

Intermittenze del giudicato e responsabilità per fatto del giudice: le tensioni con il diritto ungherese

di *Vincenzo De Falco*

Title: The intermittence of the res judicata and the Judge's responsibility: the tensions with Hungarian law

Keywords: Remedies in EU Public Contract law; Authority of res judicata and violation of EU law; National judge's responsibility.

1. – È dall'adozione della direttiva 89/665/CEE che l'impianto normativo europeo in tema di appalti spinge gli Stati membri a garantire che gli eventuali ricorrenti possano proporre impugnazioni avverso le decisioni assunte dalle amministrazioni aggiudicatrici con procedure rapide ed efficaci. La disciplina interna dovrà articolarsi in modo da consentire ai giudici nazionali di adottare provvedimenti urgenti, annullare le decisioni illegittime, con particolare riguardo alle specifiche tecniche, economiche o finanziarie che abbiano carattere discriminatorio, fino ad accordare un risarcimento danni. L'effettiva implementazione di questi principi è da anni all'osservazione delle istituzioni europee, costantemente alla ricerca di un equilibrio tra il rispetto delle tradizioni giuridiche e la necessità di applicare il diritto euro unitario.

Il caso riguarda un'intricata ed articolata vicenda giudiziaria in cui sono affrontate le tematiche relative al rapporto tra giudicato interno ed il diritto dell'Unione, al potere del giudice nazionale di disapplicare le normative processuali interne, o disattendere l'interpretazione pregiudiziale resa dalla Corte di giustizia, al controllo di costituzionalità sulle sentenze definitive, all'obbligatorietà del giudizio di riesame del giudicato che contrasta con la disciplina sopranazionale, alla discrezionalità di un giudice interno di valutare la necessità di un ulteriore rinvio pregiudiziale, alla responsabilità dello Stato sorta in seguito a sentenze di ultimo grado, ai criteri da applicarsi nel giudizio di risarcimento dei danni per violazione dei principi di effettività ed equivalenza.

Sebbene in realtà molte delle questioni trattate non siano affatto nuove, appaiono comunque in grado di suscitare un rilevante interesse, ogni qual volta intervenga il giudice dell'Unione; perché s'inseriscono in quella linea di tendenza con cui oramai da anni la Corte di giustizia stimola progressivamente gli ordinamenti giuridici nazionali ad interpretare le azioni processuali interne in modo da poter garantire il rispetto del diritto euro unitario: vale a dire, deferenza al cospetto dell'autonomia processuale degli Stati membri, purché siano garantiti i fondamentali principi sovranazionali (così M. G. Pulvirenti, *Intangibilità del giudicato, primato del diritto comunitario e teoria dei controlimiti*

costituzionali, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.* 2009, 377 ss.). Le ben dieci tematiche sottoposte al vaglio del giudice dell'Unione possono essere ricondotte a due macro aree: la rilevanza del giudicato interno formatosi in violazione del diritto dell'Unione europea e la responsabilità civile dello Stato per fatto del giudice.

2. – Se il contrasto tra i due ordinamenti è pacificamente risolto attraverso l'istituto della disapplicazione della disciplina nazionale, quando si passa però dalla funzione normativa a quella giurisdizionale le cose cambiano; e sono differenti anche in relazione all'esercizio della funzione amministrativa. La forza del diritto euro unitario rispetto alle sentenze passate in giudicato non registra la stessa evoluzione riservata alla funzione normativa. Il principio d'intangibilità del giudicato costituisce un elemento radicato nelle tradizioni giuridiche nazionali e la Corte di giustizia, dopo il primo tentativo di contrastare la rilevanza interna della pronuncia giudiziaria, ha successivamente adottato un diverso modello d'integrazione, maggiormente fondato su un'ottica collaborativa con gli Stati membri. L'idea di una netta prevalenza del diritto dell'Unione rispetto al giudicato interno si riscontra per una sola volta, nella giurisprudenza dei giudici di Lussemburgo. Si tratta del famoso caso Lucchini (18.7.2008 caso C-119/2005), in cui però, la problematica della forza della sentenza definitiva era inserita nella più ampia tematica del riparto di competenze tra Unione e Stati membri; il giudicato doveva essere disapplicato perché formatosi successivamente al provvedimento della Commissione che aveva dichiarato illegittimo un aiuto di Stato.

Per molti autori è sembrato che fosse stata aperta una breccia sul tradizionale principio d'intangibilità del giudicato e che il processo d'integrazione europea si stesse evolvendo verso un modello pienamente integrazionista. I successivi orientamenti hanno drasticamente ridotto la portata innovativa della sentenza Lucchini e spostato su un diverso piano i rapporti tra il giudicato interno e la violazione del diritto dell'Unione. In *Olimpiclub* (3.9.2009, caso C-2/2008) la Corte apre ad un modello di compartecipazione: invita il giudice tributario interno a non estendere ad altri giudizi gli effetti di un giudicato in contrasto con il diritto dell'Unione, se riguardano successivi periodi d'imposta. Nel caso *Asturcom* (6.10.2009, caso C-40/2008), il giudice dell'Unione offre al giudice dell'esecuzione nazionale la possibilità di sollevare d'ufficio il vizio contenuto nella sentenza passata in giudicato ed applicare la direttiva del Consiglio 5.4.1993 n. 93/13 CEE sulle clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori. In Pizzarotti (10.7.2014 caso C-213/2013) la Corte di giustizia afferma che nella fase di esecuzione di un giudicato amministrativo, qualora tale facoltà sia riconosciuta dalle norme procedurali nazionali, il giudice può integrare o rivedere la decisione definitiva, al fine di ripristinare la conformità con la disciplina dell'Unione. Nella successiva sentenza *Klausner Holz* (11.11.2015, C-505/14) la Corte distingue tra il dedotto ed il deducibile; non chiede al giudice tedesco di disapplicare le regole nazionali in tema di giudicato, ma di trovare il modo d'interpretarle in maniera conforme al diritto euro unitario.

Quando dal piano della funzione giurisdizionale si passa a quella amministrativa le cose stanno in una maniera parzialmente differente. Gli atti amministrativi vanno infatti riesaminati se contrastano con un'interpretazione sopravvenuta della Corte di giustizia, quando il diritto nazionale conferisca agli organismi pubblici il potere di revisione. Nel caso *Kühne & Heitz*, (13 gennaio 2004, C-453/00), come anche in *Kempeter* (12.2.2008 caso C-2/2006) la Corte impone al giudice rimettente di consentire il riesame, da parte di un'autorità amministrativa, di una decisione già definitiva, proprio per effetto del contrasto tra l'interpretazione fornita dalla magistratura interna e quella sopravvenuta della Corte in un'altra controversia; a condizione che il diritto nazionale consenta all'organo amministrativo di ritornare su un provvedimento adottato in seguito ad una pronuncia giudiziaria passata in giudicato, che tale sentenza

risulti fondata su un'errata interpretazione di una norma di fonte europea e che l'interessato si sia tempestivamente rivolto all'organo amministrativo competente non appena abbia avuto conoscenza della decisione emessa in via pregiudiziale. Fra le varie soluzioni possibili, il giudice nazionale dovrà privilegiare quella che sia maggiormente coerente con la disciplina dell'Unione, in conformità al principio di effettività.

Il riesame di un atto amministrativo, che di norma costituisce una mera facoltà, diventa per lo più un obbligo, se il contrasto concerne il diritto dell'Unione europea.

3. – Il codice di procedura civile ungherese consente la proposizione di una domanda di riesame su una sentenza definitiva qualora la parte presenti elementi di fatto o di prova, o decisioni giudiziarie o amministrative definitive di cui il giudice non abbia tenuto conto nel corso del procedimento precedente, ed a condizione che siano rilevanti per la decisione finale. Questa facoltà è tuttavia concessa soltanto se la parte non sia stata in grado di proporre la questione nel corso del procedimento giudiziario che ha condotto alla formazione del giudicato. Anche in Ungheria, come nella maggior parte dei Paesi in cui la giurisdizione amministrativa si radica sull'idea dell'impugnativa di un atto entro specifici termini di decadenza, i motivi di diritto vanno individuati nel ricorso introduttivo, a pena di inammissibilità. Il sistema ungherese prevede inoltre un ulteriore strumento di garanzia, che consente di proporre istanza di riesame del giudicato qualora la *Alkotmánybíróság* (Corte costituzionale) abbia dichiarato successivamente illegittima una norma che il giudice ordinario aveva applicato nella sentenza definitiva. La magistratura ungherese sospetta che l'assenza di simili disposizioni che possano consentire il riesame del giudicato anche quando il contrasto riguardi una sentenza della Corte di giustizia costituisca un ostacolo alla piena attuazione del principio di equivalenza.

In realtà, tra i punti essenziali del caso in esame vi è la tematica relativa all'interpretazione del concetto di fatto nuovo, alla luce dell'istituto della decadenza dai motivi di diritto, quando nel corso del processo sia intervenuta in via pregiudiziale una decisione della Corte di giustizia che si sia pronunciata su una questione di diritto non tempestivamente eccepita nel processo interno.

La complessa vicenda giudiziaria inizia con l'impugnativa, da parte della *Hochtief Solutions*, del criterio di valutazione della capacità economica finanziaria delle imprese, contenuto nell'invito a presentare proposte per un appalto pubblico relativo alla realizzazione di lavori d'infrastruttura per i trasporti all'interno di un porto commerciale. Il parametro prescelto dalla stazione appaltante esclude la possibilità di partecipazione ad un candidato o un subappaltante che registri più di un risultato negativo secondo il bilancio negli ultimi tre esercizi.

La *Hochtief Solutions* eccepisce nel ricorso principale il carattere discriminatorio del criterio di valutazione; il motivo di diritto relativo all'inidoneità a valutare la situazione economico finanziaria di un'impresa viene invece proposto soltanto negli atti successivi, e considerato tardivo. La commissione arbitrale respinge l'azione proposta. Il *Fővárosi Bíróság* (Tribunale di Budapest, Ungheria) conferma la sentenza impugnata. La decisione viene appellata dinanzi alla *Fővárosi Ítéltábla* (Corte d'appello regionale di Budapest-Capitale, Ungheria), che sospende il processo e sottopone la questione in via pregiudiziale alla Corte di giustizia, che a sua volta ritiene che il requisito di un livello minimo di capacità economica e finanziaria non possa essere escluso in considerazione di un solo elemento del bilancio, mostrando quindi di condividere l'eccezione d'inidoneità del criterio adottato dalla stazione appaltante. Il giudice di appello tuttavia non segue l'interpretazione fornita dal giudice dell'Unione e conferma la sentenza di primo grado. La *Hochtief Solutions* propone ricorso per cassazione dinanzi alla *Kuria* (Corte suprema, Ungheria) avverso la sentenza della *Fővárosi Törvényszék* (Corte di Budapest-Capitale che nel frattempo era succeduta alla *Fővárosi Ítéltábla*) ed

insiste sia sul carattere discriminatorio del criterio adottato dalla stazione appaltante, che in merito alla sua inidoneità a costituire di per sé un elemento idoneo a fornire all'amministrazione aggiudicatrice un'immagine reale e obiettiva della situazione economica e finanziaria di un offerente; chiede così alla *Kúria* di adire nuovamente la Corte di giustizia con una domanda di pronuncia pregiudiziale. Il giudice supremo respinge l'impugnazione, con la motivazione che l'eccezione relativa all'inidoneità del criterio fosse inammissibile per non essere stata sollevata entro i previsti termini di decadenza. La ditta ricorrente, dopo aver tentato di ottenere dal giudice costituzionale una sentenza di annullamento della decisione della Corte suprema, adisce il *Fővárosi Közigazgatási és Munkügyi Bíróság* (Tribunale amministrativo e del lavoro di Budapest-Capitale, Ungheria) per ottenere il riesame della sentenza della *Fővárosi Törvényszék*, che a suo avviso non aveva rispettato l'orientamento espresso in via pregiudiziale dalla Corte di giustizia. La *Hochtief Solutions* chiede ancora una volta al *Fővárosi Közigazgatási és Munkügyi Bíróság* di sottoporre alla Corte una nuova domanda di pronuncia pregiudiziale relativa alle questioni sollevate nell'ambito del procedimento di riesame. Il Tribunale non accoglie la domanda e respinge l'azione, con la motivazione che i fatti e gli elementi di prova addotti dalla *Hochtief Solutions* non possano considerarsi nuovi, né sia possibile effettuare un riesame su motivi di diritto già analizzati nella sentenza passata in giudicato. La *Hochtief Solutions* interpone appello avverso l'ordinanza di rigetto dinanzi alla *Fővárosi Törvényszék* (Corte di Budapest-Capitale) invitandola, da un lato ad analizzare il riesame nel merito e, dall'altro, a sottoporre alla Corte una nuova domanda di pronuncia pregiudiziale. Il 18 novembre 2015 la *Fővárosi Törvényszék* conferma l'ordinanza emessa in primo grado dal *Fővárosi Közigazgatási és Munkügyi Bíróság*.

La vicenda giudiziaria, a questo punto, registra una nuova fase. La *Hochtief Solutions* adisce la *Székesfehérvári Törvényszék* (Corte di *Székesfehérvár*, Ungheria), con un'azione di risarcimento del danno che il *Fővárosi Törvényszék* (Corte di Budapest-Capitale) le avrebbe causato nell'esercizio della funzione giurisdizionale; sostiene di non aver avuto la possibilità di ottenere che fossero valutati i fatti e le circostanze invocati dinanzi alla commissione ed a tutti gli organi giurisdizionali aditi, in violazione del diritto dell'Unione. La *Hochtief Solutions* ritiene pertanto la magistratura interna responsabile di aver svuotato di contenuto i diritti garantiti dalle pertinenti norme del diritto dell'Unione e di non aver rispettato l'indirizzo fornito in via pregiudiziale dalla Corte di giustizia. A suo avviso la pronuncia di inammissibilità del riesame richiesto sarebbe contraria sia al diritto nazionale che dell'Unione e dovrebbe configurare un'ipotesi di responsabilità dello Stato per l'esercizio della funzione giurisdizionale, quanto meno sotto il profilo delle spese sostenute, che sarebbero state restituite se il riesame fosse stato ammesso e la ricorrente fosse risultata vincitrice.

È in tale complesso contesto che la *Székesfehérvári Törvényszék* (Corte di *Székesfehérvár*), attraverso il rinvio pregiudiziale, decide di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte ben dieci questioni, con le quali, in estrema sintesi, chiede di conoscere: 1.- se l'accertamento di responsabilità di un Tribunale di uno Stato membro che emetta una sentenza in ultimo grado di giudizio in violazione del diritto dell'Unione debba fondarsi su criteri esistenti nell'ambito del diritto nazionale; 2.- se l'autorità di cosa giudicata delle sentenze che violano il diritto dell'Unione pronunciate da giudici dello Stato membro costituisca un elemento sufficiente per escludere la responsabilità per danni; 3.- se il diritto dell'Unione europea in materia di appalti pubblici possieda una rilevanza tale da indurre gli Stati membri a rendere ammissibile il riesame delle sentenze, come mezzo di impugnazione straordinaria; 4.- se i giudici nazionali possano non considerare un fatto che deve essere oggetto di esame per effetto di una sentenza della Corte di Giustizia intervenuta nella questione pregiudiziale; 5.- se è possibile per un giudice nazionale respingere un'interpretazione della Corte di Giustizia resa nel giudizio

di rinvio pregiudiziale ed emessa prima che sia pronunciata la sentenza di II grado, perché considerata tardiva nel proprio ordinamento giuridico e se, in questa ipotesi, il giudice eventualmente adito con un procedimento di riesame possa considerarlo inammissibile; 6.- se, nell'ipotesi in cui un ordinamento nazionale consenta il riesame della sentenza per conformarsi alla pronuncia della Corte costituzionale interna, lo Stato membro sia tenuto ad ammettere il riesame se non sia stato possibile tenere in considerazione una sentenza della Corte di giustizia per effetto di scadenza di termini processuali; 7.- se sia conforme al diritto dell'Unione europea un ordinamento processuale che imponga al giudice di analizzare soltanto le specifiche e dettagliate violazioni lamentate nei ricorsi in materia di appalti pubblici, attraverso la specifica indicazione di disposizioni, articoli e comma violati; 8.- se la mancanza di una disciplina dell'Unione europea sul riesame sia di per sé sufficiente a rendere legittima la sentenza di un giudice interno di ultimo grado che disattenda la consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia e respinga la domanda del singolo di sollevare una questione pregiudiziale circa la necessità di ammettere il riesame, e con quale grado di dettaglio il giudice nazionale sia tenuto a motivare la sua decisione quando non ammetta il riesame e si discosti dall'interpretazione fornita dalla Corte di giustizia; 9.- se i principi di effettività ed equivalenza, la libertà di stabilimento e di prestazione di servizi nonché le direttive 89/665, 92/13 e 2007/66 siano compatibili con una normativa interna che non consenta ai ricorrenti di chiedere al giudice un risarcimento dei danni subiti a seguito di sentenze illegittime; 10.- da ultimo, se possa essere considerato risarcibile il danno causato dalla mancata refusione delle spese sostenute e provocato dal giudice nazionale che, disattendendo la giurisprudenza della Corte di giustizia, abbia illegittimamente dichiarato inammissibile la domanda di riesame presentata tempestivamente.

È un tassello di argomentazioni che in alcuni punti presentano un tale grado di complessità e di stretta connotazione con il pensiero e la tradizione giuridica interna che, per quanto ci si sforzi, appare talvolta difficile finanche riuscire a comprenderle (punto 102 delle conclusioni dell'Avvocato generale Michal Bobek "*devo confessare di essere alquanto smarrito su tale punto*").

4. – In realtà, come correttamente rilevato dall'Avvocato generale, le questioni connesse alla disciplina del processo amministrativo, e più in particolare in relazione al contenuto dei ricorsi o all'obbligo d'indicare specificamente i motivi di diritto a pena di decadenza, sono problematiche che seppur di grande interesse appaiono tuttavia irrilevanti nel caso di specie, perché non strettamente pertinenti al giudizio di risarcimento; così come la richiesta di conoscere se sia conforme al diritto dell'Unione il rigetto sistematico di ricorsi proposti da un offerente escluso da una procedura di appalto pubblico che avvenga in violazione del diritto dell'Unione. È lo stesso criterio cooperativo tra Corte di giustizia e magistratura interna che demanda ai giudici nazionali il compito di verificare sia la necessità di una pronuncia pregiudiziale sia la rilevanza delle questioni che sottopongono alla Corte, che a sua volta può respingere una questione pregiudiziale se è evidente che l'interpretazione del diritto dell'Unione richiesta non presenti nessuna relazione con l'oggetto della causa principale, oppure il problema sia meramente ipotetico (31 gennaio 2017, *Lounami*, C-573/14). Nonostante l'irrelevanza delle questioni, la Corte comunque fornisce un indirizzo ermeneutico, che si riscontra tra le righe della pronuncia in esame.

Nel caso di specie occorre comprendere se i principi di equivalenza e di effettività, nonché le direttive 89/665 e n. 92/13, fossero compatibili con le disposizioni di uno Stato membro che non consentano il riesame di una sentenza passata in giudicato in cui il giudice adito si sia pronunciato su un ricorso di annullamento avverso un atto di un'amministrazione aggiudicatrice senza affrontare una questione il cui esame era previsto in una sentenza resa dalla Corte nell'ambito del rinvio pregiudiziale.

L'analisi della forza del giudicato rispetto alla violazione del diritto dell'Unione in effetti registra un orientamento della Corte alquanto evidente, nelle sue linee generali: non esiste l'obbligo per il giudice nazionale di disapplicare le norme processuali interne che attribuiscono forza di giudicato ad una pronuncia giurisdizionale, neanche per porre rimedio ad una situazione di contrasto. Nell'orientamento della Corte dunque il giudicato nazionale in sé resiste anche se reso sulla base di un'interpretazione non corretta del diritto dell'Unione, né lo Stato membro è tenuto a predisporre una disciplina nazionale che consenta la revisione dei giudizi in caso di sopravvenuto contrasto con l'ordinamento euro unitario; il riesame di una sentenza passata in giudicato potrà avvenire soltanto qualora il diritto nazionale lo consenta, e con le modalità procedurali previste, mentre fanno eccezione soltanto i casi in cui il giudicato nazionale sia in contrasto con la ripartizione delle competenze fra Stati membri ed Unione Europea.

Tuttavia i precedenti della Corte sono pertinenti al caso di specie soltanto in parte. In *Olimpiclub* (C-2/2008 cit.) la problematica verteva sulla disapplicazione del giudicato esterno al fine di evitare che le violazioni in materia di IVA, non accertate nei precedenti periodi d'imposta, potessero riproporsi anche su esercizi successivi ed oggetto di giudizi pendenti. Nei casi Pizzarotti (C-213/13, cit.) e *Târșia*, (6 ottobre 2015, C-69/14), si enfatizzava, invece, la possibilità, in sede di giudizio di ottemperanza, di ovviare alla definitività di una precedente decisione emanata in contrasto con il diritto dell'Unione europea, attraverso il ricorso al giudicato a formazione progressiva. Ancora, nella sentenza *Klausner Holz* (C-505/14, cit.), è stata ritenuta contraria al principio di effettività una norma di diritto nazionale volta a sancire il principio dell'autorità di cosa giudicata che *"impedisca al giudice nazionale, il quale abbia rilevato che i contratti oggetto della controversia sottopostagli costituiscono un aiuto di Stato ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 1, TFUE, attuato in violazione dell'articolo 108, paragrafo 3, terza frase, TFUE, di trarre tutte le conseguenze di questa violazione a causa di una decisione giurisdizionale nazionale, divenuta definitiva, con cui, senza esaminare se tali contratti istituiscano un aiuto di Stato, è stata dichiarata la loro permanenza in vigore"* (punto 46).

3086

Il giudice dell'Unione distingue quindi gli effetti interni da quelli esterni. In particolare, la forza di una sentenza definitiva in contrasto con il diritto dell'Unione europea si attenua nelle controversie tra le stesse parti che abbiano ad oggetto altri aspetti del rapporto giuridico. Il giudicato, sebbene non sarà più sindacabile nei rapporti interni tra le parti, non possiede però la capacità di determinare un vincolo in altri rapporti esterni tra le stesse parti, poiché questa forza consentirebbe di proseguire nella violazione del diritto dell'Unione Europea (sul tema E. D'Alessandro, *La Corte di giustizia si esprime di nuovo sul rapporto tra giudicato nazionale e aiuti di Stato*, in *Foro it.*, 2016, IV, 47). La giurisprudenza della Corte riconosce il carattere dell'intangibilità del giudicato e degli istituti della decadenza come meccanismi per garantire la stabilità dei rapporti giuridici, ed in base al principio di autonomia procedurale, riserva agli ordinamenti interni il compito di predisporre sistemi per la revisione delle sentenze definitive attraverso le rispettive discipline processuali.

Per effetto della costante tendenza ad implementare il principio di effettività la Corte di giustizia invita tuttavia gli Stati membri ad interpretare le proprie normative sul riesame delle pronunce giudiziarie passate in giudicato in modo quanto più ampio possibile, favorendo l'applicazione del diritto dell'Unione anche quando la violazione sia stata commessa da un giudice di ultimo grado. Se è dunque vero che l'interpretazione delle norme applicate ritenuta in contrasto con il diritto dell'Unione non obblighi un organo giurisdizionale interno a riesaminare una sentenza definitiva, è altrettanto pacifico che tra le varie soluzioni fornite dal diritto interno, il giudice nazionale dovrà far prevalere la possibilità di ritornare su una *res judicata* per rendere la situazione compatibile con il diritto sovranazionale (Sul tema G. Lo Schiavo, *La Corte di giustizia ridimensiona progressivamente il principio nazionale di cosa giudicata*, in *Riv. it. dir. pubbl.*

comunitario, 2010, 287 ss.; C. Di Seri, *Primauté del diritto comunitario e principio della res iudicata: un difficile equilibrio*, in *Giur. it.*, 2009, 2836); è il giudice che dovrà spingersi a verificare la gravità della violazione del diritto dell'Unione ed assumersi la responsabilità di porre in discussione il giudicato anche attraverso la disapplicazione della disciplina processuale interna (G. Serges, *Il giudicato pregiudicato? Dalla certezza alla flessibilità* in M.G. A. Apostoli (cur.), *Crisi della giustizia e (in)certezza del diritto*, Napoli, 2018, 39 - 78).

Il punto nodale della controversia in esame sta proprio nella rigidità con la quale la magistratura ungherese ha ritenuto che la ditta ricorrente fosse decaduta dal motivo di diritto relativo all' inidoneità del criterio predeterminato dalla stazione appaltante.

Di norma la mancata attivazione dei rimedi processuali a disposizione della parte impedisce la disapplicazione di una regola che introduce una preclusione, anche quando tale operazione conduca ad un risultato conforme al diritto dell'Unione. Secondo il principio di equivalenza, tuttavia, nell'ipotesi in cui nell'ordinamento giuridico interno manchino specifici rimedi, una parte potrebbe beneficiare della disapplicazione di una norma processuale dalla quale derivi la formazione del giudicato solo se, pur essendosi attivata per far valere un diritto di fonte europea, non vi sia riuscita a causa delle modalità procedurali interne, che abbiano reso impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio del suo diritto (7 agosto 2018, *Hochtief*, causa C-300/2017). Anche nel caso Lucchini, la Corte aveva enfatizzato il fatto che l'impresa non avesse impugnato la decisione della Commissione, pur avendo una chiara legittimazione ad agire ai sensi dell'art. 263 TFUE. L'inerzia della parte nell'attivare un rimedio giurisdizionale previsto sia nel diritto interno che nell'ordinamento dell'Unione non potrebbe pertanto essere sanata attraverso l'istituto della disapplicazione di una decisione definitiva sfavorevole, anche qualora questa si ponga in contrasto con le regole sovranazionali.

Nel caso di specie, la ricorrente aveva tempestivamente impugnato il criterio predeterminato dalla stazione appaltante innanzi alla commissione arbitrale. Una volta che nel procedimento era intervenuta la pronuncia della Corte di giustizia che aveva condiviso l'impostazione difensiva della *Hochtief Solutions* sull'inidoneità del criterio ad accertare la situazione economico finanziaria dell'impresa, il giudice nazionale aveva due possibilità: o disapplicare la normativa interna sulle decadenze processuali, o ricondurre l'eccezione di inidoneità del criterio a quella relativa al carattere discriminatorio, tempestivamente sollevata; e ciò soprattutto per effetto del disposto dell'art. 267 TFUE che impone al giudice del rinvio di dare piena attuazione alla decisione della Corte. D'altronde, nel panorama comparatistico la giurisdizione del giudice amministrativo registra una frequente tendenza ad abbandonare l'idea del sindacato stretto sull'atto amministrativo, per evolversi verso l'analisi del rapporto giuridico tra privati e pubblica amministrazione, a partire dalla possibilità, offerta al giudice francese, di sollevare d'ufficio i motivi di diritto non precisati dal ricorrente.

La seconda soluzione ipotizzata avrebbe consentito alla magistratura ungherese di rispettare l'orientamento espresso in via pregiudiziale dalla Corte di giustizia, finanche senza dover necessariamente disapplicare la normativa interna, evitando così fin dall'inizio la possibilità che potesse formarsi un giudicato in contrasto con il diritto dell'Unione.

5. – Il diritto al risarcimento che derivi dalla responsabilità civile di un organo giudiziario di uno Stato membro per danni arrecati ai singoli da violazioni del diritto dell'Unione è possibile purché siano soddisfatte le tre condizioni fissate dalla giurisprudenza della Corte: la norma violata deve aver conferito specifici diritti a singoli individui che invochino un ristoro dei danni, l'inosservanza deve essere sufficientemente qualificata ed occorre il nesso causale diretto tra la violazione e il danno subito (v. in tal senso, sentenze del 5 marzo 1996, *Brasserie du pêcheur* e *Factortame*, C-46/93 e C-48/93; *Köbler*, 30

settembre 2003, C-224/01, e *Tomášová* del 28 luglio 2016, C-168/15. Sul tema E. Scoditti, «*Francovich*» presa sul serio: la responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario derivante da provvedimento giurisdizionale, in *Foro it.* 2004, IV, 3 ss.). Quando il mancato rispetto del diritto euro unitario avviene per effetto di una sentenza passata in giudicato, la responsabilità del giudice può sorgere solo nel caso eccezionale in cui la violazione del diritto applicabile sia manifesta, e quindi non più passibile d'interpretazione di conformità tra gli ordinamenti (*Köbler*, C-224/01, cit., e Traghetti del Mediterraneo, 13 giugno 2006, C-173/03).

Il tema registra diverse tensioni con gli Stati membri. In Paesi come l'Italia o la Francia la responsabilità per fatto del giudice è tradizionalmente sottoposta a condizioni piuttosto restrittive. Entrambi gli ordinamenti richiedono che vada accertato il dolo o la colpa grave, che assume la forma del *faute lourde* nel caso francese, mentre l'accertamento dell'elemento soggettivo non appare tra i criteri predeterminati dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, che si sofferma piuttosto sulla gravità della violazione del diritto euro unitario e sul nesso causale. Alcuni intravedono in questa discrasia una violazione del principio di uguaglianza, altri riconducono questa ipotesi di violazione del diritto dell'Unione alla più ampia categoria dell'illecito dello Stato in senso proprio. Per effetto della legge 18/2015, in Italia l'indagine sul requisito soggettivo della colpa grave del magistrato racchiude oggi anche la violazione manifesta del diritto euro unitario, così come il mancato rinvio pregiudiziale o l'inosservanza dell'interpretazione espressa dalla Corte di giustizia. La Francia invece, nell'identificazione del *faute lourde* e del *déni de justice*, continua a distinguere la violazione del diritto interno da quello dell'Unione e mostra la tendenza a circoscrivere la responsabilità del giudice ad ipotesi alquanto eccezionali, quando l'illecito concerne il diritto euro unitario (*Assemblée plénière de la Cour de cassation, arrêt SNC Lactalis Ingrédients* du 18 novembre 2016).

Dall'Unione europea proviene un indirizzo giurisprudenziale piuttosto chiaro: il giudice nazionale investito della richiesta di risarcimento dei danni dovrà valutare quanto sia chiara e precisa la disposizione violata, se ed in quale misura l'ordinamento giuridico interno possieda margini di adattamento, se la violazione sia intenzionale, se l'errore di diritto appaia scusabile ed in quale misura le istituzioni dell'Unione europea abbiano potuto concorrere all'adozione o al mantenimento in vigore di provvedimenti o di prassi nazionali contrari al diritto euro unitario; occorre infine verificare i motivi per i quali non sia stato disposto il rinvio pregiudiziale e quanto la decisione finale sia in contrasto con gli orientamenti consolidati della Corte. Questa è l'analisi che il giudice del rinvio dovrà effettuare sulla decisione finale adottata dalla *Fővárosi Törvényszék* (Corte di Budapest-Capitale). Specificamente però la Corte di giustizia fissa il principio in base al quale il diritto dell'Unione europea osta ad una norma di diritto nazionale che, escluda, in via generale, dai danni risarcibili le spese cagionate ad una parte dalla decisione del giudice interno adottata in contrasto con l'ordinamento giuridico sovranazionale; è infatti evidente che una tale limitazione potrebbe rendere eccessivamente difficile o addirittura impossibile ottenere un adeguato risarcimento del danno subito.