

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 21/03/2014

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/36085-la-giurisprudenza-della-cge-in-materia-cautelare>

Autore: Vito Matteo

La giurisprudenza della CGE in materia cautelare

LA GIURISPRUDENZA DELLA CGE IN MATERIA CAUTELARE.

A differenza di quanto appena previsto con riferimento al riconoscimento ed all'esecuzione delle decisioni giudiziarie, in materia di tutela cautelare non è ravvisabile la presenza di convenzioni internazionali o di regolamenti comunitari che disciplinino una procedura uniforme per la concessione di misure interinali, con la conseguenza che detti provvedimenti vengono emessi attraverso l'applicazione del rito nazionale dei diversi Stati membri.

Tuttavia, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha avuto modo di esprimersi in diverse occasioni sulla possibilità da parte del giudice nazionale di sospendere l'efficacia di una norma nazionale confliggente con il diritto dell'Unione, dopo essere stata investita della relativa questione attraverso l'esperimento del rinvio pregiudiziale, così delineando, anche in materia cautelare, seppur sommariamente, una *funzione di agente per conto dell'Unione* da parte del giudice nazionale, finalizzata alla tutela dei diritti sorgenti in capo ai singoli per effetto del diritto dell'Unione e che si estrinseca nella previsione di una serie di principi, obblighi e criteri alla luce dei quali il giudice nazionale è chiamato ad orientare la propria attività.

Tre le celebri pronunce che meritano di essere esaminate al riguardo: a) la sentenza del 19 giugno 1990, causa C-213/89, *caso Factortame*; b) la sentenza del 21 febbraio 1991, cause riunite C-143/88 e C-92/89, *caso Zuckerfabrik* e c) la sentenza del 9 novembre 1995, causa C-465/93, *caso Atlanta*.

Nel *caso Factortame* vennero sottoposte all'esame della Corte le seguenti questioni:

- se, "qualora una parte faccia valere davanti al giudice nazionale diritti derivanti dal diritto comunitario che hanno efficacia diretta nel diritto nazionale, e un provvedimento nazionale, se applicato, privi la parte dei diritti invocati", il giudice nazionale abbia la facoltà ovvero l'obbligo "di fornire tutela provvisoria ai diritti invocati sospendendo l'esecuzione del provvedimento nazionale in pendenza della pronuncia pregiudiziale", in caso

di eventuale riconoscimento dei diritti invocati ad opera della pronuncia della Corte;

- se, qualora il giudice nazionale abbia la facoltà e non l'obbligo di fornire la tutela provvisoria, esistano dei criteri sulla base dei quali verificare se detta tutela può essere concessa o meno.

Con riferimento alla **prima questione** (implicitamente risolutiva anche della seconda), la Corte parte dal presupposto che, per effetto del *principio di preminenza del diritto comunitario*, la normativa interna degli Stati membri che risulti confliggente con la normativa comunitaria provvista di effetto diretto (le disposizioni del Trattato; i regolamenti; le decisioni ed, infine, le *direttive particolareggiate e dettagliate* al punto da non necessitare di un intervento statale che stabilisca i termini di applicazione delle stesse, purchè vengano fatte valere dal singolo nei confronti dello Stato e non anche di altri cittadini, alla luce del cd. *effetto diretto verticale*) è resa *ipso iure* inapplicabile dalla entrata in vigore della normativa comunitaria medesima, con la conseguenza che, come la Corte stessa ha già avuto modo di chiarire in occasione della pronuncia *Simmenthal*, in capo ai giudici nazionali sorge l'*obbligo* di provvedere alla disapplicazione della normativa interna, anteriore o successiva, confliggente con quella comunitaria.

Alla luce del *principio di collaborazione* di cui all'**art. 5 del Trattato CEE** grava dunque sul giudice nazionale "*il compito di garantire la tutela giurisdizionale spettante ai singoli in forza delle norme di diritto comunitario aventi efficacia diretta*".

Sempre la Corte aggiunge, nella motivazione della sentenza, che "*questa interpretazione trova conferma nel sistema istituito dall'art. 177 del Trattato CEE (oggi art. 234, che disciplina il procedimento di rinvio pregiudiziale), il cui effetto utile sarebbe ridotto se il giudice nazionale che sospende il procedimento in attesa della pronuncia della Corte sulla sua questione procedurale, non potesse concedere provvedimenti provvisori fino al momento in cui si pronuncia in esito alla soluzione fornita dalla Corte*".

Occorre chiarire, tuttavia, che spetta sempre al giudice nazionale, in quanto investito del merito della controversia e responsabile della futura decisione, valutare, alla luce dei fatti di causa, la necessità di ricorrere al meccanismo del rinvio pregiudiziale per pronunciare la sentenza di merito. Prima della pronuncia in esame, inoltre, l'*obbligo* di esperire il rinvio pregiudiziale avanti la Corte di Giustizia sorgeva in capo al giudice nazionale in presenza di due condizioni: a) doveva trattarsi di un

giudice di ultima istanza; b)occorreva che la mancata applicazione del diritto dell'Unione potesse comportare la lesione definitiva del diritto del singolo.

La Corte, con la sentenza in commento, ha dunque esteso l'obbligo di ricorrere al rinvio alla Corte anche in capo al giudice nazionale non di ultima istanza, purchè detto rinvio: a)sia funzionale alla tutela di un diritto riconosciuto al singolo dalla normativa comunitaria avente diretta efficacia; b)il diritto in questione sia suscettibile di essere pregiudicato in maniera definitiva dalla mancata emanazione di provvedimenti provvisori (non solo, dunque, dalla emanazione di una sentenza definitiva) da parte del giudice nazionale nelle more del giudizio di rinvio innanzi alla Corte di Giustizia (non solo dunque, in caso di mancato rinvio).

L'estensione di tale obbligo gravante sul giudice nazionale investito dell'istanza di tutela cautelare, viene dunque, come sopra menzionato, giustificato dalla Corte in forza del *principio di effetto utile*, che rappresenta un fondamentale criterio di lettura delle norme comunitarie (nel caso di specie, l'art. 177 del Trattato CEE), e che impone una lettura ed una interpretazione delle norme comunitarie tali da consentire il raggiungimento delle loro finalità. Se infatti al giudice nazionale venisse concessa la facoltà e non imposto altresì l'obbligo di emanare, in pendenza di un giudizio innanzi alla Corte di Giustizia, provvedimenti provvisori che siano funzionali alla tutela del diritto di cui gode il singolo per effetto del diritto dell'Unione, allora lo scopo del rinvio pregiudiziale, vale a dire garantire l'uniforme applicazione ed interpretazione del diritto dell'Unione in tutti gli Stati membri, verrebbe meno, dal momento che, esattamente come nel *caso Factortame*, una norma nazionale che confliggesse con quella comunitaria avrebbe il sopravvento, se la sua illegittimità (*rectius* incompatibilità con il diritto dell'Unione) potesse venire accertata *esclusivamente* in maniera *definitiva* (non anche provvisoria), e ciò provocasse il rischio di impedire un pieno godimento del diritto riconosciuto dalla norma comunitaria, in ragione della mancata concessione della misura interinale¹. In buona sostanza, ci troviamo di fronte ad una concreta applicazione del *principio di effettività della tutela giurisdizionale*, così come definito dalla Corte di Giustizia nella

¹ Ed infatti a tal proposito la Corte aggiunge, nella massima della sentenza *Factortame*, quanto segue: “La piena efficacia del diritto comunitario sarebbe del pari ridotta se una norma di diritto nazionale potesse impedire al giudice chiamato a dirimere una controversia disciplinata dal diritto comunitario di concedere provvedimenti provvisori allo scopo di garantire la piena efficacia della pronuncia giurisdizionale sull'esistenza dei diritti invocati in forza del diritto comunitario . Ne consegue che in una situazione del genere il giudice è tenuto a disapplicare la norma di diritto nazionale che sola osti alla concessione di provvedimenti provvisori” .

sentenza *Von Colson e Kamann vs Land Nordreihn-Westfalen* del 1984, che sancisce l'obbligo del giudice nazionale di assicurare la protezione del singolo contro eventuali violazioni di disposizioni comunitarie aventi diretta efficacia, garantendo loro la tutela diretta ed immediata dei loro interessi².

Da ciò è dunque possibile arguire che, analogamente a quanto previsto in materia di tutela cautelare in pressochè tutti gli Stati membri dell'Unione Europea, i presupposti, soggetti alla valutazione discrezionale del giudice nazionale, in presenza dei quali tale tutela può essere concessa anche in pendenza di un giudizio di rinvio avanti la Corte di Giustizia sono:

- il *fumus boni iuris*, ovvero anche bontà della pretesa, vale a dire il ragionevole sospetto che il diritto vantato da colui che rivolge al giudice nazionale istanza di tutela cautelare in forza di una norma comunitaria, sia esistente;
- il *periculum in mora*, occorre cioè che sussista il rischio di compromettere in modo definitivo il diritto vantato dal singolo nelle more del giudizio innanzi la Corte, se non venisse concessa la misura interinale³.

Sulla necessità che sussista, tra i presupposti indispensabili ai fini della concessione della misura provvisoria, il *fumus boni iuris*, la Corte di Giustizia fornisce un ulteriore intervento chiarificatore attraverso la sentenza del 21 febbraio 1991, *caso Zuckerfabrik*.

A differenza di quanto visto nel caso precedente, dove la norma comunitaria veniva invocata per far valere l'illegittimità della norma nazionale, qui ad indurre il giudice nazionale a proporre rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia è il sospetto che la norma comunitaria sia affetta da invalidità, il che non crea alcuno stupore se si considera che, come provvede la Corte medesima a chiarire nel punto 20 della motivazione della sentenza in commento, “ *la tutela cautelare garantita dal diritto comunitario ai singoli dinanzi ai giudici nazionali non può variare a seconda che essi*

² Si veda, a tal fine, il punto 18 della motivazione della sent. C.G. 10.4.1984. Sempre in argomento, si veda anche, di G. VITALE, in *Diritto processuale nazionale e diritto dell'Unione europea*, 2010, p. 74, dove l'Autore sostiene che: “(...)il principio di effettività della tutela giurisdizionale, quale corollario del criterio generale di supremazia del diritto dell'Unione sui singoli ordinamenti giuridici nazionali, postula, nella giurisprudenza della Corte, la disapplicazione, ad opera del giudice nazionale, di qualsivoglia norma interna che, contrastando con il diritto di matrice europea, ne renda deteriore la tutela”.

³ Cfr. E. PICOZZA, *L'effettività della tutela nel processo amministrativo alla luce dei principi comunitari*, in *Jus*, 1997, pp. 54 e ss.

contestino la compatibilità delle norme nazionali con il diritto comunitario oppure la validità di norme del diritto comunitario derivato, vertendo la contestazione, in entrambi i casi, sul diritto comunitario medesimo”.

Si tratta di una ulteriore formalizzazione della “comunitarizzazione” del giudice nazionale⁴, chiamato non solo a verificare la compatibilità della norma nazionale con quella comunitaria, ma anche la compatibilità della norma comunitaria di diritto derivato con quella comunitaria di diritto primario, ed obbligato a proporre rinvio pregiudiziale avanti la Corte di Giustizia, non solo quando questo risulti indispensabile per la risoluzione definitiva della controversia, nell’ipotesi in cui si tratti di giudice nazionale di ultima istanza, ma anche quando detto rinvio risulti necessario al fine di scongiurare il rischio che il diritto vantato dal singolo in forza del diritto dell’Unione venga compromesso in misura irreparabile prima ancora che si apra il giudizio di merito.

In particolare, al fine di concedere la misura cautelare, è necessario che il giudice nazionale:

- nutra gravi riserve in ordine alla *validità* dell' atto comunitario: in particolare, la Corte precisa che ai fini della ricorrenza del requisito del *fumus boni iuris* occorre che la parte ricorrente illustri al giudice nazionale le *circostanze di fatto e di diritto* suscettibili di invalidare l’atto comunitario (di diritto derivato) ovvero nazionale avverso il quale viene proposta impugnazione;
- provveda direttamente ad effettuare il rinvio pregiudiziale, nell' ipotesi in cui alla Corte non sia già stata deferita la questione di validità dell' atto impugnato: detta condizione era implicitamente ricavabile anche dalla *sentenza Factortame*, dove ad essere contestata dal giudice nazionale attraverso il rinvio pregiudiziale era appunto la validità, non già la mera interpretazione, di una norma nazionale. Ne consegue che la misura cautelare invocata dal singolo avanti il giudice nazionale, potrà essere concessa *soltanto*

⁴ Di diverso avviso invece, G. GATTINARA, *La questione pregiudiziale di validità rispetto al diritto internazionale pattizio secondo la sentenza IATA, Studi sull’integrazione europea*, Bari, 2009, p. 346, secondo cui: “(...)l’accentuare la natura di public remedy del rinvio pregiudiziale di validità ostacola la valorizzazione delle competenze dei giudici nazionali, e quindi la loro capacità di dare tutela a quei diritti derivanti per il singolo dal diritto comunitario: essi rimangono principalmente strumenti necessari al controllo della Corte capacità di dare tutela a quei diritti derivanti per il singolo dal diritto comunitario: essi rimangono principalmente strumenti necessari al controllo della Corte di giustizia sulla validità del diritto comunitario derivato”.

nell'ipotesi in cui il giudice nazionale dubiti in ordine alla *validità* dell'atto impugnato, sia nell'ipotesi in cui questo consista in una norma nazionale che nell'ipotesi in cui consista in una norma comunitaria di diritto derivato, non anche in ordine alla sua corretta interpretazione, con la conseguenza che la misura cautelare non potrà essere concessa qualora il giudice nazionale si limiti a proporre rinvio pregiudiziale di interpretazione avanti la Corte di Giustizia, mancando il requisito del *fumus boni iuris*, che, come sopra accennato, sussiste soltanto nell'ipotesi in cui l'atto impugnato contrasti con una norma comunitaria di diritto primario. A questo punto, tuttavia, occorre un'ulteriore specificazione, è chiaro infatti che un conto sia invalidare una norma nazionale, altro conto sia la pronuncia di invalidità, ad opera della Corte, di un atto comunitario di diritto derivato: nel primo caso, la pronuncia forma un giudicato formale e sostanziale produttivo di effetti con riguardo alla controversia che ha originato la pronuncia medesima, mentre nel secondo caso gli effetti della sentenza si riverberano sull'intero territorio comunitario, essendo compito della Corte, come già precisato sopra, quello di garantire l'uniforme e corretta applicazione ed interpretazione del diritto dell'Unione (di cui il diritto derivato costituisce una componente essenziale) negli Stati che ne sono membri, ragion per cui, come si vedrà più avanti, quando il giudice nazionale propone rinvio alla Corte al fine di accertare la validità di un atto comunitario di diritto derivato, è tenuta anche a valutare *l'interesse generale della Comunità*;

- ricorrano gli estremi dell'urgenza, in quanto incomba sul richiedente il rischio di subire un pregiudizio grave e irreparabile: si tratta del cd. *periculum in mora*, che cessa tuttavia di sussistere nel momento in cui la Corte di Giustizia si pronuncia sulla questione di invalidità sollevata dal giudice nazionale, con la conseguenza che la misura cautelare invocata dal singolo non potrà essere concessa qualora la Corte si sia già pronunciata ovvero dovrà essere revocata una volta che tale pronuncia abbia avuto luogo. Logica conseguenza di quanto appena detto, è che, come la stessa Corte aggiunge al punto 29 della motivazione, *“il pregiudizio invocato dal ricorrente deve potersi concretizzare ancor prima che la Corte abbia potuto statuire sulla validità dell'atto comunitario impugnato”*. Quanto invece alla irreparabilità del pregiudizio, la Corte precisa che: *“(...)spetta al giudice del procedimento sommario esaminare le circostanze del caso di specie, valutando al riguardo gli elementi che consentono di accertare se l'immediata esecuzione dell'atto oggetto dell'*

istanza di sospensione possa comportare in capo al richiedente danni irreversibili, che non potrebbero essere riparati qualora l'atto comunitario venisse dichiarato invalido”.

- tenga pienamente conto dell'interesse della Comunità: con riguardo a tale ultimo requisito la Corte, nella sentenza in commento, precisa che: *“La presa in considerazione di tale interesse impone al giudice nazionale di verificare se l'atto comunitario controverso non venga ad essere privato di ogni pratica efficacia in difetto di un'applicazione immediata. Essa presuppone inoltre che lo stesso giudice debba poter imporre al richiedente, qualora la sospensione dell'esecuzione possa comportare per la Comunità un rischio finanziario, la prestazione di sufficienti garanzie”.* Con riferimento a tale requisito, dunque, assistiamo ad una notevole restrizione del campo di applicabilità della tutela cautelare, ancorchè con riferimento alla sola ipotesi in cui il giudice nazionale nutra seri dubbi in ordine alla invalidità di un atto comunitario, dal momento che, ferma restando la *facoltà* concessagli di proporre rinvio pregiudiziale avanti la Corte di Giustizia anche qualora non si tratti di giudice di ultima istanza, prima di sospendere l'efficacia dovrà accertarsi che la sospensione non sia a sua volta fonte di un pregiudizio irreparabile per l'interesse dell'intera Comunità⁵, e qualora tale rischio sussista, dovrà imporre all'istante la prestazione di idonee garanzie, come la costituzione di una cauzione ovvero un sequestro a scopo conservativo, prima di concedere la misura richiesta.

Mentre con le sentenze *Factortame* e *Zuckerfabrik*, la Corte di Giustizia ha modo di pronunciarsi, in particolar modo, sulla possibilità da parte del giudice nazionale di concedere quale misura cautelare la *sospensione dell'efficacia dell'atto impugnato*, nelle ipotesi, rispettivamente, che tale atto sia un provvedimento nazionale ovvero

⁵ Cfr. F. FRENI, *La tutela cautelare e sommaria nel nuovo processo amministrativo*, 2011, p. 205, secondo il quale, con riferimento alla valutazione inerente l'interesse generale della Comunità, osserva che: *“Il giudice nazionale è tenuto a prendere in considerazione, da una parte, l'effetto cumulativo provocato, nell'ipotesi in cui una pluralità di giudici emanassero anch'essi provvedimenti urgenti per motivi analoghi, e, dall'altra, la specificità della situazione del richiedente che lo differenzia dagli altri operatori economici interessati”.* La presenza di queste cautele si giustifica alla luce della considerazione del fatto che lo scopo del rinvio pregiudiziale è appunto quello di assicurare l'uniforme e corretta applicazione ed interpretazione del diritto comunitario da parte dei giudici nazionali.: esigenza che diventa maggiormente impellente nel momento in cui ad essere in causa è la validità dell'atto comunitario stesso, e poichè l'esistenza di divergenze fra i giudici nazionali in ordine alla validità degli atti comunitari potrebbe compromettere la stessa unità dell'ordinamento giuridico comunitario e recare pregiudizio alla fondamentale esigenza di certezza del diritto, ecco allora perché, da un lato, l'accertamento della validità degli atti comunitari spetta soltanto alla Corte di Giustizia, dall'altro lato, il giudice nazionale, prima di proporre rinvio pregiudiziale di validità relativamente ad un atto comunitario avanti la Corte di Giustizia, è tenuto a effettuare un bilanciamento tra l'interesse generale della Comunità e l'interesse specifico del singolo.

un atto di diritto comunitario derivato, con la *sentenza Atlanta* la Corte di Giustizia si esprime in ordine alla possibilità da parte del giudice nazionale di concedere un *provvedimento urgente* che renda temporaneamente inapplicabile l'atto di cui si contesta la validità.

A giudizio della Corte, dunque, il giudice nazionale può non solo impedire che l'atto impugnato prosegua a produrre i suoi effetti, ma anche emanare i provvedimenti necessari al fine di evitare che la parte ricorrente subisca un danno grave ed irreparabile, dal momento che (punto 29 della motivazione): *"(...)la concessione di tali provvedimenti provvisori non ha, per sua natura, ripercussioni più rilevanti sull'ordinamento giuridico comunitario della semplice sospensione dell'esecuzione del provvedimento nazionale adottato sulla base di un regolamento. L'incidenza del provvedimento urgente, qualunque esso sia, sull'ordinamento comunitario deve essere valutata nel raffronto tra l'interesse della Comunità e quello del singolo"*.

Perché ciò possa avvenire occorre che sussistano le medesime condizioni individuate nella *sentenza Zuckerfabrik*, ma a differenza di quest'ultima, la *sentenza Atlanta* introduce un *ulteriore requisito*, occorre infatti che: *"(...)il giudice nazionale, chiamato a tutelare i diritti dei singoli, valutare in che misura il rifiuto di emanare un provvedimento urgente sia tale da pregiudicare in maniera grave e irreparabile importanti interessi individuali dei singoli (...) nell'ipotesi in cui il richiedente non possa far valere una situazione specifica che lo differenzi dagli altri operatori economici del settore interessato, il giudice nazionale deve rispettare la valutazione eventualmente già operata dalla Corte sul carattere grave e irreparabile del danno"*.

Come si evince, dunque, da questa breve disamina della giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di tutela cautelare, le condizioni a cui tale tutela viene sottoposta sono alquanto rigorose, ma costituiscono oggettivamente una disciplina peculiare, non assimilabile cioè a quella prevista negli Stati membri (tanto che, a giudizio di chi scrive, è ben possibile parlare anche di *"tutela cautelare europea"*) ed uniforme, valida cioè con riferimento ai giudici nazionali di tutti gli Stati membri, che ne limita fortemente la discrezionalità, fino al punto di configurare, come si è visto esaminando la *sentenza Factortame*, l'*obbligo* in capo agli stessi di concedere la tutela cautelare, la quale può essere, a seconda del caso concreto, comprensiva non solo di *provvedimenti sospensivi* ma anche *urgenti*, benchè temporanei, ogni qualvolta sussistano i presupposti visti in precedenza, indipendentemente dal fatto che la lesione della sfera giuridica soggettiva del singolo sia provocata da un atto

normativo interno o da un atto comunitario di diritto derivato, purchè la base giuridica per mezzo della quale risolvere la controversia sia di fonte comunitaria e venga dunque individuata dall'unico giudice all'uopo competente: la Corte di Giustizia. Resta invece assoggettata ai riti nazionali la disciplina relativa alle modalità di concessione, alla procedura applicabile ed alla tipologia di *misure urgenti* che possono essere adottate dal giudice nazionale per prevenire il rischio di un danno grave ed irreparabile in capo al singolo che ne faccia richiesta, misure relativamente alle quali è possibile soltanto, sulla base della giurisprudenza della Corte in materia, arguire che debbano essere idonee ad assicurare una tutela giurisdizionale effettiva, così come resta nell'ambito della discrezionalità del giudice nazionale, la valutazione se, al fine di assicurare la protezione del singolo, sia bastevole la concessione della sola misura sospensiva ovvero se, accanto a questa, occorra anche quella urgente.

Vito Matteo

BIBLIOGRAFIA: F. FRENI, *La tutela cautelare e sommaria nel nuovo processo amministrativo*, 2011, p. 205; G. GATTINARA, *La questione pregiudiziale di validità rispetto al diritto internazionale pattizio secondo la sentenza IATA*, in *Studi sull'integrazione europea*, Bari, 2009, p. 346; E. PICOZZA, *L'effettività della tutela nel processo amministrativo alla luce dei principi comunitari*, in *Jus*, 1997, pp. 54 e ss.; G.VITALE, *Diritto processuale nazionale e diritto dell'Unione Europea*, 2010, p. 74.