

FABIO FRANCARIO

Professore ordinario di Diritto Amministrativo presso il Dipartimento di Scienze Politiche e Internazionali dell'Università di Siena

fabio.francario@unisi.it

IL CONTRASTO TRA GIUDICATI

THE CONTRAST BETWEEN THE JUDGED

SINTESI

Il saggio analizza il tema del contrasto tra il giudicato amministrativo vuoi al suo stesso interno e vuoi nel rapporto con altre giurisdizioni (sovrannazionali, civile e penale). L'analisi svolta mostra come la riflessione sia resa problematica anzitutto per via della dilatazione dei confini del giudicato alla luce dei metodi di motivazione della sentenza, che passano – per previsione espressa del codice del processo amministrativo - da motivazioni molto sintetiche a decisioni che investigano integralmente tutte le domande, con obiter dicta sovente eccessivi. A complicare un quadro già complesso vi è poi l'affermazione dell'idea che nel rapporto tra giurisdizioni debba operare il principio di autonomia, in luogo di quello dell'unicità, perché questa impostazione comporta che la ricerca dei limiti tra giudicati non debba più pensarsi in termini unidirezionali (per cui un giudicato prevale sugli altri) ma di reciproco condizionamento. Il tema è poi analizzato alla luce delle peculiarità storiche del processo amministrativo, ancora sostanzialmente modellato sul giudizio tipico di legittimità, con un'istruttoria in molti casi soltanto eventuale, sicché nel processo amministrativo può dirsi che non sempre si produce un vero e proprio accertamento dei fatti. In questa prospettiva si giunge a ritenere che la ricerca di una efficacia esterna del giudicato amministrativo dovrebbe conseguire alla verifica dell'effettivo accertamento dei fatti, che – per quanto visto – non è scontato ma è comunque possibile se è vero come è vero che, differentemente dal passato, nel processo amministrativo non ci sono più sostanziali limitazioni ai mezzi di prova. Il saggio passa poi ad analizzare il tema dell'efficacia esterna del giudizio di diritto, per evidenziare

che se il giudicato amministrativo non viene limitato al solo dedotto e lo si concepisce come esposto a un continuo divenire, diventa difficile affermare che possa fare stato nei confronti degli accertamenti operati da altri ordini giurisdizionali.

ABSTRACT

The essay analyses the theme of the contrast between the administrative judgement both internally and in its relationship with other jurisdictions (supranational, civil and criminal). The analysis carried out shows how the reflection is problematic due to the dilation of the boundaries of the judgement in light of the methods of motivation of the sentence, which pass - by express provision of the Italian code of the administrative process - from very synthetic motivations to decisions that fully investigate all the questions, with obiter dicta often excessive. The idea that in the relationship between jurisdictions the principle of autonomy between judgments operates instead of that of the uniqueness of jurisdiction complicates an already complex picture, because this approach implies that the search for the limits between judgments must no longer be thought in unidirectional terms (whereby one judgment prevails over the others) but in terms of reciprocal conditioning. The subject is then analyzed in the light of the historical peculiarities of the administrative process, still substantially modelled on the typical judgement of legitimacy, wherein the control on facts is only eventual, so that it can be said that in the administrative process a true ascertainment of facts does not always take place. In this perspective, the essay points out that the search for an external effectiveness of the administrative judgement should follow – case by case - the verification of the actual ascertainment of the facts, which shall not taken for granted but is nevertheless possible in the light of the circumstance that, unlike in the past, in the administrative process the means of proof are no longer limited. The essay analyses not only the issue of the ascertainment of facts but also that of the external efficacy of the decision of law, in order to highlight that if the administrati-

ve judgement is not limited to the deducted and is conceived as exposed to a continuous becoming, it becomes difficult to affirm that it can anyhow limit the ascertainments in law made by other jurisdictional orders.

PAROLE CHIAVE: contrasto tra giudicati – certezza giuridica - giudizio

KEYWORDS: contrast between judged - legal certainty - judgment

INDICE: 1.- Premessa. 2.- Certezza giuridica e giudicato. 3. Comando e giudizio. 4.- Il contrasto tra giudicati nell'ambito della giurisdizione amministrativa. 5.- Il contrasto tra giudicati di diverse giurisdizioni: a) il contrasto con le pronunce di corti sovranazionali (CEDU e CGUE). 6. (segue) b) Il contrasto con il giudicato penale o civile nell'ambito dell'ordinamento nazionale. 7.- Notazioni conclusive.

1. Premessa

Quello del “*contrasto*” tra giudicati è un tema particolarmente delicato perché tocca il fine ultimo dell'esercizio della funzione giurisdizionale, che è innanzi tutto quello di creare “*certezza giuridica*” in ordine ad un fatto o episodio della vita rispetto al quale sono controverse le regole del dover essere¹.

Oltretutto, è un tema che non si presta ad essere affrontato in maniera unitaria perché trova risposte differenti a seconda dei giudicati che vengano presi in considerazione. A seconda cioè che il giudicato si formi su sentenze rese nell'ambito di una medesima giurisdizione o proprie di giurisdizioni diverse; e, in quest'ultimo caso, con soluzioni differenziate anche a seconda del fatto che si tratti di giurisdizioni nazionali o sovra nazionali.

Dovendo circoscrivere il campo dell'indagine, preciso pertanto che cercherò di rispondere essenzialmente a due domande:

- se l'Ordinamento tollera o meno che possano aversi giudicati contrastanti tra loro e quale sia quindi il principio vigente *in subiecta materia*;

1 A. Falzea, *Accertamento (teoria generale)*, Enc. Dir., I, 205 ss ; M.S. Giannini, *Certezza pubblica*, in *Enc. dir.*, VI, 769 ss; Id., *Accertamento (diritto costituzionale ed amministrativo)*, *Enc. dir.*, I, 219. Tra i contributi più recenti sul tema si segnalano gli atti del convegno di Modanella dell'8 – 9 giugno 2018 raccolti nel volume “*Principio di ragionevolezza delle decisioni giurisdizionali e diritto alla sicurezza giuridica*”, Napoli, 2018, tra i quali v. in ptcl F.Francario, *Il diritto alla sicurezza giuridica. Note in tema di certezza giuridica e giusto processo* e M.A. Sandulli, *Conclusioni di un dibattito sul principio della certezza del diritto*. V. anche gli atti del convegno annuale AIPDA di Napoli del 3 – 4 ottobre 2014, pubblicati in *Annuario AIPDA 2014, L'incertezza delle regole*, Napoli, 2015. Sul tema in generale v. anche M.A. Sandulli, *Il tempo del processo come bene della vita*, in *Federalismi*, 2014 e in *Diritto e società*, 2015.

- quali siano nel caso i rimedi esperibili (o, meglio: come si coordinano i possibili rimedi della revocazione e sospensione per pregiudizialità).

Si rendono necessarie due osservazioni preliminari sull'efficacia della cosa giudicata, utili a precisare come tale nozione condensi la finalità ultima della funzione giurisdizionale e cosa esattamente di una sentenza passi in giudicato.

2. Certezza giuridica e giudicato

La prima considerazione preliminare è volta a chiarire che il giudicato è lo strumento che serve a garantire certezza ai rapporti giuridici.

Come detto, quello del “contrasto” tra giudicati è un tema particolarmente delicato perché tocca il fine ultimo dell'esercizio della funzione giurisdizionale, che è innanzi tutto quello di creare “certezza giuridica” in ordine ad un fatto o episodio della vita rispetto al quale sono controverse le regole del dover essere². La antiggiuridicità di un dato fatto, atto o comportamento è meramente asserita in *limine litis*, ma, alla fine del giudizio, deve risultare certa, in un modo o nell'altro. *Ne cives ad arma veniant*. Per questo tutte le sentenze sono, nel loro contenuto minimo, delle sentenze di accertamento. La sentenza può poi limitarsi a questo contenuto minimo (e rimane sentenza di puro accertamento), oppure può aggiungere al contenuto di accertamento l'effetto di creare, modificare o estinguere tra le parti un rapporto giuridico (e diventa una sentenza costitutiva), oppure ancora può aggiungere al contenuto di accertamento l'ordine, rivolto alla parte rimasta soccombente in giudizio, di tenere un ben determinato comportamento, può cioè determinare anche il *faciendum* (sentenza di condanna)³.

La certezza giuridica non coincide necessariamente con la realtà storica. Anzi. L'accertamento della realtà storica è per sua natura esposto alla scoperta

2 E.T. Liebman, *Efficacia ed autorità della sentenza*, Milano, 1935, 26, ripubbl. come *Efficacia ed autorità della sentenza: ed altri scritti sulla cosa giudicata*, Milano, A. Giuffrè, 1962.

3 Cfr F. Francario, *La sentenza: tipologia e ottemperanza nel processo amministrativo*, in *Dir proc amm.*, 4/2016, 1030 ss e F. Francario, *Il giudizio di ottemperanza: origini e prospettive*, in *Il processo*, 3/2018, 171 ss.

di nuove prove o acquisizioni che possono portare a riscrivere completamente l'episodio di vita in qualsiasi momento. La verità storica non può avere l'autorità della cosa giudicata. L'accertamento della realtà giuridica non tollera invece questa possibilità di ricostruzione infinita della realtà delle cose, e ritiene bastevole e necessario il raggiungimento di una verità politicamente accettabile, accettabile cioè, in un momento dato, dalla *polis* e dai *cives* tutti⁴.

Il giudicato è l'istituto, lo strumento al quale l'Ordinamento ricorre per garantire tale certezza; per blindare l'accertamento operato nella sentenza rispetto alle parti e allo stesso giudice.

Ciò che al fondo differenzia la sentenza dagli atti tipici degli altri pubblici poteri che sono espressione della sovranità statale, la legge e l'atto amministrativo, non è altro che questa attitudine a creare certezza in ordine ad un rapporto giuridico controverso. Un atto legislativo o un atto amministrativo, atti pur sempre dotati d'imperatività, sono pur sempre modificabili da un successivo atto dotato di pari forza; altrettanto non può dirsi invece per la sentenza, una volta che abbia acquistato la caratteristica che solo essa può acquisire: l'autorità della cosa giudicata⁵.

Già solo questo primo chiarimento dovrebbe consentire di rispondere negativamente alla prima domanda, nel senso che la finalità connaturata alla funzione giurisdizionale dovrebbe esser di per sé tale da escludere la possibilità che si abbiano giudicati tra loro contrastanti. In linea di principio, l'Ordinamento non può cioè tollerare l'esistenza di giudicati contrastanti. Tale risposta, tuttavia, come vedremo, non può ritenersi sempre e del tutto scontata.

3. Comando e giudizio

Sempre preliminarmente, occorre poi chiarire su cosa si forma esattamente il giudicato. Ovvero cosa passa in giudicato della sentenza. Chiarimento

4 Cfr G. Montedoro, *Il diritto pubblico tra ordine e caos, I pubblici poteri nell'età della responsabilità*, Bari, 2018, 73 – 86.

5 *Amplius* v. F. Francario, *Riesercizio del potere amministrativo e stabilità degli effetti giuridici*, in *Federalismi*, 8/2017,

evidentemente essenziale per definire i termini di valutazione di un ipotetico contrasto tra giudicati.

E' noto infatti che con la sentenza il giudice irroga (o nega) la misura giurisdizionale richiesta.

Così com'è noto che la sentenza si articola in un comando preceduto da un giudizio⁶.

Il comando s'identifica col *dictum*, contenuto nel dispositivo.

Il giudizio è espresso nella motivazione: il giudice deve innanzi tutto ricostruire la situazione di fatto, in base alle allegazioni e alle prove; sulla situazione di fatto così accertata si modella il giudizio di diritto, la valutazione dei fatti in base alle norme sostanziali⁷.

Il contenuto di una sentenza può sempre venir ridotto al seguente schema: una premessa (o una serie di premesse) di fatto; una premessa (o una serie di premesse) di diritto; una conclusione consistente nell'applicazione del diritto al fatto.

L'accertamento si distribuisce quindi tra motivazione e dispositivo, ed è molto discusso cosa effettivamente "passi in giudicato" di una sentenza. Se solo il dispositivo o anche la motivazione (e quindi anche le premesse di fatto e di diritto della decisione)⁸.

Sul piano della teoria generale, il fenomeno è ampiamente ed approfonditamente studiato nell'ambito della teoria della pregiudizialità, ed in linea di principio porta ad escludere dall'ambito oggettivo della cosa giudicata la questione pregiudiziale che venga decisa nell'ambito del medesimo processo senza trasformarsi in una vera e propria causa pregiudiziale. A rigore, quindi, ciò che rappresenta un antecedente logico della decisione e che rimane soltanto tale nell'ambito del processo senza divenire oggetto di un autonomo giudizio, che

6 E. Fazzalari, *Sentenza civile*, in *Enc. dir.* XLI, 1246 ss.

7 F. Patroni Griffi, *La sentenza amministrativa*, in *Trattato di diritto amministrativo* a cura di S. Cassese, Milano, 2003, 4476 ss

8 Per tutti v. B. Sassani, *Impugnativa dell'atto e disciplina del rapporto. Contributo allo studio della tutela dichiarativa nel processo civile e amministrativo*, Padova, 1989. Più di recente v. anche G.A. Primerano, *La pregiudizialità civile nel processo amministrativo*, Torino, 2017, 95 ss.

rimane cioè una questione soltanto pregiudiziale, non verrebbe coperto dall'efficacia della cosa giudicata che può acquistare la sentenza che chiude un determinato processo. Sul punto in dottrina c'è forse un po' di confusione, ma non vera e propria discordia⁹.

La ricostruzione teorica è tuttavia seguita solo in parte soprattutto nella prassi giudiziaria, che è solita fare comunque una distinzione, nell'ambito del fenomeno della pregiudizialità, tra questioni che sono semplicemente un antecedente logico giuridico della decisione, e quelle che rappresentano un presupposto logico "necessario" del dispositivo; distinzione che ha l'effetto di comprendere queste ultime nell'ambito della cosa giudicata sostanziale¹⁰.

Questo è quanto rende problematico il nostro tema in una maniera che non avrebbe ragion d'essere se il giudicato riposasse sul solo dispositivo della sentenza, sul solo comando del giudice, a prescindere dalla motivazione.

4. Il contrasto tra giudicati nell'ambito della giurisdizione amministrativa

Esaurite le premesse, veniamo dunque al tema principale: se e quali rimedi siano dati per evitare il contrasto tra giudicati e come si coordinino.

Se si rimane nell'ambito della giurisdizione amministrativa, non v'è dubbio alcuno che l'Ordinamento non tollera la possibilità che si abbiano giudicati contrastanti e che il principio è che il contrasto tra giudicati sia inammissibile.

A tal fine concorrono due distinti rimedi: il primo volto a prevenire la formazione di accertamenti contrastanti; il secondo, a rimuovere l'accertamento già consumato. La sospensione "necessaria" del processo è contemplata dall'art 295 c.p.c. (*"il giudice dispone che il processo sia sospeso in ogni caso in cui egli stesso o altro giudice deve risolvere una controversia, dalla cui definizione dipende la decisione della causa"*; rinvio fatto dall'art 78 c.p.a.)¹¹. L'ipotesi della sentenza contraria ad

⁹ Il classico studio di riferimento rimane sempre A. Romano, *La pregiudizialità nel processo amministrativo*, Milano, 1958, 168 ss

¹⁰ Per tutti v. S. Menchini, *Il giudicato civile*, Torino, 2002, 2 ed., 67 ss. e G.A. Primerano, *La pregiudizialità civile nel processo amministrativo*, cit., ed ivi ulteriori riferimenti.

¹¹ Per tutti v. E. Parisi, *Le sospensioni del processo amministrativo*, Napoli, 2020, in ptcl 138 ss e ivi ulteriori riferimenti.

altra sentenza precedente avente fra le parti autorità di cosa giudicata è espressamente annoverata tra i casi tipici e nominati di revocazione elencati dall'art. 395 c.p.c. (l'art 106 c.p.a. rinvia sul punto)¹². Fin qui, lo stesso discorso vale parimenti anche se fatto per la giurisdizione ordinaria, sia civile, che penale; e, in ogni caso, non pone particolari problemi se e finché l'efficacia di cosa giudicata rimane circoscritta al dispositivo, blindato nella sua certezza dal principio per cui in punto di motivazione viene coperto tanto il dedotto quanto il deducibile.

I problemi nascono nel momento in cui la nozione di cosa giudicata abbandona il ristretto, ma certo, confine del dispositivo della sentenza, la conclusione del sillogismo in cui si esprime la logica della sentenza, per estendersi alle sue premesse, alla parte motiva della sentenza. E, nel caso del processo amministrativo, si acquiscono a dismisura per via delle eccessive fluidità ed elasticità della nozione di giudicato¹³.

Ciò è dovuto non tanto al fatto che nel processo amministrativo è pacifica l'affermazione che occorre guardare alla motivazione della sentenza per ricostruire il *dictum* del giudice, quanto piuttosto al fatto che essa si accompagna ad altre affermazioni quali sono quella che nel giudizio di legittimità il giudicato copra comunque solo i vizi dedotti e non quelli deducibili; che la motivazione possa essere integrata nell'ambito del giudizio di ottemperanza "al giudicato", completando in questa stessa sede l'accertamento mancante nella sentenza; o (si accompagna) al dato esperienziale di una prassi che origina motivazioni prolisse, eccessivamente articolate e complesse, che troppo spesso rendono assolutamente labile ed evanescente il confine tra un *obiter dictum* e ciò che è un antecedente logico necessario della decisione e al fatto che questa prassi è per altro verso dissonante dall'esplicito riconoscimento legislativo della possibilità di

12 Cfr. F. Francario, *Giudicato e revocazione*, in *Treccani. Il libro dell'anno del diritto 2018*, Torino, 2018, 697 ss e ivi ulteriori riferimenti.

13 L'attuale stato dell'arte è ben delineato da S. Menchini, *Potere sostanziale e sistema delle tutele*, in *Dir proc amm.*, 4/2020 805 e ss pubblicato anche in C. Cudia (a cura di), *L'oggetto del giudizio amministrativo visto dal basso. Gli istituti processuali in evoluzione*, Torino, 2020, 215 ss.

pronunciare sentenza in forma semplificata, ovvero con “*sintetico riferimento al punto di fatto o di diritto ritenuto risolutivo ovvero al precedente conforme*” (art 74 c.p.a.).

Allo stato attuale, quasi a dispetto di ogni possibile ricostruzione sistematica che possa rispondere ad un suo principio informatore, nel processo amministrativo la nozione di “cosa giudicata” si presenta talmente fluida e incerta da rendere estremamente problematica la trattazione del tema del contrasto tra giudicati. Se il giudicato viene esteso alla motivazione della sentenza, se la motivazione rimane di per sé esposta ad un perenne rimaneggiamento da parte del giudice medesimo nella fase di ottemperanza, se il giudice nasconde sempre più il presupposto logico necessario del dispositivo in una motivazione prolissa e poco trasparente in manifesta violazione anche del principio di chiarezza e sinteticità degli atti processuali e se, per converso, la motivazione “semplificata” può essere limitata solo ad alcune parti della *causa petendi*; tutto ciò rende sicuramente improba, se non proprio arbitraria, la ricostruzione di un parametro certo di valutazione. Non è certamente un caso che la critica maggiore che viene fatta al giudice amministrativo dalla società civile e dagli operatori economici, a tutti i livelli, internazionale compreso, è quella della sempre crescente imprevedibilità delle decisioni del giudice amministrativo.

Se si è arrivati a questo punto, un po' di autocritica parrebbe doverosa, da parte di tutti i protagonisti della scena. A cominciare dalla dottrina, che dovrebbe recuperare maggior rigore scientifico nella ricostruzione degli istituti di diritto processuale amministrativo, evitando di rifugiarsi nella mera ricognizione del formante giurisprudenziale o nella prospettazione di modelli teorici che rischiano di non avere senso finché la nostra architettura costituzionale disegna un sistema dualista di giurisdizione fondato sulla distinzione tra diritto soggettivo e interesse legittimo. Personalmente non credo che la prospettiva della *full jurisdiction* aiuti in tal senso, in quanto tende inevitabilmente ad appiattare la tutela dell'interesse legittimo su quella del diritto soggettivo e rinuncia a cogliere e valorizzare la differenza dei bisogni di tutela sottesi alle due figure, impoveren-

do la tutela di cittadini e operatori economici nei confronti della PA ed alimentando la confusione e l'incertezza. Ma chiudo immediatamente la parentesi perché ci porterebbe molto lontano¹⁴.

Voglio solo dire che in un sistema processuale le regole devono essere chiare e certe e che bisogna pertanto essere consapevoli delle ricadute sul sistema delle scelte che si fanno. Si può anche dire che il giudicato si estende alla motivazione, ma bisognerebbe essere poi coerenti con tutto il resto. Altrimenti si risolve un problema e se ne aprono altri mille. Così come si può attribuire al giudice amministrativo il potere di condannare l'Amministrazione ad un fare specifico; ma, se l'attribuzione rimane fine a se stessa, sganciata da un obbligo di accertamento del rapporto e a volte persino dalla stessa domanda di parte, se cioè lo stesso accertamento del rapporto rimane sganciato dai vincoli della corrispondenza tra chiesto e pronunciato e della necessaria previa istruttoria¹⁵, forse sono più i problemi che si creano, che non quelli che si risolvono.

5. Il contrasto tra giudicati di diverse giurisdizioni: a) il contrasto con le pronunce di corti sovranazionali (CEDU e CGUE)

Considerato all'interno della giurisdizione amministrativa (o comunque di un dato sistema giurisdizionale nazionale), il tema del contrasto tra giudicati diventa dunque problematico se e nel momento in cui si estende l'ambito della cosa giudicata alla motivazione della sentenza; ma non v'è dubbio che il principio sia nel senso di ritenere inammissibile il contrasto, come testimoniano l'esperibilità del rimedio della revocazione e la possibilità di disporre la sospensione del processo nei casi in cui essa sia ritenuta necessaria dal giudice.

14 Per ulteriori spunti in tal senso v. F. Francario, *Interesse legittimo e giurisdizione amministrativa: la trappola della tutela risarcitoria*, in *Questione Giustizia*, 1/2021 e in *GiustiziaInsieme*, 24 maggio 2021.

15 Il dato è generalmente sottolineato negli studi sull'istruttoria successivi alla codificazione; *ex multis* v. G. D'Angelo, *La cognizione del fatto nel processo amministrativo tra Costituzione, codice e ideologia del giudice*, in (a cura di) C. Cudia, *L'oggetto del giudizio amministrativo visto dal basso. Gli istituti processuali in evoluzione*, Torino, 2020, 265 ss; M.A. Sandulli, *Riflessioni sull'istruttoria tra procedimento e processo*, in *Diritto e società*, 2/2020, 196 ss; A. Giusti, *Il contenuto conformativo della sentenza del giudice amministrativo*, Napoli, 2012, 175 ss.

Se il giudicato riguarda invece sentenze rese da giudici appartenenti a diversi sistemi o ordini giurisdizionali, bisogna fare innanzi tutto una distinzione a seconda che ci si riferisca a sentenze rese da Corti sovranazionali (accomunato di seguito, per ragioni prevalentemente di comodità espositiva, le pur differenti situazioni riferibili alla CEDU e alla CGUE), o da giudici appartenenti a giurisdizioni nazionali diverse da quella amministrativa (ordinaria: civile e penale).

Con riferimento alle Corti sovranazionali, si possono fare almeno quattro osservazioni, per la gran parte comuni tanto all'esperienza CEDU, quanto a quella CGUE:

1. rimane fermo il principio per cui il contrasto tra giudicati è ritenuto inammissibile;
2. i rimedi non sono cumulabili;
3. la esperibilità del rimedio revocatorio rimane comunque controversa stante la non riconducibilità ad uno dei casi tipici di revocazione, ordinaria o straordinaria;
4. la sospensione per pregiudizialità diventa necessaria.

E' noto che le pronunce CEDU possono esser rese solo se e in quanto siano state previamente esperite tutte le vie di ricorso previste dall'Ordinamento interno. In linea di principio si può oggi affermare che il contrasto non è tollerato e che è ormai ritenuto esperibile il rimedio revocatorio, ma si tratta dell'approdo attuale di un percorso abbastanza tormentato¹⁶. Le pronunce

16 Ex multis: E. Romani, *Il processo amministrativo e l'esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo: l'istituto della revocazione "convenzionale" prefigurato dalla l. 26 novembre 2021 n. 206*, in *Federalismi*, 16/2022; G. Montedoro, *Esecuzione delle sentenze CEDU e cosa giudicata nelle giurisdizioni nazionali* e A. Police, *Giudicato amministrativo e sentenze di corti sovranazionali. Il rimedio della revocazione in un'analisi costi benefici*, relazioni al convegno di Modanella 19 – 20 maggio 2017 pubblicate entrambe in F. Francario, M.A. Sandulli (a cura di), *"La sentenza amministrativa ingiusta e i suoi rimedi"*, Napoli, 2018, 199 ss e 181 ss; F. Francario, *La violazione del principio del giusto processo dichiarata dalla CEDU non è motivo di revocazione della sentenza passata in giudicato. Prime considerazioni su Corte cost. 26 maggio 2017 n. 123*, in *Federalismi*, 6/2017; A. Travi, *Pronunce della Corte di Strasburgo e revocazione delle sentenze: un punto fermo della Corte costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 3/2017, 1260 ss; R. Conti, *L'esecuzione delle sentenze della Corte EDU nei processi non penalidopo Corte cost. n. 123 del 2017*, in *Consultaonline*, 2/2017, 333 ss; A. Carbone, *Rapporti tra ordinamenti e rilevanza della CEDU nel diritto amministrativo (a margine del problema dell'intangibilità del giudicato)*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 531 ss; R. Caponi, *Corti europee e giudicati nazionali*, in *Atti del XXVII Congresso nazionale dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile, "Corti europee e giudici nazionali"*, Verona,

CEDU non sono integrate nel sistema processuale nazionale come se fossero un quarto grado di giudizio e non rimuovono di per sé gli effetti lesivi derivanti dalla sentenza dichiarata ingiusta, ma fanno comunque sorgere in capo allo Stato aderente alla Convenzione l'obbligo di *restitutio in integrum* e di conformazione ai sensi degli articoli 46 e 41 della Convenzione. Le sentenze CEDU hanno comunque forza vincolante ed i singoli Stati sono tenuti ad osservare le sue pronunce, ma conservano il potere di autodeterminarsi nella scelta delle modalità dell'osservanza, non essendo affatto esclusa l'ipotesi che la *restitutio in integrum* venga ritenuta impossibile nell'ordinamento interno e che venga pertanto surrogata da una ristorazione per equivalente. La scelta dipende dunque dall'Ordinamento nazionale, e nel caso dell'Italia ha finora ricevuto soluzioni differenti a seconda che si sia trattato di processo penale, civile o amministrativo. La Corte costituzionale è intervenuta con tre differenti pronunce, introducendo nell'ordinamento nazionale, con pronuncia additiva, la possibilità di revisione del processo penale già definito con sentenza passata in giudicato in caso di contrasto con successiva pronuncia della corte di giustizia europea (Corte cost 113/2011); ed escludendo l'incostituzionalità della mancata previsione della revocazione per contrasto della sentenza del giudice nazionale con pronuncia CEDU con riferimento al processo civile, prima (Corte cost 238/2014), e amministrativo, poi (sentenza n 123 del 26 maggio 2017)¹⁷. Il problema sembrerebbe essere stato adesso affrontato e risolto con chiarezza e uniformità dalla legge delega per la riforma del processo civile, che ha espressamente vincolato il legislatore delegato a *“prevedere che, ferma restando l'esigenza di evitare duplicità di ristori, sia esperibile il rimedio della revocazione previsto dall'articolo 395 del codice di procedura civile nel caso in cui, una volta formatosi il giudicato, il contenuto della sentenza sia successivamente dichiarato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo contrario, in tutto o in parte, alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fonda-*

25-26 settembre 2009, Bologna, 2011.

¹⁷ Per approfondimenti sia consentito rinviare a F. Francario, *La violazione del principio del giusto processo dichiarata dalla CEDU non è motivo di revocazione della sentenza passata in giudicato*, cit., e *Giudicato e revocazione*, in *Treccani. Il libro dell'anno del diritto 2018*, Torino, 2018, 697 ss.

mentali ovvero a uno dei suoi Protocolli e non sia possibile rimuovere la violazione tramite tutela per equivalente” (art 1 co. 10). Per il rinvio dinamico operato dall’art. 106 c.p.a., la previsione avrà effetti equivalenti nel processo amministrativo.

Il problema si pone in termini diversi per le pronunce della Corte di Giustizia. Anche in tal caso l’Ordinamento non tollera che possano aversi pronunce contrastanti, ma il rimedio è diverso da quello dell’impugnazione della pronuncia resa dal giudice nazionale innanzi alla Corte di giustizia stessa o tramite un giudizio di revocazione. Si cerca di prevenire la formazione di giudicati contrastanti riservando l’interpretazione delle norme eurounitarie alla Corte di giustizia e rendendo doverosa la sospensione del processo e la rimessione della questione pregiudiziale sull’interpretazione della norma eurounitaria alla Corte di giustizia¹⁸.

C’è da osservare, tuttavia, che il meccanismo del rinvio pregiudiziale non riesce tuttavia sempre a impedire del tutto il fenomeno del possibile contrasto (non proprio del giudicato ma) delle pronunce del giudice di vertice della giurisdizione amministrativa, il Consiglio di Stato, con le pronunce della CGUE. Non è tanto il caso *Randstad Italia spa*, deciso da CGUE 21 dicembre 2021 C 497/20, ad essere esemplare sotto questo profilo. In linea di principio la Corte di giustizia ha escluso che l’ordinamento nazionale debba necessariamente prevedere in tal caso l’impugnabilità della decisione del Consiglio di Stato in Cassazione e che i rimedi siano quelli (ben più gravi) dell’azione di responsabilità verso lo Stato e dell’obbligo di disapplicazione della pronuncia contrastante con la sentenza CGUE da parte dei giudici nazionali¹⁹. Ma va sottolineato che il

18 Sul tema in generale *ex multis* v. G. Trisorio Liuzzi, *Processo civile italiano e rinvio alla Corte di Giustizia della Comunità Europea*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2003; R. Murgia, *Il rinvio pregiudiziale interpretativo davanti alla Corte di Giustizia C.E.*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 441 ss; S. Foà, *Giustizia amministrativa e pregiudizialità costituzionale, comunitaria e internazionale. I confini dell’interpretazione conforme*, Napoli, 2011; R. Romboli, *Corte di giustizia e giudici nazionali: il rinvio pregiudiziale come strumento di dialogo*, in *Rivista AIC*, 3/2014; S. Spuntarelli, *Il ruolo del rinvio pregiudiziale alla CGUE nella giurisprudenza amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2018, 985 ss; R. Ricciardo Calderaro, *L’integrazione amministrativa e la tutela dei diritti. Problemi e prospettive alla luce della crisi sistemica dell’Unione europea*, Torino, 2020

19 Cfr. F. Francario, *Il pasticciaccio parte terza. Prime considerazioni su Corte di giustizia UE 21 dicembre 2021 C-497/20 Randstad Italia spa*, in *Federalismi*, 9.2.2022.

problema si è posto anche con riferimento all'ammissibilità del giudizio di revocazione in casi in cui si è lamentato il contrasto della pronuncia resa dal Consiglio di Stato, con la pronuncia CGUE, proprio nell'ambito del medesimo giudizio riassunto a seguito della decisione della pregiudiziale comunitaria. In termini propri la questione è stata recentemente rimessa alla Corte di giustizia dalla Sesta Sezione con l'ordinanza n. 2327 del 18 3 2021, chiedendo di chiarire se il rimedio del ricorso per revocazione possa essere impiegato per impugnare sentenze del Consiglio di Stato confliggenti con sentenze della Corte di Giustizia *“e in particolare con i principi di diritto affermati dalla Corte di Giustizia in sede di rinvio pregiudiziale”*.

Nell'attesa della pronuncia della Corte di Giustizia, allo stato rimane dunque ferma la scelta di sistema, di prevenire la formazione di giudicati in contrasto con pronunce della Corte medesima, unicamente attraverso il meccanismo della sospensione necessaria del processo e del rinvio pregiudiziale, con esclusione della possibilità d'intervenire successivamente a mezzo del rimedio revocatorio. Al riguardo merita di essere peraltro ricordato che la Corte di Giustizia (sentenza della Grande Sezione, 24 ottobre 2018 – C-234/17 , Austria c. XC) ha già avuto modo di precisare che *“il diritto dell'Unione non esige che, per tener conto dell'interpretazione di una disposizione pertinente di tale diritto offerta dalla Corte posteriormente alla decisione di un organo giurisdizionale avente autorità di cosa giudicata, quest'ultimo ritorni necessariamente su tale decisione”*.

Dunque, se stiamo alle corti sovranazionali, abbiamo in entrambi i casi chiaramente affermato il principio per cui non possono tollerarsi accertamenti contrastanti. I rimedi previsti non sono però cumulabili, essendo in un caso previsto quello della revocazione, nell'altro quello della sospensione necessaria per pregiudizialità.

6. (segue) b) Il contrasto con il giudicato penale o civile nell'ambito dell'ordinamento nazionale

Lo scenario sicuramente più problematico è quello che si apre in ambito nazionale prendendo in considerazione il tema con riferimento al contrasto tra giudicati propri di sentenze rese da giudici appartenenti a diverse giurisdizioni. In questo caso il problema investe infatti non tanto il profilo dei rimedi esperibili, quanto proprio il fatto se, in linea di principio, il contrasto tra giudicati sia tollerato o meno dall'Ordinamento.

Se finora abbiamo visto come il principio (che non possano aversi giudicati tra loro contrastanti) possa ritenersi pacifico tra pronunce rese all'interno della giurisdizione amministrativa o di una medesima giurisdizione nazionale o con riferimento alle corti sovranazionali (CEDU e CGUE), non può dirsi altrettanto se i termini di riferimento diventano sentenze rese da giudici nazionali appartenenti a giurisdizioni diverse.

Nel passato, nemmeno troppo remoto, non v'era dubbio sul fatto che l'Ordinamento non tollerasse il contrasto tra giudicati anche se formati su sentenze rese da giudici appartenenti a diversi ordini giurisdizionali. Così come tuttora avviene per prevenire la formazione di giudicati contrastanti con l'interpretazione del diritto dell'Unione data dalla Corte di Giustizia, il sistema anteriore alla riforma del c.p.p. del 1988 privilegiava infatti l'impiego della tecnica della sospensione del processo per consentire la previa risoluzione, con forza di giudicato, della questione pregiudiziale (v. artt. 18, 19 20 e 21 c.p.p.). Tale soluzione, sicuramente in grado di assicurare coerenza ed uniformità degli accertamenti, è stata però ritenuta tale da incidere in modo eccessivamente gravoso sulla speditezza processuale e sul principio della ragionevole durata dei processi ed è stata conseguentemente abbandonata²⁰, ritenendo preferibile l'impiego della tecnica della cognizione incidentale, che per definizione è volta ad operare un accertamento privo dell'efficacia di cosa giudicata,

Nel sistema attuale, Cassazione e Consiglio di Stato concordano nel ritenere che "*dalla disciplina del nuovo codice di procedura penale si desume che il nostro ordi-*

20 E. Parisi, *Le sospensioni del processo amministrativo*, cit., 145 ss; R. Vaccarella, *I rapporti tra arbitrato e processo penale*, in *Riv. arb.*, 2/2020, 231 ss.

namento non è più ispirato al principio dell'unità della giurisdizione, ma a quello dell'autonomia di ciascun processo e della piena cognizione da parte di ciascun giudice, dell'uno e dell'altro ramo, delle questioni giuridiche o di accertamento dei fatti rilevanti ai fini della propria decisione"; e che "pertanto, tranne alcune particolari e limitate ipotesi di sospensione del processo (civile previste dall'art. 75 c.p.p. nuovo terzo comma) da un lato il processo civile deve proseguire il suo corso senza essere influenzato dal processo penale e dall'altro il giudice civile deve procedere ad un autonomo accertamento dei fatti" (Cass. civ., sez. III, 10 agosto 2004 n. 15477; id., sez. II, 25 marzo 2005 n. 6478); ovvero che "a seguito dell'entrata in vigore del nuovo codice di procedura penale è stato espunto dall'ordinamento l'art. 3 del previgente c.p.p. il quale prevedeva la possibilità della sospensione del processo civile o amministrativo, conseguentemente i due giudizi sono attualmente dominati dalla regola dell'autonomia" (Cons. Stato, sez. V, 6 dicembre 2004 n. 1462; Id., sez. IV, 1 giugno 2004 n. 465). L'inversione di rotta sul tema della pregiudizialità apre dunque un nuovo scenario informato al principio dell'autonomia delle singole giurisdizioni e mette in discussione non tanto la scelta del rimedio più appropriato per evitare il contrasto tra giudicati, ma la vigenza stessa di un principio che vuole venga evitato il contrasto tra giudicati.

L'interrogativo principale, a questo punto, diventa se l'affermazione di un principio di autonomia faccia venire del tutto meno il principio di unicità della giurisdizione e giungere fino al punto di consentire che giudici diversi possano ricostruire "verità" diverse solo perché appartenenti ad ordini diversi; sino al punto cioè di tollerare l'esistenza di giudicati contrastanti solo perché prodotti da giurisdizioni diverse²¹.

Credo però che non si possa arrivare fino a questo punto. Penso cioè che il principio di autonomia non possa essere spinto sino al punto di far ritenere

21 Non sempre il profilo problematico è colto nei rari contributi specificamente dedicati al tema del rapporto tra giudicati. V. ad es. A. Cassatella, *Le ripercussioni del giudicato amministrativo di annullamento sul processo penale*, in *Dir proc amm.*, 3/2021, 492 ss. Diversamente, prestano maggiore attenzione al profilo E. Follieri, *L'autonomia e la dipendenza tra i processi in materia di responsabilità pubbliche*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2014, 391 ss; E. Picozza, *La rilevanza delle pronunce del giudice amministrativo nel giudizio civile ed in quello penale*, in *L'Europa del diritto: i giudici e gli ordinamenti. Atti del convegno di Lecce del 27-28 aprile 2012*, a cura di P.L. Portaluri, Napoli, 2012 294 ss

che l'esigenza di assicurare la ragionevole durata del processo faccia venir meno anche il più generale principio che vuole assicurata la coerenza e non contraddittorietà degli accertamenti giurisdizionali²². Principio la cui esistenza, detto per inciso, non può essere semplicisticamente negata per il fatto di non essere esplicitamente affermato dal legislatore. Come dovrebbe esser noto a qualsiasi cultore del diritto, i principi generali si ricavano anche e proprio dall'insieme delle norme esistenti in un dato ordinamento. Il fatto che quest'ultimo abbia oggi abbandonato la tecnica della sospensione necessaria del processo impone certamente di ripensare la regola del rapporto tra giudicati, in termini diversi dalla unilaterale rilevanza extra penale del giudicato e a favore della reciproca interferenza, ma la persistenza del rimedio revocatorio è già di per sé sola sufficiente a giustificare la persistenza del principio di coerenza e non contraddittorietà degli accertamenti giurisdizionali.

7. Notazioni conclusive

L'analisi svolta mostra come il tema sia reso problematico essenzialmente da due fattori: la dilatazione dei confini del giudicato alla motivazione della sentenza e l'introduzione di un principio di autonomia in luogo di quello di unicità della giurisdizione. In entrambi i casi, la giurisdizione amministrativa sconta la già sottolineata mancanza di rigore e di certezza che contraddistingue la ricostruzione degli istituti del processo amministrativo.

La motivazione passa in maniera quasi schizofrenica dalla eccessiva sinteticità della sentenza in forma semplificata di cui agli articoli 60 e 74 c.p.a., che consente di evitare di pronunciare su tutta la domanda; alla motivazione prolissa e dissertativa della sentenza – trattato, spesso ricorrente nella prassi, che nasconde o confonde nelle pieghe degli *obiter dicta* la vera *ratio decidendi* della pronuncia. Le difficoltà sono ancora maggiori nel momento in cui occorre ripen-

²² Al riguardo mi sia consentito rinviare a F. Francario, *L'accertamento del fatto illecito nel giudizio amministrativo e nel giudizio penale: problemi e interferenze*, in *Pubblica amministrazione, diritto penale e criminalità organizzata (atti del convegno)*, Milano, 2008, 93 ss e F. Francario, *Illecito urbanistico e cosa giudicata. Spunti per una ridefinizione della regola del rapporto tra processo penale e amministrativo*, in *Riv giur edil.*, 4/2015, 100 ss.

sare la regola del rapporto tra giudicati, che non può più essere pensata unicamente in chiave di regolazione della rilevanza extra penale del giudicato penale²³, ma di definizione dei limiti del “reciproco” condizionamento.

Non è del tutto casuale che nella disciplina del processo amministrativo non si rinvenga una disposizione analoga a quella recata dall'art. 654 c.p.p., volta a regolare il reciproco condizionamento in punto di accertamento del fatto storico. A tutt'oggi, il processo amministrativo è ancora sostanzialmente modellato sul giudizio tipico di legittimità, e prevede un'istruttoria soltanto eventuale: assolto l'onere dell'istanza di fissazione, la causa viene chiamata in decisione e solo “se l'istruttoria è incompleta” si svolge un'attività istruttoria. Non sempre c'è un vero e proprio accertamento dei fatti, spesso surrogato dalla pura e semplice verifica della logicità della ricostruzione operata dall'Amministrazione in sede di procedimento amministrativo²⁴. Sotto il profilo del giudizio di fatto, è dunque pienamente comprensibile che di norma la sentenza amministrativa non possa avere “efficacia di giudicato” nel giudizio penale (o civile). Ma non è detto che ciò non possa accadere, anche perché diversamente dal passato, in linea di principio non ci sono più limitazioni ai mezzi di prova ammissibili ed assumibili nel processo amministrativo. Il fatto però che si è in presenza di una facoltà del giudice, piuttosto che di un dovere, non aiuta a risolvere il problema. Lo stesso è a dirsi per il giudizio di diritto.

Se il giudicato amministrativo non viene limitato al solo dedotto e si propone come un mutante esposto a un continuo divenire, è difficile che possa fare esso stato nei confronti degli accertamenti operati da altri ordini giurisdizionali.

23 La regola è codificata dall'art 654 c.p.p. nei seguenti termini : « *la sentenza penale irrevocabile di condanna o di assoluzione pronunciata in seguito a dibattimento ha efficacia di giudicato nel giudizio civile o amministrativo quando in questo si controverte intorno a un diritto o a un interesse legittimo il cui riconoscimento dipende dall'accertamento degli stessi fatti materiali che furono oggetto del giudizio penale, purché i fatti accertati siano stati ritenuti rilevanti ai fini della decisione penale e purché la legge civile non ponga limitazioni alla prova della posizione soggettiva controversa.* ».

24 V. ante, sub nota 15.