

Il giudicato pregiudicato? Dalla certezza alla flessibilità (versione provvisoria)

di

Giovanni Serges

1. Giurisdizione e sovranità. – 2. Organizzazioni internazionali e sovranazionali, crisi della sovranità e crisi della giurisdizione. -3. Il giudicato espressione della giurisdizione. - 4. Profili problematici del giudicato: a) giudicato e legislatore; b) giudicato e illegittimità costituzionale. - 5. L'incremento del ruolo della giustizia internazionale e sovranazionale in conseguenza della maggior penetrazione della CEDU e del Diritto dell'Unione. -6. Il giudicato e le due Corti europee. – 7. Violazioni convenzionali accertate dalla Corte Edu e giudicato interno. – 8. Le reazioni dell'ordinamento italiano al problema del rapporto tra pronunzie della Corte Edu e giudicato: il ruolo della Cassazione. - 9. Il contributo della giurisprudenza costituzionale: la sentenza n. 113 del 2011, la flessione dell'intangibilità del giudicato e l'introduzione della "revisione europea". -10. I problemi irrisolti dall'intervento della Corte costituzionale: a) i rapporti tra sentenze della Corte Edu e giudicati interni su norme penali sostanziali; b) il problema dei c.d. "fratelli minori". – 11. La sentenza 210 del 2013 : il valore del giudicato e il suo bilanciamento con opposti valori. – 12. Il rapporto tra sentenze della Corte Edu e il giudicato civile e amministrativo. – 13. Giudicato della Corte Edu, giudicato amministrativo e "revocazione": la sentenza 123 del 2017 della Corte costituzionale. -14. Il rapporto tra giudicato interno e decisioni della Corte di giustizia dell'Unione: l'autonomia processuale degli Stati membri ed il suo limite nei principi di effettività ed equivalenza del diritto eurounitario. – 15. Il tortuoso percorso giurisprudenziale della Corte di Giustizia. – 16. Qualche sintetica (e provvisoria) conclusione.

1. Giurisdizione e sovranità.

Il binomio sovranità-giurisdizione costituisce certamente un tratto caratteristico dello Stato moderno. L'affermazione della sovranità come potere supremo, originario ed incondizionato di cui è titolare solo lo Stato reca con sé, inevitabilmente, la riconduzione allo Stato anche della intera giurisdizione e, con essa, della esclusiva statualità delle regole procedurali e dell'esercizio della funzione mediante giudici istituiti solo dallo Stato. L'affermazione della giurisdizione come monopolio esclusivo dello Stato scaturisce proprio dall'esigenza di assicurare certezza ed uniformità alla disciplina del processo all'interno dell'ambito territoriale in cui si esercita il potere sovrano, perché in tal modo al giudice, espressione e diretta emanazione dell'autorità sovrana, spetterà in via esclusiva l'attuazione autoritativa della legge al caso concreto. Un'attuazione che vede momenti diversi a seconda dell'oggetto di volta in volta sottoposto all'esame del giudice statale, che si tradurrà nelle varie forme di processo. Nel processo penale si individueranno gli strumenti attraverso cui si imporrà la pretesa punitiva dello Stato nei confronti di comportamenti considerati reati dall'ordinamento; nel processo civile si individueranno gli strumenti per l'attuazione della volontà legislativa ai rapporti controversi tra i vari soggetti dell'ordinamento, e, conseguentemente, sarà la sentenza ad esprimere la volontà della legge nel singolo caso; nel processo

amministrativo, infine (un processo che gradatamente si rafforza, almeno nel nostro ordinamento in concomitanza con l'incremento e la diffusione dei compiti dell'amministrazione pubblica) saranno destinati a convivere strumenti di annullamento degli atti del pubblico potere, di controllo dunque della legalità dell'azione amministrativa, con altri nei quali il tratto caratteristico si interseca e si sovrappone al processo civile traducendosi in un giudizio sul rapporto dedotto in giudizio.

2. *Organizzazioni internazionali e sovranazionali, crisi della sovranità e crisi della giurisdizione.*

Ma la sovranità dello Stato è oggi messa in crisi, erosa – come usa dirsi- in ragione di una molteplicità di fattori che è difficile non solo riassumere sinteticamente ma anche cogliere fino in fondo nella loro complessità. Da una parte è l'apertura dello Stato verso organizzazioni internazionali e sovranazionali, lo slancio verso il superamento della dimensione ristretta ai soli confini nazionali che implica inevitabilmente una cessione di porzioni di sovranità, una cessione potrebbe dirsi consapevole nel momento in cui essa viene politicamente decisa ma di cui non sempre riescono a cogliersi preventivamente gli esiti ed i successivi sviluppi; dall'altra la spinta determinata dal fenomeno della così detta globalizzazione – un fenomeno, a sua volta, complesso e per molti versi sfuggente ma non per questo meno incisivo – che fatalmente incide sulla dimensione territoriale dello Stato e dunque comporta ricadute sui tratti caratteristici della sovranità. Proprio nell'ambito delle organizzazioni internazionali e sovranazionali si annida oggi il fenomeno se non di più consistente erosione della sovranità quanto meno di un continuo confronto, di una sovrapposizione di piani che costringe lo Stato nazionale a rapportarsi con un fenomeno che mette in crisi, in primo luogo, la stessa esclusività dello Stato nella produzione del diritto. Ed alla crisi della sovranità statale corrisponde, potrebbe dirsi, inevitabilmente la crisi della giurisdizione che di quella sovranità costituisce l'espressione. La proliferazione di giurisdizioni di vario tipo e genere, in particolar modo di quelle cui è affidata la tutela di carte dei diritti create attraverso trattati internazionali costituisce un fenomeno che impone alla giurisdizione statale di confrontarsi e coordinarsi con un potere che sta al di fuori dello Stato e che, sovente, esige proprio la collaborazione del giudice nazionale per raggiungere in pieno le finalità per le quali è stato creato dalla comune volontà degli Stati. Un potere, dunque, che finisce per insinuarsi nelle pieghe della giurisdizione statale facendo affiorare temi e problemi che al momento della sua creazione era difficile prevedere in tutta la loro concreta portata.

3. *Il giudicato espressione della giurisdizione.*

A sua volta la crisi della giurisdizione reca con sé la crisi di quell'istituto – il giudicato - che di quella funzione rappresentava un tratto essenziale e qualificante.

L'affermazione della *res judicata* è infatti, storicamente, frutto, diretta espressione, della statualità della giurisdizione perché fa seguire alla affermazione della legge operata dal giudice nel caso concreto, la immutabilità di quella decisione.

Il carattere imperativo della decisione del giudice statale, espressione, a sua volta, dell'imperatività dell'atto legislativo, richiede che quella decisione assuma il carattere della definitività "faccia stato a ogni effetto tra le parti, i loro eredi e aventi causa" secondo la icastica espressione contenuta nel art. 2909 c.c..

La sentenza, insomma, rappresenta la giusta applicazione della legge al caso concreto e in quanto tale necessità della stabilità della decisione. E tuttavia l'esigenza della certezza del bene della vita che si consacra nel giudicato e che, dunque, sta al fondo della stabilità si deve coniugare con il valore della verità cosicché, tendenzialmente, ogni ordinamento ammette che la stabilità del risultato possa venir meno in casi rigorosamente predeterminati e tassativi. Si tratta, come è noto, dei mezzi di impugnazione straordinari, rimedi con i quali è possibile far valere ora gli errori di fatto, ora le ipotesi di dolo del giudice, ora la grave violazione di norme processuali. Il giudicato assume allora un carattere, per così dire relativo, destinato a cedere di fronte all'esigenza che il valore della certezza non comprometta quello del perseguimento della verità e della giustizia.

Ma si tratta pur sempre di una relatività, frutto "della ponderazione e del bilanciamento tra i due valori in una società retta dal diritto" (Modugno) che non mette in discussione la ragione di fondo dell'istituto ossia l'applicazione della legge al caso concreto e l'affermazione della volontà del legislatore contenuta nella sentenza, bensì ne attenua il rigore assoluto consentendo, entro limiti puntualmente delimitati, il cedimento della stabilità della decisione giudiziale.

4. Profili problematici del giudicato: a) giudicato e legislatore; b) giudicato e illegittimità costituzionale.

Quando però si allude alla crisi del giudicato si intende far riferimento ad un fenomeno ben più complesso, all'interno del quale possono anche emergere problemi di insufficienza della disciplina processuale relativa ai mezzi di impugnazione straordinari, ma che si sviluppa in una dimensione ben più ampia e articolata.

Vi è, in primo luogo, il rischio che la compromissione del giudicato avvenga per linee tutte interne all'ordinamento, provenga in altri termini, dalle stesse decisioni del legislatore. Assumono, in questa prospettiva, un ruolo certamente di grande rilievo sia gli interventi di carattere retroattivo, sia quelli contenuti nelle leggi di c.d. interpretazione autentica, dietro le quali si cela, sovente, proprio la volontà di scardinare i giudicati. Si tratta di un tema particolarmente dibattuto in dottrina e sul quale si è sedimentata una giurisprudenza costituzionale che non sempre ha brillato per coerenza di indirizzo ed adeguatezza delle soluzioni di volta in volta individuate. È pur vero che in taluni casi l'intervento legislativo diretto ad incidere direttamente sulle pronunzie coperte da giudicato è stato ritenuto costituzionalmente illegittimo (ad es. 209/10), ma è altrettanto vero che in altri casi la posizione del giudice delle leggi non è parsa ugualmente chiara nella tutela della irrevocabilità delle sentenze rispetto all'attività legislativa. La resistenza del giudicato, in questo caso, si confronta con la ragionevolezza dell'intervento legislativo, con il bilanciamento dei principi e dei valori in campo e può scontare, in alcuni casi, una posizione di maggior

debolezza anche in considerazione della sua mancata esplicita copertura costituzionale. Non mancano, per la verità, argomenti perché al giudicato possa essere riconosciuta rilevanza costituzionale – come in altra occasione ho avuto modo di sostenere – ma la sua resistenza ad eventuali rischi di erosione ad opera del potere legislativo si manifesta oggi, nella giurisprudenza costituzionale, attraverso il richiamo ora al principio della irretroattività della legge penale, ora in riferimento al valore della certezza ed alla tutela dell'affidamento filtrati dal principio di ragionevolezza, ora quale conseguenza della tutela della sfera di attribuzioni del potere giudiziario.

In secondo luogo il tema della problematica sopravvivenza del giudicato affiora con maggior evidenza con riferimento alla dichiarazione di illegittimità costituzionale di disposizioni di legge in forza delle quali si è formato il giudicato. È noto come l'ordinamento abbia apprestato il rimedio della cessazione degli effetti in riferimento ad una sentenza penale di condanna, circoscrivendo così alla sola – per quanto indefettibile – tutela del bene della libertà personale gli effetti dello scontro tra il valore racchiuso nel giudicato ed il piano della legittimità costituzionale. Gli “altri” giudicati rimangono intangibili così confermandosi che l'ordinamento, nel suo complesso, guarda al giudicato come ad un valore che esprimendo, ad una, l'esigenza della certezza e l'imperatività del ruolo della legge realizzata per il tramite della giurisdizione, deve essere preservato nella misura massima possibile. Certo il limite dei “rapporti esauriti” insuscettibili di essere toccati dalla dichiarazione di illegittimità potrebbe essere messo in crisi – come è stato acutamente rilevato (Caponi) - ove la sentenza costituzionale fosse diretta a colpire con la sanzione dell'annullamento proprio le norme che disciplinano la formazione della cosa giudicata, ma si tratta con evidenza di una ipotesi estrema, di una situazione limite che non intacca il principio della valenza circoscritta ai soli effetti della condanna penale incidenti sulla libertà personale.

5. L'incremento del ruolo della giustizia internazionale e sovranazionale in conseguenza della maggior penetrazione della CEDU e del Diritto dell'Unione. -6. Il giudicato e le due Corti europee.

In terzo luogo – e si tratta del profilo che oggi si presenta, potrebbe dirsi, come assorbente – la crisi del giudicato si manifesta soprattutto in relazione alle esigenze che discendono dagli strumenti di tutela della legalità internazionale e sovranazionale. È naturale che il pensiero qui si rivolga in primo luogo ai rapporti con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo ed a quelli con l'Unione europea ed alle relative Corti (Corte Edu e Corte di Giustizia) cui è affidata, rispettivamente, la tutela effettiva e concreta del sistema di protezione dei diritti e l'uniformità dell'interpretazione del diritto prodotto dall'Unione e direttamente applicabile nei singoli ordinamenti aderenti.

Due ordinamenti diversi e due Corti con poteri e funzioni assai diverse ma entrambi destinati a rapportarsi, ad incontrare, i diritti e le corti nazionali in una misura che, verosimilmente, non era completamente prevedibile al momento della loro creazione.

Il ruolo e l'incidenza delle due Corti si è progressivamente rafforzato per una molteplicità di ragioni che possono qui solo ricordarsi in via di estrema sintesi.

Il riconoscimento alla CEDU di una posizione particolare nel nostro sistema delle fonti, frutto congiunto della previsione del rispetto degli obblighi internazionali introdotta dall'art 117, 1° c. e della interpretazione operata dal giudice delle leggi con le storiche "sentenze gemelle" del 2007, ha conferito una protezione particolare alla Convenzione quale "norma interposta" tra la Costituzione e la produzione legislativa ordinaria. La Convenzione è "penetrata" dunque nell'ordinamento italiano con una forza fino a quel momento, potrebbe dirsi, inespresa e il ricorso ai principî in essa contenuti ha conosciuto una nuova stagione incrementando, fatalmente, il rapporto tra giudici nazionali e Corte Edu che del rispetto del catalogo di quei diritti è la prima custode.

A sua volta, la Corte di Giustizia dell'Unione ha visto rafforzato ed esteso il proprio ruolo in corrispondenza con l'incremento della produzione normativa dell'Unione e con le correlative esigenze dei giudici nazionali di risolvere, mediante le pronunce interpretative connesse allo strumento del rinvio pregiudiziale, i conflitti con il diritto interno.

6. *Il giudicato e le due Corti europee.*

Si sono così aperti nuovi scenari ed il giudicato nazionale ha dovuto cominciare a fare i conti, gradualmente, sia con le pronunzie della Corte Edu con la quale si individuavano violazioni della Convenzione in riferimento a processi ormai definiti con sentenza irrevocabile, sia con le pronunzie della Corte di Giustizia che individuavano una diversa interpretazione del diritto dell'Unione rispetto a quella fatta propria da molti giudici in processi anch'essi definiti con decisione passata in giudicato. Si è opportunamente sottolineato che la "tensione e il conflitto tra giudicati nazionali, da un lato, e decisioni delle corti internazionali e delle due corti europee, dall'altro, è piuttosto il frutto della evoluzione dei rapporti reciproci tra ordinamenti nazionali e ordinamenti ultrastatali"(Caponi), una evoluzione, potrebbe aggiungersi, che ha messo completamente a nudo, in fondo, l'assenza di una qualsiasi previsione sul tema dei rapporti tra i giudicati. L'assenza di uno strumento di raccordo tra la stabilità della decisione coperta dalla *res judicata* e il sopravvenire di pronunzie che incidono sul diritto legislativo che sta alla base di quelle pronunzie, di uno strumento, insomma, simile a quello che regge oggi il rapporto tra dichiarazione di illegittimità costituzionale e sentenza irrevocabile si profila come un vero e proprio nervo scoperto nei rapporti tra giudicato e Corti europee.

Non è un caso allora che proprio questo tema sia il terreno sul quale si misurano oggi i problemi del giudicato, ossia il terreno del rapporto con la sempre più estesa presenza di giurisdizioni che stanno fuori dal circuito della giurisdizione statale, che potremmo dire accerchiano il monopolio della giurisdizione e che spesso si presentano "fungibili" tra loro. Si tratta insomma di comprendere come si presentino oggi questi rapporti e quali siano le prospettive di future evoluzioni.

Ed, ancora, non è un caso che questo tema, trovandosi al crocevia di questioni che investono una pluralità di piani, da quello della legittimità costituzionale e quello

della sovranità e dei rapporti interordinamentali, dalle esigenze di tutela dei diritti ai sistemi processuali, abbia finito per coagulare un interesse straordinario e “trasversale” degli studiosi quale raramente si è prodotto negli ultimi anni nella scienza giuridica. Interventi di costituzionalisti, di internazionalisti, di studiosi del diritto processuale, di penalisti, di amministrativisti hanno caratterizzato quanto meno gli ultimi dieci anni di riflessione intorno a questo tema con una ricchezza di analisi difficile da ridurre ad unità.

Converrà allora soffermarsi sui punti essenziali per chiarire il quadro che oggi si presenta.

È necessario precisare preliminarmente che il problema degli effetti che la pronuncia delle due Corti produce a contatto con il giudicato interno si presenta con caratteri molto diversi in relazione alle decisioni della Corte Edu e della Corte di Giustizia per la semplice ragione che radicalmente diversi risultano non solo i compiti affidati alle due Corti nei rispettivi ordinamenti ma anche, e soprattutto, profondamente diversi sono i presupposti e le condizioni dai quali esse muovono. Non mancano tuttavia, punti di contatto, elementi di convergenza, alcuni dei quali suscettibili di sviluppi tali da rendere comunque proficua una prospettiva di confronto.

7. Violazioni convenzionali accertate dalla Corte Edu e giudicato interno

Il ricorso alla Corte Edu può essere proposto da un soggetto privato (persona fisica o giuridica) per reagire ad una violazione di un diritto assicurato dalla Convenzione (e nei suoi protocolli) dopo l'esaurimento dei rimedi giurisdizionali interni entro un termine preciso. Così configurato il meccanismo, la collisione con il giudicato sembra in realtà assumere un carattere, per così dire, fisiologico rispetto ad una pronuncia della Corte di Strasburgo la quale, appunto, può essere adita solo in presenza di un giudicato interno. La violazione della Convenzione invocata può naturalmente riguardare sia una norma sostanziale sia una norma processuale rispetto alla quale si sostenga essere avvenuta, nell'ordinamento interno, la violazione di uno dei diritti garantiti dalla Convenzione. È pur vero che si ammette l'ipotesi di un ricorso che prescindendo dalla formazione del giudicato interno, ma si tratta di una ipotesi circoscritta alla rara circostanza in cui non vi sia giurisdizione (e, magari, vi siano sentenze proprio sulla carenza di giurisdizione) ovvero si sia formato un indirizzo giurisprudenziale consolidato che rende impraticabile o inutile la via di un ricorso ad un giudice nazionale. Ma anche in questa circostanza verrebbe comunque a configurarsi una situazione di conflitto tra la eventuale decisione della Corte europea e pronunzie giurisdizionali interne divenute irrevocabili che negano quel diritto eventualmente riconosciuto dai giudici di Strasburgo.

La decisione della Corte Edu accerta la violazione ed assume dunque una efficacia dichiarativa che impone allo Stato parte del giudizio di “conformarsi alle sentenze definitive della Corte sulle controversie nelle quali sono parti” (art. 46, comma 1, della CEDU).

Si tratta di un obbligo che investe nel suo complesso lo Stato e che dunque coinvolge tutti i poteri pubblici, ivi compreso ovviamente il potere giudiziario.

Dunque la decisione della Corte europea, fatta eccezione per la possibile condanna alle spese processuali ed all'equa riparazione, contiene una condanna dello Stato che da quel momento per poter rispettare la Convenzione deve adottare le conseguenti misure, ma nulla prevede in ordine a siffatte misure ed alle modalità con cui debba rimediarsi alla accertata violazione. È pur vero che una modifica all'art. 46, operata con il protocollo n. 14 (entrato in vigore nel 2010), si è preoccupata di operare un chiarimento in ordine alla concreta esecuzione delle sentenze prevedendo sia la possibilità che il Comitato dei Ministri possa richiedere alla Corte una pronunzia interpretativa in ordine alla effettiva portata della pronunzia, sia la possibilità che sia lo stesso Comitato a inviare una richiesta ultimativa allo Stato perché provveda, ma in realtà nessuna di queste misure è in grado di risolvere la questione relativa alle concrete modalità con le quali la sentenza può trovare effettiva esecuzione.

Da qui un certo attivismo della stessa Corte Edu che, quanto meno a partire dal primo decennio degli anni 2000 ha iniziato a dar corpo ad una giurisprudenza che, sovente, si fa carico sia di indicare le misure specifiche da adottare relative alla questione risolta nel singolo caso, sia le misure di carattere generale quando la violazione accertata è frutto di carenze riferibili al sistema processuale o al diritto sostanziale presenti dell'ordinamento interno.

Quanto alle prime è proprio la rimozione del giudicato ad essere indicata dalla Corte, tra le altre, quale misura necessaria per assicurare la *restitutio in integrum* del ricorrente vittorioso (Sent. 18.05.2004 caso *Somogy c. Italia*), mentre per le seconde (in forza dell'art. 61, comma 5 del proprio Regolamento di procedura che, in realtà, consolida una prassi già emersa con una certa frequenza) si viene affermando la linea di emanare sentenze "pilota" che hanno lo scopo duplice di accertare una violazione ripetuta e di indicare, al tempo stesso, le misure di carattere generale da adottare, rispetto alle quali – come è stato esattamente osservato - si pone strutturalmente "*un problema di incisione sui giudicati paralleli a quelli che hanno dato vita alla decisione pilota*"(Corvaja).

8. *Le reazioni dell'ordinamento italiano al problema del rapporto tra pronunzie della Corte Edu e giudicato: il ruolo della Cassazione.*

Si tratta ora di vedere come ha reagito l'ordinamento italiano agli impulsi che provengono dalla Corte Edu, tenendo presente, in primo luogo, che un problema di rapporto tra sentenze della Corte e giudice italiano si pone, soprattutto (ma non esclusivamente), nell'ambito del giudizio penale, per via della più sensibile incidenza di alcuni tra i diritti riconosciuti nell'ambito della CEDU sia sul diritto penale sostanziale che, soprattutto, su quello processuale.

È poi di tutta evidenza che la reazione dell'ordinamento al conflitto tra sentenza della Corte europea e giudicato interno è condizionata dai rapporti tra la CEDU e l'ordinamento italiano quale si è consolidata nel diritto interno ad opera della più volte ricordata giurisprudenza costituzionale sul tema.

Basta ricordare, al riguardo, che al giudice italiano non è consentita la disapplicazione della disposizione interna che confligge con il diritto convenzionale (e per diritto convenzionale deve intendersi anche la sentenza della Corte di

Strasburgo che accerta una violazione ed impone allo Stato di porvi rimedio), che l'eventuale conflitto tra diritto convenzionale e norma interna può dar luogo esclusivamente ad una questione di legittimità costituzionale nella quale la CEDU assume il ruolo di "norma" interposta tra Costituzione ed atto legislativo ed, infine, che la Corte di Strasburgo è un giudice dell'ordinamento convenzionale estraneo alla giurisdizione italiana e dunque estraneo alla possibilità di poter svolgere una sorta di ruolo "cassatorio" nei confronti delle sentenze del giudice nazionale.

Vi è una prima fase del rapporto conflittuale tra giudicato interno e sentenze della Corte Edu nella quale emerge con una certa chiarezza di contorni una spiccata sensibilità del giudice italiano (ed in particolare della Cassazione) nei confronti del giudicato formatosi in contrasto con il diritto convenzionale così come accertato dalla Corte di Strasburgo.

Si tratta di una fase che percorre sostanzialmente il primo decennio degli anni 2000 che risente molto, sia della ancora incerta sistemazione dei rapporti tra la CEDU e l'ordinamento italiano, sia, ovviamente, della assenza di alcuna disciplina orientata a regolare il problema delle conseguenze delle decisioni della Corte Europea sul diritto interno. È la Cassazione che, nella già ricordata vicenda *Somogy*, giunge alla conclusione che l'obbligo di conformarsi alle sentenze della Corte di Strasburgo può comportare la necessità di incidere sulla intangibilità del giudicato (Cass. Pen. 3.10.2006). Ed è ancora la Cassazione a sottolineare che dalle sentenze della Corte Edu discendono diritti ed obblighi che producono effetti nell'ordinamento interno ed è, pertanto "conseguenziale riconoscere che il diritto alla rinnovazione del giudizio sorto per effetto di quella sentenza, è concettualmente incompatibile con la persistente efficacia del giudicato, che resta, dunque, neutralizzato sino a quando non si forma un'altra decisione irrevocabile a conclusione del nuovo processo"(Cass. Pen. Sez. I, 25.01.2007).

Tuttavia, se da una parte la tensione tra la violazione convenzionale accertata e la decisione interna adottata dal giudice di merito è palpabile, i rimedi adottati, con i quali la Suprema corte aveva cercato di assecondare le esigenze di adeguamento al diritto convenzionale forzando, in qualche misura il diritto interno, si erano rivelati insufficienti e forse avevano ancor più posto in evidenza l'assenza di una vera e propria disciplina di coordinamento.

Ed infatti, per un verso uno dei tre strumenti utilizzati (quello del ricorso straordinario per errore materiale o di fatto di cui all'art. 625 bis c.p.p.) si era rivelato di modesta portata per via della possibilità di rimediare alle sole violazioni realizzate in sede di giudizio di Cassazione, così come di circoscritto rilievo si era rivelato lo strumento della rimessione in termini ex art. 175, c. 2, c.p.p. per via della sua applicabilità limitata ai vizi del processo in contumacia. Infine, largamente insoddisfacente si era rivelato lo strumento dell'incidente di esecuzione per via del congelamento del giudicato al quale non segue la sua eliminazione bensì la collocazione in una sorta di "limbo processuale" che non realizza l'effetto della *restitutio in integrum* imposto dalla sentenza europea.

9. *Il contributo della giurisprudenza costituzionale: la sentenza n. 113 del 2011, la flessione dell'intangibilità del giudicato e l'introduzione della "revisione europea".*

Le tre osservazioni che precedono sono in realtà tratte dalla sentenza della Corte costituzionale n. 113 del 2011 la quale costituisce una sorta di storico punto di svolta. Sbocco, in qualche misura prevedibile, della precedente decisione del 2008 (sent. n. 129), ove era contenuto un deciso invito al legislatore perché fossero adottate le misure più idonee per consentire all'ordinamento italiano di adeguarsi prontamente alla decisioni della Corte Edu nelle quali era stata riscontrata la violazione nell'ambito di un processo dei principi contenuti nell'art. 6 della CEDU, la sentenza del 2011 dichiara l'incostituzionalità dell'art. 630 c.p.p. nella parte in cui non prevede un diverso caso di revisione della sentenza o del decreto penale di condanna al fine di consentire la revisione del processo quando ciò sia necessario per rispettare una sentenza della Corte Edu che abbia accertato una violazione convenzionale.

La Corte – peraltro sottolineando ulteriormente la perdurante inerzia del legislatore nazionale - vede così, proprio nella possibilità di “*rimettere in discussione il giudicato già formatosi sulla vicenda giudiziaria*” l'unico, inevitabile strumento per conformarsi alla decisioni della Corte Edu e, potrebbe dirsi, per evitare quella proliferazione delle decisioni del Giudice della legittimità che nel corso degli anni avevano finito per “*piegare le ragioni del diritto ad esigenze di giustizia sostanziale*” (Canzio). Con una decisione che qualcuno ha perfino definito “*additiva di istituto*” (Gialuz) la Corte ridefinisce i contorni della revisione disciplinata dal vigente codice o, forse più correttamente, crea un istituto solo limitatamente riconducibile alla revisione esistente.

Se è vero, infatti, che l'istituto della revisione disciplinato dal codice di p.p. tende a ricomporre la frattura tra verità storica e verità processuale, la “*revisione europea*” (formula con la quale, in dottrina, è stata poi costantemente identificata) introdotta dalla sentenza costituzionale serve, invece, a rimediare ad un processo per come effettivamente celebrato rispetto a quello che avrebbe dovuto essere celebrato se si fosse tenuto conto dei principi della Convenzione (Grasso).

È la stessa sentenza, d'altra parte, a mettere sull'avviso in ordine alle conseguenze che essa produrrà nell'ordinamento e, in fondo, a prefigurare gli sviluppi di una ulteriore giurisprudenza pretoria destinata ad implementare la figura ed i suoi possibili effetti sul giudicato. La Corte precisa, invero, che spetterà “*ai giudici comuni trarre dalla decisione i necessari corollari sul piano applicativo, avvalendosi degli strumenti ermeneutici a disposizione*” ed a sottolineare come i giudici dovranno poi “*procedere a un vaglio di compatibilità delle singole disposizioni relative al giudizio di revisione*”. Ed al tempo stesso quella sentenza rinnova, di fatto, un invito al legislatore - che in realtà è fino ad oggi rimasto inascoltato - per procedere a quella riformulazione della norma codicistica (l'art. 630 c.p.p.) *per essentialia* che, quanto meno, avrebbe dovuto attribuire una ragionevole “*delega al bilanciamento*” a favore dei giudici, secondo quanto auspicato in dottrina (Ruggeri).

10. *I problemi irrisolti dall'intervento della Corte costituzionale: a) i rapporti tra sentenze della Corte Edu e i giudicati interni su norme penali sostanziali; b) il problema dei c.d. “fratelli minori”*

D'altra parte quella decisione, pur giungendo ad un risultato che almeno su di un punto segna, direi irrevocabilmente, una frattura sulla assoluta intangibilità del giudicato, lascia al tempo stesso aperti una serie di problemi ulteriori sul rapporto tra giudicato e decisioni della Corte di Strasburgo.

In primo luogo affiora il problema del rapporto tra sentenza della Corte europea e l'accertamento di una violazione che non investa le norme processuali bensì il diritto penale sostanziale, ipotesi rispetto alla quale si giustifica (o si impone), forse, ancor più la riapertura del processo. Certo, in questa ipotesi, il problema può essere risolto in larga misura incidendo con i rimedi attualmente previsti sul piano dell'esecuzione della pena, a condizione, ovviamente che la pena non sia stata già integralmente espiata, ma in alcuni casi si impone inevitabilmente il ricorso alla revisione del processo, affidando così al giudice un potere che per forza di cose deve essere ricostruito caso per caso.

In secondo luogo si prospetta il tema degli effetti che una sentenza della Corte Edu, accertativa di una violazione convenzionale, può produrre in capo a quei soggetti che pur non avendo azionato il ricorso alla Corte di Strasburgo si trovano in una situazione sostanziale coincidente, hanno cioè subito una violazione di fatto identica a quella dichiarata nella sentenza della Corte europea.

Si è parlato al riguardo di “*fratelli minori*”, la cui posizione - come è stato da più parti sottolineato - deve essere distinta a seconda che si prospetti una violazione di norme processuali ovvero di norme del diritto penale sostanziale, specie quando quest'ultimo tipo di violazione ha assunto un carattere, per così dire ciclico, è cioè riferita ad una interpretazione della disciplina sostanziale che si è costantemente e ripetutamente prodotta nella giurisprudenza interna. Nel primo caso non solo la sentenza costituzionale del 2011 si cura di sottolineare come i suoi effetti possano prodursi solo nei confronti del ricorrente vittorioso in sede europea, ma è, in fondo la stessa natura della violazione processuale, ad essere, per così dire, modellata sul singolo processo e non estensibile (se non con una forzatura analogica) a diverse situazioni processuali.

La questione si pone in termini diversi per le violazioni di natura sostanziale ed ha trovato un chiarimento, non privo peraltro di risvolti problematici, in un ulteriore intervento della Corte costituzionale.

11. *La sentenza 210 del 2013: il valore del giudicato e il suo bilanciamento con opposti valori*

Mi riferisco alla sentenza 210 del 2013 che costituisce la ricaduta interna della nota decisione della Corte Edu sul caso *Scoppola*. Qui la Corte sottolinea che mentre la vicenda Scoppola ha poi trovato esecuzione ad opera della Cassazione che, per conformarsi alla Corte Edu, ha utilizzato il rimedio ex art. 625 bis c.p.p. (ricorso straordinario per errore materiale o di fatto), ha in altri termini utilizzato, sia pure con una interpretazione estensiva, uno strumento che incideva direttamente sulla pena, rispetto ad altri soggetti (il ricorrente nel processo *a quo*) il rimedio non era estensibile e l'unica possibilità consentita era quella di sollevare la questione di legittimità costituzionale delle norme interne ritenute in contrasto con la CEDU (in particolare con l'art. 7). La Corte non manca di rilevare che a ciò si è pervenuti in

primo luogo in conseguenza dell'inerzia del legislatore che non si è dato carico di rimuovere le disposizioni interne convenzionalmente illegittime (e conseguentemente incostituzionali per violazione dell'art. 117 Cost) e sottolinea al tempo stesso come al valore della libertà personale (direttamente inciso dalle norme che vengono dichiarate incostituzionali) debba darsi un rilievo preminente dinanzi al quale anche il valore del giudicato diviene recessivo. È vero – si dice - che il “*valore del giudicato, attraverso il quale si esprimono preminenti ragioni di certezza del diritto e di stabilità nell'assetto dei rapporti giuridici*”, non è estraneo alla stessa Convenzione europea che, proprio nella sentenza Scoppola, lo ha richiamato, ma al tempo stesso non può negarsi che rispetto al “*valore costituzionale ad esso intrinseco si debbano ritenere prevalenti opposti valori, ugualmente di dignità costituzionale*”.

Insomma se, per un verso, la Corte, forse per la prima volta, riconosce all'istituto del giudicato un valore intrinseco di rango costituzionale, al tempo stesso ne ribadisce – in linea con la decisione del 2011 – la sua, si direbbe, naturale “flessibilità”, la sua idoneità a cedere quando entrino in gioco diritti fondamentali, specie se quei diritti sono, al tempo stesso, espressione di valori costituzionali e diretta conseguenza del sistema dei diritti di natura convenzionale che con quei valori si saldano, talvolta arricchendone il contenuto.

12. *Il rapporto tra sentenze della Corte Edu e il giudicato civile o amministrativo*

In terzo luogo si prospetta il tema del rapporto tra il giudicato ed i processi diversi da quello penale, ossia il processo civile ed il processo amministrativo, un tema che, come dimostra l'esperienza, assume un profilo meno rilevante, sotto l'aspetto quantitativo, ma che per le peculiarità che presenta merita una sia pur sintetica riflessione.

È evidente che sono i diritti coinvolti nel processo penale ad entrare in più frequente e diretto contatto con il catalogo dei diritti della Convenzione e che il tema della cedevolezza del giudicato penale si è posto con maggiore frequenza rispetto alla sentenze della Corte Edu, intersecandosi, peraltro, in un rapporto se non di mutua implicazione, quanto meno di indiretto condizionamento, con tematiche discendenti da esigenze di diritto costituzionale interno, che spaziano (tanto per fare un esempio) dal problema di condanne definitive successive all'abrogazione di norme incriminatrici, alla legalità della pena, alle sue finalità rieducative.

Tuttavia l'incidenza delle pronunzie della Corte Edu in processi diversi da quello penale presenta un profilo non secondario, sia perché si intreccia più direttamente con la questione del rapporto fra giudicato e pronunzie della Corte di Giustizia dell'Unione (che proprio sul terreno diverso dal processo penale – come di qui a tra poco si vedrà – ha trovato il suo più consistente sviluppo), sia perché nell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale che ha fin qui disegnato i tratti più rilevanti del processo di flessibilizzazione del giudicato è una decisione nella quale entra in gioco proprio il processo amministrativo ad aver vergato l'ultima, sia pur provvisoria, pagina in materia.

Non può negarsi che il giudicato civile, per sua natura, sia meno suscettibile di confliggere con una pronuncia della Corte Edu (così come, in fondo, resiste al sopravvenire di una dichiarazione di illegittimità costituzionale) per una pluralità di ragioni tra le quali spicca certamente quella di una più facile e diretta via di ottenere, in ipotesi, quella *restitutio in integrum* prevista dalla norma convenzionale, per il tramite dello strumento risarcitorio.

Ma forse la ragione più consistente risiede nella circostanza che il processo civile è una contesa intorno a diritti in cui sono presenti almeno due parti, mentre il ricorso alla Corte di Strasburgo è un ricorso individuale in cui si lamenta una violazione da parte dello Stato di un diritto convenzionale con la conseguenza che per potersi, in ipotesi, configurare una sentenza che possa rivestire una qualche incidenza sul giudicato interno, al processo convenzionale dovrebbero poter partecipare le stesse parti sulle quali incide la sentenza coperta dall'efficacia della *res indicata*.

Si tratta di una ipotesi possibile (il ricorrente può chiedere di coinvolgere nel processo a Strasburgo l'altra parte ma vi deve essere autorizzato dal presidente della Corte Edu) ma, di fatto, non solo rara quanto piuttosto inutile perché questa presenza, ritenuta non processualmente necessaria, rende comunque quel processo "strutturalmente asimmetrico" (Corvaia) con la conseguenza che la sentenza emanata, se destinata ad incidere sulle altre posizioni coperte dal giudicato interno, si profila come incidente sul principio supremo di difesa e dunque anch'essa strutturalmente inidonea a poter in qualche misura piegare il giudicato.

D'altra parte, almeno fino ad oggi, un problema di rapporto con il giudicato civile si è posto in maniera assai limitata e forse quasi irrilevante, circoscritta all'ipotesi di un sostanziale aggiramento del giudicato in ragione di quanto stabilito dalla Corte Edu in tema di equa riparazione (caso *Dangeville* peraltro riferito all'effetto retroattivo di una norma comunitaria più favorevole in tema di protezione della proprietà privata rispetto ad atti di imposizione tributaria IVA).

In ogni caso ove si configurasse un problema di questo genere, in maniera ancora più incisiva che nel processo penale (dove come si è visto la flessibilità del giudicato può essere assicurata in sede di esecuzione della pena) si porrebbe un problema di confronto con i mezzi di impugnazione straordinaria – e, segnatamente, con l'istituto della revocazione – che ovviamente costituiscono una barriera, allo stato, invalicabile a protezione di un giudicato in ipotesi compromesso o comunque inciso da una sentenza della Corte europea.

13. *Giudicato della Corte Edu, giudicato amministrativo e "revocazione": la sentenza 123 del 2017 della Corte costituzionale*

In realtà il problema dell'attuale assetto dell'istituto della revocazione si è posto concretamente in relazione al processo amministrativo rispetto al quale il tema del rapporto tra giudicato e sentenze di Strasburgo si prospetta in termini parzialmente diversi.

La sentenza europea può infatti produrre effetti che possono svilupparsi sia sul piano della riedizione del potere amministrativo, sia su quello dell'esercizio di poteri di autotutela assicurando, così, per questa strada l'adeguamento dell'ordinamento al *dictum* della Corte Edu.

Diverso è il caso di un accertamento, nell'ambito di un processo amministrativo, della violazione, ad opera della Corte Edu del diritto di alcuni ricorrenti "all'accesso ad un Tribunale" (ex art. 6 della CEDU) ed al "rispetto dei propri beni" (art. 1 del Protocollo addizionale alla CEDU) che sta alla base delle sentenze *Mottola e Staibano* le quali, a loro volta, costituiscono il presupposto in forza del quale la Corte costituzionale italiana è stata investita dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato della questione poi risolta con la recente sentenza n. 123 del 2017.

In questo caso l'Adunanza plenaria lamentava proprio l'assenza di una previsione di un caso specifico di revocazione per il processo amministrativo (ma anche, in via indiretta, per il processo civile, dal momento che il codice del processo amministrativo richiama integralmente la disciplina processualcivile della revocazione contenuta negli artt. 395 e 396 del c.p.c.) che consentisse quella riapertura del processo necessaria per operare quella conformazione alle sentenze della Corte Edu imposta dalla Convenzione.

È evidente che, nel prospettare la questione di costituzionalità per violazione dell'art. 117, 1°c. (ma, in realtà, anche degli artt. 24 e 111 Cost., profilo che la Corte poi riterrà inammissibile per la genericità del riferimento a questi due parametri) il Giudice amministrativo si muoveva in una logica simmetrica a quella che aveva condotto la Corte ad accogliere la questione nel 2011 pervenendo – come si è visto – a quella "addizione" dalla quale è scaturita, nell'ambito del processo penale, l'introduzione della "revisione europea". In altri termini, si auspicava che il Giudice delle leggi, così come aveva ritenuto costituzionalmente doverosa l'apertura del mezzo di impugnazione straordinario nell'ambito del processo penale di fronte a violazioni convenzionali dell'equo processo, allo stesso modo avrebbe dovuto ritenere costituzionalmente doverosa la medesima riapertura, mediante la simmetrica introduzione di una forma di "revocazione europea" idonea ad incidere su giudicati formati in virtù di una accertata violazione del diritto convenzionale.

Ma la risposta della Corte è qui di segno opposto.

La Corte, in primo luogo, muovendosi per questo aspetto in linea di continuità con la decisione 210/13, separa nettamente la posizione dei ricorrenti nel giudizio *a quo* che hanno vittoriosamente adito la Corte di Strasburgo rispetto a quelli che non hanno attivato il rimedio convenzionale ma si trovano nella medesima situazione sostanziale, sottolineando la "radicale differenza di posizione" e, di conseguenza, la impossibilità, per i secondi, che si possa concepire una incisione sul giudicato già formato. Gioca, verosimilmente, in questa direzione una attenzione particolare per i soggetti terzi, per i controinteressati, che potrebbero avere un interesse opposto al mantenimento del giudicato, nonché una indubbia attenzione per le garanzie difensive interne al processo dinanzi ai giudici di Strasburgo, al quale solo i ricorrenti in quella sede hanno partecipato.

Ma, se per questa parte la decisione non sorprende più di tanto è, invece, la posizione assunta sulla questione di fondo, ossia sulla doverosità costituzionale di un obbligo di riapertura del processo amministrativo per assicurare la *restitutio in integrum* imposta dai principi della Convenzione, che la soluzione accolta desta più di una perplessità.

Un primo aspetto riguarda la radicale differenziazione tra processo penale ed altri processi (civile e amministrativo) che la Corte sottolinea con un certo vigore. In realtà se questa osservazione può essere in qualche misura accolta quando le violazioni della CEDU si riferiscono al diritto penale sostanziale, più difficile è riconoscerla in relazione alle violazioni ex art. 6 della Convenzione dal momento che le norme sull'equo processo in alcun modo differenziano i tipi di processo e dunque sono destinate ad essere rispettate integralmente all'interno di qualunque vicenda processuale. Del resto, si è correttamente osservato (Conti) che la tendenza dei giudici di Strasburgo si muove nel solco di una generale valorizzazione delle norme della Convenzione in tutti i settori del diritto processuale interno degli Stati aderenti. Un secondo profilo critico risiede nella circostanza che la Corte giunge alla conclusione di ritenere, in qualche misura, variabile l'obbligo di conformazione al giudicato europeo quasi che al singolo Stato fosse rimessa la possibilità di scelta tra equa riparazione e *restitutio in integrum* anche quando quest'ultima misura si riveli l'unica idonea a garantire l'osservanza degli obblighi convenzionali. Si tratta di una lettura forzata delle disposizioni convenzionali, funzionale, verosimilmente, a pervenire al rigetto della questione, un rigetto tanto più inatteso – e, per molti versi, contraddittorio – sol che si consideri che nel corpo della motivazione si sottolinea, a più riprese, ora “l'importanza della riapertura del processo o del riesame del caso per la effettività del sistema convenzionale, in presenza di violazioni processuali?”, ora la circostanza che “la riapertura del processo o il riesame del caso rappresentano, in linea di principio, il mezzo più appropriato per operare la *restitutio in integrum*”.

Un terzo aspetto discutibile risiede poi nell'aver portato, in guisa di esempio, il fatto che le sentenze della Corte Edu abbiano indicato l'obbligatorietà della misura della riapertura del processo solo nei confronti di Stati nei cui ordinamenti (quali ad esempio l'ordinamento tedesco) siano state adottate specifiche forme di revisione in relazione all'adempimento degli obblighi convenzionali che richiedevano la *restitutio*. Circostanza, quest'ultima, smentita in punto di fatto da una pluralità di decisioni rivolte anche nei confronti di Stati privi di idonei e specifici strumenti atti a riaprire i giudicati.

Ma forse, il profilo, maggiormente critico risiede nell'ultima parte della decisione, ove si auspica, quale rimedio quello della “*sistematica apertura del processo convenzionale ai terzi*”, dalla quale – si sostiene – dovrebbe derivare un più facile recepimento degli auspici ad apprestare idonee misure legislative, atte a incidere sui giudicati, ripetutamente rivolte dalla Corte Edu. Una sorta di rinvio, per così dire, al “mittente” dei problemi interni, peraltro di difficile (se non di impossibile) accoglimento sol che si tenga conto della enorme difficoltà che incontrerebbe una eventuale modifica della Convenzione.

La questione del giudicato amministrativo (e di quello civile) e del rapporto con le pronunzie di Strasburgo rimane, dunque, irrisolta anche se la riproposizione di una nuova, quasi identica questione di costituzionalità, proprio nelle more del giudizio che ha condotto alla sentenza 123/17, sollevata ancora una volta dall'Adunanza plenaria del C.d.S. (ord. 4765/2016), lascia socchiusa la porta e potrebbe dar vita ad uno di quei ripensamenti non infrequenti nella giurisprudenza costituzionale al cospetto di soluzioni esasperatamente rigide.

14. *Il rapporto tra giudicato interno e decisioni della Corte di Giustizia dell'Unione: l'autonomia processuale degli Stati membri ed il suo limite nei principi di effettività ed equivalenza del diritto eurounitario*

La possibile compressione o flessione del giudicato interno si configura in termini forse ancor più problematici, o quanto meno si trova oggi in una posizione di più incerta definizione dei contorni, se si guarda al rapporto con le pronunzie della Corte di Giustizia dell'Unione.

Se la prevalenza del diritto dell'Unione sul diritto interno è il tratto caratteristico dei rapporti che si sono instaurati con la limitazione della sovranità, il suo risvolto sul piano del sistema processuale interno è rappresentato certamente dal vincolo che la pronuncia interpretativa, resa a seguito del rinvio pregiudiziale, esercita nei confronti del processo nazionale dal quale quella pronuncia è scaturita. Ma una volta resa quell'interpretazione, essa si salda con la disposizione interpretata e diviene essa stessa diritto direttamente applicabile, destinato ad influenzare l'applicazione nei confronti di tutti i destinatari, ivi compresi, ovviamente, gli altri giudici.

È però evidente che un problema di incidenza sul giudicato si configura, non tanto all'interno del processo dal quale il rinvio scaturisce, perché in questo caso si tratterebbe di una violazione della norma eurounitaria (per come interpretata dalla CG) palese, quanto piuttosto in altri e successivi processi, magari instaurati dalle stesse parti proprio al fine di ridurre l'incidenza del giudicato ovvero per contestare l'esistenza di un giudicato contrario all'interpretazione resa dalla Corte e, in ultima analisi, per contestare la formazione di un giudicato "comunitariamente ingiusto".

Su questo tema, per tentare di fissare qualche punto fermo, è inevitabile procedere ad un'analisi casistica dal momento gli interventi della CG sono caratterizzati da soluzioni fortemente calibrate sulla specificità di ogni singola vicenda e non sempre rivelano coerenza di orientamento. Va tuttavia, preliminarmente precisato il presupposto dal quale muove la giurisprudenza della Corte e più in particolare l'atteggiamento che essa ha in generale assunto rispetto ai sistemi processuali interni dei singoli Stati.

Si è osservato, in dottrina (Cannizzaro), come la CG abbia sostanzialmente oscillato tra due diverse opzioni teoriche, l'una secondo la quale, in una prospettiva integrazionista si tende a concepire il diritto sostanziale eurounitario e il diritto processuale interno degli Stati come parte di un'unica esperienza, in tal modo attribuendosi ai sistemi processuali il ruolo di garanzia anche nei confronti dello stesso diritto di produzione europea; l'altra, di segno più marcatamente internazionalista, in cui il diritto europeo si impone dall'esterno e esige talvolta che i sistemi processuali interni assecondino le esigenze di attuazione del diritto eurounitario. La convivenza di questi due orientamenti sarebbe allora testimoniata dalla ripetuta affermazione, nella giurisprudenza, del principio di *autonomia processuale dei singoli Stati*, espressione di una logica di tipo integrazionista, con le altrettanto ripetute affermazioni circa l'esigenza che i sistemi processuali assicurino il rispetto rigoroso del principio di effettività della tutela e quello del trattamento paritario delle situazioni interne rispetto a quelle europee.

I principi di *effettività* e di *equivalenza* costituiscono dunque limiti nei confronti dei sistemi processuali interni e la loro configurazione risponde, con evidenza, alla concezione dei rapporti in chiave internazionalista.

La questione del giudicato oscilla dunque tra questi due poli, ossia quello dell'autonomia processuale dei singoli Stati, che dovrebbe sempre far prevalere le esigenze di certezza e stabilità che stanno dietro la disciplina nazionale della cosa giudicata, e quello dell'effettività che, al contrario, tende a piegare il giudicato per garantire la concreta realizzazione della tutela posta dal diritto dell'Unione.

15. *Il tortuoso percorso giurisprudenziale della Corte di Giustizia*

Definite così, sia pure in via di estrema sintesi, le coordinate teoriche intorno alle quali si è sviluppata la tematica del rapporto tra diritto dell'Unione e sistemi processuali, va rilevato in primo luogo che la CG ha ripetutamente teso a valorizzare il principio del giudicato sottolineando come esso rivesta *“una fondamentale importanza sia nell'ordinamento dell'Unione che in quello degli Stati, in quanto garantisce la certezza del diritto, la stabilità dei rapporti giuridici e la buona amministrazione delle giustiziaz”* e precisando che *“il giudice nazionale, di regola, non è obbligato a disapplicare le norme interne che stabiliscono tale principio anche quando ciò consentirebbe di evitare una violazione del diritto comunitario”* (CG, 16.03.2006, C- 234/04).

Ma questa impostazione, apparentemente granitica, e mediante la quale la CG ha elevato il giudicato al rango di principio interno allo stesso diritto eurounitario, ha nel tempo subito significative flessioni, o meglio ha finito per convivere, all'interno delle stesse decisioni della Corte, con una sensibile mitigazione del suo tenore in presenza di specifiche condizioni.

Come punto di partenza del percorso giurisprudenziale può considerarsi la sentenza *Köbler* con la quale si riconosceva la responsabilità risarcitoria dello stato membro in relazione ad una decisione resa da un organo giurisdizionale di ultima istanza.

In questa circostanza il giudicato formatosi non veniva formalmente attaccato bensì più semplicemente aggirato dalla stessa CG mediante una sorta di decapitazione dei vincoli da esso discendenti operata direttamente dalla Corte. In altri termini la Corte ribadisce *“l'importanza del principio dell'autorità della cosa definitivamente giudicata”*, ma riconosce che proprio in ragione del suo effetto non più contestabile essa produce un danno ingiusto. Così facendo l'elemento essenziale del giudicato viene a restringersi, un restringimento che costituisce *“il primo passo dell'incidenza sui giudicati nazionali delle pronunce della Corte di Giustizia”* (Caponi, 329).

Nella di poco successiva decisione *Kühne & Heitz* la CG, muovendo dall'accertato contrasto tra l'interpretazione accolta dal giudice nel processo originario (nel cui ambito non era stato operato alcun rinvio pregiudiziale) e quella successivamente affermata in altra decisione della Corte stessa, essa imponeva all'autorità giudiziaria rimettente il riesame, da parte di un'autorità amministrativa, di una decisione passata in giudicato, sia pure dettando una serie di puntuali (e piuttosto singolari) condizioni.

Condizioni queste che trovano verosimilmente spiegazione nella circostanza che la decisione viene di fatto a configurarsi come una sorta di rimedio di carattere

eccezionale a favore di una persona che ha puntualmente invocato in giudizio il diritto dell'Unione, non si è visto sollevare il rinvio pregiudiziale, ed infine ha visto precludersi la possibilità di avvalersi della interpretazione corretta, resa in sede di altro rinvio pregiudiziale, per via della decisione passata in giudicato.

In altri termini, l'espedito delle rigorose condizioni poste dalla Corte, si spiega forse con l'esigenza di assicurare che le norme interne sul giudicato non rendano impossibile la tutela di specifiche posizioni soggettive garantite dal diritto dell'Unione. Ma forse l'aspetto più rilevante di questa decisione risiede nel ruolo che la CG sembra assegnare al meccanismo del rinvio pregiudiziale, quasi a considerarlo una sorta di articolazione del sistema processuale interno e a sottolineare (implicitamente) come i problemi del rapporto con il giudicato derivino in larga misura dal corretto funzionamento di questo istituto.

Una evoluzione ulteriore si è poi avuta con la notissima sentenza *Lucchini* che pur rivelandosi particolarmente drastica sul tema della inopponibilità della cosa giudicata nei confronti del diritto dell'Unione va però circoscritta nella sua reale portata in ragione della specificità del caso.

La questione concerneva infatti una sentenza italiana con la quale era stato riconosciuto in via definitiva un credito verso lo Stato italiano a favore dell'impresa Lucchini. Tuttavia il titolo degli importi dovuti era stato contemporaneamente riconosciuto dalla Commissione europea come "aiuto di Stato" e, pertanto, oggetto di specifico divieto da parte del diritto europeo.

Da qui l'inopponibilità della cosa giudicata che si collega prevalentemente all'esigenza di veder garantita la ripartizione delle competenze in seno all'Unione e, in particolare a tutelare la competenza esclusiva della Commissione a pronunciarsi in materia di aiuti di Stato. Una inopponibilità che, in questo caso, scaturisce da un conflitto assoluto tra l'obbligo dello Stato di erogare i contributi, sancito dal giudicato interno, e l'obbligo dello Stato di ottenere la restituzione dei contributi erogati derivante dall'*anteriore* decisione della Commissione europea e che, in qualche modo, colpisce un uso abusivo del giudicato. In questo senso la sentenza della CG costituisce "*un colpo di ramazza con cui si si libera della sporcizia che nemmeno il giudicato riesce a coprire*" (Caponi)

In altri termini, dalla sentenza in questione non sembra potersi ricavare un principio di portata più generale in virtù del quale ogni decisione coperta dal giudicato che si rivelasse per qualche verso contraria al diritto europeo dovrebbe ritenersi in quanto tale suscettibile di veder compromessi i suoi effetti definitivi.

Del resto è la stessa CG, qualche tempo dopo, a circoscrivere, per così dire, gli effetti di quella sentenza quando nella altrettanto nota decisione *Olimpiclub* (CG 6.10.2009 C. 40/08) precisa che la sentenza Lucchini "*non è atta a rimettere in discussione l'analisi sopra svolta*", ossia l'ulteriore riconoscimento della centralità del principio del giudicato, quale garanzia fondamentale di certezza del diritto e di stabilità dei rapporti giuridici all'interno del sistema comunitario, bensì essa "*riguardava una situazione del tutto particolare in cui erano in questione principi che disciplinano la ripartizione delle competenze tra gli Stati membri e la Comunità in materia di aiuti di Stato, posto che la Commissione delle Comunità europee dispone di una competenza esclusiva per esaminare la compatibilità di una misura nazionale di aiuti di Stato con il mercato comune*".

Con la decisione *Olimpiclub*, peraltro, la Corte invoca non già la disapplicazione dell'art 2909 c.c. sulla cosa giudicata, bensì la contrarietà al diritto dell'Unione del diritto vivente che su di esso si era formato, nel senso che il giudicato (in quel caso il c.d. giudicato tributario esterno), quando si ritiene che dispieghi una efficacia vincolante anche nei confronti di un precedente periodo di imposta, costituisce ostacolo per l'applicazione da parte del giudice nazionale del diritto europeo. In altri termini l'applicazione estensiva, frutto, appunto, del diritto vivente formatosi sull'interpretazione dell'art. 2909 c.c., incide sulla concreta applicazione del diritto dell'Unione e deve pertanto cedere di fronte alle esigenze che discendono dal principio dell'*effettività*.

Nella sentenza *Asturcom Telecomunicaciones* (CG 6.10.2009, C-40/08) è invece l'applicazione del principio di *equivalenza* a condurre alla soluzione secondo cui il giudice nazionale, competente a decidere su di una domanda per l'esecuzione forzata di un lodo arbitrale passato in giudicato, deve procedere d'ufficio alla valutazione del carattere abusivo di una clausola compromissoria prevista da un contratto con il consumatore (rimasto peraltro contumace nel processo arbitrale), ove tale valutazione sia possibile secondo la disciplina processuale interna (nella specie la disciplina dell'opposizione all'esecuzione).

Ispirata all'applicazione sia del principio di *effettività* che del principio di *equivalenza* è poi la più recente sentenza *Pizzarotti* (CG 10.07.2014 C-231/13) nella quale la Corte, ricordando che, in mancanza di una specifica normativa dell'Unione sul punto, le modalità di attuazione del principio dell'intangibilità del giudicato devono rispettare il principio di autonomia processuale degli Stati membri e spettano dunque al giudice nazionale, ha ritenuto che, secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato è possibile procedere a completare il contenuto originario delle sue sentenze mediante il giudizio di ottemperanza con il quale si dà vita al c.d. "giudicato a formazione progressiva". In questa sede il giudice nazionale dovrà privilegiare fra le "molteplici e diverse soluzioni attuative" quelle che garantiscano l'osservanza della normativa dell'Unione in materia di appalti di lavori pubblici così come interpretate dalla CG.

La Corte, anche in questo caso ribadisce il ruolo che assume il principio di intangibilità del giudicato, sia nell'ordinamento dell'Unione, sia in quello degli Stati membri, sottolineando come risponda a esigenze di stabilità del diritto e dei rapporti, nonché alla buona amministrazione della giustizia, che le decisioni di ultima istanza "non possano più essere messe in discussione". Precisa poi che il diritto dell'Unione non esige che per tener conto dell'interpretazione di una disposizione rilevante per il singolo caso, offerta dalla CG successivamente alla formazione del giudicato, si ritorni sulla decisione non potendosi giungere a conclusioni diverse neppure in relazione a quanto statuito nella sentenza *Lucchini* frutto di "una situazione del tutto particolare, in cui erano in questione principi che disciplinano la ripartizione delle competenze tra gli Stati membri e l'Unione europea in materia di aiuti di Stato".

Muovendo da un simile ordine di argomentazioni la Corte arriva alla conclusione secondo cui un organo che abbia statuito in ultima istanza senza aver fatto ricorso al rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE, deve, se le norme procedurali glielo

consentono, completare la cosa giudicata contrastante con il diritto dell'Unione ovvero ritornare su tale decisione, per tener conto dell'interpretazione del diritto dell'Unione offerta successivamente dal CG.

Una impostazione simile si rinviene, da ultimo, in una delle decisioni più recenti – la sentenza *Klausner Holz* (CG, 11.11.2015 C-505/14) - nella quale la CG pronunziandosi sulla sentenza di un giudice nazionale (nella specie una Corte della Repubblica federale tedesca) ha affermato il dovere del giudice di usare tutti i mezzi offerti dal sistema processuale interno per evitare l'applicazione del giudicato nazionale contrastante con il diritto comunitario. In altri termini, la Corte con questa decisione, nel tentativo di coniugare il rispetto della disciplina interna sul giudicato e il rispetto della *primauté* del diritto dell'Unione, ha indicato quale rimedio, non già quello della secca disapplicazione del giudicato, bensì quello della ricerca di una interpretazione del giudicato che possa risultare non contrastante con il diritto europeo. Una soluzione ambigua che affida al giudice interno il difficile compito di dar concretezza al principio di effettività ricercando una soluzione di compromesso con il diritto nazionale nel cui ambito egli dovrà trarre “tutte le conseguenze” (così recita il dispositivo) nell'impervio percorso di rendere effettiva l'applicazione del diritto dell'Unione senza compromettere il valore del giudicato.

Dal percorso giurisprudenziale, così brevemente tratteggiato, si possono individuare alcuni punti essenziali.

In primo luogo la Corte ribadisce sempre che il principio del giudicato, inteso come principio che assicura la certezza del diritto e la buona amministrazione della giustizia, costituisce un principio fondamentale sia del diritto dell'Unione, sia del diritto degli Stati membri. Un principio, dunque, la cui valenza non sembra in alcun modo messa in discussione e che rispetta la concezione dell'autonomia processuale degli Stati.

In secondo luogo, il problema del contrasto tra il giudicato interno e il diritto dell'Unione, non può mai portare alla disapplicazione della disciplina interna del giudicato (salvo la ricorrenza di condizioni, per così dire, eccezionalissime, quale quella emergente dalla vicenda *Lucchini*), bensì impone agli Stati membri (e, dunque, ai loro organi giurisdizionali) di individuare soluzioni rispettose del diritto interno che tuttavia assicurino il rispetto del principio di effettività e di quello di equivalenza. Il primo di questi principi è da intendere nel senso che gli strumenti processuali per la tutela di un diritto di origine eurounitaria devono essere strutturati, o interpretati, in maniera tale che non sia particolarmente difficile o impossibile la realizzazione, sul piano interno, di quei diritti. Il secondo esige che uno strumento processuale non può tutelare diritti di matrice eurounitaria in forme meno protettive di quelle assicurate per i diritti previsti dall'ordinamento interno.

La logica cui si ispira una simile concezione è, con evidenza, quella di cui si diceva in apertura di queste brevi riflessioni sul percorso compiuto dalla CG, ossia una logica legata alla coesistenza delle due impostazioni, quella di stampo integrazionista, che si traduce nell'insistente richiamo all'autonomia processuale degli Stati, e quella di matrice internazionalistica, che richiede al diritto interno di assecondare le esigenze dell'Unione, “piegando”, fin dove possibile, gli ordinamenti interni e, conseguentemente i giudicati che si sono formati, al fine di garantire la prevalenza

del diritto dell'Unione e del giudicato contenuto nelle pronunce interpretative della CG.

L'esito di queste operazioni rimane, tuttavia, incerto in assenza sia di una disciplina europea che, soprattutto, di una disciplina interna la quale si dia carico di regolare i rapporti tra giudicati, e rischia comunque di mettere a repentaglio quel valore racchiuso nel giudicato che la stessa CG costantemente richiama.

16. *Qualche sintetica (e provvisoria) conclusione*

Le sentenze della Corte Edu e le sentenze della CG hanno in comune la caratteristica di dettare e imporre delle regole di condotta, rispettivamente allo Stato responsabile di una violazione della CEDU, la prima, e al giudice *a quo* che ha sollevato la questione pregiudiziale la seconda.

Nel meccanismo che dà vita alle decisioni della Corte di Strasburgo la premessa dell'accertamento della violazione, che si concretizzerà poi nell'obbligo statale di rispettare la CEDU, è costituita dal giudicato (una sentenza definitiva del giudice nazionale) che costituisce il presupposto per l'intervento successivo della Corte Edu. Il possibile scontro tra giudicati è, pertanto, del tutto fisiologico e, ovviamente, interviene solo successivamente alla formazione della cosa giudicata nell'ordinamento interno.

Nel sistema dell'Unione, invece, l'intervento della Corte di Giustizia si manifesta nel corso di un giudizio su di un rinvio pregiudiziale (un rinvio che, di regola, proviene dal giudice di ultima istanza) che è espressamente previsto per sciogliere i nodi interpretativi sorti intorno al diritto eurounitario e così evitare la formazione di un giudicato contrastante con le regole europee. Conseguentemente il problema del contrasto tra giudicati assume una natura per così dire patologica perché si riferirà a giudicati interni formati anteriormente alla decisione della CG, ovvero all'interno di processi nei quali il giudice ha ommesso di sollevare la questione della previa interpretazione dinanzi ai giudici di Lussemburgo.

Vi è poi un altro, potrebbe dirsi scontato, profilo da ricordare, ossia che la Convenzione europea e la Corte di Strasburgo sono chiamati ad assicurare un sistema di diritti, guardano, la prima, ai diritti soggettivi dal punto di vista sostanziale, a la seconda (la Corte) dal punto di vista processuale, quando quei diritti, la cui prima tutela spetta al giudice nazionale, risulta, proprio nella decisione da quest'ultimo assunta, carente.

Nel sistema dell'Unione, la Corte di Lussemburgo assume un ruolo diverso, perché in realtà, più che tutelare i diritti in senso soggettivo, è chiamata a tutelare il diritto dell'Unione nel suo complesso a garantire che quella prevalenza del diritto oggettivo europeo sia effettiva e adeguata e trovi espressione proprio nell'operato dei giudici nazionali chiamati all'applicazione diretta.

È scontato che la sua decisione servirà anche a tutelare i diritti di cui si discute all'interno del processo *a quo*, ma il compito della CG rimane soprattutto quello di assicurare effettività al primato del diritto dell'Unione.

Questa diversità, per molti versi radicale, di prospettiva gioca un ruolo sul piano che qui rileva, si traduce, in altri termini, in un diverso modo con il quale il problema del conflitto tra giudicati può essere risolto?

Vi sono certamente delle sensibili differenze ma non mancano dei punti in comune.

U punto certamente comune riguarda il rilievo che entrambi i sistemi danno al principio del giudicato ed al valore che questo sottende. C'è sicuramente un filo rosso che lega le due prospettive giurisprudenziali e questo può essere pacificamente rinvenuto nel comune rilievo che si attribuisce al giudicato, sia come espressione della esigenza di certezza del diritto, sia sotto quello della stabilità dei rapporti, sia, infine, sotto quello della buona amministrazione della giustizia.

Ma una volta colto questo punto in comune le due prospettive tendono a divaricarsi. Nella prospettiva della Corte Edu l'accertamento della violazione si accoppia alla individuazione degli strumenti idonei a far cessare la situazione di contrasto con il diritto convenzionale e affida agli Stati il compito di operare, ove necessario, la *restitutio in integrum*. Il problema si sposta allora sul piano del diritto costituzionale interno il quale può avere o meno predisposto strumenti adatti a rispettare gli obblighi costituzionali di conformazione al giudicato Edu. Qui il meccanismo della frizione fra giudicati, almeno nell'ordinamento italiano, ha trovato sofferta soluzione ad opere del giudice ordinario, si è arricchito degli interventi della Corte costituzionale, ma non ha trovato alcuna risposta sul piano legislativo.

Eppure la strada è stata segnata proprio dalla Corte nel 2011 quando ha individuato il possibile, limitato, sacrificio del giudicato nel bilanciamento con le esigenze di tutela dei diritti.

Sono i diritti costituzionali a richiedere che la sentenza corrisponda a verità e giustizia e che a questi valori si possa piegare anche il valore costituzionale del giudicato, pur con tutte le cautele, in ipotesi, di un intervento legislativo che ne faccia salvo il nucleo essenziale, il valore tutelato.

Che poi – sia detto per inciso - questo sia da collegarsi all'essenza della funzione giurisdizionale, secondo una prospettiva che molti condividono ma ad alcuni pare superata, ovvero lo si debba agganciare ad una ricostruzione dell'istituto che vede nel risultato pratico per la parte il nucleo centrale della garanzia della cosa giudicata, rileva, a mio avviso, fino ad un certo punto. Ciò che conta, in fondo, è che il giudicato trova radicamento nel sistema costituzionale italiano ed il suo valore va tutelato quale irrinunciabile garanzia di giustizia.

Ma, nella perdurante inerzia del legislatore, l'opera della Corte inaugurata nel 2011 sembra aver trovato un momento di arresto quando, disattendendo aspettative più che fondate, ha rigettato la questione relativa alla c.d. “revocazione europea”. Non è da escludersi che questa posizione possa cambiare in un prossimo futuro, ma è la strana presa di posizione assunta in quel caso a destare più di una perplessità perché in realtà la Corte ha individuato, non già nell'ambito del diritto costituzionale la risposta al conflitto tra giudicati, bensì sul piano convenzionale, prospettando un possibile rimedio che si configura in larga misura illusorio.

Questa prospettiva risolverebbe, peraltro, solo in parte i problemi dal momento che la partecipazione obbligatoria di tutte le parti processuali, interne al processo convenzionale, è in grado, solo limitatamente, di offrire una soluzione alle questioni

aperte. Così come a me pare che l'ipotesi di un meccanismo simile al rinvio pregiudiziale¹ anche per il rapporto con la Corte edu, possa ridurre il rischio di conflitti, per via della preventiva soluzione delle questioni interpretative nel processo, ma certo non appare idonea a risolvere il contrasto con gli altri giudicati, ed in particolare quelli penali relativi a soggetti che non erano comunque parte di quello specifico processo.

Il giudicato, insomma, di fronte ad una sentenza della Corte Edu, può essere attaccato solo laddove la Corte italiana ha aperto (con la "revisione europea" sul piano penale, che rimane il più esposto e meritevole di attenzione) il mezzo di impugnazione straordinaria all'incidenza del giudicato convenzionale, può essere attaccato per far prevalere il diritto convenzionale laddove ciò sia possibile sul piano dell'esecuzione e rideterminazione della pena, ma non può essere oggetto ad una riduzione di incidenza mediante la disapplicazione della norma interna e la contestuale prevalenza del giudicato convenzionale.

Il problema di una nuova situazione in cui si ponga un conflitto tra una sentenza della Corte Edu e il giudicato interno può, se mai, dar vita alla instaurazione di una nuova e diversa questione di costituzionalità che consentirà al sistema di giustizia costituzionale di verificare se, ed in quale misura, sia possibile (e doverosa) una dichiarazione di illegittimità costituzionale con la quale trovare un eventuale punto di nuovo equilibrio tra il "valore costituzionale" del giudicato interno e l'opposto valore della tutela di un diritto fondamentale nei termini riconosciuti da una sentenza della Corte Edu.

In termini diversi si pone, a mio avviso, il problema del rapporto con le statuizioni della Corte di Giustizia.

Qui è indubitabile che la stessa CG abbia operato con cautela quando, soprattutto, ha inteso circoscrivere la posizione estrema contenuta nella più volte richiamata sentenza *Lucchini*. È vero, dunque, che la disapplicazione della disciplina interna del giudicato è misura da relegare su di un piano del tutto eccezionale (e difficilmente ripetibile), ma è anche vero che talune affermazioni della Corte potrebbero contenere il rischio che a quella soluzione il giudice sia, in qualche misura, costretto ad arrivare.

Quando si afferma, infatti, che il giudice nazionale dovrà trarre *tutte le possibili conseguenze* da una sentenza della CG che fornisce una interpretazione del diritto dell'Unione in contrasto con il giudicato interno, non si rischia di mettere nella mani del giudice uno strumento che lo conduce, ove altrimenti non sia possibile agire, proprio alla disapplicazione della disciplina interna del giudicato? Proprio in questa zona (ancora) inesplorata mi pare si annidi il rischio maggiore per la tutela del valore del giudicato, specie con riferimento al giudicato civile (ed ai giudicati amministrativo e tributario) che, in ragione delle competenze dell'Unione appaiono certamente i più esposti.

¹ Si tratta della previsione contenuta nell'art. 5 del XVI protocollo addizionale alla CEDU, sottoscritto ma non ancora ratificato dallo Stato italiano e non ancora in vigore per via del mancato raggiungimento del numero necessario di ratifiche, che prevede la possibilità di ottenere un parere non vincolante da parte della *Grande Chambre* della Corte Edu

L'assenza di una disciplina di raccordo sia per il giudicato convenzionale, sia per quello della Corte di giustizia si rivela allora come un nervo scoperto e lascia, in fin dei conti, sul giudice nazionale il peso di una dinamica tra sistemi giurisdizionali che può compromettere i meccanismi della tutela multilivello.