

GUIDO GRECO

Professore emerito di diritto amministrativo presso l'Università degli studi di Milano

[guido.greco@unimi.it](mailto:guido.greco@unimi.it)

## **GIUDICATO NAZIONALE E NECESSITÀ “COMUNITARIE”: I CASI PIÙ CRITICI**

### **NATIONAL JUDGEMENT AND ‘COMMUNITY’ NEEDS: THE MOST CRITICAL CASES**

#### SINTESI

L'articolo è dedicato allo specifico aspetto del superamento del giudicato amministrativo per esigenze e necessità del diritto dell'Unione europea. In particolare, esso sostiene che il più grave “vulnus” all'istituto del giudicato, così come configurato dall'articolo 2909 del codice civile, sia stato inferto dal diritto “comunitario” e dalle necessità che si reputa scaturiscano da tale ordinamento sovranazionale.

#### ABSTRACT

This article is devoted to the specific aspect of the overcoming of the administrative judgement by the requirements and needs of European Union law. In particular, it argues that the most serious 'vulnus' to the institution of *res judicata*, as configured by Article 2909 of the Civil Code, has been inflicted by 'European Union' law and the needs that are deemed to arise from that supranational system.

PAROLE CHIAVE: Giudicato, processo amministrativo, Unione Europea.

KEYWORDS: Judgement, administrative process, European Union.

Indice: 1. Il superamento del giudicato amministrativo per esigenze e necessità del diritto dell'Unione europea – 2. Giudicato in materia di aiuti di Stato - 3. La sentenza Kühne-Heitz.

### **1. Il superamento del giudicato amministrativo per esigenze e necessità del diritto dell'Unione europea**

Il mio articolo è circoscritto allo specifico aspetto del superamento del giudicato amministrativo per esigenze e necessità del diritto dell'Unione europea.

Non credo, infatti, sia azzardato affermare che il più grave “vulnus” all’istituto del giudicato, così come configurato dall’art. 2909 cod. civ., sia stato inferto dal diritto “comunitario” e dalle necessità che si reputa scaturiscano da tale ordinamento sovranazionale. La Corte di giustizia, infatti, pur avendo proclamato reiteratamente che la certezza del diritto è un valore che è rispettato dal diritto dell’Unione non meno che dagli Stati membri e pur avendo individuato nella figura del giudicato una delle massime espressioni di tale esigenza di certezza del diritto (come diceva Ulpiano, “*quia res iudicata pro veritate accipitur*”), non si è peritata in varie occasioni di disporne o imporne il superamento: il tutto per superiori necessità del diritto dell’Unione, rese sovente più pressanti da inadempimenti degli organi giurisdizionali degli Stati membri o da insufficienze del relativo sistema processuale, idonee a rendere troppo difficile la tutela giurisdizionale del singolo.

La sentenza Lucchini (Corte giust., Grande Sez., 18 luglio 2007, in causa C-119/05) e la sentenza Olimpiclub (Corte giust., Sez. II, 3 settembre 2009, in causa C-2/08) sono espressione di tale superamento, così come le varie altre rese a proposito degli aiuti di Stato. L’art. 2909 cod. civ. deve essere in tali casi disapplicato, con buona pace della irretrattabilità della sentenza che, in un modo o nell’altro, ha acquisito autorità di cosa giudicata.

In passato ho avanzato varie perplessità in ordine a detta giurisprudenza. Infatti, l’istituto del giudicato pare rispettare pienamente i criteri di equivalenza ed effettività, che, com’è noto, costituiscono parametri necessari da osservare per accertare la compatibilità di istituti nazionali con le necessità del sistema UE.

Eppure la Corte ha diversamente opinato, almeno nel già menzionato caso di Olimpiclub, ove ha stigmatizzato una particolare interpretazione del

giudicato (e cioè il c.d. giudicato esterno, che comporta l'estensione del giudicato ad altro giudizio, che si riferisca al medesimo rapporto giuridico e che dipenda dalla soluzione di un punto fondamentale comune ad entrambe le cause). Tale interpretazione, infatti, renderebbe eccessivamente difficoltosa la tutela dei diritti dell'Unione, perché l'eventuale errore, nell'applicazione del diritto UE, della sentenza passata in giudicato si ripercuoterebbe ineluttabilmente anche nei successivi giudizi.

Ora, se è pur vero che l'applicazione del criterio di effettività presenta un margine di opinabilità superiore a quello di equivalenza (quando un istituto processuale rende difficoltoso, o troppo difficoltoso, l'esercizio di un diritto?), a me pare che in generale i dubbi possono essere fugati sol che si compari l'istituto nazionale con l'analogo istituto del diritto dell'Unione. Nel senso che, se l'istituto nazionale si attesta a *standard* di garanzie non inferiori a quello del diritto UE, il requisito di effettività dovrebbe essere per ciò solo soddisfatto, dato che la giurisprudenza della Corte ha più volte proclamato l'idoneità e la satisfattoria degli istituti processuali previsti appunto dal diritto dell'Unione.

Tale declinazione del principio di effettività, costituita appunto dal raffronto con istituti dell'Unione e che in altra occasione ho chiamato come di "equivalenza verticale", non è certo stata utilizzata dalla Corte a questo proposito. Eppure dovrebbe essere immanente al sistema (complessivamente considerato) per ovvie esigenze logiche.

Se, infatti (come è stato più volte conclamato dalla stessa Corte di Giustizia), il regime previsto dai Trattati a tutela delle posizioni giuridiche comunitariamente protette è conforme alle esigenze complessive del diritto dell'Unione europea e se il regime nazionale di un istituto accorda a tali posizioni una analoga e, comunque, non inferiore tutela, si deve convenire che anche quest'ultimo sia conforme a tali esigenze e pienamente satisfattorio come e quanto il primo.

E così, ad esempio, non si sarebbe mai dovuto dubitare che un termine di impugnazione di 60 giorni (quale è quello del ricorso al Giudice amministrativo) renda estremamente difficile la tutela di una posizione comunitariamente protetta. Se si considera, infatti, che esso è pressoché identico all'analogo termine (di due mesi) previsto per ricorrere avverso le decisioni delle Istituzioni dell'Unione (art. 263, TFUE), si dovrà convenire che il rispetto del requisito dell'effettività è per ciò solo assicurato.

Una impostazione analoga sembra potersi ricavare anche da una Risoluzione del Parlamento, diretta a sollecitare la Commissione a fornire una proposta di regolamento sul procedimento amministrativo delle Istituzioni dell'Unione. In tale occasione il Parlamento non ha ommesso di precisare che *“la giurisprudenza della Corte di giustizia ha elaborato principi procedurali consolidati che si applicano alle procedure degli Stati membri nelle materie europee e che, a maggior ragione, dovrebbero applicarsi all'amministrazione diretta dell'Unione”* (Risoluzione del Parlamento in data 15 gennaio 2013). Il che dimostra, per converso, che gli istituti dell'Unione devono attestarsi al più alto livello di garanzie e pertanto possono costituire, a loro volta, parametro per valutare l'effettività degli analoghi istituti nazionali.

Se si accetta, dunque, tale approccio interpretativo, si deve constatare che l'istituto nazionale del giudicato è del tutto identico a quello del sistema di giustizia dell'Unione e sottende le medesime necessità di immodificabilità e di irrettrabilità (per mancata impugnazione della sentenza di primo grado o per l'esaurimento comunque dei mezzi di ricorso), che contribuiscono a fornire certezza nelle relazioni giuridiche. Pertanto, almeno in linea di principio si deve riconoscere sicura effettività anche all'istituto nazionale.

Sicché non deve stupire che anche di recente la Corte di giustizia abbia riconosciuto che *“Occorre ... ricordare l'importanza che riveste, sia nell'ordinamento giuridico dell'Unione che negli ordinamenti giuridici nazionali, il principio dell'autorità di cosa giudicata. Infatti, al fine garantire tanto la stabilità del diritto e dei rapporti giuridici quanto una buona amministrazione della giustizia, è importante che le decisioni giurisdizionali dive-*

*nute definitive dopo l'esaurimento dei mezzi di ricorso disponibili o dopo la scadenza dei termini previsti per tali ricorsi non possano più essere rimesse in discussione ...*

*Pertanto, il diritto dell'Unione non impone a un giudice nazionale di disapplicare le norme processuali interne che attribuiscono forza di giudicato a una decisione giurisdizionale, neanche quando ciò permetterebbe di porre rimedio a una situazione nazionale contrastante con detto diritto...*" (Corte giust., sez. IV, 11 settembre 2019, in causa C-676/17, punti 25-28. Cfr. anche Corte giust. 29 luglio 2019, in causa C-620/17, punti 54-56 e 60).

Ciò nondimeno, come si diceva, la Corte ha imposto il superamento del giudicato nazionale in alcuni casi molto significativi, relativi soprattutto al settore degli aiuti di Stato. Ma non si deve dimenticare neppure la giurisprudenza Kühne-Heitz (Corte giust. 13 gennaio 2004, in causa C-453/00), che riguarda casi che coinvolgono l'esercizio di poteri amministrativi (passati indenni al vaglio del Giudice nazionale, con sentenza passata in giudicato) e che interessano, dunque, da vicino il diritto amministrativo nazionale.

Di tali casi val la pena, dunque, brevemente di parlare, per meglio comprendere le ricadute che ne derivano, appunto, nel diritto amministrativo nazionale. Ritengo, infatti, più utile e più consono, non già soffermarmi sulle criticità della giurisprudenza della Corte in proposito, bensì sulle dimensioni del fenomeno, sull'impatto dello stesso e sui modi che consentano di circoscriverlo e prevenirlo.

## **2. Giudicato in materia di aiuti di Stato**

In materia di aiuti di Stato il superamento del giudicato è giustificato dalla Corte, assumendo che si tratterebbe di una indebita invasione della competenza esclusiva della Commissione. Tuttavia il riparto dei compiti tra Commissione e Giudice nazionale non è così netto e necessita di una qualche puntualizzazione.

Infatti, se è vero che spetta solo alla Commissione valutare la "compatibilità" di un aiuto con il mercato interno (art. 107, par. 3), è vero d'altra parte

che la valutazione dell'“esistenza” dell'aiuto è di competenza sia della Commissione, sia del Giudice nazionale (così Comunicazione della Commissione “*relativa all'applicazione della normativa in materia di aiuti di Stato da parte dei giudici nazionali*” (2021/C 305/01), punti 34, 43, 57).

La criticità della disciplina scaturisce dalla circostanza che (concettualmente e di solito anche temporalmente, almeno nei casi di aiuti c.d. “nuovi”) la fase di valutazione dell'esistenza dell'aiuto precede quella della compatibilità. Con la conseguenza che l'accertamento del Giudice nazionale sull'esistenza dell'aiuto, rischia di precludere la valutazione della compatibilità da parte della Commissione.

In alti termini, la pur riconosciuta competenza del Giudice nazionale comporta in caso di errore (o comunque di diversa valutazione -anche successiva- operata dalla Commissione), sempre e comunque una lesione alla competenza della Commissione. Inoltre la sua sentenza è suscettibile di essere verificata e, in ipotesi, anche superata da una diversa valutazione della Commissione stessa: si tratta, dunque, di una sentenza e di un giudicato “cedevole”.

L'inconveniente deriva, come si diceva, dalla contemporanea e parallela competenza del giudice nazionale e della Commissione in ordine all'accertamento dell'esistenza dell'aiuto di Stato. E la recessività del giudicato nazionale, rispetto ad una contraria decisione della Commissione, scaturisce, in definitiva, dal primato del diritto dell'Unione e dalla insuperabilità dei suoi atti “obbligatori” e immediatamente vincolanti, ai sensi dell'art. 288 del TFUE: la decisione della Commissione rientra, infatti, tra tali atti.

Per evitare, dunque, l'inconveniente del superamento del giudicato il Giudice nazionale dovrebbe avvalersi, credo, di tutti gli strumenti di coordinamento preventivo messi a sua disposizione dalla normativa di settore. Mi riferisco, in generale, alla possibilità di adire la Corte di giustizia con il consueto rinvio pregiudiziale, ma mi riferisco soprattutto, proprio in materia di aiuti di

Stato, alla possibilità di acquisire un parere preventivo dalla stessa Commissione.

Il primo istituto è da tutti conosciuto e non è il caso di parlarne. Qualche annotazione merita, viceversa, il secondo istituto, perché si tratta indubbiamente di una peculiarità, che arricchisce notevolmente gli strumenti processuali del Giudice nazionale e in molti casi potrebbe essere risolutivo.

Infatti, nel settore degli aiuti di Stato -e sulla falsariga dell'art. 15 del Regolamento CE n. 1/2003 in tema di concorrenza-, il Regolamento UE 2015/1589 prevede, all'art. 29, che la Commissione, nell'ambito della cooperazione con i giudici nazionali, possa trasmettere (su richiesta) informazioni, fornire pareri, presentare, anche di propria iniziativa, osservazioni scritte in giudizio o addirittura, previa autorizzazione del Giudice, osservazioni orali.

Ora, la trasmissione di informazioni non è certo uno strumento processuale innovativo, né rispetto al giudizio civile (art. 213 c.p.c.), né rispetto a quello amministrativo (art. 63, c. 1, c.p.a.). L'unica peculiarità è data dalla circostanza che in questo caso l'"amministrazione", che fornisce, su richiesta, l'informazione, non è un'amministrazione dello Stato membro, bensì un'Istituzione dell'Unione, che è la massima espressione del potere esecutivo dell'Unione medesima.

Sicuramente più caratterizzante è lo strumento delle osservazioni scritte o orali (già previsto dal Regolamento antitrust per le Autorità nazionali sulla concorrenza), che implica un intervento "*motu proprio*" della Commissione in qualità di *amicus curiae* e che richiama alla mente anche l'intervento (facoltativo) del Pubblico Ministero nel processo civile (ovviamente nell'interesse della legge). Tuttavia, indipendentemente dalla frequenza o meno di tale intervento (che presuppone comunque che la Commissione abbia avuto notizia del processo pendente in sede nazionale), esso è uno strumento di cui il Giudice nazionale non ha la disponibilità e, dunque, che non amplia gli strumenti istruttori a sua disposizione.

L'istituto, viceversa, che appare particolarmente incisivo ai fini istruttori è quello della richiesta di parere. Si tratta di un istituto innovativo, perché altro è richiedere informazioni (che sono manifestazione di conoscenza), altro è richiedere pareri (che implicano un'espressione anche di opinione od di giudizio), che non sono altrimenti previsti né nel processo civile, né in quello amministrativo.

Si potrebbe, per la verità, instaurare un raffronto con la "verificazione" del processo amministrativo o con la consulenza tecnica d'ufficio del processo civile e amministrativo. Ma si tratterebbe di un raffronto inadeguato, perché non è certo rappresentativo della competenza esclusiva della Commissione in tema di aiuti di Stato e, così, della autorevolezza della propria valutazione.

Ma proprio per quest'ultimo motivo la richiesta di parere alla Commissione può costituire, da un lato, un formidabile strumento di cooperazione e, d'altro lato, può salvaguardare il Giudice nazionale (e le sue sentenze) da successivi superamenti e travolgimenti.

Nell'ambito degli aiuti di Stato, infatti, il coinvolgimento della Commissione consente di acquisire preventivamente la sua valutazione in proposito, ponendo il giudizio al riparo da eventuali sorprese, collegate ad aspetti non dedotti dalle parti, ovvero ad apprezzamenti eventualmente erronei. Tenuto conto che i "pareri" della Commissione comportano un'assunzione di responsabilità della stessa, che non potrebbe successivamente discostarsene: anche perché si tratterebbe di un caso di scuola in cui (del tutto eccezionalmente) si potrebbe ben a ragione invocare l'affidamento ingenerato.

L'uso di tale strumento di cooperazione, dunque, dovrebbe essere imprescindibile in ogni controversia in cui vi sia, sia pur lontanamente, il sospetto della presenza di un aiuto di Stato. E tale strumento potrebbe essere preferito anche al rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE, non solo perché consente una risposta più rapida, ma anche perché non comporta la sospensione del giudizio in attesa della pronuncia della Corte: sicché potrebbe essere utilizzato in modo



ben più frequente e sistematico, anche per i casi per così dire “esonerati” dal rinvio pregiudiziale, in base alla giurisprudenza Cilfit (Corte giust. 6 ottobre 1992, in causa C-283/81).

Inoltre, poiché il parere della Commissione non vincola giuridicamente il Giudice nazionale, nulla vieta astrattamente allo stesso Giudice nazionale di discostarsene. Tuttavia, per evitare ancora una volta il pericolo della disapplicazione del giudicato, cautela imporrebbe in tal caso di richiedere prima l'intervento conforme della Corte, attraverso il consueto rinvio pregiudiziale: solo così, almeno, il giudicato nazionale potrebbe essere posto al riparo da sgradevoli “superamenti”.

### **3. La sentenza Kühne-Heitz**

Se si prescinde dal settore degli aiuti di Stato, un giudicato amministrativo può inoltre essere superato quando risultino soddisfatte le condizioni stabilite dalla sentenza Kühne-Heitz. La quale è tornata di recente alla ribalta, perché è stata richiamata (anche se poi, in definitiva, non applicata), dalle ben note sentenze 17 e 18/2021 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato in ordine alle c.d. concessioni balneari.

La sentenza Kühne-Heitz, confermata ed integrata (per aspetti, peraltro, che non rilevano in questa sede) dalla sentenza Kempter (Corte Giust., Grande Sezione, 12 febbraio 2008, in causa C-2/06), ha deliberato ed ha finito per disciplinare una fattispecie particolare, costituita da una decisione amministrativa divenuta “definitiva” a seguito di una sentenza del Giudice nazionale di ultima istanza, basata su una interpretazione erronea del diritto dell'Unione e adottata senza che la Corte fosse stata chiamata a pronunciarsi in via pregiudiziale: in tal caso, ove vi sia un istituto nazionale che consenta il ritiro degli atti e ove l'interessato si sia rivolto all'amministrazione subito dopo aver conosciuto l'interpretazione (successiva) fornita dalla Corte in altra occasione, la stessa amministrazione deve riesaminare la propria decisione “tenendo conto” di tale interpretazione.

In questo caso vi è superamento del giudicato, perché l'amministrazione in sede di autotutela non potrebbe di per sé disattendere il giudicato favorevole sulla legittimità di un provvedimento amministrativo, né potrebbe, in tal caso, annullare d'ufficio un provvedimento amministrativo rivelatosi in contrasto con la normativa UE immediatamente applicabile. La dottrina Kühne-Heitz supera tale limite e consente all'amministrazione di esercitare il proprio potere di autotutela, indipendentemente, e persino contro, quanto giudicato dal giudice nazionale, avvalendosi dell'interpretazione fornita successivamente dalla Corte in altri contenziosi, ma riguardanti la medesima normativa di riferimento.

Il superamento del giudicato pare giustificato essenzialmente dal mancato rinvio alla Corte, che ha reso particolarmente difficile (ed anzi ha pregiudicato) la tutela giurisdizionale del cittadino. Il quale viceversa avrebbe meritato piena soddisfazione, in base all'interpretazione della normativa pertinente, operata da una successiva sentenza della medesima Corte su una vicenda analoga.

In altri termini, in questo caso il superamento del giudicato non pare derivare (soltanto) da un'astratta applicazione del principio del primato del diritto UE. Se così fosse, infatti, l'obbligo di riesame (a domanda dell'interessato) dell'atto amministrativo dovrebbe riguardare anche gli atti amministrativi divenuti definitivi a seguito di sentenza di conferma di un giudice non di ultimo grado (passata in giudicato) e, ancora a maggior ragione, dovrebbe riguardare gli atti amministrativi divenuti inoppugnabili per semplice decorso del termine di impugnazione (per i quali non sussisterebbe neppure lo schermo del giudicato).

Viceversa proprio la giurisprudenza Kühne-Heitz dimostra che sono ben diverse le conseguenze di una sopravvenuta sentenza interpretativa della Corte in tali casi. E dimostra che neppure il principio di leale collaborazione impone in detti casi l'intervento in autotutela dell'autorità amministrativa per ripristinare la legalità eurounitaria. A maggior ragione dimostra che, al di fuori del giudizio *a quo*, una sentenza interpretativa della Corte non produce effetti vincolanti

e/o innovativi sugli atti amministrativi emessi in violazione del diritto UE (e sui relativi effetti), indipendentemente dalla circostanza che la loro “definitività” sia scaturita o meno da una sentenza passata in giudicato.

Tutto ciò conferma che la *ratio* della giurisprudenza Kühne-Heitz risieda da un lato nella stigmatizzazione del mancato rinvio pregiudiziale da parte del giudice di ultima istanza e, d'altro lato, nella garanzia della tutela da parte del cittadino, che ha inutilmente esperito tutti i mezzi processuali consentiti, facendosi altresì parte diligente nel chiedere il ritiro dell'atto amministrativo, una volta sopraggiunta l'interpretazione della Corte, che ne ha messo a nudo l'antigiuridicità comunitaria.

Si tratta, dunque, di casi tutto sommato eccezionali e particolarmente qualificati dalle esigenze di effettività della tutela giurisdizionale del cittadino, ingiustamente pregiudicate. Ed entro questi precisi limiti il superamento del giudicato credo sia accettabile, dato che non conculca gravemente il principio del giudicato, comunque formatosi sulla base di un grave inadempimento del giudice di ultima istanza (il mancato rinvio alla Corte di giustizia) e dato che, proprio per tale ragione, non si potrebbe proporre un raffronto col sistema processuale dell'Unione, che certo non contempla l'istituto del rinvio pregiudiziale.