguato, specialmente in caso di condanna penale emessa da una corte non indipendente e non imparziale ⁽⁹¹⁾.

157-184; M. TRAßL, *Die Wiedergutmachung von Menschenrechtsverletzungen im Völkerrecht*, Bonn, 1992, p. 53; A. BUYSE, *Lost and Regained? Restitution as a Remedy for Human Rights Violations in the Context of International Law*, in <http://igitur-archive.library.uu.nl>

⁽⁸⁶⁾ C. GRABENWARTER, *Europäische Menschenrechtskonvention*, cit., p. 93.

⁽⁸⁷⁾ Cfr. W. KARL, in C. SCHWAIGHOFER, W. KARL, P. CZECH, *Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte vor neuen Herausforderungen*, Salzburg 2007, p. 39.

⁽⁸⁸⁾ Cfr. POLAKIEWICZ, *Die Verpflichtungen der Staaten aus den Urteilen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte*, cit., p. 112 ss., p. 143; E. PACHE, J. BIELITZ, *Verwaltungsprozessuale Wiederaufnahmepflicht kraft Völker- oder Gemeinschaftsrecht*, in *Deutsches Verwaltungsblatt*, 2006, p. 325 ss.

⁽⁸⁹⁾ Cfr. art. 41 Cedu.

⁽⁹⁰⁾ Cfr. POLAKIEWICZ, *Die Verpflichtungen der Staaten aus den Urteilen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte*, cit., p. 113.

⁽⁹¹⁾ Corte europea dei diritti dell'uomo, 23 ottobre 2003, *Gençel c. Turchia*; sul punto, cfr. G. RESS, *Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte, seine Reform und die Rolle der nationalen Gerichte*, in *Internationale Gerichtshöfe und nationale Rechtsordnung*, Simposio in onore di Franz Matscher, Kehl, 2009, p. 39 ss., specie p. 71.

Inoltre, vi è una raccomandazione del comitato dei ministri che incoraggia gli Stati contraenti ad assicurare adeguate possibilità di riapertura dei processi nei casi in cui la Corte abbia accertato una violazione della Convenzione, specialmente quando: *a)* la parte lesa continua a sopportare conseguenze molto negative a causa dell'esito della decisione interna, che non possono essere ristorate adeguatamente attraverso l'equa soddisfazione e non possono essere corrette se non attraverso la riapertura del processo, e *b)* la pronuncia della Corte giunga alla conclusione che la decisione interna impugnata è contraria alla Convenzione nel suo contenuto di merito, ovvero che la violazione accertata discende da errori o vizi processuali di una tale gravità da generare un serio dubbio sul risultato della decisione ⁽⁹²⁾.

La raccomandazione è stata seguita da alcuni Stati ⁽⁹³⁾, prevalentemente con riguardo ai processi penali. Nell'ordinamento tedesco, è stato introdotto un apposito motivo di revocazione della sentenza civile ⁽⁹⁴⁾.

Sebbene accerti una determinata violazione commessa da uno Stato contraente e vincoli immediatamente solo quest'ultimo, la pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo esplica una efficacia persuasiva nei confronti degli organi (non solo giurisdizionali) degli altri Stati contraenti. Questa efficacia si produce nel massimo grado quando le legislazioni e gli orientamenti delle corti di questi ultimi tengono conto della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, indipendentemente dal fatto che sia stata emanata una sentenza contro lo Stato cui appartengono.

⁽⁹²⁾ Raccomandazione del Comitato dei ministri No. R (2000) 2 del 19 gennaio 2000.

⁽⁹³⁾ Nell'ordinamento austriaco, dove la convenzione europea dei diritti dell'uomo gode di rango costituzionale, è consentita la riapertura dei processi penali fin dal 1963, nel caso in cui la Corte europea accolga il ricorso contro una sentenza penale austriaca.

⁽⁹⁴⁾ Cfr. § 580, n. 8 ZPO, aggiunto nel 2006, dopo che una corrispondente modifica era stata introdotta qualche anno prima nel codice di procedura penale. In dottrina, in senso critico, J. BRAUN, *Restitutionsklage wegen Verletzung der Europäischen Menschenrechtskonvention*, in NJW 2007, p. 1620; in senso positivo, E. SCHUMANN, *Endlich nach über 50 Jahren: Die Feststellung der Menschenrechtsverletzung durch den EGMR wird in Deutschland zum zivilprozessualen Restitutionsgrund*, in *Festgabe zum 80. Geburtstag von Rudolf Machacek und Franz Matscher*, Wien e Graz, 2008, p. 901 ss.

Incerta e non esente da qualche contraddizione è la qualificazione di questa efficacia nelle concezioni prevalenti: essa non potrebbe essere qualificata come efficacia giuridica in senso stretto ⁽⁹⁵⁾; si potrebbe parlare invece di efficacia indiretta ⁽⁹⁶⁾; però quando gli organi di altri Stati contraenti si orientano alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, ciò accadrebbe «non senza alcun vincolo giuridico, bensì nella considerazione che la Convenzione in sé vincola gli Stati e che una diversa prassi dei tribunali, divergente rispetto alla sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, conduce probabilmente all'accertamento di una violazione della convenzione. Sebbene la sentenza stessa non è vincolante, si può parlare di un vincolo alla convenzione nell'efficacia concretizzata dalla Corte» ⁽⁹⁷⁾.

In attesa che il problema riceva un'adeguata sistemazione teorica, che non può essere affidata a questa indagine, condivido l'idea che il precedente giudiziario – anche quello destinato ad esplicitare una efficacia meramente persuasiva, come è indubbiamente quello della Corte di Strasburgo al di là delle parti in controversia, sia fonte di norme giuridiche che integrano l'ordinamento giuridico di riferimento, poiché il diritto si caratterizza per il fatto di «consistere nella creazione di un complesso di 'norme' destinate ad operare nell'ambito della struttura sociale di una comunità e nel conferire ai precetti che esse esprimono una particolare 'efficacia', la quale le rende più o meno strettamente 'vincolanti' (quando il vincolo è più tenue, si parla di efficacia 'persuasiva' delle norme)» ⁽⁹⁸⁾.

⁽⁹⁵⁾ Così, J. ABR. FROWEIN, *Report of the European Commission of Human Rights* (7th Conference of the European Constitutional Courts, Lisbon, 26 - 30 April 1987), in *Human rights law journal* (HRLJ), (1988), p. 23-55, specie p. 40; C. GRABENWARTER, *Europäische Menschenrechtskonvention*, cit., p. 98.

⁽⁹⁶⁾ Così, J. ABR. FROWEIN, *Report of the European Commission of Human Rights*, cit., p. 40; C. GRABENWARTER, *Europäische Menschenrechtskonvention*, cit., p. 98.

⁽⁹⁷⁾ Cfr. G. RESS, *Supranationaler Menschenrechtsschutz und der Wandel der Staatlichkeit*, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* (ZaöRV), 64 (2004), p. 621-639, specie p. 630; C. GRABENWARTER, *Europäische Menschenrechtskonvention*, cit., p. 98.

⁽⁹⁸⁾ Così, A. PIZZORUSSO, *Sistemi giuridici comparati*, 2^a ed., Milano, 1998, p. 6.

Questa tesi muove dal presupposto che «l'efficacia delle fonti del diritto non è sempre identica a se stessa, ma consiste in una pressione sui destinatari delle norme affinché ne osservino il comando [...]». Conseguentemente, anche con riferimento alle fonti tradizionali, possono individuarsi ipotesi nelle quali esse producono precetti dotati di una forza vincolante più intensa ed altri dotati di una forza vincolante più blanda» ⁽⁹⁹⁾.

In particolare, le pronunce giudiziarie costituiscono una fonte produttiva di norme interpretative, carattere «derivato dal fatto che i precedenti sono principi di diritto individuati in occasione della pronuncia di concrete decisioni, le quali sono istituzionalmente destinate a dare applicazione alle norme derivanti dalla legge o da altre fonti del diritto» ⁽¹⁰⁰⁾.

L'impatto pratico dell'accoglimento di questa concezione nella prospettiva della presente indagine si coglie in quegli ordinamenti, ad onor del vero diversi da quello italiano, in cui si discute della possibilità di estendere in via analogica i motivi di revocazione della sentenza ⁽¹⁰¹⁾, poiché l'estensione analogica potrebbe essere messa in moto anche dalla considerazione dell'orientamento della giurisprudenza della Corte di Strasburgo in fattispecie analoghe a quella da dedurre nel giudizio di revocazione ⁽¹⁰²⁾.

⁽⁹⁹⁾ Nella sua monumentale opera sulle fonti del diritto, Alessandro Pizzorusso include infatti tra queste ultime anche il precedente giudiziario, in forza della sua efficacia persuasiva. Cfr. A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto*, in *Commentario del codice civile*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1977, p. 532 ss., p. 533. In tema vedi anche G. GORLA, voce *Giurisprudenza*, in *Enc. del Dir.*, vol. XIX, Milano, 1970, p. 489 ss. la Corte giust. 24 giugno 1969, causa 29/68, *Milchkontor*, in *Racc.*, p. 169.

⁽¹⁰⁰⁾ Così, A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto*, cit., p. 536.

⁽¹⁰¹⁾ Così in quello tedesco dopo la fondamentale monografia di H. F. GAUL, *Die Grundlagen des Wiederaufnahmerechts und die Ausdehnung der Wiederaufnahmegründe: zugleich ein Beitrag zum Problem der Analogie beim enumerativen Ausnahmerechtssatz*, Bielefeld, 1956; H. F. GAUL, *Möglichkeiten und Grenzen der Rechtskraftdurchbrechung unter Berücksichtigung neuerer Tendenzen im deutschen Zivilprozeßrecht*, cit., p. 30.

⁽¹⁰²⁾ Cfr. l'opinione, isolata, ma autorevole, di P. SCHLOSSER, *Das völkerrechtswidrige Urteil nach deutschem Prozeßrecht*, in *ZZP*, 79 (1966), p. 164 ss., specie p. 184 ss., che per il diritto tedesco desume dal canone di interpretazione delle leggi interne in modo favorevole al diritto internazionale l'obbligo di applicare analogicamente i motivi di revocazione al caso della violazione accertata dalla Corte europea (accertata per la verità nella stessa fattispecie da dedurre poi nel giudizio di revocazione dinanzi al giudice tedesco, ma ragionevolmente questa tesi può essere estesa a fattispecie diverse, ma analoghe).

In ogni caso il problema rimane sul tappeto anche se si assume una posizione agnostica nei confronti dell'efficacia delle sentenze della Corte di Strasburgo in fattispecie analoghe, ma diverse da quella decisa e si limita il discorso a quest'ultima, poiché la teoria dell'efficacia del giudicato civile nel tempo - come detto - si occupa della successione temporale di effetti giuridici in riferimento ad una singola e concreta situazione sostanziale accertata in giudizio.

5. - Per quanto attiene agli effetti della decisione pregiudiziale della Corte di giustizia, essi vincolano il giudice *a quo* e gli altri giudici nazionali chiamati a pronunciarsi nel processo principale, compresi i giudici di impugnazione ⁽¹⁰³⁾.

Più incerta è la soluzione del problema se ci troviamo di fronte ad una norma giuridica integrativa dell'ordinamento comunitario, nel rapporto con il diritto interno degli Stati membri, chiamata a disciplinare fattispecie analoghe a quella che ha originato il rinvio pregiudiziale. Si tratta della questione relativa all'efficacia delle pronunce interpretative nei processi diversi da quello che ha originato la rimessione.

Se si aderisce all'idea che il precedente giudiziario dotato di efficacia persuasiva è fonte di norme giuridiche che integrano l'ordinamento giuridico di riferimento non vi sono difficoltà ad accogliere questa tesi per la pronuncia interpretativa della Corte di giustizia, che - sebbene resa su un rinvio pregiudiziale compiuto nel corso di un processo dinanzi ad un determinato giudice nazionale - risolve il dubbio interpretativo relativo al diritto comunitario con efficacia per tutti gli ordinamenti degli Stati membri.

In realtà, questa idea non è così distante da quella di attribuire alle sentenze interpretative della Corte del Lussemburgo un effetto vincolante «fattuale»: nel senso che queste sentenze, analogamente a quelle delle corti supreme dei sistemi di *civil law*, non spiegherebbero effetto immediato al di là della controversia nel corso della quale sono state

⁽¹⁰³⁾ Cfr. Corte giust., 24 giugno 1969, causa 29/68, *Milchkontor*, in *Racc.*, p. 169, ove si precisa che i giudici restano liberi di stabilire se la pronuncia abbia fornito loro lumi sufficienti oppure sia necessario interpellare nuovamente la corte di giustizia. Cfr. J. SCHWARZE, in J. SCHWARZE, B. BÄR-BOUYSSIÈRE, *EU-Kommentar*, 2^a ed., Baden-Baden, 2009, p. 1826.

emanate, bensì, a cagione della «loro funzione direttiva per l'applicazione del diritto comunitario» ⁽¹⁰⁴⁾, spiegherebbero una efficacia creativa del diritto dal punto di vista fattuale ⁽¹⁰⁵⁾.

In realtà, parlare di un effetto vincolante «fattuale» tende semplicemente ad esorcizzare, a rimuovere un fenomeno giuridico di carattere generale che invece non è più eludibile: le categorie concettuali che nell'epoca moderna hanno organizzato la riflessione giuridica, specialmente negli aspetti dinamici (la norma legislativa, la fattispecie, l'effetto, il rapporto) appaiono sempre di più come voci di un repertorio chiamate a misurare quanto lo sviluppo dei fatti (in questo caso: degli atti giurisprudenziali) riesca a proiettare le proprie istanze regolative sui tradizionali parametri normativi, attraendoli e piegandoli in un certo senso a sé ⁽¹⁰⁶⁾.

Una riprova si desume dal fatto che le obiezioni tempestivamente svolte nei confronti della tesi del carattere vincolante in via generale delle pronunce interpretative della Corte del Lussemburgo ⁽¹⁰⁷⁾ possono incontrare oggi delle repliche puntuali sulla base di questo più ampio approccio.

Così è, in primo luogo, per l'obiezione che il contenuto delle pronunce interpretative è strettamente correlato alle particolari circostanze del caso concreto oggetto del processo principale. L'obiezione prova troppo: la norma giuridica è, in una certa misura, sempre ricettiva delle istanze che promanano dal fatto che la fronteggia, chiedendo di essere regolato ⁽¹⁰⁸⁾.

⁽¹⁰⁴⁾ Così, U. EVERLING, *Das Vorabentscheidungsverfahren vor dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften*, 1ª ed., Baden-Baden, 1986, p. 66.

⁽¹⁰⁵⁾ Così, M. DAUSES, *Das Vorabentscheidungsverfahren nach Artikel 177 EG-Vertrag*, 2ª ed., München, 1995, p. 155 s.; J. SCHWARZE, in J. SCHWARZE, B. BÄR-BOUYSSIÈRE, *EU-Kommentar*, 2ª ed., Baden-Baden, 2009, p. 1826

⁽¹⁰⁶⁾ Per un più ampio discorso sul punto si rinvia a R. CAPONI, *Quanto sono normativi i fatti della vita? Il rapporto amministrativo*, in *Diritto pubblico*, 2009, in corso di pubblicazione.

⁽¹⁰⁷⁾ Da C. TOMUSCHAT, *Die gerichtliche Vorabentscheidung nach den Verträgen über die europäischen Gemeinschaften*, Köln, 1964, p. 184 ss.

⁽¹⁰⁸⁾ Il fenomeno è particolarmente evidente quando la norma trova espressione attraverso principi, clausole generali, concetti giuridici indeterminati. Ove si tratti della concretizzazione di principi, ecc., il confronto e influenzamento tra i tratti della situazione di fatto possibilmente rilevanti e i tratti della norma giuridica possibilmente applicabili, che sempre caratterizzano l'attività di applicazione delle norme

Così è, in secondo luogo, per l'obiezione secondo la quale il riconoscimento di un vincolo discendente dalle pronunce della Corte non è compatibile con il fatto che i giudici nazionali possono chiedere alla Corte di giustizia di pronunciarsi di nuovo sulle questioni interpretative già decise. L'obiezione misconosce la già ricordata modulazione dell'efficacia vincolante delle fonti del diritto.

Così è, in terzo luogo, per l'obiezione secondo la quale le pronunce delle corti supreme non hanno efficacia integrative dell'ordinamento in cui si inseriscono e, *a fortiori*, non possono avere tale efficacia le pronunce interpretative della Corte di giustizia. L'obiezione urta contro l'ampia possibilità di negare la stessa premessa su cui essa si fonda.

Questa impostazione sembra la più calzante rispetto all'impatto effettivo delle pronunce della Corte del Lussemburgo, al di là di quello che dicono o non dicono le prescrizioni del Trattato CE, nonché rispetto alla concezione, sostenuta dalla stessa Corte di giustizia, secondo la quale tali pronunce hanno una efficacia corrispondente a quella di una norma di interpretazione autentica ⁽¹⁰⁹⁾, che impone alle corti nazionali di ultima istanza di rimettere di nuovo al questione alla Corte di giustizia, qualora intendano discostarsi dall'interpretazione adottata dalla Corte del Lussemburgo ⁽¹¹⁰⁾. Un vincolo quest'ultimo che non può esercitare una pressione anche sui giudici non di ultima istanza in favore del rinvio alla

giuridiche ai casi della vita, si profilano per un'intensa proiezione sul parametro normativo delle istanze di regolazione del caso concreto.

⁽¹⁰⁹⁾ Cfr. Corte giust. 27 marzo 1980, cause riunite 66, 127 e 128/79, *Amministrazione delle finanze contro srl meridionale industria salumi*, in *Racc.*, p. 1237: «l'interpretazione di una norma di diritto comunitario data dalla corte nell'esercizio della competenza ad essa attribuita dall'art. 177 chiarisce e precisa, quando ve ne sia il bisogno, il significato e la portata della norma, quale deve, o avrebbe dovuto, essere intesa ed applicata dal momento della sua entrata in vigore».

⁽¹¹⁰⁾ Cfr. Corte giust. 27 marzo 1963, cause riunite 28, 29 e 30/62, *Da Costa*, in *Racc.*, p. 59: «l'obbligo che l'articolo 177, terzo comma, impone al giudice nazionale di ultima istanza può essere privato della sua causa (e reso senza contenuto) dall'autorità dell'interpretazione data dalla corte in virtù dell'articolo 177, qualora la questione sollevata sia materialmente identica ad altra questione sulla quale la corte si sia già pronunciata in via pregiudiziale con riguardo ad analoga fattispecie». Nello stesso senso, Corte giust., 6 ottobre 1982, causa 283/81, *Cilfit*, in *Racc.*, p. 3415.

Corte di giustizia o, in alternativa, dell'adesione all'orientamento di quest'ultima ⁽¹¹¹⁾.

In ogni caso vale in riferimento all'efficacia delle pronunce della Corte del Lussemburgo in fattispecie diverse da quella che ha originato il rinvio pregiudiziale quanto sostenuto in riferimento all'efficacia delle pronunce della Corte di Strasburgo: il problema rimane sul tappeto anche se si assume una posizione agnostica e si limita il discorso alla fattispecie che ha originato il rinvio pregiudiziale.

6. – Precisate le differenze tra gli effetti delle pronunce delle due Corti europee sull'anteriore giudicato, si può riprendere il discorso comune dall'angolo visuale della teoria dell'efficacia del giudicato civile nel tempo.

In primo luogo, le pronunce scaturiscono dall'applicazione di un paramentro normativo sovraordinato rispetto alla legge ordinaria. Si può parlare di un canone normativo di ordine giuridico-costituzionale, senza che la diversità tecnico-giuridica del modo di esplicarsi di questo carattere sovraordinato tra il diritto comunitario e la Cedu impedisca di svolgere un'analisi contestuale.

In secondo luogo, gli effetti delle pronunce delle due corti europee sono in senso lato «retroattivi». Dico in senso lato e impiego il termine tra virgolette poiché non intendo far dipendere questa qualificazione dalla annosa e difficilmente risolubile controversia relativa alla individuazione dell'essenza del fenomeno della retroattività, delle leggi in particolare, ma non solo delle leggi ⁽¹¹²⁾.

⁽¹¹¹⁾ Così, infatti, E. D'ALESSANDRO, *Riflessioni sull'ambito soggettivo di efficacia delle sentenze interpretative della Corte di giustizia*, cit., p. 1455 s.

⁽¹¹²⁾ Dall'art. 11 Preleggi si ricava *a contrario* una definizione di norma retroattiva che, nonostante la sua indeterminatezza e genericità, si può assumere come ipotesi di lavoro: la norma retroattiva «dispone per il passato». Controverso è che cosa ciò significhi in concreto.

Nodo centrale: il trattamento delle situazioni pendenti al momento dell'entrata in vigore della nuova norma.

A mio avviso la retroattività va intesa come valutazione o rivalutazione di un interesse istantaneo del passato o di quel tratto dell'interesse durevole che si situa nel passato. Il principio d'irretroattività comporta dunque che l'esistenza e il modo di essere della situazione istantanea sorta in un momento anteriore rimangano definitivamente acquisiti, così come sono stati fissati dalla norma giuridica anteriore, al patrimonio del soggetto titolare.

Parlo della retroattività connaturata alla giurisdizione, come attività che si fa sempre interprete di una dimensione preesistente, secondo l'etimo della parola «giurisdizione» (*iurisdictio*) ⁽¹¹³⁾: dire il diritto presuppone che questo sia già creato, significa renderlo manifesto, applicarlo, non crearlo. Pacifico è, d'altra parte, il carattere retroattivo dell'efficacia del precedente giudiziario, retroattività paragonabile a quella delle altre norme interpretative ⁽¹¹⁴⁾.

Se il termine retroattività appare inappropriato, si può parlare di retrospettività, ma la sostanza non cambia.

È appena il caso di cercare conferme nella giurisprudenza delle due corti europee. Può essere sufficiente richiamare in questo contesto l'orientamento della Corte del Lussemburgo, secondo cui le pronunce rese su rinvio pregiudiziale ex art. 234 Trattato UE spiegano un'efficacia *ex tunc*. I giudici nazionali sono obbligati ad applicare anche ai rapporti giuridici sorti nel passato l'interpretazione del diritto comunitario adottata dalla Corte di giustizia ⁽¹¹⁵⁾.

7. - Ne segue che, all'interno della teoria dell'efficacia del giudicato civile nel tempo, nella prospettiva di trovare indicazioni utili per il nostro tema, devono essere approfonditi

Punto fermo: ci sono alcune situazioni del passato che di regola non vengono travolte dalla norma retroattiva. Si tratta delle situazioni che esauriscono i rapporti giuridici (*res finitae*) non solo alla stregua della norma anteriore, ma anche nei confronti della norma posteriore retroattiva.

Punto controverso è l'elenco di tali situazioni, che è oscillante nel corso della storia, ma da sempre comprende la cosa giudicata, come si vedà meglio in seguito nel testo.

Per un più ampio discorso sulla retroattività, nonché per la citazione della letteratura classica, rinvio a R. CAPONI, *La nozione di retroattività della legge*, in *Giur. cost.*, 1990, p. 1332 ss.

⁽¹¹³⁾ Cfr. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Bari, 1995, p. 95, p. 130 ss., in riferimento alla peraltro complessa e polivalente nozione di *iurisdictio* nell'esperienza medievale.

⁽¹¹⁴⁾ Così, A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto*, cit., p. 536.

⁽¹¹⁵⁾ Cfr. fra le altre Corte giust. 27 marzo 1980, cause riunite 66, 127 e 128/79, *Amministrazione delle finanze contro srl meridionale industria salumi*, cit. la norma così interpretata dalla Corte del Lussemburgo può, e deve, essere applicata dal giudice anche a rapporti giuridici sorti e costituiti prima della sentenza interpretativa, se, per il resto, sono soddisfatte le condizioni che consentono di portare alla cognizione dei giudici competenti una controversia relativa all'applicazione di detta norma.

in particolare i rapporti tra il giudicato e l'incidenza di effetti sopravvenuti retroattivi.

È opportuno cercare di rendere fruttuosi nella prospettiva della presente indagine, lo studio di tali rapporti ⁽¹¹⁶⁾.

Questo è l'obiettivo del prossimo capitolo.

⁽¹¹⁶⁾ Cfr. R. CAPONI, *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*, cit., *passim*.

Capitolo IV

Effetti accertati ed effetti sopravvenuti

1. - Tra l'effetto giuridico accertato in giudizio e quello sopravvenuto può esservi un rapporto di semplice successione temporale o di conflitto.

2. - L'effetto giuridico sopravvenuto non confligge con quello accertato quando esso è prodotto dall'intervento di un fatto modificativo o estintivo rilevante, dopo l'accertamento giudiziale di un effetto istantaneo o durevole ⁽¹¹⁷⁾, o di una norma giuridica irretroattiva, che rileva solo se l'accertamento ha avuto ad oggetto un effetto durevole, riqualificandone per l'avvenire taluni aspetti ⁽¹¹⁸⁾.

⁽¹¹⁷⁾ Per qualche rilievo di ordine sistematico sulla distinzione tra situazioni soggettive ad effetti istantanei e ad effetti durevoli, si rinvia avanti.

⁽¹¹⁸⁾ In questa prima ipotesi i problemi da risolvere sono essenzialmente due.

Il primo problema: l'individuazione del momento nel tempo al quale si riferisce l'efficacia del giudicato e a partire dal quale si può parlare di effetto giuridico sopravvenuto.

In relazione ai fatti, è il tempo della precisazione delle conclusioni. Il momento della precisazione delle conclusioni è infatti l'ultimo momento in cui i fatti possono essere introdotti in giudizio (o meglio, in quel grado di giudizio che si è chiuso con la sentenza passata in giudicato). Tutti i fatti sopravvenuti dopo questo momento, nella misura in cui sono rilevanti per la situazione sostanziale accertata in giudizio, mantengono intatta rilevanza e possono essere fatti valere, se necessario, in un successivo giudizio.

In relazione alle norme giuridiche, è il tempo della pubblicazione della sentenza. Il momento della pubblicazione della sentenza è infatti l'ultimo momento in cui il giudice può tenere conto dello *ius superveniens*, provocando sul punto il contraddittorio delle parti.

Il secondo problema: l'individuazione dei presupposti e dei criteri che determinano la rilevanza dell'effetto sopravvenuto. Evidentemente non tutti i fatti e le leggi sopravvenuti sono in quanto tali rilevanti. Sono tali, rispetto ad un giudicato che accerta l'esistenza di un rapporto tra le parti, quei fatti che si sono verificati successivamente al momento della precisazione delle conclusioni e che producono un effetto estintivo o modificativo del rapporto accertato. Irrilevante è, in linea di principio, la circostanza che la parte che si sarebbe avvantaggiata dell'allegazione di un fatto verificatosi anteriormente al momento della precisazione delle conclusioni, venga a sapere della sua esistenza solo dopo questo momento. La nozione di rilevanza è elaborata sulla base del criterio che gli svolgimenti di fatto inerenti alla situazione giuridica accertata successivi al momento della precisazione delle conclusioni vengono disciplinati dalle norme di diritto, a meno che non si tratti delle condotte delle parti funzionali alla rimozione dell'illecito constatato nel precedente giudizio, le quali rinvergono ormai la fonte della loro rilevanza giuridica nella prescrizione concreta che si origina dall'accertamento giudiziale, e che le

3. - L'effetto giuridico sopravvenuto può confliggere con quello accertato quando il primo è prodotto dall'intervento di uno *ius superveniens* retroattivo (retrospettivo).

Il conflitto si verifica quando lo *ius superveniens* retroattivo ricollega un nuovo effetto giuridico nel presente ad una situazione di fatto in maniera tale che risulta mutato il trattamento giuridico dell'interesse protetto dalla situazione sostanziale accertata in giudizio.

4. - Se è accertata in giudizio una situazione sostanziale ad effetti istantanei ⁽¹¹⁹⁾, essa riceve disciplina integrale da parte della sentenza. Le norme giuridiche che sopravvengono dopo il momento a cui si riferisce il giudicato non possono toccare la situazione istantanea senza essere retroattive. Esse introducono un effetto giuridico che entra in conflitto con l'accertamento giudiziale precedente e che può effettivamente prodursi nei confronti della situazione istantanea accertata solo se è possibile dimostrare che tale conflitto sia risolto dall'ordinamento a favore della legge retroattiva.

5. - In ipotesi di situazione sostanziale ad effetti durevoli nel tempo, la norma è retroattiva solo quando modifica gli effetti della situazione durevole già prodottisi fino al momento della sua entrata in vigore. La legge non è retroattiva nel momento in cui interviene sugli effetti della situazione durevole da prodursi dopo la sua entrata in vigore.

Se la situazione durevole è accertata in giudizio essa riceve una disciplina solo parziale ad opera dell'accertamento giudiziale: la disciplina di quel tratto di essa che si è svolto fino al momento a cui si riferisce il giudicato. Lo *ius*

assume ad oggetto. Questo criterio può essere applicato alla sopravvenienza successiva all'accertamento delle situazioni istantanee e di durata.

Un discorso particolare merita peraltro l'ipotesi in cui dopo il giudicato prosegua un rapporto tra le parti, in relazione al quale entrambe o una di esse siano titolari di un potere di modificazione o di estinzione, esercitabile immediatamente sul terreno sostanziale o per mezzo di domanda giudiziale (per l'esame di questo problema si rinvia a R. CAPONI, *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*, cit., p. 133 ss.).

⁽¹¹⁹⁾ Sulla distinzione tra situazioni soggettive ad effetti istantanei e situazioni soggettive ad effetti durevoli, v. avanti.

superveniens retroattivo introduce dunque un effetto giuridico in conflitto con il precedente giudicato solo nell'ipotesi in cui vengano attaccati gli effetti della situazione durevole prodottisi entro il referente temporale del giudicato. Lo *ius superveniens* retroattivo può intervenire sugli effetti della situazione durevole prodottisi tra il momento a cui si riferisce il giudicato e la sua entrata in vigore senza entrare in conflitto con questo.

6. - Il conflitto tra l'effetto giuridico accertato in giudizio e quello sopravvenuto è un'antinomia in senso tecnico tra la regola di comportamento per le parti ricavabile dal giudicato e quella ricavabile dallo *ius superveniens* retroattivo. Essa deve essere risolta assicurando la prevalenza all'una o all'altra regola di comportamento.

In questo caso il principale criterio che determina la rilevanza dell'effetto giuridico sopravvenuto è lo stesso criterio risolutivo del conflitto tra l'effetto giuridico accertato e quello prodotto dallo *ius superveniens* retroattivo. L'individuazione di tale criterio passa in primo luogo attraverso la verifica della tenuta teorica del tradizionale principio che sancisce l'esistenza di taluni fatti o atti (tra cui la sentenza passata in giudicato) che impediscono l'applicazione dello *ius superveniens* retroattivo ai rapporti giuridici che essi assumono ad oggetto.

7. - Il principio della resistenza dei rapporti esauriti nei confronti dello *ius superveniens* retroattivo affonda le proprie radici in una tradizione storica risalente al diritto romano. Esso afferma l'esistenza di talune situazioni giuridiche che, in mancanza di una espressa o comunque inequivocabile manifestazione di volontà da parte della legge retroattiva, sono sottratte all'ambito di operatività di quest'ultima.

Questo principio può essere accolto dal diritto positivo solo a patto che la categoria delle situazioni giuridiche che determinano l'esaurimento del rapporto sia opportunamente ristretta, rispetto ai contorni che essa ha assunto nel corso dei secoli. Essa non può ricomprendere *sic et simpliciter* tutte le situazioni che determinano l'esaurimento del rapporto alla sola stregua del diritto anteriore. Questo esaurimento non è in grado di per sé di impedire che quelle situazioni che la legge

anteriore considerava estinte cadano nella sfera di dominio dello *ius superveniens* retroattivo, anche quando esso non contenga una previsione che sancisca espressamente la caducazione dell'efficacia dei fatti o degli atti giuridici di esaurimento del rapporto. La norma giuridica - sia essa retroattiva o meno - opera infatti ricollegando effetti a fattispecie e l'unica condizione per il verificarsi dei primi è il venire in essere o la presenza del fatto che integra l'ipotesi normativa.

È opportuno quindi ricercare il *proprium* delle situazioni che esauriscono il rapporto nei confronti dello *ius superveniens* retroattivo in un effetto peculiare da loro prodotto proprio sul piano del funzionamento della norma giuridica. Tale effetto consiste nell'impedire che la fattispecie costitutiva del rapporto possa ormai essere oggetto di sussunzione entro l'astratto schema legislativo.

8. - Questo effetto si può produrre, fuori e indipendentemente dal processo, in virtù di una dichiarazione di volontà che incide su un precedente rapporto giuridico in corso fra due o più parti, in maniera tale che essa diventa la fonte esclusiva a cui si deve fare riferimento nella disciplina del rapporto. Ciò accade quando, verificatasi una situazione d'incertezza intorno all'esistenza o al modo di essere di un rapporto giuridico, essa viene tolta di mezzo mercé un atto di autonomia negoziale che, affermando in maniera vincolante una determinata configurazione del rapporto, sancisce la perdita di rilevanza giuridica della sua esistenza o del suo modo di essere originari. È proprio la recisione del nesso di condizionalità tra fattispecie concreta ed effetto giuridico previsto dalla norma astratta di legge e la conseguente sostituzione di quest'ultimo con il precetto dell'autonomia privata che consente di accreditare l'esaurimento del rapporto sul piano non solo della *lex temporis* ma anche dello *ius superveniens* retroattivo.

Idonee a produrre tale esaurimento intertemporale del rapporto sono, accanto alla transazione, ricompresa espressamente sin dall'inizio (accanto al giudicato), nel novero delle situazioni che esauriscono il rapporto, le figure che ad essa possono essere assimilate sotto il profilo funzionale: la

conciliazione, il riconoscimento (o, più in generale, il negozio di accertamento) e la rinunzia ⁽¹²⁰⁾).

9. - Si può passare a questo punto ad esaminare il tema dell'intangibilità del giudicato da parte dello *ius superveniens* retroattivo. Se si postula che questo principio trovi un fondamento teoricamente attendibile nella tradizione storica e nelle esigenze di opportunità che ad essa sono sottostanti, e si tenta di individuare, in base alle tradizionali teorie sulla natura del giudicato, il modo di operare di quest'ultimo che sia teoricamente adeguato e coerente con tale principio, non si è in grado di pervenire ad un risultato soddisfacente.

D'altra parte se si assume lo stesso dato della resistenza del giudicato nei confronti dello *ius superveniens* retroattivo come problematico e necessitante di giustificazione sul piano del diritto positivo e non solo con un mero richiamo alla tradizione storica, occorre constatare l'insufficienza dei tentativi di accreditare la resistenza del giudicato nei confronti dello *ius superveniens* retroattivo con gli argomenti tratti dal diritto positivo.

È invece decisivo appoggiarsi ai risultati conseguiti in tema di individuazione dei tratti caratteristici della categoria delle situazioni che, in via stragiudiziale, esauriscono il rapporto giuridico nei confronti dello *ius superveniens* retroattivo.

Né questo deve sorprendere più di tanto, considerato che il giudicato è un'istituzione sociale che ad un certo punto

⁽¹²⁰⁾ Inidonei a produrre l'esaurimento intertemporale del rapporto sono tutti i fatti e gli atti giuridici in senso stretto. Gli effetti di questi fatti ed atti sono determinati sempre in via generale ed astratta dalla legge. Essi continuano a risentire delle vicende temporali della norma astratta che li dispone. Se la legge viene retroattivamente abrogata, vengono regolarmente meno anche gli effetti dei fatti giuridici verificatisi e degli atti giuridici in senso stretto compiuti *medio tempore*, a meno che dallo *ius superveniens* non si possa evincere la volontà di tenerli in piedi.

L'impostazione proposta esclude la prescrizione del diritto dal novero delle situazioni che esauriscono il rapporto. Essa non è in grado di provocare lo sganciamento della rilevanza giuridica della fattispecie del rapporto dalla normativa astratta, sganciamento che è il *proprium* del modo di operare delle situazioni che esauriscono i rapporti nei confronti della legge retroattiva. L'effetto provocato dalla prescrizione rimane dunque nella piena disponibilità del legislatore successivo, il quale, con una norma retroattiva, può abolire questo effetto e ridare vita ad una situazione giuridica che si è esaurita solo dal punto di vista della *lex temporis* e non anche da un punto di vista intertemporale.

della sua storia si è collegato con le funzioni che lo Stato moderno ha assunto su di sé. Il giudicato costituisce piuttosto uno degli elementi di quella dimensione originaria della società civile, che affida ad un terzo imparziale e disinteressato la giusta composizione di una controversia, nel contraddittorio dei destinatari degli effetti dell'atto finale.

Anche l'accertamento giudiziale - al pari della transazione, mutato il molto che si deve mutare - determina lo sganciamento della rilevanza giuridica della fattispecie dedotta dalla norma astratta. Dopo il giudicato, la situazione dedotta in giudizio rinvia ormai compiutamente la propria disciplina non più nella norma astratta, ma nella sentenza.

La norma sopravvenuta retroattiva, anche se scalza ora per allora l'efficacia della *lex temporis*, non può rimettere in discussione la situazione accertata in giudizio: la tenuta di quest'ultima, diversamente da quella della situazione non accertata in giudizio, non dipende dalla permanenza del vigore della norma astratta.

Lo sganciamento della rilevanza giuridica della fattispecie dell'effetto accertato dalla norma astratta, e dunque l'operatività del principio dell'intangibilità dell'accertamento giudiziale rispetto alle norme retroattive, ha luogo sempre entro le dimensioni temporale e oggettiva dell'accertamento giudiziale.

Capitolo V

Giudicato e Costituzione

1. - La sintesi di alcuni fra i risultati più rilevanti per la presente indagine di uno studio compiuto alla fine degli anni ottanta del secolo XX ⁽¹²¹⁾, compiuta nel capitolo precedente, deve essere integrata e arricchita da un approfondimento della dimensione costituzionale del problema ⁽¹²²⁾.

Come tradizionale presidio di stabilità dell'applicazione giudiziale della legge ordinaria, il giudicato è chiamato a confrontarsi con il moltiplicarsi dei piani di legalità: sopra a quello della legge ordinaria, si staglia prima di tutto quello della costituzione.

Giudicato e diritto (nonché giustizia) costituzionale: incontri e scontri.

Così possono sintetizzarsi gli esiti di questo confronto, nella esperienza giuridica europeo-continentale più ricca e riflessiva: quella tedesca, a cui si indirizza dapprima l'esame.

2. - Il giudicato incontra il diritto costituzionale, nel momento in cui esso, insieme all'atto amministrativo inoppugnabile ⁽¹²³⁾, trova una garanzia costituzionale nei confronti degli interventi retroattivi del legislatore, attraverso il principio della certezza del diritto come componente dello Stato di diritto ⁽¹²⁴⁾.

Il legislatore conserva il potere di disporre in ipotesi eccezionali il venir meno dei giudicati, componendo la tensione tra giustizia del caso concreto e certezza del diritto a

⁽¹²¹⁾ Cfr. R. CAPONI, *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*, Milano, 1991.

⁽¹²²⁾ Dimensione costituzionale certamente già presente allora nello studio, come è attestato dall'ultimo capitolo, R. CAPONI, *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*, cit., p. 361 ss., ma probabilmente sottovalutata nella sua effettiva portata.

⁽¹²³⁾ Si mantiene tuttavia teoricamente distinta la *Rechtskraft* della sentenza dalla *Bestandskraft* dell'atto amministrativo inoppugnabile.

⁽¹²⁴⁾ Cfr. *BVerfGE*, 2, p. 380 ss., p. 404. Cfr. M. SACHS, in *Grundgesetz. Kommentar*, 5a ed., a cura di M. Sachs e U. Battis, München, 2009, sub art. 20.

favore della prima, nel rispetto dei criteri della proporzionalità e della esigibilità nel caso singolo ⁽¹²⁵⁾).

Qual è l'intonazione della protezione che il giudicato riceve dal principio dello Stato di diritto?

È un'intonazione soggettiva (è protetto soprattutto l'interesse individuale e concreto della parte che ha vinto il processo?) oppure è un'intonazione oggettiva (è protetto soprattutto il principio della separazione dei poteri, ovvero sono protette le attribuzioni dell'autorità giudiziaria in materia di tutela dei diritti?).

La domanda è ineludibile, perché il concetto di Stato di diritto, al pari di molti altri cardini dell'esperienza giuridica moderna nell'Europa continentale soffre... di un disturbo bipolare.

L'esaltazione dell'individuo e della sua libertà, propria delle correnti del giusnaturalismo nel secolo XVII e dell'illuminismo giuridico nel secolo XVIII, conduce a costruire sull'individuo un ricco apparato di situazioni soggettive, che rinvergono il loro fondamento nel diritto naturale e non possono pertanto essere attaccate sul piano storico, né essere violate dal potere politico contingente ⁽¹²⁶⁾. Sorretta dall'intento di proteggere il nuovo individuo borghese e la sua libertà economica, si afferma la tendenza a parlare preferibilmente il linguaggio dei diritti sostanziali, piuttosto che quello delle azioni giudiziali. Se l'individuo ha attributi originari e inviolabili, anche la loro protezione giudiziale non può scaturire da un rimedio concesso dal giudice, ma deve sgorgare da quello stesso apparato di situazioni soggettive sostanziali.

In questo contesto, la tradizionale distinzione tra *ius privatum* e *ius publicum* si accentua progressivamente fino a spezzare l'unità concettuale del diritto: «l'elaborazione del *diritto privato*, inteso come sistema dei diritti soggettivi, e quella del *diritto pubblico*, inteso come l'insieme delle norme di organizzazione dell'ordinamento politico, cominciarono ad

⁽¹²⁵⁾ Cfr. BVerfGE, 59, p. 128 ss., p. 166. Per una critica di questo approccio un poco metafisico, v. J. BRAUN, *Rechtskraft und Restitution*, 2 voll., Berlin, 1979-1985.

⁽¹²⁶⁾ Per questi sviluppi e per la relativa bibliografia si vedano R. ORESTANO, voce *Azione*, in *Enc. del Dir.*, vol. IV, Milano, 1959, p. 785 ss., p. 788; P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, Milano, 2000, p. 5.

andare ciascuna per la propria strada, facendo capo a fondazioni diverse, l'una basandosi sugli attributi *originari* della persona, l'altra sugli attributi *originari* dello Stato e della sovranità» ⁽¹²⁷⁾.

In questa temperie, l'impianto ideologico e politico teso ad esaltare gli attributi dell'individuo non avrebbe potuto conseguire il suo durevole successo se non avesse cercato e trovato un alleato nel potere politico, in una figura idealizzata di Principe, chiamato a leggere la natura delle cose e a tradurla in regole per la nuova società composta di soggetti formalmente liberi ed uguali ⁽¹²⁸⁾.

Con questa alleanza, la contraddizione tra la prospettiva di un ordinamento imperniato sugli attributi originari della persona e quella di un ordinamento imperniato sugli attributi originari dello Stato formalmente si supera, ma si conserva anche, quasi come sintesi dialettica e proietta la propria tensione bipolare anche all'interno di un pilastro concettuale dell'esperienza moderna, come lo Stato di diritto.

Quest'ultimo si fonda su due colonne portanti, entrambe orientate al vincolo, alla limitazione e al bilanciamento del potere statale. La prima colonna è il principio della separazione dei poteri (intonazione oggettiva: si guarda all'organizzazione dello Stato), la seconda è la garanzia dei diritti fondamentali dell'uomo e del cittadino (intonazione soggettiva: si guarda all'individuo) ⁽¹²⁹⁾.

Si tratta di una nozione di Stato di diritto che, per il fatto stesso di essere inserita fra le garanzie delle attuali Costituzioni europeo-continentali, non può essere più appiattita entro la nozione ottocentesca, perché - di nuovo le parole di Luigi Mengoni sono molto felici: «la Costituzione rifiuta la riduzione positivista della legittimità (ossia della giustizia) alla legalità, ma converte il problema della

⁽¹²⁷⁾ Così, R. ORESTANO, voce *Azione*, cit., p. 789.

⁽¹²⁸⁾ A tale proposito, P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit., p. 5, parla della «più grossa e ingombrante antinomia della cultura giuridica moderna».

⁽¹²⁹⁾ Cfr. per tutti, E. SCHMIDT-ABMANN, *Der Rechtsstaat*, in **HStR**, I; C. CALLIES, *Rechtsstaat und Umweltstaat*, Tübingen, 2001, p. 51.

fondazione etica della legittimità in un problema giuridico»⁽¹³⁰⁾.

È una nozione di Stato di diritto che, nonostante la fedeltà del nome alla tradizione, si è già spostata nella prospettiva della *rule of law*. Cioè in una dimensione in cui non si postula lo Stato, bensì «piuttosto, un diritto extra-statuale, autonomo: il diritto comune, il *case law*, insomma il diritto dei giudici e dei giuristi. Dunque, c'è *rule of law* anche, e soprattutto, «senza Stato»; o, più esattamente, senza che lo Stato avochi a sé la produzione del diritto. [...] Lo Stato di diritto propriamente detto è uno Stato che si autolimita giuridicamente, laddove la *rule of law* è la limitazione dello Stato mediante un diritto non statale. Nel primo caso lo Stato si subordina al suo diritto; nell'altro caso lo Stato è subordinato da un diritto *non suo* ⁽¹³¹⁾.

Mi sembra che questo spostamento in direzione della *rule of law* sia promosso non solo dal sovrapporsi alla dimensione nazionale di una dimensione giuridica - e soprattutto giurisdizionale - internazionale e sovranazionale ⁽¹³²⁾, ma già dalla trasformazione del concetto di Stato di diritto in parametro di giudizio di costituzionalità delle leggi ordinarie, affidato ad un organo, la Corte costituzionale, che si colloca in realtà - almeno negli auspici e nelle realizzazioni migliori - al di fuori dello «Stato-apparato» ed assume un ruolo di cerniera tra Stato e società.

Non vi è dubbio che l'intonazione della protezione che lo Stato di diritto offre al giudicato sia soggettiva: campeggia la tutela dell'affidamento delle parti sul risultato del processo ⁽¹³³⁾. Né ciò deve sorprendere: come detto, il giudicato non serve alla ragion di Stato, ma è connaturato alla funzione

⁽¹³⁰⁾ Così, L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1997, p. 117, già citato indietro.

⁽¹³¹⁾ Così, G. SARTORI, *Nota sul rapporto tra Stato di diritto e Stato di giustizia*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1964, p. 310 s. Il pensiero di Sartori, che peraltro sottovaluta il cambiamento introdotto dalle costituzioni del secondo dopoguerra e dal controllo giurisdizionale di costituzionalità delle leggi, poiché egli continua a cogliervi solo una ottocentesca «autolimitazione dello Stato mediante il diritto», è ricordato da N. PICARDI, *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, cit., p. 77 s.

⁽¹³²⁾ Come inclina a ritenere N. PICARDI, *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, cit., p. 191.

⁽¹³³⁾ Cfr. per tutti, M. SACHS, in *GG Grundgesetz Kommentar*, 5ª ed., a cura di M. Sachs, München, 2009, p. 819.

pratica e sociale dell'atto di composizione della lite e tutela in primo luogo ed essenzialmente l'interesse individuale e concreto della parte che ha vinto il processo: il chiovendiano bene della vita.

3. - Il giudicato si scontra con il diritto costituzionale, laddove il rispetto di quest'ultimo è presidiato da una Corte costituzionale che può pronunciare l'incostituzionalità di una legge, determinandone la perdita di efficacia *erga omnes* ed *ex tunc*.

Se la legge che il giudice ha applicato nel risolvere la controversia è successivamente dichiarata incostituzionale, che dovrà accadere del giudicato?

Il § 79 della legge istitutiva del Tribunale costituzionale federale ⁽¹³⁴⁾, dopo aver previsto al comma 1° che l'accertamento della incostituzionalità della norma su cui si basa una sentenza penale di condanna dischiude le porte della riapertura del processo secondo le norme del codice di procedura penale, dispone al comma 2° che rimangano intatte le «decisioni non più impugnabili» che si fondano su una norma dichiarata nulla per incostituzionalità. Peraltro, se la decisione non è stata ancora eseguita, l'esecuzione forzata non è ammessa e la dichiarazione di incostituzionalità può fondare l'opposizione all'esecuzione ai sensi del § 767 Zpo. Rimane esclusa l'azione di arricchimento senza causa.

Entro il concetto di decisione non più impugnabile, ai sensi del § 79 comma 2° BVerfGG, rientrano le sentenze (e i provvedimenti giudiziali aventi forma diversa dalla sentenza) passate in giudicato e gli atti amministrativi inoppugnabili. La disposizione si riferisce cioè agli «atti di autorità» (*Hoheitsakte*).

Se si limita il discorso alle sentenze civili passate in giudicato, il significato di questa disposizione è di escludere che la dichiarazione di incostituzionalità della norma applicata in giudizio possa essere fatta valere come motivo di revocazione. Questo significa che la sentenza rimane intatta

⁽¹³⁴⁾ Bundesverfassungsgerichtsgesetz - BVerfGG. Cfr. D. C. UMBACH, T. CLEMENS, F-W. DOLLINGER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Mitarbeiterkommentar und Handbuch*, 2ª ed, Heidelberg, 2005.

«con tutta la forza e la debolezza» che essa possiede secondo i principi generali.

Secondo la Corte costituzionale tedesca questa disposizione è il risultato di un compromesso tra la certezza del diritto e la giustizia del caso concreto: una esclusiva considerazione del punto di vista della giustizia condurrebbe a prevedere il superamento di tutte le decisioni emanate sulla base della norma dichiarata incostituzionale e annullata, ma questa scelta radicale viene evitata in considerazione della certezza del diritto, della quale il legislatore avrebbe riconosciuto il sopravvento ⁽¹³⁵⁾.

L'esperienza giuridica tedesca ha rifiutato pertanto di desumere tutte le conseguenze dall'assunto radicale della nullità della legge incostituzionale. Muovendo da una posizione così radicale, l'ordinamento tedesco ha ritenuto opportuno sancire espressamente la salvezza dell'autorità dei giudicati civili. Il § 79 comma 2° *BVerfGG* è una disposizione di notevole rilievo, poiché essa sancisce codesta salvezza in via generale nei confronti di un atto successivo (la pronuncia della Corte costituzionale) che, in forza del suo ambito d'efficacia, metterebbe teoricamente in discussione i giudicati precedenti.

Non può destare meraviglia quindi che proprio nella dottrina tedesca sia stata avanzata una proposta interpretativa secondo la quale il legislatore moderno ha preso nel § 79, comma 2° *BVerfGG* una decisione fondamentale, che si estende al di là della fattispecie espressamente regolata e tocca, in particolare, la questione degli effetti che una legge retroattiva esercita nei confronti di una sentenza passata in giudicato: «l'abolizione retroattiva di una semplice norma di legge attraverso un nuovo atto di legislazione non può avere, nei confronti della resistenza di una decisione passata in giudicato, efficacia più forte della dichiarazione di nullità retroattiva di una norma incostituzionale da parte del *Bundesverfassungsgericht*» ⁽¹³⁶⁾.

4. - La salvezza del giudicato civile conosce un temperamento fondamentale nell'ordinamento tedesco,

⁽¹³⁵⁾ Cfr. *BVerfGE*, 2, p. 380 ss., p. 404.

⁽¹³⁶⁾ Per i riferimenti, cfr. R. CAPONI, *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*, cit, p. 370 ss.

quando esso viola un diritto fondamentale dell'individuo e la violazione è fatta valere impugnando la sentenza passata in giudicato davanti alla Corte costituzionale entro un termine breve, grazie alla presenza del ricorso individuale di costituzionalità (*Verfassungsbeschwerde*): «chiunque affermi la lesione di un proprio diritto fondamentale ad opera del pubblico potere, può proporre ricorso alla Corte costituzionale»⁽¹³⁷⁾.

In questo contesto l'espressione «potere pubblico» si riferisce a tutti e tre i poteri dello Stato⁽¹³⁸⁾: legislativo, esecutivo, giudiziario: «con la *Verfassungsbeschwerde* il controllo del comportamento conforme a Costituzione di tutti e tre i poteri statali è posto nelle mani di un'unica Corte centrale»⁽¹³⁹⁾.

Il rapporto tra la *Verfassungsbeschwerde* e la tutela giurisdizionale dinanzi ai giudici comuni è impostato in via di principio in termini di sussidiarietà (e di straordinarietà) della prima rispetto alla seconda. Tale carattere trova la sua espressione legislativa di base nel § 90, comma 2°, *BVerfGG*, nella sua prima parte, secondo la quale: «se contro la violazione è ammissibile la via giudiziaria, la *Verfassungsbeschwerde* può essere proposta solo dopo l'esaurimento della via giudiziaria»⁽¹⁴⁰⁾.

⁽¹³⁷⁾ Così dispone oggi l'art. 93, comma 1°, n. 4 a GG, diversamente dalla versione originaria del *Grundgesetz*, che non prevedeva il ricorso individuale di costituzionalità. Oltre all'art. 93, comma 1°, n. 4 a GG, cfr. i §§ 13, n. 8a, 90-95 *BVerfGG*. Sulla *Verfassungsbeschwerde* nella letteratura in lingua italiana, oltre al classico studio di M. CAPPELLETTI, *La giurisdizione costituzionale delle libertà*, Milano, 1955, cfr. A. ANZON, *Il ricorso individuale di costituzionalità in Germania federale, Austria e Spagna*, in *Politica del diritto*, 1989, p. 329; P. HÄBERLE, *La Verfassungsbeschwerde nel sistema della giustizia costituzionale tedesca*, Milano, 2000; nonché J. LUTHER, in *Esperienze di giustizia costituzionale*, cit., p. 188 ss.

⁽¹³⁸⁾ Fino al 1993, era orientamento costante del *Bundesverfassungsgericht* che oggetto di ricorso potessero essere solo gli atti del pubblico potere della Repubblica federale tedesca, ma nella sua sentenza sul trattato di Maastricht ha annunciato per il futuro di ritenere ammissibili *Verfassungsbeschwerden* che si indirizzino contro atti comunitari (così, *BVerfG* 12 ottobre 1993, in *BVerfGE* 89, 155, 175). Questo orientamento è stato confermato dalla recente sentenza sul Trattato di Lisbona: cfr. *BVerfG*, 2 BvE 2/08, 30 giugno 2009.

⁽¹³⁹⁾ Così, K. SCHLAICH-S. KORIOH, *Das Bundesverfassungsgericht*, 6ª ed., München, 2004, p. 141.

⁽¹⁴⁰⁾ La possibilità di prevedere il presupposto del previo esaurimento delle vie di ricorso dinanzi ai giudici comuni è ammessa dall'art. 94, comma II GG.

La presenza della *Verfassungsbeschwerde* costituisce così un elemento che caratterizza il sistema tedesco di tutela dei diritti fondamentali ⁽¹⁴¹⁾. La tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali nei confronti del potere statale è affidata in via ordinaria ai giudici comuni, ma l'ultima parola può spettare al *Bundesverfassungsgericht*, anche contro le sentenze passate in giudicato. La *Verfassungsbeschwerde* è da proporre entro il termine di un mese dalla notificazione o comunicazione della decisione definitiva ⁽¹⁴²⁾ e, in caso di accoglimento, conduce all'annullamento con rinvio della decisione impugnata ⁽¹⁴³⁾.

5. - L'esame dell'esperienza italiana offre utili indicazioni complementari rispetto all'analisi dell'ordinamento tedesco.

Innanzitutto: il fondamento costituzionale dell'autorità di cosa giudicata.

Non riveste un carattere decisivo la circostanza che, durante i lavori dell'Assemblea costituente non sia stato approvato l'art. 104 del progetto di costituzione elaborato dalla commissione dei settantacinque, secondo il quale «le sentenze non più soggette ad impugnazione di qualsiasi specie non possono essere annullate o modificate neppure per atto legislativo, salvo i casi di legge penale abrogativa o di amnistia, grazia ed indulto» ⁽¹⁴⁴⁾.

Nondimeno, l'idea che si possa rinvenire un fondamento costituzionale dell'intagibilità del giudicato da parte dello *ius superveniens* retroattivo merita di essere consolidata.

Punto di partenza è il principio di irretroattività della legge. Nell'ordinamento italiano esso trova espressione nell'art. 11 disp. prel. c.c.: «la legge non dispone che per l'avvenire: essa non ha effetto retroattivo».

Nella Costituzione italiana, la irretroattività è una regola enunciata per le sole norme penali incriminatrici ⁽¹⁴⁵⁾. La

⁽¹⁴¹⁾ Sui ritardi decisori dovuti al sovraccarico della Corte costituzionale, v. le considerazioni critiche di LEISNER, *Das letzte Wort: der Richter späte Gewalt*, cit., p. 247.

⁽¹⁴²⁾ Cfr. § 93, comma 1° BVerfGG.

⁽¹⁴³⁾ Cfr. § 95, comma 1° BVerfGG, norma i cui effetti sono fatti salvi dal § 79, comma 2°, BVerfGG.

⁽¹⁴⁴⁾ Per indicazioni, cfr. R. CAPONI, *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*, cit, p. 368, in nota 18.

⁽¹⁴⁵⁾ Cfr. art. 25, comma 2°, Cost.

Corte costituzionale frappone tuttavia al potere del legislatore ordinario di disciplinare le situazioni pregresse una serie di limiti, che trovano espressione non già in divieti puntuali, bensì in principi generali: ragionevolezza, eguaglianza, legittimo affidamento, rispetto delle attribuzioni costituzionali del potere giudiziario ⁽¹⁴⁶⁾.

Pertanto, se si intende offrire una descrizione dell'ordinamento italiano fedele alla sua realtà normativa, quale risulta dalla giurisprudenza della Corte costituzionale, il principio di irretroattività delle leggi vi trova un ancoraggio costituzionale corrispondente, quanto ad ampiezza e consistenza della garanzia, a quello proprio degli ordinamenti che lo fanno discendere *sic et simpliciter* dalla garanzia della certezza del diritto connaturata allo Stato di diritto ⁽¹⁴⁷⁾.

Se l'irretroattività della legge, ovvero i limiti del potere del legislatore di disporre per il passato, ha un ancoraggio costituzionale sulla base di un complesso di elementi normativi che trovano nella certezza del diritto la loro sintesi concettuale, *a fortiori* dovrà essere protetta dalla Costituzione l'autorità di cosa giudicata, che della certezza del diritto costituisce una manifestazione saliente.

È irrilevante che lo *ius superveniens* retroattivo colmi una lacuna valutativa del legislatore ordinario. Rimane intatto il provvedimento passato in giudicato con cui il giudice, dinanzi al divieto di *non liquet*, ha dettato una disciplina giuridica della fattispecie.

Esempio: il provvedimento della Corte di appello di Milano del 9 luglio 2008, che ha autorizzato l'interruzione dei trattamenti sanitari di alimentazione artificiale di E. E. Nella

⁽¹⁴⁶⁾ Così, Corte cost. 15 luglio 2005, n. 282, in *Foro it.*, *Rep.* 2005, voce *Impiegato dello Stato*, n. 193. Sulla stessa linea, tra le altre, v. Corte cost. n. 24 del 2009, *id.*, 2009, I, in corso di pubblicazione; n. 74 del 2008, *id.*, 2008, I, 2411; n. 156 del 2007, *id.*, 2007, I, 3012; n. 376 del 2004, *id.*, 2005, I, 319; n. 291 del 2003, *id.*, *Rep.* 2003, voce *Infortuni sul lavoro*, n. 180; n. 446 del 2002, *id.*, *Rep.* 2002, voce *Previdenza sociale*, n. 204; n. 374 del 2002, *id.*, *Rep.* 2002, voce *Previdenza sociale*, n. 360; n. 525 del 2000, *id.*, 2000, I, 3397; n. 416 del 1999, *id.*, 2000, I, 2456; n. 229 del 1999, *id.*, 1999, I, 2145; n. 376 del 1995, *id.*, 1997, I, 346.

⁽¹⁴⁷⁾ Cfr. infatti Corte cost. 22 novembre 2000, n. 525: «in questa sede occorre in particolare soffermarsi sull'affidamento del cittadino nella sicurezza giuridica; principio che, quale elemento essenziale dello Stato di diritto, non può essere leso da norme con effetti retroattivi che incidano irragionevolmente su situazioni regolate da leggi precedenti».

fase finale il Governo ha tentato di frapporre ostacoli all'interruzione dell'alimentazione artificiale di E. attraverso un intervento legislativo ⁽¹⁴⁸⁾. Ad E. è stata risparmiata quest'ultima battaglia ⁽¹⁴⁹⁾.

6. - Su questa strada si è collocata la giurisprudenza della Corte costituzionale italiana, che richiede solo qualche precisazione. La sua argomentazione è la seguente. Una legge che dispone espressamente la cessazione di efficacia di provvedimenti del giudice civile anteriormente passati in giudicato è incostituzionale, poiché: a) viola le attribuzioni costituzionali dell'autorità giudiziaria cui spetta la tutela dei diritti (artt. 102 e 113 Cost.); b) lede l'affidamento della parte vittoriosa sul carattere definitivo del risultato del processo (artt. 3 e 24 Cost.) ⁽¹⁵⁰⁾.

A ben vedere le due giustificazioni - apparentemente parallele - si risolvono in una sola: il giudicato come strumento di tutela giurisdizionale dei diritti è

⁽¹⁴⁸⁾ Cfr. il disegno di legge governativo n. 1369, «disposizioni in materia di alimentazione e di idratazione», presentato al Senato il 6 febbraio 2009: «in attesa dell'approvazione di una completa e organica disciplina legislativa in materia di fine vita, l'alimentazione e l'idratazione, in quanto forme di sostegno vitale e fisiologicamente finalizzate ad alleviare le sofferenze, non possono in alcun caso essere sospese da chi assiste soggetti non in grado di provvedere a se stessi».

⁽¹⁴⁹⁾ Per un più ampio discorso sul punto, v. R. CAPONI, A. PROTO PISANI, *Il caso E.: brevi riflessioni dalla prospettiva del processo civile*, in *Foro it.*, 2009, I, c. 984 ss.

⁽¹⁵⁰⁾ Chiamata a pronunciarsi su disposizioni legislative che prevedevano il travolgimento di provvedimenti passati in giudicato, la Corte ha ritenuto che esse «violino le attribuzioni costituzionali dell'autorità giudiziaria cui spetta la tutela dei diritti (artt. 102 e 113 Cost.). / Infatti non vi è dubbio che l'emissione di provvedimenti idonei ad acquistare autorità di giudicato costituisca uno dei principali strumenti per la realizzazione del suindicato compito. / Nel contempo, le disposizioni denunciate contrastano con gli artt. 3 e 24 Cost., in quanto in parte vanificano i risultati dell'attività difensiva svolta, sulla cui definitività i creditori [...] potevano fare ragionevole affidamento».

Nella fattispecie la norma dichiarata incostituzionale disciplinava un aspetto di una concreta vicenda di successione tra enti ed aveva un contenuto di provvedimento, inteso ad alleggerire la massa dei debiti del nuovo ente. Le norme sostanziali su cui i giudicati si basano non vengono toccate, trattandosi della disciplina generale dell'adempimento delle obbligazioni.

L'incostituzionalità è manifesta, non vi è in gioco alcun altro valore costituzionale contrapposto che possa prevalere sulla protezione del giudicato.

Corte cost. 7 novembre 2007, n. 364, in *Foro it.*, 2009, I, c. 996, con nota di R. CAPONI, *Giudicato civile e leggi retroattive*.

costituzionalmente protetto in vista della garanzia della certezza e della stabilità del risultato del processo, nell'interesse delle parti. Infatti, precisa la stessa Corte costituzionale: «non vi è dubbio che l'emissione di provvedimenti idonei ad acquistare autorità di giudicato costituisca uno dei principali strumenti per la realizzazione del suindicato compito» di tutela giurisdizionale dei diritti affidato alla autorità giudiziaria.

Le attribuzioni costituzionali dell'autorità giudiziaria sono quindi piuttosto una espressione delle garanzie apprestate alla tutela giurisdizionale dei diritti. Se nel ragionamento della Corte costituzionale le prime campeggiano in primo piano, ciò è dovuto piuttosto ad una distorsione prospettica, un riflesso della vicenda storica che ha portato lo Stato moderno ad assumere su di sé la funzione giurisdizionale. Tale distorsione ha portato a ricostruire lo scopo del processo civile dal punto di vista dello Stato che rende giustizia, piuttosto che da quello dei cittadini che la chiedono.

Tale concezione vede nell'amministrazione della giustizia una funzione essenziale propria dello Stato moderno al servizio della realizzazione del diritto oggettivo (con il crisma dell'autorità di cosa giudicata) e relega sullo sfondo l'utilità che gli individui, in quanto parti del processo, ricavano dall'esercizio della giurisdizione. Questa idea entra in tensione con la connessione tra etica e utilità del singolo ed etica sociale, che si profila come caratteristica nell'ambiente contemporaneo.

Infatti attualmente lo scopo del processo civile tende ad essere colto, in prima battuta, nell'attuazione dei diritti soggettivi dei privati. Se questo è vero, allora in primo piano deve campeggiare l'utilità che gli individui si ripromettono di conseguire nel momento in cui intraprendono (o si difendono in) un processo civile.

Di conseguenza la giurisdizione non è da concepire tanto come una funzione dello Stato moderno diretta all'attuazione del diritto oggettivo nel caso concreto, quanto piuttosto come servizio pubblico diretto alla composizione delle controversie secondo giustizia (cioè con l'applicazione di criteri di giudizio oggettivi e predeterminati).

7. - Nel quadro di una giustizia civile concepita oggi come servizio pubblico, il giudicato è una utilità che spetta in primo luogo agli utenti del servizio richiedere o meno, in relazione ai loro bisogni e alle loro necessità. Non è un orpello che deve necessariamente accompagnare la tutela giurisdizionale dei diritti, in considerazione di un preteso onnipresente interesse del gestore del servizio ⁽¹⁵¹⁾, se gli utenti non ne hanno bisogno e non lo chiedono.

Si possono solo tipizzare delle situazioni sostanziali che mal si prestano ad essere tutelate in una forma provvisoria, sganciata da una prospettiva di stabile accertamento: ad esempio, quando la controversia cade sull'esistenza di uno *status* ⁽¹⁵²⁾. Ove questi rapporti precipitino in una situazione di incertezza a causa di una controversia, non è irragionevole imporre legislativamente di presidiarne la tutela attraverso un processo che sbocca in un giudicato.

La tutela giurisdizionale dei diritti si realizza innanzitutto attraverso l'efficacia imperativa del provvedimento giurisdizionale e non culmina necessariamente nel giudicato. Il carattere essenziale della giurisdizione non è da individuare nel giudicato ⁽¹⁵³⁾, bensì nel fatto che l'applicazione giurisdizionale del diritto – come è opportuno ripetere – si sostituisce d'autorità all'applicazione compiuta dai soggetti dell'ordinamento e non può essere oggetto di controllo, se non da parte di un altro organo giurisdizionale, ad es., attraverso l'impugnazione del provvedimento.

⁽¹⁵¹⁾ A tale idea si ispira invece, in modo notevolmente più intenso in confronto con i modelli europei, la maggior parte dei procedimenti speciali previsti nella giurisdizione contenziosa cognitiva italiana, se si eccettua la pur rilevante novità dell'allentamento del nesso strutturale di strumentalità in relazione al rilascio di un provvedimento cautelare anticipatorio. Lo confermerebbe una breve rassegna dell'impianto legislativo e del diritto vivente. Per un attuale *revival* di questa idea, si veda però il procedimento sommario di cognizione di cui all'art. 702-bis ss. c.p.c., introdotto dalla l. n. 69 del 2009. Per un più ampio discorso sul punto, v. R. CAPONI, *Un nuovo modello processuale a cognizione piena (art. 702-bis c.p.c.)*, in *Il giusto processo civile*, 2009, in corso di pubblicazione.

⁽¹⁵²⁾ Oppure quando la controversia cade su di una situazione sostanziale durevole nel tempo connotata da tratti di staticità (ad esempio, rapporti reali), ovvero in materia di circolazione di beni infungibili.

⁽¹⁵³⁾ *Contra*, E. ALLORIO, *Saggio polemico sulla giurisdizione volontaria*, ora in *Problemi di diritto*, Milano 1957.

Il giudice conserva quindi il potere di dire l'«ultima parola», anche se può trattarsi di una parola provvisoria, non definitiva, (come quella che è pronunciata attraverso un provvedimento sommario), esposta ad essere modificata o revocata da una sua parola successiva ⁽¹⁵⁴⁾.

Questa evoluzione, prima sociale e poi giuridica, si muove nell'alveo dei principi costituzionali. La Costituzione richiede che la tutela giurisdizionale dei diritti possa sempre avvenire in un processo a cognizione piena destinato a concludersi con un provvedimento avente attitudine al giudicato formale e contenente un accertamento idoneo al giudicato sostanziale. Ciò non implica però che la giurisdizione contenziosa debba sempre - per imposizione costituzionale - mirare alla formazione del giudicato ⁽¹⁵⁵⁾.

8. - Tuttavia - e questo è un punto fondamentale nella presente indagine - quando le parti chiedono ed ottengono il giudicato per la tutela dei loro diritti, la stabilità del risultato del processo è protetta al massimo grado e gode della copertura costituzionale, non per una ragione di Stato, ma perché ciò realizza l'interesse della parte vittoriosa, nel modo in cui esso è stato apprezzato e realizzato da quest'ultima.

Con l'affermazione della intangibilità del giudicato civile da parte dello *ius superveniens* retroattivo ⁽¹⁵⁶⁾, la Corte costituzionale italiana si allinea alla soluzione adottata in altri ordinamenti, che non contengono una esplicita statuizione

⁽¹⁵⁴⁾ Cfr. A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, 5ª ed., Milano, 2008, p. 143.

⁽¹⁵⁵⁾ Così, V. DENTI, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, sub art. 111, Bologna - Roma, 1987, p. 21 ss.; PROTO PISANI, *Usi e abusi della procedura camerale ex art. 737 ss. c.p.c.*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, p. 393 ss., spec. p. 402; ID., *Verso la riforma del codice di procedura civile? Prospettive in tema di processi a cognizione piena e sommaria in un recente disegno di legge delega*, in *Foro it.*, 1981, V, c. 226 ss., spec. c. 244.

⁽¹⁵⁶⁾ Da un passaggio della motivazione di Corte cost. n. 364 del 2007 traspare qualche dubbio sul carattere retroattivo della norma impugnata. Non è chiaro quale nozione la Corte presupponga, ma se non è retroattiva la legge sopravvenuta che travolge i giudicati, quale legge sarà mai retroattiva? Cfr. da ultimo M. LUCIANI, *Il dissolvimento della retroattività - Una questione fondamentale del diritto intertemporale nella prospettiva delle vicende delle leggi di incentivazione economica*, in *Giur. it.*, 2007, 1825 e 2089.

costituzionale di rispetto del giudicato civile ⁽¹⁵⁷⁾, ma la desumono – come il principio di irretroattività - dalla garanzia della certezza del diritto, inerente allo Stato di diritto ⁽¹⁵⁸⁾, colta nella suo profilo soggettivo di protezione dell'affidamento delle parti sul risultato del processo.

Lo stesso profilo soggettivo si coglie nella suggestiva ipotesi che fonda la copertura costituzionale dell'autorità di cosa giudicata sulla garanzia costituzionale del ricorso per cassazione ⁽¹⁵⁹⁾, sebbene essa si fondi su una norma costituzionale fomite di problemi sotto altri profili e difficilmente esportabile in un auspicabile dialogo tra le culture giuridiche europee su questo tema.

9. - Come già accade nell'esperienza giuridica tedesca, anche in quella italiana, è sancita - dall'art. 30, comma 4°, 1. n. 87 del 1953 - la salvezza del giudicato civile dinanzi alla dichiarazione di incostituzionalità della legge ⁽¹⁶⁰⁾. Questa disposizione è più stringata della omologa norma tedesca ⁽¹⁶¹⁾ e rimette ad operazioni ermeneutiche la soluzione di problemi risolti direttamente dal testo della disposizione tedesca.

L'art. 30, comma 4°, cit., rappresenta una deroga espressa per la materia penale della resistenza del giudicato nei confronti dello *ius superveniens* retroattivo e una implicita conferma per la materia civile ⁽¹⁶²⁾.

La disposizione costituisce evidentemente un forte argomento in favore della resistenza del giudicato nei confronti

⁽¹⁵⁷⁾ Tale statuizione è contenuta invece nell'art. 5, XXXVI della Costituzione federale del Brasile. Fresco di stampa sul tema, l'approfondito saggio di L. G. MARINONI, *Coisa julgada inconstitucional*, São Paulo, 2008.

⁽¹⁵⁸⁾ Così il già citato *leading case* del 1° luglio 1953, pubblicato in *BVerfGE*, 2, 380 ss., 404. Per un quadro aggiornato, v. M. SACHS, in *Grundgesetz. Kommentar*, cit., sub art. 20.

⁽¹⁵⁹⁾ Oggi art. 111, comma 8°, Cost. Cfr. A. CERINO CANOVA, *La garanzia costituzionale del giudicato civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1977, p. 395 ss., p. 427: «l'art. 1112 assicura il requisito minimo e indispensabile - il giudicato formale - per proteggere il valore più alto della funzione giurisdizionale: l'autorità di cosa giudicata dei provvedimenti che statuiscono sui diritti».

⁽¹⁶⁰⁾ Testo: «Quando in applicazione della norma dichiarata incostituzionale è stata pronunciata sentenza irrevocabile di condanna, ne cessano la esecuzione e tutti gli effetti penali».

⁽¹⁶¹⁾ Il citato § 79, comma 2° *BVerfGG*.

⁽¹⁶²⁾ Meritevole di approfondimento - impossibile in questa sede - è il problema se la dichiarazione di incostituzionalità possa valere come motivo di opposizione all'esecuzione della sentenza civile di condanna.

di una legge retroattiva, pur diretta a realizzare per il passato valori costituzionalmente protetti.

A *fortiori* resisterà il giudicato nei confronti della legge retroattiva che non è diretta a realizzare per il passato valori costituzionalmente protetti ⁽¹⁶³⁾.

10. - Vi è un temperamento fondamentale: l'esaurimento del rapporto non si verifica se la dichiarazione di illegittimità costituzionale colpisce proprio la norma giuridica che costituisce la fonte di esaurimento del rapporto (la norma sulla prescrizione, la norma sulla decadenza, la norma sul giudicato, ecc.), a causa del modo (incostituzionale appunto) in cui essa ha determinato l'esaurimento del rapporto. In tal caso, l'esaurimento del rapporto giuridico è un effetto dipendente dall'applicazione della norma dichiarata incostituzionale e deve cedere di fronte alla dichiarazione di incostituzionalità.

Il problema si è posto nell'ordinamento italiano in seguito alla serie di interventi della Corte costituzionale sulla decorrenza della prescrizione in materia di crediti derivanti dal rapporto di lavoro subordinato ⁽¹⁶⁴⁾. Questo indirizzo della giurisprudenza della Corte fu inaugurato con la sentenza del 10 giugno 1966, n. 63 ⁽¹⁶⁵⁾, che dichiarò l'illegittimità costituzionale, per contrasto con gli artt. 3 e 36 Cost., degli artt. 2948, n. 4, 2955, n. 2 e 2956, n. 1 c.c., nella parte in cui consentivano che la prescrizione del diritto alla retribuzione decorresse durante il rapporto di lavoro.

Osserviamo questa ipotesi da vicino. Conviene riferire nel dettaglio l'argomentazione seguita dalla Corte di

⁽¹⁶³⁾ Così, Corte cost. 15 luglio 2005, n. 282, cit., nonché A. PUGIOTTO, *Nulla di nuovo (o quasi) sul fronte costituzionale delle leggi interpretative*, in *Giur. cost.*, 2005, 5145, paragrafo 5. In precedenza un ambiguo inciso di Corte cost. 27 luglio 2000, n. 374, in *Foro it.*, 2000, I, 3410, aveva condotto taluno a ritenere che la Corte consentisse ad una legge di interpretazione autentica di incidere sul giudicato, «purché questo costituisca l'effetto consequenziale della creazione di una norma astratta». Così, N. ZANON-F. BIONDI, *Diritto costituzionale dell'ordine giudiziario*, Milano, 2002, p. 59.

⁽¹⁶⁴⁾ Per riferimenti a questa vicenda si rinvia a R. CAPONI, *Gli impedimenti all'esercizio dei diritti nella disciplina della prescrizione*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, p. 721 ss., p. 744 s.

⁽¹⁶⁵⁾ in *Foro it.*, 1966, I, c. 985, con (alle c. 1652 ss.) nota di G. PERA, *Sulla decorrenza della prescrizione per il diritto al salario*.

cassazione nel decidere una fattispecie in cui erano stati fatti valere crediti di lavoro già prescritti alla data di pubblicazione della sentenza n. 63 del 1966 della Corte costituzionale: «se è pur vero che la prescrizione rientra nella categoria degli eventi idonei a determinare il consolidamento di una situazione giuridica per effetto dell'estinzione del diritto che essa determina, è da rilevare che, quando la dichiarazione d'incostituzionalità investe proprio la norma che quella prescrizione avrebbe dovuto rendere operante, si rimane fuori dall'ambito dei rapporti consolidati, in quanto viene meno *ab origine* lo strumento idoneo a determinare l'estinzione del diritto. Cioè per effetto della dichiarazione di incostituzionalità di cui alla citata sentenza n. 63 del 1966 è divenuto irrilevante, ai fini della prescrizione, il decorso del tempo verificatosi in pendenza del rapporto di lavoro, talché, nella specie, l'applicazione della prescrizione quale causa di consolidamento del rapporto equivarrebbe ad un'affermazione di conservazione degli effetti della norma dichiarata incostituzionale, la quale, invece, siccome invalida sin dall'origine non poteva determinare l'estinzione del diritto del lavoratore nel corso del rapporto di lavoro subordinato. L'effetto dell'estinzione avrebbe potuto essere invocato nell'ipotesi che fosse stata dichiarata illegittima una norma diversa da quella regolatrice della prescrizione, quale, ad esempio, una norma regolatrice del diritto di credito del lavoratore. In tal caso, restando ferma l'operatività della prescrizione, rispetto a questa sarebbe del tutto irrilevante la dichiarazione d'illegittimità costituzionale. Ma è certamente da escludere che possa ammettersi il consolidamento di una posizione per prescrizione, quando la dichiarazione d'incostituzionalità investe proprio la norma che avrebbe dovuto determinare quel consolidamento» ⁽¹⁶⁶⁾.

⁽¹⁶⁶⁾ Così, Cass. 18 ottobre 1973, n. 2634, in *Foro it.*, 1974, I, c. 105, c. 107 s. In questo senso, F. SAJA, *L'efficacia nel tempo delle sentenze di accoglimento*, in *Quad. cost.*, 1989, p. 9 s.; G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988, p. 267 s.; R. CAPONI, *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*, cit., p. 207; R. PINARDI, *La corte, i giudici ed il legislatore*, cit., p. 28 s.

Per un più ampio discorso sul punto, v. R. CAPONI, *La sentenza della corte costituzionale sulle notifiche per posta: processi in corso e rapporti esauriti*, in *Corr. giur.*, 1998, p. 1430 ss.

Le lettura di questo passo rivela con sufficiente chiarezza, se ce ne fosse bisogno, che la dichiarazione di incostituzionalità riapre i rapporti già prescritti, non perché la prescrizione sia in sé incostituzionale, ma per il modo incostituzionale in cui la prescrizione è decorsa in quel caso: durante la pendenza del rapporto di lavoro.

Il problema si pone anche in relazione al giudicato. Quando la mancata proposizione che ha determinato l'immutabilità della sentenza è dovuta ad un impedimento non imputabile, non vi è salvaguardia dell'immutabilità del provvedimento giurisdizionale che tenga di fronte all'esigenza di tutelare il diritto di difesa della parte che è incolpevolmente decaduta dal potere d'impugnazione ⁽¹⁶⁷⁾. Non si può invocare infatti l'esigenza di salvaguardare il giudicato, quando il passaggio in cosa giudicata formale è avvenuto in spregio del principio del contraddittorio e quindi in modo incostituzionale. Evidentemente, non è il giudicato in sé ad essere incostituzionale, ma è incostituzionale il modo in cui si è formato il giudicato in questo caso: in spregio della garanzia costituzionale del contraddittorio. Ciò è stato finalmente riconosciuto dalla recente legge di riforma del processi civile italiano nel 2009 ⁽¹⁶⁸⁾, con l'estensione della rimessione in termini anche al potere di impugnare ⁽¹⁶⁹⁾.

11. – Come le altre garanzie costituzionali, la protezione del giudicato civile nei confronti della sopravvenienza di effetti retroattivi o retrospettivi non è una monade, ma è esposta anche nell'esperienza giuridica italiana al confronto e al bilanciamento con altri valori costituzionali, in particolare con il principio di uguaglianza (art. 3 Cost.). In certi casi eccezionali, il legislatore ordinario deve poter assicurare l'uniformità di trattamento per tutte le fattispecie del passato che rientrano astrattamente nell'area dello *ius superveniens*

⁽¹⁶⁷⁾ Cfr. R. CAPONI, *La rimessione in termini nel processo civile*, Milano, 1996, p. 150.

⁽¹⁶⁸⁾ Cfr. l. n. 69 del 2009.

⁽¹⁶⁹⁾ Dal punto di vista tecnico processuale, l'operazione è stata compiuta abrogando l'art. 184-bis c.p.c., che limitava la rimessione in termini alle decadenze nel corso di un giudizio in corso di svolgimento, e trasferendone il contenuto normativo in un secondo comma aggiunto all'art. 153 c.p.c.

retroattivo, indipendentemente dalla circostanza che talune di esse siano state oggetto di una sentenza passata in giudicato ⁽¹⁷⁰⁾.

Ciò può accadere fondamentalmente in due ipotesi:

a) in quei rari casi in cui i valori giuridici introdotti dalla nuova legislazione siano così meritevoli di affermazione da prevalere sulla tutela dell'affidamento delle parti sull'intangibilità del risultato del precedente processo ⁽¹⁷¹⁾;

b) in quei casi in cui non si ponga un problema di tutela dell'affidamento delle parti, pur dinanzi ad un giudicato.

Conviene fare degli esempi.

Per la prima ipotesi, si pensi alla legge retroattiva diretta a riconoscere i diritti inviolabili dell'uomo rinnegati da un precedente periodo di barbarie. Esempio: nel 1944 fu giudicato in applicazione delle leggi razziali che era nulla la trascrizione di un matrimonio e che dovevano rispondere dei danni la sposa e il padre, per aver taciuto l'appartenenza della sposa alla razza ebraica. Nel 1946, dopo l'abrogazione delle leggi razziali, l'altro coniuge agì per la liquidazione dei danni, ottenendo una sentenza favorevole. In verità, il giudicato avrebbe dovuto essere travolto ⁽¹⁷²⁾.

Per la seconda ipotesi, si ricordi la struttura bipolare del concetto di Stato di diritto e l'intonazione soggettiva della protezione da esso offerta al giudicato: l'autorità di cosa giudicata tutela l'interesse individuale della parte che ha vinto il processo, la tutela dell'affidamento sul risultato del processo.

La conclusione è da mantenere assolutamente ferma nei rapporti tra privati.

Prendiamo in considerazione una situazione diversa. Il rapporto oggetto della sentenza passata in giudicato corre tra un privato e lo Stato, o una pubblica amministrazione, o insomma un organismo di diritto pubblico che ha agito in posizione di supremazia per la cura concreta di un interesse pubblico. Sopravviene uno *ius superveniens* retroattivo che

⁽¹⁷⁰⁾ Così, G. GROTANELLI DE' SANTI, *Profili costituzionali della irretroattività delle leggi*, Milano, 1970, p. 65.

⁽¹⁷¹⁾ Si può citare come esempio la normativa che, nel corso degli anni, ha facilitato il riconoscimento dello *status* di filiazione.

⁽¹⁷²⁾ Per un più ampio discorso sul punto, v. R. CAPONI, *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*, cit., p. 386.

dispone, in riferimento alle fattispecie quali quella giudicata, un effetto più favorevole al privato di quello disposto dalla norma giuridica previgente a base del giudicato.

Dobbiamo mantenere fermo il giudicato anche in questo caso? Istintivamente avvertiamo una differenza. Vi è in primo luogo una importante indicazione tratta dalla dottrina dell'efficacia del giudicato civile nel tempo, a suo tempo lasciata in ombra nel concludere che l'operatività del principio dell'intangibilità del giudicato da parte delle norme retroattive, ha luogo sempre entro le dimensioni temporale e oggettiva dell'accertamento giudiziale.

Se si prende in considerazione specificamente la dimensione oggettiva dell'accertamento giudiziale ⁽¹⁷³⁾, l'area del conflitto tra giudicato e *ius superveniens* retroattivo si allarga o si restringe a seconda della concezione dei limiti oggettivi che si ritenga di dover accogliere. I confini dello sganciamento della rilevanza giuridica della fattispecie dell'effetto giuridico accertato sono fissati dall'oggetto del giudicato.

In questo contesto, si è sostenuto ⁽¹⁷⁴⁾ che, quando lo *ius superveniens* retroattivo introduce un nuovo diritto, esso non è compreso nell'oggetto del giudicato precedente e quindi può essere liberamente fatto valere in giudizio.

La tesi è suggestiva perché muove in fondo dall'idea della retroattività in *bonam partem*, che il giudicato non si presta ad ostacolare. Tuttavia essa è scarsamente praticabile nei rapporti interprivati paritari, in cui il nuovo diritto attribuito ad una parte trova di regola la propria realizzazione in un obbligo imposto alla controparte. La retroattività in *bonam* per una parte è in *malam* per l'altra, che ha tutto il diritto di invocare la protezione del giudicato ⁽¹⁷⁵⁾.

⁽¹⁷³⁾ Rinviano avanti l'esame della dimensione temporale, in collegamento con l'analisi del caso *Olimpiclub*.

⁽¹⁷⁴⁾ Così W. HABSCHEID, *Effetti della sentenza e cambiamento della legge*, trad. di F. Satta, in *Studi in onore di Segni*, II, Roma, 1967, p. 535 ss., p. 571.

⁽¹⁷⁵⁾ Ad una diversa soluzione si potrebbe pervenire qualora lo *ius superveniens* retroattivo attribuisca rilevanza giuridica costitutiva di un nuovo diritto ad un fatto prima irrilevante: il giudicato di rigetto rende inammissibile la riproposizione della domanda a situazione giuridica immutata (*ne bis in idem*), ma non impedisce la qualificazione dei fatti dedotti in giudizio ad opera della legge retroattiva e la riproposizione della domanda su tale base. Forse.

Ad una conclusione diversa si può giungere a proposito del rapporto tra un soggetto privato e un organismo di diritto pubblico, quando interviene una legge retroattiva che introduce un nuovo diritto a favore del primo.

Le motivazioni tradizionalmente addotte a sostegno del principio di irretroattività non valgono a proposito dell'intervento della legge più favorevole, purché essa «sia veramente tale e tale soltanto» ⁽¹⁷⁶⁾. Il concetto di legge più favorevole può essere apprezzato appunto al di fuori dei rapporti paritari di diritto privato: quindi essenzialmente nei rapporti tra un soggetto privato e un organismo di diritto pubblico che persegue un interesse generale. A tal proposito si è sostenuto: «Quando lo Stato rinunzia a vantaggi giuridici sorti in suo favore da fattispecie già attuatesi, si può in generale ritenere che esso non ha voluto fare eccezione per i casi, di regola numericamente irrilevanti, in cui vi sia stata una sentenza passata in giudicato». La giustificazione risiede nel fatto che nei confronti dello Stato, e più in generale degli organismi di diritto pubblico non entra in gioco l'esigenza di tutelare l'affidamento che scaturisce dal giudicato ⁽¹⁷⁷⁾.

In effetti, siamo portati a pensare che la tutela dell'affidamento è a vantaggio del soggetto privato nei confronti dell'attività dei pubblici poteri e non viceversa. È un elemento di garanzia che si colloca nella prospettiva liberale classica: libertà da interventi dei pubblici poteri che vengano *contra factum proprium* e scuotano la ragionevole aspettativa dei privati circa la coerenza dell'azione dei pubblici poteri in un determinato arco temporale.

12. - Al cospetto con l'ordinamento tedesco, l'ordinamento italiano rivela un notevole difetto. La mancanza del ricorso individuale di costituzionalità determina una lacuna di tutela specifica (demolitoria) contro le lesioni dei diritti fondamentali ad opera di sentenze passate in giudicato.

⁽¹⁷⁶⁾ Così, R. QUADRI, *Dell'applicazione della legge in generale*, in *Commentario del codice civile*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1974, p. 103 ss., specie p. 104

⁽¹⁷⁷⁾ Così W. HABSCHEID, *Effetti della sentenza e cambiamento della legge*, cit., p. 571.

Progredisce infatti anche negli ambienti italiani la consapevolezza che il controllo *ex post* della conformità a Costituzione degli atti di esercizio del potere giurisdizionale completa il sistema di controllo di costituzionalità dei poteri statali.

L'esperienza pratica ha però presentato alla nostra attenzione una notevole ipotesi di tutela specifica contro il giudicato incostituzionale e di conseguente annullamento di quest'ultimo da parte della Corte costituzionale, su ricorso che deve essere proposto entro il termine di sessanta giorni ⁽¹⁷⁸⁾.

Questa ipotesi costituisce in un certo senso il *pendant* dell'annullamento del giudicato per violazione di un diritto fondamentale dell'individuo, poiché integra un caso di protezione della sfera fondamentale di un soggetto dagli effetti lesivi di un giudicato incostituzionale. Si tratta della sfera di attribuzioni di un organo costituzionale.

Il caso si è presentato all'esame della Corte costituzionale in sede di conflitto intersoggettivo tra poteri dello Stato. Era accaduto che una sentenza della Corte di cassazione aveva espressamente disapplicato una disposizione legislativa regionale. Su ricorso della Regione interessata la Corte afferma che «non spetta allo stato, e per esso alla corte di cassazione, disapplicare disposizioni contenute in leggi regionali; va, pertanto, annullata la sentenza della corte di cassazione che aveva disapplicato la legge regionale» ⁽¹⁷⁹⁾.

⁽¹⁷⁸⁾ A decorrere dalla notificazione o pubblicazione ovvero dall'avvenuta conoscenza dell'atto impugnato: cfr. art. 39, comma 2, l. n. 87 del 1953.

⁽¹⁷⁹⁾ Cfr. Corte cost. 14 giugno 1990, n. 285, in *Foro it.* 1991, I, c. 2346; in *Giur. it.*, 1991, I, 1, 1289, con nota di C. CONSOLO, *Di una ipotesi di «cassazione» costituzionale di decisione della corte di cassazione: il giudicato e la stessa pronuncia dell'organo della nomofilachia quale atto illecito ed invasivo?* in *Regioni*, 1991, p. 1047 ss., con nota di A. CERRI, *Ancora sui limiti di sindacabilità dell'atto del giudice in sede di conflitto*. In senso critico su questo indirizzo, A. RUGGERI, *La certezza del diritto allo specchio, il «gioco» dei valori e le «logiche» della giustizia costituzionale (a proposito dei conflitti di attribuzione originati da sentenze passate in giudicato)*, in *Diritto e società*, 1993, p. 137.

Capitolo VI

Ricostruzione

1. - L'indagine compiuta fino a questo punto è servita ad elaborare ed argomentare il parametro alla stregua del quale ricostruire non ciò che accade (questa operazione è stata già compiuta), ma ciò che deve accadere secondo diritto nei casi di incidenza degli effetti di una pronuncia di una due corti europee su di un anteriore giudicato civile, emanato nell'ordinamento italiano.

2. - Il primo elemento da precisare è la nozione di «incidenza» (o di altri termini atecnici che si possono adoperare: impatto, interferenza, ecc.) degli effetti giuridici di una successiva pronuncia di una delle due Corti europee sull'anteriore giudicato civile.

Fra le occasioni eclatanti che hanno sollecitato a riflettere sul tema dei rapporti tra corti europee e giudicati nazionali vi è la sentenza *Lucchini* della Corte di giustizia. Un soggetto privato consegue dal giudice civile con una sentenza passata in giudicato la condanna dello Stato italiano al pagamento di un contributo finanziario. La Corte di giustizia statuisce - in sostanza - che lo Stato deve ingiungere al privato la restituzione del contributo.

In questo caso è chiara l'incidenza: è la contraddittorietà pratica, il contrasto tra due precetti giudiziali, quello scaturente dal giudicato nazionale e quello discendente dalla sentenza della Corte di giustizia. Un'antinomia che si risolve nel senso che il precetto della Corte di giustizia avvia - secondo modalità che in questo momento non ci interessa approfondire - un meccanismo che culmina in una invalidazione e conseguente perdita di efficacia del giudicato precedente.

Ma la crisi del giudicato civile non scoppia solo con la sentenza *Lucchini*. La crisi deve essere colta già come indietreggiamento rispetto all'apogeo del giudicato, al giudicato che conforma l'ordinamento nel caso concreto e rende improponibile la domanda circa l'ingiustizia della sentenza.

La negazione della rilevanza giuridica della sentenza ingiusta, o quanto meno la negazione che l'eventuale divergenza tra l'accertamento giudiziale e la situazione sostanziale anteriore possa produrre effetti giuridici è il dato dogmatico fondamentale della teoria del giudicato.

Ripensiamo alla dottrina classica tedesca, in cui è scoppiata l'accesa polemica tra teoria processuale e teoria sostanziale del giudicato. Konrad Hellwig e Max Pagenstecher erano su fronti contrapposti, la dottrina era spaccata in due sul modo di spiegare come mai non si potesse predicare l'ingiustizia della sentenza ovvero, secondo una variante meno radicale, sul modo di spiegare come mai l'eventuale divergenza tra l'accertamento giudiziale e la situazione anteriore non potesse produrre effetti giuridici.

Ma su di un punto erano fundamentalmente tutti d'accordo: *Rechtskraft ist eben Rechtskraft*. Il giudicato è per l'appunto il giudicato. Oltretutto nella lingua tedesca il termine *Rechtskraft* («forza del diritto», «vigore giuridico») esprime plasticamente l'idea che il giudicato guarda l'ordinamento giuridico ad altezza d'occhio e costituisce la quintessenza dell'attuarsi dell'ordinamento nel caso concreto.

Come può tollerare una parola come *Rechtskraft* di avere accanto a sé, come aggettivo, un qualcosa come «ingiusto», «illecito» o «illegittimo», in modo tale che essa si trasformi in una paradossale *Unrechtskraft*? ⁽¹⁸⁰⁾. Si spiega così l'umore cupo della dottrina tedesca, quando è costretta a parlare delle operazioni che la giurisprudenza conduce disinvoltamente sotto l'ombrello del § 826 BGB ⁽¹⁸¹⁾.

⁽¹⁸⁰⁾ Nella lingua tedesca, a quanto mi consta, non esiste un termine come *Unrechtskraft*. Ma è un neologismo che si potrebbe coniare, tenuto conto che il prefisso *Un-* esprime nella lingua tedesca l'idea della negazione come l'alfa privativo. Ci si collocherebbe sulla scia di *Unrechtsstaat*, la negazione di Stato di diritto, termine con il quale i tedeschi chiamano frequentemente lo Stato nazista.

⁽¹⁸¹⁾ Il testo del § 826 BGB prevede sostanzialmente che chi cagiona dolosamente danno ad un altro in un modo contrario al buon costume, è obbligato al risarcimento del danno. La giurisprudenza del BGH ritiene che, entro limiti ristretti, la fattispecie del credito risarcitorio possa essere integrata anche quando è stata ottenuta una sentenza passata in giudicato o quando la si mette in esecuzione con dolo, nella consapevolezza della sua ingiustizia. In senso critico, per tutti, v. H. F. GAUL, *Möglichkeiten und Grenzen der Rechtskraftdurchbrechung unter Berücksichtigung neuerer Tendenzen im deutschen Zivilprozeßrecht*, Athen, 1986, p. 39.

Se questo è vero, allora il giudicato è toccato nel suo valore di accertamento, sebbene non ancora nel suo contenuto precettivo, dalla sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo quando accerta che un giudicato nazionale costituisce una violazione della Cedu, ed ancora di più è toccato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia ⁽¹⁸²⁾, quando afferma - con la sentenza *Köbler* - che una sentenza passata in giudicato, proprio perché rimane ferma nel suo contenuto precettivo, è fonte di un danno ingiusto che legittima il soggetto privato ad agire contro lo Stato per il risarcimento del danno.

Questa sentenza è considerata da molti un vessillo della «resistenza comunitaria» del giudicato. In effetti vi si può trovare scritto che «l'importanza del principio dell'autorità della cosa definitivamente giudicata non può essere contestata».

Se fosse davvero così, come si spiegherebbe che il vessillo sia stato abbassato così velocemente nel volgere di qualche tempo, con la sentenza *Lucchini*, e poi con la sentenza *Olimpiclub*? È una questione di punti di vista: il giudicato è l'accertamento o il giudicato è il comando? La Corte di giustizia ritiene che l'autorità di cosa giudicata non sia contestata, se il contenuto precettivo della sentenza diventa fonte di un danno ingiusto risarcibile. Quindi essa restringe l'essenza del giudicato (e la sua salvaguardia) al comando.

Questa restrizione è in realtà il primo passo dell'incidenza sui giudicati nazionali delle pronunce della Corte di giustizia. L'art. 2909 c.c. italiano riferisce il giudicato, l'autorità di cosa giudicata sostanziale, all'accertamento del diritto come elemento basilare comune ai diversi contenuti delle sentenze definitive di merito (mero accertamento, condanna, tutela costitutiva). L'art. 2909 c.c. ha tutte le ragioni di disporre in questo senso: secondo la concezione classica, il giudicato è l'efficacia di accertamento della sentenza.

Si obietta: su che cosa si fonda allora l'autorità di cosa giudicata del decreto ingiuntivo non opposto? Si replica: il

⁽¹⁸²⁾ Per non parlare dello scontro del giudicato con la dimensione costituzionale nazionale, che si verifica mezzo secolo prima.

debitore poteva instaurare il processo a cognizione piena e non lo ha fatto. Come l'inerzia del convenuto nel processo a cognizione piena consente all'attore di ottenere l'accertamento dell'esistenza del diritto dedotto in giudizio sulla base della allegazione e della prova dei soli fatti costitutivi, così accade nel procedimento di ingiunzione, in caso di inerzia del debitore ingiunto. La controversia tra le parti trova anche in questo modo la propria soluzione. Il giudicato non è l'accertamento per l'accertamento, ma l'accertamento per la giusta composizione della controversia.

Se il giudicato è l'efficacia dichiarativa della sentenza e la sua autorità si ricollega all'accertamento, che cosa rimane del valore giuridico del giudicato, se esso è degradato al rango di un qualsiasi fatto illecito fonte di un'obbligazione risarcitoria? E non c'è equilibrismo ricostruttivo che tenga, sospeso tra monismo e dualismo, che possa cancellare questa semplice realtà, di fronte alla quale ci ha messo dinanzi la Corte di giustizia. Ma se non la si contesta trasfigurando il giudicato in un fatto illecito, con che cosa mai si potrà contestare l'autorità di cosa giudicata? E non si tratta dell'iniziativa della parte soccombente, bensì dell'organo giurisdizionale deputato ad assicurare l'uniformità dell'interpretazione del diritto comunitario.

Beninteso: mi limito a descrivere il fenomeno, senza assoggettarlo ad un giudizio di valore. Al contrario. Incassato e assimilato questo affondo teorico che fa colare a picco l'immagine tradizionale del giudicato, il giurista appena un poco legato ai vecchi miti, accoglie quasi con irritazione che poi, dal punto di vista pratico, per una sorta di contrappasso, sia negato al prof. *Gerhard Köbler*, noto a livello internazionale per i suoi studi di storia e di linguistica giuridica, compiuti anche grazie ai soggiorni in altri paesi della Unione europea, di computare nella indennità di anzianità gli anni di servizio trascorsi all'estero.

Un comando nudo, svilito e privato del fondamento dell'accertamento, privato della sua qualità di essere dichiarazione del diritto preesistente, anzi assoggettato ad un giudizio di disvalore. Un comando che protegge ingiustamente una pubblica amministrazione contro la legittima pretesa di un suo dipendente: è questo il risultato che vogliamo vedere

protetto dalla garanzia costituzionale dell'autorità di cosa giudicata? È veramente questo ciò che vogliamo coprire sotto il mantello della certezza del diritto? Ma non si è sempre detto che uno dei pilastri dello stato di diritto e della certezza del diritto che da esso discende - oltre all'aspetto della separazione dei poteri dello Stato - è la protezione dei diritti dell'individuo nei confronti di un esercizio arbitrario dei pubblici poteri?

Non si può sostenere che la rivisitazione della nozione di giudicato, come fatto illecito fonte di responsabilità risarcitoria non sia un *novum*, almeno negli ordinamenti che conoscono norme simili a quella dell'art. 2738 c.c. italiano ⁽¹⁸³⁾.

La differenza tra le due ipotesi è di percezione immediata: l'ingiustizia del giudicato nell'art. 2738 c.c. dipende da un erroneo accertamento del fatto dovuto ad un falso giuramento di una parte.

L'ingiustizia del giudicato contrario al diritto comunitario è un'ingiustizia che si annida nel nucleo più delicato, qualificato e proprio dell'attività del giudice, in cui egli non è vincolato alle iniziative, alle azioni o alle omissioni delle parti: la valutazione giuridica della fattispecie, in applicazione del canone *iura novit curia*.

Non vi può essere un'autentica autorità del giudicato, una volta che quest'ultimo sia spogliato del suo contenuto di accertamento del diritto. Nell'aprire la sua voce sul *Potere del giudice* per l'*Enciclopedia del Diritto*, Giovanni Fabbrini ricordava: «che la giurisdizione nel suo momento ultimo e conclusivo (nel momento cioè della formazione del giudicato) si presenti nei confronti dei destinatari degli effetti come potere puro, non controllabile né sindacabile da parte di costoro, è un dato ovvio e scontato; ma altrettanto ovvio e scontato è che l'esercizio della giurisdizione (il modo cioè in cui il processo è organizzato per giungere alla formazione del giudicato) tende a

⁽¹⁸³⁾ Art. 2738 c.c.: «se è stato prestato il giuramento deferito o riferito, l'altra parte non è ammessa a provare il contrario, né può chiedere la revocazione della sentenza qualora il giuramento sia stato dichiarato falso./Può tuttavia domandare il risarcimento dei danni nel caso di condanna penale per falso giuramento (p. 371). Se la condanna penale non può essere pronunciata perché il reato è estinto, il giudice civile può conoscere del reato al solo fine del risarcimento

garantire, nel grado più elevato possibile, la giustizia del risultato finale» (184).

In altri termini, il giudicato è potere puro perché è stato preceduto da un accertamento proteso alla giustizia del risultato finale. L'autorità della decisione giudiziaria non si esaurisce nel comando del giudice (185), ma si fonda sulle argomentazioni giuridiche che la sostengono, che ne sorreggono la forza persuasiva di precedente, che fondano il carattere distintivo, rispetto al diritto legislativo, del diritto giurisprudenziale, in quanto basato «sull'idea che il giudice [...] trovi il diritto, mediante una ricerca svolta essenzialmente mediante l'uso della ragione» (186).

Se si accerta *ex post* - come è accaduto nel caso *Köbler* - che questa ricerca ha conseguito un risultato sbagliato, l'autorità del giudicato è disconosciuta.

In conclusione, l'«incidenza» degli effetti delle pronunce delle Corti europee sul giudicato civile anteriore è sempre un conflitto tra la regola di condotta (indirizzata alle parti della controversia) scaturente dal giudicato e la regola di condotta (indirizzata allo Stato o al giudice *a quo*) scaturente rispettivamente dalla pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo o dalla Corte di giustizia.

Due sono le varianti fondamentali.

Una incidenza più grave è il conflitto pratico, nel senso che il precetto scaturente dalla pronuncia di una Corte europea mette in moto un meccanismo che culmina in una invalidazione e conseguente perdita di efficacia del giudicato precedente. Si tratta di un'antinomia in cui il giudicato viene toccato sia nel suo valore di accertamento, che nel suo profilo di comando (caso *Lucchini*).

Una incidenza meno grave dal punto di vista pratico, ma non meno profonda della prima dal punto di vista logico, è il

(184) Così, G. FABBRINI, voce *Potere del giudice*, in *Enc. del Dir.*, vol. XXXIV, Milano 1985, p. 721 ss., p. 722.

(185) Come l'autorità della legge non si fonda solo sull'atto di volontà del legislatore, svincolato da qualsiasi indicazione di contenuto, dopo l'introduzione del controllo di costituzionalità.

(186) La frase tra virgolette è di A. PIZZORUSSO, *Comparazione giuridica e sistema delle fonti del diritto*, Torino, 2005, p. 41; nello stesso senso D. LEIPOLD, *Urteilswirkungen und Rechtsfortbildung*, in *Ritsumeikan Law Review - International edition*, 1989, n. 4, p. 161 ss., p. 162.

conflitto (solo) di valore, in cui l'effetto della pronuncia della Corte europea è compatibile sul piano pratico con l'effetto del giudicato (non si mette in moto necessariamente un procedimento che culmina in una invalidazione e conseguente perdita di efficacia del giudicato precedente), ma il valore di quest'ultimo come dichiarazione del diritto è degradato e rovesciato nel suo contrario (caso *Köbler*).

3. - L'indagine compiuta nei capitoli precedenti profila in particolare un parametro da tenere presente nella valutazione delle soluzioni di questo conflitto: il trattamento del giudicato dinanzi ad una successiva dichiarazione di illegittimità costituzionale di una norma su cui esso si basa.

A questa ipotesi si deve prestare particolare attenzione, perché essa presenta decisive somiglianze con quella oggetto della nostra attuale attenzione. In entrambe abbiamo a che fare con successive pronunce di Corti giudiziarie che applicano un parametro decisorio di rango sovraordinato rispetto alla legge ordinaria e proiettano i loro effetti in via retrospettiva, poiché constatano un vizio originario del parametro decisorio impiegato dal giudice civile per risolvere la controversia.

Il tenore del conflitto nelle due ipotesi è lo stesso, mentre costituisce solo una differenza specifica la diversità degli strumenti tecnici attraverso il quale è assicurato il primato del parametro decisorio sovraordinato.

Le sentenze della Corte costituzionale incidono sulla validità della norma, determinandone la perdita di efficacia. Esse sono un atto performativo, che assicura in prima battuta il primato del parametro sovraordinato semplicemente pronunciando le parole dichiarative della incostituzionalità⁽¹⁸⁷⁾.

⁽¹⁸⁷⁾ Ci si riferisce alle acquisizioni maturate in seno alla discussione sul tema delle norme costitutive, avviata nella filosofia del diritto italiana dalle due monografie di G. CARCATERRA *Le norme costitutive*, 1974, e *La forza costitutiva delle norme*, 1979 e proseguita poi con i lavori di A. CONTE, di cui si può vedere, in una prospettiva riassuntiva la voce *Costitutività di regole*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, sezione civile. Da ultimo in tema, C. ROVERSI, *Sulla duplicità del costitutivo*, in <http://www.cirsfid.unibo.it>

Le decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo e le pronunce interpretative della Corte di giustizia esibiscono una caratteristica comune che le distingue dalle pronunce della Corte costituzionale. Esse non assicurano il primato del diritto sovraordinato attraverso un effetto immediatamente costitutivo sul piano della validità, rispettivamente dell'atto impugnato (dinanzi alla Corte di Strasburgo), o della norma nazionale che sollecita la proposizione del quesito interpretativo sul diritto comunitario (dinanzi alla Corte del Lussemburgo). Esse impongono solo regole concrete di condotta, rispettivamente allo Stato responsabile della violazione e al giudice *a quo*.

In particolare, le decisioni della Corte di Strasburgo assicurano il primato della Convenzione attraverso una pronuncia di mero accertamento della violazione che concretizza l'obbligo statale di rispettare la Cedu.

Le sentenze della Corte di giustizia assicurano il primato del diritto comunitario concretizzando la regola di collisione che impone la non applicazione della norma nazionale contrastante con il diritto comunitario.

In ultima analisi, si tratta però di differenze specifiche che non impediscono di svolgere un discorso congiunto. In tutte e tre le ipotesi (pronuncia della Corte costituzionale nazionale, pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo, pronuncia della Corte di giustizia) la realizzazione pratica del primato della norma superiore (come la realizzazione di ogni interesse umano) è affidata a condotte umane concrete che, sul piano della realtà effettuale, diano attuazione alle pronunce delle corti. Se un anteriore accertamento giudiziale deve cedere in base a queste ultime nella realtà dei fatti e non solo in quella delle parole, può cedere solo in questo modo, comune alle tre ipotesi.

4. - Punto di partenza è - come sempre - il rapporto tra diritto sostanziale e processo.

In questo caso si tratta del rapporto tra il diritto sostanziale applicato dalle due corti europee, cioè rispettivamente la Convenzione europea dei diritti dell'uomo per la Corte di Strasburgo e il diritto comunitario per la Corte

del Lussemburgo, da un lato, e, dall'altro lato, il processo giurisdizionale nazionale che ha prodotto il giudicato.

Il parallelo tra i due diritti sostanziali e le due corti si rivela utile, anche per mettere a fuoco le differenze.

Il giurista lavora prima di tutto con le parole. Le parole che esprimono i concetti giuridici per lui sono importanti. In questo caso le differenze cominciano con le parole.

5. - Nel sistema della Cedu, la parola diritto soggettivo (dell'uomo) compare fin dal titolo. La convenzione riconosce certi diritti fondamentali alle persone, sia sul piano sostanziale che processuale. Il processo nazionale è strumento privilegiato di attuazione di questi diritti soggettivi, nell'occasione di una controversia civile o amministrativa o nell'esercizio di un'azione penale, nel rispetto delle garanzie processuali parimenti riconosciute. La Corte europea dei diritti dell'uomo è chiamata a valutare, attraverso la vicenda che è sottoposta al suo esame, se è come hanno trovato realizzazione i diritti fondamentali dell'uomo.

6. - Nel sistema comunitario campeggia fin dall'inizio la parola diritto (oggettivo) dell'Unione europea. La preoccupazione principale - anche della Corte di giustizia, anzi soprattutto di quest'ultima - è stata fin dall'inizio e continua ad essere ancora oggi l'attuazione dell'ordinamento giuridico comunitario per mezzo degli Stati membri e all'interno di questi ultimi.

È inevitabile che sia così, pena il fallimento di questo grandioso progetto.

Il corpo comunitario cammina fondamentalmente con le «gambe» degli Stati membri: gambe legislative (in primo luogo, con l'attuazione delle direttive comunitarie), gambe amministrative (al di fuori delle ipotesi eccezionali di esecuzione diretta come nel settore della concorrenza e degli aiuti di Stato), e gambe giurisdizionali (i giudici nazionali sono giudici comunitari in senso funzionale). È la prospettiva dell'art. 10 del Trattato CE ⁽¹⁸⁸⁾, del principio di leale

⁽¹⁸⁸⁾ Testo dell'art. 10 Trattato CE: «Gli Stati membri adottano tutte le misure di carattere generale e particolare atte ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dal presente trattato ovvero determinati dagli atti

collaborazione degli Stati membri nei confronti dell'Unione europea. Esso genera obblighi statali di attuazione sul piano legislativo, obblighi di esecuzione sul piano amministrativo, obblighi di realizzazione sul piano giurisdizionale.

Campeggia un obiettivo fondamentale: la piena efficacia pratica del diritto dell'Unione europea (*effet utile*). In questa prospettiva, prima che strumenti di attuazione e di garanzia dei diritti dell'uomo (come nel sistema Cedu), i processi giurisdizionali nazionali sono strumenti di attuazione del diritto comunitario in senso oggettivo.

Inoltre, certamente, il diritto comunitario cammina con le gambe dei cittadini dell'Unione europea. Le molte volte che l'ordinamento comunitario riscontra omogeneità di interessi tra la costruzione dell'edificio comunitario e l'interesse individuale dei soggetti privati, riconosce a questi ultimi dei diritti: appunto, i diritti di derivazione comunitaria. Ed allora i cittadini possono far valere in un giudizio nazionale tali diritti anche nei confronti dello Stato membro: in presenza di determinati presupposti, possono per esempio chiedere la revoca della decisione controversa (*Kühne & Heitz*) ⁽¹⁸⁹⁾.

Realizzando così i loro interessi individuali, i cittadini realizzano anche l'interesse dell'Unione europea. Le istituzioni comunitarie - e la Corte di giustizia in prima linea - hanno a cuore l'effettività della tutela giurisdizionale dei diritti di derivazione comunitaria perché essa rappresenta un cardine dell'effettività, dell'efficacia piena e completa del diritto comunitario, oltre che dell'accettazione dell'Unione fra i popoli europei.

Come si può dare loro torto?

7. - Non vorrei riaprire a questo punto l'eterna polemica sui rapporti tra diritto oggettivo e diritto soggettivo. Non ci porterebbe da nessuna parte.

Ma non ci porterebbe nemmeno da nessuna parte negare che vi sia una qualsiasi differenza: ci troveremmo nel

delle istituzioni della Comunità. Essi facilitano quest'ultima nell'adempimento dei propri compiti./Essi si astengono da qualsiasi misura che rischi di compromettere la realizzazione degli scopi del presente trattato».

⁽¹⁸⁹⁾ Cfr. le conclusioni dell'Avv. generale Geelhoed nella causa *Lucchini*.

bel mezzo della proverbiale notte hegeliana. Quanto meno dovremo constatare una diversa intonazione, se non una diversa prospettiva, tra il sistema Cedu e il sistema comunitario.

Dopo tutto ci troviamo pur sempre dinanzi ai poli costitutivi dell'esperienza giuridica moderna nell'Europa continentale ⁽¹⁹⁰⁾.

Non è un caso che, da quando è scoccata «l'ora dei diritti fondamentali nell'Unione europea» ⁽¹⁹¹⁾, la Corte del Lussemburgo ricorre alla Cedu come parametro valutativo ⁽¹⁹²⁾.

Nondimeno, se fossimo costretti ad individuare in uno solo il principio fondamentale che ispira tutta la giurisprudenza della Corte di giustizia dai suoi inizi fino ad oggi, dovremmo individuarlo nella piena realizzazione della efficacia diretta e del primato del diritto comunitario (nella sua intonazione oggettiva).

Conosciamo anche le strategie messe in campo dalla Corte di giustizia per evitare di ingabbiarsi in strutture preconcrete e cogliere così le istanze normative che promano dal caso concreto che di volta in volta le si presenta davanti.

Una di queste tecniche è impiegata proprio per inquadrare i rapporti fra sistemi processuali nazionali e diritto dell'Unione europea.

Si tratta dell'uso argomentativo di due coppie di concetti, tra di loro opposti (tesi e antitesi), che vengono superati nella sintesi conclusiva che sorregge il dispositivo della sentenza, in cui si dà la prevalenza all'uno o all'altro dei due (spesso, ma non sempre, al concetto nato più recentemente nella giurisprudenza della Corte). Si tratta appunto di una sintesi dialettica nel senso hegeliano, una *Aufhebung*: termine che reca con sé contemporaneamente l'idea del superamento, ma anche l'idea della conservazione della contraddizione.

⁽¹⁹⁰⁾ Vedi indietro.

⁽¹⁹¹⁾ Così, M. CARTABIA, *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione europea*, in *I diritti in azione*, a cura di M. Cartabia, Bologna, 2007,

⁽¹⁹²⁾ Cfr. Corte giust. 15 maggio 1986, C-222/84, *Johnston*, in *Racc.*, p. 1663 ss., sulla quale v. N. TROCKER, *La carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ed il processo civile*, cit., p. 1193.

Infatti la coppia concettuale antitetica immancabilmente si ripresenta alla prossima pronuncia, assicurando alla giurisprudenza della Corte di giustizia il carattere flessibile, pragmatico, adogmatico che la contraddistingue. In questo modo il reciproco confronto e influenzamento tra i tratti della situazione da giudicare e i tratti del canone decisorio, che sempre caratterizzano l'attività di applicazione delle norme giuridiche ai casi della vita ⁽¹⁹³⁾, si profilano - specialmente nella giurisprudenza della Corte del Lussemburgo - per un'intensa proiezione sul parametro decisorio delle istanze di regolazione del caso concreto.

Da un lato, la Corte ha affermato e continua ad affermare il principio dell'autonomia processuale degli Stati membri. Fra le più citate in questo senso è la sentenza *Rewe* ⁽¹⁹⁴⁾: «allo stato attuale del diritto comunitario, caratterizzato dalla mancanza di una specifica disciplina processuale, è l'ordinamento giuridico interno di ciascuno stato membro che designa il giudice competente e stabilisce le modalità procedurali delle azioni giudiziali intese a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza delle norme comunitarie aventi efficacia diretta» ⁽¹⁹⁵⁾. Secondo la prospettiva originaria di questa posizione, quale si riscontra nella sentenza *Rewe* e in quelle degli anni immediatamente successivi, gli unici limiti che gli ordinamenti processuali incontrano nella loro autonomia è che la tutela dei diritti di derivazione comunitaria non può essere meno favorevole di quella assicurata ad analoghi diritti di derivazione nazionale (principio di equivalenza) e che non deve essere resa praticamente impossibile ⁽¹⁹⁶⁾.

⁽¹⁹³⁾ Così, K. ENGISCH, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, 3^a ed., Heidelberg, 1963, p. 14 s.: «Hin- und Her- Wandern des Blicks».

⁽¹⁹⁴⁾ Corte giust. 16 dicembre 1976, C-33/76, *Rewe*, in *Racc.*, p. 1989

⁽¹⁹⁵⁾ Cfr. N. TROCKER, *La carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ed il processo civile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2002, p. 1171, p. 1189; E. CANNIZZARO, *Sui rapporti tra sistemi processuali nazionali e diritto dell'Unione europea*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2008, p. 447 ss., p. 447.

⁽¹⁹⁶⁾ Cfr. N. TROCKER, *La carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ed il processo civile*, cit., p. 1171, p. 1189 ss. cui si rinvia per le indicazioni giurisprudenziali di questo periodo.

L'accoglimento integrale e consequenziale di questa prospettiva metterebbe al sicuro il giudicato nazionale da qualsiasi attacco proveniente dal diritto comunitario.

Ma la giurisprudenza della Corte di giustizia non è rimasta ferma. Nel corso degli anni, il secondo limite posto all'autonomia processuale degli Stati membri (quello relativo alla garanzia di un livello minimo di protezione dei diritti di derivazione comunitaria) è cresciuto. Pur essendo inserito formalmente, ancora nelle pronunce più recenti, nella stessa massima che si apre con il principio dell'autonomia, esso si contrappone sostanzialmente a quest'ultimo: dalla richiesta di un livello minimo di protezione, la Corte è passata ad una nozione di effettività della tutela particolarmente incisiva ⁽¹⁹⁷⁾. Infatti, a partire soprattutto dalla pronuncia *Factortame* la Corte di giustizia ha ritenuto che l'attuazione dei principi dell'effetto diretto e del primato del diritto comunitario comporti la non applicazione di «qualsiasi prassi, legislativa, amministrativa o giudiziaria» nazionale, e quindi anche di norme processuali, che diminuiscano l'efficacia piena e utile delle norme comunitarie, la loro effettività ⁽¹⁹⁸⁾.

Così la Corte di giustizia enuncia il principio della massima strumentalità del processo nazionale nei confronti

⁽¹⁹⁷⁾ Cfr. Corte giust. 24 aprile 2008, C-55/06, *Arcor*. La formula è la seguente: «spetta esclusivamente agli Stati membri, nell'ambito dell'autonomia procedurale di cui essi dispongono, stabilire, nell'osservanza dei principi di equivalenza e di effettività della tutela giurisdizionale...».

⁽¹⁹⁸⁾ Le parole tra virgolette sono tratte dalla celebre Corte giust. 19 giugno 1990, causa C-213/89, *Factortame*, in *Racc.*, p. I-2433, in cui la Corte si è pronunciata sul divieto per il giudice britannico di emettere misure cautelari nei confronti del governo, nel senso che «la piena efficacia del diritto comunitario sarebbe [...] ridotta se una norma di diritto nazionale potesse impedire al giudice chiamato a dirimere una controversia disciplinata dal diritto comunitario di concedere provvedimenti provvisori allo scopo di garantire la piena efficacia della pronuncia giurisdizionale sull'esistenza dei diritti invocati in forza del diritto comunitario. Ne consegue che in una situazione del genere il giudice è tenuto a disapplicare la norma di diritto nazionale che sola osti alla concessione di provvedimenti provvisori».

Per un'attenta ricostruzione della evoluzione della giurisprudenza della Corte di giustizia, v. N. TROCKER, *La carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ed il processo civile*, cit., p. 1171, p. 1192 ss., che cita sulla stessa linea il precedente caso Corte giust. 15 maggio 1986, C-222/1984, *Johnston*, in *Racc.*, p. 1651.

del diritto comunitario: siamo agli antipodi rispetto all'autonomia.

L'accoglimento integrale e consequenziale di questa prospettiva metterebbe al sicuro il diritto comunitario da qualsiasi resistenza opposta da un giudicato nazionale, di cui si potrebbe sempre predicare l'ingiustizia dal punto di vista comunitario, al fine di non applicarlo.

Notevole è infatti, come si è visto, l'impatto sui giudicati nazionali della decisione della Corte di giustizia. Essa pone un vincolo determinato nel suo contenuto e indirizzato al giudice del processo principale, del seguente tenore «il diritto comunitario osta all'applicazione di una norma nazionale, come l'art. 2909 del codice civile italiano».

Apparentemente non sussistono margini di manovra per il giudice *a quo*, una volta creatasi l'occasione dell'apertura di un secondo processo, del rinvio pregiudiziale, nonché di una pronuncia così intonata.

Nel caso concreto il giudicato cede.

8. - Segnati i limiti estremi (teorici) di oscillazione del pendolo della giurisprudenza della Corte di giustizia, occorre cominciare ad orientarsi.

In realtà, un sistema processuale o è autonomo oppure è strumentale rispetto al diritto sostanziale che chiede di essere attuato nel processo. Quindi il processo, se è veramente tale, non può che essere solo strumentale.

L'autonomia del diritto processuale civile si riduce alla disciplina procedurale: competenza del giudice, forme procedurali, termini, ecc. Il processo è disciplina di forme e di termini, come scrivevano i nostri antichi, come non ha mai negato lo stesso Savigny, nello stesso momento in cui affermava che il diritto d'azione era lo stesso diritto soggettivo sostanziale che reclamava protezione dalla ferita della violazione.

Il discorso fondamentalmente non cambia tra diritto sostanziale comunitario e diritto processuale degli Stati membri. Anzi, nella giurisprudenza della Corte di giustizia questo aspetto si profila particolarmente bene: quanto più essa si incammina nella direzione tesa ad assicurare l'effettività del diritto sostanziale (comunitario), tanto più essa

riduce l'autonomia dei diritti processuali nazionali a disciplina di competenze, di forme procedimentali, di limiti temporali. È inevitabile ed è corretto che sia così.

Se questo è vero, allora il conflitto tra il giudicato nazionale e le pronunce della Corte di giustizia non è il conflitto tra l'autonomia degli ordinamenti processuali nazionali e l'effettività del diritto comunitario.

Se mettiamo il problema in questi termini, non c'è gara: abbiamo già dato implicitamente la risposta a favore dell'effettività del diritto comunitario. Il valore dell'autonomia dei diritti processuali nazionali è stato già ridotto ai minimi termini e l'abbattimento del giudicato contrastante con il diritto comunitario, pur temperato da declamazioni in senso contrario e calibrature sul caso concreto, è solo un passo ulteriore in una direzione già ampiamente tracciata, e non da ieri, ma da *Costa v. Enel*.

Il giudicato non può resistere dinanzi all'urto del diritto comunitario se lo si ricostruisce puramente e semplicemente come istituto di diritto processuale. Non può resistere, ed infatti non resiste: i casi *Lucchini* ed *Olimpiclub docent*.

In realtà, la partita deve essere giocata su di un altro terreno.

Il conflitto tra il giudicato nazionale e le pronunce della Corte di giustizia è il conflitto tra due diverse strumentalità del processo civile e, alla fine, tra due diversi diritti sostanziali: la *lex specialis* concretizzata nel giudicato, a protezione dell'interesse individuale del soggetto privato che ha vinto il processo, e l'*effet utile* del diritto comunitario.

Solo se si imposta il conflitto in questi termini, si dischiude qualche prospettiva di resistenza per il giudicato.

9. - Per incamminarci in questa direzione, dobbiamo allargare di nuovo un momento la prospettiva.

Se si parla congiuntamente strumentalità e di autonomia del processo (autonomia rispetto alle valutazioni del diritto sostanziale, e non solo autonomia nella disciplina di requisiti soggettivi, di requisiti formali e di termini), ciò accade perché si accoglie una nozione mitigata di strumentalità, sulla quale si proiettano ancora le ansie di fondazione del diritto

processuale (civile) come branca autonoma rispetto al diritto privato.

La Germania di metà del secolo XIX è l'epicentro di un vero e proprio terremoto ideale, che conduce in pochi lustri ad un cambiamento di natura della riflessione sulla protezione giudiziaria dei diritti rispetto alla sua fondazione giusnaturalista: l'abbandono dell'alveo dello *ius privatum* e la netta scelta di campo in favore della collocazione del diritto processuale civile entro lo *ius publicum*.

Nell'indicare lo storico distacco del diritto processuale dal diritto sostanziale, l'esperienza giuridica tedesca impiega frequentemente il termine *Trennung*: lo stesso sostantivo che significa, in altri contesti e accompagnato da diversi aggettivi, la separazione dei coniugi, la scissione di un legame chimico, la segregazione razziale.

La separazione del diritto processuale dal diritto sostanziale costituisce al giorno d'oggi, specialmente negli ordinamenti giuridici dell'Europa continentale, uno strumento cui difficilmente si può rinunciare nella costruzione e comprensione del sistema ⁽¹⁹⁹⁾.

Tuttavia l'impiego del termine *Trennung* costituisce il segno di una originaria separazione traumatica, di cui ancora oggi sono visibili i postumi, non solo a causa della vischiosità dell'evoluzione dell'esperienza giuridica.

In che cosa è consistito questo trauma?

Non già, di per sé, nel fatto che il diritto processuale cominci ad uscire dall'alveo del diritto privato sostanziale e si affermi come autonoma parte del diritto.

Non già, di per sé, nel fatto che, liberato dalla corrispondenza con il diritto soggettivo privato, il diritto di azione si profili ormai come una situazione giuridica soggettiva appartenente al campo del processo, indipendente dal diritto sostanziale.

Il trauma consiste in una sorta di mutazione genetica che il diritto processuale subisce nel costruire la propria autonomia disciplinare: «con la separazione tra diritto sostanziale e processo si dischiude la prospettiva della

⁽¹⁹⁹⁾ Cfr. W. HENCKEL, *Prozessrecht und materielles Recht*, Göttingen, 1970, p. 5.

qualificazione del diritto processuale come diritto pubblico: nel processo le parti compaiono dinanzi al giudice, che esercita il potere statale; non si può più parlare di un assetto paritario come nel diritto privato» ⁽²⁰⁰⁾.

Siamo nella seconda metà del secolo XIX. Non sono certo questi i tempi in cui una branca del diritto appena nata, se vuole crescere bene, possa assecondare la propria intrinseca natura interstiziale e possa coltivare una visione chiaroscurale del proprio posizionamento all'interno dell'esperienza giuridica. È questo il tempo della grande dicotomia, della grande contrapposizione tra diritto privato e diritto pubblico.

Bianco o nero: la nuova scienza del diritto processuale non può rimanere sospesa nel mezzo tra i due poli, come le suggerirebbe il modo di essere dei fenomeni studiati, ma deve far violenza a questi ultimi, deve prendere risolutamente partito: abbandonare la vecchia culla del diritto privato e correre tra le braccia possenti della scienza del diritto pubblico ⁽²⁰¹⁾.

10. - In questa temperie culturale ha potuto felicemente attecchire la teoria processuale del giudicato, prevalente nella cultura tedesca, al giorno d'oggi più per la forza d'inerzia della tradizione ⁽²⁰²⁾.

La visione prospettica dello storico ha colto questo legame immediatamente: la teoria processuale del giudicato rifletteva, «la posizione di autonomia, che la scienza del diritto processuale era venuta rivendicando, e poteva apparire un completamento o una difesa di tale autonomia, mostrando che le norme del diritto processuale, non solo si distinguevano da quelle sostanziali, ma costituivano pure un sistema concluso, capace di stabilire e garantire autonomamente gli effetti degli

⁽²⁰⁰⁾ Così, P. ARENS, *Die Grundprinzipien des Zivilprozeßrechts, Humane Justiz*, a cura di Peter Gilles, Frankfurt, 1977, p. 1, il quale prosegue sostenendo che questa qualificazione del diritto processuale come diritto pubblico oggi non può essere posta più in dubbio.

⁽²⁰¹⁾ Per un più ampio discorso su questo punto si rinvia a R. CAPONI, *Autonomia privata e processo civile: gli accordi processuali*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2008, supplemento al n. 3.

⁽²⁰²⁾ L'adesione alla teoria processuale di A. DE LA OLIVA SANTOS, *Oggetto del processo civile e cosa giudicata*, cit., p. 129 ss., mi sembra il frutto di un atteggiamento più «realista del re».

atti processuali, compresi quelli della sentenza passata in giudicato» ⁽²⁰³⁾.

Secondo una delle sue formulazioni più recenti, la prescrizione concernente l'osservanza della cosa giudicata si risolverebbe in una «norma processuale di comportamento» per il giudice futuro e non in una norma di comportamento per le parti; la sentenza passata in giudicato sarebbe vincolante per le parti, ma solo come conseguenza del vincolo per il giudice ⁽²⁰⁴⁾. Si può prendere questa formulazione come modello espressivo della teoria processuale in senso classico, avviata dalle riflessioni di Stein e Hellwig; essa ha dunque come caratteristica determinante quella di negare ogni influenza della sentenza passata in giudicato sul diritto sostanziale.

Il vizio di appiattimento prospettico di questa teoria è quello di aver trasformato un legame contingente - quello tra il giudicato e il potere dello Stato, quale si manifesta attraverso il potere del giudice - in un legame appartenente all'essenza del giudicato. Questo passaggio è del tutto evidente nel sistema di pensiero di James Goldschmidt. Con la sua ricostruzione del processo come situazione giuridica (*Rechtslage*) egli attacca al cuore la teoria del processo come rapporto giuridico tra parti e giudice, soprattutto perché egli non ritiene che essa tenga conto in modo sufficiente del peso degli interessi pubblici immanenti al processo civile per il carattere statuale della giurisdizione. Tali interessi - prosegue Goldschmidt - sono protetti dagli obblighi in capo al giudice che si inseriscono nella sequenza processuale, ma che hanno la loro fonte in un rapporto di diritto pubblico esterno al processo: un profilo che la dottrina del rapporto giuridico processuale difficilmente può inquadrare ⁽²⁰⁵⁾. E poi egli chiude il sistema con il giudicato: quegli stessi obblighi di diritto pubblico che fanno capo al giudice veicolano anche la

⁽²⁰³⁾ Così, G. PUGLIESE, voce *Giudicato civile (dir. vig.)*, cit., p. 817 s., il quale prosegue osservando che «le spiegazioni e giustificazioni storiche non bastano a rendere oggi accettabile ed esauriente quella teoria».

⁽²⁰⁴⁾ Così, H. F. GAUL, *Möglichkeiten und Grenzen der Rechtskraftdurchbrechung unter Berücksichtigung neuerer Tendenzen im deutschen Zivilprozeßrecht*, cit., p. 19.

⁽²⁰⁵⁾ Cfr. infatti J. GOLDSCHMIDT, *Der Prozess als Rechtslage* (1925), rist., Aalen, 1962, p. 77 s.

forza e la stabilità del giudicato: la *Rechtskraft* è ribattezzata *Gerichtskraft*, nel duplice senso che la validità dell'accertamento giudiziale si fonda sul potere del tribunale ed è limitata all'ordinamento processuale, rivolgendosi ai giudici futuri ⁽²⁰⁶⁾.

Al giorno d'oggi la teoria processuale del giudicato appare recare pesantemente su di sé i segni del tempo in cui è nata ed è prosperata.

Essa non è in grado di offrire una solida giustificazione di un elemento costitutivo dell'essenza del giudicato, che riveste un ruolo centrale nella presente indagine: l'intangibilità del giudicato da parte dello *ius superveniens* retroattivo.

È difficile comprendere come una concezione che si vanta di spiegare l'efficacia del giudicato come quella che si produce esclusivamente sul terreno del processo possa giustificare teoricamente la resistenza del giudicato nei confronti dello *ius superveniens* retroattivo, dal momento che l'attacco portato da quest'ultimo alla situazione giuridica accertata si colloca direttamente sul terreno sostanziale. Invero: la teoria processuale è in grado di rendere conto dell'immutabilità del giudicato a situazione giuridica immutata, ma non in presenza di una legge retroattiva che interviene sulla stessa situazione giuridica accertata.

La percezione di ciò concorre a spiegare perché attualmente prevalgano in modo persuasivo - lo conferma l'analisi comparatistica, pur nella varietà delle vedute e delle ricostruzioni - le concezioni sostanziali sulla natura e il modo di operare del giudicato, come quella accolta nel presente lavoro, secondo cui il giudicato ha la virtù di «sganciare» la rilevanza giuridica della fattispecie dedotta in giudizio dalla norma giuridica generale ed astratta e di sostituirsi a quest'ultima nella disciplina di quella. In via di principio, la sentenza si sostituisce alla norma come *lex specialis* del caso concreto ⁽²⁰⁷⁾.

⁽²⁰⁶⁾ Cfr. infatti J. GOLDSCHMIDT, *Der Prozess als Rechtslage* (1925), cit., p. 211 s.

⁽²⁰⁷⁾ Per un più ampio discorso sul punto, si rinvia a R. CAPONI, *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*, cit., p. 219 ss.

11. - La necessità della scienza del diritto processuale di scegliere il settore dello *ius publicum*, per non essere frantumata nel campo di tensione provocato dai due poli concettuali contrapposti, non è quindi un'operazione indolore, come possiamo scorgere tra le righe del discorso di Chiovenda: «volendo ricondurre la legge processuale civile in una delle due grandi partizioni del diritto, può dirsi che essa appartiene al *diritto pubblico*, perché regola più o meno immediatamente un'attività pubblica. Ma si deve riconoscere che essa è autonoma, cioè ha una posizione speciale, che deriva dall'intreccio continuo dell'interesse generale e dell'interesse individuale nel processo civile. Se l'attuazione delle legge in sé è una funzione dello Stato, il quale è sommamente interessato al modo e agli effetti del suo esercizio, alla rispondenza della propria attività al suo scopo, è certo che all'andamento del processo e al suo risultato *nel caso concreto* sono principalmente interessate le parti, che aspirano attraverso l'attuazione della legge a un bene della vita» ⁽²⁰⁸⁾.

Questo passo di Chiovenda è molto significativo: egli concede (è costretto a concedere) che il diritto processuale civile appartiene al diritto pubblico, ma poi sviluppa effettivamente la sua argomentazione in tutt'altra direzione, sondando la possibilità di collocare il diritto processuale in un territorio intermedio tra diritto pubblico e privato. Una possibilità allora ancora difficile, ma oggi concretamente praticabile, poiché ci troviamo al definitivo tramonto della grande dicotomia.

12. - Fino ai giorni nostri, la teoria e la prassi della protezione giudiziaria dei diritti si sono sentite costrette a muoversi nel campo di tensione provocato da due poli concettuali contrapposti (diritto pubblico, diritto privato).

Oggi si deve però apertamente riconoscere - per usare una bella immagine di Michael Stolleis ⁽²⁰⁹⁾ - che questa polarità è come la luce di una stella che si irradia ancora,

⁽²⁰⁸⁾ CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1935, I, p. 102.

⁽²⁰⁹⁾ STOLLEIS, *Öffentliches Recht und Privatrecht im Prozeß der Entstehung des modernen Staates*, in HOFFMANN-RIEM, SCHMIDT-ASSMANN, in *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangsordnungen*, Baden-Baden, 1996, p. 59.

molto tempo dopo che la sua sorgente si è esaurita. Per consolidare la propria esistenza, il diritto processuale civile non ha più bisogno di coltivare in modo geloso la propria assoluta autonomia rispetto al diritto sostanziale, come è accaduto all'inizio della sua storia moderna.

Da molti decenni si è dischiusa la prospettiva del recupero di una correlazione di valutazioni tra diritto privato e diritto processuale civile. Scriveva Wolfram Henckel nel 1970: «noi non possiamo dire che il processo persegue lo scopo di attuare il diritto soggettivo o di difenderlo. Noi diciamo piuttosto che il diritto soggettivo può essere esercitato nel processo e che il diritto processuale fissa limiti di questo esercizio, limiti che nei loro effetti sono comparabili con i limiti fissati dal diritto sostanziale. Se gli effetti sono comparabili e sono riconducibili a condotte comparabili, allora anche le valutazioni del diritto processuale devono accordarsi con quelle adottate dal diritto sostanziale in relazione all'esercizio stragiudiziale del diritto. Il vantaggio che l'una parte consegue a carico dell'altra nello svolgimento del processo non può essere fondato su punti di vista attinenti al bene pubblico. Tale vantaggio deve fondarsi su valutazioni adeguate al diritto soggettivo privato» ⁽²¹⁰⁾.

13. - Qual è l'impatto del recupero di una correlazione di valutazioni tra diritto privato e diritto processuale civile sul nostro discorso? È tutto condensato nella frase finale del passo di Henckel. Ciò che egli riferisce al processo nel suo complesso, vale *a fortiori* per il giudicato.

Il vantaggio che l'una parte consegue a carico dell'altra con il giudicato non può essere fondato su punti di vista attinenti al bene pubblico, cioè sul giudicato come manifestazione del potere giurisdizionale, come attuazione della volontà della legge nel caso concreto, se non addirittura come manifestazione della sovranità dello Stato. Sarebbe il modo migliore per offrirlo sull'altare del primato del diritto comunitario.

⁽²¹⁰⁾ Così, HENCKEL, *Prozessrecht und materielles Recht*, cit., p. 62 s., con rinvio in nota al pensiero di NEUNER, *Privatrecht und Prozeßrecht* (1925).

Il vantaggio che l'una parte consegue a carico dell'altra con il giudicato si fonda e deve fondarsi su valutazioni adeguate al diritto soggettivo privato, all'interesse individuale che attraverso il giudicato deve ricevere protezione definitiva: «se è stata emessa una sentenza, contro la quale non è più proponibile alcun mezzo di impugnazione e che quindi chiude l'iter processuale – sostiene Henckel – la parte soccombente non viene più ascoltata, in via di principio, se allega che la decisione è sbagliata. Il giudicato vincola le parti anche alla decisione sbagliata. Se la sentenza devia dalla situazione giuridica effettiva, perché la parte soccombente non ha allegato fatti e prove per sé vantaggiose, essa deve sentirsi opporre che non ha sfruttato le possibilità messe riccamente a disposizione dal processo e che l'avversario ormai può fare affidamento sul fatto che la controversia è stata decisa in modo definitivo e vincolante, dopo che entrambe le parti hanno potuto esporre il loro punto di vista. L'efficacia di preclusione del giudicato si fonda sul fatto che entrambe le parti potevano allegare tutto ciò che era rilevante e lo dovevano fare nell'interesse dell'avversario. Chi non utilizza le *chances* del processo, decade da un ulteriore esercizio del suo diritto, nell'interesse meritevole di tutela dell'avversario» ⁽²¹¹⁾.

Una concezione liberale che si fonda sulla libertà del soggetto di prendere l'iniziativa per la tutela del proprio interesse e sulle conseguenti ricadute in termini di autoresponsabilità ⁽²¹²⁾.

14. - Conviene fare propri in una prospettiva ricostruttiva i risultati già conseguiti nella parte analitica.

Il giudicato è un aspetto connaturato alla funzione sociale dell'atto di composizione della lite e risponde essenzialmente all'interesse delle parti, non è un elemento peculiare della funzione dello Stato di rendere giustizia e non risponde all'interesse di quest'ultimo.

Il giudicato è una istituzione sociale, prima che statale.

Come utenti di un servizio pubblico di composizione delle controversie, le parti sono libere in via di principio di

⁽²¹¹⁾ Così, HENCKEL, *Prozessrecht und materielles Recht*, cit., p. 96.

⁽²¹²⁾ A questa concezione di fondo mi sono ispirato anche in R. CAPONI, *La rimessione in termini nel processo civile*, Milano, 1996, *passim*.

domandare la tutela giurisdizionale dei propri diritti attraverso un provvedimento giudiziale con attitudine al giudicato o meno.

Quando le parti domandano ed ottengono il giudicato per la tutela dei loro diritti, la stabilità del risultato del processo è protetta al massimo grado e gode della copertura costituzionale, non per una ragione di Stato, ma perché ciò realizza l'interesse della parte vittoriosa (ed anche della parte soccombente a non essere più destinataria di ulteriori pretese entro i limiti oggettivi del giudicato), nel modo in cui esso è stato apprezzato e condotto a realizzazione.

L'autorità di cosa giudicata nel settore civile, al pari di altre situazioni che determinano l'esaurimento del rapporto, è in via di principio protetta dalla Costituzione, come un aspetto della certezza che discende dalla garanzia dello Stato di diritto, non solo nei confronti di successivi interventi retroattivi del legislatore, ma anche nei confronti di successive dichiarazioni di incostituzionalità delle norme.

La resistenza del giudicato civile, anche qualora esso si basi su una norma successivamente dichiarata incostituzionale, conferma espressamente il principio discendente da una tradizione giuridica plurimillenaria nei confronti di un fenomeno comparso nella scena giuridica solo di recente, ma di portata più rilevante rispetto alla introduzione di una pura e semplice norma ordinaria che ricollega nuovi effetti ad una fattispecie già giudicata.

L'intangibilità del giudicato, pur in conseguenza dell'esito positivo del sindacato di costituzionalità della norma applicata, significa resistenza di una decisione che pure si fonda su una norma riconosciuta *ex post* affetta dal vizio più grave.

15. - Occorre giocare fino in fondo la partita che contrappone i due poli costitutivi della nozione di Stato di diritto.

Stato di diritto significa certamente e sempre (non solo nel diritto dell'Unione europea), da un lato, effetto utile: signoria piena, efficace, utile del potere esercitato in forma

giuridica. Tuttavia Stato di diritto significa anche limite imposto dal diritto al potere ⁽²¹³⁾

Il giudicato rientra fra questi limiti che il diritto impone al potere: al potere delle parti, al potere del giudice, al potere dei terzi, al potere del legislatore, al potere della Corte costituzionale che dichiara l'incostituzionalità della norma sulla base del quale il giudice.

16. - Il problema subisce a questo punto una nuova formulazione: vi sono ragioni sufficienti affinché questo limite che il diritto impone al potere non valga come limite agli effetti della pronuncia della Corte del Lussemburgo che constata successivamente che la *lex specialis* in esso contenuta contrasti con il diritto dell'Unione europea?

Nel rispondere a questa domanda sarebbe davvero miope costringersi «a pensare senza precedenti», come talvolta si suggerisce per la riflessione sulla costruzione dell'Unione europea ⁽²¹⁴⁾.

I cambiamenti e le novità che si dischiudono davanti ai nostri occhi possono essere colti ed apprezzati solo se inseriti entro una linea di evoluzione storica che può indicare appunto un senso e una direzione di marcia, «una linea che nasce prima e continua dopo, una linea vitale entro la quale il punto si situa, si compie, assume pienezza di significato» ⁽²¹⁵⁾.

Questo approccio non scaturisce solo dal buon senso metodologico, ma - con particolare riguardo all'Unione europea - discende da un vincolo normativo. L'Unione europea «si fonda sui principi di libertà, democrazia, rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e dello Stato di diritto» e «rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla

⁽²¹³⁾ Per queste due dimensioni, riferite peraltro alla nozione di potere costituente, costituzione e costituzionalizzazione, v. C. MÖLLERS, *Verfassungsgebende Gewalt - Verfassung - Konstitutionalisierung*, in *Europäisches Verfassungsrecht*, cit., p. 227 ss., specie p. 229 ss.

⁽²¹⁴⁾ Così, invece, G. F. SCHUPPERT, *Anforderungen an eine europäische Verfassung*, in *Zur Zukunft der Demokratie. Herausforderungen im Zeitalter der Globalisierung*, Berlin, 2000, p. 237 ss., specie p. 249.

⁽²¹⁵⁾ Così, P. GROSSI, *Il punto e la linea (L'impatto degli studi storici nella formazione del giurista)*, in *L'insegnamento del diritto oggi*, a cura di G. Rebuffa e G. Visintini, Milano, 1997, p. 255 ss.

Per tacere del fatto, purtroppo sempre più frequente, che la tendenza a pensare senza precedenti si manifesta perché i precedenti non si conoscono o non si sanno riconoscere.

Convenzione europea [...] e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario»⁽²¹⁶⁾.

L'idea che la composizione della controversia civile ad opera degli organi giurisdizionali possa esibire un carattere di particolare stabilità - istituto dalle radici antichissime - è certamente un elemento che rientra nelle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri dell'Unione europea, al di là della diversità con cui questa idea trova realizzazione nei vari ordinamenti nazionali⁽²¹⁷⁾.

Nelle affermazioni contenute in una serie di pronunce dalla Corte di giustizia, tra cui *Eco Swiss*⁽²¹⁸⁾, *Köbler*⁽²¹⁹⁾, *Kapferer*⁽²²⁰⁾, il giudicato è considerato un cardine, al fine di assicurare la certezza del diritto e dei rapporti giuridici, nonché una buona amministrazione della giustizia.

Irrilevante è, in favore di un cedimento del giudicato nazionale, la retorica della novità e superiorità della dimensione internazionale e sovranazionale delle Corti europee, ove questi caratteri non siano circostanziati, bensì

⁽²¹⁶⁾ Cfr. art. 6 TUE. Nella letteratura italiana più recente, v. A. ADINOLFI, *Il principio di legalità nel diritto comunitario*, in *Dir. comunitario scambi internaz.*, 2008, p. 1 ss.

⁽²¹⁷⁾ Cfr. per tutti R. STÜRNER, *Rechtskraft in Europa*, in *Festschrift für R. Schütze*, München, 1999, p. 913 ss., p. 913.

⁽²¹⁸⁾ Corte giust. 1° giugno 1999, C-126/97, *Eco Swiss*, in *Racc.*, p. 3055: l'accertamento passato in giudicato (attraverso un lodo parziale) della validità di un contratto non può essere rimessa in discussione per valutare se il contratto sia nullo per contrasto con l'art. 81 del Trattato CE: « (46) Inoltre si deve sottolineare che [...] norme di procedura nazionali che limitano la possibilità di impugnare per nullità un lodo arbitrale successivo che sviluppa un lodo arbitrale interlocutorio avente natura di decisione definitiva per il motivo che quest'ultimo è rivestito dell'autorità di cosa giudicata si giustificano 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 l'espressione».

⁽²¹⁹⁾ Corte giust. 30 settembre 2003, C-224/01, *Köbler*, cit.

⁽²²⁰⁾ Corte giust., 16 marzo 2006, C-234/04, *Kapferer*, in *Rivista di diritto internazionale* 2006, p. 549; in *Giur. it.*, 2007, p. 1091 ss., con nota di C. DI SERI, *L'intangibilità delle sentenze «anticomunitarie»: «il principio di cooperazione derivante dall'art. 10 CE non impone ad un giudice nazionale di disapplicare le norme processuali interne allo scopo di riesaminare ed annullare una decisione giudiziaria passata in giudicato qualora risulti che questa viola il diritto comunitario. Infatti, al fine di garantire sia la stabilità del diritto e dei rapporti giuridici, sia una buona amministrazione della giustizia, è importante che le decisioni giurisdizionali divenute definitive dopo l'esaurimento delle vie di ricorso disponibili o dopo la scadenza dei termini previsti per questi ricorsi non possano più essere rimesse in discussione».*

siano enunciati in modo generico e apodittico, perché la reazione sarebbe immediata: sono le carte internazionali e sovranazionali ad essere salite «sulle spalle dei giganti», cioè i documenti costituzionali nazionali del secondo dopoguerra nell'Europa continentale, nonché le Corti costituzionali nazionali chiamate al controllo di costituzionalità.

Del tutto irrilevanti le argomentazioni che facessero un semplice e generico appello alle «limitazioni di sovranità». Il giudicato non c'entra con la sovranità statale, ma è connaturato alla funzione sociale dell'atto di composizione della lite. Esso riceve protezione costituzionale nella accezione di uno Stato di diritto che, nonostante la fedeltà del nome alla tradizione, si è già spostata nella prospettiva della *rule of law*.

17. - È giusto allora che il giudicato civile nazionale ceda dinanzi alla pronuncia della Corte di giustizia?

Tutto il senso di questo studio, tutti i risultati intermedi da esso conseguiti, l'intero parametro che si è cercato di elaborare per valutare ciò che deve accadere secondo diritto nei casi di incidenza degli effetti di una pronuncia di una delle due corti europee su di un anteriore giudicato civile emanato nell'ordinamento italiano inducono a dare una risposta negativa a questa domanda.

Il giudicato in via di principio resiste dinanzi ad una successiva pronuncia della Corte di giustizia dalla quale risulti che il parametro decisorio adottato dal giudice non è conforme al diritto comunitario.

Senza necessità di ripetere nel dettaglio tutte le argomentazioni, basterà sottolineare che non si intravedono motivi per assoggettare in questa ipotesi il giudicato ad una protezione minore di quella che lo assiste dinanzi alla dichiarazione di incostituzionalità della norma a base della decisione giudiziale.

18. - La resistenza del giudicato ha sempre conosciuto delle eccezioni.

Innanzitutto vi sono le ipotesi predeterminate in via tassativa *ex ante* dalla legge nella disciplina dei mezzi di impugnazione straordinari. Nell'ordinamento italiano si tratta di: dolo di una delle parti in danno dell'altra, prove false

(tranne il giuramento falso, in cui la controparte è ammessa a chiedere solo il risarcimento del danno) ⁽²²¹⁾ ritrovamento di documenti decisivi, dolo del giudice, dolo o collusione delle parti in danno di terzi titolari di diritti dipendenti, collusione delle parti per frodare la legge ⁽²²²⁾.

Vi è poi la possibilità, in ipotesi eccezionali, che i giudicati vengano travolti in seguito ad effetti sopravvenuti retroattivi.

In particolare, i risultati della parte analitica di questa indagine profilano i tre casi seguenti.

In primo luogo, il giudicato cede in quei casi in cui i valori giuridici introdotti dalle norme giuridiche sopravvenute siano così meritevoli di affermazione da prevalere sulla tutela dell'affidamento delle parti sull'intangibilità del risultato del processo: ad esempio, quando le norme retroattive sono dirette a riconoscere i diritti inviolabili dell'uomo rinnegati in un regime precedente.

In secondo luogo, il giudicato cede in tutti quei casi in cui non si pone un problema di tutela dell'affidamento dei soggetti privati: in particolare, quando il giudicato riguarda un rapporto tra un soggetto privato e un organismo di diritto pubblico in posizione di supremazia ed interviene una norma retroattiva che introduce effetti più favorevoli al soggetto privato di quelli conseguiti con il precedente giudicato. Questa ipotesi può considerarsi recepita dalla dimensione costituzionale che protegge il giudicato come fattispecie produttiva di certezza e di affidamento nella sua intonazione soggettiva.

In terzo luogo, il giudicato cede dinanzi ad una dichiarazione di illegittimità costituzionale, qualora questa colpisca proprio la norma sul giudicato, non in sé, bensì a causa delle circostanze (incostituzionali appunto) che hanno accompagnato l'esaurimento del rapporto.

Inoltre, con il sovrapporsi al piano della legge ordinaria della dimensione costituzionale affidata al controllo accentrato di una corte, si profila l'esigenza di proteggere la sfera di diritti

⁽²²¹⁾ Cfr. art. 2738, comma 2 c.c.

⁽²²²⁾ Art. 395, 397, 404 c.p.c. italiano.

e di attribuzioni degli individui e degli organi costituzionali dagli effetti lesivi di un giudicato incostituzionale.

Nell'esperienza tedesca, la tutela specifica dei diritti fondamentali dinanzi alla Corte costituzionale, demolitoria del giudicato lesivo, ha luogo attraverso l'impugnazione entro un breve termine di decadenza (*Verfassungsbeschwerde*).

Nell'esperienza italiana, la mancanza del ricorso individuale di costituzionalità determina una lacuna, che si comincia a percepire anche nell'ordinamento italiano. D'altra parte l'esperienza pratica presenta in Italia una notevole ipotesi di tutela specifica contro il giudicato che usurpa la sfera di attribuzioni di un organo costituzionale, attraverso la proposizione dinanzi alla Corte costituzionale di un conflitto tra poteri dello Stato entro un breve termine di decadenza.

19. - Come le altre garanzie costituzionali, la protezione del giudicato civile è esposta quindi al confronto e al bilanciamento con altri valori costituzionali. Il valore della definitiva composizione della controversia e l'affidamento che le parti vi ripongono cedono in determinate circostanze.

Ciò non costituisce una novità indotta dall'emergere delle giurisdizioni internazionali e sovranazionali.

Decisivo è determinare con il massimo della precisione possibile il quando, il come e il perché.

20. - Si tratta a questo punto di comparare la serie di ipotesi circostanziate, già elencate, in cui il giudicato viene meno con la tipologia di cedimenti del giudicato già maturata (o che può maturare) dinanzi alle corti europee, per valutare se e come in questi casi le argomentazioni che le due Corti hanno adottato o possono adottare sulla base dei loro attuali orientamenti si lascino inserire in questa linea che inizia nel passato e si proietta verso il futuro.

21. - L'accertamento della violazione ad opera della Corte di Strasburgo non conduce all'annullamento del giudicato. L'obbligo di conformarsi alle sentenze definitive della Corte europea dei diritti dell'uomo ricade in generale sullo Stato responsabile della violazione. È affare interno di quest'ultimo individuare gli organi competenti ad eseguire la

pronuncia o a predisporre gli strumenti per l'esecuzione. In particolare, nel caso in cui la Corte europea accerti la contrarietà alla Cedu di un giudicato civile italiano, ben difficilmente questo può essere travolto in via interpretativa, stante la tassatività dei motivi dei mezzi di impugnazione straordinari.

In questo caso l'impatto della pronuncia della Corte di Strasburgo sul giudicato civile anteriore è inferiore rispetto a quello che può e deve essere, secondo lo standard che è proprio di un ordinamento a costituzione rigida, protettivo dei diritti fondamentali dell'individuo, in cui gli atti dei pubblici poteri (ivi compresi quelli dei giudici comuni) sono sottoposti ad un controllo di costituzionalità *ex post* da parte di una Corte costituzionale (è il modello della *Verfassungsbeschwerde* tedesca).

Che il giudicato civile statale possa cedere dopo essere stato vittoriosamente impugnato in via principale, entro un termine perentorio ragionevolmente breve, dinanzi ad una corte internazionale che abbia accertato, all'esito di un processo giurisdizionale, la violazione di un diritto fondamentale dell'uomo non potrebbe, né dovrebbe sorprendere.

Ma proprio questo non accade (ancora).

Si può solo osservare che nel caso *Dangeville* ⁽²²³⁾, l'accertamento della lesione dell'art. 1 del protocollo addizionale, relativo alla protezione della proprietà, per il fatto che la società era stata indebitamente assoggettata ad imposizione Iva per l'attività esercitata, nonostante l'esenzione esplicitamente prevista nella fattispecie da una direttiva comunitaria dotata di effetto diretto, la statuizione di un'equa soddisfazione ha condotto di fatto ad aggirare il giudicato.

La fattispecie rientra significativamente nel modello in cui il giudicato cede dinanzi ad un effetto retroattivo che introduce per il soggetto privato un trattamento più favorevole di quello conseguito con il precedente giudicato nei confronti di un organismo di diritto pubblico.

⁽²²³⁾ V. indietro.

22. - Come già compiuto con la Corte di Strasburgo, si può comparare la serie di ipotesi in cui il giudicato viene meno con la tipologia di cedimenti del giudicato già maturata (o che può maturare) dinanzi alla Corte del Lussemburgo.

In primo luogo, è opportuno considerare l'esigenza di proteggere la sfera di diritti e di attribuzioni degli individui o degli organi costituzionali dagli effetti lesivi di un giudicato incostituzionale, attraverso l'impugnazione di quest'ultimo da proporre entro un termine perentorio ragionevolmente breve.

In questo schema rientra il caso *Lucchini*. La sequenza dei fatti - narrata indietro - è impressionante. È sufficiente collocarli semplicemente uno dopo l'altro, senza commenti. Il carattere eccezionale della vicenda si rivela da sé. Il caso fa testo solo per confermare la regola ⁽²²⁴⁾.

Altro che crisi del giudicato civile! Ben altre sono le espressioni che si è tentati di impiegare per qualificare il caso *Lucchini*. E così si potrebbe parlare di una violazione dell'obbligo di lealtà e probità processuale ex art. 88 c.p.c. in danno del terzo (la Commissione europea) ⁽²²⁵⁾. Oppure si potrebbe parlare, in progressione di intensità, di collusione posta in opera dalle parti per frodare il diritto comunitario e la Commissione europea ⁽²²⁶⁾. La società *Lucchini* non impugna la decisione della commissione dinanzi alla Corte di giustizia e il Ministero non la invoca nel giudizio dinanzi al Tribunale.

Preferibile è però parlare, in termini sintetici e pregnanti, di abuso del giudicato, poiché esso viene impiegato per mettere in circolazione un precetto che entra in conflitto

⁽²²⁴⁾ Ritornano in mente il celebre passo in cui Carl Schmitt cita il pensiero di Kierkegaard: «l'eccezione spiega la regola generale e se stessa. E quando si vuol studiare la regola generale, si ha bisogno solo di cercare una vera eccezione». Ancora: «alla lunga questo continuo discorrere della regola generale diventa nauseante; ci sono eccezioni. Se non le si può spiegare, allora non si può spiegare nemmeno la regola generale». Infine: «L'eccezione... pensa la regola generale con energica passione». Cfr. SCHMITT, *Politische Theologie*, 8^a ed., Berlin, 2004, p. 21; su cui v. H. HOFMANN, *Legitimität gegen Legalität*, 4^a ed., Berlin, 2004.

⁽²²⁵⁾ In questa direzione, v. F. P. LUISO, *L'attività interpretativa del magistrato e la c.d. clausola di salvaguardia*, in *Corr. giur.*, 2008, p. 730 ss.: «In sostanza, la situazione era del tutto analoga a quella che si verifica in sede di opposizione di terzo: vi era la pretesa di un terzo (la Comunità), asseritamente prevalente sul diritto della *Lucchini*». Il passo riportato tra virgolette si può leggere nell'ultima nota del suo contributo.

⁽²²⁶⁾ Assimila questa vicenda a quella che trova soluzione attraverso l'opposizione di terzo, P. BIAVATI, *La sentenza «Lucchini»: il giudicato nazionale cede al diritto comunitario*, in *Rass. trib.*, 2007, p. 1591.

diretto con i poteri delle istituzioni comunitarie (della Commissione e, indirettamente della Corte di giustizia). In altri termini sorge una incompatibilità diretta tra la regola di condotta concreta scaturente dal giudicato (cioè, l'obbligo dello Stato italiano di corrispondere il contributo finanziario) e la regola di condotta scaturente dall'anteriore esercizio del potere della commissione (cioè l'obbligo dello Stato di chiedere la restituzione del contributo già versato) ⁽²²⁷⁾.

La sentenza della Corte di giustizia è un colpo di ramazza con cui ci si libera della sporcizia che nemmeno il giudicato riesce a coprire.

La vicenda si inserisce in una linea che nasce dal passato, sebbene recente. Come detto, entra in gioco l'esigenza di proteggere dagli effetti lesivi di un giudicato incostituzionale la sfera fondamentale di attribuzioni di organi costituzionali.

In realtà gli effetti della sentenza passata in giudicato nel caso *Lucchini* non entrano in conflitto con una norma di diritto comunitario generale e astratta, bensì con gli effetti di un atto anteriore di una istituzione comunitaria (la Commissione) che riguarda direttamente e individualmente singole persone fisiche o giuridiche.

Il soggetto nei cui confronti è presa la decisione o che è comunque colpito direttamente e individualmente dal provvedimento comunitario (se del caso, anche da un regolamento) ⁽²²⁸⁾ ha l'onere di proporre ricorso dinanzi alla Corte di giustizia ⁽²²⁹⁾. Non gli è consentito di eludere l'intervento di quest'ultima, cercando tutela dinanzi al giudice

⁽²²⁷⁾ Cfr. le conclusioni dell'Avv. Generale Geelhoed, n. 47: «nella causa in esame tuttavia la sentenza della Corte d'Appello passata in giudicato [...] scavalca anche la competenza esclusiva della Corte, retta dal diritto comunitario, di valutare l'aiuto controverso e incide sugli obblighi a cui è assoggettato lo Stato italiano ai fini della concessione dell'aiuto di Stato»; n. 72: «essenziale è il fatto che il giudice nazionale, nell'interpretazione del diritto interno, non può emettere sentenze che non tengono conto della fondamentale ripartizione di poteri tra la Comunità e gli Stati membri, sancita dai trattati. Ciò vale anche se siffatte sentenze hanno ottenuto autorità di cosa giudicata»; n. 87: «l'autorità di cosa giudicata di una sentenza di un giudice nazionale, che condanna l'autorità nazionale al pagamento dell'aiuto di Stato da essa concesso, non può incidere sull'esercizio dei poteri conferiti alla Commissione dagli artt. 87 e 88 CE».

⁽²²⁸⁾ Analisi della giurisprudenza *apud* G. GAJA, *Introduzione al diritto comunitario*, Bari, 2005, p. 54 ss.

⁽²²⁹⁾ Cfr. art. 230, 4° comma Trattato CE.

nazionale. Se egli percorre quest'ultima strada ed ottiene un giudicato a sé favorevole, ma confliggente con l'anteriore atto delle istituzioni comunitarie, deve imputare a se stesso il cedimento del giudicato, in quanto lesivo delle attribuzioni delle istituzioni comunitarie, comprese in particolare quelle della Corte di giustizia.

Si tratta in sostanza della soluzione di un conflitto di attribuzioni.

Si pone il problema di come attuare processualmente le disposizioni contenute nella sentenza *Lucchini*. Il problema sorge nelle fattispecie diverse da quella che ha originato il rinvio pregiudiziale, in forza dell'efficacia di precedente persuasivo delle pronunce della Corte del Lussemburgo. Fondamento normativo dell'operazione è evidentemente l'art. 10 Trattato CE.

Da ciò mi sembra che discendano le seguenti conseguenze. La legittimazione ad agire in giudizio spetta al governo, attraverso il dicastero competente per materia, sotto pena altrimenti di essere destinatario di azione di infrazione del trattato dinanzi alla Corte di giustizia. Competente è l'ufficio giudiziario che ha emanato la decisione passata in giudicato. Il processo deve ispirarsi ai principi dell'equivalenza e dell'effettività è quindi seguire il modello di un giudizio revocatorio.

L'aspetto più delicato è la previsione del termine di decadenza, che naturalmente vi deve essere per chiudere la vicenda. *De iure condito*, ricostruita la fattispecie come un conflitto di attribuzioni tra istituzioni comunitarie e giudice nazionale, si dischiude la possibilità di applicare in via analogica l'art. 39, comma 2 della l. n. 87 del 1953, relativa al conflitto di attribuzioni: sessanta giorni a decorrere dal passaggio in giudicato. Così si evita la necessità di introdurre un motivo di revocazione straordinaria *ad hoc* ⁽²³⁰⁾.

⁽²³⁰⁾ Cfr. C. CONSOLO, *La sentenza Lucchini della Corte di giustizia: quale possibile adattamento degli ordinamenti processuali interni e in specie del nostro?*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 224 ss., specie p. 237, che suggerisce di coniare un nuovo motivo di revocazione straordinaria, promuovibile anche dal pubblico ministero, ritagliato essenzialmente sulla fattispecie oggetto della sentenza *Lucchini*.

23. - In secondo luogo, fra le ipotesi in cui il giudicato cede, secondo una linea nata nel passato che si proietta verso il futuro, vi è quella in cui la sentenza interpretativa della Corte di giustizia accerti effetti più favorevoli al soggetto privato di quelli conseguiti con il precedente giudicato nei confronti di un organismo di diritto pubblico.

In questo schema rientra l'orientamento avviato dalla sentenza *Kühne & Heitz* e proseguito dalla sentenza *Kempter*.

Queste fattispecie sono discusse soprattutto fra gli studiosi del processo amministrativo sotto il profilo dell'annullamento in via di autotutela dell'atto amministrativo illegittimo per violazione del diritto comunitario, ma rilevano parimenti - se non maggiormente - sotto il profilo del cedimento del giudicato amministrativo *tout court*, poiché fra le condizioni poste da *Kühne & Heitz* vi è - come detto - che l'atto amministrativo in questione sia stato confermato da una sentenza di un giudice nazionale che statuisce in ultima istanza ⁽²³¹⁾. Il giudicato amministrativo proietta infatti la propria efficacia precettiva, a situazione giuridica e fattuale immutata, sul futuro comportamento dell'amministrazione ⁽²³²⁾.

L'orientamento avviato dalla sentenza *Kühne & Heitz* e proseguito dalla sentenza *Kempter* merita di essere condiviso, poiché trova conferma nell'idea tradizionale secondo cui le ragioni addotte a sostegno dell'intangibilità del giudicato (affidamento) non valgono nei rapporti tra organismi di diritto pubblico che agiscano in posizione di supremazia e soggetti privati, quando intervenga uno *ius superveniens* favorevole a questi ultimi.

Viceversa nel precedente caso *Köbler* la Corte ha inteso conservare un giudicato anticomunitario sfavorevole al privato e ha rinviato quest'ultimo alla possibilità offerte dal diritto nazionale di chiedere un risarcimento del danno.

Il ragionamento della Corte sembra il seguente. Sebbene l'illegittimità del giudicato sotto il profilo dell'inosservanza del

⁽²³¹⁾ Nulla in contrario può essere desunto dal *distinguishing* contenuto al punto 23 della sentenza *Kapferer*, citata.

⁽²³²⁾ Per un più ampio discorso sull'aspetto precettivo del giudicato, che può rendere maggiormente comprensibile ciò che si sostiene nel testo, v. avanti.

diritto comunitario non si può predicare al fine di travolgere il suo aspetto precettivo, essa non rimane priva di sanzione, poiché può costituire il presupposto per una responsabilità risarcitoria dello Stato nei confronti dei soggetti lesi, in presenza di una violazione di una norma comunitaria preordinata ad attribuire diritti ai singoli, di un carattere «sufficientemente qualificato» di tale lesione, nonché di un nesso di causalità tra la violazione del diritto e il danno ⁽²³³⁾. Ciò può accadere infatti anche quando l'illecito sia integrato dalla decisione di un organo giurisdizionale nazionale di ultimo grado ⁽²³⁴⁾.

La Corte di giustizia ha anteposto all'interesse individuale del cittadino a ricevere una tutela specifica demolitoria del giudicato comunitariamente ingiusto l'interesse dell'ordinamento comunitario ad arricchirsi di una pronuncia di rilevante portata sulla risarcibilità dei danni da giudicato.

Ripensiamo ad un tratto saliente della fattispecie *Kühne & Heitz*: l'azione contro l'ingiunzione di restituzione viene respinta in ultima istanza dalla competente corte olandese, che conferma l'impostazione degli uffici doganali. Il motivo portante del giudicato di rigetto consiste proprio nella

⁽²³³⁾ Secondo la prospettiva dischiusa da Corte cost. 19 novembre 1991, C-6/90 e C-9/90, *Francovich*, in *Racc.*, p. 5357; Corte giust. 5 marzo 1996, C-46/93 e C-48/93, *Brasserie du Pêcheur*, in *Racc.*, p. 1029.

⁽²³⁴⁾ Cfr. i passi rilevanti di Corte giust. 30 settembre 2003, C-224/01, *Köbler*, cit.: «(53) al fine di stabilire un'eventuale responsabilità dello Stato per una decisione di un organo giurisdizionale nazionale di ultimo grado, occorre tener conto della specificità della funzione giurisdizionale nonché delle legittime esigenze della certezza del diritto come hanno fatto valere anche gli Stati membri che hanno presentato osservazioni in questo procedimento. La responsabilità dello Stato a causa della violazione del diritto comunitario in una tale decisione può sussistere solo nel caso eccezionale in cui il giudice abbia violato in maniera manifesta il diritto vigente./(54) Al fine di determinare se questa condizione sia soddisfatta, il giudice nazionale investito di una domanda di risarcimento dei danni deve tenere conto di tutti gli elementi che caratterizzano la controversia sottoposta al suo sindacato./(55) Fra tali elementi compaiono in particolare il grado di chiarezza e di precisione della norma violata, il carattere intenzionale della violazione, la scusabilità o l'inescusabilità dell'errore di diritto, la posizione adottata eventualmente da un'istituzione comunitaria nonché la mancata osservanza, da parte dell'organo giurisdizionale di cui trattasi, del suo obbligo di rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 234, terzo comma, CE./(56) In ogni caso, una violazione del diritto comunitario è sufficientemente caratterizzata allorché la decisione di cui trattasi è intervenuta ignorando manifestamente la giurisprudenza della Corte in questa materia».

conferma in via giurisdizionale dell'interpretazione (errata) degli uffici doganali. In assenza di novità normative e fattuali, gli uffici doganali non avrebbero potuto adottare in sede di autotutela un'interpretazione diversa da quella confermata dal giudice amministrativo. In queste condizioni concrete (cui sempre presta attenzione la Corte di giustizia nelle sue decisioni), l'unica ragione di distinzione di trattamento della fattispecie *Köbler*, rispetto alla fattispecie *Kühne & Heitz*, risiede nella proiezione sul parametro decisivo delle diverse situazioni processuali che hanno originato il rinvio (nella fattispecie *Köbler* si trattava appunto di un'azione risarcitoria). In realtà i tratti salienti delle due fattispecie sono però simili.

24. - In terzo luogo, fra le ipotesi in cui il giudicato cede vi rientra quella in cui esso si è formato secondo modalità incostituzionali.

In questo schema può essere ricompreso il caso dell'accordo delle parti consapevolmente e volontariamente diretto ad evitare - attraverso il giudicato - l'applicazione del diritto comunitario nella fattispecie, cioè la collusione per frodare il diritto comunitario. Probabilmente questa fattispecie si è verificata anche nel caso *Lucchini*, sennonché è assorbente in quella fattispecie l'oggettiva lesione delle attribuzioni della Commissione e - in via mediata - della Corte di giustizia. Ciò esonera dalla prova della collusione.

In questa ipotesi invece gli effetti della sentenza passata in giudicato entrano in conflitto non con effetti di atti anteriori delle istituzioni che riguardino direttamente e individualmente singole persone fisiche o giuridiche, bensì con gli effetti di una anteriore norma comunitaria generale ed astratta (direttamente applicabile). In altri termini, vi è una sentenza passata in giudicato che - in virtù di un accordo collusivo tra le parti che il giudice non è riuscito a sventare - urta contro un'anteriore norma di diritto comunitario, così come interpretata da una successiva sentenza della Corte di giustizia.

Anche questa variante di cedimento del giudicato non è una novità, ma si inserisce in una lunga tradizione storica diretta a colpire la collusione delle parti in danno di terzi (art. 404, comma 2 c.p.c.) o in frode alla legge (art. 397, n. 2 c.p.c.).

Evidentemente, non vi è affidamento delle parti da proteggere. Il venir meno del giudicato assorbe eventuali profili di responsabilità dello Stato per il mancato rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia.

Quanto alle forme processuali, si dischiude la possibilità di applicare analogicamente l'art. 397 c.p.c. ed il termine di trenta giorni di cui all'art. 325 c.p.c. decorre dalla pubblicazione della sentenza della Corte di giustizia. L'omissione dell'iniziativa processuale in revocazione comporta responsabilità dello Stato per infrazione del diritto comunitario.

25. - In tutti gli altri casi diversi da quelli appena elencati, vale il principio della intangibilità del giudicato ⁽²³⁵⁾.

Si tratta di esaminare in che misura il principio abbia ceduto nel caso *Olimpiclub*, deciso dalla Corte di giustizia all'inizio di settembre. Per la parca motivazione della Corte di giustizia si può rinviare indietro ⁽²³⁶⁾. Conviene a questo punto esaminare le conclusioni dell'avvocato generale nelle quali è svolto più ampiamente il ragionamento accolto dalla Corte ⁽²³⁷⁾.

Nella parte che ci interessa più da vicino, l'avvocato Ján Mazák riassume innanzitutto gli orientamenti della Corte di giustizia nei seguenti termini. Le norme che conferiscono carattere definitivo alle decisioni giurisdizionali o amministrative contribuiscono alla certezza del diritto, che è un principio fondamentale del diritto comunitario. Il principio della certezza del diritto – e il carattere definitivo delle decisioni derivante da tale principio – non è assoluto, bensì deve essere bilanciato con altri valori meritevoli di tutela, quali i principi dello stato di diritto e del primato del diritto comunitario, nonché il principio di effettività. Di conseguenza,

⁽²³⁵⁾ Il problema relativo all'eventuale invalidità della norma comunitaria secondaria - con la quale contrasta il giudicato - per violazione del diritto primario può essere messo da parte, poiché il soggetto che non è individualmente colpito dall'atto comunitario non ha la legittimazione ad impugnarlo dinanzi alla Corte di giustizia e quindi non gli può essere imputato nulla. La legittimazione spetta agli Stati membri e alle altre istituzioni comunitarie, che non hanno bisogno di dimostrare l'esistenza di un proprio interesse all'impugnazione.

⁽²³⁶⁾ Vedi indietro.

⁽²³⁷⁾ Vedi indietro.

qualora le norme nazionali che conferiscono carattere definitivo alle decisioni ostacolino l'applicazione di questi ultimi principi, i giudici nazionali – e, se del caso, gli organi amministrativi – possono essere tenuti a non applicare tali norme in determinate circostanze. La giurisprudenza della Corte rispecchia il bilanciamento che occorre trovare, nelle particolari circostanze di fatto e di diritto della controversia, tra la certezza del diritto, perseguita attribuendo carattere definitivo alle decisioni, e la legalità comunitaria. Su questa base, l'Avvocato generale procede quindi ad esaminare, nei seguenti termini, il contesto in cui la questione interpretativa è stata sollevata.

A questo punto conviene citare tra virgolette: «come comunemente interpretata, l'autorità di cosa giudicata attribuita a una sentenza osta a che la medesima questione o controversia – definita con riferimento all'oggetto, al fondamento normativo e alle parti in causa – venga ridiscussa in un procedimento successivo. Di regola, un siffatto identico procedimento si conclude con una dichiarazione di irricevibilità. Nel caso in esame, tuttavia, le sentenze che hanno acquistato forza di giudicato sono state pronunciate in procedimenti diversi vertenti sul prelievo dell'Iva con riferimento ad avvisi di rettifica emessi nel corso degli esercizi fiscali 1987 e 1992, mentre le annualità fiscali in discussione nella causa principale sono quelle comprese tra il 1988 e il 1991. Allo stesso modo, mentre esistono decisioni definitive relative al prelievo dell'Iva nel 1987 e nel 1992, le controversie tributarie in discussione nel procedimento principale sono tuttora pendenti. Pertanto, la controversia principale, pur presentando varie analogie con le controversie tributarie definite dalle due sentenze definitive sopra menzionate, deve essere considerata, nella parte vertente su periodi d'imposta diversi, sostanzialmente differente per quanto riguarda l'oggetto. [...] Le sentenze definitive in questione, che sono state pronunciate in relazione ad esercizi fiscali diversi, non vengono rimesse in discussione in quanto tali dalla decisione che il giudice del rinvio è chiamato ad adottare nella controversia principale in relazione al pagamento dell'Iva negli esercizi fiscali controversi. [...] Nella specie, quindi, a mio giudizio, non sussistono interessi sostanziali connessi alla

certezza del diritto che possano prevalere rispetto all'obbligo incombente al giudice *a quo* di applicare e dare piena efficacia al diritto comunitario, in questo caso al divieto di pratiche abusive nel settore dell'Iva.

Pertanto, si deve concludere che il diritto comunitario osta all'applicazione di una norma che sancisce il principio della cosa giudicata con la portata e gli effetti in discussione nel caso di specie».

26. - Le conclusioni dell'Avvocato generale, accolte dalla Corte di giustizia, limitano l'autorità di cosa giudicata in funzione dell'*effet utile* del diritto comunitario, rimodulando la proiezione temporale del giudicato sulle situazioni sostanziali ad effetti durevoli accertate in giudizio. Non si tratta tuttavia di un drammatico cedimento.

Per giustificare questa affermazione, è necessario allargare la prospettiva e cogliere di nuovo la linea di sviluppo che proviene dal passato. Come già anticipato, la dottrina dell'efficacia del giudicato civile nel tempo studia i rapporti tra la incontestabilità dell'accertamento contenuto nella sentenza definitiva di merito e l'incidenza di effetti sopravvenuti sullo sviluppo temporale della situazione sostanziale accertata in giudizio.

Una premessa fondamentale riguarda quindi le strutture temporali delle situazioni giuridiche sostanziali dedotte in giudizio ⁽²³⁸⁾.

La temporalità, intesa come durata limitata nel tempo, è una nota essenziale delle situazioni sostanziali. Causa immediata di essa è la temporalità della loro fattispecie costitutiva e della norma giuridica che istituisce il nesso di condizionalità tra fattispecie ed effetto. A sua volta, la durata limitata nel tempo di fattispecie e norma dipende dalla temporalità degli interessi valutati e protetti dall'ordinamento giuridico.

Le situazioni sostanziali si suddividono fondamentalmente in due categorie, a seconda della durata nel tempo dell'interesse che sono chiamate a realizzare.

⁽²³⁸⁾ Cfr. R. CAPONI, *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*, cit., p. 3 ss., cui si rinvia per un più ampio discorso.

Una prima categoria è integrata da situazioni soggettive ad effetti istantanei: ad es., il diritto al pagamento del prezzo o alla consegna della cosa da un contratto di compravendita, il diritto al risarcimento del danno da un fatto illecito, il diritto ad un contributo finanziario da parte dello Stato, come nel suddetto caso *Lucchini*. Cioè: l'interesse protetto è istantaneo e viene realizzato nel momento in cui la situazione si estingue, per adempimento.

Una seconda categoria è integrata da situazioni soggettive ad effetti durevoli: ad es., il diritto di proprietà e gli altri diritti reali, la cura concreta di un interesse pubblico durevole affidato ad una pubblica amministrazione, il diritto del locatario di godere della cosa locata e il corrispettivo diritto a percepire il canone di locazione, i diritti della personalità, gli *status*, il rapporto impositivo, come nel suddetto caso *Olimpiclub*. Cioè: l'interesse è durevole e viene realizzato mercé il protrarsi nel tempo della situazione giuridica ⁽²³⁹⁾.

L'istantaneità o la durevolezza delle situazioni soggettive non dipende dal fatto che le situazioni soggettive abbiano o meno un apprezzabile sviluppo temporale. Tale sviluppo è proprio di regola anche delle situazioni istantanee, che sorgono in un momento determinato (ad es., al momento della stipulazione del contratto di compravendita) e si estinguono in

⁽²³⁹⁾ Istantaneo è solo l'interesse a conseguire un bene che il soggetto aspira ad avere. Durevole è sempre l'interesse a conservare un bene che il soggetto già ha nella sua disponibilità. Durevole è talvolta anche l'interesse a conseguire un bene, quando il bisogno che il bene da acquisire è diretto a soddisfare si ricollega ad un modo di essere del soggetto o ha comunque un apprezzabile sviluppo temporale.

Fra le situazioni giuridiche ad effetti durevoli si può ulteriormente distinguere tra situazioni con fatto costitutivo che, una volta perfezionatosi, non reagisce più sull'esistenza o il modo di essere della situazione soggettiva a cui esso ha dato origine (ad es., diritto di proprietà), e situazioni condizionate, in ordine alla loro esistenza e modo di essere, da un nesso permanente con almeno uno dei loro fatti costitutivi che è anch'esso durevole (ad es., diritto agli alimenti). La distinzione rispecchia le diversità dell'interesse durevole: nel senso che esso può essere variabile nel corso del tempo o tendenzialmente invariabile. La variabilità dell'interesse può trovare appunto la propria rilevanza giuridica se il legislatore predispone per la sua tutela una situazione giuridica durevole collegata con un nesso permanente di condizionalità ad uno o più dei suoi fatti costitutivi, aventi una distinta proiezione temporale parallela a quella della situazione giuridica medesima. Questa operazione rimane peraltro nella piena discrezionalità del legislatore, che può quindi adottare soluzioni diverse, comprimendo il rilievo giuridico della variabilità dell'interesse durevole.

un altro momento (al momento del pagamento del prezzo). La stessa esecuzione dell'obbligo istantaneo può poi avere un distinto sviluppo temporale: si pensi al pagamento a rate del prezzo. L'istantaneità o la durevolezza rispecchiano l'istantaneità o la durevolezza dell'interesse umano di cui le situazioni soggettive sono chiamate a proteggere la realizzazione.

Questo approccio sistematico privilegia inevitabilmente l'aspetto contenutistico e funzionale delle situazioni soggettive, lasciando in secondo piano differenziazioni che attengono meramente ai loro aspetti strutturali o alla loro classificazione dogmatica.

L'esemplificazione contribuisce a chiarire il senso di queste affermazioni: l'obbligo del conduttore di pagare il canone di locazione, l'obbligo del parente di pagare gli alimenti, l'obbligo del contribuente di pagare l'Iva come nel caso *Olimpiclub* hanno in comune il tratto di realizzare un interesse durevole dell'avente diritto. Nella ricostruzione della portata precettiva del giudicato che dichiara l'esistenza e il modo di essere di questi obblighi, tale tratto deve essere tenuto costantemente presente e prevalere sulla considerazione che alcune di queste situazioni giuridiche possano essere eventualmente ricostruite, sotto il profilo strutturale, come una successione di identici rapporti distinti unicamente in ragione dei diversi periodi di tempo in cui sorgono: ad es., il periodo di imposta in relazione alla percezione dell'Iva, nel caso *Olimpiclub*.

La distinzione tra situazioni giuridiche istantanee e durevoli ha un rilievo centrale per la teoria dell'efficacia del giudicato nel tempo, giacché esse, se accertate in giudizio, si comportano diversamente nei confronti degli eventi sopravvenuti.

Le situazioni soggettive ad effetti istantanei ricevono una disciplina tendenzialmente integrale ad opera del giudicato.

Il problema delle situazioni soggettive ad effetti durevoli è invece che esse proseguono ad esistere dopo il momento a cui si riferisce il giudicato.

27. - Si anticipa a questo punto la conclusione fondamentale del ragionamento per consentire di seguirne

meglio la direzione di marcia. Poiché l'interesse protetto dalle situazione soggettive ad effetti durevoli è unico (e durevole), se una prima sentenza accerta l'esistenza di un obbligo o di una facoltà inerente a tale situazione soggettiva, una seconda sentenza non lo può negare, semplicemente accedendo all'idea che ci si trovi di fronte ad una serie di identici rapporti distinti in ragione dei diversi periodi di tempo in cui sorgono.

In coerenza con la dimensione temporale del giudicato, questa conclusione vale sempre che nel frattempo la situazione normativa e fattuale posta a base della prima sentenza non muti.

Ciò costituisce un limite: ma è il limite temporale del giudicato ⁽²⁴⁰⁾.

28. - La ricostruzione dell'efficacia del giudicato civile sullo sviluppo temporale delle situazione soggettiva accertata in giudizio non richiede solo di tenere distinte le due strutture temporali fondamentali delle situazioni giuridiche, bensì anche di tenere distinto l'aspetto dell'accertamento giudiziale che si concreta nella dichiarazione della situazione sostanziale intercorrente tra le parti ⁽²⁴¹⁾, da quello che si concreta nella prescrizione della regola di condotta futura delle parti (specialmente quando esse sono inserite in un rapporto durevole, che dà luogo allo svolgimento di un'attività dell'una nei confronti dell'altra) ⁽²⁴²⁾.

⁽²⁴⁰⁾ Così, R. CAPONI, *In tema di limiti temporali del giudicato civile sulle situazioni soggettive che proteggono un interesse durevole nel tempo*, in *Foro it.*, 1998, I, c. 1193 ss.

⁽²⁴¹⁾ Ad es., inesistenza degli effetti sorgenti dal contratto, stante la dichiarazione della sua nullità.

⁽²⁴²⁾ La differenziazione tra aspetto dichiarativo e aspetto precettivo dello accertamento giudiziale richiede alcune precisazioni, che muovono dalla distinzione tra giudicati che dichiarano l'esistenza della situazione sostanziale (istantanea o durevole) dedotta in giudizio e quelli che ne dichiarano l'inesistenza.

Dichiarare l'esistenza o l'inesistenza della situazione sostanziale dedotta in giudizio, il contenuto riservato dall'ordinamento alla sentenza definitiva di merito è un accertamento.

L'efficacia dichiarativa è propria di tutte le sentenze definitive di merito.

Nelle pronunce di accoglimento della domanda e nelle pronunce di rigetto a cui consegue la dichiarazione dell'esistenza di un rapporto (istantaneo o durevole in corso) tra le parti a tale efficacia dichiarativa si affianca la constatazione della commissione di un illecito. Tutte le sentenze che constatano la commissione di un illecito esprimono una prescrizione concreta che descrive la condotta delle parti idonea a ristorare l'interesse

L'aspetto dichiarativo dell'accertamento ha per oggetto effetti sostanziali preesistenti e copre di regola solo il tratto delle relazioni giuridiche delle parti che si è già svolto nel passato, non gli effetti giuridici successivi al tempo del processo.

All'aspetto dichiarativo dell'accertamento giudiziale si affianca un aspetto precettivo, che si proietta verso il futuro e descrive la condotta futura delle parti che realizza l'interesse protetto dalla situazione soggettiva accertata in giudizio.

Ciò vale sia per l'accertamento di situazioni soggettive ad effetti istantanei (ad es., condanna al pagamento *una tantum* di una somma di denaro), che per l'accertamento di situazioni soggettive che si inseriscono in situazioni soggettive ad effetti durevoli, anche se l'aspetto precettivo del giudicato assume nel secondo caso un aspetto quantitativamente più rilevante.

Si pone così la questione relativa ai limiti temporali dell'aspetto precettivo del giudicato (cioè della qualificazione giudiziale della condotta futura delle parti) in ipotesi di accertamento dell'esistenza o dell'inesistenza di una facoltà e/o di un obbligo all'interno di una situazione soggettiva ad effetti durevoli.

In termini più dettagliati, la questione è la seguente. L'accertamento di una facoltà e/o di un obbligo che si inseriscono in una situazione giuridica durevole nel tempo offre il modello precettivo per le sole condotte future delle parti che realizzano quel tratto dell'interesse durevole che si è svolto

leso. Tale prescrizione concreta può consistere in una reiterazione della regola di condotta violata (è quella contenuta nelle sentenze di mero accertamento o di condanna) o in una nuova regola di condotta, che comporta una modificazione della precedente situazione giuridica in corso tra le parti (è quella contenuta nelle sentenze costitutive, salvi i problemi di delimitazione di questa categoria di sentenze, cfr. I. PAGNI, *Le azioni di impugnativa negoziale - Contributo allo studio della tutela costitutiva*, Milano, 1998).

Un discorso particolare meritano le sentenze di rigetto che accertano l'inesistenza di un rapporto giuridico intercorrente tra le parti. Esse si caratterizzano per il fatto che non viene dichiarata la presenza di alcun illecito sul piano sostanziale. Da ciò scaturiscono le seguenti conseguenze: non vi è bisogno di una prescrizione concreta diretta a rimuovere l'illecito; il convenuto e l'attore trovano il criterio di qualificazione dei loro comportamenti successivi al momento a cui si riferisce l'efficacia del giudicato esclusivamente nella normativa astratta.

fino al momento a cui si riferisce l'aspetto dichiarativo dell'accertamento giudiziale o, finché la situazione giuridica non muti per l'intervento di nuovi fatti rilevanti o di nuove leggi applicabili, anche per le condotte che realizzano il tratto dell'interesse durevole che si svolge dopo il giudicato?

Orbene, accertare una facoltà e/o un obbligo relativo a una situazione giuridica durevole nel tempo significa dichiarare la conformità all'ordinamento giuridico delle condotte delle parti volte a realizzare l'interesse durevole, che in quanto tale prosegue ad esistere oltre il momento a cui si riferisce l'aspetto dichiarativo dell'accertamento giudiziale.

Corretta è la seconda alternativa: non si può distinguere tra la disciplina del tratto dell'interesse durevole che precede e quello che segue il momento a cui si riferisce l'aspetto dichiarativo del giudicato. Che senso avrebbe infatti l'accertamento relativo a una situazione soggettiva ad effetti durevoli, se il suo aspetto precettivo - la *Rechtsschutzzone* della *Feststellungsklage* - non potesse riferirsi anche allo sviluppo futuro della situazione soggettiva, alla sua durevolezza? ⁽²⁴³⁾.

Ciò vale finché la situazione non muti per l'intervento di nuovi fatti o di nuove norme giuridiche. Il risultato del processo non può essere di ostacolo alla possibile evoluzione della situazione sostanziale accertata in giudizio.

29. - Il problema si risolve negli stessi termini anche se l'aspetto della durevolezza della situazione soggettiva accertata in giudizio sia dogmaticamente inquadrato come susseguirsi di una serie di rapporti identici sotto il profilo dei soggetti titolari, dell'oggetto, nonché della funzione (ad esempio, il periodo di imposta), invece che come situazione soggettiva unica e durevole nel tempo. L'adozione di questa variante ricostruttiva suggerisce solo di impostare la questione come

⁽²⁴³⁾ La prospettiva di questa riflessione mi è stata dischiusa dalla lettura delle pagine di C. TRZASKALIK, *Die Rechtsschutzzone der Feststellungsklage im Zivil- und Verwaltungsprozeß*, Berlin, 1977; B. SASSANI, *Impugnativa dell'atto e disciplina del rapporto*, Padova, 1989, p. 177 ss.

Per un più ampio discorso rinvio, oltre che alla mia monografia del 1991, al mio successivo contributo, *In tema di limiti temporali del giudicato civile sulle situazioni soggettive che proteggono un interesse durevole nel tempo*, in *Foro it*, 1998, I, c. 1193.

quella della proiezione dell'aspetto precettivo del giudicato su rapporti futuri ⁽²⁴⁴⁾ o comunque diversi da quelli dedotti nel

⁽²⁴⁴⁾ Questo fenomeno deve essere attentamente distinto dalla ipotesi di condanna in futuro a prestazioni continuate o periodiche inerenti a quelle situazioni durevoli che sono legate da un nesso di condizionalità permanente ad uno dei fatti costitutivi a sua volta durevole (ad es., gli alimenti). Ove nell'accertamento giudiziale si possa rinvenire un momento di prognosi sullo sviluppo futuro di una situazione soggettiva ad effetti durevoli attualmente esistente, lo stesso aspetto dichiarativo dell'accertamento si proietta verso il futuro. Quest'ultima possibilità non può essere negata affermando che l'accertamento del futuro è logicamente insostenibile. La questione è di diritto positivo: infatti nell'ordinamento giuridico tedesco si ritiene, in relazione alla condanna in futuro all'adempimento di prestazioni periodiche dipendenti da un rapporto con fatto costitutivo durevole nel tempo (ad es., la condanna al pagamento degli alimenti), che il giudice debba accertare non soltanto la situazione presente al tempo del processo, ma prevedere anche lo sviluppo futuro del rapporto. Tale decisione non ha un limite temporale unico entro il quale opera la preclusione del dedotto e del deducibile. In caso di sopravvenienza di un nuovo fatto, decisivo non è che il fatto si sia verificato dopo il giudicato, ma che esso sia stato correttamente previsto dal giudice e tenuto in considerazione per fissare l'*an* e il *quantum* della condanna. Lo sviluppo futuro del rapporto in modo conforme alla previsione è irrilevante in quanto è stato già esaminato dal giudice nella precedente decisione. Lo sviluppo difforme dalla previsione è in linea di principio parimenti irrilevante in quanto doveva essere esaminato dal giudice. La constatazione di un'errata previsione di fatti futuri, al pari della constatazione di un errato accertamento di fatti passati, non può avere conseguenze sul giudicato. Al rigore di questo principio apporta deroga il 323 Zpo, che consente la modificazione della condanna, infrangendo così il giudicato, ove si verifichi un mutamento essenziale delle condizioni prese in considerazione per la determinazione dell'*an*, del *quantum* e della durata della condanna. La modificazione ha effetto solo per il periodo di tempo successivo alla proposizione della nuova domanda giudiziale. Per un più ampio discorso sul punto e per le relative indicazioni bibliografiche ci si permette di rinviare a R. CAPONI, *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*, cit., p. 89 ss. Quella appena riferita è la tesi tradizionale. Nel corso di questi ultimi anni si sono manifestate a più riprese perplessità sull'estensione dell'aspetto dichiarativo del giudicato verso il futuro: cfr., in particolare, J. BRAUN, *Grundfragen der Abänderungsklage*, Tübingen, 1994, *passim*.

In Italia la dottrina nega per lo più un'estensione dell'aspetto dichiarativo del giudicato verso il futuro. In questo senso per tutti, con perspicue motivazioni, F. P. LUISO, *Gli effetti della sentenza*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1996, p. 1189 ss, specie p. 1192, anche se qualche appiglio per argomentare la soluzione opposta potrebbe essere rinvenuto anche nell'ordinamento italiano.

Sulla scorta dell'esegesi degli artt. 440 e 445 c.c. si può dimostrare infatti che in queste ipotesi anche nell'ordinamento italiano il referente temporale della dichiarazione giudiziale della situazione sostanziale intercorrente tra le parti, per ragioni riconducibili all'economia dei giudizi e ad una tutela rafforzata di tali situazioni di vantaggio, giustificata dall'incremento quantitativo del fenomeno della sopravvenienza, è proiettato verso il futuro. Ciò è possibile in quanto l'accertamento si fonda su una previsione dello sviluppo futuro della situazione giuridica dedotta in giudizio (la *Prognoseentscheidung*, particolarmente indagata dalla dottrina tedesca) o è condizionato al permanere invariato del fatto

precedente giudizio (come è parzialmente successo nel caso *Olimpiclub*).

Pur senza recedere dal principio che l'accertamento, nel suo aspetto dichiarativo, non può avere come oggetto diritti futuri, è plausibile ritenere che l'aspetto precettivo dell'accertamento giudiziale su (un profilo di) un rapporto attuale possa proiettare il proprio vincolo, a situazione giuridica immutata, anche in successivi giudizi relativi a rapporti non ancora venuti ad esistenza, ma legati da un nesso di identità contenutistica e funzionale con quello accertato e destinati a sorgere tra le stesse parti sulla base di fatti costitutivi che si ripetono identicamente nel corso del tempo. Costituiscono un esempio di questa categoria di rapporti quelli contributivi e quelli impostivi, caratterizzati appunto dal succedersi di periodi contributi e di periodi di imposta.

Il rischio di trovarsi così di fronte ad una pronuncia su una mera questione d'interpretazione di una volontà astratta di legge è scongiurato dal fatto che la sentenza, nella parte in cui riconosce ad es. una controversa agevolazione contributiva o fiscale, ricava dalla normativa generale ed astratta un precetto che qualifica un comportamento rilevante (e controverso) nel concreto rapporto dedotto in giudizio, oltre che in tutti i futuri rapporti contenutisticamente e funzionalmente identici a questo, destinati a sorgere tra le stesse parti sulla base di fatti costitutivi che si ripetono identicamente nel corso del tempo.

A riprova di questa affermazione, si rifletta sull'obbligo agli alimenti: niente impedirebbe di ricostruire questa situazione giuridica, anziché come un rapporto unico e durevole nel tempo, come una serie di rapporti

costitutivo durevole. In tali ipotesi non solo le condotte delle parti relative alla realizzazione dell'interesse durevole sono qualificate dall'accertamento, ma anche lo stesso sopravvenire dei fatti costitutivi durevoli è ormai prequalificato dall'accertamento.

In questo senso, in termini piuttosto problematici, R. CAPONI, *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*, cit., p. 96; ID., *Zu den zeitlichen Grenzen der materiellen Rechtskraft im italienischen Zivilprozeßrecht (zugleich eine Anmerkung zum BGH vom 16. 10. 1995, NJW 1996, 57)*, in *European Review of Private Law*, 1998, n. 1.

Non abbiamo bisogno di approfondire questa problematica, alla quale si è accennato solo per chiarire che essa non deve essere coinvolta nell'analisi del problema che ci sta di fronte.

contenutisticamente e funzionalmente identici, scanditi dai diversi periodi di tempo, come una serie di rapporti che sorgono sulla base di fatti costitutivi che si ripetono nel corso del tempo. Questa preferenza ricostruttiva non potrebbe comunque incidere sulla determinazione della portata precettiva del giudicato che dichiara l'esistenza e il modo di essere dell'obbligo alimentare.

Ripetiamo: attesa l'unicità e la durevolezza dell'interesse protetto, se una prima sentenza accerta l'esistenza dell'obbligo o di una facoltà, una seconda sentenza non lo può negare, diminuire o aumentare, a situazione normativa e fattuale immutata, semplicemente facendo leva sull'idea che ci si trovi di fronte ad una serie di identici rapporti distinti in ragione dei diversi periodi di tempo in cui sorgono: il mero trascorrere del tempo non è un fatto sopravvenuto.

30. - Questa è esattamente la posizione della Corte suprema di cassazione nel provvedimento di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia nel caso *Olimpiclub* ⁽²⁴⁵⁾.

Dopo essere stata a lungo ancorata, in materia tributaria, al c.d. principio «della frammentazione dei giudicati», in base al quale ogni periodo di imposta conserva la propria autonomia rispetto agli altri e comporta la costituzione, tra contribuente e fisco, di un rapporto giuridico distinto rispetto a quelli relativi alle annualità precedenti e successive, la Corte di cassazione italiana ha recentemente rovesciato questa posizione ⁽²⁴⁶⁾, affermando il principio secondo il quale il giudicato concernente un punto fondamentale comune può essere utilmente invocato anche se si è formato in relazione ad un periodo d'imposta diverso da quello oggetto del giudizio, poiché il criterio dell'autonomia dei periodi d'imposta non impedisce che il giudicato relativo ad un

⁽²⁴⁵⁾ Cfr. Cass. 21 dicembre 2007, n. 26996, in *Giur. it.*, 2008, 1025, con nota di TESAURO.

⁽²⁴⁶⁾ Cass., sez. un., 16 giugno 2006, n. 13916, in *Foro it.*, 2007, I, c. 493 In una fattispecie di esenzione fiscale pluriennale, accertato con sentenza passata in giudicato che al contribuente spetta l'esenzione per un segmento dell'arco temporale di estensione dell'esenzione medesima, tale sentenza ha efficacia di giudicato esterno in un diverso giudizio nel quale si discute della spettanza dell'esenzione per un altro segmento di quell'arco temporale.

periodo di imposta faccia stato anche per altri, quando incida su elementi che siano rilevanti per più periodi d'imposta.

31. - Sennonché - e questo è uno snodo fondamentale - vale solo finché la situazione normativa e fattuale non muta nel frattempo questa proiezione del vincolo dell'accertamento giudiziale relativo ad un elemento fondamentale di un rapporto anche in successivi giudizi relativi a diversi rapporti, ma legati da un nesso di identità contenutistica e funzionale con quello accertato (e destinati a sorgere tra le stesse parti sulla base di fatti costitutivi che si ripetono nel corso del tempo).

L'aspetto precettivo del giudicato sulla situazione soggettiva accertata in giudizio concretizza anche *pro futuro* la regola di condotta facoltativa o doverosa delle parti, ma non la rende certo impermeabile - in ordine al tratto successivo al momento cui si riferisce l'accertamento giudiziale nel suo aspetto dichiarativo - all'incidenza degli effetti sopravvenuti. Tutti gli effetti giuridici rilevanti maturati dopo il referente temporale del giudicato, possono essere fatti liberamente valere in un successivo giudizio, relativamente al tratto successivo della situazione ad effetti durevoli accertata nel primo giudizio (oppure relativamente a rapporti diversi, anche se anteriori, come è successo nel caso *Olimpiclub*).

32. - A questo punto possiamo apprezzare nel suo impatto pratico la qualificazione della pronuncia interpretativa della Corte di giustizia come un atto che produce un effetto sopravvenuto retroattivo paragonabile a quello di una norma interpretativa.

Questo è il tratto di novità: il dialogo giurisprudenziale consentito dall'art. 234 Trattato CE consente al giudice *a quo* di mettere in moto quel processo che può condurre ad un effetto sopravvenuto rilevante, se la Corte di giustizia accerta l'erroneità dell'interpretazione del diritto comunitario posta a base del precedente accertamento giudiziale.

Questo è accaduto nel caso *Olimpiclub*. In sostanza abbiamo a che fare con un giudicato sul solo punto di diritto

(²⁴⁷) che soggiace alla sopravvenienza della pronuncia interpretativa della Corte di giustizia.

Dovremo constatare allora una restrizione dell'autorità di cosa giudicata? La risposta non può essere *tranchant*.

Lo sganciamento della rilevanza giuridica della fattispecie dell'effetto accertato dalla norma astratta, e dunque l'operatività del principio dell'intangibilità dell'accertamento giudiziale rispetto agli effetti retroattivi, ha luogo sempre entro la dimensione temporale (nonché la dimensione oggettiva) (²⁴⁸).

Se si inserisce il caso *Olimpiclub* nel quadro complessivo, per individuare tale ambito di operatività occorre distinguere tra accertamento dell'inesistenza e accertamento della esistenza della situazione sostanziale dedotta in giudizio.

Se si esamina dapprima l'ipotesi del giudicato dichiarativo dell'inesistenza del diritto, il dato da cui occorre muovere è che tale sentenza ha come antecedente logico necessario il solo fatto che ha fondato la statuizione dichiarativa dell'inesistenza.

Occorre distinguere a seconda che l'accertamento dell'inesistenza della situazione sostanziale dedotta in giudizio consegua: *a)* all'accertamento dell'esistenza di un fatto impeditivo o modificativo, oppure *b)* all'accertamento dell'inesistenza del fatto costitutivo.

Nella ipotesi *sub a)*, se è stata accertata l'inesistenza di una situazione soggettiva ad effetti istantanei, la prospettiva di un nuovo giudizio sulla stessa situazione soggettiva si riapre solo in seguito al venir meno del fatto impeditivo o modificativo posto a fondamento del giudicato di inesistenza (nei casi in cui ciò sia possibile). Tale sopravvenienza consente infatti all'attore di dedurre in giudizio *ex novo* l'originario fatto costitutivo, se sulla sua inesistenza il primo giudicato non abbia fatto stato. Corrispondentemente il convenuto può contestare l'esistenza del fatto costitutivo con allegazione di

(²⁴⁷) Sul giudicato sul punto di diritto, v. la recente monografia di D. DALFINO, *Questioni di diritto e giudicato. Contributo allo studio dell'accertamento delle "fattispecie preliminari"*, Torino, 2008.

(²⁴⁸) Sulla dimensione oggettiva dell'accertamento giudiziale, v. indietro.

altri fatti modificativi, impeditivi o estintivi, ancorché già esistenti entro il referente temporale del primo giudicato.

Sempre nell'ipotesi *sub a)*, se è accertata l'inesistenza di una situazione soggettiva ad effetti durevoli nel tempo, la prospettiva di un nuovo accertamento dell'esistenza della stessa situazione durevole dedotta nel primo giudizio - con estensione temporale dal referente temporale del precedente giudicato in poi - può essere riaperta, oltre che dal venire meno del fatto modificativo o impeditivo, anche da una norma retroattiva che abolisca la rilevanza impeditiva o estintiva dei fatti su cui si fonda l'eccezione accolta. In questa ipotesi, come l'attore può tornare a dimostrare l'esistenza e la rilevanza del fatto costitutivo, così il convenuto può invocare l'esistenza di fatti impeditivi, modificativi o estintivi diversi da quello che è stato fatto valere nel giudizio precedente e che è stato superato dall'intervento della legge retroattiva.

Se l'accertamento dell'inesistenza della situazione sostanziale dedotta in giudizio consegue all'accertamento dell'inesistenza del fatto costitutivo, ipotesi *sub b)*, la prospettiva di un nuovo giudizio sulla stessa situazione sostanziale rimane definitivamente esclusa. Rilevante è solo la sopravvenienza di un nuovo fatto costitutivo, che dà luogo ad un nuovo rapporto. La conclusione vale sia per le situazioni istantanee che per le durevoli.

Se si passa ad esaminare l'ipotesi del giudicato dichiarativo dell'esistenza del diritto, è utile svolgere le due osservazioni seguenti.

In primo luogo, nel caso in cui sia stata accertata l'esistenza di una situazione soggettiva ad effetti istantanei tra le parti, l'efficacia della sentenza copre la totalità del rapporto: lo *ius superveniens* retroattivo non può intaccare l'esistenza o il modo di essere del medesimo, né col riqualificare la fattispecie dedotta in giudizio, né coll'attribuire *ex novo* efficacia estintiva, modificativa o impeditiva a fatti prima irrilevanti ⁽²⁴⁹⁾.

In secondo luogo, nel caso in cui sia stata accertata l'esistenza di una situazione soggettiva ad effetti durevoli,

⁽²⁴⁹⁾ Indipendentemente dalla circostanza che i fatti si verifichino prima o dopo la sua entrata in vigore.

come nel caso *Olimpiclub*, l'accertamento giudiziale copre solo quella parte del rapporto che si svolge entro il suo referente temporale. L'effetto retroattivo può riqualificare la fattispecie dedotta in giudizio (nel caso *Olimpiclub*, valutare come non conforme al diritto comunitario gli effetti del contratto di comodato sul regime di percezione dell'Iva) o attribuire *ex novo* efficacia estintiva, modificativa o impeditiva a fatti prima irrilevanti (anteriori o successivi alla sua entrata in vigore). Le conseguenze si ripercuotono sul tratto del rapporto che prosegue oltre il momento a cui si riferisce l'efficacia della sentenza (nel caso *Olimpiclub*, sui periodi di imposta oggetto ancora sottoposti a giudizio) ⁽²⁵⁰⁾.

Stante l'efficacia di precedente persuasivo della pronuncia della Corte di giustizia, nelle fattispecie simili a quella che ha originato il rinvio essa ha l'effetto pratico di rimodulare la proiezione temporale dell'accertamento, lasciandolo sempre esposto, con riferimento ai periodi di imposta diversi da quelli accertati, all'eccezione di una *quaestio iuris* già deducibile nel corso del primo giudizio: la mancata o erronea applicazione del diritto comunitario.

In sostanza ciò costringerà la Corte di cassazione italiana a ritornare alla vecchia teoria della «frammentazione» dei giudicati in relazione ai diversi periodi di imposta.

⁽²⁵⁰⁾ Conviene ripetere di nuovo: sempre che ci si trovi al di fuori delle ipotesi eccezionali in cui il giudicato cede. Ad esempio nel caso *Kühne & Heitz* l'effetto retroattivo della interpretazione adottata dalla Corte di giustizia travolge anche il giudicato, trattandosi di un giudicato sfavorevole al cittadino in un rapporto con un organismo di diritto pubblico.

Capitolo VII

Il triangolo giurisprudenziale europeo

1. - L'essenza del giudicato civile come stabilità della giusta composizione della controversia ha trovato finora una conferma fondamentale negli orientamenti delle Corti europee, secondo linee provenienti dal passato, con una rimodulazione della proiezione temporale del giudicato sulle situazioni sostanziali ad effetti durevoli (*Olimpiclub*).

Tuttavia il compito di un'indagine scientifica non è solo quello di ricostruire il presente, ma anche di tentare di scrutare il futuro. Inoltre una ricerca di carattere teorico deve preoccuparsi di affrontare, nei limiti del possibile, non solo i problemi sorti, ma anche i problemi che possono sorgere pur nella consapevolezza che si tratta di uno scenario ipotetico. In altri termini conviene sollevare la questione relativa ai rimedi a disposizione nell'ipotesi in cui il cielo europeo sopra il giudicato si riempia di qualche nube più minacciosa di quelle attuali.

Questa ipotesi è attualmente remota, ma non del tutto irrealistica, se si tiene conto specialmente della intrinseca incisività del primato del diritto comunitario (quale emerge dalla pronuncia *Costa v. Enel* e dalle seguenti), congiunta al vincolo discendente dalle pronunce della Corte di giustizia rese sul rinvio pregiudiziale, specialmente da quelle che si spingono molto avanti nell'indicare ai giudici nazionali i criteri di compatibilità delle norme interne con il diritto comunitario.

Non ho dubbi che la Corte del Lussemburgo, cui si deve un contributo fondamentale nella costruzione dell'edificio comunitario, abbia il senso del limite e sappia esercitare *self restraint*.

Se per qualche ragione, attualmente imperscrutabile, lo dovesse perdere, anche solo episodicamente, anche solo con riferimento a singoli istituti, come la protezione dell'autorità di cosa giudicata, si devono trovare gli strumenti per segnare questi limiti dall'esterno, nell'interesse della stessa equilibrata prosecuzione della integrazione europea.

2. - Il pensiero va alla dottrina nota nell'ordinamento italiano sotto l'appellativo dei «controlimiti» costituzionali ⁽²⁵¹⁾.

In modo parallelo all'intensificarsi dell'incidenza del processo di integrazione comunitaria sullo stesso ordinamento costituzionale, la Corte costituzionale italiana, al pari di altre corti costituzionali europee, come quella tedesca, «sottrae alcuni valori costituzionali alla disponibilità degli organi comunitari. Questi valori godono, se così si può dire, di un trattamento privilegiato e sono protetti dalla Corte costituzionale anche nei confronti delle norme comunitarie, che pure, in linea di massima, sono in grado di derogare alle norme costituzionali interne» ⁽²⁵²⁾.

Il «cammino comunitario» della Corte costituzionale ⁽²⁵³⁾ si snoda attraverso pronunce assai note ⁽²⁵⁴⁾. Con l'orientamento emergente dalla coppia di sentenze n. 173 del 1983 e n. 170 del 1984, il limite al primato del diritto comunitario, imposto dal rispetto dei «principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale», nonché dei «diritti inalienabili della persona» sembrava potersi esprimere solo attraverso una inverosimile dichiarazione di incostituzionalità della legge di esecuzione del Trattato, e quindi sembrava presupporre il caso di scuola di un grave e diffuso contrasto dell'ordinamento comunitario con i principi e i diritti fondamentali dell'ordinamento costituzionale italiano ⁽²⁵⁵⁾.

⁽²⁵¹⁾ Cfr. A. TIZZANO, *Ancora sui rapporti tra Corti europee: principi comunitari e c.d. controlimiti costituzionali*, in *Diritto comunitario e diritto interno*, Milano, 2008, p. 479 ss.

⁽²⁵²⁾ Così, M. CARTABIA, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milano, 1995, p. 6 s.

⁽²⁵³⁾ L'espressione tra virgolette è di P. BARILE, *Il cammino comunitario della Corte*, in *Giur. cost.*, 1973, p. 2405 ss.

⁽²⁵⁴⁾ Corte cost. n. 98 del 1965; n. 183 del 1973; n. 170 del 1984, n. 232 del 1989.

⁽²⁵⁵⁾ Cfr. Corte cost. n. 173 del 1984, al punto 9 della motivazione: «è appena il caso di aggiungere che in base all'art. 11 della Costituzione sono state consentite limitazioni di sovranità unicamente per il conseguimento delle finalità ivi indicate; e deve quindi escludersi che siffatte limitazioni, concretamente puntualizzate nel Trattato di Roma [...], possano comunque comportare per gli organi della Cee un inammissibile potere di violare i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale, o i diritti inalienabili della persona umana. Ed è ovvio che qualora dovesse mai darsi all'art. 189 una sì aberrante interpretazione, in tale ipotesi sarebbe sempre assicurata la garanzia del sindacato giurisdizionale di questa Corte sulla perdurante compatibilità del Trattato con i predetti principi fondamentali. Deve invece escludersi che questa Corte possa sindacare singoli regolamenti, atteso che l'art. 134 della

Con la pronuncia n. 232 del 1989, la Corte costituzionale amplia le proprie possibilità di controllo, prevedendo che il controllo di costituzionalità a tutela dei principi inviolabili possa appuntarsi anche su qualsiasi norma del trattato così come essa è interpretata ed applicata dalle istituzioni comunitarie ⁽²⁵⁶⁾.

Questo orientamento è confermato dalle pronunce più recenti, con una interessante articolazione, relativa alla possibilità che la Corte costituzionale sia investita «qualora la non applicazione della disposizione interna determini un contrasto, sindacabile esclusivamente dalla Corte costituzionale, con i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale ovvero con i diritti inalienabili della persona» ⁽²⁵⁷⁾.

La Corte costituzionale tedesca è sulla stessa linea e l'ha recentemente confermata nella sua sentenza del 30 giugno 2009 sul Trattato di Lisbona ⁽²⁵⁸⁾.

Costituzione riguarda soltanto il controllo di costituzionalità nei confronti delle leggi e degli atti aventi forza di legge dello Stato e delle Regioni, e tali, per quanto si è detto, non sono i regolamenti comunitari». Punto confermato da Corte cost. n. 170 del 1984, al n. 9 della motivazione, con una precisazione relativa alla situazione opposta: «vanno denunciate in questa sede quelle statuizioni della legge statale che si assumano costituzionalmente illegittime, in quanto dirette ad impedire o pregiudicare la perdurante osservanza del Trattato, in relazione al sistema o al nucleo essenziale dei suoi principi».

⁽²⁵⁶⁾ Cfr. Corte cost. 21 aprile 1989, n. 232, punto 3.1. della motivazione, in *Giur. cost.*, 1989, p. 1001 ss., con nota di M. CARTABIA, *Nuovi sviluppi delle «competenze comunitarie» della Corte costituzionale*.

⁽²⁵⁷⁾ Cfr. Corte cost. n. 454 del 2006.

⁽²⁵⁸⁾ Cfr. BVerfG 30 giugno 2009, 2 BvE 2/08, v. in particolare il punto n. 240 della motivazione. La Corte costituzionale tedesca verifica se, salvaguardando il principio di sussidiarietà previsto dal diritto comunitario e da quello dell'Unione (art. 5, comma 2 Trattato CE; art. 5, comma 1, frase 2 e comma 3 Trattato UE Lisbona), gli atti giuridici degli organi ed organismi europei rispettano i limiti posti dai diritti di sovranità loro concessi attraverso la *begrenzte Einzelermächtigung* (controllo *ultra vires*). La Corte costituzionale tedesca verifica inoltre se è rispettato il contenuto centrale ed irrinunciabile dell'identità costituzionale del *Grundgesetz* di cui all'art. 23 comma 1 frase 3 in connessione con l'art. 79, comma 3 GG (controllo d'identità). L'esercizio di questi poteri di controllo, richiesti a livello costituzionale, salvaguarda le fondamentali strutture politiche e costituzionali degli Stati membri sovrani, riconosciute dall'art. 4, comma 2 frase 1 del Trattato UE Lisbona anche ad integrazione avanzata. L'esercizio concreto segue il principio della *Europarechtsfreundlichkeit* della Costituzione tedesca.

Il testo integrale della sentenza può essere scaricato dal sito Internet della Corte costituzionale tedesca www.bverfg.de.

Nonostante l'apertura verso il sindacato sulla mancata applicazione della disposizione interna, che possa determinare un contrasto con i principi fondamentali dell'ordinamento, la dottrina dei controlimiti - direi - è pensata ancora come una rivendicazione astratta del potere di dire l'ultima parola sulle vicende dell'integrazione europea, quasi una affermazione di sovranità in senso schmittiano per l'ipotesi di un *Ausnahmezustand*, di uno stato di eccezione, teoreticamente postulato, ma contemporaneamente pensato come destinato a non verificarsi mai in concreto ⁽²⁵⁹⁾. A seconda delle prospettive (positiva o negativa): una specie di riserva aurea da non intaccare; oppure un'arma atomica da tenere ben sigillata nel deposito militare.

Si tratta di una pretesa di dire l'ultima parola contrapposta ad un'altra uguale e contraria, quella della Corte di giustizia, in un conflitto tanto ipotetico, quanto giuridicamente irresolubile. Non ci troveremmo di fronte ad un unico sistema giuridico integrato, secondo la concezione della Corte di giustizia. Ma non avremmo a che fare nemmeno con due ordinamenti giuridici distinti, ma comunicanti, secondo la concezione della Corte costituzionale italiana. Si tratterebbe piuttosto di due ordinamenti giuridici che semplicemente si fronteggiano, ciascuno con un proprio ed autonomo fondamento di validità, cosicché la soluzione di un eventuale conflitto sarebbe una *Machtfrage*: una questione di forza ⁽²⁶⁰⁾.

Se è impostata in questi termini, la dottrina dei controlimiti rimane veramente ai margini della costruzione dell'edificio europeo e rischia di indurre involontariamente degli effetti collaterali controproducenti, come quella recente pronuncia del Consiglio di stato che ha applicato direttamente un controlimite (putativo?) senza rimettere la questione pregiudiziale alla Corte di giustizia ⁽²⁶¹⁾.

⁽²⁵⁹⁾ Cfr. C. SCHMITT, *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, München e Leipzig, 1934, p. 11: «Souverän ist, wer über den Ausnahmezustand entscheidet».

⁽²⁶⁰⁾ Così infatti J. ISENSEE, *Vorrang des Europarechts und deutsche Verfassungsvorbehalte - offener Dissens*, in *Festschrift für Klaus Stern*, München, 1997, p. 1239 ss., specie p. 1265.

⁽²⁶¹⁾ Cons. Stato 8 agosto 2005, n. 4207, *Admenta Italia c. Federfarma*, in *Giur. cost.*, 2005, p. 3391, con nota di G. MORBIDELLI, *Controlimiti o contro la pregiudiziale comunitaria* e di C. DI SERI, *Un 'tentativo' di applicazione dei «controlimiti»*. Nella fattispecie il Consiglio di

Occorre invece mettere in luce il valore dialogico della dottrina dei controlimiti, spostare il suo piano di incidenza da quello teorico di una sterile contrapposizione frontale del potere di dire l'ultima parola a quello pragmatico di una fruttuosa e schietta collaborazione, vissuta nella quotidianità dei rapporti tra Corti costituzionali nazionali, Corte di giustizia e Corte europea dei diritti dell'uomo ⁽²⁶²⁾.

In questa direzione si colloca la felice decisione della Corte costituzionale italiana di ricorrere per la prima volta al rinvio pregiudiziale ⁽²⁶³⁾.

In questo quadro un ruolo notevole potrebbe svolgere un confronto dettagliato e costruttivo con la densa sentenza della Corte costituzionale tedesca del 30 giugno 2009 sul Trattato di Lisbona: un confronto che eviti ad essa il destino toccato - al di là dei confini nazionali tedeschi - alle altre importanti sentenze del *Bundesverfassungsgericht*: ovunque citate, di solito sparsamente lette, di rado studiate nella loro coinvolgente integralità.

3. - Intuibile è l'incidenza di questa impostazione sul problema che ne sollecitato l'impostazione.

Raffiguriamoci una situazione ipotetica. Un giorno la Corte di giustizia, in risposta ad un quesito proposto dal giudice italiano, statuisce che «il diritto comunitario osta all'applicazione di una norma nazionale, come l'art. 2909 del codice civile italiano». Nella fattispecie *de qua*, il giudice *a quo* nutre però il dubbio che questa statuizione leda l'autorità di

Stato ha escluso che si potesse prospettare alla Corte di giustizia un quesito pregiudiziale, in presenza di una statuizione della Corte costituzionale, che vincolava il giudice amministrativo all'applicazione di una certa norma, come modificata in funzione della tutela di un diritto fondamentale.

⁽²⁶²⁾ In questa direzione si possono leggere le conclusioni del ragionamento di H. HOFMANN, «*Souverän ist, wer über den Ausnahmezustand entscheidet*», in *Konstitutionalismus und Verfassungskonflikt*, Tübingen, 2006, p. 283 s.; ma in questo senso v. già le osservazioni di M. CARTABIA, *Principi inviolabili e integrazione europea*, cit., p. 137: «Detto diversamente, la dottrina dei 'controlimiti' è carica di una duplice valenza: da una lato essa segna i confini insuperabili da parte delle norme comunitarie e, in questo senso, si presenta come 'limite' all'integrazione europea; dall'altro, però, essa sollecita le istituzioni comunitarie a sviluppare un tessuto di valori comuni sul quale edificare l'unione europea e, in questo senso, la dottrina dei 'controlimiti' è il '*principium*' di una nuova dimensione dell'integrazione europea.

⁽²⁶³⁾ Cfr. Corte cost. n. 103 del 2008, in *Foro it.*, 2008, I [..].

cosa giudicata, così come ricostruita nell'ordinamento italiano e protetta dalla Costituzione italiana. Può egli sottrarsi di propria iniziativa all'univoco vincolo interpretativo che discende dalla decisione della Corte di giustizia? Sembrerebbe proprio di no.

Una operazione simile è stata compiuta dal Consiglio di Stato nel caso *Admenta Italia c. Federfarma* ⁽²⁶⁴⁾, addirittura evitando di rimettere la questione interpretativa alla Corte di giustizia. La differenza tra questa operazione e quella di prendere a picconate l'ordinamento comunitario è molto sottile, quasi ineffabile.

Niente di drammatico: il giudice deve prendere la penna in mano e scrivere una bella ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale, facendo valere che quest'ultima può essere investita, secondo la sua stessa giurisprudenza, «qualora la non applicazione della disposizione interna determini un contrasto, sindacabile esclusivamente dalla Corte costituzionale, con i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale ovvero con i diritti inalienabili della persona». Certo c'è da motivare - pur sempre nei limiti della non manifesta infondatezza - che il caso *de quo* integra questo contrasto. Ma ciò non dovrebbe costituire un onere argomentativo impossibile da assolvere: non ha detto forse la Corte costituzionale che l'attacco al giudicato viola le attribuzioni costituzionali dell'autorità giudiziaria cui spetta la tutela dei diritti e lede l'affidamento della parte vittoriosa sul carattere definitivo del risultato del processo? ⁽²⁶⁵⁾.

L'ultima parola sul punto, all'interno dell'ordinamento nazionale, spetta alla Corte costituzionale. E saranno certamente parole ricche di contenuto, in quell'auspicabile dialogo tra le corti, sia che la Corte costituzionale ravvisi questo contrasto, sia che non lo ravvisi.

Se la Corte costituzionale ravvisa questo contrasto, il giudice a *quo* deve sottrarsi al vincolo che discende dalla sentenza della Corte di giustizia e decidere la controversia di conseguenza. Per le parti del processo, la parentesi di diritto comunitario si chiude qui.

⁽²⁶⁴⁾ Cons. di Stato, 8 agosto 2005, n. 4207, cit.

⁽²⁶⁵⁾ Così, Corte cost. 7 novembre 2007, n. 364, cit.

L'illegittimità del giudicato per inosservanza del diritto dell'Unione europea può essere il presupposto per un procedimento di infrazione ex art. 226 Trattato CE dinanzi alla Corte di giustizia, promosso dalla Commissione o da altri Stati membri nei confronti dello Stato inadempiente ⁽²⁶⁶⁾.

La vicenda potrà avere una coda attraverso un tale procedimento di infrazione, ma in caso di accertamento della violazione, la conseguenza si limiterà al pagamento di una sanzione pecuniaria ex art. 228, comma 2 Trattato CE.

Se la Corte costituzionale non ravvisa il contrasto con i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale, il giudice a quo chiude la controversia seguendo le indicazioni della Corte di giustizia.

4. - Questa ipotetica vicenda potrebbe proseguire dinanzi alla Corte di Strasburgo, attraverso l'impugnazione della decisione giurisdizionale statale definitiva, poiché la garanzia del giudicato rientra fra quelle della tutela giurisdizionale dei diritti prevista dall'art. 6, comma 1 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Di nuovo: niente di drammatico. Le interferenze in questo triangolo giurisprudenziale in materia di tutela dei diritti fondamentali, che vede come vertici i giudici nazionali (specialmente le Corti costituzionali), la Corte di giustizia e la Corte europea dei diritti dell'uomo producono reciproco arricchimento. Devono essere solo razionalizzate e quindi inserite in una linea di sviluppo che nasce dal passato e si proietta verso il futuro.

⁽²⁶⁶⁾ Cfr. Corte giust. 9 dicembre 2003, C-129/00, *Commissione c. Italia*, in *Racc.* 2003: «l'inadempimento di uno Stato membro può essere in via di principio dichiarato ai sensi dell'art. 226 CE indipendentemente dall'organo dello Stato la cui azione o inerzia ha dato luogo alla trasgressione, anche se si tratta di un'istituzione costituzionalmente indipendente». Cfr., P. BIAVATI, *Inadempimento degli stati membri al diritto comunitario per fatto del giudice supremo: alla prova la nozione europea di giudicato*, cit, p. 63; sulla questione sostanziale sottesa alla pronuncia della Corte di giustizia, v. N. TROCKER, *La carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ed il processo civile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2002, p. 1171, p. 1214 ss.

Cfr. W. KAHL, in *EUV/EGV. Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta*, a cura di C. Calliess e M. Ruffert, 3^a ed., München, 2007, sub art. 10 CE, nota a margine n. 47;

Entra in gioco il significato progressivamente centrale che la convenzione europea dei diritti dell'uomo (e quindi la giurisprudenza della Corte di Strasburgo) ha assunto in materia di tutela dei diritti fondamentali nell'Unione europea.

Il problema di garantire la protezione dei diritti fondamentali a livello comunitario si pone già con l'avvio del cammino costituzionale della Corte di giustizia.

È infatti l'affermazione dei principi dell'efficacia diretta e del primato del diritto comunitario negli ordinamenti giuridici degli Stati membri che solleva il problema di assicurare garanzie nei confronti dell'esercizio di poteri così incisivi da parte delle istituzioni comunitarie.

Se è vero infatti che l'esercizio di tali poteri è originariamente al servizio dell'integrazione economica, è altrettanto vero che esso rende inevitabile il superamento della esclusiva dimensione economica del processo di integrazione europea, in direzione della fondazione di una *Grundrechtsgemeinschaft* ⁽²⁶⁷⁾.

Nello sviluppare lo standard di tutela dei diritti fondamentali come componente dei principi generali del diritto comunitario, la Corte di giustizia delle comunità europee – come già detto – ha fin dall'inizio richiamato la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, nonché le tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri ⁽²⁶⁸⁾.

Questa evoluzione, che muove fundamentalmente dalla sentenza *Stauder* della Corte di giustizia nel 1969 ⁽²⁶⁹⁾ e culminerà nell'attribuzione dello stesso valore giuridico dei trattati alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea

⁽²⁶⁷⁾ Cfr. A. VON BOGDANDY, *Grundrechtsgemeinschaft als Integrationsziel?: Grundrechte und das Wesen der Europäischen Union*, in *Juristenzeitung*, JZ, 56(2001), p. 157-171; M. CARTABIA, *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione europea*, in *I diritti in azione*, a cura di M. Cartabia, Bologna, 2007, p. 13.

⁽²⁶⁸⁾ Questi due elementi sono oggi esplicitamente nominati dall'art. 6, comma 2° Trattato UE: «L'Unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario».

⁽²⁶⁹⁾ Corte di giustizia, 12 novembre 1969, causa 29/1969, *Stauder*. La Corte dice semplicemente che i diritti fondamentali della persona fanno parte dei principi generali del diritto comunitario, di cui essa garantisce l'osservanza.

(²⁷⁰) è da considerare con grande favore, ma solleva delicati problemi di coordinamento tra la giurisprudenza della Corte di giustizia e la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.

La Corte del Lussemburgo consolida il suo ruolo di giudice dei diritti e delle libertà fondamentali, non solo economiche, e così ingaggia inevitabilmente un confronto con la Corte di Strasburgo. Si produce così una commistione tra i due sistemi di tutela dei diritti dell'uomo, in cui i singoli interventi delle due Corti tendono ad intrecciarsi.

È sorto quindi il problema se il coordinamento tra le due grandi Corti europee debba essere affidato al libero confronto dei loro orientamenti giurisprudenziali o se invece esso debba essere agevolato dall'introduzione di uno strumento di ordine formale.

Con il trattato che adottava una Costituzione per l'Europa è stata imboccata la seconda direzione, con la previsione dell'adesione dell'Unione europea al Convenzione dei diritti dell'uomo. La scelta è stata confermata dal Trattato di Lisbona, che l'ha però sottoposta ad alcuni inasprimenti procedurali, tra cui campeggia la necessità che la delibera di adesione, che il Consiglio è chiamato ad adottare all'unanimità, sia ratificata dagli Stati membri.

Un rapido sguardo alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo rivela una tendenza ad intensificare il controllo degli atti comunitari, sebbene lo sviluppo non presenti un carattere lineare. Finora la Corte europea dei diritti dell'uomo ha evitato infatti di pronunciare una parola chiara e definitiva sulla sottoposizione degli atti comunitari al suo controllo (²⁷¹).

5. - Si può azzardare una prognosi dell'impatto sullo *status quo* delle due modifiche apportate all'art. 6 del Trattato sull'Unione europea (l'attribuzione dello stesso valore giuridico dei trattati alla Carta dei diritti fondamentali; l'adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea dei diritti

(²⁷⁰) Attraverso le modifiche apportate all'art. 6, comma 1° del Trattato UE ad opera del Trattato di Lisbona.

(²⁷¹) Importante in questo quadro è Corte europea diritti dell'uomo, 30 giugno 2005, *Bosphorus Hava Yollary Turizm ve Ticaret Anonim Sirketi c. Gov. Irlanda*, in *Riv. dir. internaz.*, 2005, p. 778 ss., nonché in *Corriere giur.*, 2005, p. 1587 ss.

dell'uomo). Ciò consente di inserire il punto attuale nella linea evolutiva del sistema di protezione dei diritti fondamentali in ambito europeo.

A tale proposito si possono forse anticipare le alternative fondamentali:

a) il consolidamento di un sistema parallelo di protezione dei diritti fondamentali, imperniato sulle due Corti europee, nel cui seno si svilupperanno processi di convergenza sul contenuto delle garanzie, oppure

b) l'evoluzione verso un sistema tendenzialmente monistico di protezione dei diritti fondamentali, sotto l'egida della Corte europea dei diritti dell'uomo.

La seconda alternativa solleva evidentemente un delicato problema di ridefinizione del ruolo della Corte di giustizia, che però non è un motivo per qualificare *a priori* come non plausibile tale sviluppo. Si potrebbe pensare infatti di congegnare il rapporto tra le due Corti in termini di sussidiarietà dell'intervento della Corte di Strasburgo in materia di tutela dei diritti fondamentali.

Alla Corte di Lussemburgo spetterebbe in ogni caso di presidiare il rispetto delle sfere di competenza tra Unione europea e Stati membri. Si prospetterebbe così il modello di una Corte dei poteri in Lussemburgo e di una Corte dei diritti (in ultima istanza) a Strasburgo.

Fattore propulsivo dello sviluppo di questo modello sarebbe la tensione e l'intreccio tra i problemi relativi al rispetto delle sfere di competenza dell'Unione europea e degli Stati membri e i problemi relativi al rispetto dei diritti fondamentali degli individui ⁽²⁷²⁾.

⁽²⁷²⁾ In tema, R. BIN, P. CARETTI, *Profili costituzionali dell'Unione europea*, Bologna, 2005; M. CARTABIA (a cura di), *I diritti in azione*, Bologna, 2007; K. GEBAUER, *Parallele Grund- und Menschenrechtsschutzsysteme in Europa?: ein Vergleich der Europäischen Menschenrechtskonvention und des Straßburger Gerichtshofs mit dem Grundrechtsschutz in der Europäischen Gemeinschaft und dem Luxemburger Gerichtshof*, Berlin, 2007; R. STREINZ, C. OHLER, C. HERRMANN, *Der Vertrag von Lissabon zur Reform der EU: Einführung mit Synopse*, 2^a ed., München, 2008; A. VON BOGDANDY, *Grundrechtsgemeinschaft als Integrationsziel*, in *JZ*, 2001, p. 157 ss.; J.H.H. WEILER, *Fundamental Rights and Fundamental Boundaries: On Standards and Values in the Protection of Human Rights* (1995), ora in lingua italiana in *La Costituzione dell'Europa*, Bologna, 2003; J. ZILLER, *Il nuovo trattato europeo*, Bologna, 2007.

Conclusioni

1. - È giunto il punto di formulare qualche osservazione conclusiva.

La tradizione dell'epoca moderna ci ha consegnato l'immagine di una pronuncia giudiziale che, come *lex specialis*, conforma l'ordinamento nel caso concreto. In altri termini, la tradizione ci ha consegnato l'immagine di un giudicato che guarda l'ordinamento ad altezza d'occhio: *sententia facit ius*.

Questa idea è rafforzata e trova in un certo senso un coronamento nelle teorie che nel secolo XX hanno risolto l'intero ordinamento giuridico nella giurisdizione. Si ricordi in Germania il pensiero di Julius Binder ⁽²⁷³⁾, in Italia quello di Alessandro Pekelis ⁽²⁷⁴⁾ e Salvatore Satta: l'unica realtà giuridica è il concreto; il concreto si determina solo nel processo ⁽²⁷⁵⁾.

Peraltro, l'autorità del giudicato ha sempre conosciuto delle eccezioni, attraverso i mezzi di impugnazione straordinari.

Il giudicato si inserisce poi nella dimensione temporale. Un'idea presente fin dall'inizio della riflessione, ma rimasta per lungo tempo - per così dire - «sotto traccia»: una prospettiva tutto sommato marginale, quasi un'appendice della teoria del giudicato.

È quasi banale osservare che la stabilità della decisione giurisdizionale della controversia è chiamata a misurarsi con gli eventi sopravvenuti, ma quella lunga e paziente «marcia sul posto» dei problemi fondamentali che è l'attività di ricerca legge in quella osservazione una prospettiva feconda.

Dietro all'idea di un giudicato che non può fraporsi al divenire dell'ordinamento, c'è già il ridimensionamento della iperbole del giudicato che guarda l'ordinamento ad altezza d'occhio, c'è la scoperta o la riscoperta di ciò che è naturale: l'ordinamento, o gli ordinamenti, in cui il giudicato si inserisce

⁽²⁷³⁾ Cfr. J. BINDER, *Prozess und Recht*, Leipzig, 1927.

⁽²⁷⁴⁾ Cfr. A. PEKELIS, *Il diritto come volontà costante*, Padova, 1930, p. 158 ss., p. 160.

⁽²⁷⁵⁾ Cfr. S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, I, Milano, 1959, *passim*.

ed entra in circolazione possono conformare e dimensionare quest'ultimo, molto più di quanto il singolo ordinamento sia conformato dai giudicati che si producono al suo interno.

Così come lo scopo che si ascrive al processo civile può dare dimensione al giudicato.

Primo esempio: l'approfondimento sempre più frequente dell'esperienza comparatistica. Essa rivela che esistono molte immagini diverse del giudicato, quanto a spiegazione della sua natura e del suo modo di operare, quanto a grado di stabilità, quanto a limiti.

In altri termini, i vari ordinamenti nazionali conformano e dimensionano il giudicato.

Secondo esempio: la tutela giurisdizionale dei diritti si realizza oggi innanzitutto attraverso l'efficacia imperativa del provvedimento giurisdizionale e non culmina necessariamente nel giudicato. Il carattere essenziale della giurisdizione non è da individuare nel giudicato, bensì nel fatto che l'applicazione giurisdizionale del diritto si sostituisce d'autorità all'applicazione compiuta dai soggetti dell'ordinamento e non può essere oggetto di controllo, se non da parte di un altro organo giurisdizionale. Il giudice conserva quindi il potere di dire l'«ultima parola», anche se si tratta sempre più frequentemente di una parola provvisoria, non definitiva, (come quella che è pronunciata attraverso un provvedimento sommario), esposta ad essere modificata o revocata da una successiva.

Tali sviluppi battono in breccia l'idea che la tutela giurisdizionale dei diritti debba necessariamente sfociare in un accertamento con autorità di cosa giudicata. Questa idea è un riflesso della concezione che vede lo scopo del processo essenzialmente nell'attuazione del diritto oggettivo nel caso concreto. Vedere nella amministrazione della giustizia una funzione essenziale propria dello Stato moderno al servizio della realizzazione della volontà della legge, con i crismi della relativa incontestabilità sul piano del diritto sostanziale e nel corso dei futuri processi, significa rendersi interpreti di una tradizione alta e ricca di prestigio, ma significa altresì relegare piuttosto sullo sfondo l'utilità che gli individui si ripromettono di conseguire nel momento in cui intraprendono un processo. Tale utilità campeggia viceversa nella concezione della

giustizia civile come servizio pubblico rivolto alla composizione delle controversie. Dominante in questa prospettiva è proprio l'utilità aspirata da chi agisce in giudizio, che non si consegue necessariamente solo attraverso un'attuazione della giurisdizione culminante nel giudicato.

Il cambiamento nella percezione dello scopo del processo civile conforma e dimensiona il giudicato.

Terzo esempio, tratto dal tema oggi di moda delle azioni collettive. Il giudicato può avere un oggetto variabile e giudizialmente determinabile in concreto, in dipendenza della distinzione tra questioni comuni e questioni individuali ai fini dell'accertamento dei singoli crediti risarcitori. Anche tale distinzione, dà dimensione al giudicato. Tale dimensionamento non è che uno dei tanti riflessi dell'applicazione del canone di proporzionalità nell'impiego delle risorse giudiziali, che suggerisce di configurare la disciplina delle cause seriali di massa all'esito di un bilanciamento di valori, che colloca su un piatto della bilancia gli elementi che sorreggono il modello tradizionale di tutela giurisdizionale dei diritti nel singolo processo (in particolare, contraddittorio, effettività della tutela, giudicato), e sull'altro piatto l'efficienza dell'amministrazione della giustizia, che sorregge la tutela giurisdizionale dei diritti nell'insieme dei processi o in una classe di essi ⁽²⁷⁶⁾.

Ultimo esempio, quello oggetto di questo studio: i rapporti tra pronunce delle corti europee e giudicati nazionali.

Tradizionale è l'idea del giudicato come definitiva manifestazione della volontà concreta della legge statale. Il sovrapporsi a quello nazionale dei piani di normatività internazionale e sovranazionale, affidati al controllo di corti giudiziarie, impone di inserire il giudicato in questa nuova dimensione, ma la tensione si compone entro linee che vengono dal passato e individuano una prospettiva anche per il futuro.

Gli esiti dell'indagine sono, dopo tutto, tranquillizzanti: niente sconvolgimenti rispetto al passato, almeno rispetto a quel passato recente che ha visto l'ingresso della dimensione

⁽²⁷⁶⁾ Per un più ampio discorso sul punto, si rinvia a R. CAPONI, *Processo civile e nozione di controversia «complessa»: impieghi normativi*, in *Foro it.*, 2009, V, 136.

costituzionale, ma certamente un notevole sviluppo di quelle linee anteriori.

Anzi, sotto certi aspetti la dimensione internazionale e sovranazionale è comprensibilmente ancora arretrata rispetto alle migliori soluzioni cui sono pervenuti gli ordinamenti nazionali. Valgano due esempi.

In primo luogo, l'impatto della pronuncia della Corte di Strasburgo sul giudicato civile anteriore è inferiore rispetto a quello che deve essere, secondo lo standard che è proprio di un ordinamento a costituzione rigida, protettivo dei diritti fondamentali dell'individuo, in cui gli atti dei pubblici poteri (ivi compresi quelli dei giudici comuni) sono sottoposti ad un controllo di costituzionalità *ex post* da parte di una Corte costituzionale. È il modello della *Verfassungsbeschwerde* tedesca, che ci avverte della presenza di una lacuna nell'ordinamento italiano.

In secondo luogo, attende ancora di presentarsi dinanzi alla Corte di giustizia il caso dell'accordo delle parti consapevolmente e volontariamente diretto - attraverso il giudicato - ad evitare l'applicazione del diritto comunitario nella fattispecie. Anche questa variante di cedimento del giudicato non sarebbe una novità, ma si inserirebbe in una lunga tradizione storica diretta a colpire la collusione delle parti in danno di terzi (art. 404, comma 2 c.p.c.) o in frode alla legge (art. 397, n. 2 c.p.c.).

Per il resto, niente di completamente nuovo sotto il sole.

Non è nuova, nemmeno nell'ordinamento italiano, l'esigenza di proteggere la sfera di diritti e di attribuzioni degli individui e degli organi costituzionali dagli effetti lesivi di un giudicato incostituzionale, attraverso l'impugnazione di quest'ultimo da proporre entro un termine perentorio ragionevolmente breve (*Lucchini*).

Non è nuova l'idea che il giudicato ceda quando sopravvengano effetti retroattivi più favorevoli al soggetto privato di quelli conseguiti con il precedente giudicato nei confronti di un organismo di diritto pubblico (*Kühne & Heitz*).

In tutti gli altri casi diversi da quelli appena elencati, vale il principio della intangibilità del giudicato, che è confermato dagli orientamenti della Corte di giustizia, pur con

la restrizione della proiezione temporale del giudicato nei rapporti di durata (caso *Olimpiclub*).

In estrema sintesi, le nuove prospettive sul giudicato non ce lo svelano come debole, ma solo riproporzionato, dimensionato dalla realtà che gli sta accanto.

Benvenuto è questo nuovo discorso sul giudicato, che lo liberi dal suo tradizionale manto metafisico.