

## QUESTIONI APERTE

---

### Rinvio pregiudiziale

#### La decisione

**Regolamento di giurisdizione - Giudicato - Dubbi del giudice del merito sulla conformità al diritto dell'UE - Rinvio pregiudiziale - Effetti - Vincolatività del giudicato - Esclusione - Limiti** (Cost., artt. 11 e 117, co. 1; TFUE, art. 267; C.p.c., art. 41).

*La statuizione della Corte di cassazione sul regolamento preventivo di giurisdizione non preclude al successivo giudice di merito di sollevare questione pregiudiziale davanti alla Corte di Giustizia, qualora dubiti della conformità del giudicato sulla giurisdizione al diritto dell'Unione. In tale ipotesi, tuttavia, la vincolatività della statuizione della S.C. viene meno solo in caso di accoglimento della questione da parte della Corte del Lussemburgo.*

CASSAZIONE, SEZIONI UNITE, 4 aprile 2022 (ud. 8 marzo 2022) - CURZIO, *Primo Presidente* - STALLA, *Relatore* - Curatela del Fallimento Leonmobili S.r.l., *ricorrente*.

### Quando il primato del diritto UE porta a un giudicato “cedevole”

La decisione delle SSUU civili, circa la portata della statuizione sulla giurisdizione rispetto alla possibilità di investire della medesima questione la Corte di Giustizia, offre preziosi spunti di riflessione sul rapporto tra giudicato e primato del diritto dell'Unione, di portata generale. Muovendo da tali considerazioni, tracciamo un bilancio del processo di flessibilizzazione del giudicato intrapreso dall'ordinamento processuale per rispondere alle istanze europee di tutela dei diritti.

*When primacy of EU law leads to a compliant judgment*

*The decision of the Supreme Court, about the relationship between res iudicata on jurisdiction and the chance of referring the same question to the EU Court of Justice, offers insights into the relationship between the res iudicata and the primacy of EU law. Starting from those considerations, the paper makes a synthesis of the process of making res iudicata more flexible, to respond to the European request for the protection of rights.*

**SOMMARIO:** 1. Introduzione. 2. Pronuncia sulla giurisdizione e preclusioni conseguenti 3. Certezza del diritto e tutela dei diritti nel nuovo giudicato “recessivo”. 4. Il fronte ancora aperto: prevenire la formazione della decisione definitiva in conflitto col diritto europeo.

1. *Introduzione.* A seguito della decisione sulla giurisdizione, il giudice territoriale destinatario della pronuncia può sollevare una questione di rinvio pregiudiziale ex art. 267 T.F.U.E. avente ad oggetto il medesimo punto di diritto già risolto dalla Corte di cassazione, senza che a ciò osti il giudicato appena formatosi all'esito del regolamento preventivo. In questa circostanza, però, l'effetto preclusivo della statuizione di legittimità viene meno solo in caso di

pronuncia favorevole della Corte di Giustizia, e soltanto nei limiti in cui questa accoglie la questione.

Appare chiaro che un assunto di tal genere non riguarda esclusivamente il funzionamento dell'istituto del regolamento preventivo di giurisdizione, dato che affronta il tema del rapporto tra giudicato e primato del diritto dell'Unione aggiungendo un ulteriore argomento in favore della necessaria prevalenza del secondo sul primo.

Può accadere che emerga un profilo di contrasto tra la vincolatività delle decisioni endoprocessuali e il potere del giudice - non di ultima istanza - di interpellare la Corte di Giustizia sulla corretta interpretazione della norma comunitaria.

Da un lato i sistemi processuali interni conoscono una serie nutrita di cognizioni incidentali, che si concludono con statuizioni vincolati nel processo in corso e che richiedono al giudice che procede di non mettere ulteriormente in discussione l'accertamento dei relativi presupposti processuali, quali, in particolare, giurisdizione e competenza. Dall'altro, tuttavia, è possibile che il medesimo profilo di diritto di cui alla questione pregiudiziale debba essere deciso alla luce della disciplina europea, per cui sulla stessa questione possa o debba pronunciarsi anche la Corte di Giustizia, nell'ambito della sua giurisdizione "esegetica" sulle fonti europee.

A fronte di ciò, il giudice del merito potrebbe essere sottoposto a vincoli confliggenti.

Da una parte, la statuizione conclusiva dell'accertamento incidentale gli impone di procedere senz'altro e in senso conforme, poiché rende definitiva e non più contestabile la sua investitura. Dall'altra, egli deve essere libero, secondo un consolidato insegnamento europeo, di rimettere alla Corte del Lussemburgo qualunque questione interpretativa del diritto comunitario, con conseguente illegittimità europea di norme processuali domestiche che prevedano presupposti ulteriori rispetto a quelli di cui all'art. 267 T.F.U.E.

*2. Pronuncia sulla giurisdizione e preclusioni conseguenti.* Per la soluzione del problema, occorre chiarire quale sia l'effettiva portata del giudicato relativo a questioni processuali, in particolare quello reso all'esito del *sub* procedimento di cui all'art. 41 c.p.c., rispetto alla facoltà del giudice non di ultima istanza di sollevare questione pregiudiziale anche a fronte della statuizione

sulla giurisdizione, nell'ottica imperativa di prevenire la formazione di decisioni in contrasto col diritto dell'Unione.

Vengono in rilievo, in prima battuta, i presupposti dell'istituto del rinvio pregiudiziale. Come è stato chiarito con diversi e convergenti pronunciamenti, al giudice domestico non devono essere opposti, da parte della legislazione nazionale, limiti particolari alla facoltà di investire la Corte di Giustizia dell'esegesi del diritto dell'Unione, la quale diviene, invece, un obbligo per il giudicante di ultima istanza. Tale istituto, infatti, svolge un ruolo centrale nell'economia del primato del diritto dell'U.E.<sup>1</sup>, poiché assicura l'uniforme applicazione delle norme comunitarie mediante l'intervento della Corte a ciò deputata.

Alla luce di questa logica, peraltro, è opportuno sottolineare che la giurisprudenza comunitaria ha elaborato la "teoria dell'atto chiaro" per assicurare che l'obbligo di rinvio pregiudiziale sia concretamente vincolante per la Corte di ultimo grado.

In questa prospettiva, il giudicante può sottrarsi al dovere di investire la Corte di Giustizia solo se *a*)- la questione non è rilevante per la definizione della controversia, *b*)- la compatibilità della disposizione interna è già scrutinata in sede europea oppure *c*)- il significato della norma comunitaria è chiaro ed evidente al punto da non lasciare spazio a dubbi ragionevoli.

Rispetto a tale ultimo profilo, segnatamente, la verifica deve avvenire prendendo in considerazione l'esegesi che fornirebbero della stessa disposizione sovranazionale gli altri giudici degli Stati membri dell'Unione: solo in caso di presunta concordia sul punto, secondo un giudizio prognostico ed ipotetico, il giudicante di ultima istanza è sollevato dall'obbligo di investire la Corte di Giustizia<sup>2</sup>.

Sembra chiaro, allora, che la giurisprudenza comunitaria intende restringere al massimo le eccezioni all'obbligatorietà della pregiudiziale. Infatti, in un si-

---

<sup>1</sup> Questo, infatti, impedisce a norme interne, sia pure di rango costituzionale, di compromettere l'unità o l'efficacia di questo sistema giuridico; in senso analogo, se l'incompatibilità della disposizione nazionale deriva dalla sua interpretazione invalsa nel diritto interno, occorre disattendere tale orientamento (così Corte Giust. UE, 5 aprile 2016, PFE, C-689/13, § 38).

<sup>2</sup> Corte Giust. UE, Gr. Sez., 6 ottobre 2021, C-561/19, in questa *Rivista*. A proposito delle origini della teoria dell'atto chiaro, v. Corte Giust. CE, 6 ottobre 1982, Cilfit, in *Foro it.*, 1983, vol. 106, n. 3, 63, col commento di TIZZANO; in prospettiva generale, v. anche CATALANO, *La pericolosa teoria dell' "atto chiaro"*, in *Giustizia civile*, I, 1983, 12; Bebr, *The Rambling Ghost of "Cohn-Bendit": Acte Clair and the Court of Justice*, in *Comm. Market Law Rev.*, 1983, 439.

stema in cui l'omogenea applicazione del diritto oggettivo rappresenta la premessa indispensabile per l'effettiva realizzazione di un mercato unico, costruito attorno ad una soglia unitaria di diritti, l'opera ermeneutica del Giudice europeo ha una notevole importanza, poiché previene applicazioni difformi della regola comunitaria e, intervenendo prima della decisione, riduce i casi di violazione della disciplina europea.

Con particolare riferimento all'estensione di tale potere di rinvio, quando vi sia una previa valutazione vincolante, da parte di un giudice interno, sulla medesima questione suscettibile di rinvio, è stato osservato che non possono darsi interpretazioni nazionali vincolanti che precludano di investire la Corte del Lussemburgo.

Sul punto il diritto dell'Unione impedisce, in particolare, l'applicazione di una norma processuale per cui il giudicante deve osservare l'esegesi effettuata da un tribunale superiore quando risulta che le valutazioni svolte da quel tribunale sono in contrasto col diritto comunitario, per come interpretato dalla relativa giurisprudenza.

In altri termini, fermo il sistema di preclusioni endoprocedimentali in materia di accertamenti incidentali, non può darsi un vincolo interpretativo quando ciò preclude al giudice territoriale di investire il Giudice comunitario, in caso di dubbio sulla compatibilità del *dictum* ricevuto coi principi europei<sup>3</sup>.

Perciò, il giudicante non di ultima istanza deve essere libero di investire la Corte di Giustizia sulla stessa questione già decisa con statuizione vincolante, qualora ritenga che, dandovi esecuzione, formulerebbe un verdetto in contrasto col diritto europeo.

La giurisprudenza interna, inoltre, si è occupata della possibile incompatibilità di questa conclusione con la teoria dei controlimiti, laddove il primato del diritto unionale, consentendo di superare il giudicato in punto di interpretazione, mediante il rinvio pregiudiziale, si porrebbe in conflitto col valore costituzionale della cosa giudicata.

Secondo alcuni, in particolare, la *res iudicata* può essere considerata uno dei principi fondamentali dell'ordinamento interno: in quanto tale, potrebbe rappresentare un valido ostacolo al recepimento della norma europea, quando questa ne imponga la rivisitazione.

---

<sup>3</sup> Cfr. Corte di Giustizia UE, 5 ottobre 2010, Elchinov, C-173/09; Id., 20 ottobre 2011, Fall. Interedil, C-396/09.

Su tale aspetto, la giurisprudenza di legittimità ha fornito una ricostruzione differente, escludendo che il rinvio pregiudiziale possa in qualche modo tangere la materia dei controlimiti.

È stato osservato, nel merito, che i due principi non si trovano sullo stesso piano. Mentre il primato del diritto comunitario discende dai Trattati e dai vincoli che trovano aggancio nelle previsioni di cui agli artt. 11 e 117 Cost., viceversa il giudicato, pur esprimendo esigenze di certezza, non trova analogia ed esplicita copertura costituzionale, rifluendo, piuttosto, nel diritto di difesa e di accesso alla tutela giurisdizionale, quale completamento necessario.

Alla luce di ciò, pertanto, la facoltà di rinvio pregiudiziale, quale corollario della necessaria primazia del diritto comunitario, non sottrae poteri di statuzione al giudice domestico né, d'altra parte, affligge il diritto della parte ad un accertamento definitivo della propria situazione giuridica soggettiva, dal momento che viene esercitata con riguardo ad un profilo procedurale, senza impedire la cognizione di merito della titolarità del bene della vita.

Vengono in considerazione, allora, le caratteristiche del giudicato sulla giurisdizione, il quale presuppone un accertamento certamente idoneo a fare stato anche in giudizi diversi da quello di origine (art. 59, l. n. 69 del 2009), ma avente comunque natura processuale, dunque funzionale alla decisione di merito da emettere.

Ciò giustifica la considerazione delle Sezioni unite circa una naturale cedevolezza della cosa giudicata in questione rispetto al diritto dell'Unione, quale ulteriore argomento a favore della libertà di investitura della Corte di Giustizia da parte del giudice del merito.

Ancora, è interessante notare che nemmeno il principio di diritto, enunciato contestualmente al regolamento di giurisdizione, vincola il giudice del merito impedendogli di formulare un dubbio di legittimità comunitaria della statuzione: anche se il principio di diritto fa nascere una "*preclusione endoprocedurale di tipo conformativo*", sia pure diversa dal giudicato dell'art. 2909 c.c., resta consentito investire la Corte di Giustizia sul medesimo punto, laddove si ravvisi un potenziale conflitto<sup>4</sup>.

Il vero punto dolente della questione non riguarda, tuttavia, la legittimità della formulazione di un quesito alla Corte di Giustizia dopo la soluzione del regolamento di giurisdizione, di agevole affermazione una volta che sono state

---

<sup>4</sup> Cass. civ., 12 settembre 2014, n. 19301, in *Mass. Uff.*, n. 632273.

chiarite le esigenze di preminenza del diritto comunitario alla base dell'interpello interpretativo del Giudice europeo.

L'aspetto cruciale sta, invece, nella potestà del giudicante di merito, di discostarsi dal giudicato dando esecuzione alla decisione europea.

È in ciò che si ravvisa l'effettiva incisione della cosa giudicata interna: sono ammessi l'adozione di una soluzione ermeneutica diversa da quella che essa postula e, al tempo stesso, il superamento della preclusione conseguente, allo scopo di assicurare il primato del diritto europeo e scongiurare la formazione di decisioni giudiziarie anti-comunitarie.

Diversamente, nel caso in cui la soluzione sulla giurisdizione resa dalla Corte di Giustizia risulti conforme a quella nazionale, è da escludere la possibilità del giudice domestico di disattendere il giudicato di legittimità. Tale soluzione è in linea con l'assunto per cui la proposizione della questione pregiudiziale non vanifica la preclusione derivante dal giudicato sulla giurisdizione, bensì determina un superamento di quella statuizione solo nei limiti in cui il quesito venga accolto.

Appare chiaro, da questo punto di vista, che l'idea di un giudicato recessivo presuppone la necessità di scongiurare un contrasto con diritto dell'Unione, quando la decisione sulla giurisdizione incida su una materia di competenza comunitaria e l'applicabilità al caso concreto sia stata già affermata in sede di rinvio pregiudiziale. Quando non si pone un problema di tal genere, invece, non c'è ragione di rimodulare la disciplina nazionale che fa nascere una preclusione endoprocessuale dalla decisione sulla giurisdizione.

Pertanto, escluso il contrasto, tornano in considerazione le ragioni di tutela della certezza del diritto e della corretta amministrazione giudiziaria che sono state valorizzate a più riprese dalla Corte di Giustizia per escludere, in linea generale, che i Trattati impongano la rivisitazione del giudicato, anche quando ciò rappresenta l'unico modo per risolvere un contrasto col formante sovranazionale<sup>5</sup>.

Con questi passaggi argomentativi, dunque, la decisione in commento arriva a chiarire che il superamento della preclusione da giudicato interno sulla giurisdizione non deriva dall'attivazione del potere facoltativo di rinvio pregiudiziale del giudice di merito, ma dalla circostanza che la Corte di Giustizia ha rin-

---

<sup>5</sup> Secondo una nota tesi: cfr. C. Giust. UE, 3 settembre 2009, Fall. Olimpiclub, C-2/08, §§ 22 e segg.

venuto un contrasto tra quel verdetto sulla giurisdizione e il diritto dell'U.E., che prevarrà sulla statuizione interna nei limiti effettivi del ravvisato conflitto. Pertanto, all'esito della decisione europea, al giudicante territoriale non resterà che non applicare la norma processuale sulla vincolatività del giudicato sulla giurisdizione ed eseguire il verdetto comunitario, salvo che riterrà di sottoporre la medesima questione alla Corte costituzionale in caso di supposto conflitto del *dictum* della Corte del Lussemburgo coi c.d. controlimiti della Costituzione<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> Anche su tale versante, tuttavia, si è assistito ad un notevole avanzamento della giurisprudenza costituzionale nel senso di assicurare pienezza ed effettività alla regola del primato del diritto dell'Unione. All'indomani della nascita della teoria dei controlimiti, che consente al Giudice costituzionale un sindacato di ultima istanza sulla compatibilità del diritto europeo col nucleo duro della Costituzione - vale a dire, con le libertà fondamentali - il rapporto tra pregiudiziale europea e questione di legittimità costituzionale è stato oggetto di un vivace contrasto.

La Corte costituzionale, innovando rispetto al passato (v. Corte cost., sent. n. 319 del 1996), ha ritenuto che, qualora la medesima domanda di compatibilità della norma interna coi diritti fondamentali possa essere formulata ad entrambe le Corti, il giudice interno è tenuto ad investire la Consulta in via prioritaria; solo dopo, in caso di rigetto, può proporre lo stesso quesito alla Corte di Giustizia, nell'ambito della tutela dei diritti fondamentali offerta dai Trattati, specie dopo l'attribuzione alla Carta di Nizza della qualità di fonte del diritto primario dell'Unione, ad opera del Trattato di Lisbona (così Corte cost., sent. n. 269 del 2017).

Pertanto, è stato affermato che la pregiudiziale europea non deve sempre precedere quella di legittimità costituzionale a pena di inammissibilità, dal momento che l'accertamento prioritario sulla compatibilità della norma coi diritti fondamentali è deciso nazionale. A sostegno di tale tesi, la giurisprudenza ha addotto diversi argomenti, tra cui spicca quello di tipo pragmatico, per cui il sindacato di legittimità costituzionale, per la sua capacità di espellere dall'ordinamento la norma inquisita con una pronuncia ad effetti naturalmente *erga omnes*, offre in ogni caso una tutela migliore e più ampia di quella che potrebbe offrire il sindacato europeo, assistito dal solo obbligo di non applicazione della norma censurata nel caso concreto.

In quella occasione, ha sollevato forti critiche l'affermazione per cui, una volta risolta negativamente la questione di legittimità costituzionale, il giudice interno avrebbe potuto riproporla, in veste europea, al Giudice del Lussemburgo, sia pure "per altri profili".

È sembrato che la Corte, con tale inciso, abbia voluto mettere in discussione lo stesso primato del diritto dell'Unione, implicitamente vietando al giudice *a quo* di formulare quesiti pregiudiziali europei per gli stessi profili di diritto già analizzati e decisi dalla Corte costituzionale.

Viene messa in discussione, in tal modo, la libertà interpretativa del giudice nazionale nell'ambito del potere facoltativo di rinvio pregiudiziale, laddove questi, secondo un orientamento granitico a Lussemburgo, non può soffrire preclusioni di sorta nel decidere se - e in quali termini - domandare lumi interpretativi alla Corte di Giustizia. Ancora, e soprattutto, in questa prospettiva il primato del diritto dell'UE rischia una notevole compressione, nella misura in cui non può essere assicurata la prevalenza del diritto dei Trattati laddove la tutela di un certo diritto fondamentale - come spesso accade - sia coincidente con quella offerta dalla Costituzione e, dunque, già scrutinata dalla Consulta secondo la regola della priorità della pregiudiziale costituzionale.

3. *Certezza del diritto e tutela dei diritti nel nuovo giudicato “recessivo”*. È opportuno, per una migliore comprensione delle ricadute sistematiche del pronunciamento in esame, illustrare se ed in quale misura il diritto comunitario incida sulla tenuta delle statuizioni irrevocabili, imponendo la rimozione della decisione interna.

In prospettiva generale, si osserva che i Trattati riconoscono il valore del giudicato quale istituto che assicura la definitività della decisione sulla controversia e contribuisce ad attuare il principio della certezza del diritto. L’irrevocabilità, infatti, svolge un ruolo importante anche alla luce dei principi generali del diritto comunitario, i quali non impongono agli Stati membri di predisporre mezzi che consentano di rimettere mano a questioni già decise, poiché è necessario garantire la stabilità dei rapporti giuridici e dell’accertamento già svolto nel caso concreto<sup>7</sup>.

In senso contrario, con un noto precedente la Corte di Giustizia aveva invece sostenuto la natura recessiva del giudicato interno, imponendo la rivisitazione della decisione definitiva del giudice nazionale adottata sulla base di una interpretazione errata del diritto dell’Unione. In quella circostanza, è stato sostenuto che i principi comunitari ostano all’applicazione di una norma come l’art. 2909 c.c., posta a presidio dell’autorità della cosa giudicata, laddove impedisce di riformare la decisione e, dunque, il recupero di un aiuto di Stato erogato in violazione dei Trattati<sup>8</sup>.

Questa posizione è stata tuttavia superata dalla giurisprudenza successiva, che ha valorizzato le peculiarità del caso concreto – segnatamente, la necessità di recuperare gli aiuti di Stato – per chiarire che, in linea generale, il giudicato svolge un ruolo importante alla luce dei principi comunitari, i quali, di regola, non ne impongono la rimozione, anche quando si è formato in contrasto con essi.

---

Alla luce di queste osservazioni, la giurisprudenza costituzionale più recente ha abbandonato quel problematico inciso, segnalando che il giudice comune può sottoporre a quello europeo qualunque questione, anche all’esito del giudizio di legittimità della Consulta (cfr. Corte cost., sent. n. 20 e 63 del 2019).

L’*excursus* consente di evidenziare, in definitiva, che anche sul versante della giurisprudenza costituzionale è stata riaffermata la libertà di sollevare questioni pregiudiziali e, dunque, la necessaria prevalenza del formante europeo al fine di prevenire la nascita di decisioni interne in contrasto col diritto dell’Unione.

<sup>7</sup> Cfr. Corte Giust. UE, 30 settembre 2003, Köbler, causa C-224/01.

<sup>8</sup> Corte Giust. UE, 18 luglio 2007, Lucchini, C-119/05.

Devono prevalere la stabilità dei rapporti giuridici e le esigenze collegate ad una corretta amministrazione della giustizia, per cui riveste importanza per il formante sovranazionale che, una volta esperiti i mezzi di impugnazione, il verdetto non possa più essere rimesso in discussione: di qui la considerazione che il diritto dell'UE non impone al giudice interno di non applicare la norma processuale che protegge la statuizione irrevocabile, nemmeno quando l'istituto della disapplicazione consentirebbe di porre rimedio ad un'infrazione comunitaria<sup>9</sup>.

Ferma questa sistemazione teorica, la giurisprudenza comunitaria ha comunque inciso in maniera apprezzabile sulla portata del giudicato, inaugurando un'opera di relativizzazione dei suoi effetti quando è in grado di mettere a repentaglio la regola del primato del diritto dell'Unione.

Con questi presupposti è stato sostenuto, ad esempio, che occorre attenuare la c.d. efficacia esterna del giudicato anti-comunitario, al fine di evitare che l'esegesi illegittima rispetto al versante europeo che esso contiene possa propagarsi in altri giudizi, per via di preclusioni derivanti dal sistema processuale interno.

Secondo la giurisprudenza civile e tributaria, infatti, la sentenza irrevocabile fa stato tra le parti rispetto al rapporto dedotto in giudizio, anche con riferimento ad ogni questione di fatto o di diritto dedotta davanti al giudice. Per l'effetto, qualora le parti instaurino un'ulteriore controversia, sia pure con un *petitum* differente da quello di cui alla prima lite, è precluso il riesame del medesimo punto di diritto<sup>10</sup>.

La tesi giurisprudenziale per cui la cosa giudicata impedisce il riesame di ogni questione già affrontata dal verdetto irrevocabile ha fatto emergere profili di tensione rispetto ai principi della giurisprudenza comunitaria. Questa, infatti, richiede all'ordinamento nazionale di non consentire la produzione dei c.d. effetti esterni del giudicato anti-comunitario: anche se la certezza del diritto non impone una generalizzata opera di revisione della cosa giudicata, occorre impedire che la sentenza definitiva, formata in base ad un orientamento in contrasto col diritto unionale, produca conseguenze ulteriori nel sistema, pre-

---

<sup>9</sup> Corte Giust. UE, 16 marzo 2006, Kapferer, C-234/04, §§ 20 e 21; 29 giugno 2010, Commissione/Lussemburgo, C-526/08, § 26; 29 marzo 2011, ThyssenKrupp Nirosta/Commissione, C-352/09, § 123; 3 settembre 2009, Fall. Olimpclub, cit.

<sup>10</sup> Cass. civ., Sez. un., 16 giugno 2006, n. 13916, in *Mass. Uff.*, n. 589696.

cludendo ad altri giudici di correggere l'errore per allinearsi ai principi europei<sup>11</sup>.

Proseguendo su tale strada, la giurisprudenza europea ha precisato che la fermezza del giudicato non impedisce, a determinate condizioni, di attivare i meccanismi procedurali previsti dal diritto nazionale al mirato fine di risolvere il contrasto con la normativa comunitaria.

Il principio di intangibilità del giudicato in una situazione contrastante col diritto dell'UE non preclude al giudice domestico di ritornare su una decisione irrevocabile, allo scopo di porre rimedio all'errore, qualora le norme processuali interne prevedano tale possibilità: pertanto, nel rispetto dei principi di equivalenza ed effettività, questo potere deve essere esercitato.

È interessante notare che questa conclusione è stata raggiunta in un caso in cui veniva in rilievo l'obbligo di rinvio pregiudiziale da parte del giudice di ultimo grado: qualora il giudice abbia statuito in ultima istanza senza prima interpellare la Corte di Giustizia, compatibilmente con la procedura nazionale occorre «*o completare la cosa giudicata costituita dalla decisione che ha condotto a una situazione contrastante con la normativa dell'Unione [in materia di appalti pubblici di lavori] o ritornare su tale decisione, per tener conto dell'interpretazione di tale normativa offerta successivamente dalla Corte*»<sup>12</sup>.

Lungo questo crinale, viene in rilievo, in parallelo, l'opera di relativizzazione del giudicato portata avanti dalla giurisprudenza penale a fronte dell'esigenza di superare profili di contrasto col formante sovranazionale, con particolare riferimento alla legalità della pena rispetto alle previsioni della Convenzione<sup>13</sup>.

L'attrazione di alcune norme apparentemente processuali nell'orbita dell'art. 7 C.e.d.u., e delle garanzie sostanziali che ne derivano<sup>14</sup>, ha imposto un mar-

<sup>11</sup> Ancora Corte Giust. UE, 3 settembre 2009, Fall. Olimpiclub, cit.

<sup>12</sup> Corte Giust. UE, 10 luglio 2014, Pizzarotti, C-213/13, § 64.

<sup>13</sup> Per i classici sul giudicato penale, v. DE LUCA, *I limiti soggettivi della cosa giudicata penale*, Milano, 1963; LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, Torino, 2017, 811.

<sup>14</sup> V. Corte E.D.U., 17 settembre 2009, Scoppola c. Italia e Corte cost., sent. n. 210 del 2013. Nell'ampio panorama dottrinale, si segnalano LAVARINI, *Incostituzionalità della disciplina penale in materia di stupefacenti e ricadute ante e post iudicatum*, in *Giur. cost.*, 2014, 1907; RUGGERI, *Giudicato costituzionale, processo penale, diritti della persona*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 2015, 1, 32; VICOLI, *L'illegittimità costituzionale della norma sanzionatoria travolge il giudicato: le nuove frontiere della fase esecutiva nei percorsi argomentativi delle Sezioni unite*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 1006, nonché, volendo.

cato ripensamento della natura del giudizio in esecuzione<sup>15</sup>, suggerendo di abbandonare la logica classica delle “questioni sul titolo esecutivo”, per abbracciare una prospettiva radicalmente opposta<sup>16</sup>.

La necessità di rimuovere l’errore sui diritti fondamentali ha così suggerito di attribuire al giudice dell’esecuzione considerevoli spazi di manovra, avendo come principale – se non unico – obiettivo quello di mantenere il rapporto esecutivo entro il limite della legalità sostanziale e convenzionale della pena, anche eliminandone una porzione e salvo il divieto di entrare nelle valutazioni di merito già svolte in sede di cognizione<sup>17</sup>.

Tirando le fila del discorso, può essere ravvisata una tendenza unitaria dell’ordinamento processuale interno, il quale, in risposta alle indicazioni europee, ha dovuto abbandonare la logica dell’ “irrevocabile ad ogni costo” con riguardo alle statuizioni definitive, per consentire la prevalenza delle ragioni di tutela dei diritti fondamentali laddove il verdetto abbia formulato una regola per il caso concreto in conflitto coi diritti essenziali del singolo.

*4. Il fronte ancora aperto: prevenire la formazione della decisione definitiva in conflitto col diritto europeo.* Dalla decisione emerge un approccio teleologico al problema degli effetti del giudicato sulla giurisdizione, cioè finalizzato ad impedire che il sistema produca statuizioni idonee a regolare in via definitiva un rapporto giuridico ma in contrasto col diritto dell’Unione. Questo aspetto merita ulteriori e separate considerazioni, da svolgere alla luce di un contrasto che ha coinvolto il *plenum* di legittimità, la Consulta e la Corte di Giustizia sull’esistenza di rimedi preventivi sufficienti a scongiurare la formazione del giudicato in violazione del diritto sovranazionale.

Una recente giurisprudenza delle Sezioni unite, in sede di ricorso avverso le decisioni del Consiglio di Stato “*per i soli motivi inerenti alla giurisdizione*” di

---

<sup>15</sup> Sul tema, v. il recente contributo di LAVARINI, *L’incidente di esecuzione a rimedio della pena e della condanna illegale: tra riforme “pretorie” e mancate riforme legislative*, in questa *Rivista* (web), 2019, 3.

<sup>16</sup> Cfr. Cass., Sez. un., 24 ottobre 2013, Ercolano, in questa *Rivista* (web), 2014, 2, col commento di GAITO F., *Giudicato sempre più aperto e composizioni sulla pena*; v. anche GAMBARDELLA, *I fratelli minori di “Scoppola” davanti al giudice dell’esecuzione per la sostituzione dell’ergastolo con trent’anni di reclusione*, in questa *Rivista* (web), 2014, 1.

<sup>17</sup> Cfr. Cass., Sez. un., 29 maggio 2014, Gatto, in *Dir. pen. contemporaneo*, 17 ottobre 2014, con le osservazioni di ROMEO, *Le Sezioni Unite sui poteri del giudice di fronte all’esecuzione di pena “incostituzionale”*. In prospettiva generale, sulla necessaria effettività dei rimedi in funzione di emenda dell’errore, prescindendo da formalismi di fase, v. GAITO, *Impugnazioni e altri controlli: verso una decisione giusta*, in *Le impugnazioni penali*, diretto da Gatto, Torino, 1998, 16.

cui all'art. 111, co. 8, Cost., si è fatta carico della necessità di offrire uno strumento preventivo rispetto alla possibile nascita della cosa giudicata incompatibile col formante europeo, ampliando i poteri di sindacato tradizionalmente riconosciuti in questa sede.

Secondo questo diritto pretorio, in particolare, l'accertamento di cui alla disposizione citata è ammesso non solo rispetto ai limiti "esterni" della giurisdizione, vale a dire sul relativo perimetro di confine rispetto ad altri plessi giurisdizionali, ma anche in caso di *errores in iudicando* o *in procedendo*, con riguardo, cioè, al modo in cui è stata esercitata la giurisdizione.

Questo orientamento, segnatamente, si colloca nell'ambito del dibattito sorto a seguito di alcune decisioni della Corte europea sulla disciplina dei c.d. medici "gettonati", laddove l'Italia era stata condannata per aver adottato un'interpretazione del termine per azionare in giudizio le controversie residue in materia di pubblico impiego<sup>18</sup> - in vista della privatizzazione - che, di fatto, aveva precluso l'accesso alla tutela giurisdizionale, in violazione dell'art. 6, § 1, C.e.d.u.<sup>19</sup>.

In virtù di ciò, la giurisprudenza civile ha aperto alla possibilità di cassare la decisione anche quando questa presupponga un'esegesi illegittima alla luce del diritto europeo, muovendo dalla considerazione che una situazione di tal genere integri un diniego di giurisdizione, anche se derivante da una questione interpretativa delle norme procedurali o da profili di valutazione<sup>20</sup>.

La ragione di tale espansione, nel merito, è stata giustificata dal diritto pretorio alla luce di alcuni principi superiori, quali la necessaria preminenza del diritto comunitario, l'effettività della tutela giurisdizionale delle situazioni soggettive e il giusto processo<sup>21</sup>.

---

<sup>18</sup> Veniva in discussione la decadenza di cui all'art. 69, co. 7, d. lgs. 30 marzo 2001, n. 165 dove prevede che le liti su questioni relative al periodo del rapporto di lavoro antecedente al 30 giugno 1998 restano attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo solo qualora siano state proposte, a pena di decadenza, entro il 15 settembre 2000.

<sup>19</sup> Corte E.D.U., 4 febbraio 2014, Staibano e a. c. Italia.

<sup>20</sup> Sul presupposto che «è norma sulla giurisdizione non solo quella che individua i presupposti dell'attribuzione del potere giurisdizionale, ma anche quella che dà contenuto a quel potere stabilendo le forme di tutela attraverso le quali esso si estrinseca» (Cass. civ., Sez. un., 23 dicembre 2008, n. 30254); v. anche Cass., Sez. un., 17 febbraio 2012, n. 2312; Id., Sez. un., ord. 8 aprile 2016, Paone e a.

<sup>21</sup> Cass., Sez. un., 23 dicembre 2008, n. 30254; Id., 6 febbraio 2015, n. 2242; Id., 13 maggio 2013, n. 11345; Id., 29 dicembre 2017, n. 31226; Id., 11 novembre 2019 n. 29082.

Nonostante il fine di scongiurare contrasti sul piano sovranazionale, la giurisprudenza costituzionale ha escluso la legittimità di un'espansione del controllo di questo tipo<sup>22</sup>.

Dalla lettera dell'art. 111 Cost., infatti, si ricava che l'eccesso di potere denunciabile col ricorso in Cassazione riguarda le sole ipotesi di "sconfinamento", quando il giudice amministrativo o contabile affermi la propria giurisdizione nella sfera riservata ad altri poteri dello Stato, o di "arretramento", dove viceversa venga la negli erroneamente ritenendo che la materia non può essere scrutinata in sede giurisdizionale; nonché i casi di difetto relativo di giurisdizione, dove il giudicante in questione afferma la propria giurisdizione su materia riservata ad altra giurisdizione o, all'inverso, la nega ritenendo che appartenga ad altro giudice<sup>23</sup>.

Alla luce di queste categorie, dunque, la Consulta ha escluso che lo scrutinio svolto dalla Corte regolatrice sulla decisione di ultimo grado delle magistrature amministrativa e contabile possa estendersi fino a sindacare, in tale sede, l'attività interpretativa che è stata svolta quando non vengono in gioco i limiti esterni della giurisdizione, perfino se ciò comporta il consolidamento di una decisione in contrasto col diritto comunitario.

All'esito di tale battuta di arresto, le Sezioni unite hanno investito della questione la Corte di Giustizia<sup>24</sup>, offrendo l'occasione al Giudice europeo di tor-

---

<sup>22</sup> Corte cost., sent. n. 6 del 2018. Sul tema v. DAL CANTO, *Il ricorso in Cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione dinanzi alla Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 3, 2018, 1537; MAZZAMUTO, *Il giudice delle leggi conferma il pluralismo delle giurisdizioni*, in *Giur. it.*, 3, 2018, 704; SIGISMONDI, *Questioni di legittimità costituzionale per contrasto con le sentenze della Corte EDU e ricorso per cassazione per motivi di giurisdizione contro le sentenze dei giudici speciali: la Corte costituzionale pone altri punti fermi*, in *Giur. cost.*, 1, 2018, 122; TOMAIUOLI, *L' "altolà" della Corte costituzionale alla giurisdizione dinamica (a margine della sentenza n. 6 del 2018)*, in *www.giurcost.org*, 2018, 1; TRAVI, *Un intervento della Corte costituzionale sulla concezione "funzionale" delle questioni di giurisdizione accolta dalla Corte di cassazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 3, 111.

<sup>23</sup> Cfr. ancora Corte cost., sent. n. 6 del 2018, cit., punto 15 del *Considerato in diritto*.

<sup>24</sup> Cass. civ., Sez. un., ord. 7 luglio 2020, *Randstad Italia*, in *Quad. cost.*, 2021, 1, 270, con nota di MONACO, *Il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia come tentativo della Cassazione di superare l'interpretazione dell'art. 111, comma 8, Cost., fornita dalla Consulta. In margine all'ordinanza delle Sezioni unite n. 19598 del 2020*. Col primo quesito la Corte, segnatamente, chiedeva «Se gli articoli 4, paragrafo 3, 19, paragrafo 1, del TUE e 2, paragrafi 1 e 2, e 267 TFUE, letti anche alla luce dell'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, ostino ad una prassi interpretativa come quella concernente gli articoli 111, ottavo comma, della Costituzione, 360, primo comma, n. 1, e 362, primo comma, del codice di procedura civile e 110 del codice del processo amministrativo – nella parte in cui tali disposizioni ammettono il ricorso per cassazione avverso le sentenze del Consiglio di Stato per «motivi inerenti alla giurisdizione» – quale si evince dalla sentenza della Corte costituzionale

nare sul rapporto tra primato del diritto UE ed effettività del sistema dei controlli, *sub specie* di idoneità delle impugnazioni a prevenire la formazione del giudicato anti-comunitario.

In risposta al quesito pregiudiziale, è stato osservato che le norme unionali non ostano ad una disposizione del diritto interno che non consente ai ricorrenti di contestare una sentenza del giudice supremo della giustizia amministrativa dinanzi ad un organo di vertice come la Corte di legittimità, rispetto alla conformità della decisione al diritto dell'Unione<sup>25</sup>.

Occorre muovere dalla considerazione che la regola della tutela giurisdizionale effettiva del diritto soggettivo di fonte comunitaria rappresenta un principio generale dell'UE che deriva dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, oltre ad essere previsto dagli artt. 6 e 13 C.e.d.u. e dall'art. 47 della Carta di Nizza<sup>26</sup>.

A fronte di che, rientra nella discrezionalità del legislatore interno prevedere e regolare il sistema dei controlli deputato ad assicurare tale tutela giurisdizionale effettiva, purché questo non sia meno favorevole in caso di controversia che coinvolge il diritto comunitario, rispetto al caso in cui venga in rilievo il solo diritto interno e, inoltre, non renda praticamente impossibile o eccessivamente oneroso l'esercizio del diritto di derivazione europea.

Per la Corte, dunque, è sufficiente che i meccanismi di tutela giurisdizionale interni rispondano ai principi di equivalenza e di effettività: al di là di ciò, non c'è spazio per una contestazione ulteriore alla luce del formante sovranazionale, specie con riguardo alle limitazioni derivanti dai motivi proponibili nei procedimenti di legittimità<sup>27</sup>.

---

*n. 6 del 2018 e dalla giurisprudenza nazionale successiva che, modificando il precedente orientamento, ha ritenuto che il rimedio del ricorso per cassazione sotto il profilo del cosiddetto «difetto di potere giurisdizionale», non possa essere utilizzato per impugnare sentenze del Consiglio di Stato che facciano applicazione di prassi interpretative elaborate in sede nazionale confliggenti con sentenze della Corte di giustizia, in settori disciplinati dal diritto dell'Unione europea [...] con l'effetto di determinare il consolidamento di violazioni del diritto comunitario che potrebbero essere corrette tramite il predetto rimedio e di pregiudicare l'uniforme applicazione del diritto dell'Unione e l'effettività della tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche soggettive di rilevanza comunitaria, in contrasto con l'esigenza che tale diritto riceva piena e sollecita attuazione da parte di ogni giudice, in modo vincolativamente conforme alla sua corretta interpretazione da parte della Corte di giustizia, tenuto conto dei limiti alla «autonomia procedurale» degli Stati membri nella conformazione degli istituti processuali».*

<sup>25</sup> Corte Giust. UE, Gr. Sez., 21 dicembre 2021, Randstad Italia, C-417/20.

<sup>26</sup> Sul tema v. la recente Corte Giust. UE, 15 luglio 2021, Commissione/Polonia, C-791/19, § 52 e segg., in materia di regime disciplinare dei giudici.

<sup>27</sup> Cfr. Corte Giust. UE, 17 marzo 2016, Bensada Benallal, C-161/15, § 27.

I passaggi di questo contrasto giurisprudenziale dimostrano l'importanza e l'attualità del dibattito, nel nostro ordinamento, sui modi con cui prevenire l'emersione di infrazioni del diritto comunitario.

In prospettiva di sintesi, emerge l'esigenza di scongiurare la formazione della decisione giurisdizionale lesiva del diritto sovranazionale, che la Corte di Giustizia persegue attraverso una molteplicità di strumenti differenti - dalla teoria dell'atto chiaro alla relativizzazione degli effetti esterni del giudicato - senza però imporre, al legislatore della procedura, modi specifici di articolazione del sistema dei controlli.

GENNARO GAETA