

UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI ROMA TOR VERGATA

**DOTTORATO DI RICERCA IN TUTELA GIURISDIZIONALE DEI
DIRITTI, IMPRESE E AMMINISTRAZIONI
XIX CICLO**

**LA TUTELA CAUTELARE TRA GIUDICE
COMUNITARIO E
GIUDICE NAZIONALE**

Tutor:

Candidata:

Chiar.mo Professor Bruno Sassani

Rosaria Giordano

Introduzione

Negli ultimi anni l'emersione di istanze di tutela sempre nuove ha evidenziato l'incapacità di molti sistemi processuali di assicurare giustizia in tempi ragionevoli¹. Tale crisi, spesso di natura strutturale, ha determinato un notevole interesse per la tutela cautelare, quale unica forma di tutela giurisdizionale idonea ad assicurare una soddisfacente protezione dei diritti dei singoli.

Proprio in virtù della diffusa inadeguatezza di processi civili che si concludono in tempi eccessivamente lunghi, la funzione precipua della tutela cautelare sembra, per vero, essersi in parte modificata rispetto a quella classica di rendere neutrale il processo per la parte che ha ragione². Attualmente, infatti, la tutela cautelare appare orientata non soltanto ad assicurare, in una prospettiva rigorosamente strumentale, l'effettività della tutela dichiarativa, ma è talora capace di esaurire, in sé e per sé, bisogni di tutela per i quali il *periculum* è costituito dalla stessa necessità del processo e, quindi, dalla fisiologica e connaturale durata del medesimo³. In altri termini si finisce per evidenziare che, specie in alcuni settori, ciò che è essenziale non è ottenere, all'esito di un processo di cognizione ordinaria, un provvedimento idoneo a passare in cosa giudicata, quanto piuttosto addivenire ad una celere definizione della controversia mediante

¹ In argomento cfr. soprattutto A.S. ZUCKERMANN (a cura di), *Civil Justice in Crisis*, Oxford, 1999: nei diversi contributi del volume la crisi della giustizia civile che interessa molti sistemi processuali nazionali è giustificata principalmente dai fattori economici e sociali che negli ultimi decenni hanno progressivamente accresciuto il carico di lavoro degli uffici giudiziari che, di conseguenza, appaiono sempre più strutturalmente incapaci di assicurare ai singoli una tutela giurisdizionale in tempi ragionevoli.

² Concezione, come è noto, sostenuta da G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, 2a ed., Napoli, 1940, § 11, in virtù del principio c.d. di tendenza o di opportunità.

³ Vi sono infatti ostacoli alla realizzazione dell'effettività della tutela che si ricollegano già allo scarto temporale esistente tra il momento del sorgere del diritto, quello della violazione dello stesso e quello del ricorso alla tutela giurisdizionale (così A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, 5a ed., Napoli, 2006, 592, nonché, con alcune esemplificazioni, O.A. BAPTISTA DA SILVA, *Per una teoria dell'azione cautelare*, in *Riv. dir. proc.*, 1998, 1122 ss, spec. 1126).

una misura attuabile sul piano materiale, a prescindere dal perseguimento del valore dell'incontrovertibilità del giudicato sostanziale⁴.

Proprio alla luce dei rilievi ora svolti può in effetti giustificarsi l'evoluzione verso una tutela cautelare strutturalmente autonoma da quella di merito che ha di recente interessato alcuni sistemi processuali, ed in particolare quello italiano nel quale è stata riconosciuta, sul modello del *référé classique* francese⁵, l'idoneità delle misure cautelari di natura anticipatoria concesse *ante litem* a restare efficaci *ex se* senza limiti di tempo a prescindere dall'instaurazione ovvero dall'estinzione del giudizio di merito⁶.

Ma è anche vero che il ruolo di una tutela cautelare autonoma da quella di merito quale componente essenziale di una tutela giurisdizionale effettiva è stato riconosciuto in molti ordinamenti europei anche in virtù dei principi sanciti dalla Corte di Giustizia del Lussemburgo in alcune fattispecie nelle quali veniva in rilievo l'applicazione del diritto comunitario. Il riferimento è, con ogni evidenza, soprattutto ad alcune decisioni rese in materia di appalti pubblici mediante le quali il supremo giudice comunitario, nell'esercizio di una pregevole funzione nomofilattica, ha evidenziato la necessità di "sganciare" la tutela cautelare da quella di merito almeno in due direzioni. Infatti la Corte di Giustizia ha affermato, in primo luogo, che i sistemi processuali interni degli Stati membri

⁴ Cfr. B. SASSANI – R. TISCINI, *Il nuovo processo societario. Prima lettura del d.lgs. n. 5 del 2003*, in *Giust. Civ.*, 2003, II, 49 ss.

⁵ Nel quale il presupposto dell'urgenza rimane, comunque sia, necessario, almeno nella maggior parte dei casi, per la concessione della *mesure en référé*, cui può, pertanto, riconoscersi natura propriamente cautelare (cfr. R. PERROT, *L'évolution du référé*, in *Mélanges Pierre Hébraud*, Tolosa, 1981, 645 ss).

⁶ Ciò in quanto, generalizzando una riforma di qualche anno prima che aveva riguardato esclusivamente i procedimenti in materia commerciale (e sulla quale v. sempre B. SASSANI – R. TISCINI, *Il nuovo processo societario. Prima lettura del d.lgs. n. 5 del 2003*, cit., 49 ss), la l. 15 maggio 2005, n. 80, ha modificato l'art. 669-*octies* c.p.c. nel senso di rendere meramente facoltativa per la parte interessata l'instaurazione del giudizio di merito a seguito della concessione *ante causam* di un provvedimento cautelare di carattere anticipatorio, così idoneo a restare efficace indipendentemente dall'introduzione, entro determinati termini perentori, di un tale giudizio. Sulla questione, anche per un'analisi dei differenti modelli vigenti in alcuni Stati europei, v., *amplius*, Cap. III.

devono prevedere la possibilità di una tutela cautelare *ante causam*⁷. Successivamente la stessa Corte di Giustizia ha chiarito, in secondo luogo, che gli Stati membri non possono condizionare la stabilità degli effetti dei provvedimenti provvisori concessi prima dell'instaurazione del giudizio di merito all'introduzione dello stesso entro determinati termini⁸.

In quest'ottica si colloca la finalità della nostra ricerca, che ha specificamente ad oggetto la tutela cautelare tra giudice nazionale e giudice comunitario. Lo scopo del lavoro non è, naturalmente, quello di individuare la funzione generale della tutela cautelare, né quello di descrivere la disciplina positiva in tema di misure cautelari prevista da uno o più sistemi processuali europei. Il nostro proposito è senz'altro meno ambizioso, in quanto limitato a verificare la coerenza tra i principi enunciati dalla Corte di Giustizia quando indica agli Stati membri quali devono essere i caratteri di una tutela cautelare realmente funzionale alla realizzazione di una tutela giurisdizionale effettiva, e quelli che, in concreto, la medesima Corte applica a sé stessa laddove la concessione della tutela cautelare interferisca con l'attività delle istituzioni comunitarie o, più in generale, con il principio del primato del diritto comunitario su quello interno degli Stati membri. In altri termini, è corretto affermare che la tutela cautelare è finalizzata ad un'effettiva protezione giurisdizionale delle posizioni giuridiche soggettive dei singoli e che per questo la stessa deve essere autonoma da quella di merito: tuttavia, è, al contempo, auspicabile che ciò non resti una semplice affermazione astratta, ma che si traduca, più compiutamente, in un uniforme sistema di garanzie processuali. Peraltro, se non erriamo, un tale

⁷ La prima decisione nella quale la Corte di Giustizia ha affermato un tale principio, quindi consolidatosi nella giurisprudenza della stessa, tanto che, attualmente, le relative decisioni sono assunte con ordinanza succintamente motivata, è CGCE, 19 settembre 1996, *Commissione c. Repubblica ellenica*, C-236/95, in *Racc.*, 1996, I, 4459 ss.

⁸ In tal senso CGCE, 15 maggio 2003, *Commissione c. Regno di Spagna*, C-214/00, in *Racc.*, 2003, 4667 ss.

obiettivo non può essere utilmente perseguito nello spazio giudiziario europeo se per primo il processo comunitario non si erge a baluardo delle garanzie fondamentali dell'equo processo, valore oggi non più desumibile esclusivamente dall'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali⁹ ma, altresì, dall'art. 47 della Carta dei diritti di Nizza varata dall'Unione Europea¹⁰.

La prima parte del nostro studio è proprio volta ad evidenziare tutta una serie di aspetti, di vuoti e di ombre nella tutela cautelare della quale possono attualmente beneficiare gli individui nel processo comunitario che inducono a dubitare seriamente dell'effettività della garanzia della tutela cautelare – aspetto fondamentale per la realizzazione dell'equo processo – all'interno di un tale modello processuale.

Molteplici sono le ragioni sottese alla appena palesata perplessità e proprio alla considerazione delle stesse saranno dedicati i capitoli della prima parte di questo lavoro: nondimeno possiamo accennare sin d'ora ad alcune delle questioni problematiche che saranno in tale sede oggetto di un'analisi più dettagliata.

Va, innanzitutto, evidenziato che la giurisprudenza comunitaria ha da sempre ritenuto il disposto degli artt. 242 e 243 del Trattato istitutivo CE, specificamente dedicati alla tutela cautelare, ostativo alla proponibilità nel processo comunitario di ricorsi cautelari *ante causam*¹¹, così ricostruendo, in aperta contraddizione con il principio dell'autonomia della tutela cautelare, la

⁹ Sulla portata delle garanzie dell'equo processo di cui all'art. 6 CEDU v. soprattutto G. TARZIA, *L'art. 111 Cost. e le garanzie europee del giusto processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, 1 ss.

¹⁰ In arg. N. TROCKER, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e il processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, 1171 ss.

¹¹ Costituisce anzi *jus receptum* il principio per il quale le istanze cautelari devono essere proposte, a pena di irricevibilità, mediante un atto separato e successivo al ricorso principale (v., tra le molte, TPI, 15 giugno 2000, *Alzetta e a. c. Commissione*, T-298/97, in *Racc.*, 2000, II-2319 ss).

strumentalità della stessa nella prospettiva, anche rigorosamente strutturale, di una correlazione necessaria tra giudizio cautelare e giudizio di merito¹².

Quanto ai presupposti c.d. di merito per la concessione delle misure cautelari, dai regolamenti di procedura¹³ emerge semplicemente che il giudice della cautela è tenuto a valutare la sussistenza dell'urgenza e del *fumus boni juris*. Tuttavia in sede pretoria si è affermato che è parimenti essenziale, ai fini della concessione della tutela cautelare, la considerazione di un terzo presupposto, *i.e.* il bilanciamento degli interessi in causa¹⁴: un'analisi della casistica giurisprudenziale mostra, peraltro, che lo stesso, lungi dal costituire un'apprezzabile espressione del principio di proporzionalità, sembra piuttosto rappresentare lo strumento mediante il quale, soprattutto nell'ambito delle controversie con i funzionari, è attribuita prevalenza all'interesse c.d. pubblico della Comunità europea¹⁵.

Sotto il profilo del novero dei provvedimenti cautelari che possono essere pronunciati nel processo comunitario sussistono, sempre in giurisprudenza, almeno due contraddizioni. Infatti, con riguardo alla tipologia delle misure cautelari, gli artt. 242 e 243 del Trattato CE si limitano a stabilire, rispettivamente, che il giudice della cautela può sospendere l'esecutività degli atti emanati dalle istituzioni comunitarie oggetto di impugnazione in sede giurisdizionale ovvero emanare i provvedimenti provvisori c.d. positivi che siano idonei a soddisfare, nella fattispecie concreta, le esigenze cautelari. Tuttavia, riconducendosi

¹² V., più ampiamente, Cap. III.

¹³ Gli artt. 242 e 243 del Trattato CE non si occupano, infatti, della questione.

¹⁴ Più in particolare, in omaggio al presupposto del bilanciamento degli interessi in causa, è necessario, ai fini della concessione delle misure cautelari, che, valutati i contrapposti interessi del ricorrente e del resistente, nonché quelli dei soggetti terzi che vengano eventualmente in rilievo nella fattispecie concreta, la bilancia penda concretamente a favore del ricorrente cautelare (cfr. R. JOLIET, *Protection juridictionnelle provisoire et droit communautaire*, in *Riv. dir. eur.*, 1992, 253 ss, spec. 272).

¹⁵ Il che conduce i giudici comunitari a rigettare, nella maggior parte dei casi, i ricorsi cautelari dei funzionari della Comunità, nonostante la sussistenza, nella fattispecie concreta, dell'urgenza e del *fumus boni juris*. Sulla questione v., più diffusamente, Cap. IV.

soprattutto al principio della separazione dei poteri, la giurisprudenza nega sia che possano essere sospesi in via cautelare i provvedimenti c.d. negativi, sia che possano essere emanate ordinanze cautelari nei confronti delle istituzioni tutte le volte che le stesse godano di poteri di carattere discrezionale¹⁶. Si può quindi rilevare una sorta di impermeabilità del sistema comunitario rispetto alle significative evoluzioni in termini di maggiore tutela degli amministrati a fronte dell'esercizio di poteri discrezionali da parte della Pubblica Amministrazione che si sono invece realizzate persino nell'ordinamento francese all'interno del quale, storicamente, il principio della separazione dei poteri è stato prima teorizzato e quindi applicato nei termini più rigorosi¹⁷.

Occorre poi tener presente che il procedimento cautelare delineato dalle fonti comunitarie è caratterizzato in ogni momento da un'ampia discrezionalità del giudice monocratico della cautela. Tale discrezionalità si estrinseca finanche nella possibilità di dettare regole per lo svolgimento del procedimento in contrasto con il nucleo essenziale del principio del contraddittorio¹⁸, impedendo, ad es., al convenuto di depositare osservazioni in forma scritta sul ricorso cautelare¹⁹.

Va, inoltre e soprattutto, evidenziato che le richiamate lacune della tutela cautelare non sembrano costituire una deviazione settoriale del sistema giurisdizionale comunitario rispetto al canone aureo dell'effettività della tutela giurisdizionale, ma appaiono, in realtà, la spia di un problema garantistico più

¹⁶ V., *amplius*, Cap. V.

¹⁷ Evoluzione che può essere sintetizzata, quanto alla sospendibilità dei provvedimenti c.d. negativi, dall'espressa attribuzione di un siffatto potere al giudice della cautela da parte della legge di riforma del contenzioso amministrativo francese del 30 giugno 2000. In argomento v., ancora, Cap. V, § 2.2.

¹⁸ Principio, rientrante nella logica del senso comune prima che derivante dalla disciplina positiva di alcuni sistemi processuali, in omaggio al quale a ciascuna parte deve essere attribuita la possibilità di conoscere gli atti dell'altra e di replicare, con atti di portata equivalente, agli stessi (cfr. N. PICARDI, "Audiatur et altera pars". *Le matrici storico-culturali del contraddittorio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, 7 ss; ID., *Il principio del contraddittorio*, in *Riv. dir. proc.*, 1998, 673 ss, anche in ordine alla necessità che un tale principio sia rispettato dal giudice nell'esercizio dei propri poteri officiosi).

¹⁹ V., più ampiamente, Cap. VI (spec. § terzo).

vasto che attraversa il processo comunitario. Si vuole invero alludere alle condizioni eccessivamente restrittive cui nell'ambito dello stesso è subordinato, soprattutto con riguardo all'azione di annullamento ed all'azione in carenza, il diritto di accesso al giudice, ovvero – come ebbe ad evidenziare lucidamente la Corte europea dei diritti dell'uomo sin dal celebre caso *Golder*²⁰ – la garanzia in assenza della quale nessun senso avrebbe discorrere sugli altri caratteri dell'equo processo. Infatti un'antica e mai smentita giurisprudenza, insensibile alle critiche della più attenta dottrina che non ha esitato a definire la situazione in termini di diniego di giustizia²¹, ritiene che un singolo - non a caso definito ricorrente c.d. non privilegiato - possa impugnare per vizi di legittimità gli atti delle istituzioni comunitarie dei quali non sia diretto destinatario esclusivamente qualora dimostri di esserne “individualmente” inciso²². Il che vuol dire che, a tal fine, non è sufficiente provare la sussistenza di un interesse ad agire personale e concreto²³, ma, altresì, che l'atto in questione è stato emanato proprio prendendo specificamente in considerazione la situazione del ricorrente²⁴.

Alla luce di quanto sinora sottolineato è legittimo, a nostro modesto parere, l'interrogativo che costituisce il filo conduttore di questo lavoro: per la Corte di Giustizia del Lussemburgo l'effettività della tutela giurisdizionale²⁵ è un

²⁰ Si tratta, più precisamente, di Corte europea dei diritti dell'uomo, 21 febbraio 1975, *Golder c. Royaume Uni*, in www.echr.coe.int.

²¹ Così H. RASMUSSEN, *Why is Article 173 interpreted against private plaintiffs?*, in *Eur. Law review*, 1980, 112; E. STEIN – J. VINCING, “*Citizens*”. *Access to Judicial Review of Administrative Action in a Transnational and Federal context*, in *AJIL*, 1976, 219.

²² Una tale giurisprudenza è stata inaugurata da CGCE, 15 luglio 1963, *Plaumann c. Commissione*, C-25/62, in *Racc.*, 1963, 197 ss.

²³ In argomento v., per tutti, B. SASSANI, *Note sul concetto di interesse ad agire*, Rimini, 1983.

²⁴ Ciò che si concreta, allora, soprattutto nelle ipotesi di atti generali, in una vera e propria *probatio diabolica*. Sulla problematica dell'accesso al giudice nel processo comunitario, anche con riferimento, stante la natura strumentale della tutela cautelare, ai riflessi sull'accesso alla tutela cautelare v., diffusamente, Cap. II.

²⁵ Per l'affermazione, nella giurisprudenza comunitaria, del diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva quale espressione di un principio generale di diritto desumibile dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, e quindi consacrato dagli artt. 6 e 13 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, v. CGCE, 15 maggio 1986, *Johnston c. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, C-222/84, in *Racc.*, 1986, 1651 ss, § 18.

valore da perseguire per meglio tutelare i diritti dei singoli o non è, piuttosto, soltanto uno degli strumenti che la Corte utilizza per meglio ammonire gli Stati membri al rispetto degli obblighi derivanti dalla partecipazione alla Comunità europea²⁶?

Il dubbio prospettato è determinato, sempre a nostro sommo parere, anche dai risultati dell'analisi condotta nella seconda parte del lavoro, che ha ad oggetto i poteri dei quali, secondo la giurisprudenza comunitaria, godono i giudici nazionali in sede cautelare nelle ipotesi in cui venga in qualche modo in rilievo il diritto comunitario²⁷. Infatti, sebbene anche nelle pronunce considerate la Corte di Giustizia si riconduca al valore dell'uniformità della tutela cautelare nello spazio giudiziario europeo, le stesse finiscono con il denotare un'incongruenza non trascurabile. Più in particolare, laddove la concessione della misura cautelare implichi una disapplicazione provvisoria delle norme interne a favore di quelle comunitarie, la Corte evidenzia il dovere dei giudici nazionali di concedere la tutela richiesta in forza delle norme processuali interne²⁸, talché trova applicazione il principio di autonomia processuale degli Stati membri, temperato

²⁶ Significativo è, in proposito, che *nell'arrêt Kremzow* la Corte di Giustizia abbia rifiutato di pronunciarsi su una questione pregiudiziale relativa alla compatibilità della legislazione austriaca con il diritto ad un processo equo, poiché la stessa non rilevava per l'applicazione del diritto comunitario (v. CGCE, 29 maggio 1997, *Kremzow c. Austria*, C-299/95, in *Racc.*, 1997, 2629 ss). In argomento cfr. anche G. MORBIDELLI, *La tutela giurisdizionale dei diritti nell'ordinamento comunitario*, Milano, 2001.

²⁷ Sul nuovo ruolo dei giudici nazionali che si trovano oggi ad interpretare e ad applicare non soltanto, come avveniva in passato (stante uno strettissimo legame tra l'esercizio della giurisdizione e quello della sovranità), le norme nazionali, ma anche quelle derivanti da altri sistemi processuali, in particolare da quello comunitario, e possono pertanto essere considerati professionisti del diritto chiamati a dare applicazione a tutte le norme rilevanti per la decisione, indipendentemente dall'origine nazionale delle stesse, v., per tutti, le riflessioni di N. PICARDI, *La vocazione del nostro tempo per la giurisdizione*, in *Studi di diritto processuale civile in onore di G. Tarzia*, I, Milano, 2005, 179 ss.

²⁸ CGCE, 19 giugno 1990, *Factortame Ltd. c. Segretario di Stato per i Trasporti*, C-213/89, in *Racc.*, 1990, 1433, anche in *Dir. proc. amm.*, 1991, 255 ss, con commento di C. CONSOLO, *L'ordinamento comunitario quale fondamento per la tutela cautelare del giudice nazionale (in via di disapplicazione di norme legislative interne)*.

dal tradizionale limite dell'effetto utile del diritto comunitario²⁹. Diversamente, posta dinanzi al quesito se i giudici nazionali potessero concedere tutela cautelare disapplicando un atto interno emanato in attuazione di una norma comunitaria apparentemente illegittima, la Corte di Giustizia, se per evidenti motivi di basilare coerenza non ha potuto fornire una risposta negativa, ha in concreto reso virtualmente impossibile la concessione di provvedimenti cautelari in una tale situazione, subordinandola alla sussistenza dei medesimi presupposti che giustificano la concessione della tutela cautelare nel processo comunitario ed in senso aggravato poiché, quanto al *fumus boni juris*, lo stesso deve concretarsi in seri dubbi circa la validità della norma da disapplicare e, con riguardo al bilanciamento degli interessi, la concessione della misura cautelare non deve essere tale da compromettere l'effettività del diritto comunitario³⁰.

L'appena evidenziata geometria variabile nella tutela cautelare sembra giustificarsi soprattutto alla luce dei differenti interessi in gioco, nelle due fattispecie considerate, per il sistema comunitario. Infatti, nella prima situazione, esaminata dalla pronuncia *Factortame*, la finalità principale è quella di tutelare il principio del primato del diritto comunitario su quello interno e, soltanto condizionatamente ed in subordine, quella di assicurare anche una tutela giurisdizionale effettiva ai singoli: a ciò consegue l'affermazione del dovere dei giudici nazionali di concedere la tutela cautelare avente quale fonte le norme

²⁹ Esplicitamente nel senso dell'operatività in una tale ipotesi del principio dell'autonomia processuale degli Stati membri v. la recente CGCE, Gr. Sez., 13 marzo 2007, *Unibet*, C-432/05, in corso di pubblicazione in *Racc.*, 2007.

³⁰ Così CGCE, 21 febbraio 1991, *Zuckerfabrik Süderdithmarschen e a. c. Hauptzollamt Itzehoe et Hauptzollamt c. Bundesamt für Ernährung und Fortwirtschaft*, C-143/88 e C-92/89, in *Racc.*, 1991, 415 ss, nonché, quanto alla possibilità per il giudice nazionale di concedere anche provvedimenti cautelari c.d. positivi, CGCE, 9 novembre 1995, *Atlanta Fruchthandeldgesellschaft mbH e. a.*, C-465/93, in *Racc.*, 1995, 3761 ss. Non si può trascurare che ulteriore presupposto per la possibilità dei giudici interni di concedere tutela cautelare è quello, per tali pronunce, di sollevare ricorso per rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia (in senso critico quanto all'obbligo di giudici non di ultima istanza di sollevare rinvio pregiudiziale di validità tutte le volte che ritengano illegittima una norma comunitaria v., per tutti, A. BRIGUGLIO, *Pregiudiziale comunitaria e processo civile*, Padova, 1996, 740 ss). Su tali questioni v., più ampiamente, Cap. VIII.

comunitarie in modo almeno tale da non privare le stesse di effetto utile³¹. Non stupisce, nella prospettiva delineata, che nell'ipotesi speculare, ovvero quando è il diritto comunitario a ledere le posizioni giuridiche soggettive individuali, la Corte di Giustizia, nelle decisioni *Zuckerfabrik* ed *Atlanta*, abbia invece individuato i presupposti in presenza dei quali può essere concessa tutela cautelare in senso talmente restrittivo da rendere praticamente impossibile ai giudici nazionali accordare la stessa³².

Le considerazioni sinora svolte non sembrano condurre ad una valutazione positiva quanto alla coerenza, nella prospettiva di un processo comune europeo caratterizzato proprio dalle garanzie processuali³³, della tutela cautelare nel sistema giurisdizionale comunitario complessivamente inteso.

Una diagnosi critica, peraltro, non è anche sintomatica di una posizione di chiusura verso l'ordinamento comunitario. Anzi, al contrario, è proprio la consapevolezza dell'importanza storica del processo di integrazione comunitaria³⁴ che induce a sperare in un maggiore coraggio della giurisprudenza comunitaria nell'assicurare ai singoli una tutela giurisdizionale più idonea a garantirne i diritti rispetto a quanto avviene nell'assetto attuale.

³¹ In una tale direzione è invero limitato l'operare del principio di autonomia processuale degli Stati membri: sul punto cfr. D. SIMON – A. BARAV, *Le droit communautaire et la suspension provisoire des mesures nationales. Les enjeux de l'affaire Factortame*, in *Revue Marché Commun*, 1990, 597 ss.

³² Rileva F. BERROD, *La systématique des voies de droit communautaires*, Paris, 2003, 277, che il diritto dei singoli ad una protezione giurisdizionale effettiva è in questo caso limitato dalla ragion di Stato, *i.e.* dalla prevalenza degli interessi c.d. pubblici della Comunità europea.

³³ Sottolinea, infatti, S. GUINCHARD, *Introduction générale*, in AA.VV., *Droit processuel. Droit commun et droit comparé du procès*, 3a ed., Paris, 2005, 1 ss, che il modello di processo civile universale che tende a svilupparsi negli ultimi anni si caratterizza proprio per le garanzie comuni che, anche in virtù dell'influenza delle Convenzioni internazionali a tutela dei diritti umani, denotano lo stesso.

³⁴ Gli elementi peculiari che rendono quello comunitario un diritto dell'integrazione rispetto al diritto internazionale classico basato essenzialmente su una cooperazione tra Stati sovrani, sono costituiti, innanzitutto, dall'attribuzione ai singoli di diritti direttamente invocabili dinanzi ai giudici nazionali e, quindi, dall'istituzione di un meccanismo sopranazionale di garanzia di tali diritti: ne deriva che è essenziale, in un tale sistema, il dialogo tra i giudici nazionali ed il giudice comunitario (cfr. P. PESCATORE, *Le Droit de l'intégration*, Genève, 1972, 7 ss).

Il richiamo alla necessità, a tal fine, di un'evoluzione della giurisprudenza piuttosto che di una modifica del Trattato istitutivo è dovuto alla circostanza per la quale la maggior parte dei vuoti e delle incongruenze nella tutela giurisdizionale nel sistema comunitario non è dettata dal disposto dei Trattati né da quello dei regolamenti di procedura, ma si riconnette principalmente ad una tendenza giurisprudenziale sempre e comunque protesa all'affermazione del primato del diritto comunitario su quello interno, anche se questo implica il sacrificio di altri valori parimenti essenziali. Ciò poteva avere un senso in passato quando, in effetti, l'ordinamento comunitario ha dovuto, talvolta a costo di innegabili momenti di frizione con le Corti Supreme degli Stati membri dedite a serbare ampi spazi a favore della sovranità nazionale, autolegittimarsi³⁵. Tuttavia se l'integrazione comunitaria è andata avanti, al punto che oggi è un allargamento sempre più veloce a creare nuove sfide, una tale legittimazione costituisce un dato acquisito poiché, salve talune prese di posizioni teoriche³⁶, è indiscusso l'effetto diretto delle norme comunitarie, così come la prevalenza delle stesse anche sulle disposizioni nazionali di rango costituzionale³⁷.

E' allora tempo di fare un passo avanti necessario ad un'effettiva integrazione, cioè rendere parte della stessa gli individui non soltanto in qualità di destinatari delle norme comunitarie ad effetto diretto, ma anche attribuendo ai medesimi la possibilità di domandare un'adeguata tutela dinanzi ai giudici comunitari quante volte la lamentata lesione si riconduca direttamente all'attività

³⁵ V., più diffusamente, Cap. VII.

³⁶ Rappresentate soprattutto dalla concezione dualistica dei rapporti tra ordinamento comunitario ed ordinamenti nazionali che è ancora difesa dalla giurisprudenza costituzionale italiana e da quella tedesca: ma v., per maggiori considerazioni anche su tali aspetti, Cap. VII.

³⁷ Sebbene soprattutto gli ordinamenti nazionali nei quali è previsto un controllo accentrato sulla costituzionalità delle leggi ordinarie manifestino una tendenza, espressa dalla c.d. teoria dei controlimiti, ad impedire l'ingresso nel proprio sistema delle norme comunitarie che si pongono in contrasto con i principi fondamentali della Costituzione o con i diritti involabili della persona umana (in arg. O. DORD, *Systèmes juridiques nationaux et Cours européennes: de l'affrontement à la complémentarité?*, in AA.VV., *Les Cours Européennes. Luxembourg et Strasbourg*, in *Pouvoirs* n° 96, 2001, 10 ss, nonché i rilievi svolti nel Cap. VII).

degli organi comunitari. A nostro sommo parere, infatti, se il controllore non comincerà ad applicare coerentemente a sé stesso, in una prospettiva di circolarità nel livello delle tutele, le regole che suole dettare per i controllati, potrebbe emergere un'insoddisfazione sempre più marcata, suscettibile di determinare persino un arresto del processo di integrazione, un concreto segnale del quale è stato del resto già manifestato con la mancata ratifica, proprio a seguito di un referendum popolare, del progetto di Costituzione per l'Europa da parte di due Stati membri fondatori.

PARTE PRIMA

LA TUTELA CAUTELARE NEL PROCESSO COMUNITARIO

Capitolo I

Il ricorso cautelare

SOMMARIO: 1. La natura strumentale dei provvedimenti cautelari: brevi premesse – 2. I presupposti processuali dell’azione cautelare – 2.1. I singoli presupposti processuali – 2. 1. 1. La legittimazione a proporre il ricorso cautelare – 2. 1. 2. L’oggetto del ricorso cautelare – 2. 1. 3. I termini per la proposizione del ricorso cautelare – 2. 1. 3. 1. I termini di decadenza per la proposizione di alcune azioni principali – 2. 1. 4. Forma dell’istanza cautelare – 2.2. L’esame sulla sussistenza dei presupposti processuali del ricorso principale nell’ambito del procedimento cautelare – 3. Il contenuto del ricorso cautelare – 4. Questioni in tema di connessione.

1. La natura strumentale dei provvedimenti cautelari: brevi premesse

Nel sistema giurisdizionale comunitario il procedimento cautelare è disciplinato tra quelli di carattere incidentale, stante l’accentuata natura accessoria del ricorso cautelare rispetto a quello principale nell’assetto delineato dalle fonti comunitarie³⁸.

³⁸ In argomento v., senza pretese di completezza, S. ANSELMINI, *Rassegna della giurisprudenza comunitaria in tema di procedure en référé*, in *Dir. scam. Int.*, 1981, 295; A. BARAV, *Le juge et le justiciable*, in *Scritti in onore di G.F. Mancini*, II, Milano, 1998, 1 ss; F. BERRON, *La systématique des voies de droit communautaires*, Thèse, Paris, 2003, spec. 692-720; M. BERGERÈS, *Contentieux communautaire*, Paris, 1998, spec. 159 ss; M. BERRI, *The special procedures before the Court of Justice*, in *Common Market Law Review*, 1971, 22 ss; G. BORCHARDT, *The Award of Interim Measures by the European Court of Justice*, in *Common Market Law Review*, 1985, 203; GRABITZ, *Kommentar zum EWG-Vertrag*, Monaco, 1986; J. BOULOIS – M. DARMON – J.G. HUGLO, *Contentieux communautaire*, 2a ed., Paris, 2001, spec. 130 - 146; J.L. DA CRUZ VILLACA, *La procédure en référé comme instrument de protection juridictionnelle des particuliers en droit communautaire*, in *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*, II, Milano, 1998, 256 ss; O. DE SCHUTTER, *Les mesures provisoires devant la CJCE*, in *Measures conservatoires et droits fondamentaux*, a cura di G. COHEN-JONATHAN

Nel processo comunitario, infatti, il principio della strumentalità della tutela cautelare rispetto a quella di merito conserva una spiccata valenza anche sotto il profilo squisitamente strutturale.

– J.F. FLAUSS, Brussels 2005, 93 ss; GONZALEZ BOTIJA, *La tutela cautelar en el marco de la politica de pesca comun*, in *Rev. inst. Eur.*, 1996, 171 ss; C. GRAY, *Interim Measures of Protection in the European Court*, in *European Law Review*, 1979, 80; V. GREMENTIERI, *Le misure cautelari nel processo comunitario*, in *Jus*, 1988, 91; GROEBEN – THIESING – EHLERMANN, *Kommentar zum EWG-Vertrag*, Baden-Baden, 1001, 4672; HUGLO, *Cour de Justice. Le référé*, in *Jurisclasseurs Europe*, Paris, 1992, fsc. 390/161 – 29; C. IANNONE, *Commento agli artt. 242 – 243 del Trattato CE*, in *Trattati dell'Unione Europea e della Comunità Europea* a cura di A. TIZZANO, Milano, 2004, 1145 ss; IDEM, *El procedimiento de medidas cautelares ante el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades europeas*, Madrid, 1993, 19; L. IDOT, *Les mesures provisoires en droit de la concurrence : un nouvel exemple de symbiose entre le droit français et le droit communautaire de la concurrence*, in *Rev. trim. Dr. eur.*, 1993, n° 29, 582 ss; F.G. JACOBS, *Interim Measures in the Law and Practice of the Court of Justice of the European Communities*, in *Interim Measures Indicated by International Courts* a cura di BERNHARDT, Berlin – Heidelberg – New York, 1994, 38 ss; R. JOLIET, *Protection juridictionnelle provisoire et droit communautaire*, in *RDE*, 1992, 253; G. KNAUB, *La procédure devant le Cour de Justice des Communautés Européennes*, in *RTDE*, 1967, 269 ss, spec. 296 ss; R. KOVAR, *Cour de Justice, Procédure*, in *Jurisclasseur Europe*, fasc. 320, 1989, § 152; K.P.E. LASOK, *The European Court of Justice, Practice and Procedures*, Londra, 1984, spec. 145 –176; LENAERTS – ARTS, *Procedural law of the European Union*, Londra, 1999, 287 ss; M. WAELBROECK – J.V. LOUIS – G. VANDERSANDEN *Le droit de la Communauté européenne*, vol. 10, *La Cour de justice. Les actes des institutions*, T. I, Bruxelles, 1983, 365; J. P. MERTENS DE WILMARS, *Het kort geding voor het Hof van Justitie van de Europese gemeenschappen*, in *Sociaal-Economische Wetgeving*, 1986, 32; C. MORVIDUCCI, *Le misure cautelari nel processo comunitario*, Padova, 2004; ID., *Fumus boni iuris e misure cautelari nel processo comunitario*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1999, 705 ss; P. OLIVER, *Interim Measures: Some Recent Developments*, in *Common Market Law Review*, 1992, 7; L.M. PAIS ANTUNES, *Interim Measures under EC Competition Law – Recent Developments*, in *Yearbook of European law*, 1993, 83; B. PASTOR – E. VAN GINDERACHTER, *La procédure en référé*, in *Revue trimestrelle de droit européenne*, 1989, 561; P. PESCATORE, *Le mesures conservatoires et les référés*, in *La juridiction internationale permanente*, Paris, 1987, 315; A. PIROCHE, *Les mesures provisoires de la Commission des Communautés européennes dans le domaine de la concurrence*, in *Revue trim. dr. eur.*, 1989, 439 ss; L. QUERZOLA, *Appunti sulle condizioni per la concessione della tutela cautelare nell'ordinamento comunitario*, in *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 2001, 501; RENGELLING – MIDDEKE – GELLERMANN, *Rechtsschutz in der Europäischen Union*, Monaco, 1994, 298 ss; J. RIDEAU – CHARRIER, *Code de procédures européennes*, Paris, 1994, 22; J. RIDEAU – F. PICOD, *Les mesures provisoires ordonnées par la juridiction communautaire*, in *Jour. Trib. Dr. Eur.*, 1995, 121 ss; G.C. RODRIGUEZ IGLESIAS, *La tutela judicial cautelar en el derecho comunitario*, in *El derecho comunitario europeo y su aplicacion judicial*, 1993, 638 ss; P.N. SCHWAIGER, *Le référé dans la procédure de la Cour de justice des trois Communautés européennes*, thèse, Montpellier, 1965, 91; M. SLUSNY, *Les mesures provisoires dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, in *RBDI*, 1967, 127; G. TESAURO, *Les mesures provisoires dans le système communautaire*, in *Estudios en homenaje al profesor Don Manuel Diez de Velasco, Hacia un nuevo orden internacional y europeo*, 1993, 1249 ss; A. TIZZANO, *I provvedimenti urgenti nel processo comunitario*, in *Studi in onore di Virgilio Andrioli, IV*, Napoli, 1979, 360 – 395; D.A. TOMASEVIC, *L'usage du référé devant la Cour de justice à l'encontre des États membres de la Communauté européenne*, in *Rev. Marché un. Eur.*, 1999, 25 ss; G. VANDERSANDEN – A. BARAV, *Contentieux communautaire*, Bruxelles, 1977, 428; E. VAN GINDERHACTER, *Le référé en droit communautaire*, in *Rev. dr. ULB*, 1993, 113 ss; ID., *Référé*, in *Encyclopédie Dalloz, Droit communautaire*, 1992; L. WEITZEL, *Demander le sursis à l'exécution ou d'autres mesures provisoires*, in *Evolution récente du droit judiciaire communautaire* a cura di CHRISTIANOS, Maastricht, 1995, II, 33.

A riguardo è bene ricordare che nonostante sia ancora vivo, in dottrina, il dibattito relativo all'autonomia del processo cautelare rispetto, in particolare, al processo dichiarativo³⁹, tuttavia, anche tra i fautori della tesi dell'autonomia del processo cautelare, è dominante l'orientamento in forza del quale caratteristica precipua dei provvedimenti cautelari è la strumentalità⁴⁰, intesa quale immancabile preordinazione funzionale⁴¹ degli stessi all'emanazione di un

³⁹ Tale dibattito è stato particolarmente intenso soprattutto nella dottrina italiana e non è certo questa la sede per ripercorre lo stesso compiutamente. Basti ricordare che, secondo una prima posizione, il processo cautelare sarebbe autonomo rispetto al processo di cognizione volto all'accertamento del diritto del quale nel primo si domanda tutela in via urgente, la quale si caratterizzerebbe, invero, per una finalità propria (F. CARNELUTTI, *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, I, Padova, 1939, spec. 43-46), e potrebbe così essere distintamente collocato nel sistema delle azioni (G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, rist. 1980, 224 ss). Nella diversa concezione suffragata da P. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, 1936, 21 ss, invece, è negata l'autonomia dei provvedimenti cautelari rispetto a quelli di merito: i primi sono infatti definiti "strumenti dello strumento", in quanto emanati in vista della decisione di merito a differenza di quelli di carattere sommario volti soltanto ad evitare che la tutela sia ottenuta soltanto a seguito di un lungo processo di cognizione ordinario. Ancora, secondo E. ALLORIO, *Per una nozione del processo cautelare*, in *Riv. dir. proc.*, 1936, 18 ss, la tutela cautelare sarebbe priva di un'autonomia finalistica, che di per sé apparterebbe esclusivamente al processo di accertamento ed a quello esecutivo, senza possibilità di individuare un *tertium genus*; ma v., in arg., anche i fondamentali rilievi di E.T. LIEBMAN, *Unità del procedimento cautelare*, in *Riv. dir. proc.*, 1954, 248 ss. Sulla richiamata contrapposizione v., più di recente, G. TARZIA, *Introduzione*, in *Il processo cautelare*, 2a ed., Padova, 2004, XXV; V. PÉREZ DAUDI, *Las medidas cautelares. En instituciones del nuevo proceso civil: comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000*, III, Barcelona, 2000, 539-684, spec. 547-551; S. RECCHIONI, *Il processo cautelare uniforme*, in *I procedimenti sommari e speciali, II, Procedimenti cautelari* a cura di S. CHIARLONI – C. CONSOLO, Torino, 2005, spec. 28-32, ove ulteriori riferimenti anche sull'evoluzione del dibattito in dottrina.

⁴⁰ Ci si riferisce, innanzitutto, a P. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, cit., 21; cfr. inoltre C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale*, I, Padova, 2006, 290 ss G. TARZIA, *Introduzione*, cit., XXIV. Diversa è la concezione di C. CALVOSA, *La tutela cautelare*, Torino, 1963, 140 – 141, secondo il quale la tutela cautelare non è un mezzo di tutela strumentale al processo ma, al pari di ogni altra forma di tutela giurisdizionale, è volta a proteggere le situazioni giuridiche soggettive dalla possibilità della trasgressione. La natura provvisoria ed ipotetica del giudizio si giustifica soltanto perché ivi la tutela deve essere affermata, onde proteggere effettivamente la situazione soggettiva vantata, anche nell'incertezza circa l'esistenza della stessa. Rileva una tale circostanza F. RAMOS ROMEU, *Las medidas cautelares civiles*, Barcelona 2006, 113, il quale non manca di porre in evidenza che i fautori della tesi dell'autonomia del processo cautelare finiscono talora, al fine di suffragare la strumentalità dei provvedimenti cautelari, per ricondursi *ad adiuvandum* alle affermazioni di quella parte della dottrina che, all'opposto, considera questi ultimi "strumenti dello strumento". Peraltro, secondo S. RECCHIONI, *Il processo cautelare uniforme*, cit., il concetto di autonomia della tutela cautelare andrebbe ricondotto, piuttosto che a tali profili, alla diversità degli effetti dei provvedimenti cautelari rispetto a quelli emanati all'esito del processo di cognizione e di quello esecutivo.

⁴¹ Infatti, come si evidenzierà più diffusamente nell'immediato prosieguo, coloro che difendono l'autonomia del processo cautelare sono comunque propensi a negare la strumentalità c.d. strutturale del procedimento cautelare rispetto a quello di merito.

provvedimento definitivo, in relazione al quale avviano al pericolo di infruttuosità pratica ovvero a quello di tardività⁴².

Altrimenti detto, la strumentalità dei provvedimenti cautelari denota principalmente la subordinazione funzionale degli stessi alla garanzia dell'effettività della tutela giurisdizionale ordinaria⁴³, nel senso di rendere neutra per la parte che ha ragione la necessità di adire il giudice al fine di essere tutelata rispetto a quanto la stessa avrebbe ottenuto nell'ipotesi di adempimento spontaneo⁴⁴.

Se è difficilmente contestabile la strumentalità della tutela cautelare intesa quale componente di una soddisfacente realizzazione del principio di effettività della tutela giurisdizionale, maggiormente dibattuta è la questione avente ad oggetto l'incidenza della strumentalità anche sotto il profilo strutturale, quale correlazione necessaria tra il procedimento cautelare e quello di merito. La strumentalità delle misure cautelari può, infatti, essere diversamente intesa, a seconda che si privilegi un approccio strutturale ovvero funzionale⁴⁵. Nel primo caso, invero, l'ambito dei provvedimenti propriamente cautelari è ristretto alle misure la cui efficacia è in qualche modo subordinata all'instaurazione della causa di merito⁴⁶. Qualora invece si intenda – a nostro sommo parere più

⁴² Su questa base è stata effettuata la distinzione tra provvedimenti cautelari di carattere anticipatorio e provvedimenti cautelari di carattere conservativo, individuata nella modifica, nel primo caso, di una situazione in modo da assicurare il beneficiario contro i pericoli di intempestività della tutela ordinaria e, nel primo caso, nella conservazione di uno stato di fatto sino alla decisione di merito (P. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio dei provvedimenti cautelari*, cit., 21 ss; in senso diverso F. CARNELUTTI, *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, T. I, Roma, 1942, 3a ed., spec. 43-44; sulla questione v., *amplius*, Cap. III, § 2.2.).

⁴³ Cfr. E. FAZZALARI, *Profili della cautela*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, 4; G. TARZIA, *Introduzione*, cit., XXIV; A. PROTO PISANI, *Procedimenti cautelari*, in E.G.I., XXIV, Roma, 1991, 1 ss; L.P. COMOGLIO – C. FERRI, *La tutela cautelare in Italia: profili sistematici e riscontri comparativi*, in *Riv. dir. proc.*, 1990, 965 ss; E. MERLIN, *Procedimenti cautelari e urgenti in generale*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., XIV, Torino, 1995, 393 ss.

⁴⁴ Cfr. F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, 3a ed., IV, Milano, 2000, 155.

⁴⁵ N. PICARDI, *Manuale del processo civile*, Milano, 2006, 562 – 563.

⁴⁶ Nel senso che una tale instaurazione deve precedere la proposizione del ricorso cautelare ovvero che, concessa la misura cautelare, l'efficacia della stessa sia condizionata all'instaurazione del giudizio di merito ed alla conclusione dello stesso entro un determinato termine.

opportunamente - la strumentalità della tutela cautelare in senso esclusivamente funzionale, l'ambito dei provvedimenti cautelari potrà estendersi a tutte quelle misure di carattere provvisorio volte ad assicurare dai pregiudizi ai quali sono esposti determinati diritti soggettivi nelle more del tempo necessario per la tutela giurisdizionale degli stessi anche in presenza di esplicite deviazioni dalla strumentalità c.d. strutturale e, quindi, in mancanza di un raccordo con un successivo o pendente giudizio di merito⁴⁷.

Come si evidenzierà meglio nei paragrafi successivi, sia le norme vigenti in materia, sia l'interpretazione delle stesse in sede pretoria inducono a ritenere che nel processo comunitario la strumentalità della tutela cautelare non sia concepita in una prospettiva meramente funzionale bensì in un'accezione rigorosamente strutturale, stante la sussistenza di significativi raccordi procedurali tra il giudizio cautelare e quello di merito.

2. I presupposti processuali dell'azione cautelare

Riteniamo opportuno esaminare, nella prospettiva che è di maggiore interesse in questa sede, ovvero quella di evidenziare in quale misura la strumentalità della tutela cautelare rispetto a quella principale incida sulla possibilità stessa che sia emanata una valida pronuncia cautelare, i presupposti processuali dell'azione cautelare. E' utile sottolineare, a riguardo, che

⁴⁷ Cfr. in particolare E. MERLIN, voce *Procedimenti cautelari ed urgenti in generale*, cit., 428, la quale individua coerentemente il discrimine tra provvedimenti cautelari e provvedimenti sommari nella provvisorietà dei primi e nell'attitudine al giudicato, invece, dei secondi. Va peraltro evidenziato che, secondo autorevole dottrina, la strumentalità c.d. strutturale verrebbe piuttosto in rilievo quale rapporto tra il contenuto basilare della domanda cautelare e l'oggetto del futuro giudizio a cognizione piena, posta la necessità, da parte del giudice adito in sede cautelare, di vagliare, sebbene sommariamente, la fondatezza della pretesa (C. CONSOLO, *Il nuovo processo cautelare, Problemi e casi*, Torino 1997, 137; v. anche S. RECCHIIONI, *Il processo cautelare uniforme*, cit., 39 - 40).

l'utilizzazione in parte impropria della locuzione "presupposti processuali"⁴⁸ è funzionale, ai nostri fini, a poter ricomprendere all'interno della stessa diverse questioni di rito che possono porsi nelle azioni c.d. dirette dinanzi ai giudici comunitari e la cui presenza condiziona l'emanazione di una valida pronuncia sul merito del ricorso⁴⁹.

La natura accessoria del ricorso cautelare implica, infatti, che, tra i presupposti processuali dello stesso, rientrino anche quelli relativi al ricorso principale⁵⁰. Il che appare se non altro confermato dall'affermazione, costante in giurisprudenza, in virtù della quale il rigetto per irricevibilità del ricorso principale rende automaticamente irricevibile anche il ricorso cautelare accessorio allo stesso⁵¹.

⁴⁸ Per una più chiara definizione della quale v. F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, 3a ed., I, cit., spec. 47-50.

⁴⁹ Appare invero parzialmente diversa la posizione affermata da P. BIAVATI, *Diritto processuale dell'Unione Europea*, 3a ed., Milano, 2005, 51-53, il quale effettua una distinzione tra presupposti processuali e condizioni dell'azione, riconducendo al novero dei primi gli elementi che attengono alla valida costituzione del rapporto processuale e che, qualora insussistenti, non impediscono la riproposizione della domanda ed a quello dei secondi gli elementi che riguardano l'accoglimento dell'azione nel merito e che, se assenti, determinano il rigetto della domanda e la formazione del giudicato sul punto. L'A. citato sottolinea infatti che, sebbene in entrambi i casi i giudici comunitari tendano ad adottare pronunce di irricevibilità, nel secondo caso, che riguarda per es. le condizioni dell'azione (v. legittimazione a proporre l'azione di annullamento a norma dell'art. 230, quarto comma, del Trattato CE) si tratterebbe di una declaratoria di irricevibilità sostanziale, idonea ad impedire, a causa del formarsi di un giudicato di rigetto sull'istanza, la riproposizione della domanda.

⁵⁰ Altrimenti detto, la pronuncia di irricevibilità del ricorso cautelare può dipendere anche dall'assenza dei presupposti processuali dell'azione di merito. Secondo la diversa - ma a nostro sommo avviso non condivisibile - impostazione di G. BORCHARDT, *The award of interim measures by the European Court of Justice*, cit., spec. 211 ss, tali questioni rientrerebbero invece tra quelle esaminate dal giudice della cautela nel giudizio relativo alla sussistenza del *fumus boni juris*. In realtà la definizione simili questioni, pregiudiziali alla decisione di merito, preclude, a rigore, proprio l'esame, nel caso di specie, in ordine alla sussistenza del *periculum in mora* e del *fumus boni juris*, che costituiscono, invero, presupposti di merito, e non processuali, per la concessione delle misure cautelari. In argomento v. anche, *amplius*, Cap. IV.

⁵¹ In tal senso, tra le altre, CGCE, ord. 16 luglio 1993, *AEFMA c. Commissione*, C-107/93, in *Racc.*, 1993, 4177, §§ 4-6; CGCE, ord. 9 luglio 1993, *Donatab e a. c. Commissione*, C-64/93, in *Racc.*, 1993, 3955, §§ 4-6; CGCE, ord. 6 luglio 1993, *Van Parijs e a. c. Consiglio e Commissione*, C-257/93, in *Racc.*, 1993, 3917, §§ 4 - 6; CGCE, ord. 12 ottobre 1992, *Landbouwschap c. Commissione*, C-295/92, in *Racc.*, 1992, 5069, §§ 4 - 5; CGCE, ord. 23 maggio 1990, *Blot e Fronte Nazionale c. Parlamento*, C-68/90, in *Racc.*, 1990, 2177, §§ 4 - 5. Occorre inoltre notare che non discende direttamente da una tale regola di diritto positivo, bensì dalla natura strumentale della tutela cautelare e quindi appare una costante nei diversi sistemi giuridici il principio in virtù del quale la declaratoria di irricevibilità del ricorso principale pronunciata prima della decisione del ricorso cautelare determina automaticamente anche una pronuncia di irricevibilità di quest'ultimo (v. anche, in senso in parte diverso, L. WEITZEL, *Demandeur le sursis à exécution ou*

2.1. I singoli presupposti processuali

2.1. 1. La legittimazione a proporre il ricorso cautelare

Nel processo cautelare comunitario le regole in tema di legittimazione a proporre il ricorso sono diverse a seconda della tipologia del provvedimento cautelare richiesto. A riguardo occorre sin d'ora tener presente che, alla stregua di quanto stabilito dagli artt. 242 e 243 del Trattato CE, può essere domandata, da un lato, la sospensione dell'esecuzione dell'atto impugnato con il ricorso principale e, dall'altro, è attribuito al giudice il potere di pronunciare, negli affari pendenti dinanzi a sé, i provvedimenti provvisori necessari⁵².

Più in particolare, quanto alla legittimazione attiva, la domanda di sospensione dell'esecuzione di un atto può essere proposta, stante l'art. 83, § primo, del regolamento di procedura dinanzi alla Corte di Giustizia, esclusivamente da chi ha proposto il ricorso in annullamento dello stesso atto in via principale⁵³. Di conseguenza l'istanza cautelare non può essere depositata da

d'autres mesures provisoires, cit., 149). Costituisce, ad es., *jus receptum* nel sistema francese il principio in virtù del quale l'irricevibilità del ricorso di merito, da qualsivoglia causa dipenda, determina anche quella del ricorso cautelare (v., di recente, Cons. État, ord. 12 luglio 2001, SNICAC; Cons. État, V sect., 13 novembre 2002, *Ass. Alliance pour les droits de la vie*, in *Rec. CE*, 393).

⁵² Sulle tipologie di provvedimenti cautelari che possono essere pronunciati nel processo comunitario v., *amplius*, Cap. V.

⁵³ Cfr., tra gli altri, C. IANNONE, *Commento all'art. 242 del Trattato CE, cit.*, 1147; M. WAELBROECK, *Article 185*, in M. WAELBROECK – J.V. LOUIS – G. VANDERSANDEN, *La Cour de justice. Les actes des institutions*, Bruxelles, 1983, 366. In giurisprudenza si è chiarito, più in particolare, che, sebbene la parte interveniente nel processo principale abbia titolo per intervenire anche nel processo cautelare, l'interventore non ha altresì il diritto di proporre domande volte alla concessione della tutela cautelare poiché mentre il ricorrente principale è tenuto, all'atto della proposizione della domanda della misura provvisoria, ad indicare gli elementi che escludano a prima vista l'inammissibilità del ricorso principale, l'interveniente, stante l'art. 40 dello Statuto, deve semplicemente dimostrare il proprio interesse alla soluzione della controversia e non potrebbe, così, agire per ottenere la sospensione in via cautelare di un atto che, ai sensi dell'art. 230, quarto comma, del Trattato CE, non è impugnabile dal ricorrente principale (cfr. CGCE, ord. 18 novembre 1999, *Pfizer Animal Health SA c. Consiglio*, C-329/99, in *Racc.*, 1999, 8343).

un terzo che sia intervenuto nel processo principale qualora lo stesso non abbia impugnato l'atto contestato in quella sede⁵⁴.

Può invece richiedere i “provvedimenti provvisori” di cui all'art. 243 del Trattato CE ciascuna parte di una controversia pendente dinanzi alla Corte, purché il ricorso cautelare sia riferito ad una tale controversia principale: ne deriva che lo stesso può essere proposto non soltanto dal ricorrente ma, altresì, dalla parte resistente ed, almeno secondo l'orientamento maggioritario, dai terzi che siano eventualmente intervenuti nel processo principale⁵⁵.

Sotto quest'ultimo profilo, a nostro sommo avviso, tuttavia, la possibilità per colui il quale è intervenuto nel procedimento principale di proporre una domanda cautelare ai sensi dell'art. 243 del Trattato CE può essere affermata soltanto a seguito di una più attenta considerazione dell'attuale configurazione dell'intervento in causa nelle azioni c.d. dirette dinanzi ai giudici comunitari.

Al fine di meglio comprendere le motivazioni alla base delle cennate perplessità, appare opportuno fare brevemente riferimento a quelle che sono le forme dell'intervento in causa dei terzi nel processo comunitario. Occorre, in primo luogo, ricordare in via generalissima che l'intervento è una domanda di carattere incidentale finalizzata alla partecipazione di un terzo in un processo che già pende tra altri soggetti, partecipazione a seguito della quale il terzo assume per

⁵⁴ TPI, ord. 21 settembre 2004, *Kreuzer Medien c. Parlamento e Consiglio*, T-310/03, in *Racc.*, 2004, II-3243, spec. § 18.

⁵⁵ In tal senso, tra i molti, P.N. SCHWAIGER, *Le référé dans la procédure de la Cour de justice des trois Communautés européennes*, cit., 193; A. TIZZANO, *I provvedimenti urgenti nel processo comunitario*, cit., 375; M. WAELBROECK, *Article 185*, in M. WAELBROECK – J.V. LOUIS – G. VANDERSANDEN, *La Cour de justice. Les actes des institutions*, cit., 376. Questa differenza è stata ragionevolmente giustificata evidenziando che la misura della sospensione dell'esecuzione dell'atto costituisce un provvedimento dagli effetti troppo incisivi rispetto al principio di continuità dell'attività delle istituzioni perché possa essere adottato anche per tutelare gli interessi di un interveniente (così B. PASTOR – E. GINDERHACTER, *La procédure en référé*, cit., 577). Più di recente, tuttavia, si è precisato, in sede pretoria, che la parte intervenuta nel procedimento principale che non abbia impugnato l'atto contestato non può neppure domandare nel giudizio cautelare l'emanazione di un provvedimento provvisorio ai sensi dell'art. 243 del Trattato CE laddove il risultato finale che la stessa persegue non sia diverso dalla sospensione dell'esecuzione dell'atto impugnato (TPI, ord. 21 settembre 2004, *Kreuzer Medien c. Parlamento e Consiglio*, cit., §§ 20 – 21).

ciò solo la qualità di parte ⁵⁶. A propria volta l'intervento può essere volontario o coatto.

Si ha intervento volontario essenzialmente in due ipotesi.

Il terzo può infatti far valere, in primo luogo, nei confronti delle parti in causa un proprio diritto incompatibile e quindi spiegare un'azione di carattere autonomo ⁵⁷, la quale è volta ad evitare che, terminato il giudizio, lo stesso possa proporre opposizione di terzo per far valere il pregiudizio subito ⁵⁸.

L'intervento può invece essere definito "adesivo dipendente" qualora il terzo non faccia valere attraverso lo stesso un proprio diritto, ma un semplice interesse, sebbene giuridicamente rilevante, a sostenere le ragioni di una delle parti in causa: in questo caso, l'intervento è funzionale soprattutto ad integrare la difesa della parte adiuvata, onde evitare il pregiudizio che il terzo potrebbe subire dall'emanazione di una decisione contraria alle conclusioni rassegnate dalla

⁵⁶ Nella dottrina italiana, tra le opere specificamente in argomento si segnalano, G. FABBRINI, *Contributo alla dottrina dell'intervento adesivo*, Milano, 1964; A. CHIZZINI, *L'intervento adesivo*, I, II, Padova, 1991 – 1992; COSTA, *Intervento (dir. proc. civ.)*, in EdD, XXII, Milano, 1972, 461 ss; G. COSTANTINO, *Intervento nel processo, I) Diritto processuale civile*, in E.G.I., XVII, Roma, 1989, 1 ss; S. MONTELEONE, *Intervento in causa*, in NNDI, App. IV, Torino, 1983, 345 ss; A. SEGNI, *Intervento in causa*, in NNDI, VIII, Torino, 1962, 942 ss; N. TROCKER, *L'intervento per ordine del giudice*, Milano, 1984.

⁵⁷ Il terzo propone così una propria domanda in contrasto con quella delle parti che sono già in causa. I due esempi paradigmatici di un tale intervento sono costituiti dall'intervento di un terzo che affermi di essere egli stesso proprietario della cosa oggetto di una lite tra pretesi ovvero di un terzo il quale assuma di essere creditore in un giudizio iniziato da un altro soggetto per far valere come proprio verso il convenuto quello stesso credito (cfr. E.T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile, Principi*, 6a ed., Milano, 2002, spec. 103 ss).

⁵⁸ Così, tra gli altri, A. FETTWEIS, *Eléments de la compétence et de la procédure civile*, II, Liège, 1962, 588 ss. Nella situazione descritta l'intervento in causa è una sorta di opposizione di terzo anticipata (così E.T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile, Principi*, 6a ed., cit., 104). Non si può trascurare, tuttavia, che il processo civile italiano conosce, in forza dell'art. 105, comma primo, c.p.c., anche un'altra forma di intervento autonomo, c.d. litisconsortile: in questo caso il terzo fa valere nei confronti soltanto di alcuna delle parti in causa un proprio diritto relativo all'oggetto o dipendente dal titolo dedotto nel processo stesso. Diverse sono le situazioni nelle quali si può realizzare una tale forma di intervento ed esse trovano più in generale la propria radice nella connessione, anche alla base del litisconsorzio facoltativo ai sensi dell'art. 103 c.p.c. (cfr. F.P. LUISO, *Diritto processuale civile, cit.*, I, 300). Possiamo tra gli altri richiamare l'es. del socio che interviene in un procedimento di impugnazione di una delibera assembleare instaurato da un altro socio (v. E.T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile, Principi*, 6a ed., cit., 104 – 105).

stessa⁵⁹. Di conseguenza si ritiene, in una tale prospettiva, che il terzo non possa domandare la pronuncia di provvedimenti autonomi, *i.e.* diversi da quelli richiesti dalla parte adiuvata⁶⁰.

Si ha intervento coatto, invece, quando il terzo è chiamato in causa da una delle parti o a seguito di un ordine del giudice: sotto un profilo generale, fatte salve fattispecie di carattere peculiare come la chiamata in garanzia⁶¹, tale intervento mira ad evitare che il giudicato non possa essere opposto al terzo, anche nelle ipotesi in cui la difesa della parte convenuta si sia fondata sulla sussistenza dell'obbligo, in realtà, in capo al terzo⁶².

Tra le descritte forme di intervento, nel processo comunitario è ammesso soltanto l'intervento volontario adesivo dipendente, in quanto, a norma dell'art. 40, § quarto, dello Statuto della Corte di Giustizia, le conclusioni dell'istanza di intervento possono avere come oggetto soltanto l'adesione alle conclusioni di una delle parti⁶³. Ciò dovrebbe implicare, secondo l'opinione dominante, che il terzo

⁵⁹ L'interesse giuridico che sostiene l'intervento adesivo dipendente è quindi il seguente: il terzo sarebbe pregiudicato dalla pronuncia resa tra le parti originarie nell'ipotesi di soccombenza della parte adiuvata, in quanto la sua situazione giuridica dipende sotto il profilo sostanziale da quella della stessa, di talché se cade il diritto della parte in causa, cade anche la posizione giuridica vantata dall'interveniente. Numerosi sono i casi nei quali si ravvisa una tale dipendenza della situazione soggettiva del terzo sotto il profilo sostanziale: pensiamo al sub-conduttore, a colui che acquista un bene sequestrato nei confronti del creditore sequestrante e, più in generale, agli acquisti a titolo derivativo, fattispecie nella quali l'acquisto dell'avente causa dipende dalla validità del titolo in forza del quale ha acquistato il dante causa (cfr., tra gli altri, E.T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile, Principi*, 6a ed., cit., 105; F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, cit., I, 299-300; R. VACCARELLA, *Lezioni sul processo civile di cognizione*, Bologna, 2006, 168).

⁶⁰ V., tra i molti, A. FETTWEIS, *Eléments de la compétence et de la procédure civile*, II, cit., 593 ; E. GLASSON – A. TISSIER, *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure*, I, Paris, 1925, 3a ed., 247 ; E.T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile, Principi*, 6a ed., cit., 106. Più in particolare, F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, I, 3a ed., cit., 304, ritiene che il terzo intervenuto abbia in questi casi essenzialmente poteri di allegazione e poteri istruttori, i quali possono sostanzialmente, ad es., nell'addurre una prova a sostegno delle ragioni della parte adiuvata.

⁶¹ In arg. P. CALAMANDREI, *La chiamata in garanzia*, Milano, 1913; S. LA CHINA, *La chiamata in garanzia*, Milano, 1962; G. COSTANTINO, *Garanzia (chiamata in)*, in Dig. Civ., Torino, 1992, VIII, 596 ss; B. GAMBINERI, *Garanzia e processo*, I e II, Milano, 2002.

⁶² Così, molto chiaramente, F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, cit., I, 305.

⁶³ Si è autorevolmente sottolineato che l'interveniente adesivo dipendente si limita ad appoggiare una domanda proposta dalla parte adiuvata e l'appoggio si concreta, per l'appunto, nella proposizione di una domanda che va nel senso che siano accolte le conclusioni della parte adiuvata (E.T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile, Principi*, 6a ed., cit., 105). Cfr., tra gli

possa far valere mediante il proprio intervento qualsivoglia argomentazione ed eccezione nuova ed anche supportare il proprio ricorso facendo valere motivi diversi dalla parte adiuvata ma non anche chiedere provvedimenti autonomi rispetto a quelli oggetto del ricorso principale⁶⁴, provvedimenti autonomi tra i quali rientrano senz'altro quelli cautelari⁶⁵.

Ne deriva che, stante l'impostazione seguita dai fautori della concezione classica dei poteri dell'interveniente adesivo dipendente, contrariamente a quanto sostenuto dalla dottrina dominante che si è specificamente occupata del sistema giurisdizionale comunitario, il terzo intervenuto non potrebbe autonomamente proporre una domanda cautelare ex art. 243 del Trattato CE nel processo comunitario.

Crediamo, peraltro, che una tale conclusione non sia opportuna e che debba, piuttosto, essere suffragata la distinta posizione in virtù della quale è ammissibile che un ricorso cautelare sia proposto anche da un terzo intervenuto nel giudizio principale. Per venire a questa conclusione implica, tuttavia, una rivisitazione a monte della concezione dei poteri dell'interveniente adesivo dipendente nell'ambito del processo rispetto a quelli che sono i poteri delle parti originarie. Infatti, se sotto il profilo teorico si assume che alla dipendenza

altri, M. BERRI, *L'intervento nel processo davanti alla Corte di Giustizia delle Comunità Europee*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1964, 682 ss, spec. 685; I. TELCHINI, *L'intervento nel processo davanti alla Corte di Giustizia delle Comunità europee*, in *Riv. dir. eur.*, 1962, 389, G. VANDERSANDEN, *Le recours en intervention devant la Cour de justice de Communautés européennes*, in *Riv. trim. dr. eur.*, 1969, 1 ss, spec. 18 ss (il quale cerca di dimostrare, in un tentativo successivamente smentito dalla costante giurisprudenza, che nel processo comunitario è altresì ammesso l'intervento coatto; nonché, più di recente, P. BIAVATI, *Diritto processuale dell'Unione Europea*, 3a ed., cit., 219. In giurisprudenza è stata confermata una tale impostazione con l'esclusione dell'intervento adesivo autonomo (v. TPI, ord. 7 marzo 1997, *Dorsch Consult c. Consiglio e Commissione*, T-184/95, in *Racc.*, 1997, II-351 ss). Occorre peraltro tener presente che il Trattato CECA prevedeva la possibilità anche di un intervento volontario autonomo, posto che a norma dell'art. 41 dello stesso il terzo poteva spiegare intervento anche al fine di chiedere il rigetto delle conclusioni di una delle parti in causa (in arg. cfr. F. BERROD, *La systématique des voies de droit communautaires*, cit., 218, nt. 811).

⁶⁴ Così G. VANDERSANDEN, *Le recours en intervention devant la Cour de justice de Communautés européennes*, cit., 21.

⁶⁵ Espressamente in tal senso v. L. WEITZEL, *Demander le sursis à l'exécution ou d'autres mesures provisoires*, cit., 139.

sostanziale della situazione giuridica dedotta dall'interveniente rispetto a quella fatta valere dalla parte adiuvata corrispondano poteri altrettanto dipendenti nel corso del processo, si deve ritenere che l'interveniente non può in questi casi domandare provvedimenti diversi da quelli già richiesti dalla parte adiuvata e, di conseguenza, quanto alla problematica qui direttamente in esame, che lo stesso non possa proporre istanze di natura cautelare.

Crediamo, tuttavia, sulla scorta di quanto autorevolmente sottolineato in dottrina⁶⁶, che la funzione svolta dall'intervento adesivo dipendente, *i.e.* quella di sostenere le ragioni di una delle parti soprattutto in una prospettiva di controllo della difesa di quest'ultima tesa ad evitarne una soccombenza in giudizio a cagione di un'inerte condotta processuale, debba indurre a ritenere, all'opposto, che alla dipendenza sostanziale della posizione giuridica dell'interveniente rispetto alla parte adiuvata corrisponda un'autonomia nell'esercizio dei poteri processuali⁶⁷, salva naturalmente l'impossibilità per l'interveniente di disporre del diritto in causa che appartiene esclusivamente alla parte sostenuta⁶⁸.

⁶⁶ Il riferimento è a R. VACCARELLA, *Lezioni sul processo civile di cognizione*, cit., spec. 173 ss; ma v. anche, tra i contributi della dottrina che si è occupata specificamente dell'argomento ed ha concluso nel medesimo senso dell'A. appena citato, A. CHIZZINI, *L'intervento adesivo*, II, 963 ss; G. FABBRINI, *Contributo alla dottrina dell'intervento adesivo*, cit., 256 ss. In senso contrario v. invece A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., 274 ss, nonché la giurisprudenza consolidata (v., tra le tante, Cass 1° settembre 2004 n. 17595; Cass 23 ottobre 2001 n. 13000, in *Giust. Civ.*, 2002, I, 2230; Cass 1° ottobre 1999 n. 10894; Cass 16 ottobre 1998 n. 10237).

⁶⁷ Il potere di intervenire nel processo è infatti attribuito al terzo, in queste situazioni, proprio al fine di verificare che il dante causa perda il proprio diritto, con le relative conseguenze negative per il terzo, esclusivamente qualora ciò sia giusto anche secondo il diritto sostanziale e non anche qualora dipenda da un cattivo esercizio dei poteri processuali da parte del titolare del diritto (v. R. VACCARELLA, *Lezioni sul processo civile di cognizione*, cit., 173). Del resto una siffatta impostazione non sembra contraddetta da quella parte della dottrina che definisce l'intervento adesivo dipendente alla stregua di un'azione surrogatoria applicata al processo (cfr. F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, I, 3a ed., cit., 300). Non si può a riguardo trascurare che nel senso di un'opportuna accentuazione dei poteri processuali dell'interveniente adesivo dipendente milita oggi, limitatamente alle controversie in materia societaria, l'espresso disposto dell'art. 15, comma secondo, d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, in virtù del quale è consentito allo stesso impugnare autonomamente la sentenza. Sul punto v., in senso favorevole, le considerazioni di M.A. ZUMPANO, *Gli interventi volontari*, in E. D'ALESSANDRO – M.C. GIORGETTI – F. SANTAGADA – M.A. ZUMPANO, *Il nuovo processo societario*, cit., spec. 119 ss (*contra* A.

2.1.2. L'oggetto del ricorso cautelare

L'art. 242 del Trattato CE stabilisce che può essere domandata al giudice comunitario la sospensione in via cautelare dell'esecuzione dell'atto impugnato: ne deriva, sotto il profilo oggettivo, la necessità, nell'ipotesi in cui sia richiesta la sospensione dell'esecuzione di un atto delle istituzioni comunitarie, che il medesimo coincida con l'atto oggetto del ricorso principale⁶⁹.

La Corte di Giustizia ha tuttavia ben presto attenuato il rigore di quest'ultima regola, sottolineando che costituirebbe un formalismo eccessivo obbligare le parti a moltiplicare gli atti della procedura allorché risulti che, nella fattispecie concreta, gli oggetti, rispettivamente, del ricorso principale e di quello cautelare sono comunque avvinti da un nesso di causalità tale che il secondo appare una conseguenza inevitabile del primo⁷⁰. Di conseguenza è possibile che sia domandata in sede cautelare la sospensione dell'esecuzione di un atto diverso da quello impugnato con il ricorso principale ma a quest'ultimo avvinto da un nesso di presupposizione. Tuttavia parte della dottrina ritiene che in questo caso, posto che il nesso di strumentalità impone una coincidenza assoluta tra l'atto impugnato con il ricorso principale e l'atto del quale è domandata la sospensione

PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo societario (note a prima lettura)*, in *Foro it.*, 2003, V, 11).

⁶⁸ Così, per tutti, G. FABBRINI, *Contributo alla dottrina dell'intervento adesivo*, cit., 287.

⁶⁹ Cfr. M. WAELBROECK – J.V. LOUIS – G. VANDERSANDEN, *Le droit de la Communauté économique européenne*, cit., 366. E' stato quindi dichiarato irricevibile un ricorso cautelare avente ad oggetto la sospensione dell'esecuzione di una decisione di carattere generale sulla base della quale era stata effettuata una nomina poiché quest'ultima decisione non era stata anche oggetto del ricorso principale in annullamento (CGCE, ord. 13 dicembre 1984, *Scharf c. Commissione*, C-292/84, in *Racc.*, 1984, 4349, §§ 5-6).

⁷⁰ Così già CGCE, ord., 8 apr. 1965, da C-18 a C-35/65, *Gutmann c. Commissione CECA*, in *Racc.*, 1966, 195.

dell'esecuzione, la misura cautelare richiesta sarebbe riconducibile, piuttosto, agli altri provvedimenti provvisori di cui all'art 243 del Trattato CE⁷¹.

Per le ipotesi in cui siano richieste misure cautelari diverse rispetto alla sospensione dell'efficacia esecutiva dell'atto impugnato, l'art. 83, § primo, del Regolamento di procedura dinanzi alla Corte di Giustizia, si limita invece a prevedere la necessità di una connessione tra l'oggetto dei provvedimenti provvisori richiesti e quello del ricorso principale pendente dinanzi alla Corte.

Non è però indicata in modo preciso la natura di una tale connessione, che non è stata invero chiarita neppure in sede pretoria⁷². A riguardo parte della dottrina ha, peraltro, esattamente sottolineato che una domanda cautelare che non si colloca nell'ambito della decisione finale sul ricorso principale non rientra nella competenza del giudice della cautela e deve, pertanto, essere dichiarata irricevibile⁷³. Alcuni esempi concreti possono trarsi dalla giurisprudenza in tema di contenzioso della funzione pubblica: è stato ritenuto irricevibile il ricorso cautelare proposto da un agente, accessorio ad una domanda di annullamento del rifiuto dell'istituzione interessata di reintegrare lo stesso in servizio, volto a vietare all'Amministrazione convenuta di assumere ogni altro funzionario per il posto contestato, in quanto, anche nell'ipotesi di reintegra, il ricorrente non avrebbe avuto titolo ad un posto determinato, con la conseguenza che una

⁷¹ Così R. JOLIET, *Protection juridictionnelle provisoire et droit communautaire*, cit., 254, nonché B. PASTOR – E. VAN GINDERHACTER, *La procédure en référé*, cit., 566; C. GRAY, *Interim Measures of Protection in the European Court*, cit., 86. Qualunque sia la posizione assunta su siffatte questioni, l'orientamento della giurisprudenza non può tuttavia spingersi fino a ritenere possibile la sospensione in sede cautelare dell'esecuzione di un atto emanato da un'istituzione diversa da quella convenuta con il ricorso principale (L. WEITZEL, *Demander le sursis à l'exécution ou d'autres mesures provisoires*, cit., 142 ; cfr., in giurisprudenza, CGCE, ord. 25 giugno 1987, *Nashua c. Commissione*, C-133/87, in *Racc.*, 1987, 2883, § 7).

⁷² V., comunque sia, tra le altre: CGCE, ord. 3 novembre 1980, *Suss c. Commissione*, C-186/80, in *Racc.*, 1980, 3501, §§ 15-16; CGCE, ord. 28 marzo 1974, *Küster c. Parlamento*, C-23/74, in *Racc.*, 1974, 331; TPI, ord. 11 marzo 1991, *Bodson c. Parlamento*, T-10/91, in *Racc.*, 1991, II-133.

⁷³ J. BOULOUIS – M. DARMON – J.G. HUGO, *Contentieux communautaire*, 2a ed., cit., 136 ; cfr., in giurisprudenza, TPI, ord. 16 marzo 1998, *Golstein c. Commissione*, T-235/95, in *Racc.*, 1998, II-523 ss.

procedura concorsuale volta alla copertura del posto in causa non sarebbe connessa alla decisione impugnata in sede principale⁷⁴.

Occorre adesso porsi in una prospettiva per certi versi speculare. Infatti l'irricevibilità del ricorso cautelare, proprio per la natura accessoria dello stesso, potrebbe anche dipendere dalla circostanza che, sebbene sia stata domandata correttamente, ai sensi dell'art. 242 del Trattato CE, la sospensione dell'esecuzione dell'atto impugnato in sede di merito, peraltro questo stesso atto non poteva essere oggetto del ricorso principale di annullamento⁷⁵.

In proposito occorre evidenziare che un ricorso volto all'annullamento degli atti emanati dalle istituzioni comunitarie può essere irricevibile, in primo luogo, in quanto l'atto impugnato è diverso da quelli elencati dal primo comma dell'art. 230 del Trattato CE⁷⁶, ovvero quelli adottati congiuntamente dal Parlamento europeo e dal Consiglio, quelli del Consiglio, della Commissione e della BCE che non siano raccomandazioni o pareri⁷⁷, nonché gli atti del Parlamento europeo destinati a produrre effetti giuridici nei confronti dei terzi. Posto che l'esplicito riferimento normativo all'impossibilità di domandare

⁷⁴ CGCE, ord. 28 marzo 1974, *Küster c. Parlamento* C-23/74, in *Racc.*, 1974, 331; CGCE, ord. 16 luglio 1963, *Leroy c. Commissione*, C-35/62, in *Racc.*, 1963, 399.

⁷⁵ Ovvero nelle ipotesi in cui l'atto oggetto della domanda di sospensione ex art. 242 del Trattato CE venga revocato prima che il giudice della cautela possa decidere del ricorso proposto dinanzi a sé: in questo caso, lo stesso non deve statuire sulla domanda cautelare, ormai priva di oggetto (TPI, ord. 7 gennaio 1994, *Hecq c. Commissione*, T-564/93, in *Racc.*, 1993, II-1, §§ 26 – 27).

⁷⁶ Naturalmente si deve trattare di un atto già emanato, in quanto, secondo la giurisprudenza comunitaria, il semplice annuncio, da parte di un'istituzione, dell'intenzione di adottare un atto non è idoneo a giustificare, di per sé, la ricevibilità del ricorso cautelare. In tal senso v., con riferimento ad una mera dichiarazione di intenti della Commissione nel settore dei trasporti marittimi, TPI, ord., 22 nov. 1995, *Atlantic Container e. a. c./Commissione*, T-395/94, in *Racc.*, 1995, p.II-2893; in dottrina cfr. J.L. DA CRUZ VILAÇA, *La procédure en référé comme instrument de la protection juridictionnelle des particuliers en droit communautaire*, cit., 267 – 269. Occorre inoltre evidenziare che nelle fattispecie che ci si accinge ad esaminare l'atto emanato dalle istituzioni comunitarie non è impugnabile *in limine* in sede principale; diversa è la situazione che si pone laddove il provvedimento sia impugnabile con il ricorso proposto in sede principale ma l'istanza di sospensione dell'efficacia esecutiva dello stesso eventualmente proposta dovrebbe essere dichiarata inammissibile: la questione è particolarmente discussa, come si dirà più dettagliatamente, con riguardo agli atti c.d. negativi (v. Cap. V, § 2.1.).

⁷⁷ Le raccomandazioni ed i pareri, infatti, adottati nell'ambito di una procedura semplificata direttamente dall'istituzione interessata senza una previa proposta della Commissione sono atti di carattere non vincolate indirizzati agli Stati membri e, talvolta, alle istituzioni comunitarie (cfr. M. NUZZO, *Introduzione alle scienze giuridiche. Norme – Soggetti – Attività*, Torino, 2005, 48 ss).

l'annullamento in sede giurisdizionale degli atti aventi la veste formale di raccomandazioni o pareri e, quindi, di quelli privi di portata vincolante, stando alle definizioni di cui all'art. 189 dello stesso Trattato CE, è utile verificare come la giurisprudenza abbia in concreto interpretato una tale disposizione nelle fattispecie nelle quali gli atti delle istituzioni comunitarie, al di là della veste formale di raccomandazione o parere, producevano nondimeno effetti vincolanti per i destinatari. In proposito si è costantemente affermato che possono essere oggetto di ricorso ex art. 230 del Trattato CE, a prescindere dagli atti espressamente indicati da una tale disposizione, tutti gli atti e le decisioni che producono effetti giuridici di carattere obbligatorio idonei a pregiudicare gli interessi della parte ricorrente, modificandone significativamente la situazione giuridica⁷⁸. E' stato così sancito il principio di prevalenza della sostanza dell'atto rispetto alla forma del medesimo⁷⁹, volto ad evitare che, attribuendo ad un atto una veste formale piuttosto che un'altra, le istituzioni comunitarie possano sottrarre alcuni al controllo di legalità⁸⁰.

⁷⁸ Cfr., tra le altre, CGCE, ord. 28 gennaio 2004, *Regno dei Paesi Bassi c. Commissione*, C-164/02, in *Racc.*, 2004, I-1179, §§ 18 – 20; CGCE 28 giu. 1993, *Donatab S.r.l. e a. c. Commissione*, C-64/93, in *Racc.*, 1993, 3595; CGCE 8 mar. 1991, *Emeral Meats c. Commissione*, C-66/91, in *Racc.*, 1991, 1143; CGCE 11 nov. 1981, *IBM c. Commissione*, C-60/81, in *Racc.*, 1981, 2639, § 9; CGCE 1° feb. 1979, *Deshormes c. Commissione*, C-17/78, in *Racc.*, 1979, 1989, § 10; CGCE 10 dic. 1969, *Grasselli c. Commissione*, C-32/68, in *Racc.*, 1969, 505, §§ 4 – 7; TPI, ord. 31 lug. 2002, *Giorgio Lebedef c. Commissione*, T-191/02, in *Racc.*, 2002, p. IA – 139 e p. II – 741, § 59; TPI 16 apr. 1997, *Connaughton e altri c. Consiglio*, T-541/93, in *Racc.*, 1993, p. II – 549, § 30; TPI, ord. 6 giu. 1996, *Baiwir c. Commissione*, T-391/94, in *Racc.*, 1996, p. I-A-269, § 34; TPI, ord. 11 dic. 1998, *Scottisch Soft Fruit Growers c. Commissione*, T-22/98, in *Racc.*, 1998, p. II – 4219, § 34.

⁷⁹ Emblematica di un tale orientamento è la pronuncia CGCE 10 dic. 1957, *Sté des usines à tubes de la Sarre c. Haute Autorità CECA*, C-1/57 e C-14/57, in *Racc.*, 1957, III, 201, la quale ha sancito che la Corte per pronunciarsi in ordine alla ricevibilità di un ricorso non considera la denominazione formale dell'atto impugnato bensì la natura dello stesso sotto il profilo sostanziale; in argomento, in dottrina, cfr. G. TESAURO, *Il controllo diretto della legalità degli atti comunitari*, in *Il ricorso di annullamento nel trattato istitutivo della Comunità europea* a cura di B. NASCIMBENE e L. DANIELE, Milano, 1998, 8; J. RIDEAU – F. PICOD, *Code de procédures communautaires*, cit., 264.

⁸⁰ Evidenzia P. BIAVATI, *Diritto processuale dell'Unione Europea*, 3a ed., cit., 62, che in definitiva l'impugnabilità di un atto di diritto comunitario derivato è riconducibile alla sua efficacia vincolante. Non si può comunque trascurare che il principio della prevalenza della sostanza sulla forma affermato in tema di impugnabilità degli atti delle istituzioni può determinare anche effetti negativi a danno delle istituzioni stesse nelle fattispecie nelle quali non è chiaro se

Questione collegata a quella appena esaminata è quella concernente l'immediata impugnabilità degli atti di carattere preparatorio. Di solito, infatti, anche nel sistema comunitario i provvedimenti delle istituzioni sono emanati al termine di un procedimento che può articolarsi in diverse fasi al culmine di ciascuna delle quali possono essere emanati anche alcuni atti c.d. endoprocedimentali. Sul punto la Corte di Giustizia ha affermato che l'atto denunciato deve costituire la manifestazione definitiva della volontà dell'istituzione⁸¹ e, conseguentemente, che sono irricevibili i ricorsi proposti avverso atti interni meramente preparatori di una decisione, a meno che tali atti non producano essi stessi effetti giuridici e rappresentino l'esito di una procedura speciale, autonoma da quella principale⁸². Atti non definitivi sono, ad es., la comunicazione della Commissione imprese che determina l'apertura di un'inchiesta nei loro confronti in materia di concorrenza⁸³ o l'inizio di un

l'atto è o meno vincolante e dei privati che potrebbero omettere di impugnare tempestivamente questi stessi atti (M.P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2004, 510). In giurisprudenza si segnalano, tra le ordinanze rese sul punto in materia cautelare, quelle che hanno evidenziato che il giudice della cautela può rigettare le eccezioni relative all'irricevibilità manifesta del ricorso principale in ragione della valenza non obbligatoria dell'atto impugnato, qualora lo stesso ritenga, sulla base di una serie di elementi concordanti, che l'atto abbia le caratteristiche di una decisione produttiva di effetti giuridici (TPI, ord. 1° dicembre 1994, *Postbank c. Commissione*, T-353/94, in *Racc.*, 1994, II-1141, §§ 25 -26; TPI, ord. 13 maggio 1993, *CMBT c. Commissione*, T-24/93, in *Racc.*, 1993, II-543).

⁸¹ Così già CGCE 5 dic. 1963, *Henricot c. Haute Autorità CECA*, C-23/63, 24/63 e 52/63, in *Racc.*, 1963, 441.

⁸² V. in tal senso, tra le altre, CGCE 27 set. 1988, *Royaume-Uni c. Commissione*, C-114/86, in *Racc.*, 1988, 5289; CGCE 11 nov. 1981, *IBM c. Commissione*, C-60/81, in *Racc.*, 1981, 2639; CGCE 15 mar. 1967, *Cimenteries c. Commissione*, C-8/66 e C-11/66, in *Racc.*, 1966, 93; CGCE 7 lug. 1959, *Phoenix-Rheinrohr c. Haute Autorité CECA*, C-20/58, in *Racc.*, 1959, 165. Talvolta la giurisprudenza, riconducendosi all'esigenza che i singoli abbiano accesso al giudice ai fini di un'effettiva tutela delle proprie situazioni giuridiche soggettive, ha consentito l'impugnabilità anche di atti che non costituivano la conclusione di un procedimento di natura complessa. Così, ad es. con la pronuncia *Akzo*, si è affermato che, nell'ipotesi in cui, nell'ambito di una procedura di infrazione, la Commissione assuma la decisione di comunicare alcuni documenti a terzi ritenendo che gli stessi non siano confidenziali ciò potrebbe pregiudicare significativamente l'impresa oggetto della procedura violando la regola del segreto negli affari: un tale atto non può quindi essere considerato di natura preparatoria in quanto è idoneo a modificare definitivamente la situazione giuridica dell'impresa terza. In argomento cfr. in dottrina, tra gli altri, A. ARNULL, *Private applicants and the action for annulment under article 173 of the EC Treaty*, in *Common Market Law Review*, 1995, 7 ss, spec. 18; F. BERROD, *La systématique des voies de droit communautaires*, cit., 593 ss.

⁸³ Così, per l'irricevibilità del ricorso già in sede cautelare, in quanto era stato impugnato con il ricorso principale soltanto la comunicazione della Commissione di apertura della procedura, v.

procedimento antidumping⁸⁴, la lettera con la quale la stessa Commissione informa il denunciante della compatibilità di un aiuto di Stato con il mercato comune⁸⁵ o il parere motivato della Commissione nel quadro di una procedura di infrazione⁸⁶. Occorre tener presente, per quel che maggiormente interessa in questa sede, che i principi appena richiamati sono stati espressamente ribaditi dalla giurisprudenza anche nell'ambito di alcune *procédures en référé*⁸⁷.

2. 1. 3. I termini per la proposizione del ricorso cautelare

Il ricorso cautelare deve essere proposto, a pena di irricevibilità, mediante un atto depositato nella cancelleria del giudice competente successivamente all'introduzione del giudizio di merito⁸⁸.

Ciò si può desumere direttamente dagli artt. 242 e 243 del Trattato CE.

Difatti, per sua parte, l'art. 242 del Trattato istitutivo, dopo aver precisato che i

TPI, ord. 22 novembre 1995, *Atlantic Container Line e a. c. Commissione*, T-395/94, in *Racc.*, 1995, II-2893, §§ 37 ss.

⁸⁴ In tal senso TPI, ord. 26 agosto 1996, *Söktas c. Commissione*, T-75/96, in *Racc.*, 1996, II-859, §§ 28 – 31.

⁸⁵ Cfr. G. TESAURO, *Diritto comunitario*, 3a ed., Padova, 2005, 219 – 220.

⁸⁶ Così M.P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, cit., 511.

⁸⁷ Si segnala tra le altre una decisione del Tribunale di primo grado il quale considerando la fattispecie di un atto endoprocedimentale, ha ritenuto che sono suscettibili di ricorso ex art. 230 del Trattato Ce soltanto le misure che fissano definitivamente la posizione dell'istituzione rispetto alle procedure, con esclusione delle misure meramente preparatorie del provvedimento finale ed ha di conseguenza dichiarato inammissibile il ricorso cautelare proposto (v. TPI, ord. 5 set. 2001, *Asahi Vet SA c./Commissione*, T-55/01, in *Racc.*, 2001, p. II – 1933 ; cf. inoltre TPI, ord. 5 set. 2001, cit., §§ 61 – 62). Proprio una tale eccezione è stata poi sollevata dalla Commissione dinanzi alla Corte di Giustizia nella fase cautelare dell'*affaire Regno Unito c./Commissione*. Nella fattispecie il ricorrente aveva chiesto che, nelle more dell'adozione della decisione di merito fosse sospesa l'efficacia esecutiva di due circolari emanate dalla resistente in materia di politica sociale che invitavano gli Stati membri a presentare domande, in vista del finanziamento, da parte della Commissione di azioni a favore delle persone anziane e di lotta contro la povertà e l'esclusione sociale. La Commissione aveva eccepito in via preliminare l'irricevibilità del ricorso, deducendo che lo stesso era stato proposto avverso atti meramente preparatori, adottati nell'ambito di una procedura amministrativa ed inidonei ad essere oggetto di un ricorso di annullamento ex art. 230 del Trattato CE. Secondo la diversa prospettazione dello Stato ricorrente, tuttavia le circolari in questione erano immediatamente impugnabili perché, contenendo inviti ad offrire rinviti a soggetti determinati, delimitavano il campo di applicazione soggettivo della selezione, producendo quindi conseguenze giuridiche (CGCE, ord. 24 settembre 1996, cause riunite nn. 239 e 240 del 1996, in *Racc.*, 1996, I – 4475).

⁸⁸ Un tale principio è stato ribadito costantemente in giurisprudenza sin da CGCE, ord. 30 gennaio 1959, *Niederrheinische Hütte c. Haute Autorité*, C-2/59, in *Racc.*, 1960, 345; CGCE, ord. 11 aprile 1960, *Barbara Erzergebau e. a. c. Alta Autorità*, C-3 a 18/58, C-25 e 26/58, in *Racc.*, 1960, 459 ss, spec. 466.

ricorsi proposti davanti alla Corte di Giustizia non hanno effetto sospensivo⁸⁹, attribuisce alla stessa Corte il potere di ordinare, qualora ne ricorrano i presupposti, la sospensione dell'esecuzione dell'atto impugnato. Ne deriva che una tale sospensione può essere richiesta solo successivamente all'impugnazione dell'atto con il ricorso principale. A propria volta l'art. 243 dello stesso Trattato CE, nell'attribuire alla Corte il potere di pronunciare, più in generale, i provvedimenti provvisori necessari, sottolinea che ciò può avvenire esclusivamente nell'ambito degli affari o, *rectius*, dei ricorsi proposti dinanzi alla stessa⁹⁰. Il quadro è completato, poi, dalle disposizioni concernenti la tutela cautelare contenute nei regolamenti di procedura e della Corte di Giustizia e del Tribunale di primo grado. Infatti l'art. 83, § primo, del regolamento di procedura dinanzi alla Corte e l'art. 104, § primo, del regolamento di procedura del Tribunale, stabiliscono espressamente, per i provvedimenti disciplinati dall'art. 242 del Trattato CE, che la domanda per la sospensione dell'esecuzione di un atto di un'istituzione è ricevibile solo se il richiedente ha impugnato tale atto con ricorso dinanzi ad uno degli organi giurisdizionali comunitari e, quanto ai provvedimenti provvisori di cui all'art. 243 del Trattato CE, che la domanda

⁸⁹ Questa regola, che costituisce una delle prerogative dei pubblici poteri nel processo amministrativo almeno nei sistemi continentali modellati su quello francese, è ritenuta per un verso necessaria ad evitare che gli individui possano paralizzare l'attività della P.A. introducendo dinanzi al giudice amministrativo ricorsi del tutto destituiti di fondamento e, per un altro, pericolosa, in quanto l'esecuzione della decisione potrebbe determinare conseguenze ormai irreparabili al momento dell'emanazione della decisione au fond (così J. RIVERO – J. WALINE, *Droit administratif*, Paris, 2000, 217). Una tale regola, d'altra parte, si fonda soprattutto su di una presunzione di validità dell'atto impugnato (in tal senso v., *ex ceteris*, CGCE, 14 dicembre 2000, *Masterfoods Ltd c. HB Ice Cream Ltd*, C-344/96, in *Racc.*, 1996, 11369; CGCE, 8 luglio 1999, *Montecatini c. Commissione*, C-235/92, in *Racc.*, 1999, 4539; CGCE, 11 dicembre 1996, *Atlanta e altri c. Consiglio e Commissione*, in *Racc.*, 1996, II-1707, § 39; TPI, 11 giugno 1999, *ARAP c. Commissione*, T-82/96, in *Racc.*, 1999, II-1889, § 67). In argomento v., più diffusamente, Cap. V, § 2.

⁹⁰ Naturalmente qualora sia il Tribunale ad essere competente a conoscere in primo grado dei ricorsi, il Presidente dello stesso avrà il potere di pronunciarsi anche sulle domande cautelari sempre ai sensi degli artt. 242 e 243 del Trattato CE.

relativa agli stessi è ricevibile solo se è proposta da chi è parte in una causa per la quale sono stati aditi la Corte o il Tribunale e si riferisce alla medesima causa⁹¹.

⁹¹ Problematica peculiare è quella che si pone nel contenzioso della funzione pubblica in quanto l'art. 91, § secondo, dello Statuto dei funzionari prevede quale condizione di ammissibilità del ricorso principale il previo esperimento di una procedura amministrativa volta a favorire una conciliazione delle parti (cfr. J. BOULOUIS – M. DARMON – J.G. HUGLO, *Contentieux communautaire*, 2a ed., cit., 196): ne deriva che un'applicazione rigorosa della regola dell'irricevibilità del ricorso cautelare proposto *ante causam* anche in simili fattispecie potrebbe pregiudicare seriamente il ricorrente il quale, durante tutto il tempo necessario all'espletamento della procedura amministrativa, si vedrebbe privato della possibilità di ottenere una tutela cautelare. E' quindi apprezzabile quella giurisprudenza che, sulla scorta del disposto dell'art. 91, § quarto, dello stesso Statuto secondo il quale è ammesso che in casi eccezionali provvedimenti provvisori siano pronunciati senza dover attendere che l'autorità amministrativa adita in sede di reclamo si sia pronunciata purché sia stato al contempo depositato a tale limitato fine il ricorso principale, ha affermato che il funzionario può proporre il ricorso senza aver completato il procedimento contenzioso amministrativo qualora allegghi ad un tale atto un'istanza cautelare: su quest'ultima il giudice potrà statuire immediatamente, mentre il ricorso principale rimarrà sospeso sino all'espletamento della procedura amministrativa costituente condizione di procedibilità dello stesso (cfr. CGCE, ord. 12 marzo 1975, *Küster c. Parlamento*, cit., 353; CGCE, ord. 30 novembre 1972, *Perinciolo c. Consiglio*, C-75/72, in *Racc.*, 1972, 1203). Più di recente, sempre in giurisprudenza, si è affermato che l'art. 91, § quarto, dello Statuto deve essere interpretato in modo da assicurare al funzionario interessato la protezione giurisdizionale provvisoria più estesa, di talché il ricorso cautelare può essere depositato in ogni momento nel termine di quattro mesi dal giorno dell'introduzione del reclamo dinanzi alla stessa autorità amministrativa (TPI, ord. 31 luglio 2002, *Lebedef c. Commissione*, T-191/02, in *Racc.*, 2002, II-741, § 57). Occorre infine segnalare un'interessante pronuncia nella quale il Tribunale di prima istanza ha ritenuto di poter esaminare la sussistenza dei presupposti di una domanda cautelare proposta da un funzionario della Comunità ed avente ad oggetto la richiesta del risarcimento dei danni riconnessi ad un atto che il ricorrente, probabilmente, non avrebbe potuto impugnare con il ricorso principale. Né, d'altra parte, era stata dal medesimo previamente esperita la relativa procedura amministrativa. Peraltro, secondo il Tribunale, una tale circostanza non avrebbe potuto comunque privare in alcun caso il ricorrente della possibilità di ottenere un provvedimento destinato ad evitare un pregiudizio futuro grave ed irreparabile, poiché, nel sistema processuale comunitario, la procedura cautelare ha proprio la finalità di consentire l'adozione immediata dei provvedimenti provvisori giustificati dall'urgenza e quindi a prescindere dall'esperimento della fase pre-contenziosa dinanzi all'Amministrazione competente (v. TPI, ord. 12 dicembre 1995, *Conolly c. Commissione*, T-203/95, in *Racc.*, II-2919, II-847, §§ 22 – 23). In argomento cfr., tra gli altri, LANEARTS – ARTS, *Proceedings for interim measures before the Court of Justice and the Court of first instance*, cit., 297-298; C. MORVIDUCCI, *Le misure cautelari nel processo comunitario*, cit., spec. 96 ss; B. PASTOR – E. GINDERHACTER, *La procédure en référé*, cit., 573; A. TIZZANO, *I provvedimenti urgenti nel processo comunitario*, cit., 402; L. WEITZEL, *Demander le sursis à exécution ou d'autres mesures provisoires*, cit., 149. Anche negli ordinamenti nazionali, del resto, il rispetto del principio di effettività della tutela giurisdizionale impone che, ogni qual volta siano previsti filtri rispetto alla possibilità di proporre azioni giudiziali, si tratti sia di ricorsi amministrativi di tipo gerarchico – tra i quali può essere annoverato quello disciplinato dall'art. 91 dello Statuto della Corte di Giustizia – sia di tentativi obbligatori di conciliazione che si atteggiano a condizioni di procedibilità della domanda giudiziale, venga prevista la possibilità di richiedere comunque al giudice la concessione dei provvedimenti cautelari necessari a prescindere dall'avvenuto, a seconda dei casi, completamento della fase di reclamo dinanzi all'Autorità amministrativa gerarchicamente sovraordinata o esperimento del tentativo obbligatorio di conciliazione. Così, nell'ordinamento processuale interno quando con l'emanazione del d.lgs. 80 del 1998, il tentativo di conciliazione nel rito del lavoro è stato trasformato da facoltativo in obbligatorio, è stato introdotto anche il nuovo art. 412 *bis*, ultimo comma, c.p.c., in virtù del quale il mancato espletamento del tentativo di conciliazione non preclude la concessione dei provvedimenti speciali d'urgenza e di quelli cautelari. In argomento v. tra tutti, con ampi riferimenti, B. SASSANI, *Ancora sul d.lgs. n. 80 del 1998*, in *Giust. Civ.*, 1998, I, 434 ss; R. TISCINI, *Il tentativo obbligatorio di conciliazione nelle controversie di lavoro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, 1089 ss, spec. 1097 ss.

Proprio questa regola esprime al massimo grado il carattere rigorosamente strumentale, anche sotto il profilo strutturale, della tutela cautelare nel processo comunitario: non è infatti prevista, in una prospettiva opposta rispetto alle attuali tendenze nei principali sistemi europei, la possibilità di una tutela cautelare *ante litem*⁹².

Se è, come appena evidenziato, previsto un termine iniziale rispetto alla proposizione del ricorso cautelare che non può precedere l'introduzione del giudizio principale, non è anche individuato dal legislatore un termine entro il quale un tale ricorso deve essere depositato: ne deriva che, in astratto, il ricorrente è libero di scegliere il momento più adatto per proporre l'istanza cautelare⁹³. Tuttavia, non è arduo rilevare che una proposizione del ricorso cautelare decorso un periodo relativamente lungo dall'inizio del procedimento di merito potrebbe essere ritenuta priva del requisito del *periculum in mora* da parte del giudice della cautela⁹⁴. Ragioni di economia processuale sembrano poi aver indotto la giurisprudenza a ritenere inammissibili, in alcune decisioni, le domande cautelari

⁹² Per maggiori considerazioni si rinvia al Cap. III: si può evidenziare sin d'ora, peraltro, che l'assenza di una tutela cautelare *ante causam* nel processo comunitario implica che all'interno dello stesso neppure si ponga la distinta problematica della stabilità del provvedimento cautelare emanato prima dell'instaurazione del giudizio di merito. Occorre notare, inoltre, che non discende direttamente da una tale regola di diritto positivo, bensì dalla natura strumentale della tutela cautelare e quindi appare una costante nei diversi sistemi giuridici il principio in virtù del quale la declaratoria di irricevibilità del ricorso principale pronunciata prima della decisione del ricorso cautelare determina automaticamente anche una pronuncia di irricevibilità di quest'ultimo (v. anche, in senso in parte diverso, L. WEITZEL, *Demandeur le sursis à exécution ou d'autres mesures provisoires*, cit., 149).

⁹³ Così, espressamente, in giurisprudenza, CGCE, ord. 22 giugno 1987, *Aldinger c. Parlamento*, C-23/87, in *Racc.*, 1987, 2841; CGCE, ord. 22 giugno 1987, *Virgili-Schettini c. Parlamento*, C-24/87, in *Racc.*, 1987, 2847.

⁹⁴ Cfr., in dottrina, C. IANNONE, *Commento all'art. 242*, cit., 1151; L. WEITZEL, *Demandeur le sursis à exécution ou d'autres mesures provisoires*, cit., 148; in giurisprudenza v. TPI, ord. 9 luglio 2003, *Ait c. Commissione*, T-288/02, in *Racc.*, 2003, II- 2885. In senso contrario v. C. MORVIDUCCI, *Le misure cautelari nel processo comunitario*, cit., 98 – 99. Nota inoltre P. BIAVATI, *Diritto processuale dell'Unione Europea*, 3a ed., cit., 299, che di per sé la domanda di sospensione dell'esecuzione di un atto delle istituzioni comunitarie proposta ai sensi dell'art. 242 del Trattato CE, ha la propria logica collocazione nella fase di avvio del processo. Occorre peraltro evidenziare che la negligenza o la passività del ricorrente nella proposizione della domanda cautelare non escludono di per sé la sussistenza del presupposto dell'urgenza in quanto il giudice deve decidere sul ricorso non considerando solamente il passato ma avendo riguardo alla situazione di futuro pregiudizio che proprio la concessione della misura cautelare mira ad evitare (v. J. NORMAND, *Jurisprudence française en matière de droit judiciaire privé*, in *RTD civ.*, 1980, 152-153).

proposte dopo la fase scritta e quella orale del procedimento di merito e quindi dopo che il collegio si era già riunito per deliberare sulla causa principale e mancavano, quindi, soltanto poche settimane per il deposito della decisione definitiva⁹⁵.

Nessun ostacolo sembra sussistere, invece, quanto alla possibilità di proporre per la prima volta nel giudizio di appello dinanzi alla Corte di Giustizia un'istanza cautelare che non era stata proposta nel corso del procedimento di primo grado⁹⁶.

2. 1. 3. 1. I termini di decadenza per la proposizione di alcune azioni principali

Caratteristica precipua dei provvedimenti amministrativi è l'inoppugnabilità, che ne evidenzia l'attitudine ad essere, anche nell'ipotesi in cui siano gravemente viziati, completamente efficaci come se fossero del tutto validi, qualora non siano impugnati nel termine di decadenza sancito dalla legge⁹⁷. E' noto che una tale regola è volta ad evitare che, in dispregio del principio della certezza del diritto e dei rapporti giuridici, un atto reso dai pubblici poteri possa essere impugnato anche molto tempo dopo la sua emanazione⁹⁸.

⁹⁵ Cfr. già CGCE, ord. 11 aprile 1960, *Erzbebau c. Alta Autorità*, cit., 452. E' utile ricordare, a tal proposito, che nel modello ordinario di processo dinanzi ai giudici comunitari è possibile distinguere tra una fase scritta ed una fase orale. La prima ha la funzione di addivenire ad un'esatta determinazione della materia del contendere ed ha inizio con il deposito del ricorso introduttivo, quindi notificato alla controparte che potrà, a propria volta, depositare un controricorso. Di solito a tali atti, sempre nella fase scritta, faranno seguito il deposito della replica e della controreplica. Al termine della fase scritta il giudice relatore riferisce con un'apposita relazione al collegio in ordine allo stato della controversia ed alla necessità di un'istruttoria. A seguito dell'espletamento della stessa o qualora un'istruttoria non sia ritenuta necessaria, si passerà alla fase orale che consiste nella discussione in pubblica udienza (v., *amplius*, P. BIAVATI, *Diritto processuale dell'Unione Europea*, 3a ed., cit., spec. 171 ss).

⁹⁶ Così L. WEITZEL, *Demandeur le sursis à exécution ou d'autres mesures provisoires*, cit., 148, nt. 66.

⁹⁷ Cfr. M.S. GIANNINI, *Giustizia amministrativa*, Roma, 1963, 17 – 20.

⁹⁸ Una tale regola non vale per i ricorsi che, sebbene in alcuni ordinamenti debbano essere portati dinanzi allo stesso giudice amministrativo, sono volti a far valere un diritto soggettivo (così J. RIVERO – J. WALINE, *Droit administratif*, cit., 215; in argomento cfr. anche D. DE PETRIS, *La*

Simili considerazioni possono essere estese anche al processo comunitario, posto che l'art. 230, comma quinto, del Trattato CE, stabilisce che i ricorsi in annullamento devono essere proposti nel termine di due mesi decorrenti, a seconda dei casi, dalla pubblicazione dell'atto, dalla sua notificazione al ricorrente o, in mancanza, dal giorno in cui lo stesso ne ha avuto conoscenza⁹⁹. L'irricevibilità del ricorso potrebbe quindi dipendere dal deposito dello stesso oltre un tale termine di decadenza¹⁰⁰.

La giurisprudenza ha fatto costantemente applicazione del principio dell'inoppugnabilità di una decisione comunitaria non tempestivamente oggetto di ricorso da parte di chi vi aveva interesse: è stata così negata la possibilità che la legittimità di un atto comunitario non impugnato nel termine da chi vi avesse interesse potesse essere contestata dinanzi ai giudici nazionali, nell'ambito di un ricorso proposto avverso i provvedimenti assunti dall'autorità nazionale in esecuzione dell'atto comunitario¹⁰¹.

tutela giurisdizionale amministrativa europea e i principi del processo, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2002, 698).

⁹⁹ Dalla formulazione della norma si è evinto che il criterio della decorrenza del termine dalla data nella quale il ricorrente ha avuto concreta conoscenza dell'atto ha carattere sussidiario rispetto a quello della pubblicazione o della notificazione dell'atto (CGCE, 10 mar. 1998, *Germania c. Consiglio*, C-122/95, in *Racc.*, 1998, 973, § 35; cfr. E. COULON – S. CRAS, *Contentieux de la légalité dans le domaine des aides d'État: les récentes évolutions dans l'application des articles 173 et 175 du Traité CE*, in *Cahiers dr. Eur.*, 1999, 69). Evidenzia inoltre D. DE PETRIS, *La tutela giurisdizionale amministrativa europea e i principi del processo*, *cit.*, 690 – 691, che anche dalla giurisprudenza comunitaria in materia di inoppugnabilità degli atti non impugnati nel termine di decadenza previsto dalla legge emerge una tendenza a garantire l'effettività del diritto comunitario piuttosto che la legalità dell'azione amministrativa europea. Il che sarebbe dimostrato dall'applicazione rigorosa della regola dell'inoppugnabilità quando si tratti di atti amministrativi comunitari non tempestivamente impugnati, contrapposta alla più ampia possibilità di far valere il contrasto con il diritto comunitario di atti amministrativi nazionali anche qualora non dedotta nel termine per la loro impugnazione.

¹⁰⁰ La Corte di Giustizia ha cercato di ampliare le possibilità dei singoli di impugnare gli atti emanati dalle istituzioni comunitarie, affermando che la decorrenza del relativo termine non deve riportarsi alla data che compare sulla Gazzetta Ufficiale, bensì a quella in cui il numero della Gazzetta viene reso effettivamente disponibile (cfr. CGCE, 25 gen. 1979, *Racke c. Hauptzollamt Mainz*, C-98/78, in *Racc.*, 1979, 69, §§ 14 – 17; v. anche G. TESAURO, *Il controllo diretto della legalità degli atti comunitari*, *cit.*, 8).

¹⁰¹ CGCE, 9 mar. 1994, *Textil Degendorf c. Bundesrepublik Deutschland*, C-188/92, in *Racc.*, 1994, 833.

La situazione, peraltro, è talvolta più complessa, in quanto il sistema dei termini di decadenza previsti per l'impugnazione di un atto funziona esclusivamente qualora non sia in concreto possibile eludere il rispetto degli stessi. Il problema maggiore è quello degli atti confermativi: il soggetto interessato potrebbe difatti ottenere facilmente, in teoria, la riapertura dei termini per impugnare, presentando alla P.A. una nuova istanza identica a quella in precedenza già respinta dall'Amministrazione e di qui ricorrere tempestivamente avverso il secondo atto di diniego¹⁰². Si è quindi affermato che non determina la riapertura dei termini l'atto meramente confermativo, *i.e.* l'atto con il quale la P.A., senza compiere alcuna nuova valutazione, si limita a riconfermare, ribaltandone il contenuto un precedente provvedimento¹⁰³. Analogamente, secondo la giurisprudenza comunitaria, un ricorso proposto avverso un atto meramente confermativo di un atto anteriore è irricevibile perché privo di oggetto¹⁰⁴.

E' necessario comunque sia distinguere – e di qui la complessità della questione – una tale situazione da quella che si realizza quando la P.A., adita nuovamente dal privato con la richiesta di riesaminare l'istanza già oggetto del precedente provvedimento negativo, respinga la richiesta a seguito di un effettivo esame dei nuovi elementi in ipotesi adottati, sia di una riconsiderazione di quelli già noti¹⁰⁵. Sono state peraltro individuate dalla giurisprudenza comunitaria anche

¹⁰² P. VIRGA, *Diritto amministrativo, II, Atti e ricorsi*, 6a ed., Milano, 2001, 290.

¹⁰³ Così L. MAZZAROLLI, *Conferma dell'atto amministrativo*, in Enc. giur. Treccani, VIII, Roma, 1988, 1 ss.

¹⁰⁴ Cfr., tra le tante, CGCE, 25 mag. 1993, *Foyer culturel du Sart-Tilman c. Commissione*, C-199/91, in *Racc.*, 1991, 2667; CGCE, ord. 21 novembre 1990, *Infortec c. Commissione*, C-12/90, in *Racc.*, 1990, 4265; CGCE, 15 dic. 1988, *Irish Cementi c. Commissione*, C-16/86 e C-220/86, in *Racc.*, 1986, 6473; CGCE, 25 ott. 1977, *Metro c. Commissione*, C-26/76, in *Racc.*, 1977, 1875.

¹⁰⁵ M.S. GIANNINI, *La giustizia amministrativa, cit.*, 162. Secondo la giurisprudenza amministrativa italiana, più in particolare, può essere considerato meramente confermativo solo l'atto che sia stato adottato dalla stessa autorità amministrativa, abbia lo stesso contenuto di quello precedente e sia fondato sulla stessa motivazione, sempreché risulti che non sia stata

alcuni temperamenti alla regola dell'inoppugnabilità degli atti non impugnati nel termine di decadenza previsto dal Trattato¹⁰⁶. Infatti, senza considerare per il momento il più generale istituto dell'eccezione di illegittimità¹⁰⁷, basti richiamare l'orientamento secondo cui sono sempre impugnabili gli atti tanto gravemente viziati da poter essere considerati nulli o inesistenti¹⁰⁸. Anche tali questioni possono essere portate, quali eccezioni preliminari della parte resistente, all'attenzione del giudice della cautela¹⁰⁹.

Le considerazioni sinora svolte possono poi essere estese anche all'azione in carenza, che deve essere proposta entro due mesi dal momento in cui è scaduto il termine dilatorio di due mesi rispetto al momento della messa in mora dell'istituzione che omette di agire pure in presenza di un obbligo normativo in tal senso¹¹⁰.

2.1.4. Forma dell'istanza cautelare

La domanda cautelare in omaggio al disposto degli artt. 84, § secondo, del regolamento di procedura dinanzi alla Corte di Giustizia e 105, § secondo, del regolamento di procedura davanti al Tribunale di prima istanza deve essere proposta, a pena di irricevibilità¹¹¹, in un atto separato rispetto a quello contenente

effettuata una nuova valutazione degli elementi di fatto e di diritto già precedentemente considerati (Cons. Giust. Amm., 21 dicembre 1998 n. 680, in Cons. St., 1998, I, 2022).

¹⁰⁶ Così D. DE PETRIS, *La tutela giurisdizionale amministrativa europea e i principi del processo*, cit., 699.

¹⁰⁷ Sul quale v. Cap. II, § 2.3.

¹⁰⁸ CGCE, 30 giu. 1988, *Commissione c. Repubblica Ellenica*, C-226/87, in *Racc.*, 1988, 3611. In dottrina si veda M. CH. BERGERÈS, *Théorie de l'inexistence en droit communautaire*, in *RTDE*, 1989, 393 ss.

¹⁰⁹ TPI, ord. 16 set. 2003, *Maria Dolores Fernández Gomez c./Commissione*, T- 272/03, in *Racc.*, 2003, p. IA – 197 e p. II – 979.

¹¹⁰ Così J. BOULOUIS – M. DARMON – J.G. HUGLO, *Contentieux communautaire*, 2a ed., cit., 224, i quali sottolineano che è pertanto indispensabile che la data della messa in mora dell'istituzione da parte del ricorrente individuale possa essere verificata in forza di un documento da allegare al ricorso.

¹¹¹ Cfr. già CGCE, 17 giugno 1965, *Italia c. Commissione*, in *Racc.*, 1965, 473 ss nonché, all'interno della giurisprudenza successiva, TPI, 15 giugno 2000, *Alzetta e altri c. Commissione*, cit., 2319 ss; TPI, ord. 18 agosto, *Bernardi c. Parlamento* T-146/95, in *Racc.*, 1995, II- 2255, §§

il ricorso principale¹¹². Secondo la giurisprudenza si tratta di un requisito formale essenziale per distinguere in modo sufficientemente chiaro il processo di merito da quello cautelare per il quale trovano applicazione regole proprie¹¹³. Si è poi esattamente osservato¹¹⁴, a riguardo, che una tale disposizione è comune, ai sensi dell'art. 91 del regolamento di procedura della Corte di Giustizia, a qualsivoglia atto introduttivo di un procedimento di carattere incidentale quale è, come detto, quello cautelare nel processo comunitario.

La proposizione della domanda cautelare nello stesso atto introduttivo del ricorso principale ne determina in via immediata l'irricevibilità, senza che possa neppure operare la procedura di regolarizzazione: ne consegue che l'istanza cautelare proposta nel medesimo atto di quella principale dovrà considerarsi inesistente¹¹⁵.

2.2. L'esame sulla sussistenza dei presupposti processuali del ricorso principale nell'ambito del procedimento cautelare

In tutte le ipotesi nelle quali può porsi un problema di ricevibilità del ricorso principale la strumentalità dei provvedimenti cautelari implica,

29 – 30; TPI, ord. 19 giugno 1995, *Kik c. Consiglio e Commissione*, T-107/94, in *Racc.*, 1995, II-1717, § 38.

¹¹² In argomento v., tra gli altri, P. BIAVATI, *Diritto processuale dell'Unione Europea*, 3a ed., cit., 299; C. IANNONE, *Commento all'art. 242*, cit., 1151; C. MORVIDUCCI, *Le misure cautelari nel processo comunitario*, cit., 93; H.G. SCHERMERS – D.F. WAELBROECK, *Judicial Protection in the European Union*, 6a ed., London, 2000, 704.

¹¹³ Così, tra le altre, CGCE 21 gen. 1985, *Officine Elettromeccaniche Ing. A. Merlami C. Haute Autorità*, C-108/63, in *Racc.*, 12; CGCE 12 lug. 1984, *Acciaierie e Ferriere Busseni Spa c. Commissione*, C-81/83, in *Racc.*, 2951; CGCE, 17 giugno 1995, *Italia c. Commissione*, C-32/65, in *Racc.*, 1965, 474 ss.

¹¹⁴ B. PASTOR – E. GINDERHACTER, *La procédure en référé*, cit., 572 – 573. Più specificamente, D. LOUTERMANN – M. FEBVRE, *Les incidents de procédure au sens de l'article 91 du règlement de procédure de la Cour de justice de Communautés européennes*, in *Gaz. Pal.*, 11 giugno 1989, n° 162, 8.

¹¹⁵ Così J. BOULOUIS – M. DARMON – J.G. HUGO, *Contentieux communautaire*, 2a ed., cit., 131; L. WEITZEL, *Demander le sursis à exécution ou d'autres mesures provisoires*, cit., 150.

logicamente, che una tale questione sia pregiudiziale alla trattazione ed alla decisione della domanda cautelare¹¹⁶.

A ciò si ricollegano, tuttavia, una serie di conseguenze di carattere non secondario.

In primo luogo qualsiasi ipotetica condizione o presupposto processuale del ricorso principale opererà anche per il ricorso cautelare, peraltro con il non secondario rischio, stante l'inidoneità della decisione cautelare a pregiudicare la definizione del giudizio di merito, che la pronuncia resa all'esito dello stesso potrebbe, all'opposto, affermare la sussistenza del presupposto processuale la cui ricorrenza era pure stata negata nell'ambito del procedimento cautelare¹¹⁷.

¹¹⁶ La configurazione del processo cautelare come strumentale e quindi "dipendente" dal processo di cognizione ordinario comporta infatti che il giudice della cautela non possa esimersi dal considerare le questioni pregiudiziali implicanti la verifica dei presupposti processuali del ricorso principale prima di trattare au fond l'istanza cautelare (G. SAPORITO, *La sospensione dell'esecuzione del provvedimento impugnato nella giurisprudenza amministrativa*, I, Napoli, 1981, spec. 22-23). Proprio in una tale direzione si sono espresse già le prime decisioni della IV Sezione del Consiglio di Stato italiano agli albori dell'esperienza dello stesso affermando che le eccezioni preliminari dovevano essere decise prima di risolvere l'incidente, perché un incidente in tanto è ben proposto, in quanto è legittimamente introdotta la domanda principale (e, così, va rigettata un'istanza di sospensiva proposta in via incidentale laddove il ricorso principale è, ad es., irricevibile per tardiva proposizione: cfr. Cons. St., sez. IV, 30 dicembre 1891, in *Giust. Amm.*, 1891, I, 271 ovvero perché l'atto non poteva essere impugnato in quanto non definitivo: v. Cons. St., sez. IV, 18 luglio 1893, in *Giust. Amm.*, 1893, I, 295; *contra* Cons. St., sez. IV, 27 settembre 1895, in *Giur. it.*, 1895, III, 34). Più in generale occorre ricordare che bisogna distinguere, all'interno delle questioni pregiudiziali, quelle che nell'ambito di un rapporto tra diritti soggettivi distinti l'uno dall'altro ma legati da un nesso di pregiudizialità-dipendenza, hanno carattere pregiudiziale per la definizione della questione oggetto del giudizio, nonché, per l'appunto, le questioni pregiudiziali attinenti al processo, *i.e.* quelle relative all'esistenza di un presupposto per la decisione sul rapporto giuridico controverso. In argomento, tra in numerosi contributi, v., in generale, F. MENESTRINA, *La pregiudiziale nel processo civile*, Vienna, 1904, rist., Milano, 1963; S. SATTA, *Accertamento incidentale*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 245; A. ATTARDI, *In tema di limiti oggettivi della cosa giudicata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1990, 475; ID., *In tema di questioni pregiudiziali e giudicato*, in *Studi in memoria di E. Guicciardi*, Padova, 1975, 185; E. GARBAGNATI, *Questioni pregiudiziali (dir. proc. civ.)*, in *Enc. Dir.*, XXXVIII, Milano, 1987, 69; V. DENTI, *Questioni pregiudiziali (Diritto processuale civile)*, in *Nss. D.I.*, XIV, 1967, 675.

¹¹⁷ La problematica che ci si accinge ad esaminare è infatti differente, e per certi versi speculare, alla questione, risolta in senso difforme da parte autorevole della dottrina italiana, dell'eventuale efficacia di giudicato nel procedimento avente ad oggetto il ricorso principale della decisione di questioni afferenti l'ammissibilità o l'irricevibilità dello stesso nell'ambito della procedura cautelare o, *rectius*, della necessità per il giudice adito, nell'ambito del subprocedimento cautelare proposto incidentalmente in corso di causa, di definire, rilevando l'assenza di un presupposto processuale comune all'azione di merito, all'unisono anche di quest'ultima, in senso cronologicamente precedente la domanda cautelare (cfr., rispettivamente con riguardo alle questioni di giurisdizione e competenza, F. CIPRIANI, *Il regolamento di giurisdizione*, Napoli, 1981, 250 ss e B. CAPPONI, *Note in tema di rapporti tra competenza e merito. Contributo allo studio dell'art. 38 c.p.c.*, Torino, 1997, 208 ss). Secondo altri, invece, l'autonomia della domanda

In secondo luogo ritenere che il giudice della cautela sia sempre tenuto ad esaminare le questioni relative all'esistenza dei presupposti processuali del ricorso principale, potrebbe compromettere la stessa sommarietà della cognizione cautelare¹¹⁸, funzionale alla possibilità che la relativa tutela sia concessa nei tempi celeri alla stessa coesenziali. Proprio in virtù dell'esigenza ora richiamata, in dottrina si è evidenziato che la necessaria indagine da parte del giudice della cautela circa l'ammissibilità e la ricevibilità del ricorso principale deve essere coerenziata con la sommarietà del giudizio cautelare, che impone di considerare in una tale sede soltanto quanto è *prima facie* accertabile, con la conseguenza che, qualora non sia possibile valutare in forza di una cognizione sommaria l'assenza dei presupposti processuali del ricorso principale, il giudice potrebbe comunque emanare, anche nel caso di dubbio circa la sussistenza degli stessi, la misura cautelare o, *rectius*, decidere nel merito dell'istanza cautelare¹¹⁹.

cautelare resta ferma, talché la decisione del giudice della cautela non inficia le conclusioni del giudice di merito sulla questione (S. RECCHIONI, *Procedimenti cautelari*, in *I procedimenti sommari e speciali* a cura di S. CHIARLONI – C. CONSOLO, cit., 288).

¹¹⁸ La sommarietà della cognizione cautelare si giustifica in virtù della circostanza per la quale la concessione del provvedimento cautelare non segue all'accertamento giudiziale in ordine all'esistenza della situazione sostanziale fatta valere dal ricorrente bensì semplicemente ad un giudizio probabilistico relativo alla verosimiglianza della stessa (giudizio che, come si dirà più diffusamente nel Cap. IV, § 3, tende a configurarsi, a seconda degli ordinamenti considerati, quale *fumus boni juris* ovvero *prima facie*). Ciò premesso, può dirsi, sempre in una prospettiva generalissima, che la sommarietà della cognizione cautelare implica che all'interno della stessa le istruttorie, quanto ai fatti che ne sono oggetto ed alle fonti di convincimento del giudice, sono meno complete ed approfondite, e per questo superficiali, nella ricerca della verità rispetto all'istruttoria del processo di cognizione ordinario (cfr. P. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio dei provvedimenti cautelari*, cit., 63 ss; ID., *Verità e verosimiglianza nel processo civile*, in *Opere giuridiche*, V, Napoli, 1972, 635 ss; G. CHIOVENDA, *Istituzioni*, I, cit., 216; ID., *Azioni sommarie. La condanna con riserva*, ora in *Saggi di diritto processuale civile*, I, Milano, 1993, 121 ss; L. MONTESANO, *Strumentalità e superficialità della cognizione cautelare*, in *Riv. dir. proc.*, 1999, 309 ss; C. CECHELLA, *Cognizione ordinaria e cognizione sommaria*, in *Giust. Civ.*, 1986, 123 ss; A. CARRATTA, *Profili sistematici della tutela anticipatoria*, Milano, 1996, 240 ss; G. SCARSELLI, *La condanna con riserva*, Milano, 1989, 471 ss; F. TOMMASEO, *I provvedimenti d'urgenza*, Padova, 1983, 164 ss, nonché, da ultimo, S. RECCHIONI, *Procedimenti cautelari*, in *I procedimenti sommari e speciali* a cura di S. CHIARLONI – C. CONSOLO, cit., spec. 149 ss).

¹¹⁹ M. NIGRO, *Sulla natura giuridica della sospensione da parte del Consiglio di Stato degli atti amministrativi impugnati*, in *Foro amm.*, 1941, 283 ss. Analogamente v. anche F. CAMMEO, *Incidente di sospensione innanzi una giurisdizione amministrativa. Eccezioni sulla ricevibilità del ricorso. Delibazione di tali eccezioni prima della risoluzione dell'incidente*, in *Giur. it.*, 1897, III, 124 ss nonché G. SAPORITO, *La sospensione dell'esecuzione del provvedimento impugnato nella giurisprudenza amministrativa*, I, cit., 24, il quale evidenzia che l'unico limite di una tale indagine,

La giurisprudenza comunitaria ha cercato di sintetizzare siffatte esigenze nell'orientamento in omaggio al quale, in via di principio, nel corso del procedimento cautelare non possono essere esaminate le questioni aventi ad oggetto la ricevibilità del ricorso di merito, a pena di compromettere la sommarietà della cognizione propria del giudice della cautela, soprattutto qualora sia necessario un esame approfondito per decidere della ricevibilità del ricorso principale¹²⁰.

Tuttavia sia la Corte di Giustizia sia, successivamente, il Tribunale di primo grado, hanno precisato che quando la parte resistente eccepisce la manifesta irricevibilità del ricorso principale è necessario che il giudice della cautela verifichi l'esistenza di alcuni elementi che consentano di affermare, almeno a prima vista, che la ricevibilità di un tale ricorso non è completamente esclusa¹²¹. Né si può trascurare che, in accordo con un orientamento minoritario, che tende peraltro ad affermarsi più di recente, è lo stesso ricorrente in sede cautelare ad avere l'onere di fornire la prova della sussistenza di taluni elementi che consentano di concludere, a prima vista, a favore della ricevibilità del ricorso di merito, onde evitare che lo stesso possa, attraverso il provvedimento cautelare, ottenere la sospensione dell'esecuzione di un atto del quale si vedrebbe, a cagione dell'irricevibilità, rigettare l'annullamento all'esito del procedimento

nella fase cautelare, è rappresentato dalla speditezza e facilità del controllo dei presupposti della *potestas iudicandi*.

¹²⁰ Cfr., *ex multis*, CGCE, ord. 12 ottobre 1992, *Landbouwschap c. Commissione*, cit., 5069; CGCE, ord. 27 giugno 1991, *Bosman c. Commissione*, C-117/91, in *Racc.*, 1991, 3353; CGCE, ord. 10 agosto 1987, *Assider c. Commissione*, C-223/87, in *Racc.*, 1987, 3473; TPI, ord. 7 novembre 2003, *Bank Austria Creditanstalt c. Commissione*, T-198/03, in *Racc.*, 2003, II-4879, § 21; TPI, ord. 6 dicembre 2002, *D. c./ Banca europea d'investimenti*, in *Racc.*, 2002, p. IA 259; TPI, ord. 7 aprile 2000, *Nancy Fern Olivieri c./Commissione*, T- 326/99, in *Racc.*, 2000, p. II – 1985, § 59; TPI, ord. 15 febbraio 2000, *Gustav Hölzl e a. c./Commissione*, T- 1/00, in *Racc.*, 2000, II – 251; TPI, ord. 30 giugno 1999, *Alpharma Inc. c./Consiglio*, T – 70/99, in *Réc.*, 1999, p. II – 2027; TPI, ord. 21 giugno 1999, *María Soledad García Retortillo c./Consiglio*, T-107/99, in *Racc.*, 1999, p. II – 1999, p. IA – 107, p. II – 591; TPI, ord. 26 settembre 1997, *Carla Micheli e a. c./ Commissione*, T – 183/97, in *Racc.*, 1997, p. II – 1473. In dottrina cfr. M. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, cit., 593.

¹²¹ V. le pronunce citate nella nota precedente.

principale¹²². Tale onere prescinderebbe, pertanto, nelle ipotesi in cui sia proposto un ricorso cautelare ai sensi dell'art. 242 del Trattato CE, da un'eccezione della controparte.

Si è bene evidenziato, sul punto, che emerge dalla casistica giurisprudenziale una tendenza della giurisprudenza ad un'approccio in termini "possibilistici" piuttosto che "probabilistici" quanto all'ammissibilità del ricorso principale: ne deriva che è sufficiente che ad una cognizione sommaria risulti una tale ammissibilità appaia possibile, senza necessità che la stessa debba sembrare probabile¹²³.

Una tale posizione può in astratto considerarsi opportuna ed in effetti tale è anche in concreto in alcune fattispecie di manifesta irricevibilità del ricorso principale¹²⁴.

Peraltro, il cennato orientamento in punto di possibilità, dedotta la manifesta irricevibilità del ricorso di merito, del giudice della cautela di esaminare i motivi di irricevibilità del ricorso principale comporta che siano trasposte anche nel processo cautelare le difficoltà dell'attuale sistema dei ricorsi diretti dinanzi al giudice comunitario, legate alla circostanza che gli stessi non sono aperti agli individui che a determinate condizioni, generalmente considerate insufficienti per proteggere in via effettiva i diritti degli stessi¹²⁵. Il deficit nella tutela

¹²² Cfr., tra le altre, CGCE, ord. 12 ottobre 2000, *Federación de Cofradías de Pescadores de Guipúzcoa e a. c. Consiglio*, C-300/00, in *Racc.*, 2000, 8797, §§ 34 – 35; CGCE, ord. 18 novembre 1999, *Pfizer Animal Health c. Consiglio*, C-329/99, in *Racc.*, 1999, 8343, §§ 88 – 89.

¹²³ Cfr. F.G. JACOBS, *Interim Measures in the Law and Practice of the Court of Justice of the European Communities*, cit., 48.

¹²⁴ Pensiamo, ad es., con specifico riguardo all'azione di annullamento di cui all'art. 230 del Trattato CE, ad un ricorso depositato oltre il termine di decadenza di due mesi dalla comunicazione o dalla pubblicazione in G.U.C.E. previsto per l'impugnazione degli atti emanati dalle istituzioni comunitarie.

¹²⁵ Cfr., tra tanti, A. BARAV, *Le juge et le justiciable*, cit., 7 ss; O. DE SCHUTTER, *Les mesures provisoires devant la CJCE*, in *Mesures conservatoires et droits fondamentaux*, a cura di G. COHEN-JONATHAN – J.F. FLAUSS, Brussels, 2005, 93 ss, spec. 98; M. P. GRANGER, *Towards a Liberalisation of Standing Conditions for Individuals Seeking Judicial Review of Community Acts: Jègo-Quèrè et Cie SA v Commission and Unión de Pequeños Agricultores v Council*, in *The Modern Law Review*, 2003, 124 ss; M. WELBORECK, *Le transfert des recours*

giurisdizionale che ne deriva è di immediata evidenza ove si consideri, in particolare, il caso dei ricorsi volti, ai sensi dell'art. 230 del Trattato CE, all'annullamento di un atto di diritto comunitario derivato. Invero, sebbene talvolta sia consentito agli individui agire per ottenere l'annullamento di un atto, anche di carattere generale, emanato dalle istituzioni comunitarie, le relative condizioni appaiono talmente restrittive¹²⁶, da indurre autorevole dottrina ad affermare che un tale assetto rende derisoria la portata e l'efficacia di un tale mezzo di ricorso per le persone fisiche e giuridiche¹²⁷.

Occorre infine tener presente che, secondo la giurisprudenza comunitaria, il giudice della cautela deve anche valutare se a prima vista il ricorrente non sia privo di interesse ad agire per la proposizione del ricorso principale, trattandosi di una condizione di ricevibilità attinente all'ordine

directs au Tribunal de première instance des Communautés européennes. Vers une meilleure protection judiciaire des justiciables?, in *La réforme du système juridictionnelle communautaire*, cit., 88; S.M. CARBONE, *Organi comunitari, controllo di legittimità e privati*, Padova, 1973; G. TESAURO, *Il controllo diretto della legalità degli atti comunitari*, cit., 9 ss; D. BONI, *Il ricorso di annullamento delle persone fisiche e giuridiche*, in *Il ricorso di annullamento nel Trattato istitutivo della Comunità europea*, a cura di B. NASCIMBENE – L. DANIELE, cit., 106 ss; J. RIDEAU (a cura di), *Le droit au juge dans l'Union européenne*, in LGDJ, 1998, 191 ss; H. SCHERMERS – D.F. WAELBROECK, *Judicial Protection in the European Union*, 6a ed., cit., 428; G. SCHOHE, *La réforme du contentieux communautaire du point de vue des droits du particulier*, in *Cah. Dr. eur.*, 2005, nn. 5 – 6, 661 ss, spec., 674; A. TIZZANO, *La tutela dei privati nei confronti degli Stati membri dell'Unione Europea*, in *Foro it.*, 1995, IV, 13. Differente, invece, appare la prospettiva affermata da P. NIHOUL, *La recevabilité des recours en annulation introduits par un particulier à l'encontre d'un acte communautaire de portée générale*, in *Rev. trim. dr. eur.*, 1994, 171 ss, secondo il quale il sistema di tutela giurisdizionale comunitario sarebbe completo posto che ipotetiche limitazioni alla possibilità dei singoli di impugnare direttamente dinanzi ai giudici comunitari atti di carattere generale sarebbero compensate dai ricorsi esistenti, in ambito interno, per impugnare le misure interne di esecuzione e di applicazione del diritto comunitario. Sempre in senso giustificativo degli orientamenti affermati nella giurisprudenza comunitaria v. anche, *amplius*, il lavoro monografico di P. CASSIA, *L'accès des personnes physiques ou morales au juge de la légalité des actes communautaires*, Paris, 2002.

¹²⁶ V. ancora O. DE SCHUTTER, *Les mesures provisoires devant la CJCE*, cit., 99.

¹²⁷ Così A. BARAV, *Le juge et le justiciable*, cit., 7; cfr. anche M. P. GRANGER, *Towards a Liberalisation of Standing Judicial Review of Community Acts: Jégo-Quéré et Cie SA v Commission and Union de Pequenos Agricultores v Council*, cit., 124 – 125, ritiene sia “virtually impossibile” per i privati impugnare atti di carattere generale emanati dalle istituzioni comunitarie. Per il rilievo della manifesta irricevibilità del ricorso principale già in sede cautelare nell'ipotesi di impugnazione da parte di un singolo di un atto di carattere generale: CGCE, ord. 13 luglio 1988, *Fédération Européenne de la Santé Animale e altri c. Commissione*, C-166/88, in *Racc.*, 1988, 4121 ss, spec. 4128, §§ 29 – 30; TPI, ord. 22 dicembre 1995, *Danielsson c. Commissione*, T-219/95, in *Racc.*, 1995, 3051 ss, spec. §§ 66 – 76.

pubblico e per questo rilevabile anche d'ufficio dal giudice¹²⁸. Ne deriva che la valutazione del giudice in ordine alla sussistenza dell'interesse ad agire segue al giudizio positivo sulla sussistenza delle condizioni previste dall'art. 230, § quarto del Trattato CE¹²⁹.

3. Gli elementi del ricorso cautelare

Considerata l'influenza dei presupposti processuali del ricorso principale su quello cautelare, possiamo ora esaminare gli elementi che, in virtù delle fonti processuali comunitarie, sono propri del ricorso cautelare e la cui mancanza può determinare, sotto il profilo processuale, conseguenze rilevanti.

E' a riguardo opportuno distinguere tra elementi formali ed elementi sostanziali.

Sotto il primo profilo trovano infatti applicazione, in accordo con la comune opinione¹³⁰, gli artt. 37 e 38 del regolamento di procedura dinanzi alla Corte di Giustizia e gli artt. 43 e 44 del regolamento di procedura del Tribunale di primo grado, ovvero le norme che dettano le previsioni formali per ciascun atto introduttivo di un giudizio nel processo comunitario. Di talché il ricorso deve indicare nome, cognome e domicilio del ricorrente ed individuare la parte nei confronti della quale è richiesta la misura cautelare; designare l'avvocato o l'agente autorizzato a rappresentare la parte, con il certificato della sua idoneità a patrocinare¹³¹ ed, infine, essere firmato da tali soggetti e datato. Affinché possano

¹²⁸ TPI, ord. 27 marzo 2003, *Linea GIG c. Commissione*, T-398/02, in *Racc.*, 2002, II-1139, §§ 44 – 45.

¹²⁹ Sulla questione v., *amplius*, Cap. II, § 2.2.2.

¹³⁰ In tal senso, tra i tanti, LANEARTS – ARTS, *Proceedings for interim measures before the Court of Justice and the Court of first instance*, cit., 298; B. PASTOR – E. GINDERHACTER, *La procédure en référé*, cit., 574; C. MORVIDUCCI, *Le misure cautelari nel processo comunitario*, cit., 94.

¹³¹ In realtà l'art. 37, § primo, del regolamento di procedura della Corte di Giustizia e l'art. 43, § primo, del regolamento di procedura dinanzi al Tribunale di prima istanza, si limitano a prevedere che l'originale del ricorso debba essere sottoscritto dall'avvocato o dall'agente della parte: tuttavia

essere correttamente effettuate tutte le notificazioni e le comunicazioni necessarie nel corso del procedimento, il ricorrente deve, inoltre, eleggere domicilio nel luogo dove ha sede il giudice adito, indicando, altresì, la persona cui devono essere indirizzate tutte le notificazioni¹³². L'atto deve poi essere depositato presso il giudice competente in cinque copie autenticate nonché in un numero di copie pari alle parti in causa tutte corredate da una lista degli allegati¹³³.

Tuttavia soltanto l'omissione di alcuni tra i richiamati elementi determina automaticamente l'irricevibilità del ricorso. Negli altri casi opera, invece, la procedura di "regolarizzazione" di cui all'art. 38, § settimo, del regolamento di procedura dinanzi alla Corte di Giustizia e l'art. 44, § settimo, di quello del Tribunale di primo grado. Più in particolare, nell'ipotesi in cui non sia stato depositato il certificato di idoneità a patrocinare dell'avvocato, depositati gli allegati al ricorso o la documentazione prescritta qualora la domanda sia proposta da una persona giuridica¹³⁴, il cancelliere ordina al ricorrente di regolarizzare il ricorso o produrre i documenti entro un determinato termine. Comunque sia, anche nell'ipotesi in cui la parte interessata non si conformi ad una tale prescrizione nel termine indicato, ciò non determinerà automaticamente l'irricevibilità del ricorso: sarà infatti il giudice della cautela a decidere se

le ulteriori formalità, come il certificato di idoneità a patrocinare, si rendono necessarie affinché il giudice adito possa effettivamente identificare il difensore della parte che, in ogni caso, può essere diverso da quello del ricorso principale (cfr. B. PASTOR – E. GINDERHACTER, *La procédure en référé*, cit., 574, nonché, *amplius*, B. PASTOR, *Actuacion procesal del abogado ante el Tribunal de Justicia de las C.E.*, in *Revista General de Derecho*, 1987, n. 12, 6599).

¹³² Occorre evidenziare però che, in alternativa, il secondo periodo dello stesso § secondo dell'art. 38 del regolamento di procedura dinanzi alla Corte, stabilisce – in una previsione opportuna quanto mai nel giudizio cautelare – che sia palesato il consenso dell'avvocato o dell'agente che difende il ricorrente a ricevere le notificazioni mediante telecopia o con un altro mezzo tecnico di comunicazione.

¹³³ Cfr., ancora una volta, B. PASTOR – E. GINDERHACTER, *La procédure en référé*, cit., 575.

¹³⁴ B. PASTOR – E. GINDERHACTER, *La procédure en référé*, cit., 576, ritengono che la procedura di regolarizzazione che ci si accinge a descrivere, possa operare, in applicazione del principio generale dell'analogia, anche con riferimento ad altri vizi di forma del ricorso introduttivo che abbiano natura simile: si sono addotti così gli esempi del ricorso sottoscritto dalla parte stessa e non dal difensore, l'omessa presentazione di un numero di copie o traduzioni necessarie, l'assenza della lista degli allegati.

l'inosservanza delle richiamate formalità comporti o meno l'irricevibilità del ricorso per vizio di forma¹³⁵.

Quanto al contenuto sostanziale del ricorso cautelare, *i.e.* al *petitum* ed alla *causa petendi*, vengono in rilievo, rispettivamente, l'art. 83, § secondo, del regolamento di procedura dinanzi alla Corte di Giustizia e l'art. 104, § secondo, del regolamento di procedura davanti al Tribunale di prima istanza, in virtù dei quali l'istanza deve precisare l'oggetto della controversia¹³⁶, i motivi di urgenza e gli argomenti di fatto e di diritto che giustificano *prima facie* l'adozione della misura cautelare richiesta¹³⁷.

Sul punto, la giurisprudenza comunitaria ha precisato, sancendo il principio c.d. di autosufficienza del ricorso cautelare¹³⁸, che quest'ultimo non può limitarsi a richiamare *per relationem* le motivazioni alla base del ricorso principale in quanto le esigenze di celerità che caratterizzano la tutela cautelare e quello più generale di certezza del diritto, impongono che sia la parte resistente sia il giudice possano enucleare tutte le informazioni necessarie alla difesa ovvero alla decisione del ricorso cautelare esclusivamente a partire dallo stesso¹³⁹, che

¹³⁵ Per una recente applicazione della procedura di regolarizzazione v. TPI, ord. 5 agosto 2003, *Industrias Químicas del Vallés c. Commissione*, T-158/03, in *Racc.*, 2003, II-3041, §§ 43 – 45.

¹³⁶ Cioè a dire richiedere al giudice un determinato provvedimento cautelare. In proposito si può subito evidenziare (ma v., *amplius*, Cap. VI, § 2), che, in accordo con un orientamento consolidato in dottrina come in giurisprudenza, il giudice è comunque libero di rimodulare il *petitum* cautelare, nel senso di concedere, in luogo della sospensione dell'esecuzione dell'atto ex art. 242 del Trattato CE, un provvedimento cautelare c.d. positivo ovvero, più in generale, una misura cautelare diversa rispetto a quella in origine domandata dal ricorrente (cfr. l'efficace sintesi di B. PASTOR – E. GINDERHACTER, *La procédure en référé*, cit., 575).

¹³⁷ Cfr., tra i tanti, H.G. SCHERMERS – D.F. WAELBROECK, *Judicial Protection in the European Union*, 6a ed., cit., 704. L'assenza di tali indicazioni determina l'irricevibilità del ricorso cautelare (cfr., tra le altre, CGCE, ord. 22 gennaio 1988, *Top Hit c. Commissione*, C-378/87, in *Racc.*, 1988, II-4093, §§ 6-7; CGCE, ord. 10 luglio 1987, *Maurissen c. Corte dei Conti*, C-193/87, in *Racc.*, 1987, 3445, § 15; TPI, ord. 16 febbraio 1995, *Amicale des résidents du square d'Auvergne c. Commissione*, T-5/95, in *Racc.*, 1995, II-255, §§ 9 – 10, 14; TPI, ord. 8 febbraio 1994, *Avramidou c. Parlamento*, T-6/94, in *Racc.*, 1994, II - 555, § 12). Sui limiti di un'*emendatio libelli* successivamente al deposito del ricorso cautelare v. LANEARTS – ARTS, *Proceedings for interim measures before the Court of Justice and the Court of first instance*, cit., 298.

¹³⁸ Secondo l'efficace espressione utilizzata da P. BIAVATI, *Diritto processuale dell'Unione Europea*, 3a ed., cit., 299.

¹³⁹ Così, tra le più recenti, TPI, ord. 22 giugno 2005, *Nijs c. Corte dei Conti*, T-171/05, in *Racc.*, 2005, II - 761; TPI, ord. 22 dicembre 2004, *Microsoft c. Commissione*, T-201/04, in *Racc.*, 2004,

quindi dovrà essere espressamente motivato non soltanto sotto il profilo del *petitum* del ricorso principale, ma anche con riferimento alla sussistenza dei presupposti c.d. di merito della tutela cautelare¹⁴⁰. La natura sommaria della cognizione cautelare implica invero che il giudice debba essere messo in condizione di decidere senza svolgere una complessa attività di cognizione¹⁴¹. Alcune decisioni hanno tuttavia precisato che se la domanda, malgrado la brevità degli stessi e la presentazione confusa, contiene una serie di motivi e di argomenti che consentono di ritenere sussistenti i presupposti della tutela cautelare, che permettono alla controparte di presentare in tempo utile le proprie osservazioni ed al giudice della cautela di esaminare le medesime, l'istanza cautelare non potrà essere dichiarata irricevibile¹⁴².

Ma, soprattutto, il rigoroso operare del nesso di strumentalità tra provvedimenti cautelari e provvedimenti di merito all'interno del processo comunitario implica, quanto all'oggetto del ricorso cautelare, che lo stesso si collochi nell'ambito della decisione che può essere emanata dal giudice di merito all'esito del relativo giudizio¹⁴³.

4. Questioni in tema di connessione

Il controllo c.d. diretto nel sistema giurisdizionale comunitario era originariamente affidato in via esclusiva alla Corte di Giustizia.

II - 4463, §§ 86-88. Coerente con tali esigenze è anche l'inammissibilità del ricorso cautelare la cui documentazione non sia stata prodotta unitamente all'istesso ma soltanto ad uno stadio più avanzato della procedura, nonostante, il ricorrente potesse giustificare la produzione tardiva (cfr. CGCE, ord. 12 ottobre 2000, *Grèce c. Commissione*, C-278/00, in *Racc.*, 2000, 8787, §§ 25 ss; CGCE, 10 giugno 1988, *Sofrimport c. Commissione*, C-152/88, in *Racc.*, 1988, 2931, § 12), sebbene si sia più di recente ritenuto che ciò possa avvenire, in omaggio al principio del contraddittorio, nell'ipotesi in cui la produzione documentale sia volta a replicare alle osservazioni della controparte (TPI, ord. 22 dicembre 2004, *Microsoft c. Commissione*, *cit.*, II-4463, § 93).

¹⁴⁰ CGCE, ord. 12 ottobre 2000, *Grèce c. Commissione*, *cit.*, §§ 25 ss.

¹⁴¹ P. BIAVATI, *Diritto processuale dell'Unione Europea*, 3a ed., *cit.*, 299.

¹⁴² TPI, ord. 5 luglio 2005, *Rodenbröker e a. c. Commissione*, T-117/05, in *Racc.*, 2005, II-2593, §§ 53 - 54; TPI, ord. 23 maggio 2005, *Dimos Ano Lionsion e a. c. Commissione*, T-85/05, in *Racc.*, 2005, II-1721, §§ 37 - 38.

¹⁴³ Cfr. J.L. DA CRUZ VILACA, *La procédure en référé comme instrument de protection juridictionnelle des particuliers en droit communautaire*, *cit.*, 269.

Negli anni successivi, soprattutto l'*ecombrement* determinato dall'eccessivo carico del ruolo dinanzi alla stessa ha indotto, innanzitutto, in base alle previsioni dell'Atto Unico Europeo, all'istituzione del Tribunale di prima istanza cui è stato progressivamente devoluto tutto il contenzioso in primo grado del quale sono parti singole persone fisiche e giuridiche. Più di recente, l'art. 225 A del Trattato CE, così come modificato dal Trattato di Nizza, ha poi previsto la possibilità che siano istituite Camere giurisdizionali competenti a conoscere in primo grado delle controversie in alcune specifiche materie¹⁴⁴.

Ciò posto, potrebbe determinarsi, soprattutto in virtù delle diverse regole vigenti in tema di legittimazione attiva alla proposizione dei ricorsi¹⁴⁵, una situazione nella quale il Tribunale di primo grado e la Corte di Giustizia siano chiamati contemporaneamente a decidere di cause aventi il medesimo oggetto. Si è, a riguardo, addotto l'efficace esempio di una decisione della Commissione in tema di aiuti di Stato che potrebbe essere impugnata dagli Stati membri dinanzi alla Corte di Giustizia e dalle singole imprese interessate davanti al Tribunale di

¹⁴⁴ Più in particolare, il numero eccessivo di ricorsi portato dinanzi alla stessa ha infatti indotto il legislatore comunitario in primo luogo ad istituire il Tribunale di primo grado, competente, almeno a partire dal 1993, a conoscere in prima istanza di tutti i ricorsi c.d. diretti delle persone fisiche e giuridiche (v. per tutti A. TIZZANO, *Les transferts des recours directs*, in *La réforme du système juridictionnel communautaire* a cura di G. VANDERSANDEN, Bruxelles, 1994, 67 ss ed ivi ampi riferimenti). Peraltro anche una tale riforma, a fronte del crescente *encombement* dei giudici comunitari, si è presto rivelata insufficiente tanto da spingere il legislatore comunitario non soltanto ad incrementare le attribuzioni del Tribunale di primo grado (cui la Carta di Nizza attribuisce tra l'altro la competenza a conoscere anche dei ricorsi di annullamento delle istituzioni e degli Stati membri nonché delle questioni pregiudiziali nelle specifiche materie individuate dallo Statuto e salva la possibilità, nelle fattispecie di maggiore complessità, di un rinvio alla Corte di Giustizia) ma anche a prevedere l'istituzione delle c.d. Camere giurisdizionali, competenti a conoscere in primo grado delle controversie in determinate materie. Così, ad es., con una decisione del Consiglio del 2 novembre 2004 è stato istituito il Tribunale della Funzione pubblica dell'Unione Europea. In argomento v., tra gli altri, J.M. FAVRET, *Le traité de Nice: vers un affaiblissement de la capacité d'action de l'Union*, in *RTDE*, 2001, 270 ss, spec. 289-294; D. RUIZ - JARABO, *La réforme de la Cour de justice opérée par le traité de Nice et sa mise en œuvre future*, in *RTDE*, 2001, 705, spec. 709-716; P.J.G. KAPTEYN, *Reflections on the Future of the Judicial System of the European Union after Nice*, in *20 Yearbook of European Law*, Oxford 2001, 173; P. DYRBERG, *What should the Court of Justice be doing?*, in *Eur. Law Rev.*, 2001, 291; A. DASHWOOD - A. JOHNSTON, *The Future of the Judicial System of the European Union*, Oxford 2001.

¹⁴⁵ Ad esempio gli Stati e le istituzioni devono proporre i ricorsi in annullamento direttamente dinanzi alla Corte di Giustizia, mentre i singoli, ovvero le persone fisiche e giuridiche, devono adire innanzitutto il Tribunale di prima istanza.

prima istanza¹⁴⁶: si tratta di una fattispecie di connessione molto stretta tra le due controversie, posto che l'oggetto è lo stesso e vi è meramente una differenza quanto alla parte ricorrente¹⁴⁷.

Ai fini della risoluzione delle problematiche che si pongono in tale situazione viene in rilievo l'art. 54, comma terzo, dello Statuto della Corte di Giustizia, norma che propone tre soluzioni di carattere alternativo.

In primo luogo il Tribunale, dopo aver ascoltato le parti, potrà sospendere la procedura dinanzi a sé in attesa della decisione della Corte di Giustizia. Lo stesso Tribunale, ove si tratti di ricorsi in annullamento proposti ai sensi dell'art. 230 del Trattato CE, potrà inoltre declinare definitivamente la propria competenza a favore della Corte di Giustizia. Infine potrà essere la Corte di Giustizia a sospendere il procedimento pendente dinanzi a sé nelle more della decisione del Tribunale di primo grado. Alla stregua di quanto non ha mancato di evidenziare autorevole dottrina, tranne l'ultima, le soluzioni contemplate dall'art. 54, comma terzo, dello Statuto della Corte portà con sé non trascurabili problematiche sotto il profilo garantistico¹⁴⁸.

Occorre allora domandarsi se le descritte soluzioni possano trovare applicazione anche nei procedimenti cautelari. La risposta fornita in giurisprudenza nell'unico precedente nel quale la questione si è sinora posta in concreto è stata negativa. Si è infatti affermato¹⁴⁹ che non sono applicabili in una

¹⁴⁶ Così G. TESAURO, *Diritto comunitario*, 3a ed., cit., 261.

¹⁴⁷ Cfr., in arg., anche P. BIAVATI, *Diritto processuale dell'Unione Europea*, 3a ed., cit., 313 ss.

¹⁴⁸ Rileva infatti a tal proposito G. TESAURO, *Diritto comunitario*, 3a ed., cit., 261 – 262, che: - qualora il Tribunale sospenda il procedimento che pende dinanzi a sé in attesa della decisione della Corte di Giustizia, le parti private non potranno, essendo alle medesime impedito da una giurisprudenza costante l'intervento nei giudizio proposti dagli Stati membri contro le istituzioni, incidere sulla pronuncia in diritto resa dalla Corte cui il Tribunale sarà tenuto ad adeguarsi; - in secondo luogo, nell'ipotesi in cui il Tribunale declini la propria competenza a favore di quella della Corte di Giustizia, potrebbe aversi un sacrificio del principio del doppio grado di giurisdizione.

¹⁴⁹ V. TPI, ord. 13 luglio 1996, *The National Farmers' Union c. Commissione*, T-76/96, in *Racc.*, 1996, II – 815.

tale fattispecie gli istituti della sospensione del procedimento pendente dinanzi al giudice di primo grado, né quello della declinatoria di competenza a favore della Corte di Giustizia. Sotto il primo profilo si è ritenuto, infatti, che la sospensione è in linea di principio incompatibile con la natura stessa e la finalità del giudizio cautelare, poiché la stessa potrebbe compromettere la celerità coesistente allo stesso nell'ottica di un'efficace tutela delle posizioni soggettive del ricorrente¹⁵⁰. Con riguardo alla declinatoria della competenza da parte del Tribunale di primo grado a favore della Corte di Giustizia si è invece sottolineato che la stessa sarebbe suscettibile di porsi in contrasto con i principi vigenti in tema di competenza giudiziale, che impediscono al Tribunale di declinare una controversia proposta dinanzi a sé al di fuori delle ipotesi espressamente contemplate dallo Statuto della Corte, tra le quali non rientra, per l'appunto, quella in esame¹⁵¹.

Ad una prima considerazione un tale orientamento potrebbe apparire criticabile, nella misura in cui lo stesso potrebbe rivelarsi idoneo a giustificare, limitatamente alla materia cautelare, un contrasto tra le pronunce rese dal Tribunale di primo grado e quelle emanate dalla Corte di Giustizia, non essendo prevista alcuna soluzione per il problema della connessione e per quello della litispendenza, nonostante, come evidenziato, sussista la possibilità che tali problemi sorgano nelle fattispecie concrete¹⁵².

¹⁵⁰ TPI, ord. 13 luglio 1996, *The National Farmers' Union c. Commissione*, cit., §§ 31 ss.

¹⁵¹ TPI, ord. 13 luglio 1996, *The National Farmers' Union c. Commissione*, cit., §§ 31 ss.

¹⁵² C. CONSOLO, *Ricorsi cautelari ante causam, pluralità di competenze e impedimento da litispendenza*, in *Giur. it.*, 1999, I, 1857 ss, in nota critica a Trib. Torino, ord. 6 novembre 1998; Trib. Torino, ord. 2 ottobre 1998, ha autorevolmente difeso, con una serie di argomentazioni che ci appaiono del tutto condivisibili, la compatibilità, in particolare, della questione della litispendenza con i processi ed i provvedimenti cautelari, all'opposto negata dai richiamati provvedimenti. Secondo l'A., infatti, sebbene i provvedimenti cautelari siano inadeguati al giudicato sostanziale nei termini di cui all'art. 2909 c.c., non potrebbe tuttavia condividersi l'assunto secondo cui ciò farebbe venir meno ogni problema di litispendenza nella materia cautelare, poiché, con particolare riguardo all'art. 669-*septies* c.p.c., considerato unitamente all'art. 669-*terdecies* c.p.c. sul reclamo cautelare, il rigetto dell'istanza cautelare sarebbe comunque idoneo a determinare un fenomeno di

Tuttavia si ritiene che la questione, allo scopo di pervenire ad una soluzione più ragionevole, possa essere impostata in termini diversi: è invero necessario tenere conto della natura strettamente ancillare dei ricorsi cautelari rispetto a quelli principali nel sistema processuale comunitario¹⁵³. Quanto premesso, difatti, induce ragionevolmente ad affermare che la sorte del procedimento cautelare si riconnette, a ben vedere, a quella del procedimento di merito cui lo stesso è strumentale: di talché se è il Tribunale a declinare definitivamente la propria competenza o a sospendere il giudizio, dovrà considerarsi estinto o sospeso anche il ricorso cautelare proposto dai singoli e pendente dinanzi allo stesso Tribunale. La situazione speculare si realizza, naturalmente, qualora a sospendere il procedimento sia invece la Corte di Giustizia.

ne bis in idem, tale da precludere la riproposizione della stessa in assenza di mutamenti delle circostanze. Di talché, consentire la contemporanea proposizione della medesima istanza cautelare dinanzi ai diversi giudici competenti finirebbe per consentire alle parti interessate l'elusione di una tale preclusione. Inoltre, l'A. sottolinea che la funzione della litispendenza non è meramente quella di prevenire contrasti di giudicati bensì, più ampiamente, quella di evitare, in una prospettiva di economia processuale, la moltiplicazione di procedimenti aventi ad oggetto la medesima pretesa di tutela giuridica (cfr. anche G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, cit., 238; G.A. MICHELI, *Corso di diritto processuale civile*, I, Milano, 1959; M.T. ZANZUCCHI, *Diritto processuale civile*, I, Milano, 1964, 298).

¹⁵³ Natura ancillare che, come detto, implica che i ricorsi cautelari possano essere depositati soltanto qualora sia stata già proposto il ricorso principale.

Capitolo II

Strumentalità della tutela cautelare e accesso al giudice nel sistema giurisdizionale comunitario

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. La legittimazione dei singoli a proporre l’azione in annullamento e l’azione in carenza – 2.1. Principali caratteristiche delle due azioni – 2.2. Le condizioni che consentono ai singoli di proporre l’azione di annullamento – 2. 2. 1. Atto che riguarda “direttamente” il ricorrente – 2. 2. 2. Atto che riguarda “individualmente” il ricorrente - 2.3. Le più recenti evoluzioni: dal caso *Jégo-Quéré* al caso *UPA*, ovvero sul ruolo degli altri rimedi esistenti in ambito comunitario e nazionale - 3. Brevi cenni sulla legittimazione degli individui ad impugnare atti amministrativi di carattere generale e regolamenti negli ordinamenti nazionali ed il diritto di accesso al giudice nel sistema CEDU - 3.1. La legittimazione ad impugnare gli atti di carattere generale ed i regolamenti nei principali sistemi europei – 3. 1. 1. Il sistema anglosassone – 3.1. 2. I sistemi continentali - 3.1.2.1. I sistemi modellati su quello francese – 3. 1. 2. 2. Il sistema tedesco – 3.2. La giurisprudenza della Corte di Strasburgo – 4. Il sistema comunitario e la tutela dei diritti fondamentali: considerazioni critiche – 5. Prospettive *de jure condendo*: la gerarchia delle fonti comunitarie e la Costituzione europea – 6. Prospettive *d jure condito*: ripartizione delle competenze nel sistema giurisdizionale comunitario – 7. L’accesso alla tutela cautelare.

1. Premessa

Nel capitolo precedente si è evidenziata la natura strettamente accessoria della tutela cautelare nel processo comunitario, all'interno del quale, invero, i procedimenti cautelari sono regolati tra quelli di carattere incidentale.

A tal riguardo si è altresì avuto modo di sottolineare che la natura della tutela cautelare nel processo comunitario comporta, innanzitutto, che la sussistenza dei presupposti processuali dell'azione principale sia pregiudiziale, per il giudice della cautela, alla trattazione delle questioni relative alla presenza dei presupposti c.d. di merito della tutela cautelare, *i.e.* il *fumus boni juris* ed il *periculum in mora*. La trattazione della domanda cautelare è infatti pregiudicata anche dall'assenza di un presupposto processuale dell'azione principale.

Tuttavia, un'applicazione rigorosa dei principi ora enucleati potrebbe, nelle ipotesi in cui sia necessario un esame approfondito onde valutare la sussistenza dei presupposti processuali del ricorso di merito, compromettere la sommarietà della cognizione, coesistente alla celerità che caratterizza e giustifica la tutela cautelare. Anche in ragione di una siffatta esigenza la giurisprudenza comunitaria si è, ormai da lungo tempo, consolidata nel senso che in via di principio nel corso del procedimento cautelare non possono essere esaminate le questioni aventi ad oggetto la ricevibilità del ricorso di merito, a pena di compromettere la sommarietà della cognizione propria del giudice della cautela, soprattutto qualora sia necessario un esame approfondito per decidere della ricevibilità del ricorso principale e di pregiudicare la decisione nel merito. Si è al contempo precisato, tuttavia, che, laddove la parte resistente eccepisca la manifesta irricevibilità del ricorso principale, è necessario che il giudice della cautela verifichi l'esistenza di alcuni elementi che consentano di affermare,

almeno a prima vista, che la ricevibilità di un tale ricorso non è completamente esclusa¹⁵⁴.

La posizione espressa sul punto dai giudici comunitari è essenzialmente da approvare. Tuttavia – ed ecco la motivazione principale che giustifica le pagine che seguono – la stessa trasferisce prepotentemente anche in materia di tutela cautelare le problematiche riconnesse all’insoddisfacente livello di tutela del diritto di accesso al giudice nel sistema comunitario. La portata di una tale questione risulta di immediata evidenza ove si considerino due tra le azioni c.d. dirette che possono essere proposte nel processo comunitario, *i.e.* l’azione di annullamento degli atti emanati dalle istituzioni comunitarie e l’azione in carenza, rispettivamente disciplinate dagli artt. 230 e 232 del Trattato CE, stante l’eccessiva rigidità delle condizioni in presenza della quali i ricorrenti individuali sono legittimati a proporre le stesse.

2. La legittimazione dei singoli a proporre l’azione di annullamento e l’azione in carenza

2.1. Le caratteristiche principali delle due azioni

Si ritengono, innanzitutto, opportune alcune brevi premesse in ordine all’azione di annullamento regolata dall’art. 230 del Trattato CE¹⁵⁵.

¹⁵⁴ Cfr., *ex multis*, CGCE, ord. 12 ottobre 1992, *Landbouwschap c. Commissione*, cit., 5069; CGCE, ord. 27 giugno 1991, *Bosman c. Commissione*, cit., 3353; CGCE, ord. 10 agosto 1987, *Assider c. Commissione*, cit., 3473; TPI, ord. 7 novembre 2003, *Bank Austria Creditanstalt c. Commissione*, cit., II-4879, § 21; TPI, ord. 6 dicembre 2002, *D. c./ Banca europea d’investimenti*, cit., p. IA 259; TPI, ord. 7 aprile 2000, *Nancy Fern Olivieri c./Commissione*, cit., p. II – 1985, § 59; TPI, ord. 15 febbraio 2000, *Gustav Hölzl e a. c./Commissione*, cit., II – 251; TPI, ord. 30 giugno 1999, *Alpharma Inc. c./Consiglio*, T – 70/99, in *Racc.*, 1999, p. II – 2027; TPI, ord. 21 giugno 1999, *María Soledad García Retortillo c./Consiglio*, T-107/99, in *Racc.*, 1999, p. II – 1999, p. IA – 107, p. II – 591; TPI, ord. 26 settembre 1997, *Carla Micheli e a. c./ Commissione*, T – 183/97, in *Racc.*, 1997, p. II – 1473. In dottrina cfr. M. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, cit., 593, nonché F. BERROD, *La systématique des voies de droit communautaires*, cit., 710, la quale definisce in termini di “teoria dell’irricevibilità manifesta del ricorso principale” il compromesso cui è pervenuta la richiamata giurisprudenza comunitaria.

¹⁵⁵ In dottrina, tra i molti, S.M. CARBONE, *Organi comunitari, controllo di legittimità e soggetti privati*, cit., *passim*; G. CONTALDI, *Sui rimedi giurisdizionali avverso atti normativi delle*

Analogamente a quanto avviene negli ordinamenti dei singoli Stati membri, anche le istituzioni comunitarie sono soggette alla legge. Tra i caratteri essenziali dello Stato di diritto rientra, infatti, la possibilità di un controllo giurisdizionale sull'operato dei pubblici poteri, soprattutto quando vengono lesi i diritti fondamentali dei singoli. Di talché anche le istituzioni della Comunità Europea – qualora quest'ultima aspiri ad essere effettivamente una Comunità di diritto – sono tenute a rispettare la legge¹⁵⁶ e, qualora ciò non avvenga, anche gli individui devono poter disporre di un mezzo di ricorso giurisdizionale efficace per denunciare simili violazioni normative¹⁵⁷.

E' per questo attribuito agli organi giurisdizionali comunitari il controllo di legalità sugli atti emanati dalle istituzioni¹⁵⁸, che si esercita principalmente nell'ambito dell'azione di annullamento disciplinata dall'art. 230 del Trattato CE¹⁵⁹, la quale pertanto assume, tra le azioni proponibili in via diretta dinanzi ai giudici comunitari, assoluta centralità¹⁶⁰.

istituzioni comunitarie, in *Giust. Civ.*, 1992, I, 2601 ss; A. MIGLIAZZA, *Azioni e provvedimenti di annullamento nel sistema della Corte di giustizia delle Comunità europee*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, 1482 ss; B. NASCIBENE – L. DANIELE (a cura di), *Il ricorso di annullamento nel trattato istitutivo della Comunità europea*, Milano, 1998; S. NERI, *Le recours en annulation dans la Communauté Européenne: rôles et limite*, in *Rev. Marché Commun*, 1967, 452 ss.

¹⁵⁶ O, *rectius*, le istituzioni, nell'emanazione delle norme di diritto comunitario derivato sono tenute a rispettare le regole poste dal Trattato CE e costituenti il diritto comunitario primario (cfr. M. NUZZO, *Introduzione alle scienze giuridiche*, cit., 51).

¹⁵⁷ Per queste considerazioni v. G. SCHOHE, *La réforme du contentieux communautaire du point de vue des droits de particulier*, cit., 661 ss.

¹⁵⁸ In argomento L. NEVILLE BROWN – F.G. JACOBS, *The Court of Justice of the European Communities*, London, 1983, 30 ss, i quali ricordano come, in accordo con la comune opinione, la Corte di Giustizia svolga la funzione propria, in ordinamenti come quello francese e quello italiano, del Consiglio di Stato.

¹⁵⁹ Si è evidenziato che l'ordinamento comunitario garantisce la tutela giurisdizionale dei diritti nei confronti dei pubblici poteri nella misura in cui alla efficacia diretta riconosciuta al diritto sostanziale comunitario segua, parallelamente, un'efficacia immediata e diretta delle posizioni soggettive che derivano da qual diritto anche quando queste si pongono nei confronti dei poteri amministrativi esercitati dalle istituzioni comunitarie (cfr. D. DE PETRIS, *La tutela giurisdizionale amministrativa europea e i principi del processo*, cit., 683).

¹⁶⁰ Così D. DE PETRIS, *La tutela giurisdizionale amministrativa europea e i principi del processo*, cit., 701, la quale evidenzia che il ricorso di annullamento costituisce il meccanismo tipico con il quale è effettuato il sindacato sul cattivo uso del potere amministrativo, impugnando direttamente gli atti amministrativi che producono effetti lesivi nei confronti degli individui. Secondo la comune opinione l'azione di annullamento di cui all'art. 230 del Trattato CE è modellata sul *recours pour excès de pouvoir* che costituisce lo strumento nel sistema francese per

Più in particolare, è demandato ai giudici comunitari l'esercizio del controllo di legalità sugli atti adottati congiuntamente dal Parlamento europeo e dal Consiglio, sugli atti del Consiglio, della Commissione e della BCE che non siano raccomandazioni o pareri, nonché sugli atti del Parlamento europeo destinati a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi.

Il ricorso è proponibile, deducendo vizi dell'atto quali l'incompetenza, la violazione delle forme sostanziali, del Trattato o di altra norma di diritto ovvero sviamento di potere, senza alcuna limitazione¹⁶¹, dai ricorrenti c.d. privilegiati, *i.e.* gli Stati membri, il Consiglio e la Commissione, nonché dai ricorrenti c.d. semiprivilegiati, la Corte dei Conti e la BCE, al fine di salvaguardare le proprie prerogative.

Le persone fisiche e le persone giuridiche, invece, se ovviamente possono ricorrere avverso le decisioni emanate dalle istituzioni comunitarie delle quali sono dirette destinatarie, negli altri casi possono proporre l'azione di cui all'art. 230 Trattato CE soltanto in presenza delle condizioni enucleate dal quarto comma di una tale disposizione, e quindi nell'ipotesi in cui siano incise dall'atto direttamente ed individualmente¹⁶².

L'azione in carenza, disciplinata dall'art. 232 del Trattato CE, attribuisce agli Stati membri ed alle istituzioni comunitarie, nonché alle persone fisiche e

domandare al giudice l'annullamento di un atto amministrativo illegittimo (v. R. CHAPUS, *Droit administratif général*, I, Montchrestien, 2001, 786 – 787). Giova inoltre evidenziare sin d'ora (ma maggiori considerazioni saranno svolte, a riguardo, nel cap. V, § 2) che, alla stregua di quanto previsto anche nei sistemi nazionali europei, fatta salva la significativa eccezione di quello tedesco, la proposizione del ricorso in annullamento non determina un'automatica sospensione dell'efficacia dell'atto impugnato che potrà essere disposta soltanto in via cautelare dal giudice amministrativo in presenza dei consueti presupposti del *periculum in mora* e del *fumus boni juris* (in arg., tra i tanti, G. PALEOLOGO, *Il giudizio cautelare amministrativo*, Padova, 1971, spec. 20 ss).

¹⁶¹ Ovvero anche a prescindere dalla sussistenza di uno specifico interesse ad agire (cfr. H. G. SCHERMERS – D. F. WAELBROECK, *Judicial protection in the European Union*, 6a ed., cit., 411).

¹⁶² L'irricevibilità dei ricorsi in annullamento proposti dai singoli finisce pertanto con il dipendere, nella maggior parte dei casi, proprio dalla carenza di legittimazione attiva in capo ai ricorrenti privilegiati ex art. 230, quarto comma, Trattato CE.

giuridiche, la possibilità di adire, messa in mora l'istituzione interessata ed atteso un termine minimo di due mesi, il giudice comunitario competente, affinché venga constatata la violazione del diritto comunitario imputabile ad un'istituzione la quale omette di agire in violazione delle previsioni del Trattato¹⁶³. La finalità di una tale azione è, pertanto, quella di consentire una sanzione giudiziale dell'illegittima astensione delle istituzioni comunitarie¹⁶⁴. In tale prospettiva

¹⁶³ In argomento, tra i molti, A. BARAV, *Considerations sur la spécificité du recours en carence en droit communautaire*, in *Rev. trim. dir. eur.*, 1975, 53 ss; T. RONSE, *Réflexions sur la spécificité du recours en carence*, in *Cah. dr. eur.*, 2000, 595 ss; P. SOLDATOS, *L'introuvable recours en carence devant la Cour de justice des Communautés européennes*, in *Cah. Dr. Eur.*, 1969, 313 ss; K. WOLF, *Le recours en carence dans le droit des Communautés européennes*, in *Revue du Marché Commun*, 1966, 117

¹⁶⁴ La previsione di un'azione volta a sanzionare specificamente l'inerzia della P.A. è tradizionalmente propria dell'esperienza giuridica tedesca, dalla quale i redattori del Trattato sembrano aver per l'appunto mutuato il ricorso autonomo di cui all'art. 232 (cfr. K. WOLF, *Le recours en carence dans le droit des Communautés européennes*, cit., 117). Una diversa impostazione caratterizza invece il sistema giurisdizionale amministrativo francese nel quale l'unico ricorso disciplinato è quello per eccesso di potere: peraltro in virtù dell'art. 3 della legge 17 luglio 1900, siccome emendato dal decreto 11 luglio 1965, il silenzio della P.A. serbato, rispetto ad un'istanza di un privato, per un periodo di due mesi equivale ad una decisione di rigetto impugnabile con il ricorso per eccesso di potere. Di talché nel sistema francese l'illegittima astensione di una istituzione è assimilata ad un rifiuto di agire poiché si ritiene che non debba essere riconosciuto all'Amministrazione il c.d. "privilegio del silenzio", silenzio che, se illegittimo, costituisce invero una manifestazione di eccesso di potere. Proprio una tale concezione era invece alla base del disposto dell'art. 35 del Trattato CECA, in virtù del quale il silenzio illegittimamente serbato dall'Alta Autorità nei due mesi successivi all'istanza del privato doveva essere assimilato ad una decisione di rigetto (così F. BERROD, *La systématique des voies de droit communautaires*, cit., spec. 353 ss; v. anche, più ampiamente, A. DE LAUBADÈRE – J.C. VENEZIA – Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif*, 15a ed., LGDJ, Paris, 1999, 681 ss). Sul modello francese anche nel sistema italiano, sino ad un recente passato, a fronte del silenzio della pubblica amministrazione, in assenza di un'azione *ad hoc*, la tutela era realizzata attraverso il ricorso alla finzione consistente nell'assimilazione del silenzio dell'Amministrazione, pure non circostanziato, ad un tacito rigetto della pretesa del privato, di talché quest'ultimo poteva proporre soltanto ricorso di legittimità avverso il provvedimento di rigetto tacito (cfr. B. SASSANI, *Silenzio ed esecuzione della sentenza nella riforma del processo amministrativo*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, 409 ss; F.G. SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano, 1971). Tale assetto è stato radicalmente modificato dall'art. 2 della legge 7 luglio 2000, n. 205, il quale ha introdotto nell'art. 21 *bis* nella legge 6 dicembre 1971, n. 1034, un apposito rito camerale semplificato (v. S. MENCHINI, *Processo amministrativo e tutele giurisdizionali differenziate*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, 969 ss) nell'ambito del quale il giudice amministrativo è chiamato a decidere delle doglianze avverso l'inerzia dei pubblici poteri. All'esito di questa prima fase il giudice si limita, se accoglie il ricorso, ad ordinare all'Amministrazione di provvedere entro un determinato termine. Nell'ipotesi in cui la P.A. non provveda sull'istanza del privato nel termine indicato dal giudice, è lo stesso art. 21 *bis* della c.d. legge T.A.R. a stabilire che il ricorrente possa domandare al giudice di nominare un commissario *ad acta* che provveda in luogo dell'Amministrazione inadempiente (in arg. v. SASSANI B., *Il regime del silenzio e l'esecuzione della sentenza*, in SASSANI – R. VILLATA (a cura di) *Il processo davanti al giudice amministrativo. Commento sistematico alla legge 205 del 2000*, 2a ed., Torino, 2004, 403 ss; ID., *Silenzio ed esecuzione della sentenza nella riforma del processo amministrativo*, cit., 409 ss; nonché A. LAMBERTI, *Il ricorso avverso il silenzio*, in *Verso il nuovo processo amministrativo* a cura di V. CERULLI IRELLI, Torino, 2000, 241 ss, quest'ultimo con alcune considerazioni critiche in ordine alla necessità di

l'azione in carenza completa nell'ambito dei ricorsi c.d. diretti il controllo di legalità sull'operato delle stesse.

Soprattutto in passato si è sviluppato un dibattito, in dottrina, avente ad oggetto l'autonomia del ricorso in carenza rispetto a quello in annullamento posto che, secondo alcuni, tali azioni avrebbero la medesima finalità di controllo di legalità sugli atti ed i comportamenti delle istituzioni comunitarie¹⁶⁵.

Per sua parte, la giurisprudenza non sembra aver assunto sulla questione un orientamento definito, poiché da alcune pronunce si potrebbero trarre argomentazioni favorevoli all'autonomia del ricorso in carenza, mentre da altre si potrebbe all'opposto desumere un'assimilazione dello stesso al ricorso in annullamento. Più in particolare, sotto il primo profilo si può evidenziare che, in accordo con una copiosa giurisprudenza, una siffatta azione può essere proposta esclusivamente qualora si denunci l'illegittimo silenzio di un'istituzione comunitaria a fronte di un preciso obbligo di agire¹⁶⁶, mentre, laddove la stessa

dover attendere la mancata conformazione della P.A. alla decisione ingiuntiva resa all'esito della prima fase del ricorso sul silenzio per poter domandare la nomina del commissario *ad acta*).

¹⁶⁵ In dottrina si può infatti distinguere la posizione di coloro che negano una sostanziale autonomia del ricorso in carenza in quanto, sotto il profilo funzionale, lo stesso consente come quello in annullamento un controllo di legalità sull'operato delle istituzioni comunitarie (v. soprattutto P. SOLDATOS, *L'introuvable recours en carence devant la Cour de justice des Communautés européennes*, cit., 313 ss; cfr. anche CGCE, 18 novembre 1970, *Chevalley c. Commissione*, C-15/70, in *Racc.*, 1970, 975, § 6) da quella dei fautori, anche in relazione alla differente disciplina desumibile dalla lettera del Trattato, dell'autonomia del ricorso in carenza sul modello tedesco (così A. BARAV, *Considérations sur la spécificité du recours en carence en droit communautaire*, cit., 53 ss).

¹⁶⁶ L'azione in carenza non può quindi essere utilizzata per ottenere che un'istituzione si pronunci che nelle ipotesi in cui la stessa goda di una competenza di carattere vincolato (cfr. J. BOULOUIS – M. DARMON – J.G. HUGO, *Contentieux communautaire*, 2a ed., cit., 223). In giurisprudenza si è pertanto ritenuto che l'azione ex art. 232 del Trattato CE non possa essere volta ad obbligare la Commissione a dare corso ad una procedura di infrazione nei confronti di uno Stato membro (CGCE, 12 giugno 1992, *Asia Motor France c. Commissione*, C-72/90, in *Racc.*, 1992, 3935; CGCE, 14 febbraio 1989, *Star Fruit c. Commissione*, C-247/87, in *Racc.*, 1989, 291; CGCE, 1° marzo 1966, *Lütticke c. Commissione*, C-48/65, in *Racc.*, 1966, 28). Peraltro, la stessa giurisprudenza comunitaria ha più di recente riconosciuto che l'azione in carenza può essere proposta anche nelle ipotesi in cui venga in rilievo l'esercizio di una competenza di carattere discrezionale di un'istituzione qualora, sebbene non sussista un obbligo per la stessa di compiere una scelta in un determinato modo, l'istituzione sia tuttavia obbligata ad effettuare una scelta e non si sia illegittimamente pronunciata sul punto (TPI, 3 giugno 1999, *TF 1 c. Commissione*, T-17/96, in *Racc.*, 1999, II-1757, § 80). Si ritiene, inoltre, che in sede di accoglimento del ricorso in carenza, possa essere resa esclusivamente una pronuncia di accertamento della carenza dell'istituzione e che non possa anche essere indirizzata alla stessa un'ingiunzione ad agire (cfr.,

abbia rigettato un'istanza del ricorrente, quest'ultimo sarà tenuto, piuttosto, ad introdurre un'azione di annullamento¹⁶⁷.

Una sostanziale assimilazione delle regole del ricorso in carenza a quelle proprie del ricorso in annullamento si ritrova, invece, proprio nella giurisprudenza in tema di condizioni che legittimano la proposizione dello stesso da parte dei singoli. A riguardo, l'art. 232, § terzo, del Trattato CE stabilisce che gli individui possono proporre ricorso in carenza soltanto qualora un'istituzione abbia omesso di emanare nei confronti degli stessi un atto diverso da una raccomandazione o da un parere¹⁶⁸. In accordo con la lettera del citato art. 232, § terzo, pertanto, soltanto nella richiamata situazione un singolo potrebbe proporre l'azione in carenza: peraltro, in giurisprudenza si è ritenuto, diversamente, che ciò possa avvenire anche nelle ipotesi in cui l'atto riguardi altri soggetti o abbia carattere generale, qualora concerna i ricorrenti direttamente ed individualmente¹⁶⁹. Ne deriva che, a prescindere dalla circostanza che il testo dell'art. 232 del Trattato CE inducesse ad un'interpretazione più restrittiva in ordine alla legittimazione dei singoli a proporre l'azione in carenza¹⁷⁰, la norma è stata interpretata in sede pretoria nel senso di consentire ai ricorrenti individuali di introdurre una tale azione in presenza delle medesime condizioni cui è subordinata la proponibilità dell'azione di annullamento¹⁷¹.

tra le altre, TPI, ord. 9 settembre 1999, *UPS Europe c. Commissione*, T-127/98, in *Racc.*, 1999, II-2633; TPI, ord. 12 novembre 1996, *SDDDA c. Commissione*, T-47/96, in *Racc.*, 1996, II-1559). In argomento, in dottrina, cfr. F. BERROD, *La systématique des voies de droit communautaires*, cit., spec. 370 ss.

¹⁶⁷ CGCE, ord. 9 luglio 1991, *Control Union c. Commissione*, C-250/90, in *Racc.*, 1991, 3585.

¹⁶⁸ Così, tra le altre, CGCE, 26 aprile 1988, *Asteris c. Commissione*, C-97/86, in *Racc.*, 1986, 2181; CGCE, 10 giugno 1982, *Lord Bethell c. Commissione*, C-246/81, in *Racc.*, 1982, 2277.

¹⁶⁹ Cfr., *ex ceteris*, CGCE, 16 febbraio 1993, *ENU c. Commissione*, C-107/91, in *Racc.*, 1993, 599, § 17; TPI, 27 ottobre 1994, *Ladbroke Racing c. Commissione*, T-32/93, in *Racc.*, 1994, II-1015, 41, anche in *Common Market Law Review*, 1996, 165, con nota di F. BERROD.

¹⁷⁰ Cfr., per tutti, J. BOULOUIS – M. DARMON – J.G. HUGO, *Contentieux communautaire*, 2a ed., cit., 222.

¹⁷¹ CGCE, 26 novembre 1996, *T-Port c. Commissione*, C-68/95, in *Racc.*, 1996, 6065.

La portata della giurisprudenza in tema di condizioni che consentono ad un singolo di proporre l'azione volta all'annullamento di un atto di diritto comunitario derivato, ovvero per quanto da ultimo evidenziato, a contestare l'illegittima carenza di un'istituzione, sarà oggetto di analisi nelle pagine successive.

2.2. Le condizioni in presenza delle quali i ricorrenti individuali possono proporre l'azione di annullamento

L'ambito dell'estensione della possibilità degli individui di impugnare gli atti emanati dai pubblici poteri costituisce uno dei più grandi dilemmi del diritto amministrativo moderno¹⁷². La questione, strettamente avvinta a quella della funzione, soggettiva o oggettiva, della giustizia amministrativa¹⁷³, è stata oggetto di grande attenzione anche da parte dei redattori del Trattato istitutivo della Comunità Economica Europea¹⁷⁴. La previsione di risulta è l'odierno art. 230, § quarto, del suddetto Trattato, disposizione mai modificata sotto il profilo contenutistico, ed in omaggio alla quale ogni persona fisica o giuridica può proporre ricorso contro le decisioni emanate nei suoi confronti¹⁷⁵, nonché contro

¹⁷² L'espressione è mutuata da A. ARNULL, *Private applicants and the action for annulment under article 173 of the EC Treaty*, cit., 19.

¹⁷³ Possiamo subito accennare, ma la questione sarà meglio affrontata *infra*, § 3, che storicamente il tipico modello di giurisdizione amministrativa avente funzione oggettiva è quello del processo amministrativo francese, definito "processo fatto ad un atto", in quanto avente quale oggetto precipuo il ripristino, attraverso l'annullamento del provvedimento illegittimo, del principio di legalità violato dall'attività della Pubblica Amministrazione e soltanto condizionatamente la tutela delle posizioni soggettive dei singoli lese dallo stesso operato dell'Amministrazione. Diversamente, il processo amministrativo tedesco è addotto quale esempio paradigmatico di giurisdizione amministrativa con funzione soggettiva, avente cioè quale obiettivo fondamentale la tutela dei diritti soggettivi dei singoli violati dai pubblici poteri. In dottrina su tali questioni, con riferimento alle evoluzioni che si sono verificate nei tempi più recenti, v., tra gli altri, M. FROMONT, *La convergence des systèmes de justice administrative en Europe*, cit., 125 ss; G. MARCOU, *Caractères généraux et évolution de la juridiction administrative en Europe*, cit., 84 ss.

¹⁷⁴ Cfr. F. BERROD, *La systématique des voies de droit communautaires*, cit., 183 ss.

¹⁷⁵ Un ricorrente individuale può infatti senz'altro impugnare direttamente una decisione indirizzata specificamente nei propri confronti come, ad es., l'irrogazione di un'ammenda o il rifiuto di un contributo sociale o, ancora, la decisione relativa ad una violazione delle regole in tema di concorrenza (cfr. G. TESAURO, *Diritto comunitario*, 3a ed., cit., 225).

quelle che, sebbene appaiano come un regolamento o una decisione presa nei confronti di altre persone, la riguardino direttamente ed individualmente. Di talché il ricorrente dovrà dimostrare la sussistenza di questo interesse duplicemente qualificato per impugnare atti diversi dalle decisioni delle quali è formale destinatario.

Tale problematica non è estranea alla tutela cautelare poiché il giudice della cautela, stante la giurisprudenza consolidata¹⁷⁶, dedotta dal resistente la manifesta irricevibilità del ricorso principale, è tenuto a valutare, nell'ambito della propria cognizione sommaria, se sussistano elementi tali da consentire di non ritenere *prima facie* esclusa la ricevibilità del ricorso principale¹⁷⁷.

Ciò implica, allora, che possono essere estese anche al processo cautelare le considerazioni critiche mosse dalla dottrina prevalente all'attuale sistema dei ricorsi diretti dinanzi al giudice comunitario, legate alla circostanza che le condizioni in presenza delle quali gli stessi possono essere proposti dai singoli ai sensi dell'art. 230, § quarto, del Trattato CE, siccome interpretate in sede pretoria, sono eccessivamente restrittive per proteggere in via effettiva i diritti degli stessi¹⁷⁸. Una tale considerazione si riconnette, per vero, soprattutto agli

¹⁷⁶ Cfr. tra le ordinanze del Presidente del TPI: 6 dic. 2002, *D. c./ Banca europea d'investimenti*, cit., p. IA 259; 7 apr. 2000, *Nancy Fern Olivieri c./Commissione*, cit., p. II – 1985, § 59; 15 feb. 2000, *Gustav Hölzl e a. c./Commissione*, cit., II – 251; 30 giu. 1999, *Alpharma Inc. c./Consiglio*, cit., p. II – 2027; 21 giu. 1999, *María Soledad García Retortillo c./Consiglio*, cit., p. II – 1939, p. IA – 107, p. II – 591; 26 set. 1997, *Carla Micheli e a. c./ Commissione*, cit., p. II – 1473.

¹⁷⁷ E con essa, pertanto, anche quella del ricorso cautelare.

¹⁷⁸ Cfr., tra tanti, ARNULL A., *Private applicants and the action for annulment under article 173 of the EC Treaty*, cit., 7 ss; A. BARAV, *Le juge et le justiciable*, cit., 7; P. CASSIA, *L'accès des personnes physiques ou morales au juge de la légalité des actes communautaires*, cit., passim; O. DE SCHUTTER, *Les mesures provisoires devant la CJCE*, cit., 98; M. P. GRANGER, *Towards a Liberalisation of Standing Conditions for Individuals Seeking Judicial Review of Community Acts: Jègo-Quèrè et Cie SA v Commission and Unión de Pequeños Agricultores v Council*, in *The Modern Law Review*, 2003, 124 ss; M. WAELBROECK, *Le transfert des recours directs au Tribunal de première instance des Communautés européennes. Vers une meilleure protection judiciaire des justiciables?*, in *La réforme du système juridictionnelle communautaire*, cit., 88; G. TESAURO, *Il controllo diretto della legalità degli atti comunitari*, cit., 9 ss; D. BONI, *Il ricorso di annullamento delle persone fisiche e giuridiche*, in *Il ricorso di annullamento nel Trattato istitutivo della Comunità europea*, cit., 106 ss; H. RASMUSSEN, *Why is Article 173 interpreted against private plaintiffs?*, cit., 112; J. RIDEAU (a cura di), *Le droit au juge dans l'Union européenne*, in LGDJ, 1998, 191 ss; H. SCHERMERS – D.F. WAELBROECK, *Judicial*

orientamenti consolidati nella giurisprudenza comunitaria in ordine alla legittimazione dei ricorrenti c.d. non privilegiati a proporre ricorso di annullamento ex art. 230 del Trattato CE delle decisioni, diverse da quelle di cui sono diretti destinatari¹⁷⁹, e degli atti di carattere generale¹⁸⁰.

Sotto quest'ultimo profilo, originariamente la Corte di Giustizia aveva negato in radice la possibilità per in singoli di impugnare gli atti di carattere generale, affermando che gli stessi potevano essere contestati dai singoli esclusivamente qualora gli stessi riuscissero a dimostrare che si trattava di fasci di decisioni individuali¹⁸¹: secondo la Corte comunitaria, infatti, la generalità ed astrattezza propria dei regolamenti sarebbe in contrasto con la nozione stessa di interesse individuale che, in virtù dell'art. 230, § quarto, del Trattato CE, il

Protection in the European Union, 6a ed., cit., 428; G. SCHOHE, *La réforme du contentieux communautaire du point de vue des droits du particulier*, cit., 674; A. TIZZANO, *La tutela dei privati nei confronti degli Stati membri dell'Unione Europea*, cit., 13, nonché, già agli albori della costruzione del sistema comunitario, L. GOFFIN, *Le recours en annulation des particuliers*, in *Cahiers dr. eur.*, 1966, n. 1, 72 ss; J. V. LOUIS, *Le droit des particuliers d'agir en annulation selon le traité du Marché commun*, in *Rev. de Derecho, Jurisprudencia y Administracion*, 1964, 213, ss. Differente, invece, appare la posizione di P. NIHOUL, *La recevabilité des recours en annulation introduits par un particulier à l'encontre d'un acte communautaire de portée générale*, cit., 171 ss, secondo il quale il sistema di tutela giurisdizionale comunitario sarebbe completo posto che ipotetiche limitazioni alla possibilità dei singoli di impugnare direttamente dinanzi ai giudici comunitari atti di carattere generale sarebbero compensate dai ricorsi esistenti, in ambito interno, per impugnare le misure interne di esecuzione e di applicazione del diritto comunitario.

¹⁷⁹ Occorre ricordare, in proposito, che le decisioni, stante l'art. 249 del Trattato CE, costituiscono lo strumento principale mediante il quale il diritto comunitario è applicato a fattispecie concrete ed, infatti, vincolando soltanto i diretti destinatari hanno portata individuale ed acquistano efficacia nei confronti degli stessi dal momento della notificazione (M. NUZZO, *Introduzione alle scienze giuridiche*, cit., 48).

¹⁸⁰ E' opportuno sottolineare che il riferimento agli atti di carattere generale emanati dalle istituzioni comunitarie è assolutamente generico e non postula una corrispondenza tra gli stessi e gli atti amministrativi generali noti al diritto interno (in arg. v. G. DELLA CANNEA, *Gli atti amministrativi generali*, Padova, 2000; M.S. GIANNINI, *Provvedimenti amministrativi generali e regolamenti ministeriali*, in *Foro it.*, 1953, III, c. 9; A.M. SANDULLI, *Sugli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, in *Foro it.*, 1954, IV, c. 217). Infatti, come meglio si evidenzierà nei successivi paragrafi (v. *infra* § 5), al momento manca una gerarchia delle fonti di diritto comunitario derivato, anche in ragione dell'assenza di un'effettiva separazione dei poteri tra le istituzioni comunitarie. Ne deriva che sono accomunate nella omnicomprensiva locuzione "diritto comunitario derivato" atti che, secondo le categorie proprie del diritto interno, non soltanto potrebbero essere ricondotti non solo agli atti amministrativi generali ed ai regolamenti della P.A., ma anche a vere e proprie leggi, come le direttive ed i regolamenti ex art. 249 del Trattato CE.

¹⁸¹ Così M.P. GRANGER, *Towards a Liberalisation of the Standing Conditions for Individuals Seeking Judicial Review of Community Acts: Jègo-Quéré et Cie SA v Commissione and Union de Pequenos Agricultores v Council*, cit., 126. In argomento v. anche P. PALLARO, *Il ricorso di annullamento degli atti comunitari da parte dei privati: proposte di lettura dell'attuale giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2002, 87 ss.

ricorrente privato deve dimostrare di avere ove proponga un ricorso di annullamento avverso un regolamento¹⁸².

Negli anni successivi una fattispecie nella quale un'impresa aveva impugnato una decisione non emanata nei propri confronti costituì l'occasione per un'importante precisazione giurisprudenziale, tosto estesa agli atti di carattere generale¹⁸³. Più in particolare, la Corte di Giustizia ha evidenziato che i soggetti diversi dai destinatari diretti di una decisione possono impugnare la stessa soltanto qualora la medesima li leda in virtù di alcune qualità ad essi applicabili o di una situazione di fatto che li caratterizza rispetto ad ogni altra persona e di fatto li individualizza in modo analogo al destinatario¹⁸⁴. In pratica i singoli possono impugnare dinanzi agli organi giurisdizionali decisioni formalmente indirizzate ad altri soggetti soltanto se gli stessi sono stati adottati tenendo specificamente conto della situazione dei medesimi ricorrenti, per questo "individualmente" riguardati da tali atti.

La c.d formula *Plaumann* è stato in seguito confermata anche con riferimento ad atti di portata generale, come i regolamenti e le direttive¹⁸⁵. Infatti,

¹⁸² Cfr. CGCE 14 dic. 1962, *Confédération nazionale des producteurs de fruits et légumes c. Consiglio*, cit.

¹⁸³ Il riferimento è, più precisamente, a CGCE, 15 luglio 1963, *Plaumann c. Commissione*, C-25/62, in *Racc.*, 1963, 199. Nella fattispecie concreta la società Plaumann, importatrice di clementine, aveva introdotto un procedimento contro una decisione formalmente indirizzata allo Stato tedesco con la quale la Commissione aveva negato alla Repubblica Federale di Germania l'autorizzazione a sospendere l'imposizione dei dazi di importazione sulle clementine. Plaumann riteneva, quale importatrice di clementine, di essere individualmente riguardata dalla misura, circostanza negata dalla Corte di Giustizia nella relativa decisione, in quanto un'attività commerciale può essere svolta da qualsivoglia soggetto che, non solo per questo, può considerarsi individualmente riguardato da un atto. In senso conforme nella giurisprudenza successiva v., tra le tante, CGCE, ord. 12 giugno 1992, *Asia Motor France c. Commissione*, C-29/92, in *Racc.*, 1992, 3935; CGCE 31 maggio 1988, *Sociedade agro-pecuniaria Vicente Nobre c. Consiglio*, C-253/86, in *Racc.*, 1988, 2725; CGCE 26 aprile 1988, *APESCO c. Commissione*, C-207/86, in *Racc.*, 1988, 2151).

¹⁸⁴ CGCE, 15 luglio 1963, *Plaumann c. Commissione*, cit., 199.

¹⁸⁵ In realtà, secondo autorevole dottrina, l'orientamento originario in virtù del quale i singoli non potrebbero impugnare atti di carattere generale, non è mutato nella citata giurisprudenza successiva che ha aperto la strada, alle condizioni di cui all'art. 230, quarto comma, del Trattato CE, ai ricorsi di annullamento proposti dai singoli avverso i regolamenti soltanto qualora gli stessi, almeno con riferimento alle disposizioni che riguardino gli stessi direttamente ed individualmente, non costituiscano degli "effettivi" regolamenti, non applicandosi a situazioni oggettivamente

sebbene non sia in linea di principio riconosciuta ai singoli la possibilità di impugnare tali atti, aventi carattere eminentemente normativo, cioè a dire dell'applicabilità a categorie di persone astrattamente individuate in presenza di situazioni oggettivamente definite¹⁸⁶, è stata nondimeno riconosciuta la possibilità per in singoli di impugnare gli atti che, aventi soltanto in apparenza la forma di regolamenti¹⁸⁷ o di direttive¹⁸⁸, tuttavia li riguardino direttamente ed individualmente.

Si è peraltro precisato, sempre in una prospettiva restrittiva quanto alla legittimazione degli individui ad impugnare gli atti emanati dalle autorità comunitarie, che la natura regolamentare di un atto non viene meno qualora sia possibile determinare il numero e l'identità dei soggetti cui lo stesso si applica in un determinato momento, purché l'applicazione avvenga in ragione di una situazione oggettiva di diritto o di fatto definita dall'atto¹⁸⁹. Affinché il ricorso sia

determinate e non producendo effetti giuridici nei confronti di categorie di persone astrattamente determinate (cfr. A. BARAV, *Le juge et le justiciable*, cit., 8).

¹⁸⁶ In pratica nell'ipotesi in cui un individuo impugni una decisione formalmente indirizzata ad un altro soggetto che, nella maggior parte dei casi, sarà uno Stato membro deve dimostrare, per poter proporre l'azione di annullamento, che in realtà la decisione è diretta anche a lui; diversamente, qualora il singolo impugni un atto di carattere generale deve dimostrare che, nonostante la forma ad es. di regolamento, si tratta di un atto che, alla stregua di una decisione, lo riguarda individualmente. La Corte di Giustizia, in merito alla distinzione tra regolamenti e decisioni, ha precisato che la stessa poggia sulla generale applicabilità o meno della misura in questione. In una tale prospettiva i regolamenti sono provvedimenti di carattere normativo che trovano applicazione nei confronti di destinatari individuabili soltanto in modo generale ed astratto (cfr. CGCE, 14 febbraio 1962, *Confédération nationale des producteurs de fruits et légumes e a. c. Consiglio*, C-16 e C-17/62, in *Racc.*, 1962, 901 ss).

¹⁸⁷ In ogni caso si veda, per la conferma dell'orientamento espresso nella pronuncia *Plaumann* anche nell'ipotesi in cui il singolo impugni un regolamento già CGCE, *International Fruit Company c. Commissione*, 13 maggio 1971, da C-41 a C-44/70, in *Racc.*, 1971, 411 ss.

¹⁸⁸ La giurisprudenza della Corte di Giustizia ritiene invero che le direttive siano strumenti di legislazione indiretta che hanno carattere generale sia quando sono indirizzate a tutti gli Stati membri, sia nell'ipotesi in cui i destinatari delle stesse siano identificabili, ma per gli stessi la direttiva trovi applicazione in ragione di una situazione obiettivamente definita in relazione alle finalità dell'atto (CGCE, 26 giugno 1993, *Governo di Gibilterra c. Consiglio*, C-298/89, in *Racc.*, 1993, 3605). Si è peraltro ritenuto che una direttiva può essere impugnata direttamente dai singoli quando si tratti in realtà di una decisione dissimulata, contenente disposizioni specifiche aventi indole di decisione individuale per i ricorrenti ovvero, sebbene atto di portata generale, riguardi i ricorrenti direttamente ed individualmente (CGCE, 23 novembre 1995, *Asocarne c. Consiglio*, C-10/95, in *Racc.*, 1995, 4149, §§ 28 ss; TPI, 27 giu. 2000, *Salamander c. Parlamento e Consiglio*, T-175 e T-177/98, in *Racc.*, 2000, p. II-2487, §§ 29 – 30, §§ 52 – 71).

¹⁸⁹ CGCE, 6 ottobre 1982, *Alusuisse c. Consiglio e Commissione*, C-307/81, in *Racc.*, 1982, 3463. Nello stesso senso, successivamente, la giurisprudenza costante; cfr., tra le altre, CGCE, ord. 13

ammissibile il ricorrente deve quindi dimostrare che l'atto è stato emanato in considerazione degli interessi di una limitata categoria di persone alla quale egli stesso appartiene¹⁹⁰.

Quanto premesso restringe significativamente, in concreto, la possibilità dei singoli di impugnare gli atti emanati dalle istituzioni comunitarie¹⁹¹, tanto che parte della dottrina non ha esitato ad evidenziare che tali orientamenti finiscono con il tradursi in un vero e proprio diniego di giustizia¹⁹².

Allo scopo di meglio comprendere la ragioni alla base di un tale approccio critico, si ritiene ora opportuno analizzare singolarmente i due requisiti cui l'art. 230, quarto comma, del Trattato Ce subordina la legittimazione ad agire dei ricorrenti individuali alla luce della giurisprudenza comunitaria.

luglio 1988, *Fédération européenne de la santé animale c. Consiglio*, C-160/88, in *Racc.*, 1988, 4121; CGCE, 24 novembre 1992, *Buckl c. Commissione*, C-15/91 e C-108/91, in *Racc.*, 1991, 6061; CGCE, 26 giugno 1993, *Gibilterra c. Consiglio*, C-298/89, in *Racc.*, 1993, 3605; TPI 15 dicembre 1994, *Unifruit Hellas*, T-489/93, in *Racc.*, 1994, p. II-1201. Cfr. anche H.G. SCHERMERS – D. F. WAELBROECK, *Judicial protection in the European Union*, 6a ed., cit., 435. Il criterio principale di distinzione sembra essere quello tra l'essere "bound" da un provvedimento e l'essere "affected" dal medesimo, nel senso che una decisione vincola soltanto una classe determinata di destinatari, mentre un regolamento ha ogni soggetto quale potenziale destinatario, sebbene in concreto possa ledere soltanto la posizione di una categoria "chiusa" di soggetti. Ne deriva che le situazioni nelle quali è più difficile tracciare una distinzione siffatta sono quelle in cui il numero dei destinatari dell'atto è esiguo e nonostante i soggetti che possano essere lesi dallo stesso nelle proprie posizioni giuridiche soggettive siano in astratto indeterminabili, l'identità dei medesimi è in realtà accertabile al momento di emanazione del provvedimento (v. A. ARNULL, *Private applicants and action of annulment under article 173 of the EC Treaty*, cit., 21). Si ritengono quindi condivisibili i rilievi critici di F. BERROD, *La systématique des voies de droit communautaires*, cit., spec. 599 ss, la quale evidenzia che simili precisazioni giurisprudenziali rendono estremamente tenue la distinzione tra atti di portata generale ed atti di carattere individuale.

¹⁹⁰ Così H.G. SCHERMERS – D. F. WAELBROECK, *Judicial protection in the European Union*, 6a ed., cit., 433.

¹⁹¹ Cfr. L. NEVILLE BROWN – F.G. JACOBS, *The Court of Justice of the European Communities*, cit., 97 – 99; J. RIDEAU – F. PICOD, *Code de procédures communautaires*, cit., 284, i quali sottolineano che è particolarmente arduo per il ricorrente fornire la prova di essere direttamente ed individualmente riguardata dall'atto tanto che, soltanto in pochi casi, i relativi ricorsi sono considerati ammissibili dal giudice comunitario.

¹⁹² In tal senso v., tra gli altri, H. RASMUSSEN, *Why is Article 173 interpreted against private plaintiffs?*, cit., 112; E. STEIN – J. VINCING, *"Citizens". Access to Judicial Review of Administrative Action in a Transnational and Federal context*, cit., 219.

2. 2. 1. Atto che riguarda “direttamente” il ricorrente

In primo luogo, al fine di impugnare atti diversi dalle decisioni delle quali sono formalmente destinatari, i singoli devono dimostrare di essere direttamente riguardati dagli stessi. In proposito una costante giurisprudenza ha chiarito che i ricorrenti individuali sono direttamente riguardati dall'atto impugnato se quest'ultimo è immediatamente idoneo ad esplicare effetti giuridici nei loro confronti¹⁹³. Tale condizione si verifica, in particolare, quando il provvedimento ha di per sé l'effetto di privare il ricorrente di un diritto o di imporre allo stesso un obbligo, costituendo un complesso di regole sufficiente a sé stesso la cui applicazione può essere automatica, *i.e.* prescindere dall'emanazione discrezionale di un'altra misura da parte di un'autorità terza rispetto a quella che ha emanato l'atto¹⁹⁴.

La richiamata condizione si riconnette, nella prospettiva di un'armonica integrazione tra i sistemi processuali dei singoli Stati membri e quello comunitario, all'idea di “giudice naturale”¹⁹⁵, poiché se le autorità interne godono di un potere discrezionale nell'emanazione di atti sulla base di norme comunitarie, è più opportuno che su tali atti di esecuzione il controllo di legalità venga compiuto dai giudici nazionali¹⁹⁶.

Sul punto le questioni più discusse sono tradizionalmente sorte nelle ipotesi in cui tra l'atto e gli effetti pregiudizievoli si frapponevano atti nazionali emanati in attuazione di quelli comunitari oggetto di impugnazione. Com'è noto,

¹⁹³ O, *rectius*, il requisito postula l'esistenza di una diretta connessione causale tra l'atto emanato dalle istituzioni comunitarie e gli effetti giuridici determinati dallo stesso sulla situazione del ricorrente (cfr. M. P. GRANGER, *Towards a Liberalisation of Standing Conditions for Individuals Seeking Judicial Review of Community Acts: Jégo-Quéré et Cie SA v Commissione and Unión Pequeños Agricultores v Council*, *cit.*, 127).

¹⁹⁴ Cfr. D. BONI, *Il ricorso di annullamento delle persone fisiche e giuridiche*, *cit.*, 57.

¹⁹⁵ Questa l'efficace espressione di F. BERROD, *La systématique des voies de droit communautaires*, *cit.*, 634.

¹⁹⁶ Cfr. CGCE, 7 luglio 1987, *Étoile commerciale et CNTA c. Commissione*, C-89 e 91/86, in *Racc.*, 1987, 3005, §§ 11 ss; TPI, 25 aprile 2001, *Coillte Teoranta c. Commissione*, T-244/00, in *Racc.*, 2001, p. II- 1275.

la fattispecie paradigmatica è quella dell'attuazione degli obblighi sanciti dalle direttive, le quali, ponendo meramente un obbligo di risultato per gli Stati membri, possono essere attuate con strumenti diversi¹⁹⁷ e quindi non produrre effetti diretti nella sfera dei singoli¹⁹⁸. Secondo la giurisprudenza comunitaria, il ricorso dei privati avverso una direttiva è ricevibile qualora nell'emanazione dell'atto nazionale le autorità competenti siano prive di qualsivoglia discrezionalità, di talché l'atto interno eventualmente emanato ha carattere meramente formale¹⁹⁹. Si tratta, invero, di direttive c.d. dettagliate o *self-executing*²⁰⁰. Nella distinta ipotesi di direttive meramente programmatiche non

¹⁹⁷ Diversamente dal regolamento che costituisce uno strumento di uniformizzazione dei diritti nazionali, la direttiva rappresenta, infatti, uno strumento teso all'armonizzazione delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri aventi diretta incidenza sull'instaurazione o sul funzionamento del mercato comune. Ne deriva che all'esito del procedimento di attuazione della direttiva, la stessa può comportare l'emanazione, a seconda degli Stati membri, di norme di diritto interno non identiche nel loro contenuto ma aventi un obiettivo comune (cfr. M. NUZZO, *Introduzione alle scienze giuridiche*, cit., 41 ss, con un efficace esempio relativo alla direttiva del 1993 volta al ravvicinamento delle legislazioni interne sulle clausole abusive nei contratti stipulati dai professionisti con i consumatori).

¹⁹⁸ M. P. GRANGER, *Towards a Liberalisation of Standing Conditions for Individuals Seeking Judicial Review of Community Acts: Jégo-Quéré et Cie SA v Commissione and Unión Pequeños Agricultores v Council*, cit., 127; P. PALLARO, *Il ricorso in annullamento degli atti comunitari da parte dei privati: proposte di lettura dell'attuale giurisprudenza*, cit., 89; v. anche TPI, ord. 27 giugno 2000, *Salamandre AG and Others c. Parlamento e Consiglio*, T-177/98, in *Racc.*, 2000, p. II - 2487. Considerazioni per certi versi speculari possono essere invece effettuate per i regolamenti: giova ricordare che, secondo la Corte di Giustizia, eventuali atti nazionali di interposizione non possono in ogni caso compromettere il principio di immediata applicabilità degli stessi in tutti gli Stati membri, sancito dall'art. 189, ora 249, del Trattato (cfr. già CGCE, 10 ottobre 1973, *Fratelli Variola S.p.a. c. Amministrazione delle finanze dello Stato*, C-34/73, in *Racc.*, 1973, 981; CGCE, 2 febbraio 1977, *Amsterdam Bulb BV c. Produktschap voor siergewassen*, C-50/76, in *Racc.*, 1977, 137). Inoltre la stessa Corte di Giustizia, nel caso *NTN Tokyo Bearing Company c. Consiglio* (sentenza 20 marzo 1979, C-113/77, in *Racc.*, 1979, 1185) ha invero precisato che l'emanazione di atti di esecuzione per l'attuazione di una disposizione contenuta in un regolamento non impedisce che lo stesso possa riguardare direttamente un soggetto ogni qual volta una tale esecuzione abbia carattere puramente automatico e la stessa esecuzione avvenga in forza della sola disciplina comunitaria.

¹⁹⁹ V., tra le altre, CGCE 13 maggio 1971, *International Fruit Company c./ Commissione*, cit., 1363; CGCE 6 novembre 1990, *Weddel c./ Commissione*, C-354/87, in *Racc.*, 1990, I - 3847; TPI 14 settembre 1995, *Antillean Rice Mills e a. c./ Commissione*, cause riunite T - 480/93 e T - 483/93, in *Racc.*, 1995, p. II - 2305; TPI 11 dicembre 1996, *Com'afrika e Dole c./ Commissione*, T- 70/94, in *Racc.*, 1996, p. II - 1741; TPI 14 ottobre 1999, *CAS Succhi di frutta c./ Commissione*, cause riunite T-106/96 e T-191/96, in *Racc.*, 1999, p. II - 3181; TPI, ord. 5 luglio 2005, *Rodenbröker e a. c. Commissione*, T-117/05, in *Racc.*, 2005, II, 2593. Il "leading case" in materia è costituito, comunque sia, da CGCE 10 dicembre 1969, *Eridania c. Commissione*, cause riunite 10/68 e 18/68, in *Racc.*, 1969, 247, § 9 (sul quale v. anche D. BONI, *Il ricorso in annullamento delle persone fisiche e giuridiche*, cit., 57, nota 13).

²⁰⁰ E' bene ricordare, in proposito, che tali direttive consentono ai cittadini comunitari di ottenere direttamente tutela anche dinanzi ai giudici nazionali i quali hanno infatti il dovere di applicare la disciplina posta dalle direttive sufficientemente concrete, precise ed incondizionate, anche per via

attuare nel termine previsto i privati potranno invece agire direttamente nei confronti dello Stato membro inadempiente²⁰¹ onde essere risarciti dei danni subiti a causa del mancato tempestivo recepimento²⁰².

Va, inoltre, evidenziato che, più di recente, la giurisprudenza europea ha riconosciuto, nonostante l'art. 249 del Trattato CE sancisca che i regolamenti comunitari producono effetti diretti, che alcuni regolamenti necessitano di un intervento complementare delle istituzioni o degli Stati membri prima del quale gli stessi non sono idonei a produrre *ex se* effetti giuridici nella sfera del ricorrente²⁰³.

di disapplicazione delle norme dell'ordinamento interno con la stessa eventualmente incompatibile (M. NUZZO, *Introduzione alle scienze giuridiche, cit.*, 43).

²⁰¹ Resta escluso, invece, l'effetto diretto orizzontale delle direttive, cioè nell'ambito dei rapporti tra privati (cfr. M. NUZZO, *Introduzione alle scienze giuridiche, cit.*, 43, il quale sottolinea che in questo caso resta fermo soltanto un obbligo di interpretazione conforme al diritto comunitario in capo ai giudici nazionali).

²⁰² Cfr. soprattutto CGCE, 19 novembre 1990, *Francovich e Bonifaci c. Italia*, C-6 e C-9/90, in *Racc.*, 1990, 5357, nonché, tra l'altro, in *Giust. Civ.*, 1992, 2296, in *Giur. merito*, 1992, 450, con nota di ORLANDI, in *Giur. it.*, 1992, I, 1, 1169, con nota di R. CARANTA, in *Foro it.*, 1992, IV, 145, con note di BARONE, PARDOLESI e PONZAN, in *Giur. Cost.*, 1992, 488, con nota di M. CARTABIA, in *Mass. Giur. lav.*, 1991, 648, con nota di FOGLIA, *ivi*, 1992, 40, con nota di BRANCA ed in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1992, 138, con note di CAFAGNO e di RUSSO SPENA: una tale pronuncia ha sancito in via generale la possibilità per il cittadino di ottenere il riconoscimento di un diritto che la direttiva comunitaria gli attribuiva, indipendentemente dall'efficacia diretta della disposizione che riconosce un tale diritto. Le condizioni di un tale diritto sono state poi precisate dalla giurisprudenza successiva; per un'efficace sintesi, anche con opportuni riferimenti alla giurisprudenza interna in materia, v. G. CAPILLI, *La responsabilità civile dello Stato per violazione degli obblighi comunitari*, ora in *Casi scelti in tema di responsabilità civile* a cura di G. ALPA – G. CAPILLI – P.M. PUTTI, Padova, 2004, 152 ss. Copiosa è, comunque sia, la dottrina che si è occupata specificamente della questione: v., tra i molti, G. ALPA, *La responsabilità civile dello Stato per violazione degli obblighi comunitari*, in *Rass. Dir. civ.*, 2000, 487; A. DI MAJO, *Responsabilità e danni nelle violazioni comunitarie ad opera dello Stato*, in *Europa e diritto privato*, 1998, II, 745; FUMAGALLI, *La responsabilità degli Stati membri per violazione del diritto comunitario*, Milano, 2001; G. GIACALONE, *Mancata attuazione di direttive comunitarie e responsabilità dello Stato nei confronti del singolo, un ripensamento della Cassazione*, in *Giust. Civ.*, 2003, 1193 ss; V. ROPPO, *La responsabilità civile dello Stato per violazione del diritto comunitario (con una trasgressione nel campo dell'illecito "costituzionale" del legislatore)*, in *Contr. e impr. Eur.*, 1999, 101.

²⁰³ Si tratta dei regolamenti non direttamente applicabili, sui quali cfr., in sede pretoria, CGCE, 20 giugno 2002, *Mulligan*, C-313/99, in *Racc.*, 2002, 5719; CGCE, 11 gennaio 2001, *Monte Arcosu*, C-403/98, in *Racc.*, 2001, 103 ed in *Europe*, 2001, comm. 92, con osservazione di A. RIGAUX; TPI, ord. 9 gennaio 2007, *Lootus Teine Osäühing c. Consiglio*, T-127/05, in corso di pubblicazione in *Racc.*, 2007.

2. 2. 2. Atto che riguarda “individualmente” il ricorrente

L’art. 230, quarto comma, del Trattato CE stabilisce, inoltre, che i singoli possono proporre l’azione di annullamento degli atti delle istituzioni comunitarie diversi da quelli di cui sono diretti destinatari qualora ne siano, nondimeno, “individualmente” riguardati.

Proprio le questioni connesse alla portata del requisito in esame²⁰⁴ sono state tradizionalmente oggetto delle più ampie discussioni, poiché nella maggior parte dei casi è la sussistenza o meno di una tale condizione a delimitare l’accesso al giudice nel sistema processuale comunitario. Ne deriva che è dall’interpretazione di una tale locuzione che prendono principalmente le mosse le critiche relative alla difficoltà del sistema giurisdizionale comunitario nel garantire un’efficace tutela ai ricorrenti individuali²⁰⁵.

A tal proposito deve evidenziarsi che una giurisprudenza monolitica ha ritenuto, in coerenza con la già citata *arrêt Plaumann*²⁰⁶, che i ricorrenti c.d. non privilegiati possono essere considerati individualmente riguardati da una decisione emanata nei confronti di altri soggetti ovvero da un atto di carattere generale emanato da un’istituzione comunitaria nell’ipotesi in cui i diritti degli stessi siano lesi in virtù di qualità ad essi specifiche o di una situazione di fatto che li caratterizzi rispetto ad ogni altra persona²⁰⁷. Di conseguenza il ricorrente non soltanto deve essere titolare di un interesse meritevole di tutela secondo

²⁰⁴ Se non altro perché il concetto, come dimostra anche l’evoluzione della giurisprudenza comunitaria in materia, può essere interpretato “in many ways” (v. H. G. SCHERMERS – D. F. WAELBROECK, *Judicial protection in the European Union*, 6a ed., cit., 429). In alcune occasioni, d’altra parte, la giurisprudenza ha ritenuto superfluo stabilire se il ricorrente fosse direttamente riguardato da un atto, avendo accertato che lo era individualmente. Sul punto cfr. D. BONI, *Il ricorso in annullamento delle persone fisiche e giuridiche*, cit., 59.

²⁰⁵ Nota infatti M.P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, cit., 515, che il requisito in esame costituisce una peculiarità del sistema comunitario ed è anche interpretato restrittivamente dalla Corte di Giustizia.

²⁰⁶ CGCE, 15 luglio 1963, *Plaumann c. Commissione*, cit., 199 ss.

²⁰⁷ In tal senso, tra le altre CGCE 24 novembre 1992, *Josef Buckl & Söhne c. Commissione*, C-15/91 e C-198/91, in *Racc.*, 1991, 6061, § 25; CGCE 24 febbraio 1987, *Deutz und Geldermann c. Consiglio*, C-26/86, in *Racc.*, 1987, 941, § 8; TPI 7 novembre 1996, *Moquette Frères c. Consiglio*, T-298/94, in *Racc.*, 1996, p. II-1531, § 42.

l'ordinamento comunitario ma anche inciso dal provvedimento di carattere generale in modo specifico e personale²⁰⁸. Di talché la parte interessata non può limitarsi a dimostrare che l'atto impugnato produce effetti nei suoi confronti, poiché rileva altresì la modalità di produzione di simili effetti²⁰⁹ che devono riguardarla in forza di specifiche caratteristiche idonee a differenziarla da qualunque altro soggetto²¹⁰.

Non si può tuttavia trascurare che, almeno in alcuni settori, la giurisprudenza ha tipizzato alcune situazioni nelle quali un ricorrente c.d. non privilegiato può considerarsi individualmente riguardato da un atto del quale non è formale destinatario in presenza di condizioni meno restrittive rispetto a quelle appena descritte. Vengono essenzialmente in rilievo due situazioni: in primo luogo le procedure in tema di aiuti di Stato e di provvedimenti della Commissione in materia di libera concorrenza e, dall'altro, veri e propri atti di portata generale, cioè a dire i regolamenti antidumping.

Consideriamo, in primo luogo, la legittimazione all'impugnazione dei provvedimenti di carattere "quasi giudiziale"²¹¹ emanati all'esito di una procedura

²⁰⁸ In arg. P. PALLARO, *Il ricorso di annullamento degli atti comunitari da parte dei privati: proposte di lettura dell'attuale giurisprudenza*, cit., 98.

²⁰⁹ Cfr. P.J.G. KAPTEYN – P. VERLOREN VAN THEMAAT, *Introduction to the Law of the European Communities*, London, 1998, 475.

²¹⁰ Non acquista invece autonomo rilievo la natura della posizione soggettiva che si assume lesa rilevando per l'ordinamento comunitario esclusivamente la circostanza che una lesione vi sia stata, a prescindere dal fatto che essa abbia toccato una posizione soggettiva piuttosto che l'altra (v. D. DE PETRIS, *La tutela giurisdizionale amministrativa europea e i principi del processo*, cit., 697).

²¹¹ Ovvero, secondo l'espressione di L. MUSSELLI, *La giustizia amministrativa nell'ordinamento comunitario*, Torino, 2000, 62, ipotesi di "quasi judicial administration". Ciò è dovuto alla circostanza che la Commissione, nello svolgimento dei propri compiti di vigilanza del rispetto delle previsioni del Trattato CE in tema di concorrenza e di aiuti di Stato, gode di numerosi poteri di indagine e di ispezione e può altresì emanare, anche prima dell'inizio del vero e proprio contenzioso dinanzi ai giudici comunitari, misure cautelari (in arg. v., *amplius*, Cap. V, § 3.5.1.). Tuttavia la giurisprudenza comunitaria tende a negare che la Commissione, nell'esercizio di tali funzioni, possa essere considerata un giudice e, di conseguenza, che a siffatti procedimenti di carattere "quasi – giudiziale" possano applicarsi le garanzie del processo equo sancite dall'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (cfr. CGCE, 7 giugno 1983, *Musique Diffusion Française c. Commissione*, C-100 a C-103/80, in *Racc.*, 1983, 1825, §§ 7 – 8; CGCE, 29 ottobre 1980, *Van Landewyck c. Commissione*, C-209-215 e C-218/78, in *Racc.*, 1980, 3125, § 81; TPI, 10 marzo 1992, *Shell c. Commissione*, T-11/89, in *Racc.*, 1992, II-757, § 39). In senso critico, in dottrina, v., tra gli altri, S. BALDI, *Giurisprudenza comunitaria in materia di diritti della difesa*,

amministrativa alla quale sono chiamati a partecipare i soggetti interessati i quali possono così esprimere il proprio punto di vista prima dell'emanazione dell'atto²¹². La giurisprudenza ritiene in questi casi fondamentale la spettanza in capo al ricorrente individuale di specifici diritti procedurali²¹³. Talvolta, infatti, la legislazione comunitaria attribuisce espressamente ad alcuni soggetti il diritto a partecipare alla procedura volta all'emanazione di un determinato atto, talaltra siffatti diritti possono invece desumersi dall'obbligo per l'istituzione che deve emanare l'atto di ascoltare, prima dell'adozione dell'atto, alcuni soggetti²¹⁴.

Previsioni di questo tipo sono frequenti nel diritto comunitario derivato della concorrenza ed in quello degli aiuti di Stato²¹⁵: la fattispecie paradigmatica è quella delle imprese che denunciano alla Commissione, la violazione da parte di altre imprese delle norme in tema di libera concorrenza ovvero l'illegittima concessione di aiuti di Stato ad imprese concorrenti. Più in particolare,

in RIDU, 1996, 354 ss; A. FRIGNANI – M. WAELBROECK, *Disciplina della concorrenza nella Comunità europea*, Torino, 1996, 423 ss; W. WILS, *La compatibilité des procédures communautaires en matière de concurrence avec la Convention européenne des droits de l'homme*, in *Cahiers de dr. eur.*, 1996, 329 ss. Una soluzione alla problematica appena descritta poteva derivare, secondo alcuni, dall'attribuzione di poteri decisori nelle inchieste in materia di concorrenza e di aiuti di Stato alle camere giurisdizionali di primo grado per specifiche materie la cui istituzione è come noto possibile sulla base dell'art. 225 A del Trattato CE, introdotto con il Trattato di Nizza. In tal modo potrebbero essere serbati i poteri di indagine della Commissione, attribuendo invece ad un vero e proprio giudice il potere di emanare, nella materia, provvedimenti di carattere decisorio (così R. MASTROIANNI, *Il Trattato di Nizza ed il riparto di competenze tra le istituzioni giudiziarie comunitarie*, in *Dir. Un. Eur.*, 2001, 768 ss, spec. 777).

²¹² Così A. ARNULL, *Private applicants and the action for annulment under article 173 of the EC Treaty*, cit., 30.

²¹³ Cfr. A. ARNULL, *Private applicants and the action for annulment under article 173 of the EC Treaty*, cit., 11; CRAIG, *Public Law and Democracy in the United Kingdom and the United States of America*, 1990, 119; P. OLIVER, *Law, Politics and Public Accountability. The Search for a New Equilibrium*, in *Public Law*, 1994, 251.

²¹⁴ Così P. PALLARO, *Il ricorso di annullamento degli atti comunitari da parte dei privati: proposte di lettura dell'attuale giurisprudenza*, cit., 98, ove ampi riferimenti giurisprudenziali in ordine all'attribuzione di simili diritti partecipativi nel regolamento antidumping, nella disciplina della concorrenza e degli aiuti di Stato e della politica agricola comunitaria.

²¹⁵ Non si può trascurare che, in tema di aiuti di stato, sono gli stessi artt. 88 ss del Trattato a riconoscere, nel caso di decisione assolutoria della Commissione, alle imprese coinvolte nella relativa procedura precontenziosa di impugnare la suddetta decisione assolutoria (cfr. CGCE 28 gennaio 1986, *Cofaz c. Commissione*, C-169/84, in *Racc.*, 1986, 391). Peraltro maggiormente restrittiva è stata, in seguito, la posizione affermata dal Tribunale di primo grado nel caso *Kahn Scheepvaart*, nel quale è stata espressa la necessità che il ricorrente sia anche un effettivo concorrente del beneficiario della misura (TPI 5 giugno 1996, *Kahn Scheepvaart BV c. Commissione*, T-398/94, in *Racc.*, 1996, p. II-479, § 28).

nell'ambito delle disposizioni dettate in materia di concorrenza, ad es., l'art. 7, n. 2, del Regolamento del Consiglio n. 1/2003²¹⁶ consente alle persone fisiche e giuridiche le quali vantano un legittimo interesse di ricorrere alla Commissione per denunciare che un altro soggetto ha violato le regole comunitarie in materia di concorrenza. La Corte di Giustizia ha affermato che coloro che abbiano presentato alla Commissione le suddette denunce possono considerarsi individualmente riguardati da una decisione della Commissione sebbene formalmente indirizzata all'impresa denunciata dagli stessi per violazione delle regole in tema di concorrenza²¹⁷. Successivamente, in una prospettiva ancora più aperta, si è

²¹⁶ Tale Regolamento ha sostituito, a partire dal 1° maggio 2004, il precedente Regolamento del Consiglio n. 17/62, cui fanno quindi specifico riferimento la maggior parte delle decisioni in materia, prevedendo un maggior coinvolgimento delle autorità nazionali di concorrenza degli Stati membri, le quali possono oggi applicare direttamente gli artt. 81 ed 82 del Trattato CE in tema di nullità delle intese contrarie al principio della fair competition e di sfruttamento abusivo di una posizione dominante (cfr. TESAURO, *Diritto comunitario*, 4a ed., cit., 690 ss). Più diffusamente in argomento, anche con riguardo all'assenza di strumenti tesi a risolvere, nel quadro di un'applicazione decentrata delle richiamate regole del Trattato CE, i potenziali conflitti che possono sorgere tra le decisioni della Commissione e quelle delle Autorità Antitrust interne, M. NEGRI, *Giurisdizione e amministrazione nella tutela della concorrenza*, I, Torino, 2006, spec. 80 ss.

²¹⁷ Così CGCE, 25 ottobre 1977, *Metro II c. Commissione*, C-26/76, in *Racc.*, 1977, 1901, § 13 (sulla quale J. DINNAGE, *Locus standi and Article 173 EEC: the effect of Metro SB Grossmarkte v. Commission*, in *European Law Review*, 1979, 15 - 34; in argomento v. soprattutto H. G. SCHERMERS - D.F. WAELBROECK, *Judicial protection in the European Union*, 6a ed., cit., 435 - 437. Sulla questione appena richiamata si è registrata un'interessante evoluzione nella giurisprudenza amministrativa italiana. Come è noto, infatti, l'autorità deputata a conoscere delle fattispecie di violazione dei principi in tema di libera concorrenza ai sensi degli artt. 81 e 82 del Trattato CE rilevanti esclusivamente nel mercato interno è l'Autorità Garante della concorrenza e del mercato che quindi svolge in ambito nazionale un'attività paragonabile a quella della Commissione comunitaria. Ora, in accordo con una giurisprudenza meno recente, i terzi (ovvero le imprese terze concorrenti che avevano presentato la denuncia di violazione all'Autorità Garante) non erano legittimati ad impugnare le decisioni emanate dall'Autorità nei confronti delle altre imprese sull'assunto della natura generale degli interessi protetti dalle norme in tema di libera concorrenza che non consentirebbe di distinguere eventuali posizioni differenziate di altri soggetti (cfr. Cons. St., 30 dicembre 1996, n. 1972; T.A.R. Lazio 15 luglio 1998 n. 3660). Più di recente vi è stata un'evoluzione della giurisprudenza nel senso di consentire l'impugnazione delle decisioni dell'Autorità Garante da parte di soggetti diversi dai diretti destinatari delle stesse in presenza di un interesse individualizzato, personale e concreto: si è invero chiarito che le condizioni che legittimano la proposizione dei ricorsi ai giudici amministrativi in tale materia non devono essere deteriori rispetto a quelle già sancite in sede pretoria per le altre decisioni amministrative. Ciò posto, nella motivazione delle pronunce espressione del nuovo orientamento appena richiamato si è altresì sottolineato, da un lato, che un approccio più restrittivo si porrebbe in contrasto con il principio di effettività della tutela giurisdizionale sancito sia dalla Corte Costituzionale italiana che dalla Corte di Giustizia comunitaria perché le parti interessate sarebbero prive di strumenti per ottenere l'annullamento delle decisioni dell'Autorità Garante e, dall'altro, che il revirèment era imposto proprio dall'interpretazione dei giudici comunitari delle condizioni di legittimazione alla proposizione del ricorso in annullamento ex art. 230, § quarto, Trattato CE nella materia del diritto della concorrenza (Cons. St., sez. VI, 14 giugno 2004 n. 3865, in *Foro Amm.*, CDS, 2004, 1804;

affermato che anche un soggetto che aveva il diritto di ricorrere alla Commissione per denunciare la violazione delle norme sulla concorrenza e non l'abbia fatto è legittimato a proporre ricorso avverso le decisioni emanate nei confronti dell'altra impresa²¹⁸.

Riflessioni non dissimili sono state effettuate dalla Corte di Giustizia anche in relazione alle decisioni della Commissione in ordine agli aiuti di Stato ai sensi dell'art. 88, § secondo, del Trattato CE: si è così ritenuto ammissibile il ricorso proposto da un soggetto diverso dal diretto destinatario della decisione nell'ipotesi in cui lo stesso potesse dimostrare di aver partecipato alla procedura e di avere subito danni a seguito della concessione dell'aiuto di Stato all'impresa concorrente²¹⁹. Si è pertanto ritenuto, in una tale prospettiva, che le decisioni emanate dalla Commissione ai sensi dell'art. 88 del Trattato CE, sebbene siano indirizzate agli Stati membri, concernono individualmente e colui che sarebbe stato il destinatario del progetto d'aiuto dichiarato incompatibile²²⁰ sia chi abbia comunque partecipato attivamente alla procedura prevista dalla suddetta

Cons. St., sez. VI, 21 marzo 2005, n. 1113, in *Foro Amm.*, CDS, 2005, 877; T.A.R. Lazio 24 febbraio 2004 n. 1715). In argomento v., in dottrina, L. Malferrari, *Annulment Actions by Third Parties Against Decisions of the Italian Competition Authority Held Admissible. Change in the Italian Case Law: Only a Positive Development or the Opening of a Pandora's Box?*, in *E.C.L.R.*, 2006, n. 2, 74 ss. Sia peraltro consentito, a mò di mera chiosa rispetto alla descritta evoluzione della giurisprudenza amministrativa italiana in tema di legittimazione ad impugnare le decisioni emanate dall'Autorità Garante da parte di soggetti diversi dai diretti destinatari delle stesse, evidenziare quanto segue: riteniamo infatti che le richiamate pronunce siano criticabili nella misura in cui sembrano sovrapporre le condizioni che consentono nel nostro ordinamento l'impugnazione dinanzi ai giudici amministrativi delle decisioni anche da parte di soggetti diversi dai formali destinatari a quelle che legittimano, anche nella materia della concorrenza ove si sono registrate maggiori aperture, il locus standi nell'ordinamento comunitario ai sensi dell'art. 230, § quarto, del Trattato CE e che sono notevolmente più restrittive.

²¹⁸ TPI, 24 marzo 1994, *Second Air France Case*, T-3/93, in *Racc.*, 1994, p. II – 121, § 81.

²¹⁹ V. H.J. Schermers – D.F. Waelbroeck, *Judicial protection in the European Union*, cit., 438 – 439; TPI, 28 ottobre 1993, *Zunis Holding c. Commissione*, T-83/92, in *Racc.*, 1993, p. II-1169; TPI, 27 aprile 1995, *AAC c. Commissione*, T-442/93, in *Racc.*, 1995, p. II-1329. Più specificamente in argomento, in dottrina, J. Biancarelli, *Le contrôle de la Cour de justice des Communautés européennes en matière d'aides publiques*, in *AJDA*, 1993, 412 – 436; C. Blumann, *Régime des aides d'Etat : jurisprudence récente de la Cour de justice*, in *Revue Marché Commun*, 1992, 721 – 739; L. Gysele, *La transparence en matière d'aides d'Etat : les droits des tiers*, in *Cah. Dr. eur.*, 1993, 417 – 444; M. Waelbroeck, *State aids in the fight among competitors*, in *Antitrust between EC law and national law*, Milano, 2000, 53 – 61.

²²⁰ CGCE, 13 marzo 1983, *Paesi Bassi e Leeuwarder Papierwarenfabrik c. Commissione*, C-296/82, in *Racc.*, 1983, 809; CGCE, 17 settembre 1980, *Philip Morris Holland c. Commissione*, C-730/79, in *Racc.*, 1980, 2671.

disposizione qualora la sua posizione sul mercato sia riguardata dalla misura d'aiuto oggetto di decisione²²¹.

Si può dire, in estrema sintesi, che una persona fisica o giuridica può proporre un ricorso ex art. 230 del Trattato CE in alcuni ambiti, quali la concorrenza e gli aiuti di Stato, se ha partecipato alla procedura che ha poi condotto all'emanazione dell'atto impugnato o aveva comunque il diritto di parteciparvi²²².

L'altro settore nel quale sono stati sanciti principi specifici che denotano una maggiore apertura della giurisprudenza è quello dei regolamenti anti-dumping, comunemente ritenuti "atti ibridi" poiché sono naturalmente normativi ma contengono altresì disposizioni che possono, in alcune circostanze, riguardare individualmente determinati operatori economici²²³. Le condizioni in presenza delle quali alcuni ricorrenti possono beneficiare di deroghe ai criteri stretti di individualizzazione scolpiti dalla giurisprudenza c.d. Plaumann, sono state di

²²¹ CGCE, 24 marzo 1993, *CIRFS c. Commissione*, C-313/90, in *Racc.*, 1993, 1125; CGCE, 2 febbraio 1988, *Van der Kooy c. Commissione*, C-67/85, in *Racc.*, 1988, 219; CGCE, 28 gennaio 1986, *COFAZ c. Commissione*, C-169/84, in *Racc.*, 1986, 391.

²²² Cfr. M. P. GRANGER, *Towards a Liberalisation of Standing Conditions for Individuals Seeking Judicial Review of Community Acts: Jégo-Quéré et Cie SA v Commissione and Unión Pequeños Agricultores v. Council*, cit., 127. La situazione appare infatti diversa nell'ipotesi di assenza di un formale diritto – che può comunque derivare anche dai principi generali del diritto – del ricorrente di partecipare alla procedura c.d. amministrativa che conduce all'emanazione della decisione contestata. In questo caso il soggetto non potrà dirsi direttamente ed individualmente riguardato dall'atto ai sensi dell'art. 230, quarto comma, del Trattato CE anche qualora abbia di fatto preso parte alle procedure amministrative precedenti l'emanazione dello stesso (v., *ex multis*, TPI, 8 lug. 1999, *Area Cova c. Consiglio e Commissione*, T-12/96, in *Racc.*, 1999, p. II-2301; TPI, 3 giu. 1997, *Merck c. Commissione*, T-60/96, in *Racc.*, 1997, p. II-849; TPI, 20 ott. 1994, *Avocarne c. Consiglio*, T-99/94, in *Racc.*, 1994, p. II-871, § 19).

²²³ Le misure antidumping, che possono essere assunte dalla Commissione ai sensi dell'art. 86 del Trattato CE, sono volte ad impedire che vengano importati nella Comunità europea prodotti a condizioni economiche più vantaggiose rispetto a quelle praticate nei normali rapporti commerciali dal Paese esportatore; tali pratiche sarebbero infatti idonee, tramite l'indebita introduzione dei prodotti in dumping ad alterare la libera concorrenza. Di talché, per il caso in cui fossero ravvisate pratiche anti-dumping l'art. 1, § primo, del Regolamento CE n. 3223/94, stabilisce che può essere imposto un dazio antidumping su qualsiasi prodotto la cui immissione in libera pratica nella Comunità possa causare un pregiudizio (v. L. MUSSELLI, *La giustizia amministrativa nell'ordinamento comunitario*, cit., 63). Diverse categorie di soggetti possono avere l'interesse a veder ridotte o addirittura eliminate siffatte misure. Si tratta, ad es., di produttori, esportatori o importatori dei prodotti rispetto ai quali la misura – peraltro di solito emanata sotto forma di regolamento con le connesse difficoltà in tema di impugnazione da parte dei singoli – trova applicazione (cfr. A. ARNULL, *Private applicants and the action for annulment under article 173 of the EC Treaty*, cit., 31 ss).

recente ripercorse in due interessanti pronunce del Tribunale di prima istanza²²⁴. Più in particolare, si è sottolineato che tali soggetti possono, a seconda delle circostanze, identificarsi con: a) i produttori e gli esportatori del prodotto previsto dal diritto al quale sono imputate le pratiche di dumping i quali possono proporre ricorso in annullamento limitandosi a dimostrare che sono stati identificati negli atti della Commissione e del Consiglio o di essere stati riguardati dalle relative indagini preliminari, in qualità, ad es., di soggetti denuncianti la situazione contraria al diritto comunitario che ha dato luogo all'inizio delle stesse²²⁵; b) gli importatori del prodotto previsto dal diritto di dumping i quali sono individualmente incisi dalle constatazioni relative all'esistenza di una pratica di dumping, qualora i loro prezzi di rivendita siano stati considerati per la determinazione dei prezzi di esportazione; c) i produttori delle materie prime che acquistano i prodotti da un soggetto riguardato dalla pratica di dumping contestata, in ragione della particolarità delle relazioni commerciali con quest'ultimo. Ciò non esclude, si è precisato, sempre in giurisprudenza, che altri soggetti siano tuttavia legittimati ad impugnare i regolamenti comunitari emanati in materia di dumping, qualora dimostrino di essere direttamente ed individualmente riguardati dagli stessi ai sensi dell'art. 230, § quarto, del Trattato CE²²⁶.

²²⁴ Si tratta, precisamente, di TPI, ord. 27 gennaio 2006, *Van Mannekus c. Consiglio*, T-278/03, in *Racc.*, 2006, II- 14 e TPI, ord. 27 gennaio 2006, *Van Mannekus c. Consiglio*, T-280/03, in *Racc.*, 2006, II- 15; sulle quali v. anche F. MARIATTE, *Recours en annulation, Règlement antidumping*, in *Europe*, 2006, n. 3, 15-16.

²²⁵ Così, tra le altre, CGCE, 14 marzo 1990, *Nashua Corporation c. Commissione e Consiglio*, C-133/87, in *Racc.*, 1990, 719; CGCE, 21 febbraio 1984, *Allied Corporation c. Commissione*, C-239 a C-275/82, in *Racc.*, 1984, 1005, §12; CGCE, 7 luglio 1994, *Gao Yao (Hong Kong) c. Consiglio*, C-75/92, in *Racc.*, 1994, 3141; CGCE, 14 ottobre 1983, *Fediol c. Commissione.*, C-191/82, in *Racc.*, 1983, 2913; in dottrina v. J.F. BELLIS, *Judicial review of EEC anti-dumping and anti-subsidy determinations after Fediol: the emergence of a new admissibility test*, in *Common Market Law Review*, 1984, 539 – 551.

²²⁶ In tal senso le decisioni citate nelle note precedenti.

Occorre peraltro tener presente che i casi appena richiamati non possono essere considerati espressione di un *trend* più liberale quanto alle condizioni in presenza delle quali i singoli possono proporre azione di annullamento ex art. 230, quarto comma, del Trattato CE rispetto alla formula c.d. *Plaumann*, dal momento che la legittimazione ad impugnare gli atti contestati si riconnette, da un lato, all'esistenza, all'interno di particolari procedure di carattere pre-contenzioso, di specifici diritti procedurali e, da un altro, alla natura "ibrida" dei regolamenti antidumping. Non sembra rilevare, invece, la qualità degli effetti del provvedimento impugnato sui ricorrenti: ne deriva che non si ha una vera e propria eccezione alla giurisprudenza c.d. *Plaumann*²²⁷.

Diversamente, altre pronunce emanate dalla Corte di Giustizia costituiscono l'espressione di un orientamento che può effettivamente considerarsi più liberale in tema di condizioni in presenza delle quali i singoli sono legittimati ad impugnare atti di diritto comunitario derivato di carattere generale o decisioni emanate nei confronti di altri soggetti.

Emblematica di un tale approccio in primo luogo è la decisione resa nel caso *Extramet* nella quale, nonostante l'importatore che ricorreva avverso un regolamento che aveva imposto misure anti-dumping sui prodotti importati dallo stesso non potesse considerarsi individualmente riguardato dall'atto di carattere generale secondo i consueti criteri elaborati non soltanto sulla scorta della giurisprudenza *Plaumann*, la Corte ha ritenuto ammissibile il ricorso proposto ai sensi dell'art. 230, § quarto, Trattato CE, sottolineando che: 1) il provvedimento impugnato incideva in via diretta sulla situazione competitiva di *Extramet*; 2) l'emanazione della misura contestata aveva comportato per la ricorrente un serio

²²⁷ Cfr. A. ARNULL, *Private applicants and the action for annulment under article 173 of the EC Treaty*, cit., 34.

pregiudizio di carattere economico, in ragione della particolare attività commerciale svolta dalla stessa²²⁸.

Di conseguenza la Corte di Giustizia, disattendendo sul punto le stesse conclusioni dell'Avvocato Generale secondo il quale la legittimazione dell'impresa poteva essere desunta dall'importante ruolo svolto dalla medesima nel procedimento che aveva condotto all'emanazione del regolamento impugnato, ha preferito utilizzare il più generale criterio fondato sulla gravità degli effetti economici della misura sulla situazione della ricorrente²²⁹.

Un ragionamento almeno in parte simile è stato seguito dalla Corte anche nel caso *Codorniu*²³⁰. Nella fattispecie concreta un regolamento del Consiglio era stato impugnato dalla ricorrente perché aveva stabilito che il termine “crémant” dovesse essere utilizzato per accertare la qualità di determinati vini prodotti in Francia ed in Lussemburgo. A proporre ricorso era infatti una società spagnola che produceva vini ed aveva registrato, già nel 1924, il marchio “Gran Cremant de Codorniu”, sotto la denominazione del quale effettuava la maggior parte della propria produzione. La Corte di Giustizia, nel ritenere ammissibile il ricorso proposto dalla società “Codorniu”, si è ricondotta alla gravità dei pregiudizi economici che l'impresa rischiava di subire a causa della misura impugnata nonché sul fatto che la situazione della stessa era idonea a differenziarla da ogni altro operatore economico²³¹.

²²⁸ Il riferimento è, più precisamente, a CGCE, 16 mag. 1991, *Extramet I c. Consiglio*, C-358/89, in *Racc.*, 1991, 2501 (in arg. v. O. BROUWER – F. CARLIN, *Qualité pour agir dans les procédures antidumping après l'arrêt Extramet*, in DPCI, 1991, 243 – 267). In dottrina v. inoltre D. BONI, *Il ricorso in annullamento delle persone fisiche e giuridiche*, cit., 84 ss; H. G. SCHERMERS – D.F. WAELBROECK, *Judicial protection in the European Union*, 6a ed., cit., 442.

²²⁹ Cfr. A. ARNULL, *Private applicants and the action for annulment under article 173 of the EC Treaty*, cit., 34 ss.

²³⁰ CGCE, 18 maggio 1994, *Codorniu c. Consiglio*, C-309/89, in *Racc.*, 1994, 1853.

²³¹ Cfr. tra i tanti A. ARNULL, *Private applicants and the action for annulment under article 173 of the EC Treaty*, cit., 36 – 40. Rileva però in senso critico R. CARANTA, *I limiti alla legittimazione ad impugnare atti comunitari generali*, cit., 1464, che si tratta comunque di una

In concreto simili evoluzioni giurisprudenziali sono state però disattese da alcune decisioni successive di segno contrario, le quali si sono affrettate a precisare che le stesse non sarebbero espressive di un autentico *revirement* giurisprudenziale ma dipenderebbero, piuttosto, dalle particolarissime caratteristiche delle singole fattispecie concrete. Si è quindi continuato a richiedere, ai fini dell'ammissibilità del ricorso individuale, che la parte interessata dimostrasse altresì la sussistenza di un vero e proprio obbligo dell'istituzione che aveva emanato l'atto impugnato di prendere in considerazione la situazione di una determinata categoria di persone cui la stessa appartiene²³².

Quale espressione di un ritorno alle tradizionali posizioni restrittive si può segnalare, tra le altre, proprio una decisione nella quale il ricorso è stato dichiarato inammissibile già in sede cautelare²³³. Nella fattispecie concreta la Commissione aveva introdotto con un proprio regolamento, per un determinato periodo, un consistente dazio sull'importazione di determinati prodotti ferrosi nella Comunità; alcune imprese che trattavano unicamente tali prodotti avevano quindi proposto ricorso e chiesto, nelle more della decisione sul merito, la sospensione dell'efficacia del regolamento ai sensi dell'art. 242 del Trattato CE. Il Presidente del Tribunale di primo grado ha però dichiarato inammissibile il ricorso, evidenziando che né la circostanza che taluni atti di portata generale producano effetti concreti nei confronti dei singoli, né che le imprese subiscano

giurisprudenza la quale, sebbene più aperta rispetto a quella precedente, richiede un *quid pluris* rispetto all'interesse ad agire in senso stretto. Occorre inoltre segnalare la differente prospettiva di L. MUSSELLI, *La giustizia amministrativa nell'ordinamento comunitario*, cit., 61, secondo la quale e nel caso Codorniu ed in quello Extramet, l'orientamento della Corte dovrebbe essere giustificato, secondo le regole generali, alla luce della "compresenza di effetti giuridici" prodotti dall'atto impugnato che, invero, sebbene formalmente e sostanzialmente regolamentare, riguarderebbe individualmente determinati soggetti.

²³² Cfr., *ex multis*, TPI, 5 dicembre 2002, *Aktiongemeinschaft Recht und Eigentum c. Commissione*, T-114/00, in *Racc.*, 2000, p. II-5121, §§ 47 – 49; TPI, 22 novembre 2001, *Mitteldeutsche Erdöl- Raffinerie c. Commissione*, T-9/98, in *Racc.*, 2001, p. II-3367, §§ 75 – 78; CGCE, ord. 14 gennaio 2002, *Association contre l'heure d'été c. Parlamento e Consiglio*, T-84/2001, in *Racc.*, 2002, p. II-99, §§ 23 – 25.

²³³ Così TPI, ord. 8 agosto 2002, *WG International Handelsgesellschaft mbH*, T- 155/02, in *Racc.*, 2002, p. II – 3239, §§ 30 ss.

per questo gravi pregiudizi economici comporta la possibilità per le stesse di impugnare un regolamento che alle medesime si applica in ragione della qualità obiettiva di operatori economici²³⁴.

2.2.2.1. La distinzione tra interesse ad agire e qualità per agire ai fini dell'accesso al giudice nel sistema comunitario

Prima di analizzare le pronunce più recenti dei giudici comunitari in tema di interpretazione dell'art. 230, § quarto, del Trattato CE si ritiene opportuno, alla luce di quanto sinora evidenziato, considerare un distinto problema ovvero quello concernente il ruolo dell'interesse ad agire ai fini dell'accesso al giudice nel processo comunitario.

In estrema sintesi, l'interesse ad agire può qui essere definito in termini di rapporto di utilità corrente tra la affermata lesione di un diritto ed il provvedimento giurisdizionale che viene richiesto²³⁵, nel senso della sussistenza della possibilità per il ricorrente di conseguire un'utilità concreta quale effetto sostanziale riconnesso alla proposizione della domanda giudiziale²³⁶.

²³⁴ In argomento v. le considerazioni di R. CARANTA, *I limiti alla legittimazione ad impugnare atti comunitari generali*, cit., 1464.

²³⁵ Così E.T. LIEBMAN, *Manuale*, I, 6a ed., Milano, 1992, 158.

²³⁶ Cfr. F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, I, cit., 299 ss, il quale sembra trae da un tale assunto un duplice corollario, *i.e.* la rilevanza di un tale interesse anche con riguardo alla posizione del convenuto nonché l'inutilità per il giudice, sebbene sia in linea di principio legittimato a farlo in ogni stato e grado del giudizio anche d'ufficio, di rilevare la carenza dell'interesse ad agire o contraddire tutte le volte che, per l'avanzato stadio del processo in corso, il principio dell'economia processuale sia già stato in concreto compromesso. In argomento cfr., più diffusamente, anche B. SASSANI, *Note sul concetto di interesse ad agire*, cit., 26 ss, il quale sottolinea la necessità di attribuire all'interesse ad agire una valenza eminentemente processuale, poiché un tale concetto non dovrebbe, sull'assunto della riconducibilità dello stesso al novero delle condizioni dell'azione, essere confuso con la lesione del diritto sostanziale e, quindi, con il diritto dell'attore ad ottenere un provvedimento di merito ma svolgere, piuttosto, la propria funzione di presupposto processuale teso ad assicurare, in omaggio al principio di economia processuale, che non vengano proposte azioni giurisdizionali a seguito del vittorioso esperimento delle quali il ricorrente non potrebbe beneficiare di alcuna utilità concreta. Sempre nella dottrina italiana, per un'autorevole presa di posizione a favore della diversa teoria, affermata dalla dottrina tradizionale, per la quale l'interesse ad agire, condizione dell'azione, implica che oltre alla lesione del diritto sia derivante un danno all'avente diritto, v. A. ATTARDI, *L'interesse ad agire*, Padova, 1955, 1 ss. Nella dottrina italiana più recente si segnala inoltre un'interessante rivisitazione del concetto di interesse ad agire quale indice della meritevolezza degli interessi perseguiti da chi agisce in

Come avremo occasione di evidenziare meglio nelle pagine successive, è la semplice presenza di un siffatto interesse a rendere ammissibile in via esclusiva, sia nel sistema anglosassone sia negli ordinamenti continentali a giustizia amministrativa modellati sul processo amministrativo francese, la proposizione di un ricorso di annullamento avverso gli atti, anche di carattere generale, dei pubblici poteri²³⁷. Mutuando un'espressione della dottrina francese, possiamo ricondurre in questo caso l'azione al genere dell'*action banale*, proponibile in presenza di un mero interesse ad agire²³⁸.

Diversamente, nel sistema processuale comunitario le condizioni in presenza delle quali è consentito agire in annullamento degli atti delle istituzioni comunitarie a norma dell'art. 230, § quarto, del Trattato CE, sono estremamente restrittive e postulano una vera e propria "qualità per agire" in capo ai ricorrenti individuali²³⁹: il ricorso in annullamento nel processo comunitario è, pertanto, un'*action titré*²⁴⁰.

giudizio, in una prospettiva tesa ad evitare un abuso dello strumento processuale, lo studio di M.F. GHIRGA, *La meritevolezza della tutela richiesta*, Milano, 2003.

²³⁷ Con specifico riguardo al processo amministrativo italiano è, ad es., consolidato l'assunto per il quale l'interesse a ricorrere è caratterizzato dalla presenza degli stessi requisiti che qualificano l'interesse ad agire di cui all'art. 100 c.p.c., vale a dire dalla prospettazione di una lesione concreta ed attuale della sfera giuridica del ricorrente e dall'effettiva utilità che potrebbe derivare a quest'ultimo dall'eventuale annullamento dell'atto impugnato, con la conseguenza che il ricorso è inammissibile per carenza di interesse in tutte le ipotesi in cui l'annullamento giurisdizionale di un atto amministrativo non sia in grado di arrecare alcun vantaggio all'interesse sostanziale del ricorrente (Cons. St., sez. V, 6 ottobre 2003 n. 5899). Nel senso dell'equiparazione, in un'accezione processuale, dell'interesse a ricorrere (che costituisce per l'appunto il *pendant* nel processo amministrativo dell'interesse ad agire) all'interesse legittimo v., per tutti, B. SASSANI, *Note sul concetto di interesse ad agire*, cit., 145 ss.

²³⁸ G. CORNU – J. FOYER, *Procédure civile*, 3a ed., PUF, Paris, 1996, 335.

²³⁹ Cfr. F. BERROD, *La systématique des voies de droit communautaire*, cit., 627 ss; P. CASSIA, *L'accès des personnes physiques ou morales au juge de la légalité des actes communautaires*, cit., 414 ss. In argomento v. anche le più generali considerazioni di S. GUINCHARD, in AA. VV., *Droit processuel. Droit commun et comparé du procès*, 3a ed., cit., 1156 ss.

²⁴⁰ Così, ancora, G. CORNU – J. FOYER, *Procédure civile*, 3a ed., cit., 335.

Ciò posto è lecito domandarsi, alla luce della giurisprudenza comunitaria, se residui eventualmente spazio, ed in quali termini, anche per la considerazione dell'interesse ad agire²⁴¹.

A seguito di un esame della recente casistica giurisprudenziale, sembra potersi desumere che il ricorrente individuale, oltre a dover dimostrare la presenza delle condizioni di cui all'art. 230, § quarto, del Trattato CE, è anche onerato di fornire la prova in ordine alla sussistenza dell'interesse ad agire che assurge, pertanto, a barriera supplementare all'accesso al giudice comunitario²⁴². Può anzi rilevarsi che la considerazione dell'interesse ad agire viene effettuata dai giudici comunitari anche prima di passare all'esame della sussistenza della qualità per agire.

Diversi esempi della tendenza descritta possono trarsi dalla giurisprudenza comunitaria. Tra le altre appare significativa la pronuncia *Neotype Techmashexport GmbH*²⁴³, con la quale la Corte ha negato la sussistenza dell'interesse della ricorrente ad agire per l'annullamento di un regolamento della Commissione che aveva stabilito diritti anti-dumping provvisori poiché, nelle more, l'atto impugnato non era più efficace, in quanto era stato sostituito da un

²⁴¹ Si ritengono sul punto opportune alcune considerazioni relative alle differenze, sul punto, tra l'art. 35 del Trattato CECA e l'art. 230 del Trattato CE. La prima disposizione prevedeva, infatti, che un ricorrente individuale potesse agire in annullamento qualora fosse genericamente riguardato dall'atto, condizione che la giurisprudenza aveva poi sostanzialmente equiparato all'interesse ad agire (v. CGCE, 23 febbraio 1961, *Charbonnages du Limbourg c. Haute Autorité*, C-30/59, in *Racc.*, 1961, 3 ss). Proprio per evitare una possibilità estremamente ampia per i singoli di impugnare anche atti di carattere generale sul modello del sistema francese, i redattori del Trattato istitutivo della CE hanno individuato più compiutamente, nel testo dell'allora art. 173 (oggi 230), le condizioni in presenza delle quali è attribuita ai singoli la possibilità di agire in annullamento di atti diversi rispetto alle decisioni emanate nei loro confronti (così F. BERROD, *La systématique des voies de droit communautaires*, cit., 615 ss). E' utile ricordare che, diversamente, l'interesse ad agire continua ad essere l'unica condizione per l'intervento delle persone fisiche e giuridiche nel processo comunitario in accordo con l'art. 37, § secondo, dello Statuto della Corte di Giustizia, intervento che, peraltro, può essere soltanto adeviso dipendente (v. Cap. I, § 2.1.1.), nonché per la proposizione delle azioni dei funzionari nei confronti della Comunità ex art. 236 del Trattato CE.

²⁴² In tal senso, espressamente, F. BERROD, *La systématique des voies de droit communautaire*, cit., 623.

²⁴³ CGCE, 11 luglio 1990, *Neotype Techmashexport GmbH c. Commissione e Consiglio*, C-305/86 e C-160/87, in *Racc.*, 1990, 2945, spec. § 13.

regolamento del Consiglio che aveva imposto alla ricorrente diritti anti-dumping definitivi. E' stato così ritenuto irricevibile il ricorso senza neppure esaminare la sussistenza delle condizioni di ricevibilità poste dall'art. 230, § quarto, del Trattato CE²⁴⁴.

Ancora, nell'*arrêt Micheli* il Tribunale di primo grado ha negato, sempre senza considerare la sussistenza nella fattispecie concreta delle condizioni previste dall'art. 230, § quarto, del Trattato CE, l'esistenza dell'interesse ad agire dei ricorrenti, alcuni ricercatori scientifici ai quali non era stato riconosciuto un finanziamento comunitario per un certo progetto. Secondo il Tribunale, infatti, da un lato, i ricorrenti non erano stati lesi nel proprio prestigio scientifico poiché la scelta dei progetti da finanziare non era avvenuta esclusivamente in virtù di titoli accademici e, da un altro, non esistevano più al momento dell'introduzione della domanda fondi comunitari disponibili per la realizzazione del progetto²⁴⁵.

Le decisioni appena richiamate confermano l'autonoma rilevanza del requisito dell'interesse ad agire ai fini dell'accesso al giudice nel processo comunitario²⁴⁶, anche qualora lo stesso sia adito per ottenere un provvedimento cautelare²⁴⁷.

Nel processo comunitario si tratta, diversamente da quanto avviene nei giudizi amministrativi dei principali sistemi nazionali, tuttavia di un requisito che

²⁴⁴ Tra le altre decisioni che confermano una considerazione autonoma del requisito dell'interesse ad agire anche nel processo comunitario v. TPI, 15 dicembre 1999, *Kesko Oy c. Commissione*, T-22/97, in *Racc.*, 1999, II-3775, §§ 55 ss, anche in *Europe*, 2000, n. 2, con commento di F. BERROD, *Le Tribunal confirme l'autonomie de l'intérêt à agir comme condition de la recevabilité d'un recours en annulation*; TPI, 14 settembre 1995, *Antillean Rice Mills c. Commissione*, T-480 e T-483/93, in *Racc.*, 1995, II-2305, §§ 59 ss; TPI, 17 settembre 1992, *NBV e NVB c. Commissione*, T-138/89, in *Racc.*, 1992, II-2181.

²⁴⁵ Così TPI, 17 febbraio 2000, *Micheli e altri c. Commissione*, T-183/97, in *Racc.*, 2000, II-289.

²⁴⁶ Cfr. F. BERROD, *La systématique des voies de droit communautaires*, cit., 625, la quale ritiene che la sussistenza dell'interesse ad agire sia apprezzata anche nel processo comunitario con criteri simili a quelli utilizzati nella giurisprudenza amministrativa francese.

²⁴⁷ Infatti CGCE, 30 aprile 1997, *Moccia Irme S.p.a. c. Commissione*, C-89/97, in *Racc.*, 1997, 2327, ha chiarito che la valutazione dell'interesse del ricorrente ad ottenere il provvedimento richiesto riveste una peculiare importanza all'interno dei procedimenti di natura cautelare. Per una recente applicazione v. TPI, ord. 16 marzo 2007, *V. c. Parlamento europeo*, T-345/05, in corso di pubblicazione in *Racc.*, 2007.

si aggiunge alle condizioni di cui al citato art. 230, § quarto, del Trattato Ce e, peranto, non idoneo in via esclusiva a filtrare le azioni non supportate da un idoneo interesse giuridicamente rilevante²⁴⁸. Ciò è stato riconosciuto anche dalla stessa Corte di Giustizia la quale, nella pronuncia *Confédération nationale des producteurs de fruits et légumes*, ha riconosciuto l'interesse dei ricorrenti a domandare l'annullamento dell'atto impugnato, peraltro negando la qualità individuale per agire in capo agli stessi in quanto la disposizione contestata produceva allo stesso titolo effetti nei confronti degli stessi nonché degli altri produttori agricoli della Comunità²⁴⁹.

Non riteniamo quindi possibile aderire – stante l'orientamento attuale della giurisprudenza comunitaria – alle conclusioni cui è addivenuta qualche anno fa attenta dottrina, secondo la quale la condizione per cui il singolo deve essere “individualmente” riguardato dall'atto impugnato nella fattispecie di cui all'art. 230, § quarto, del Trattato CE sarebbe equivalente all'individualità e personalità dell'interesse giuridico che denota la sussistenza dell'interesse ad agire²⁵⁰.

A nostro avviso, infatti, le posizioni della giurisprudenza comunitaria – nonostante la lettera dell'art. 230, § quarto, del Trattato Ce, si prestasse effettivamente anche all'impostazione preferibile ora riferita – sono maggiormente restrittive, posto che non è sufficiente, ai fini della proposizione del ricorso in annullamento, che il singolo abbia interesse ad agire ma, altresì, che l'atto si applichi allo stesso in virtù di qualità specifiche o sia stato emanato in considerazione della situazione del medesimo ricorrente. E' pertanto

²⁴⁸ Evidenzia ancora F. BERROD, *La systématique des voies de droit communautaires*, cit., 626, che ben diversa è la situazione, ad es., nel sistema francese all'interno del quale l'interesse ad agire ha progressivamente assorbito la qualità per agire con ricorso per accesso di potere.

²⁴⁹ CGCE, 14 dicembre 1962, *Confédération nationale des producteurs de fruits et légumes c. Consiglio*, cit., 901 ss.

²⁵⁰ Il riferimento è a M. CANEDO, *L'intérêt à agir dans le recours en annulation du droit communautaire*, in RTDE, 2000, 451 ss.

maggiormente condivisibile l'affermazione in virtù della quale se l'apprezzamento relativo alla sussistenza dell'interesse ad agire concerne la possibilità per i ricorrenti di beneficiare di un'utilità concreta in ragione dell'accoglimento del ricorso, nel processo comunitario la qualità per agire costituisce il rapporto diretto ed individuale tra il ricorrente e l'atto impugnato, ovvero il legame giuridico tra il ricorrente e l'atto²⁵¹.

Tale conclusione appare suffragata, d'altra parte, anche da un recente contrasto, che ci accingiamo a ripercorrere, tra Tribunale di primo grado e Corte di Giustizia proprio in ordine all'interpretazione dell'avverbio "individualmente" nell'ambito dell'art. 230, § quarto, del Trattato CE.

2.3. Le più recenti evoluzioni: dal caso Jégo-Quééré al caso UPA, ovvero sul ruolo degli altri rimedi esistenti in ambito comunitario e nazionale

Il Tribunale di primo grado, con la pronuncia resa nel caso *Jégo-Quééré e Cie. C. Commissione*²⁵², ha contraddetto, in tema di interpretazione dell'art. 230, § quarto, del Trattato CE, la tradizionale giurisprudenza comunitaria, di fatto ancora fedele ai principi sanciti nel lontano *affaire Plaumann*²⁵³.

Si ritengono necessarie prima di tutto alcune brevi premesse sulla fattispecie concreta che ha condotto alla svolta giurisprudenziale in esame. Nel

²⁵¹ Così P. CASSIA, *L'accès des personnes physiques ou morales au juge de la légalité des actes communautaires*, cit., 414 ss, spec. 420.

²⁵² TPI, 3 maggio 2002, *Jégo-Quééré et Cie. C. Commissione*, T-177/01, in *Racc.*, 2002, II-2365 ss, § 51. In argomento v. tra gli altri M. P. GRANGER, *Towards a Liberalisation of Standing Conditions for Individuals Seeking Judicial Review of Community Acts: Jégo-Quééré et Cie v. Commissione and Union de Pequeños Agricultores v. Council*, cit., 129.

²⁵³ Cfr. CGCE, 15 luglio 1963, *Plaumann c. Commissione*, cit., 199 ss. Si è osservato che con questa decisione le tradizionali posizioni del Tribunale e della Corte si sono sostanzialmente invertite perché in passato la dottrina considerava maggiormente restrittivo, quanto alla legittimazione a ricorrere dei singoli, proprio l'orientamento affermato dal Tribunale (cfr. M. MIGLIORANZA, *Il ricorso di annullamento tra verifica della legittimità degli atti comunitari e garanzia degli interessi dei cittadini*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2004, 1512; in tal senso già D. WAELBROECK, *Le transfert des recours directs au Tribunal de première instance des Communautés européennes. Vers une meilleure protection judiciaire des justiciables?*, cit., 89).

giugno 2001 la Commissione aveva emanato, sulla base del Regolamento del Consiglio n. 3760 del 20 dicembre 1992, un regolamento che aveva fissato in 100 mm la metratura minima per pescare in alcune aree geografiche. La ricorrente era una compagnia francese specializzata nella pesca che possedeva strumenti utilizzabili fino a 80 mm. Il regolamento della Commissione, pertanto, ledeva significativamente l'attività della compagnia, la quale agiva per chiedere l'annullamento dell'atto, assumendo il contrasto dello stesso con i principi di equità e proporzionalità²⁵⁴.

Tuttavia, in accordo con la c.d. formula *Plaumann*, le società ricorrenti non avrebbero potuto proporre ricorso ai sensi dell'art. 230, comma quarto, del Trattato CE, in quanto il provvedimento impugnato si applicava alle stesse - come ha riconosciuto anche il Tribunale di prima istanza nella propria decisione - in virtù di qualità obiettive delle medesime, quali operatori economici di un determinato settore che svolgono la propria attività in una certa area geografica. Ciononostante, il Tribunale ha ritenuto ammissibile l'azione proposta, sull'assunto dell'insussistenza di un rimedio alternativo nel sistema giurisdizionale comunitario complessivamente considerato. In particolare, il Tribunale ha affermato che, al fine di assicurare una più efficace protezione alle persone fisiche e giuridiche, queste ultime devono, più ampiamente, essere considerate lese individualmente da una norma comunitaria di carattere generale se una tale disposizione riguarda in modo certo ed attuale la posizione giuridica delle stesse, restringendo diritti o imponendo obblighi. Secondo il Tribunale, per vero, l'applicazione dei criteri affermati nella giurisprudenza *Plaumann* nella fattispecie concreta avrebbe determinato un vuoto di tutela per la società ricorrente che non

²⁵⁴ In argomento v., più ampiamente, M. P. GRANGER, *Towards a Liberalisation of Standing Conditions for Individuals Seeking Judicial Review of Community Acts: Jégo-Quéré et Cie v. Commission and Union de Pequeños Agricultores v. Council*, cit., 128.

avrebbe avuto a disposizione nessun altro strumento utile nel sistema comunitario²⁵⁵. Non costituirebbero, infatti, mezzi di ricorso alternativi a tal fine idonei né il rinvio pregiudiziale di validità di cui all'art. 234 Trattato CE né l'azione di responsabilità contrattuale delle istituzioni comunitarie proponibile ai sensi degli artt. 235 e 288, secondo comma, e l'eccezione di illegittimità di cui all'art. 241 dello stesso Trattato CE.

Consideriamo, innanzitutto, i rapporti tra l'azione di annullamento ed il rinvio pregiudiziale di validità ex art. 234 del Trattato CE²⁵⁶, disposizione in virtù della quale i giudici nazionali possono, ovvero se di ultima istanza devono²⁵⁷, proporre ricorso per rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia comunitaria qualora nutrano seri dubbi sull'interpretazione delle disposizioni comunitarie o – per quel che maggiormente interessa in questa sede – sulla validità delle norme di diritto comunitario derivato. Di talché la questione avente ad oggetto la validità di un atto comunitario di carattere generale potrebbe essere esaminata dalla Corte di Giustizia anche a seguito della proposizione di un tale ricorso da parte di un giudice nazionale dinanzi al quale pende una controversia concernente le misure interne di attuazione o di esecuzione dell'atto comunitario. Proprio questo strumento consentirebbe quindi, secondo una parte, invero minoritaria, della dottrina di compensare eventuali vuoti di tutela creati dalle limitazioni alla

²⁵⁵ Tale principio è stato sancito, più in particolare, sull'assunto dell'irricevibilità del ricorso in applicazione dei criteri enucleati dalla giurisprudenza c.d. Plaumann. E' stata quindi ritenuta fondata dal Tribunale l'ultima argomentazione della società ricorrente la quale aveva evidenziato che, qualora fosse stato dichiarato irricevibile il proprio ricorso, la stessa sarebbe stata priva di qualsiasi mezzo di tutela a fronte di un provvedimento che, di fatto, le aveva causato notevoli danni economici. In argomento v. anche M. MIGLIORANZA, *Il ricorso di annullamento tra verifica della legittimità degli atti comunitari e garanzia degli interessi dei cittadini*, cit., 1515.

²⁵⁶ Per tutti A. BRIGUGLIO, *Pregiudiziale comunitaria e processo civile*, cit., passim.

²⁵⁷ Come noto, infatti, il terzo comma dell'art. 234 del Trattato CE sancisce un vero e proprio obbligo di sollevare il rinvio pregiudiziale per i "giudici di ultima istanza" da intendersi, in omaggio alla "teoria della controversia concreta", quali giudici che, in concreto e con riferimento ad una determinata controversia, emanano decisioni non impugnabili e non quali giudici formalmente collocati al vertice dell'organizzazione giudiziaria in un certo ordinamento (cfr. per tutti A. BRIGUGLIO, *Pregiudiziale comunitaria e processo civile*, cit., 111).

possibilità dei singoli di impugnare atti di diritto comunitario derivato²⁵⁸. In una tale direzione si è sostenuto che un tale rimedio è quello più appropriato per porre in discussione, a titolo incidentale, la validità di un atto comunitario di carattere generale²⁵⁹.

Sembrano peraltro decisive le argomentazioni tese a negare l'idoneità del rinvio pregiudiziale di validità a tutelare pienamente i singoli a fronte di atti c.d. normativi delle istituzioni comunitarie in assenza delle condizioni scolpite dalla giurisprudenza *Plaumann*²⁶⁰.

In primo luogo, infatti, i regolamenti in questione potrebbero essere atti c.d. "self-sufficient"²⁶¹, *i.e.* non bisognevoli di misure interne di esecuzione o di attuazione denunciabili di fronte al giudice nazionale²⁶². In una tale situazione un individuo in ipotesi leso in una propria situazione giuridica soggettiva da un

²⁵⁸ Così, tra gli altri, A. ADINOLFI, *L'accertamento in via pregiudiziale della validità degli atti comunitari*, Milano, 1997, 21-27, secondo la quale l'accertamento di validità, oltre alla funzione oggettiva a tutela di interessi generali dell'ordinamento comunitario, si affianca, a vantaggio delle persone fisiche e giuridiche, al ricorso di annullamento ex art. 230 del Trattato CE, compensandone in parte la limitatezza.

²⁵⁹ Cfr. P. NIHOUL, *La recevabilité des recours en annulation introduits par un particulier à l'encontre d'un acte communautaire de portée générale*, *cit.*, 169 ss; R. CARANTA, *La giustizia amministrativa comunitaria*, *cit.*, 4973, il quale sottolinea che una tale funzione del rinvio pregiudiziale c.d. di validità è anche confermata dalla sostanziale omogeneità dei vizi deducibili rispetto all'azione diretta di annullamento (in argomento, più diffusamente, A. ADINOLFI, *L'accertamento in via pregiudiziale della validità degli atti comunitari*, *cit.*, spec. 61 ss). Si veda anche CGCE 21 maggio 1987, *Rau c. BALM*, C-133-136/85, in *Racc.*, 1987, 2289; CGCE 23 aprile 1986, *Les Verts c. Parlamento*, C-294/83, in *Racc.*, 1986, 1339; CGCE, 27 feb. 1985, *Société des produits de maïs c. Administration des douanes et droit indirects*, C-112/83, in *Racc.*, 1985, 719. Secondo A. ARNULL, *Private applicants and the action for annulment under article 173 of the EC Treaty*, *cit.*, 40, il rinvio pregiudiziale di validità è invece semmai un rimedio volto a mitigare gli effetti della richiamata giurisprudenza in tema di limitazioni alla possibilità di impugnare gli atti delle istituzioni comunitarie, non costituendo peraltro una soddisfacente alternativa in punto di tutela.

²⁶⁰ Cfr. A. ARNULL, *Private applicants and the action for annulment under article 173 of the EC Treaty*, *cit.*, 40, nonché le conclusioni dell'Avvocato Generale Jacobs nel citato caso *Extramet*.

²⁶¹ Così M. P. GRANGER, *Towards a Liberalisation of Standing Conditions for Individuals Seeking Judicial Review of Community Acts: Jégo-Quéré et Cie v. Commissione and Union de Pequenos Agricultores v. Council*, *cit.*, 131; G. SCHOHE, *La réforme du contentieux communautaire du point de vue des droits du particulier*, *cit.*, 676.

²⁶² Il che è coerente con la natura immediatamente obbligatoria, ai sensi dell'art. 249 del Trattato CE, dei regolamenti comunitari, suffragata da quella costante giurisprudenza della Corte di Giustizia secondo la quale gli Stati membri non possono compromettere l'immediata applicazione dei regolamenti in ogni loro parte nel territorio comunitario sull'assunto della necessità di emanare misure interne di attuazione o di esecuzione (cfr. CGCE, 2 febbraio 1977, *Amsterdam Bulb BV c. Produktschap voor siergewassen*, *cit.*, 137; CGCE, 10 ottobre 1973, *Fratelli Variola S.p.a. c. Amministrazione delle Finanze dello Stato*, *cit.*, 981).

regolamento comunitario direttamente applicabile non potrebbe domandare l'annullamento dinanzi ai giudici nazionali, privi di giurisdizione a riguardo²⁶³. Ne consegue che l'unica strada paradossalmente, e talvolta pericolosamente percorribile, sarebbe quella di violare scientemente le prescrizioni contenute nel regolamento ed, una volta iniziato il relativo giudizio, sperare che il giudice investito della controversia sottoponga alla Corte di Giustizia la questione di validità dell'atto contestato²⁶⁴.

Né la situazione è risolutivamente più favorevole per la tutela delle posizioni giuridiche soggettive individuali nell'ipotesi in cui siano stati emanati provvedimenti interni volti a dare esecuzione al regolamento comunitario ritenuto illegittimo ed impugnabili direttamente dinanzi alle giurisdizioni nazionali. In proposito appare dirimente la natura indiretta del rimedio di cui all'art. 234 del

²⁶³ Il criterio principale di riparto di giurisdizione tra giudice nazionale e giudice comunitario è infatti quello fondato sulla provenienza, da un'autorità amministrativa europea o nazionale, dell'atto in relazione al quale è chiesta tutela in sede giurisdizionale (cfr. M. P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, cit., 508; D. DE PETRIS, *La tutela giurisdizionale amministrativa europea e i principi del processo*, cit., 687). Più specificamente, la separazione della giurisdizione nazionale e di quella europea in tema di tutela delle situazioni soggettive derivanti dal diritto comunitario si articola nelle seguenti proposizioni: a) le Corti comunitarie hanno giurisdizione sugli atti normativi e sui provvedimenti europei; b) le Corti nazionali sono prive di giurisdizione diretta sugli atti emanati dalle istituzioni europee; c) le Corti comunitarie non hanno giurisdizione né diretta né indiretta sugli atti nazionali; d) se la validità di un atto nazionale dipende dalla validità o dall'interpretazione di un atto europeo, il giudice nazionale non è autorizzato ad accertare autonomamente l'invalidità dell'atto europeo in questione ma può ovvero deve, se si tratta di un giudice di ultima istanza, sollevare la questione dinanzi ai giudici comunitari. L'impossibilità per i giudici nazionali di sindacare in via diretta la validità degli atti emanati dalle istituzioni comunitarie (cfr. già CGCE, 22 ottobre 1987, *Foto-Frost c. Hauptzollamt Lübeck Ost*, C-314/1985, in *Racc.*, 1987, 4199) è stata giustificata sull'assunto dell'insussistenza del potere dei giudici comunitari, diversamente da quanto avviene nei sistemi federali, di cassare o rivedere le decisioni rese dalle Corti nazionali di ultima istanza che, quindi, di troverebbero ad operare quale vere e proprie Corti supreme della validità degli atti comunitari, con gravi rischi per l'esistenza stessa ed il funzionamento del sistema. Pertanto, in deroga alla lettera dell'art. 234, secondo co., Trattato CE, la competenza a dichiarare l'invalidità degli atti di diritto comunitario derivato è attribuita in via esclusiva ai giudici comunitari (cfr. G. FALCON, *Separazione e coordinamento tra giurisdizioni europee e giurisdizioni nazionali nella tutela avverso gli atti lesivi di situazioni soggettive europee*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2004, 1157- 1161, nonché, *amplius*, Cap. VIII, § 2).

²⁶⁴ Cfr. O. DE SCHUTTER, *Les mesures provisoires devant la CJCE*, cit., 100 ; P. PALLARO, *Il ricorso di annullamento degli atti comunitari da parte dei privati : proposte di lettura dell'attuale giurisprudenza*, cit., 87 ss; D. WAELBROECK – A.M. VERHEYDEN, *Les conditions de recevabilité des recours en annulation des particuliers contre les actes normatifs communautaires*, cit., 434.

Trattato CE²⁶⁵. Il rinvio pregiudiziale può, infatti, essere sollevato esclusivamente dal giudice nazionale dinanzi al quale si pone la questione di interpretazione ovvero di validità di un atto emanato dalle istituzioni comunitarie e non anche dalle parti in causa le quali possono meramente cercare di persuadere il giudice a proporre il ricorso, ma non obbligarlo in tal senso²⁶⁶: così, nonostante la relativa eccezione di parte, il giudice nazionale potrebbe dichiararne la manifesta infondatezza e non sollevare il rinvio dinanzi alla Corte comunitaria, frustrando le istanze di tutela della parte privata²⁶⁷.

La situazione, del resto, non muta neppure nelle ipotesi in cui il giudice *a quo* sia di ultima istanza e nelle quali, come noto, lo stesso sarebbe in astratto obbligato a sollevare la questione ai sensi dell'art. 234, comma terzo, del Trattato CE: invero, in omaggio al consolidato orientamento della Corte di Giustizia²⁶⁸, tale obbligo viene comunque meno qualora esista una giurisprudenza consolidata sulla questione e laddove la risposta al quesito non alimenti alcun ragionevole dubbio interpretativo²⁶⁹. Proprio con riferimento a quest'ultima ipotesi, si è evidenziato che il recepimento della teoria dell'atto chiaro è in concreto un filtro rispetto alla proposizione del rinvio pregiudiziale e non elimina il rischio di

²⁶⁵ La dottrina infatti considera unanimemente un tale rinvio uno strumento di collaborazione tra giudici interni e giudice comunitario piuttosto che un ricorso direttamente disponibile per i singoli. La stessa A. ADINOLFI, *L'accertamento in via pregiudiziale della validità degli atti comunitari*, cit., 97 ss, pur condividendo l'orientamento secondo cui il rinvio pregiudiziale c.d. di validità potrebbe compensare le limitazioni alla possibilità degli individui di impugnare direttamente gli atti delle istituzioni comunitarie, rileva che il rinvio pregiudiziale è uno strumento sostanzialmente posto nella disponibilità dei giudici nazionali, di talché può funzionare esclusivamente grazie ad un'efficace collaborazione tra questi ultimi ed i giudici comunitari.

²⁶⁶ V. ancora D. WAELBROECK – A.M. VERHEYDEN, *Les conditions de recevabilité des recours en annulation des particuliers contre les actes normatifs communautaires*, cit., 435; G. SCHOHE, *La réforme du contentieux communautaire du point de vue des droits du particulier*, cit., 675.

²⁶⁷ Cfr. O. DE SCHUTTER, *Les mesures provisoires devant la CJCE dans le domaine des droits fondamentaux*, cit., 101.

²⁶⁸ Posizione emblematicamente espressa da CGCE, 6 ottobre 1982, *CLIFT c. Ministero della Sanità*, C- 283/81, in *Racc.*, 1982, 3415 ss, la quale ha riconosciuto la sussistenza di un potere deliberativo circa la sussistenza della questione comunitaria sollevata dalle parti anche ai giudici di ultima istanza.

²⁶⁹ Cfr. R. CARANTA, *La giustizia amministrativa comunitaria*, cit., 4971.

vedere trasformati molti atti comunitari notoriamente oscuri in atti assolutamente chiari²⁷⁰, tanto più che in alcuni ordinamenti, come l'Italia, mancano rimedi esperibili avverso il rifiuto del giudice di ultima istanza di sollevare il rinvio pregiudiziale²⁷¹. Si potrebbe ritenere che simili considerazioni valgano esclusivamente con riguardo al rinvio pregiudiziale c.d. di interpretazione e non anche rispetto a quello c.d. di validità, che direttamente interessa in questa sede. In realtà anche in quest'ultimo caso, la portata dell'obbligo di rinvio ha una propria "particolare modulazione"²⁷² che non esclude, almeno in alcuni casi, l'esercizio di un potere discrezionale del giudice di ultima istanza nel sollevare la questione dinanzi alla Corte di Giustizia. E questo, nonostante il noto principio affermato nel caso *Foto-Frost*²⁷³, in virtù del quale i giudici nazionali non potrebbero comunque disapplicare gli atti comunitari che ritengono illegittimi posto l'accentramento delle competenze accentrative dell'invalidità in capo al giudice comunitario²⁷⁴. Infatti ciò non impedisce che in concreto il giudice

²⁷⁰ Così, tra agli altri, A. BRIGUGLIO, *Pregiudiziale comunitaria e processo civile*, cit., 7; E. D'ALESSANDRO, *Intorno alla théorie de l'acte clair*, in *Giust. Civ.*, 1997, I, 2882 ss; G. TESAURO, *Diritto comunitario*, 3a ed., cit., 317; G. TRISORIO LIUZZI, *Processo civile italiano e rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia della Comunità Europea*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, 727 ss, spec. 762-763. Sulla questione v., di recente, le approfondite riflessioni di A. BRIGUGLIO, *I limiti soggettivi e oggettivi dell'obbligo di rinvio pregiudiziale comunitario*, in *Il diritto processuale civile internazionale visto da Int'lis dal 2002 ad oggi* a cura di C. CONSOLO – M. DE CRISTOFARO, Milano, 2006, 660 ss, spec. 665- 666, il quale, ponendo in evidenza la natura di "strumento di nomofilachia" del rinvio pregiudiziale piuttosto che di strumento di cooperazione tra giudici interni e giudice comunitario, sottolinea che la teoria dell'atto chiaro può essere utilizzata esclusivamente qualora la questione comunitaria non si pone perché la soluzione della stessa si impone obiettivamente al di là di ogni ragionevole dubbio e non anche per avallare un venir meno dell'obbligo di rinvio da parte del giudice di ultima istanza tutte le volte che lo stesso ritenga, soggettivamente, di dover adottare una data soluzione interpretativa.

²⁷¹ In tal senso, in giurisprudenza, Cass, Sez. Un., 10 agosto 1996 n. 7410, in *Riv. Dir. Pubbl. comunit.*, 1997, 1293. Diversa appare la situazione in altri Stati membri nei quali, peraltro, è riconosciuto ai singoli un accesso diretto al giudizio dinanzi alla Corte Costituzionale. Di talché la Corte Costituzionale tedesca ha affermato che il mancato rinvio può essere sottoposto a scrutinio di legittimità costituzionale sotto il profilo della violazione del principio del giudice naturale precostituito per legge di cui all'art. 101, § primo, della Costituzione (cfr. *Bundesverfassungsgericht*, ord. 9 gennaio 2001; *Bundesverfassungsgericht*, ord. 5 agosto 1998, in *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 1998, 728).

²⁷² Secondo l'efficace espressione di K. LENAERTS, *La modulation de l'obligation de renvoi préjudiciel*, in *Cahiers de droit eur.*, 1983, 471 ss.

²⁷³ CGCE, 22 ottobre 1987, *Foto-Frost c. Hauptzollamt Lübeck Ost*, cit., 4199 ss.

²⁷⁴ In senso critico, per tutti, A. BRIGUGLIO, *Pregiudiziale comunitaria e processo civile*, cit., spec. 171 ss.

nazionale, sull'assunto della manifesta validità dell'atto comunitario, venga comunque meno, grazie ad opzioni valutative di fatto discrezionali, all'obbligo di sollevare il rinvio²⁷⁵: a nostro avviso una tale possibilità costituisce, quanto al rinvio pregiudiziale di validità, il *pendant* della teoria dell'atto chiaro, pur ricostruita nell'esperienza del rinvio pregiudiziale di interpretazione²⁷⁶. Infatti, il

²⁷⁵ Per spunti nella medesima direzione cfr., di recente, G. RAITI, *La collaborazione giudiziaria nell'esperienza del rinvio pregiudiziale comunitario*, Milano, 2003, 258-259, spec. nt. 27; in senso diverso A. ADINOLFI, *L'accertamento in via pregiudiziale della validità di atti comunitari*, cit., 201 ss, la quale ritiene si possano "obiettivizzare" i confini dell'obbligo di rinvio in esame.

²⁷⁶ Non si può peraltro trascurare che sulla problematica sino a qui esaminata potrebbe incidere con effetti dirompenti CGCE, 13 giugno 2006, *Traghetti del Mediterraneo c. Repubblica Italiana*, C-173/03, in corso di pubblicazione in *Racc.*, 2006, nonché in *Nuova giur. civ. commentata*, 2007, I, 652 (in arg. G. AFFERNI, *La disciplina italiana della responsabilità civile dello Stato per violazione del diritto comunitario imputabile ad un organo giurisdizionale di ultima istanza*, ivi, II, 261) ed in *Foro it.*, 2006, IV, 417 ss, con note di E. SCODITTI, *Violazione del diritto comunitario derivante da provvedimento giurisdizionale: illecito dello Stato e non del giudice*, A. PALMIERI, *Corti di ultima istanza, diritto comunitario e responsabilità dello Stato: luci e ombre di una tendenza irreversibile* e T. GIOVANNETTI, *La responsabilità civile dei magistrati come strumento di nomofilachia? Una strada pericolosa*, la quale, in accordo con quelle che erano state le conclusioni dello stesso Avv. Gen. Léger dell'11 ottobre 2005 (anche in *Giust. Amm.*, 2005, n. 6, con nota di L. DE BERNARDIN, *La normativa italiana in tema di responsabilità civile del magistrato a rischio davanti ai giudici di Lussemburgo*), ha ritenuto contrastante con il diritto comunitario l'art. 2 della legge n. 117 del 1988 sulla responsabilità civile dei magistrati, nella parte in cui, da un lato, esclude che la stessa possa affermarsi in presenza di una colpa lieve del giudice e, dall'altro, in ragione di violazioni commesse dai giudici nell'interpretazione di norme di diritto. Proprio quest'ultimo profilo appare di maggiore interesse in questa sede: invero, nella fattispecie decisa, la condanna dello Stato italiano è dipesa dalla circostanza che la Corte di Cassazione italiana, in violazione dell'obbligo sancito dall'art. 234 del Trattato CE, non aveva sollevato rinvio pregiudiziale dinanzi alla Corte di Giustizia, in tal modo violando, secondo quest'ultima, il diritto comunitario. Sembrerebbe quindi compromesso, almeno per quanto attiene all'interpretazione delle norme comunitarie, il *Richterprivileg* che ha tradizionalmente escluso la configurabilità di una responsabilità del giudice in questi casi, sebbene la responsabilità sancita dalla Corte comunitaria non riguardi direttamente il giudice persona fisica ma, piuttosto, lo Stato-giudice (cfr., autorevolmente, nell'ambito di un'ampia disamina di carattere storico comparato sul tema, N. PICARDI, *La responsabilità del giudice: la storia continua*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, 283 ss, spec. 304 ss, il quale evidenzia che si tratta, pertanto, di una forma di responsabilità di carattere oggettivo, rispetto all'affermazione della quale non appaiono estranee considerazioni attinenti la responsabilità dello Stato per funzionamento anomalo della giustizia, sulla scorta dell'esperienza di altri Stati membri). Sul sistema della responsabilità civile dei magistrati nell'ordinamento italiano v. in dottrina, per tutti, A. GIULIANI – N. PICARDI, *La responsabilità del giudice*, Milano, 1995; N. PICARDI, *Dalla responsabilità del giudice alla responsabilità dello Stato giudice*, in *Scritti in onore di A. Falzea*, Milano, 1991, vol. III, 2, 697 ss; N. PICARDI – R. VACCARELLA (a cura di), *La responsabilità del giudice*, in NLCC, 1989, 1203 ss. Occorre ricordare che presupposto della richiamata decisione è CGCE, 30 settembre 2003, *Köbler c. Repubblica d'Austria*, C-224/01, in *Racc.*, 2003, 10239, nonché, tra l'altro, in RTDPC, 2004, 1007 ss, con nota di S. MARI, *La forza del giudicato delle decisioni dei giudici nazionali di ultima istanza nella giurisprudenza comunitaria*, in *Int'lis*, 2005, 63 ss, con nota di P. BIAVATI, *Inadempimento degli Stati membri al diritto comunitario per fatto del giudice supremo: alla prova la nozione europea di giudicato*, la quale ha affermato che il principio secondo cui gli Stati membri sono obbligati a riparare i danni causati ai singoli dalle violazioni del diritto comunitario che sono loro imputabili si applica anche allorché la violazione di cui trattasi, purché manifesta, derivi da una decisione di un organo giurisdizionale di ultimo grado poiché il principio dell'autorità della cosa giudicata non si oppone al riconoscimento del principio della responsabilità

principio affermato sin dall'*arrêt Foto-Frost* e ribadito da una recentissima pronuncia della Corte di Giustizia²⁷⁷, sembra volto esclusivamente a tutelare, impedendo al giudice interno di dichiarare l'invalidità degli atti di diritto comunitario derivato, che il diritto comunitario non sia contemporaneamente ed uniformemente applicabile in tutti gli Stati membri. Ne deriva che il giudice nazionale, anche di ultima istanza, potrà, come si è già evidenziato, senz'altro evitare di sollevare il rinvio ex art. 234 del Trattato CE, nonostante le argomentazioni sollevate dalle parti in causa interessate, sull'assunto della manifesta validità della norma contestata²⁷⁸.

In secondo luogo si potrebbe ritenere alternativo rispetto al ricorso in annullamento quello volto a domandare il risarcimento dei danni subiti a causa della responsabilità extracontrattuale delle istituzioni comunitarie. Ai sensi dell'art. 235 del Trattato CE, la Corte di Giustizia è infatti competente a conoscere le controversie relative al risarcimento dei danni di cui all'art. 288, secondo comma, dello stesso Trattato, disposizione che in materia di responsabilità extracontrattuale sancisce l'obbligo della Comunità di risarcire, conformemente ai principi generali comuni ai sistemi dei singoli Stati membri, i danni cagionati

dello Stato per la decisione di un organo giurisdizionale di ultima istanza. Si è autorevolmente osservato, peraltro, che la pronuncia *Köhler*, lungi dal compromettere i principi generali del diritto interno in tema di giudicato, si limita a sancire una responsabilità oggettiva e diretta dello Stato che ha il proprio presupposto, per l'appunto, nel giudicato nazionale, la cui eliminazione, pertanto, non è pregiudiziale all'affermazione di una tale responsabilità connaturata, per forza propria, alla violazione della norma comunitaria (così N. PICARDI, *La responsabilità del giudice: la storia continua*, cit., 296).

²⁷⁷ CGCE, 6 dicembre 2005, *Gaston Schul Douane-expéditeur BV*, C-461/03, in *Racc.*, 2005, 10513, sulla quale v. anche le osservazioni di E. BERNARD, in *Europe*, 2006, n. 2, 15-16: nella fattispecie concreta il giudice rinviante aveva domandato alla Corte di Giustizia se una giurisdizione nazionale di ultima istanza ha l'obbligo di adire la Corte proponendo la questione pregiudiziale di validità delle previsioni di un regolamento comunitario, anche nell'ipotesi in cui la Corte ha già dichiarato invalide le disposizioni comparabili di un altro regolamento di carattere simile. La risposta della Corte di Giustizia è stata negativa poiché ogni diversa interpretazione avrebbe potuto, ad avviso della stessa, compromettere l'uniforme applicazione del diritto comunitario.

²⁷⁸ Cfr., tra tutti, A. BRIGUGLIO, *Pregiudiziale comunitaria e processo civile*, cit., 171 ss.

dalle sue istituzioni o dai suoi agenti nell'esercizio delle loro funzioni²⁷⁹. La maggiore tutela dei diritti dei singoli sarebbe stata riconducibile, in una tale fattispecie, alla circostanza in virtù della quale la legittimazione a proporre una tale azione di responsabilità è stata interpretata ampiamente, in quanto il ricorso può essere esperito da chiunque lamenti l'esistenza, reale o presunta, di un danno causalmente connesso all'attività degli organi comunitari²⁸⁰. Ciò implica, invero, che anche soggetti privi di legittimazione a ricorrere per ottenere l'annullamento degli atti emanati dalle istituzioni comunitarie ai sensi dell'art. 230, § quarto, del Trattato CE, possano domandare il risarcimento dei danni causati dalla colpevole ed illegittima attività, anche non provvedimento, della Comunità e degli agenti della stessa. Una risalente giurisprudenza ha difatti sottolineato in tema di rapporti tra il ricorso in annullamento e quello volto all'affermazione della responsabilità extracontrattuale, che si tratta di due azioni autonome e distinte sia quanto ai presupposti sia con riferimento alle condizioni di proponibilità²⁸¹, di talché vi è la possibilità di proporre il ricorso per far valere la responsabilità extracontrattuale della Comunità o dei suoi agenti anche a prescindere dalla tempestiva impugnazione dell'atto sulla cui illegittimità è fondata la pretesa responsabilità²⁸².

²⁷⁹ In argomento v., tra gli altri, R. CARANTA, *La giustizia amministrativa comunitaria*, cit., 4964.

²⁸⁰ Così P. BIAVATI, *Diritto processuale dell'Unione Europea*, 3a ed., cit., 78.

²⁸¹ Differenti erano state le conclusioni dell'Alta Autorità CECA nel caso *Vloeberghs*, poiché, secondo l'istituzione convenuta, la proponibilità dell'azione tesa all'affermazione della responsabilità extracontrattuale della Comunità dovrebbe essere consentita soltanto a coloro i quali abbiano previamente esperito, nei termini di legge, ricorso in annullamento o in carenza. Tali conclusioni non sono state tuttavia condivise dalla Corte di Giustizia, la quale ha evidenziato che, posta la diversa funzione delle due azioni, la proponibilità del ricorso per responsabilità extracontrattuale non soggiace al previo esperimento del ricorso in annullamento (CGCE, 14 luglio 1961, *Vloeberghs c. Haute Autorità*, C-9 e 12/60, in *Racc.*, 1961, 331 ss, spec. 403 ss). Sull'autonomia delle due azioni, cui consegue la possibilità di proporre l'azione risarcitoria anche a prescindere dall'impugnazione dell'atto nei termini di decadenza, v. inoltre, tra le altre, CGCE 17 maggio 1990, *Sonito c. Commissione*, C-87/89, in *Racc.*, 1990, I, 1981; TPI, 24 settembre 1993, *Dreyfus e CIE c. Commissione*, T-485/93, in *Racc.*, 1993, p. II-1101. In senso opposto la giurisprudenza meno recente, in omaggio alla quale dovevano dichiararsi inammissibili le domande di risarcimento fondate sull'illegittimità di un atto non tempestivamente impugnato (così CGCE, 15 luglio 1963, *Plaumann c. Commissione*, cit, 199 ss).

²⁸² Cfr. D. DE PETRIS, *La tutela giurisdizionale amministrativa europea e i principi del processo*, cit., 702.

Soprattutto, l'azione di responsabilità può essere proposta anche da individui che non potrebbero direttamente denunciare, in sede di azione di annullamento, l'illegittimità di atti, diversi da quelli dei quali sono destinatari ovvero di carattere generale, che non li riguardano direttamente ed individualmente²⁸³. Sotto quest'ultimo profilo l'azione volta all'affermazione della responsabilità extracontrattuale della Comunità assurge a strumento che consente una protezione, almeno sotto il profilo risarcitorio, per i singoli lesi da atti comunitari che non sarebbero legittimati ad impugnare²⁸⁴.

Peraltro, come ha sottolineato anche il Tribunale di prima istanza nell'*arrêt Jégo-Quéré*, un siffatto rimedio non costituisce un idoneo strumento alternativo all'azione di cui all'art. 230 del Trattato CE, in quanto lo stesso consente meramente ai ricorrenti individuali di ottenere il risarcimento dei danni subiti a seguito di una grave violazione di legge da parte degli organi comunitari, ma non attribuisce altresì al giudice adito il potere di annullare l'atto che ha determinato il danno²⁸⁵.

Possiamo cercare di chiarire meglio la posizione assunta dal Tribunale. A riguardo è invero opportuno sottolineare che se sul piano della ricevibilità i singoli di solito non incontrano problemi di sorta a seguito della proposizione del ricorso

²⁸³ Principio sancito a partire da CGCE, 28 aprile 1971, *Lütticke*, cit., 325 ss, spec. § 6.

²⁸⁴ In argomento, in dottrina, A. BARAV, « *Injustice normative* » et fondement de la responsabilité extracontractuelle de la Communauté économique européenne, in *Cah. Dr. Eur.*, 1977, 439 ss; F. BERROD, *La systématique des voies de droit communautaire*, cit., 725 ss, la quale evidenzia che la possibilità per individui che non sarebbero legittimati a proporre l'azione di annullamento di ricorrere per ottenere il risarcimento dei danni riconducibili all'attività illegittima delle istituzioni o degli agenti della Comunità è giustificabile anche alla luce della diversità degli effetti che derivano dall'accoglimento di ciascuna di tali azioni: l'accoglimento del ricorso in annullamento comporta, *erga omnes* e con effetti retroattivi il venir meno dell'atto comunitario impugnato, mentre la pronuncia che ritenga fondata un'azione tesa all'affermazione della responsabilità extracontrattuale della Comunità determina effetti meramente *inter partes*.

²⁸⁵ Cfr. anche M. P. GRANGER, *Towards a Liberalisation of Standing Conditions for Individuals Seeking Judicial Review of Community Acts: Jégo-Quéré et Cie v. Commission and Union de Pequeños Agricultores v. Council*, cit., 131. Differente appare la soluzione condivisa da R. CARANTA, *La giustizia amministrativa comunitaria*, cit., 4964, il quale non manca di richiamare anche *ad adiuvandum* la giurisprudenza che ha sancito l'autonomia dell'azione in esame, anche quanto ai termini per la proposizione, rispetto all'azione diretta di annullamento.

per responsabilità contrattuale, al contrario sono rigorose le condizioni cui la giurisprudenza subordina l'accoglimento dello stesso nel merito, tanto che soltanto di rado tali ricorsi sono in concreto accolti²⁸⁶.

Infatti l'accoglimento dell'azione di cui all'art. 288 del Trattato CE non è semplicemente subordinato alla dimostrazione da parte del ricorrente della grave violazione normativa posta in essere dall'atto o dal comportamento delle istituzioni convenute, ma anche a quella della colpa del servizio interessato tale da giustificare l'affermazione della responsabilità della Comunità²⁸⁷, colpa che dovrà essere grave tutte le volte che l'istituzione goda di una competenza di carattere discrezionale²⁸⁸. Inoltre, per ottenere il risarcimento dei danni dovuti a causa della responsabilità extracontrattuale della Comunità, il ricorrente è tenuto a provare l'esistenza di un nesso di causalità immediato, diretto ed esclusivo tra il danno subito e l'atto illegittimo²⁸⁹.

Ma vi è un'argomentazione ulteriore che sembra confermare l'inidoneità del ricorso per l'affermazione della responsabilità extracontrattuale della Comunità europea a colmare le lacune dovute, nel sistema delle azioni c.d. dirette dinanzi ai giudici comunitari, alle condizioni di ricevibilità eccessivamente restrittive cui è subordinata la proponibilità, in specie, del ricorso in annullamento

²⁸⁶ Cfr. F. BERROD, *La systématique des voies de droit communautaire, cit.*, spec. 735 ss.

²⁸⁷ Cfr. CGCE, 2 giugno 1976, *Kampffmeyer c. Consiglio e Commissione*, C-56 a 60/74, in *Racc.*, 1976, spec. 339. Come esattamente rileva F. BERROD, *La systématique des voies de droit communautaire, cit.*, 737, la colpa è al centro del ragionamento del giudice chiamato a decidere in ordine alla sussistenza della responsabilità della Comunità europea. Il che appare confermato dall'affermazione secondo la quale una responsabilità senza colpa può essere riconosciuta esclusivamente nelle fattispecie, di carattere eccezionale, nelle quali l'applicazione dell'atto comunitario abbia comportato rischi anormali per l'individuo (CGCE, 24 giugno 1986, *Devellopment SA et Clemessy c. Commissione*, C-267/82, in *Racc.*, 1986, 3677, § 33).

²⁸⁸ CGCE, 4 maggio 1978, *Bayerische HNL c. Consiglio e Commissione*, C-83 e C-94/76, in *Racc.*, 1978, 1209 ss, § 6.

²⁸⁹ Così si è affermato che la negligenza del ricorrente fa venir meno il nesso di causalità tra l'azione comunitaria ed il danno lamentato (CGCE, 21 maggio 1976, *Moquette Frères c. Commissione*, C-26/74, in *Racc.*, 1976, 677). In una tale prospettiva si è ritenuto, ad es., che sussista negligenza del ricorrente anche nell'ipotesi in cui quest'ultimo non abbia utilizzato gli strumenti giuridici che gli avrebbero almeno consentito di ridurre l'entità del danno subito (CGCE, 14 maggio 1975, *CNTA c. Commissione*, C-74/74, in *Racc.*, 1975, 533 ss; TPI, 15 marzo 1995, *Cobrecaf c. Commissione*, T-514/93, in *Racc.*, 1995, p.II-621 ss).

e di quello in carenza da parte dei singoli. Abbiamo più volte avuto occasione di porre in evidenza, difatti, che questi ultimi incontrano le difficoltà maggiori nella dimostrazione di essere individualmente riguardati dagli atti impugnati nelle ipotesi l'impugnazione abbia ad oggetto atti di carattere generale. E, paradossalmente, proprio quando gli individui lamentano, in sede di azione risarcitoria ex art. 288 del Trattato CE, i danni subiti a causa dell'illegittimità degli atti normativi della Comunità è per gli stessi ancora più difficile ottenere il risarcimento richiesto, in quanto saranno tenuti a dimostrare la violazione, da parte dell'istituzione che ha emanato l'atto che si assume illegittimo, di una norma giuridica superiore avente quale finalità precipua la protezione degli individui ²⁹⁰.

Sul piano pratico il risultato, invero dissonante con la finalità di protezione dei diritti degli individui cui dovrebbe ottemperare in via primaria il ricorso ex art. 288, § secondo, del Trattato CE, è quasi sempre il rigetto, per difetto di prova della colpa dell'istituzione comunitaria convenuta, delle azioni con le quali è

²⁹⁰ In tal senso v., tra le altre, CGCE, 4 maggio 1978, *Bayerische HNL c. Consiglio e Commissione*, cit., §§ 4 ss; TPI, 8 giugno 2000, *Camar e Tico c. Commissione e Consiglio*, T-79/96, T-260/97 e T-117/98, in *Racc.*, 2001, II-2193. Secondo F. SCHOCKWEILWER – G. WIVENS – J.M. GODART, *Le régime de la responsabilité extra-contractuelle du fait d'actes juridiques dans la Communauté européenne*, in RTDE, 1990, 24 ss, spec. 57 ss, hanno argomentato, proprio a partire dalla giurisprudenza ora citata, l'esistenza di due distinte tipologie di responsabilità per colpa nel sistema comunitario, cioè a dire quella derivante dagli atti amministrativi delle istituzioni e quella che si riconnette, invece, agli atti normativi emanati dalle stesse. Sempre in dottrina A. BARAV, *"Injustice normative" et fondement de la responsabilité extracontractuelle de la Communauté économique européenne*, cit., spec. 452 ss, ritiene che il descritto regime pretorio della responsabilità extracontrattuale per atti normativi della Comunità possa essere ricondotto alla *Schutznormtheorie*. Una tale posizione, sebbene autorevolmente affermata e ben argomentata, non ci convince del tutto, almeno nel modo in cui la stessa è posta. Invero, come abbiamo avuto occasione di evidenziare più diffusamente (v. *infra* §§ 3.1.2.2.), se originariamente nel sistema tedesco la sussistenza dei diritti pubblici soggettivi dei singoli era affermata esclusivamente qualora la P.A. avesse violato, con l'emanazione di un atto di carattere generale, una norma superiore destinata specificamente a proteggere il ricorrente, a seguito dell'emanazione della Costituzione del 1948 si è registrata un'evoluzione favorevole all'ampliamento del novero dei diritti pubblici soggettivi la cui violazione può oggi essere fatta valere sia nelle ipotesi di esercizio da parte dell'Amministrazione di poteri di natura discrezionale, sia qualora, la norma superiore violata proteggeva e interessi pubblici e quelli privati del ricorrente (in arg. v. già M. FROMONT, *L'influence du droit français et du droit allemand sur les conditions de recevabilité du recours en annulation devant la Cour de Justice des Communautés européennes*, in RTDE, 1966, spec. 57 ss).

domandato il risarcimento dei danni causati agli individui dall'applicazione di un atto normativo²⁹¹.

In diverse occasioni, infine, i giudici comunitari hanno sottolineato che eventuali vuoti di tutela riconnessi alle limitazioni alla proposizione dell'azione di annullamento da parte dei singoli sarebbero colmati dalla possibilità per questi ultimi, ai sensi dell'art. 241 del Trattato CE, nell'ambito di una controversia avente ad oggetto una misura di attuazione di un atto di carattere generale, di eccepire l'invalidità di quest'ultimo. Secondo una risalente giurisprudenza, invero, una tale eccezione sarebbe destinata proprio, nell'ambito del sistema processuale comunitario, a proteggere le posizioni soggettive individuali, *i.e.* ad assicurare un controllo di legalità che possa garantire i soggetti che non possono, ex art. 230, § quarto, del Trattato CE, proporre direttamente l'azione di annullamento degli atti di portata generale, in tutte le ipotesi in cui le stesse vengano pregiudicate da misure di applicazione di tali atti²⁹² che le riguardino direttamente ed individualmente e possano così essere oggetto di impugnazione dinanzi ai giudici comunitari²⁹³.

²⁹¹ In tal senso F. BERROD, *La systématique des voies de droit communautaires*, cit., 741 ss, la quale evidenzia che ciò comporta, nonostante l'autonomia delle due azioni quanto alle condizioni di ricevibilità, un ravvicinamento, per il tramite dei presupposti di accoglimento del ricorso per responsabilità extracontrattuale, tra l'azione di annullamento e quella disciplinata dall'art. 288, § secondo, del Trattato CE. L'A. critica un tale approccio della giurisprudenza comunitaria, sottolineando che se è condivisibile una tutela della discrezionalità delle istituzioni quando legiferano, è sproporzionato che ciò si spinga sino ad impedire a chi è leso da una tale attività normativa anche una tutela di carattere secondario come quella risarcitoria.

²⁹² Ciò implica che non possa essere fatta valere per via di eccezione l'invalidità di qualsivoglia regolamento comunitario, bensì esclusivamente di quello che costituisce la base giuridica delle misure oggetto, in concreto, della controversia (CGCE, 31 marzo 1965, *Macchiorlati Dalmas e figli c. Haute Autorité*, C-21/64, in *Racc.*, 1965, 227; TPI, 22 luglio 2001, *Kik c. OHMI*, T-120/99, in *Racc.*, 2001, II - 2235, § 24).

²⁹³ Cfr. CGCE, 6 marzo 1979, *Simmenthal c. Commissione*, C-92/78, in *Racc.*, 1979, 777 ss, la quale ha precisato che, posta una tale funzione dell'eccezione di illegalità, la stessa non può anche essere sollevata da coloro che sarebbero legittimati a proporre l'azione di annullamento e non l'hanno fatto nei termini di decadenza previsti dall'art. 230 del Trattato CE. Occorre sottolineare che, secondo autorevole dottrina, l'eccezione di illegalità potrebbe essere sollevata anche dall'istituzione convenuta in modo da giustificare la propria inerzia nel provvedere (v. A. BARAV, *The Exception of Illegality in Community Law: a Critical Analysis*, in *Common Market Law Review*, 1974, 366 ss, spec. 380). In argomento, da ultimo, M. VOIGT, *In direct judicial protection in EC law – the case of plea of illegality*, in *Eur. Law Review*, 2006, 364 ss.

Tuttavia una serie di ragioni inducono a ritenere che neppure l'eccezione di legalità costituisca un valido strumento per colmare le lacune nella tutela giurisdizionale determinate dai limiti normativi alla possibilità per i singoli di proporre l'azione di annullamento.

Riteniamo che la motivazione principale - che spiega anche perché lo strumento che doveva rappresentare, nel sistema processuale comunitario, il principale baluardo per la tutela dei singoli sia stato utilizzato solo raramente nella prassi - sia costituita dalla circostanza per la quale l'eccezione di invalidità può essere sollevata esclusivamente in via incidentale nell'ambito di un giudizio avente ad oggetto una misura di attuazione dell'atto comunitario di carattere generale la cui illegittimità si fa valere con la stessa²⁹⁴. Ma, come è noto, di solito tali misure di attuazione sono emanate dalle autorità competenti negli ordinamenti dei singoli Stati membri, misure che non possono essere oggetto di sindacato da parte dei giudici comunitari ai sensi dell'art. 230 del Trattato CE, posto che l'eventuale illegittimità delle stesse deve essere fatta valere dinanzi ai giudici nazionali. Peraltro, ed ecco ciò che rende palese l'inadeguatezza dell'eccezione di invalidità, quest'ultima non può essere sollevata nei giudizi di fronte a tali giudici ma soltanto nelle azioni c.d. dirette del processo comunitario²⁹⁵ per proporre le quali, tuttavia, gli individui sono, nella maggior parte dei casi, privi di legittimazione²⁹⁶.

Ciò implica che la tutela che potrebbe essere offerta dall'eccezione di invalidità è in realtà meramente eventuale perché si postula comunque l'esistenza

²⁹⁴ Cfr. M.P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, cit., 524.

²⁹⁵ In tal senso milita infatti la giurisprudenza della Corte di Giustizia comunitaria, secondo la quale l'eccezione di invalidità deve essere distinta dal rinvio pregiudiziale di validità: invero, i singoli possono contestare la legittimità degli atti comunitari dinanzi ai giudici nazionali ma resta nella disponibilità esclusiva di questi ultimi la scelta in ordine alla proposizione del ricorso per rinvio pregiudiziale alla Corte comunitaria (v. già CGCE, 14 dicembre 1962, *Wöhrmann c. Commissione*, C-31 e C-33/62, in *Racc.*, 1962, 965 ss).

²⁹⁶ In argomento cfr. F. BERROD, *La systématique des voies de droit communautaire*, cit., spec. 680 ss nonché M.P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, cit., 524.

di un altro atto di diritto comunitario che costituisce l'attuazione di quello illegittimo²⁹⁷.

Né è inutile sottolineare che l'eccezione di cui all'art. 241 del Trattato CE può giovare soltanto a coloro che abbiano interesse a far valere l'illegittimità di un atto comunitario di carattere generale e non anche ai singoli che vogliano impugnare un atto di natura individuale del quale è diretto destinatario un altro soggetto²⁹⁸.

In virtù del complesso delle argomentazioni sinora esposte per suffragare la tesi dell'inadeguatezza dei singoli rimedi astrattamente alternativi a quello di annullamento ai fini di un'efficace tutela giurisdizionale dei singoli nel sistema comunitario, riteniamo opportune le conclusioni alle quali è addivenuto il Tribunale di primo grado nel citato caso *Jégo-Quéré*, anche nella parte in cui ha giustificato la propria evoluzione giurisprudenziale anche evidenziando che le tradizionali limitazioni alla tutela giurisdizionale che caratterizzano il sistema comunitario non sono attualmente accettabili non soltanto ai sensi degli artt. 6 e 13 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo ma anche alla luce dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali di Nizza²⁹⁹, disposizione che induce a considerare il principio di effettività della tutela giurisdizionale in una prospettiva

²⁹⁷ In tal senso anche M. VOIGT, *Indirect judicial protection in EC law – the case of plea of illegality*, cit., 364 ss.

²⁹⁸ Così, nella giurisprudenza comunitaria, CGCE, 10 dicembre 1986, *Sideradria-Industria metallurgica c. Commissione*, C-41/85, in *Racc.*, 1986, 3917, § 5; CGCE, 8 marzo 1960, *Germania c. Alta Autorità*, C-3/59, in *Racc.*, 1960, 120; TPI, 5 giugno 1992, *Finsider c. Commissione*, T-26/90, in *Racc.*, 1992, II-1789, § 61. In dottrina, in senso critico, F. BERROD, *La systématique des voies de droit communautaires*, cit., 677.

²⁹⁹ L'art. 47 della Carta di Nizza ha infatti sancito il diritto ad un ricorso effettivo per ogni diritto tutelato in sede comunitaria sotto il profilo sostanziale. Per riflessioni simili in dottrina v. anche H.G. SCHERMERS – D.F. WAELBROECK, *Judicial protection in the European Union*, 6a ed., cit., 449 – 450; R. TONIATTI (a cura di), *Diritto, diritti, giurisdizione, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Padova 2002.

volta a garantire in modo efficace i diritti dei singoli e non più, almeno in via esclusiva, quale forma di garanzia della *primauté* del diritto comunitario³⁰⁰.

Il rivoluzionario e condivisibile *revirement* del Tribunale di primo grado è stato tuttavia smentito dalla Corte di Giustizia la quale, in una decisione di poco successiva, resa in Adunanza Plenaria³⁰¹, ha ribadito, anche a dispetto delle opposte conclusioni dell'Avvocato Generale³⁰², l'orientamento tradizionale³⁰³. Secondo la Corte, infatti, una modifica del sistema di tutela non potrebbe essere operata, stante il disposto dell'art. 230, quarto comma, del Trattato CE, in via meramente pretoria³⁰⁴.

³⁰⁰ Appare quindi dirimente, ai fini della decisione del Tribunale, la considerazione dell'inesistenza di un rimedio giurisdizionale effettivo nel sistema comunitario.

³⁰¹ Il deferimento della questione di principio in esame all'Adunanza Plenaria e le opposte conclusioni dell'Avv. Gen. Jacobs avevano in realtà alimentato le speranze della dottrina in un *revirement* garantista anche nella giurisprudenza della Corte di Giustizia: cfr. R. MEHDI, *La recevabilité des recours formés par les personnes physiques et morales à l'encontre d'un acte de porte générale: l'aggiornamento n'aura pas eu lieu...*, in *RTDE*, 2003, 23 ss, spec. 27.

³⁰² In tali conclusioni non si omette di rilevare l'anomalia della giurisprudenza della Corte se comparata con le affermazioni rese di frequente dalla stessa circa l'ineffettività della tutela fornita dai sistemi giuridici nazionali. Nello stesso senso v. anche G. TESAURO, *Il controllo diretto di legalità degli atti comunitari e le esigenze di protezione dei singoli*, cit., 6 – 7, il quale evidenzia che la Corte di Giustizia non ha compiuto “un percorso altrettanto coraggioso a vantaggio del singolo che lamenti una lesione del proprio patrimonio giuridico ad opera di norme comunitarie o atti e comportamenti imputabili alle istituzioni”.

³⁰³ Il riferimento è a CGCE, 25 luglio 2002, *Union de Pequeños Agricultores c. Consiglio*, C-50/00, in *Racc.*, 6677, nonché in *Giur. it.*, 2003, 1463, con nota di R. CARANTA, *I limiti alla legittimazione ad impugnare atti comunitari generali*; in argomento v. anche, tra gli altri, F. BERROD – F. MARIETTE, *Le pourvoi dans l'affaire Unión de Pequeños Agricultores c. Conseil: le retour de la procession d'Echternach*, in *Europe*, 2002, n. 10, 11; P. GILLIAUX, *L'arrêt Unión de Pequeños Agricultores: entre subsidiarité juridictionnelle et effectivité*, in *Cahiers dr. eur.*, 2003, 177 ss. Giova tener presente che nella fattispecie che ha condotto alla citata pronuncia, l'UPA, ovvero un'associazione professionale portavoce degli interessi delle piccole imprese agricole spagnole operanti nel mercato dell'olio, aveva impugnato dinanzi alla Corte di Giustizia la sentenza con la quale il Tribunale di prima istanza aveva rigettato il suo ricorso diretto all'annullamento parziale del Regolamento del Consiglio 98/1368/CE, che attuava un'organizzazione comune dei mercati nel settore dei grassi ed aveva, per quel che maggiormente interessa in questa sede, eliminato alcuni aiuti dei quali erano potenziali beneficiari alcuni dei produttori associati ad UPA. La ricorrente, pur non negando la natura regolamentare dell'atto impugnato, affermava che la negazione della propria legittimazione ad agire ai sensi dell'art. 230, comma quarto, del Trattato CE determinava una totale carenza di tutela in quanto, non abbisognando il Regolamento di norme interne di attuazione, la stessa era di fatto privata di altri mezzi di ricorso in ambito nazionale. Anche il Tribunale di primo grado è, tuttavia, tornato a conformarsi nelle pronunce successive all'orientamento tradizionale (v. TPI, 14 novembre 2002, *Rica Foods c. Commissione*, T-94/00, in *Racc.*, 2002, 4677; TPI, 30 aprile 2003, *VVG International c. Commissione*, T-155/02, in *Racc.*, 2003, II-1949).

³⁰⁴ La Corte ha così confermato la propria tradizionale giurisprudenza (v. già CGCE, 14 dicembre 1962, *Fédération nationale des producteurs de fruits et légumes*, cit., 901 ss) la quale si è mostrata, negli anni, fedele custode di una stretta interpretazione letterale dell'art. 230, § quarto, del Trattato CE, nonostante in altre situazioni le disposizioni del Trattato siano state interpretate,

Quanto alle evidenziate lacune in termini di tutela si è ritenuto che qualora il rinvio pregiudiziale si riveli un rimedio inadeguato, stante la natura indiretta dello stesso, spetterà agli Stati membri, in omaggio al principio di sussidiarietà, riformare il proprio sistema introducendo appositi strumenti di protezione³⁰⁵.

Parte della dottrina ha severamente criticato tale giurisprudenza, in quanto fondata sul “dogma” della sufficienza ed effettività dei rimedi processuali esistenti in ambito nazionale³⁰⁶. Il sistema giurisdizionale comunitario complessivo, costruito su una complementarità tra la tutela dinanzi al giudice nazionale e quella di cui il singolo gode in sede europea, sarebbe invero equo, almeno a nostro sommo parere, nella misura in cui alle carenze del giudice nazionale provvedesse il sistema di protezione comunitario sanzionando l’operato degli organi giurisdizionali interni non soltanto sotto il profilo del mancato rispetto delle norme comunitarie ma anche della pedissequa applicazione delle stesse ogni qual volta sussistano dubbi sulla legittimità delle medesime³⁰⁷.

invece, dai giudici comunitari in una prospettiva teleologica, al fine di preservare l’effetto utile del diritto comunitario (cfr., sul punto, F. BERROD, *La systématique des voies de droit communautaires*, cit., 579). Successivamente è stata inoltre annullata la stessa pronuncia resa dal Tribunale nel caso *Jégo-Quéré*, sempre sull’assunto della completezza del sistema giurisdizionale comunitario ai sensi degli artt. 230, 241 e 234 del Trattato CE anche nell’ipotesi in cui fosse dimostrata l’insussistenza di rimedi esperibili dal ricorrente all’interno del proprio Stato, in quanto esulerebbe dalle competenze del giudice comunitario in sede di controllo di legittimità dei proprio atti analizzare ed interpretare il diritto processuale nazionale (cfr. CGCE, 1° aprile 2004 n. 263, *Jégo-Quéré et Cie c. Commissione*, in *Racc.*, nonché in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2004, 1501, con nota di M. MIGLIORANZA, cit.).

³⁰⁵ In una tale direzione v. soprattutto il § 45 della pronuncia *Upa*.

³⁰⁶ Cfr. R. CARANTA, *I limiti alla legittimazione ad impugnare atti comunitari generali*, cit., 1467. Sempre in dottrina G. MORBIDELLI, *La tutela giurisdizionale dei diritti nell’ordinamento comunitario*, cit., 52 ss, non ha poi esitato a sottolineare il contrasto tra l’accezione di tutela giurisdizionale effettiva coniata dalla giurisprudenza comunitaria per imporre determinati *standards* di tutela giurisdizionale all’interno degli Stati membri (emblematica è, ad es., l’affermazione secondo cui l’esigenza di un controllo giurisdizionale costituisce un principio generale del diritto comunitario, che discende dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri ed ha trovato la propria consacrazione negli artt. 6 e 13 CEDU: cfr., di recente, CGCE, 27 novembre 2001, *Commissione c. Austria*, C-424/99, in *Racc.*, 2001, 9285, § 45) e le regole che la stessa Corte di Giustizia finisce per applicare a se stessa negando la realizzazione effettiva del diritto di accesso al giudice nel processo comunitario.

³⁰⁷ In realtà, come bene evidenzia R. CARANTA, *I limiti della legittimazione ad impugnare atti comunitari generali*, cit., 1468, la Corte di Giustizia sembra piuttosto postulare che una tutela sia assicurata anche dai giudici nazionali ma non mostra la volontà di mutare il proprio orientamento nell’ipotesi in cui ciò non avvenga come si può desumere dall’espressione “per quanto possibile”:

D'altra parte nella stessa pronuncia UPA, la Corte di Giustizia non si è curata di precisare quali dovrebbero essere gli strumenti da introdurre in ambito nazionale per rimediare ad eventuali vuoti di tutela³⁰⁸. E questo neppure nell'ipotesi-limite³⁰⁹ in cui la lesione dei diritti dei singoli derivi da un atto comunitario di carattere generale privo di atti interni di attuazione ed esecuzione.

Ma soprattutto la Corte ha adottato, forse volutamente, una prospettiva fuorviante. Riteniamo, infatti, che in tema di limitazioni al diritto degli individui di proporre ricorso in annullamento ciò che venga in rilievo sia la violazione di un diritto dei singoli posta in essere proprio dalle istituzioni comunitarie ed, alla quale - come del resto insegna la giurisprudenza *Foto-Frost* - sono esclusivamente i giudici comunitari a potere e dovere rimediare annullando gli atti illegittimi³¹⁰. Ci sembra, pertanto, difficilmente contestabile che l'unico rimedio che possa essere all'uopo utilizzato in ambito nazionale sia quello, peraltro già esistente ed i cui limiti, riconnessi essenzialmente alla natura indiretta dello stesso, sono stati diffusamente sottolineati, del rinvio pregiudiziale di validità ex art. 234 del Trattato CE. Una reale applicazione del principio di sussidiarietà avrebbe dovuto essere modulata in termini differenti prevedendo, ad es., la possibilità per in singoli di adire la Corte di Giustizia comunitaria ogni qual volta i

³⁰⁸ Analogamente P. GILLIAUX, *L'arrêt Unión de Pequeños Agricultores: entre subsidiarité juridictionnelle et effectivité*, cit., 185 ss.

³⁰⁹ In realtà in concreto i regolamenti comunitari, soltanto a seguito della loro emanazione e quindi ancor prima che gli Stati membri provvedano alla canonica attuazione con atti nazionali, determinano in pratica conseguenze di non secondaria importanza per gli operatori economici cui conviene riorganizzare immediatamente la propria attività in conformità alle nuove prescrizioni normative (così, in senso fortemente critico sulla giurisprudenza comunitaria in tema di legittimazione dei singoli ad impugnare atti generali, G. MORBIDELLI, *La tutela giurisdizionale dei diritti nell'ordinamento comunitario*, cit., 57, che parla di "effetto annuncio").

³¹⁰ Cfr. G. SCHOHE, *La réforme du contentieux communautaire du point de vue des droits du particulier*, cit., 676 – 677.

rimedi esistenti sul piano nazionale siano insufficienti per assicurare ad essi adeguata tutela³¹¹.

Diversa sarebbe stata la situazione, speculare a quella in rilievo nella fattispecie in esame, nell'ipotesi in cui fossero stati in discussione diritti attribuiti ai singoli proprio dalla normativa comunitaria ed invece negati in ambito nazionale. In questi casi, infatti, qualora i rimedi nazionali siano inadeguati, è possibile per la Corte di Giustizia condannare gli Stati membri all'esito della procedura di infrazione che, come è noto, ha proprio ad oggetto la declaratoria di inadempimento da parte degli Stati ad un'obbligazione derivante dal diritto comunitario.

³¹¹ Possibilità esplicitamente negata dalla giurisprudenza comunitaria all'interno della quale si è ritenuto, anche di recente, che non è ammissibile un'interpretazione delle condizioni di ricevibilità di ricorso enunciate dall'art. 230, § quarto, del Trattato CE, nel senso che un ricorso volto all'annullamento di un atto di diritto comunitario derivato dovrebbe essere considerato ricevibile qualora sia dimostrato, a seguito di un concreto esame da parte del giudice comunitario delle regole processuali nazionali, che queste ultime non consentono ad un individuo di proporre un ricorso volto a contestare la validità di un atto comunitario, poiché ciò postulerebbe l'esistenza di un potere di esame e di interpretazione del diritto processuale nazionale da parte del giudice comunitario, potere del quale quest'ultimo è privo (cfr. TPI, 8 agosto 2002, *VVG International e.a. c. Commissione*, T-155/02, in *Racc.*, 2002, p. II-3239, § 39). Differente e maggiormente coerente nel tutelare le posizioni soggettive dei ricorrenti individuali è, invece, il sistema di tutela delineato dal combinato disposto degli artt. 13 e 35 CEDU, nella prospettiva di un efficace rapporto di complementarietà tra tutela dei quali gli stessi possono beneficiare nell'ordinamento interno e tutela riconosciute in ambito sopranazionale dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (cfr., per tutti, N. PICARDI, *Manuale del processo civile*, cit., 485). Infatti, la prima delle richiamate disposizioni sancisce l'obbligo degli Stati contraenti di prevedere al proprio interno strumenti di ricorso effettivi, accessibili e disponibili per gli individui, al fine di tutelare i diritti ai medesimi assicurati dalla CEDU, mentre l'art. 35 della stessa Convenzione sancisce coerentemente l'irricevibilità dei ricorsi proposti dinanzi alla Corte europea dei diritti umani qualora sia stata violata la regola del previo esaurimento dei ricorsi interni. La sintesi tra le richiamate regole è stata individuata da una consolidata giurisprudenza nell'affermazione del principio per il quale se un mezzo di ricorso interno è privo, anche alternativamente, dei caratteri dell'effettività, dell'utilità e della diretta disponibilità da parte dei singoli, agli stessi non è preclusa la possibilità di proporre direttamente un'istanza di tutela dinanzi alla Corte di Strasburgo (in arg. v., ampiamente, G. PISILLO MAZZESCHI, *Commento all'art. 35 CEDU*, in *Commentario alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo* a cura di S. BARTOLE – B. CONFORTI – G. RAIMONDI, Padova, 2000, 579 ss.). E' pertanto opportuno sottolineare, per quanto maggiormente interessain questa sede, che si è precisato che tutte le volte che un rimedio non sia direttamente disponibile per i ricorrenti individuali, così come avviene per il ricorso costituzionale in Italia, gli stessi potranno senz'altro adire la Corte europea dei diritti umani a prescindere dalla proposizione del ricorso interno di carattere indiretto: invero, come si è più volte evidenziato, è proprio questa la natura del rinvio pregiudiziale, anche di validità, ex art. 234 del Trattato CE, che, tuttavia, la Corte di Giustizia comunitaria tende ad ergere a baluardo della garanzia di una completa tutela a fronte dell'illegittimità degli atti comunitari a favore dei singoli.

Cerchiamo adesso di trarre le fila delle argomentazioni sinora svolte. A riguardo non ci sembra peregrino sostenere che le condizioni attinenti alla qualità per agire dinanzi ai giudici comunitari conducano ad una situazione per certi versi paradossale: di fatto, gli individui potranno avere accesso alla tutela giurisdizionale c.d. diretta nel sistema processuale comunitario, almeno nell'ipotesi in cui si abbia riguardo alle azioni di annullamento ed a quelle in carenza, qualora dimostrino la violazione di un proprio diritto riconnessa all'atto emanato dall'istituzione comunitaria convenuta in giudizio ovvero alla carenza riconducibile alla stessa. Ciò comporta la sussistenza di uno stretto collegamento tra la ricevibilità dell'azione e la fondatezza della medesima nel merito³¹². I requisiti concernenti la c.d. qualità per agire comportano, pertanto, che laddove gli individui non siano in grado di dimostrare *ex ante* la lesione di una propria situazione soggettiva ad opera di un atto di natura individuale del quale non siano i diretti destinatari ovvero di un atto di carattere generale, l'azione proposta dallo stesso sarà dichiarata irricevibile dai giudici comunitari.

In realtà una piena tutela del diritto di accesso al giudice imporrebbe, piuttosto, che i ricorsi dei singoli diretti contro atti delle istituzioni comunitarie siano considerati ricevibili in ragione della presenza di un attuale interesse ad agire, la cui presenza è sufficiente ad individualizzare la posizione del ricorrente rispetto a quella di altri soggetti e quindi ad evitare una configurazione dei ricorsi dinanzi ai giudici comunitari in termini di *actio popularis*. Crediamo, invero, che la considerazione delle ragioni del merito dell'istanza non debba avvenire in sede di esame della ricevibilità dell'azione che deve logicamente precedere quello sulla fondatezza della stessa.

³¹² Cfr. F. BERROD, *La systématique des voies de droit communautaires*, cit., 642.

3. Brevi cenni sulla legittimazione degli individui ad impugnare atti amministrativi di carattere generale negli ordinamenti nazionali ed il diritto di accesso al giudice nel sistema CEDU

L'orientamento espresso dalla prevalente giurisprudenza comunitaria quanto alla possibilità per i singoli di proporre azione di annullamento degli atti emanati dalle istituzioni comunitarie è estremamente restrittivo: una tale considerazione, del resto, ci appare confermata non soltanto dai rilievi sinora svolti, ma altresì dall'esame, da una parte, delle condizioni in presenza delle quali è consentito nella maggior parte degli Stati membri impugnare atti amministrativi, anche di carattere generale, e regolamenti³¹³ e, dall'altro, di alcune pronunce rese dalla Corte di Strasburgo in materia di accesso al giudice nonché di diritto di ciascuno a disporre di un mezzo di ricorso di carattere effettivo per denunciare la lesione delle proprie situazioni giuridiche soggettive³¹⁴.

3.1. La legittimazione ad impugnare gli atti di carattere generale ed i regolamenti nei principali sistemi europei

3.1. 1. Il sistema anglosassone

E' noto che nell'ordinamento inglese il diritto amministrativo non è stato considerato, tradizionalmente, un diritto di privilegio della Pubblica

³¹³ Sarebbero diverse le conclusioni cui perveniremo qualora accedessimo all'orientamento fatto proprio da quella parte della dottrina secondo la quale dovrebbero essere evitati fuorvianti parallelismi tra i requisiti richiesti dalla giurisprudenza comunitaria al fine dell'impugnazione da parte degli individui di atti di carattere generale ai sensi dell'art. 230, quarto comma, del Trattato CE e la nozione di "interesse diretto, immediato ed attuale" richiesta dalla giurisprudenza interna di alcuni sistemi europei per consentire l'impugnazione di un atto e che, piuttosto, si identificherebbe con l'interesse ad agire, ovvero con l'interesse al risultato sotteso alla proposizione dell'azione (così A. MUSSELLI, *La giustizia amministrativa dell'ordinamento comunitario*, cit., 52).

³¹⁴ Il *modus procedendi* ricalcherà quello seguito alcuni anni fa nell'attento studio di D. WAELBROECK – A.M. VERHEYDEN, *Les conditions de recevabilité des recours en annulation des particuliers contre les actes normatifs communautaires*, in *Cah. dr. eur.*, 1995, 436 ss.

Amministrazione, di talché non è mai esistito nell'esperienza giuridica anglosassone un giudice amministrativo "speciale" rispetto a quello ordinario. Ne deriva che quest'ultimo può conoscere sia delle azioni proposte nei confronti dei privati sia di quelle avverso gli atti dei pubblici poteri³¹⁵. Una tale situazione non è sostanzialmente mutata a partire dal 1977 quando, con un emendamento delle Regole della Suprema Corte, è stata introdotta una distinzione tra la "procedure by an action", che trova applicazione nelle controversie instaurate nei confronti dei soggetti privati, e la "judicial review procedure", relativa ai giudizi nei quali i singoli fanno valere una violazione delle proprie situazioni giuridiche soggettive da parte della P.A.³¹⁶.

In realtà la suddetta distinzione non è secondaria ai nostri fini, in quanto, se il primo procedimento può essere introdotto senza alcuna autorizzazione ed il giudice sarà chiamato a pronunciarsi sulla non pretestuosità dello stesso soltanto in presenza della relativa eccezione del convenuto, il "leave" rispetto al ricorso di parte, corredato di affidavit, è necessario per dare corso all'azione proposta nei confronti dei pubblici poteri: l'autorizzazione del giudice è discrezionale e può essere concessa soltanto qualora sussista un "interesse sufficiente" dell'attore in relazione alla controversia proposta ed ai risultati di essa. Infatti, a norma dell'art. 31 (3) del Supreme Court Act del 1981, il quale ha espressamente codificato la regola c.d. dello *standing*, "nessun ricorso giurisdizionale potrà

³¹⁵ In argomento v. P. CHIRULLI, *Attività amministrativa e sindacato giurisdizionale in Gran Bretagna. Dal locus standi alla justiciability*, Torino, 1996, spec. 121 ss; S.M. THIO, *Locus standi and judicial review*, Singapore, 1971; P. CANE, *The function of standing rules in administrative law*, in *Public Law*, 1980, 303.

³¹⁶ E' a riguardo su tutte significativa l'espressione utilizzata da J.A. JOLOWICZ, *Civil and administrative procedure*, in *On civil procedure*, Cambridge, 2000, 151: "a single jurisdiction: a divided procedure". Non si può inoltre trascurare di sottolineare che, sin dal caso *O' Reilly v. Mackmann* del 1982, siffatte procedure sono state considerate rigorosamente alternative l'una rispetto all'altra. L'oggetto della judicial review è stato meglio precisato con il Regolamento Governativo n° 2092 del 2000, con la conseguenza che il judicial review, ora disciplinato dall'Order 54 piuttosto che dal precedente Order 53, può avere ad oggetto il controllo di legalità di un atto normativo o di una decisione, di un'azione o di un'omissione che si ricolleghino all'esercizio di una pubblica funzione (in arg. v. G. MARCOU, *Caractères généraux et évolution de la juridiction administrative en Europe occidentale*, cit., 89).

essere proposto se prima non venga rilasciato il *leave* dalla High Court ai sensi del vigente regolamento di procedura; e la Corte rilascerà l'autorizzazione solo se riterrà che il ricorrente abbina un interesse sufficiente nella questione cui il ricorso attiene”.

La nozione di interesse sufficiente a giustificare la proposizione dell'azione è stata interpretata, sin dal caso *Inland Revenue Commissioners v. National Federation of Self-Employed and Small Business Ltd*, in senso ampio³¹⁷, poiché si è affermato che in questa primissima fase del procedimento l'autorizzazione dovrebbe essere negata soltanto a fronte di ricorsi “hopeless, frivolous or irresponsible”³¹⁸. Ciò che, peraltro, merita su tutto di essere sottolineato è soprattutto l'assunto in forza del quale non può essere data nessuna definizione astratta del “sufficient interest”, che deve essere valutato alla luce delle caratteristiche proprie della fattispecie concreta ed, in ogni caso, più grave è l'illegittimità lamentata, maggiore è la possibilità di ottenere lo *standing*³¹⁹.

A riguardo, in accordo con una giurisprudenza consolidatasi proprio nel 1977³²⁰, si ritiene che il criterio che il giudice deve adottare per valutare l'ammissibilità di un ricorso contro un provvedimento amministrativo non deve essere fondato sull'esistenza di un interesse diretto e personale del ricorrente, riconnettendosi piuttosto alla fondatezza nel merito dell'azione proposta³²¹.

Emblematica di un tale orientamento è l'affermazione del giudice Lord Woolf nel

³¹⁷ Cfr. P. CHIRULLI, *Attività amministrativa e sindacato giurisdizionale in Gran Bretagna. Dal locus standi alla justiciability*, cit., 144 – 145.

³¹⁸ V., *amplius*, J.A. JOLOWICZ, *Civil and administrative procedure*, cit., spec. 156 ss.

³¹⁹ Così P. CHIRULLI, *Attività amministrativa e sindacato giurisdizionale in Gran Bretagna. Dal locus standi alla justiciability*, cit., 145 – 151.

³²⁰ In argomento v., diffusamente, P. CHIRULLI, *Attività amministrativa e sindacato giurisdizionale in Gran Bretagna, Dal locus standi alla justiciability*, cit., 127 – 142.

³²¹ Cfr. A. ARNULL, *Private applicants and the action for annulment under article 173 of the EC Treaty*, cit., , 8; D. WAELBROECK – A.M. VERHEYDEN, *Les conditions de recevabilité des recours en annulation des particuliers contre les actes normatifs communautaires*, cit., 419 – 420. Nella giurisprudenza inglese v. *R. v. Her Majesty's Treasury ex P. Smedley*, 1985, QB, 657: in questo caso è stata ritenuta ammissibile l'azione proposta da un soggetto che deducendo la propria qualità di contribuente ed elettore aveva presentato ricorso contro l'impegno assunto dal governo anglosassone di contribuire per alcuni milioni di sterline al finanziamento della Comunità europea.

caso *R.v. The Attorney-General, ex parte Imperiale Chemical Industries plc*³²², secondo il quale “sarebbe disdicevole se le Corti dovessero giungere alla conclusione che in una situazione nella quale è stata accertata la necessità dell’intervento delle Corti, quell’intervento fosse paralizzato dalla barriera dello *standing*”.

Si può pertanto affermare che il sistema anglosassone si caratterizza perché fa apprezzabilmente prevalere, in una prospettiva equitativa, le ragioni del merito su quelle della procedura³²³, poiché i presupposti di ammissibilità del *judicial review* sono stati progressivamente svincolati dalla necessità di una puntuale verifica preliminare dei requisiti soggettivi del soggetto ricorrente, spostando l’attenzione dalla figura dell’interesse al tipo di situazione azionata ed al tipo di potere sindacato³²⁴.

3.1.2. I sistemi continentali

Fino ad un recente passato l’Europa continentale conosceva essenzialmente due sistemi di giustizia amministrativa, quello francese e quello tedesco³²⁵. Infatti, nonostante in entrambi i casi il giudice amministrativo sia un giudice diverso da quello ordinario deputato a conoscere delle controversie tra soggetti privati o nelle quali non viene comunque in rilievo l’esercizio di un potere da parte della P.A., possono storicamente individuarsi alcune significative

³²² In *Common Market Law Review*, 1985, n. 1, 616.

³²³ La dottrina anglosassone tende infatti a ritenere che una situazione nella quale il diritto degli individui ad impugnare atti legislativi ed amministrativi dovrebbe comunque essere riconosciuta è quella che si realizza laddove si ponga una questione giuridica importante e non vi sarebbe altrimenti modo di risolverla in conformità alla legge nell’ipotesi in cui la proposta azione individuale fosse dichiarata inammissibile (cfr. A. ARNULL, *Private applicants and the action for annulment under article 173 of the EC Treaty*, cit., 11).

³²⁴ V., ancora, P. CHIRULLI, *Attività amministrativa e sindacato giurisdizionale in Gran Bretagna. Dal locus standi alla justiciability*, cit., 169.

³²⁵ In argomento, di recente, M. FROMONT, *La convergence des systèmes de justice administrative en Europe*, cit., 125; G. MARCOU, *Caractères généraux et évolution de la juridiction administrative en Europe occidentale*, cit., 84 ss.

differenze tra tali sistemi, riconducibili alla funzione eminentemente attribuita alla giustizia amministrativa.

Più in particolare, in Francia³²⁶ la giustizia amministrativa ha tradizionalmente assolto la funzione di assicurare il rispetto della legge da parte delle autorità amministrative ed è quindi stata il principale strumento della subordinazione al Parlamento dei pubblici poteri³²⁷. Il ricorso per eccesso di potere è stato quindi essenzialmente configurato quale “processo fatto ad un atto”³²⁸, nel quale i giudici sono chiamati a verificare, nell’interesse pubblico, il rispetto delle regole di diritto oggettivo da parte delle autorità amministrative³²⁹. Ciò implica che gli individui possano di regola domandare anche l’annullamento di un atto della P.A. di carattere generale, in quanto in una tale situazione sussiste, in virtù del principio della legalità il cui rispetto è alla base del ricorso per eccesso di potere, un interesse pubblico all’annullamento di un atto in contrasto con la legge³³⁰.

³²⁶ Nonché negli altri Stati che hanno seguito il modello francese, come l’Italia, il Belgio, i Paesi Bassi, la Grecia e la Spagna.

³²⁷ Si veda peraltro la ricostruzione storica operata, tra gli altri, da R. CHAPUS, *Droit administratif général*, I, 747 ss; J. RIVERO – J. WALINE, *Droit administratif*, cit., 232 ss, dalla quale emerge che in origine i giudici amministrativi erano, in una configurazione estrema del principio della separazione dei poteri, interni all’Amministrazione.

³²⁸ Secondo la nota espressione di E. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, II, Paris, 1888, 405. Il tradizionale mezzo di ricorso nel sistema francese era infatti costituito dal recours pour excès de pouvoir con il quale può essere chiesto in sede giurisdizionale l’annullamento di un atto amministrativo deducendone l’illegittimità: di conseguenza se l’atto è illegittimo, il giudice non può fare altro che annullarlo affinché sia espunto retroattivamente dall’ordinamento, come se non fosse mai esistito e spettando, se del caso, alla P.A. e non al giudice di sostituirlo. Si tratta quindi di un ricorso che ha la funzione obiettiva e nell’interesse generale di tutelare il rispetto del principio di legalità nel sistema (cfr. R. CHAPUS, *Droit administratif général*, cit., 786 ss).

³²⁹ Sottolinea E. CASSETTA, *Le trasformazioni del processo amministrativo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1999, 690, che il giudice amministrativo è sorto in funzione del sindacato dell’azione amministrativa in vista del solo interesse pubblico, in un contesto nel quale non emergeva in modo netto la contrapposizione tra interesse pubblico ed interesse della parte privata, proprio perché il processo era in realtà un meccanismo di tutela dell’interesse pubblica nel quale, al più, alla parte privata erano riconosciuti poteri di sollecitazione. La tutela del privato – e la nozione tipica del diritto italiano e di quello spagnolo di “interesse legittimo” ne è la dimostrazione – era allora assicurata nella misura in cui coincideva con quella dell’interesse pubblico.

³³⁰ Cfr. M. FROMONT, *L’influence du droit français et du droit allemand sur les conditions de recevabilité du recours en annulation devant la Cour de Justice des Communautés européennes*, in RTDE, 1966, 47 ss, spec. 49.

Diversamente, soprattutto dopo il secondo conflitto mondiale, in Germania il processo amministrativo è stato configurato, in una prospettiva tesa soprattutto alla tutela dei diritti dei singoli, in termini di strumento a disposizione degli individui per denunciare la violazione di loro diritto da parte dei pubblici poteri³³¹. Il che trova conferma soprattutto nell'art. 19, § 4, della Legge fondamentale, in forza del quale "Chiunque sia stato leso in un proprio diritto dai pubblici poteri dispone di un ricorso in sede giurisdizionale". Tale concezione implica che il giudice amministrativo sia stato da sempre titolare di ampi poteri di carattere cautelare all'inizio del processo³³², e della possibilità di emanare pronunce differenti da quelle di annullamento dell'atto denunciato³³³. All'opposto la concezione soggettiva della giustizia amministrativa implica, peraltro, non secondarie limitazioni quanto alla possibilità per gli individui di impugnare atti di carattere generale e regolamenti³³⁴.

Ciò premesso, non si può trascurare, in questa sede, che, tuttavia, negli anni più recenti si registra una significativa convergenza nella concezione della

³³¹ Più in particolare, la legge sulle giurisdizioni amministrative del 21 gennaio 1960 ha stabilito che i singoli lesi in un proprio diritto pubblico soggettivo dall'Amministrazione possano adire i giudici amministrativi con l'azione di annullamento (*Anfechtungsklage*) e con l'azione volta, nell'ipotesi di silenzio dell'Amministrazione adita, ad ottenere l'emanazione dell'atto richiesto (*Verpflichtungsklage*). Sul punto cfr. M. FROMONT, *La convergence des systèmes de justice administrative en Europe*, cit., 129.

³³² Invero, al fine di assicurare una protezione efficace per i diritti soggettivi degli individui, la stessa legge sulle giurisdizioni amministrative del 1960 ha introdotto il principio dell'effetto automaticamente sospensivo dell'efficacia dell'atto impugnato dell'azione di annullamento. Al contempo, per le ipotesi in cui il ricorrente contesti una decisione di rigetto dell'Amministrazione o il silenzio della stessa, al giudice è stato conferito il potere di emanare, con ordinanza (*einstweilige Anordnung*), le altre misure cautelari che siano opportune (cfr. M. FROMONT, *La convergence des systèmes de justice administrative en Europe*, cit., 129).

³³³ Il giudice nel processo amministrativo tedesco può infatti, anche se adito con un'azione di annullamento di un atto, emanare pronunce differenti dall'annullamento dell'atto impugnato. Invero, ai sensi del § 113, comma primo, della legge del 21 gennaio 1960 sulle giurisdizioni amministrative, lo stesso può, su domanda del ricorrente, anche ordinare alla P.A. di ripristinare la situazione antecedente all'esecuzione dell'atto impugnato e precisare le modalità di un tale risarcimento in forma specifica. Cfr., *amplius*, M. FROMONT, *La convergence des systèmes de justice administrative en Europe*, cit., 134.

³³⁴ Così M. FROMONT, *L'influence du droit français et du droit allemand sur les conditions de recevabilité du recours en annulation devant la Cour de Justice des Communautés européennes*, cit., 49.

giustizia amministrativa negli Stati continentali³³⁵, in quanto anche in Francia e negli altri Stati che ne seguivano il modello ha finito con l'affermarsi il principio in virtù del quale il processo amministrativo è non solo volto a preservare, nell'interesse generale, la legalità nell'operato delle Pubbliche Amministrazioni, ma anche a fornire una protezione giurisdizionale ai singoli rispetto all'operato dei pubblici poteri³³⁶. Ne deriva che anche in questi sistemi il processo amministrativo si è evoluto in una direzione che lo rende sempre più simile al processo civile³³⁷, poiché sono stati attribuiti maggiori poteri al giudice, sia di carattere cautelare³³⁸ sia in merito alla natura delle decisioni che possono essere

³³⁵ Così M. FROMONT, *La convergence des systèmes administrative en Europe, cit.*, 126. Tale convergenza, con riguardo al sistema francese, è stata anche configurata come progressiva riduzione delle differenze tra i ricorsi c.d. di giurisdizione piena ed il ricorso per eccesso di potere (J. RIVERO – J. WALINE, *Droit administratif, cit.*, 209).

³³⁶ Il che si è ricollegato in alcuni Paesi anche a previsioni costituzionali, come l'art. 113 della Costituzione italiana il quale sancisce che contro gli atti della P.A. è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa. Diversamente in Francia è stato il Consiglio Costituzionale, soprattutto sulla scorta della giurisprudenza della Corte di Strasburgo in materia di equo processo e di diritto dei singoli ad un mezzo di ricorso effettivo per tutelare i propri diritti, a colmare, sul punto, le lacune del testo costituzionale (v. Consiglio Cost. 9 aprile 1996; cfr. anche R. ABRAHAM, *Les incidences de la convention européenne des droits de l'homme sur le contentieux administratif français*, in RFDA, 1990, 1053).

³³⁷ In una tale direzione già M.S. GIANNINI, *La giustizia amministrativa, cit.*, 142 – 144, evidenziava la tendenza della dottrina a considerare unitariamente il processo civile ed il processo amministrativo per quanto attiene all'oggetto del giudizio ed alla domanda giudiziale, mediante l'identificazione tra potere di azione e potere di ricorso. Per vero, il vantaggio conseguito dalla P.A. con l'annullamento in sede giurisdizionale degli atti amministrativi illegittimi costituirebbe una mera risultanza effettuale del ricorso proposto dal privato, al pari dell'annullamento dei negozi giuridici rispetto alla sicurezza dei rapporti interprivati. Di conseguenza anche l'oggetto del giudizio amministrativo sarebbe costituito dalla pretesa della parte. Sempre in dottrina, anche prima delle richiamate evoluzioni nella concezione del processo amministrativo, B. SASSANI, *Impugnativa dell'atto e disciplina del rapporto*, Padova, 1989, spec. 117 ss, aveva sottolineato la necessità che si invidiasse nella pronuncia di accoglimento del giudizio amministrativo l'accertamento di una pretesa e non il mero annullamento di un atto, in tal senso evidenziando la necessità della produzione di effetti conformativi del giudicato.

³³⁸ Occorre infatti tener presente, a questo riguardo, che la legge relativa al “référé” dinanzi alle giurisdizioni amministrative promulgata il 30 giugno 2000 ed entrata in vigore il 1° gennaio 2001 ha considerevolmente aumentato la protezione delle parti private nel tempo necessario all'emanazione della decisione definitiva nel processo amministrativo. Il giudice amministrativo può, innanzitutto, se ricorrono congiuntamente i presupposti dell'urgenza ed un serio dubbio circa la legalità della decisione, emanare il c.d. “référé- suspension”, ovvero sospendere l'efficacia dell'atto impugnato. Se un tale potere era attribuito anche prima al giudice amministrativo, erano tuttavia maggiormente rigorose le condizioni di merito cui era subordinata la concessione della misura inibitoria, cioè a dire, quanto al *periculum*, il rischio di un pregiudizio irreversibile e, in punto di *fumus*, la presenza di un serio motivo di illegittimità del provvedimento impugnato. Attualmente sono invece sufficienti l'urgenza ed un serio dubbio in ordine alla legittimità dell'atto. Inoltre nell'ipotesi in cui sia in discussione una libertà fondamentale del ricorrente, il giudice può emanare qualsivoglia misura cautelare volta alla salvaguardia di una tale libertà (c.f. “référé-

adottate³³⁹ nonché, non da ultimo, in ordine alla corretta esecuzione delle pronunce da parte dell'Amministrazione condannata³⁴⁰.

3.1.2.1. I sistemi modellati su quello francese

Nonostante le considerazioni da ultimo svolte, in omaggio alle quali si è realizzata negli anni più recenti una convergenza nella concezione della

injonction” o “référé-liberté” o “référé-sauvegarde”): significativo è che, nell'ipotesi in cui siano presenti le condizioni cui la legge subordina la concessione della misura, il giudice sia invitato a pronunciarsi entro 48 ore. Infine, vi è il “référé-conservatoire” che consente al giudice, se vi è urgenza nel provvedere, di emanare tutte le misure opportune richieste, a condizione di non ostacolare l'esecuzione di qualsivoglia decisione amministrativa. In argomento v., in dottrina, AA.VV., *Le nouveau référé administratif*, in RFDA, 2000, n° 5; D. LABETOULLE, *Le projet de réforme des procédures d'urgence devant le juge administratif*, in AJ, 1999 n° speciale, 79; R. VANDERMEEREN, *La réforme des procédures d'urgence devant le juge administratif*, in AJ, 2000, 706 nonché, più in generale, R. CHAPUS, *Le juge administratif face à l'urgence*, in G. Pal., 1985, D, 317; O. DUGRIP, *L'urgence contentieuse devant les juridictions administratives*, Paris, 1991; Y. GAUDEMET, *Les procédures d'urgence dans le contentieux administratif*, in RFDA, 1988, 420; A. GUIHAL, *L'amélioration des procédures d'urgence devant le tribunal administratif*, in RFDA, 1991, 812, nonché, nella dottrina italiana, A. MASUCCI, *La riforma francese dei procedimenti di urgenza davanti al giudice amministrativo*, in *Giorn. Dir. amm.*, 2001, 444 ss. Considerazioni del tutto similari possono inoltre valere con riguardo al processo amministrativo italiano soprattutto a seguito dalla nota Cass. 22 luglio 1999 n. 500 (tra l'altro in *Giornale dir. amm.*, 1999, 832 ss, con nota di L.TORCHIA) sulla risarcibilità dell'interesse legittimo nonché della l. 7 luglio 2000 n. 205 che ha notevolmente ampliato i poteri del giudice amministrativo, in parte omologandoli, soprattutto nelle ipotesi in cui venivano in rilievo diritti soggetti, a quelli del giudice nel processo civile (cfr., tra i molti, M. CLARICH, *Il processo amministrativo a “rito ordinario”*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, 1058 ss, spec. 1066 ss; C. CONSOLO, *La giurisdizione del giudice amministrativo si giustappone a quella del giudice ordinario e ne imita il processo*, in *Giust. Civ.*, 2000, II, 533 ss). Anche in Spagna, a seguito della legge di riforma del sistema di giustizia amministrativa del 7 luglio 1998, la giurisprudenza ha configurato in modo ampio le condizioni in presenza delle quali già la legge del 1956 consentiva al giudice amministrativo la concessione di provvedimenti cautelari (v. la decisione del Costituzionale 20 maggio 1996). D'altra parte, ed a prescindere dalla tipologia di ricorso proposto, sono numerose le misure cautelari che possono essere emanate all'interno del processo amministrativo e vanno dalla sospensione dell'efficacia dell'atto impugnato, all'ordine di cessazione del comportamento abusivo della P.A., ad ogni altro provvedimento colto ad assicurare l'efficacia della decisione definitiva. In argomento v. M. FROMONT, *La convergence des systèmes de justice administrative en Europe*, cit., 130 – 133. Sul punto v., più specificamente, J. RODRIGUEZ ARANA MUÑOZ, *Sobre las últimas reformas administrativas en España*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001, 213 ss).

³³⁹ In Spagna, ad es., l'art. 31 della legge 13 luglio 1998 ha previsto che, nell'ipotesi di impugnazione di un atto amministrativo, il giudice possa non soltanto annullare l'atto in questione ma anche emanare le misure necessarie al pieno ripristino della situazione del ricorrente. In una tale prospettiva il giudice può anche disporre la condanna dell'Amministrazione al risarcimento degli eventuali danni subiti dal ricorrente (così M. FROMONT, *La convergence des systèmes de justice administrative en Europe*, cit., 135).

³⁴⁰ Il che è particolarmente evidente se si ha riguardo al sistema francese. Si ritiene infatti che il giudice amministrativo non abbia il potere di ordinare alla P.A. di fare o non fare qualcosa; peraltro, gli artt. 62-77 della riforma della procedura dell'8 febbraio 1995, hanno attribuito al giudice amministrativo il potere di indirizzare all'Amministrazione ingiunzioni volte all'esecuzione della cosa giudicata, e nell'ipotesi in cui la cosa giudicata implica necessariamente che sia assunta una determinata misura di esecuzione e qualora implichi che una tale misura sia emanata al termine di una nuova istruzione della controversia. Per considerazioni più approfondite v., tra gli altri, J.F. BRISSON, *L'injonction au service de la chose jugée contre l'administration*, in *Rev. Justices*, 1996, 3, 167 ; R. DEBBASCH, *Le juge administratif et l'injonction : la fin d'un tabou*, in *JCP*, 1996, I, n° 3924 ; J.M. WOEHRLING, *Les nouveaux pouvoirs d'injonction du juge administratif: propositions pour un mode d'emploi*, in *LPA* 24 maggio 1995, 18.

giurisdizione amministrativa negli ordinamenti dell'Europa continentale, resta al momento fermo il principio per il quale i sistemi di giustizia amministrativa modellati su quello francese continuano caratterizzarsi senz'altro, rispetto a quello tedesco, per un'apertura significativamente maggiore quanto alle condizioni di ricevibilità dei ricorsi volti all'annullamento degli atti amministrativi, anche se di carattere normativo o generale ovvero emanati nei confronti di soggetti diversi dal ricorrente ³⁴¹.

Gli orientamenti della giurisprudenza amministrativa in tali sistemi sono infatti pressoché omogenei e si sostanziano nell'affermazione secondo cui ogni individuo può impugnare dinanzi al giudice amministrativo un atto della P.A. di carattere generale o un regolamento in presenza di un interesse personale giuridicamente apprezzabile all'annullamento dello stesso e qualora la lesione dedotta si riconnetta direttamente all'atto impugnato. Simili aperture costituiscono il riflesso della tradizionale concezione oggettiva della giustizia amministrativa in tali ordinamenti, per la quale l'impugnazione di un provvedimento della P.A. da parte dei consociati costituisce soltanto l'occasione per assicurare un sindacato sullo stesso teso a ripristinare la legalità violata dall'Amministrazione.

In Francia delimita, più in particolare, la possibilità di impugnare gli atti amministrativi ³⁴² con il ricorso per eccesso di potere il principio *pas d'intérêt*, *pas d'action* ³⁴³, in base al quale una tale possibilità si ricollega alla sussistenza di un interesse personale e diretto del ricorrente ad ottenere ciò che domanda ³⁴⁴.

³⁴¹ V. D. WAELBROECK – A.M. VERHEYDEN, *Les conditions de recevabilité des recours en annulation des particuliers contre les actes normatifs communautaires*, cit., 404 ss.

³⁴² Anche di carattere regolamentare: cfr. per tutti A. DE LAUBADÈRE, *Traité de droit administratif*, 8a ed., Paris, 1980, spec. 546 ss.

³⁴³ Specificamente in argomento v. BÉRARD, *La notion d'intérêt dans le recours pour excès de pouvoir*, Thèse, Paris, 1932; M. LALIGANT, *La notion d'intérêt pour agir et le juge administratif*, in RDP, 1971, 43 ss; E. THOMAS, *L'intérêt pour agir dans le recours pour excès de pouvoir*, Thèse, Paris, 1972.

³⁴⁴ Il che costituisce, ome evidenziano J. RIVERO – J. WALINE, *Droit administratif*, cit., 238, conseguenza di un bilanciamento tra la funzione del ricorso tesa a proteggere gli amministrati

Occorre inoltre porre in evidenza che la giurisprudenza ha tradizionalmente apprezzato in una prospettiva ampia la sussistenza dell'interesse a ricorrere³⁴⁵, anche nell'ambito del ricorso per eccesso di potere. Autorevole dottrina ha infatti ben presto evidenziato che l'esigenza di considerare in maniera non restrittiva il requisito dell'interesse ad agire è giustificata dalla necessità di consentire agli individui di proporre ricorso per eccesso di potere non soltanto avverso gli atti lesivi dei propri diritti, ma anche a fronte della lesione di interessi nonché per denunciare vizi di forma o di incompetenza dell'atto amministrativo che non possono essere sottratti, in nome del principio di legalità, al sindacato giurisdizionale³⁴⁶.

Nel sistema italiano, sebbene si ritenga che ogni individuo possa proporre ricorso avverso un provvedimento amministrativo, anche se di carattere generale o normativo³⁴⁷, lesivo di un proprio interesse, si sono affermate due diverse

dall'arbitrio della P.A. e che esige che lo stesso sia accessibile al più grande numero possibile di individui e la necessità di evitare una trasformazione del ricorso dinanzi ai giudici amministrativi in un'azione popolare (cfr. J. RIVERO – J. WALINE, *Droit administratif, cit.*, 238; v. anche R. CHAPUS, *Droit administratif général*, I, cit., 795).

³⁴⁵ Si possono citare numerose decisioni di principio del Consiglio di Stato per supportare una tale affermazione. Nel caso *Abisset* (CE Sect. 14 febr. 1958, in AJ, 1958, 2, 221, chron. J. FOURNIER – G. BRAIBANT) si è ritenuta ammissibile, ad es., l'azione proposta da un campeggiatore contro un'ordinanza municipale che aveva vietato la possibilità di fare campeggio in un comune nel quale il ricorrente non si era mai recato e nel quale, in ipotesi, avrebbe anche non potuto mai recarsi in futuro. Sono inoltre ritenuti ammissibili i ricorsi dei contribuenti locali contro i provvedimenti amministrativi che abbiano influito sulle finanze locali (cfr. già CE 29 mar. 1901, *Casanova*, in S 1901.3.73, con nota di M. HAURIUO, pronuncia nella quale si ritenne ammissibile l'azione proposta da un contribuente contro la creazione di un servizio medico comunale) e quelli degli utilizzatori dei pubblici servizi contro i provvedimenti relativi all'organizzazione ed al funzionamento degli stessi (v. CE 21 dic. 1906, *Syndicat de propriétaires et contribuables du quartier Croix de Seguey-Tivoli*, in D. 1907.3.41 ed in S. 1906.3.33, con nota di M. HAURIUO). Su tali questioni cfr. M. AIROLDI, *La tutela dinanzi alla giurisdizione amministrativa europea*, Torino, 1999, 47; R. CHAPUS, *Droit administratif général*, I, cit., 796; J. RIVERO – J. WALINE, *Droit administratif, cit.*, 239).

³⁴⁶ Così E. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, II, cit., 405.

³⁴⁷ Appare infatti essenzialmente omogeneo il regime degli atti amministrativi generali e dei regolamenti amministrativi, sebbene questi ultimi si differenzino dai primi soprattutto per l'idoneità ad innovare l'ordinamento giuridico. Più precisamente, in accordo con una giurisprudenza consolidata, simili provvedimenti non sono di solito impugnabili autonomamente dai singoli in quanto idonei a ledere direttamente gli interessi: ne deriva che in via di principio devono essere impugnati unitamente all'atto applicativo degli stessi e, pertanto, soltanto dal momento dell'emanazione dello stesso decorre il termine per la relativa impugnazione. Tuttavia – ed ivi si registra la più significativa differenziazione rispetto alla giurisprudenza comunitaria –

concezioni³⁴⁸. Secondo la prima, prevalente anche in giurisprudenza, occorre distinguere dall'interesse legittimo l'interesse a ricorrere, che non costituisce una situazione soggettiva, bensì uno stato di fatto attinente meramente alla proponibilità del ricorso, equiparabile all'interesse ad agire sancito dall'art. 100 c.p.c.³⁴⁹. L'interesse a ricorrere rientrerebbe, così, nel novero dei presupposti processuali e dovrebbe essere attuale, personale e diretto. Un'altra tesi, sempre sull'assunto della riconducibilità della categoria dell'interesse a ricorrere a quella dell'interesse ad agire, ritiene, peraltro, che l'interesse legittimo non costituisca una situazione soggettiva di carattere finale come il diritto soggettivo, bensì una situazione strumentale, che si manifesta proprio tramite l'esperimento di misure che portano al risultato di restaurare la situazione che esisteva prima dell'emanazione del provvedimento amministrativo viziato. Ed una di queste misure che costituiscono l'estrinsecazione stessa dei poteri sottesi all'interesse legittimo è, per l'appunto, l'interesse legittimo³⁵⁰.

anche gli atti amministrativi generali o a contenuto normativo possono, ed anzi devono, essere impugnati autonomamente laddove siano immediatamente lesivi delle posizioni giuridiche soggettive del ricorrente (cfr., *ex multis*, Cons. St., sez. V, 11 maggio 1998 n. 225, in *Foro amm.*, 1998, 1409; Cons. St., sez. IV, 19 ottobre 1993, *ivi*, 1993, 2050; Cons. St., sez. V, 12 settembre 1990, *ivi*, 1990, 2024; Cons. St., sez. IV, 27 luglio 1987 n. 449, *ivi*, 1739).

³⁴⁸ Così M.S. GIANNINI, *La giustizia amministrativa*, *cit.*, 152.

³⁴⁹ Costituisce infatti *jus receptum* in giurisprudenza il principio per il quale nel processo amministrativo l'interesse a ricorrere è caratterizzato dalla presenza degli stessi requisiti che qualificano l'interesse ad agire di cui all'art. 100 c.p.c., vale a dire dalla prospettazione di una lesione concreta ed attuale della sfera giuridica del ricorrente e dall'effettiva utilità – sebbene anche di carattere strumentale e non esclusivamente finale – che potrebbe derivare a quest'ultimo dall'eventuale annullamento dell'atto impugnato, con la conseguenza che il ricorso è inammissibile per carenza di interesse in tutte le ipotesi in cui l'annullamento giurisdizionale di un atto amministrativo non sia in grado di arrecare alcun vantaggio all'interesse sostanziale del ricorrente (cfr., *ex multis*, Cons. St., V, 6 ottobre 2003 n. 5899, in *Comuni It.*, 2003, n. 12, 108; Cons. St., IV, 4 febbraio 2003 n. 560, in *Riv. amm. appalti*, 2003, 68; Cons. St., sez. IV, 20 dicembre 2002 n. 7255).

³⁵⁰ Così M.S. GIANNINI, *La giustizia amministrativa*, *cit.*, 154 – 155. Questa seconda posizione è stata poi condivisa anche da B. SASSANI, *Contributo allo studio dell'interesse ad agire*, *cit.*, 140 ss, ove ampi riferimenti anche sui fautori dell'opposta concezione.

3.1.2.2. Il sistema tedesco

Nell'ordinamento tedesco sono invece maggiormente restrittive le condizioni cui è subordinata la possibilità di impugnare gli atti amministrativi di carattere generale ed, in particolare, i regolamenti³⁵¹.

Ciò si ricollega, alla stregua di quanto abbiamo già avuto occasione di evidenziare, alla concezione soggettiva della giustizia amministrativa propria dell'ordinamento tedesco ed in omaggio alla quale i ricorsi dinanzi al giudice amministrativo hanno quale finalità precipua la risoluzione di una controversia di natura eminentemente individuale tra privati e P.A.

Infatti nell'ordinamento tedesco, anche la tutela giurisdizionale amministrativa è funzionale all'affermazione di diritti soggettivi, definiti nei termini di "diritti pubblici soggettivi"³⁵².

Originariamente la nozione di "diritti pubblici soggettivi" era intesa in senso restrittivo poiché si riteneva che la sussistenza degli stessi potesse essere affermata esclusivamente nelle ipotesi in cui ad un individuo fosse riconosciuto il potere di ottenere dallo Stato un determinato comportamento³⁵³. Un'evoluzione

³⁵¹ Cfr. M. FROMONT, *L'influence du droit français et le droit allemand sur les conditions de recevabilité du recours en annulation devant la Cour de justice des Communautés européennes*, cit., 256 ss.

³⁵² Deve infatti essere sempre riconosciuta tutela ai diritti soggettivi dei singoli, non soltanto nelle ipotesi in cui tali diritti abbiano la propria fonte nella Costituzione ma, più ampiamente, qualora gli stessi possano desumersi dall'ordinamento giuridico, a qualunque livello nella gerarchia delle norme. Più in particolare, i diritti pubblici soggettivi sono, secondo la dottrina tedesca, tutti quelli attribuiti da una *Schutznormlehre*, ovvero da una norma giuridica di protezione, e comprendono gli interessi degli individui ritenuti dall'ordinamento giuridico degni di considerazione e, quindi, anche le situazioni giuridiche soggettive qualificate, in altri sistemi, in termini di "interessi legittimi". Il dato fondamentale è che la norma sia stata emanata anche al fine di proteggere la posizione soggettiva dell'individuo e non soltanto di tutelare gli interessi della collettività (in arg. K.P. SOMMERMANN, *Le système des actions et la protection d'urgence dans le contentieux administratif allemand*, in RFDA, 1995, 1145 ss).

³⁵³ Cfr. M. FROMONT, *L'influence du droit français et du droit allemand sur les conditions de recevabilité du recours en annulation devant la Cour de Justice des Communautés européennes*, cit., 57, il quale sottolinea che da una tale, restrittiva definizione dei diritti pubblici soggettivi discende che i singoli possono invocare gli stessi esclusivamente in quelle situazioni, di natura eccezionale, nelle quali alla P.A. è attribuito, in vista della tutela di interessi anche di natura privata, una competenza di carattere vincolato. Secondo la nitida definizione di O. BÜHLER, *Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung*, Berlin – Stuttgart – Leipzig, 1914, spec. 42 ss, il diritto pubblico soggettivo è quello che

nell'interpretazione della locuzione "diritti pubblici soggettivi" si è però realizzata a seguito dell'emanazione della Costituzione del 1945 la quale, al fine di prendere le distanze dalla sistematica violazione dei diritti umani perpetrata negli anni precedenti dal potere esecutivo, ha sancito, all'art. 19, § quarto, che "chiunque è lesa nei propri diritti da un pubblico potere dispone di un ricorso giurisdizionale che, nelle ipotesi in cui nessun'altra giurisdizione sia competente, deve essere proposto dinanzi al giudice ordinario"³⁵⁴.

Questa evoluzione favorevole al privato può essere apprezzata sotto due distinti profili. In primo luogo, dopo l'emanazione della Carta fondamentale, la giurisprudenza ha riconosciuto che diritti pubblici soggettivi sussistono anche a fronte dell'esercizio di un potere discrezionale da parte della P.A., poiché gli individui hanno il diritto ad un esercizio corretto e non discriminatorio di un siffatto potere³⁵⁵. Inoltre, si è sviluppata una tendenza favorevole all'affermazione della sussistenza dei diritti pubblici soggettivi in tutte le ipotesi in cui gli atti della P.A. siano stati emanati sulla base di una norma che tuteli, oltreché gli interessi della collettività, anche quelli individuali³⁵⁶. Di conseguenza la nozione di diritto pubblico soggettivo è sempre più vicina a quella di interesse giuridicamente rilevante.

E' comunque sia opportuno cercare di delimitare la distinzione, nell'esperienza giuridica tedesca, tra atti amministrativi di carattere generale e di

caratterizza il rapporto tra l'individuo e lo Stato in modo tale che lo stesso può, sulla base di un atto giuridico o di una regola di diritto emanata anche per la protezione dei suoi interessi individuali ed in virtù della quale egli ha una posizione giuridica prevalente rispetto a quella vantata dall'Amministrazione, esigere qualcosa dallo Stato ovvero agire contro quest'ultimo.

³⁵⁴ M. FROMONT, *L'influence du droit français et du droit allemand sur les conditions de recevabilité du recours en annulation devant la Cour de Justice des Communautés européennes*, cit., 57.

³⁵⁵ Così, tra gli altri, BACHOF, *Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Verfahrensrecht in der Rechtssprechung des Bundesverwaltungsgerichts*, 2a ed., Berlin, 1964, 219 ss.

³⁵⁶ Così M. FROMONT, *L'influence du droit français et du droit allemand sur les conditions de recevabilité du recours en annulation devant la Cour de Justice des Communautés européennes*, cit., 57 – 58 ; S. KADELBACH, *Diritto comunitario e giustizia cautelare amministrativa*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2000, 343 ss, spec. 350-352.

carattere individuale. Alla stregua di quanto si è opportunamente evidenziato in dottrina³⁵⁷, la stessa si basa sull'oggetto/scopo del provvedimento, in quanto i regolamenti hanno riguardo ad una situazione definita astrattamente a prescindere dalle situazioni concrete per le quali lo stesso è suscettibile di trovare applicazione al momento dell'emanazione³⁵⁸, nonché sulla circostanza per la quale i regolamenti sono applicabili ad un numero indeterminato di persone. Diversamente l'atto amministrativo in senso proprio è adottato in considerazione di una o più fattispecie concrete.

Effettivamente l'approccio delle Corti tedesche in materia è simile a quello degli organi giurisdizionali comunitari ed, anzi, sembra aver spiegato diretta influenza sulla redazione dell'art. 230 del Trattato CE, nonché sulla giurisprudenza che ha interpretato una tale disposizione³⁵⁹.

Peraltro, quanto affermato non deve indurre, a nostro sommo avviso, in inganno circa gli strumenti a disposizione degli individui nell'esperienza giuridica tedesca per contrastare gli effetti prodotti nei loro confronti anche da atti di pubblici poteri di carattere generale o normativo. Sarebbe infatti paradossale che proprio nell'ordinamento nel quale, almeno a partire dalla fine del secondo

³⁵⁷ Il riferimento è a D. WAELBROECK – A.M. VERHEYDEN, *Les conditions de recevabilité des recours en annulation des particuliers contre les actes normatifs communautaires*, cit., 414.

³⁵⁸ Ciò appare anche conseguenza della concezione in omaggio alla quale, diversamente da quanto avviene nel sistema francese ed in quello italiano, nell'ordinamento tedesco i regolamenti non sono considerati atti amministrativi (cfr. B.G. MATTARELLA, *L'attività*, in *Trattato di diritto amministrativo* a cura di S. CASSESE, I, Milano, 2003, 751 ss, spec. 754).

³⁵⁹ In tal senso A. ARNULL, *Private applicants and the action for annulment under article 173 of the EC Treaty*, cit., 9; v. anche M. FROMONT, *L'influence du droit français et du droit allemand sur les conditions de recevabilité du recours en annulation devant la Cour de Justice des Communautés européennes*, cit., 47 ss; G. FALCON – C. FRAENKEL (a cura di), *Ordinamento processuale amministrativo tedesco (VwGO). Versione italiana con testo a fronte*, Trento, 2000. Altra parte della dottrina tende invece a giustificare gli orientamenti restrittivi affermati dalla giurisprudenza comunitaria in merito alla possibilità degli individui di impugnare atti di carattere generale, nonché l'assenza di una presa di posizione da parte della stessa circa i modelli "ideali" che dovrebbero essere adottati negli ordinamenti nazionali in omaggio al principio di effettività della tutela giurisdizionale, proprio sull'assunto delle diverse condizioni attualmente poste nell'ordinamento francese ed in quelli che, alla stregua del sistema italiano si modellano sullo stesso, e nel sistema tedesco nonché della mancanza, alla base, di una teoria sulle relative posizioni soggettive (R. CARANTA, *Diritto comunitario e tutela giuridica di fronte al giudice amministrativo italiano*, cit., 84).

conflitto mondiale, la giustizia amministrativa è stata concepita soprattutto come uno strumento di tutela delle posizioni soggettive individuali piuttosto che dell'interesse generale, fosse poi stata omessa qualsivoglia forma di tutela a fronte dell'emanazione di atti diversi dai provvedimenti di carattere eminentemente individuale.

Devono quindi essere considerate almeno due specificità del sistema tedesco che – a prescindere dall'evoluzione della giurisprudenza, nella seconda metà del secolo scorso, in ordine alla portata della locuzione “diritti pubblici soggettivi” - rendono compatibile all'interno dello stesso l'assetto descritto con le esigenze di tutela delle posizioni giuridiche soggettive fondamentali degli individui anche a fronte dei pregiudizi causati alle stesse dall'attività della Pubblica Amministrazione.

In primo luogo occorre evidenziare, a riguardo, che nell'ordinamento tedesco la proposizione di un ricorso avverso un atto amministrativo ha, in linea di principio e salve alcune eccezioni, un effetto automaticamente sospensivo dell'esecutorietà di un tale atto³⁶⁰. Di talché consentire l'impugnabilità di atti amministrativi di carattere generale o di regolamenti da parte degli individui, in presenza di un mero interesse ad agire, potrebbe determinare un'autentica paralisi del sistema. Sotto un diverso profilo i singoli potranno, in virtù del principio appena richiamato, comunque paralizzare, proponendo ricorso in sede amministrativa o giurisdizionale avverso il provvedimento amministrativo, gli

³⁶⁰ In argomento v., tra i molti, F. KOPP, *Verwaltungsgerichtsordnung*, 7a ed., München, 1986; C.E. ULE, *Verwaltungsprozessrecht*, 9a ed., München, 1987, spec. 365 ss; B. PETER, *Spécificités au regard du droit français des procédures d'urgence en droit allemand*, in RDP, 1994, 185; SOMMERMANN, *Le système des action set la protection d'urgence dans le contentieux administratif allemand*, cit., 1145.

effetti della misura impugnata, costituente l'applicazione del regolamento che gli stessi non erano legittimati ad impugnare³⁶¹.

In secondo luogo, e soprattutto, quanto agli strumenti di tutela, non si può poi trascurare che nel sistema giuridico tedesco esiste la valvola garantista costituita dal ricorso costituzionale diretto, il c.d. *Verfassungsbeschwerde*, attraverso il quale ciascun individuo si vede attribuita la possibilità di denunciare alla Corte Costituzionale federale la violazione dei propri diritti fondamentali da parte degli atti dei pubblici poteri³⁶², ricorso che non può quindi in nessun modo essere equiparato, ad es., al rinvio pregiudiziale di validità degli atti emanati dalle istituzioni comunitarie che, si è sottolineato, ha invece natura eminentemente indiretta.

3.2. La giurisprudenza della Corte di Strasburgo

Le nostre considerazioni critiche sull'eccessiva restrizione del diritto di accesso al giudice nel sistema comunitario ci appaiono inoltre confermate dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo in tema di interpretazione dell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (c.d. CEDU) sull'equo processo³⁶³.

³⁶¹ Così M. FROMONT, *L'influence du droit français et du droit allemand sur les conditions de recevabilité du recours en annulation devant la Cour de Justice des Communautés européennes*, cit., 50.

³⁶² Un tale ricorso si fonda, in particolare, sull'art. 93, primo co. n. 4, della Costituzione tedesca, in virtù del quale la Corte Costituzionale federale è chiamata a decidere dei ricorsi costituzionali che possono essere proposti da qualsivoglia individuo che ritenga di aver subito a causa dell'attività dei pubblici poteri una violazione dei propri diritti fondamentali. Per quel che maggiormente interessa in questa sede, il ricorso costituzionale, che ha natura sussidiaria poiché può essere proposto soltanto dopo aver inutilmente esperito tutti gli altri rimedi utili eventualmente disponibili nell'ordinamento, può avere ad oggetto anche una violazione dei diritti fondamentali derivante da un provvedimento amministrativo (cfr. F. FERRAND, *Le recours constitutionnel*, in *Droit privé allemand*, Paris, 1997, 151 ss).

³⁶³ In argomento, oltre a G. TARZIA, *L'art. 111 Cost. e le garanzie europee del giusto processo civile*, cit., 1 ss, v., anche, con diffusi riferimenti giurisprudenziali, F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 6a ed., PUF, Paris, 2003, spec. 299-369 e, di recente, N. TROCKER, *Dal giusto processo all'effettività dei rimedi: l'"azione" nell'elaborazione della Corte europea dei diritti dell'uomo, I, II*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, 35 ss, 439 ss.

Più in particolare, nonostante l'art. 6 CEDU non contempli espressamente, tra le garanzie dell'equo processo, anche l'accesso al giudice, sin dalla lontana pronuncia *Golder c. Royaume Uni*³⁶⁴, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha chiarito che una siffatta garanzia rientra nell'ambito tutelato dalla citata previsione, posto che, in assenza della possibilità denunciare in sede giurisdizionale le violazioni subite ai propri diritti, anche le altre garanzie di carattere processuale risulterebbero prive di significato³⁶⁵. La Corte ha quindi utilizzato il canone c.d. di implicazione sull'assunto del quale, nell'ipotesi in cui l'art. 6 della Convenzione si intendesse quale riferito soltanto ai procedimenti già iniziati, lo stesso potrebbe essere agevolmente disatteso sopprimendo gli organi giurisdizionali ovvero sottraendo agli stessi determinate categorie di controversie³⁶⁶.

Occorre, inoltre, considerare l'art. 13 CEDU, in virtù del quale devono essere riconosciuti in ambito interno mezzi di ricorso adeguati a fronte della violazione dei diritti convenzionali. Una siffatta disposizione, in passato oggetto di alcune interpretazioni giurisprudenziali di carattere riduttivo, è invece oggi alla base dei rapporti tra giudici nazionali e Corte di Strasburgo, essenzialmente

³⁶⁴ Si tratta, più precisamente, di Corte europea dei diritti dell'uomo, 21 febbraio 1975, *Golder c. Royaume Uni*; gli stessi principi sono stati successivamente riaffermati, con specifico riguardo alla materia penale, da Corte europea dei diritti dell'uomo, 27 feb. 1980, *Deweert c. Belgique* nonché, quanto al diritto di accesso al giudice delle persone giuridiche, da Corte europea dei diritti dell'uomo, 9 dicembre 1994, *Monastères grecs c. Grecia*, anche in *Gaz. Pal.*, 28 settembre 1995, con nota di WORMS.

³⁶⁵ Infatti, secondo la Corte di Strasburgo, “*on ne comprendrait pas que l'article 6, § 1 décrive en détail les garanties de procédure accordées aux parties à une action civile en cours et qu'il ne protège pas d'abord ce qui seul permet d'en bénéficier en réalité: l'accès au juge; équité, célérité, publicité du procès n'offrent point d'intérêt en l'absence de procès*” (Corte europea dei diritti dell'uomo, *Golder c. Royaume Uni*, cit., § 36). In argomento v., inoltre, S. GUINCHARD, *La garantie d'accès à un Tribunal*, in AA.VV., *Droit processuel. Droit commun et droit comparé du procès*, 3a ed., cit., 393 ss, il quale evidenzia le ulteriori argomentazioni che hanno condotto la Corte europea dei diritti umani a ritenere il diritto di accesso al giudice parte integrante della garanzia al processo equo di cui all'art. 6 CEDU, ovvero il principio di preminenza del diritto e la circostanza che il divieto di diniego di giustizia rientra tra i principi fondamentali di diritto universalmente riconosciuti; G. TARZIA, *L'art. 111 Cost. e le garanzie europee del giusto processo civile*, cit., 8 ss, il quale sottolinea che il diritto d'accesso al giudice così come interpretato dalla Corte di Strasburgo è più ampio del diritto di azione e di difesa di cui all'art. 24 Cost., poiché, sebbene non assoluto, esclude ogni limite concreto al suo esercizio.

³⁶⁶ Così N. TROCKER, *Dal giusto processo all'effettività dei rimedi*, cit., I, 47.

regolati, in omaggio al principio di sussidiarietà, sulla base di un principio di complementarietà³⁶⁷, che impone in prima battuta agli Stati contraenti di prevedere al proprio interno strumenti a disposizione dei singoli per reagire ad ipotetiche violazioni dei diritti contenuti nel catalogo CEDU³⁶⁸.

Peraltro, ciò non significa che in mancanza di mezzi di ricorso idonei sul piano interno gli individui siano privi di qualsiasi forma di tutela a fronte della violazione dei propri diritti fondamentali. Al contrario, l'assenza di un'adeguata tutela in ambito nazionale, "riapre" per i singoli la possibilità di adire la Corte europea la quale può in tal modo effettuare il proprio controllo circa il rispetto da parte degli Stati contraenti del diritto convenzionale.

Abbiamo evidenziato che, diversamente, se anche nel sistema processuale comunitario, soprattutto in presenza di misure di esecuzione o di

³⁶⁷ Secondo l'efficace espressione mutuata da N. PICARDI, *Manuale del processo civile*, cit., 485.

³⁶⁸ Una nota applicazione del principio di complementarietà nel nostro ordinamento è costituita dalla legge 24 marzo 2001, n. 89, c.d. Pinto, con la quale è stato, dopo numerose condanne subite dall'Italia per violazione del termine di ragionevole durata dei processi (che non è quello di per sé breve, ma quello che riesca a conciliare, ragionevolmente, l'esigenza di celerità processuale con quella garantista di concedere comunque alle parti un termine congruo per l'esercizio dei propri diritti processuali, poiché l'effettività della tutela giurisdizionale può essere compromessa sia dall'eccessiva durata del processo che dall'eccessiva brevità dei termini perentori: cfr. N. PICARDI – R. MARTINO, *Termini – I) diritto processuale civile*, in *Enc. Giur.*, XXXI, 1994, 17 ss), istituito un rimedio interno che consente ai soggetti interessati di richiedere l'equa riparazione dei danni subiti a causa di un processo eccessivamente lungo. Tra i numerosi commenti ad una tale legge v. G. TARZIA, *Sul procedimento di equa riparazione per violazione del termine ragionevole del processo*, in *Giur. it.*, 2001, 2429; AA.VV., *Misure acceleratorie e riparatorie contro l'irragionevole durata dei processi*, a cura di S. CHIARLONI, Torino, 2002; M.C. GIORGETTI, *L'equa riparazione per la durata irragionevole del processo*, Bergamo, 2003; R. MARTINO, *Equa riparazione*, in *Codice di procedura civile* a cura di N. PICARDI, 3a ed., Milano, 2004, 2804 ss; ID., *Sul diritto all'equa riparazione in caso di violazione del termine ragionevole del processo*, in *Riv.dir.proc.*, 2002, 1068; C. CONSOLO, *Disciplina "municipale" della violazione del termine di ragionevole durata del processo: strategie e profili critici*, in *Corr. Giur.*, 2001, 569; S. MONTELEONE, *Il processo civile alla luce dell'art. 111 Cost*, in *Gust. Civ.*, 2001, II, 523; D. AMADEI, *Note critiche sul procedimento per l'equa riparazione dei danni da durata irragionevole del processo*, in *Giust. Civ.*, 2002, II, 29; G. RANDAZZO, *Giudici comuni e Corte Europea dei diritti dell'uomo*, Atti del Convegno dell'Università "Magna Grecia" di Catanzaro del 1/06/2002 sul tema Le Corti Costituzionali e le Corti d'Europa; R. BARELA, *Il diritto ad un giusto processo: responsabilità e profili riparatori*, in *NGCC*, 2003, II, 138; C. BELFIORE, *Riflessioni sull'equa riparazione del danno da non ragionevole durata del processo*, in *Giur. merito*, 2002, I, 346. La maggior parte dei primi commentatori ha individuato la finalità della legge Pinto nell'esigenza di rispettare l'art. 6 della CEDU, espressamente richiamato nello stesso testo normativo, ponendo in evidenza la natura meramente "programmatica", al contrario, dell'art. 111 Cost. Quest'ultimo, si precisa, si indirizza principalmente al legislatore imponendogli di emanare normative coerenti con tale principio. Sulla modifica dell'art. 111 Cost, tra gli altri, G. TARZIA, *L'art.111 Cost e le garanzie europee del giusto processo civile*, cit., 1 ss; M. BOVE, *Art. 111 Cost e "giusto processo civile*, in *Riv.dir.proc.*, 2002, 479 ss.

applicazione degli atti generali emanati dalle istituzioni, la tutela è affidata ai giudici nazionali³⁶⁹, qualora la stessa non possa o non sia in concreto resa in modo da soddisfare adeguatamente i diritti del ricorrente, la Corte di Lussemburgo non esercita il proprio controllo che alle condizioni eccessivamente restrittive poste dall'art. 230, comma quarto, del Trattato CE, così come oggetto di costante interpretazione in sede pretoria³⁷⁰.

4. Il sistema comunitario e la tutela dei diritti fondamentali: considerazioni critiche

Gli orientamenti restrittivi degli organi giurisdizionali comunitari in tema di possibilità per i singoli di impugnare gli atti di carattere generale e le decisioni di cui sono formalmente destinatari altri soggetti, se in passato potevano essere considerati una tollerabile espressione dell'origine internazionalistica della Comunità, non sono oggi più giustificabili per una serie di ragioni.

³⁶⁹ In accordo con quanto affermato dalla stessa Corte di Giustizia comunitaria nell'*arrêt* UPA (cfr. CGCE, 25 luglio 2002, *Union Pequeños Agricultores*, cit., 6671 ss). Sempre nella giurisprudenza comunitaria si è invero precisato che l'eventuale assenza di strumenti di ricorso non potrebbe giustificare una modifica, in sede pretoria, del sistema dei rimedi previsti dal Trattato istitutivo CE, consentendo di dichiarare ricevibile un ricorso di annullamento proposto da un singolo nel mancato rispetto delle condizioni poste dall'art. 230, § quarto, del Trattato CE (TPI, ord. 29 aprile 2002, *Bactria c. Commissione*, T-339/00, in *Racc.*, 2002, II-2287, § 54). Secondo la Corte di Giustizia, infatti, spetterebbe semmai agli Stati membri, in conformità all'art. 48 del Trattato UE, riformare il proprio sistema interno al fine di colmare eventuali lacune nella tutela giurisdizionale (cfr., di recente, CGCE, ord. 8 dicembre 2006, *Polyelectolyte Producers Group c. Commissione e Consiglio*, C-368/05, § 67 e CGCE, ord. 13 marzo 2007, *Arizona Chemical e a. c. Commissione*, C-150/06, §§ 40 – 41, entrambe in corso di pubblicazione sulla *Raccolta* dei rispettivi anni). A sommo parere di scrive la giurisprudenza comunitaria cade, probabilmente con poca riflessione, data l'adozione con ordinanza motivata delle pronunce citate (proprio al fine di ribadire la pacificità dell'orientamento espresso), nella contraddizione di onerare gli ordinamenti interni degli Stati membri dell'introduzione di strumenti di ricorso utili, paradossalmente, a tutelare i singoli a fronte di atti emanati dalle istituzioni comunitarie ed in relazione ai quali non sussiste, per definizione, alcuna competenza delle giurisdizioni interne degli Stati membri.

³⁷⁰ E che connotano in termini meramente indiretti la tutela dei singoli, in quanto, secondo la costante giurisprudenza comunitaria, i giudici nazionali possono disapplicare in via cautelare le disposizioni normative interne emanate in esecuzione o attuazione di previsioni comunitarie illegittime, esclusivamente a seguito della proposizione del ricorso pregiudiziale di validità di cui all'art. 234 del Trattato CE.

L'idea di un'Europa unita è infatti sorta, come è noto, dopo la “distruzione totale” causata dal secondo conflitto mondiale. Alcuni Stati europei, infatti, poiché la maggior parte delle guerre nel vecchio continente era stata determinata da ragioni economiche e, soprattutto, dal comune e contrastante interesse della Francia e della Germania per alcuni territori ricchi di carbone ed acciaio, decisero di fronteggiare il pericolo di futuri conflitti fondando la Comunità Europea, nell'ambizioso obiettivo di eliminare i confini economici tra i singoli Stati membri.

La Comunità europea era quindi, in origine, un'unione di Stati aventi quale obiettivo precipuo la realizzazione di un mercato unico in ambito economico. In questo assetto la tutela dei diritti fondamentali in quanto tale non era di per sé tra gli obiettivi del sistema comunitario bensì, come dimostra l'elaborazione giurisprudenziale sulle c.d. quattro libertà, la stessa era assicurata esclusivamente nella misura in cui fosse funzionale alla realizzazione degli scopi primari della Comunità³⁷¹.

Soltanto con il progredire del processo di integrazione europea e con la trasformazione dello stesso in un *quid pluris* rispetto ad un'integrazione meramente economica, si è manifestato un interesse della Comunità per la tutela dei diritti umani in sé e per sé considerati³⁷². Ne è espressione, innanzitutto, la giurisprudenza che ha annoverato i diritti fondamentali del catalogo CEDU –

³⁷¹ Come emblematicamente rilevato da M.P. CHITI, *La Carta europea dei diritti fondamentali: una Carta di carattere funzionale?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2002, 1 ss, spec. 5, gli unici diritti che erano tutelati in origine dai Trattati istitutivi, coerentemente con una tale finalità, erano le libertà comunitarie e quindi diritti di carattere essenzialmente economico.

³⁷² L'evoluzione della Comunità europea da organizzazione di matrice internazionale volta a tutelare specificamente interessi di natura economica ad istituzione sopranazionale che pone tra i propri obiettivi anche la tutela dei diritti fondamentali degli individui è ben descritta, tra gli altri, da M. P. CHITI, *La Carta europea dei diritti fondamentali: una Carta di carattere funzionale?*, cit., 1 ss; L. S. ROSSI, *"Constitutionnalisation" de l'Unione européenne et des droits fondamentaux*, in *RTDE*, 2002, 27 ss.

compreso, giova sottolineare, il diritto al giudice³⁷³ - tra i principi generali del sistema comunitario³⁷⁴ e quindi la codificazione della medesima, nel 1992, nell'art. F del Trattato di Maastricht.

E' proprio negli anni novanta che si è, inoltre, sviluppato un intenso dibattito avente ad oggetto l'adesione della Comunità alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo³⁷⁵. Non si può trascurare la più importante implicazione che una tale adesione avrebbe determinato: il potere di interpretare le disposizioni a tutela

³⁷³ Diritto che, secondo la Corte di Giustizia, discende sia dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, sia dagli artt. 6 e 13 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CGCE, 15 maggio 1986, *Johnston c. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, C-222/84, in *Racc.*, 1986, 1651, nonché in *Dalloz*, 1986. IR. 454, con osservazioni di CARTOU).

³⁷⁴ Giurisprudenza che ha il proprio presupposto nell'affermazione secondo cui anche gli individui, al pari degli Stati, sono soggetti del sistema comunitario, in accordo con una concezione pressoché rivoluzionaria rispetto ai caratteri di un'organizzazione internazionale che, peraltro, si può rinvenire anche nel sistema di protezione istituito dalla Corte europea dei diritti dell'uomo. In ogni caso, occorre sottolineare che si tratta di una giurisprudenza inaugurata dalla pronuncia Stauder con la quale, per l'appunto, la Corte di Giustizia sancì che i diritti fondamentali costituiscono principi generali dell'ordinamento giuridico comunitario, sul rispetto dei quali essa stessa era chiamata a vigilare (CGCE, 12 novembre 1969, *Stauder c. Stadt Ulm*, C-29/69, in *Racc.*, 1969, 419). Nella giurisprudenza successiva sono state poi compiute importanti precisazioni in ordine alla fonte che giustifica la riconducibilità dei diritti fondamentali ai principi generali del sistema comunitario, individuata prima nelle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri (CGCE, 17 dicembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, *cit.*, 1125) e quindi negli strumenti internazionali per la protezione dei diritti umani cui gli Stati membri hanno cooperato o aderito ed, in particolare, nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CGCE, 14 maggio 1974, *Nold KG c. Commissione*, C-4/73, in *Racc.*, 1974, 491; CGCE, 28 ottobre 1975, *Rutili c. Ministero degli Interni*, C-36/75, in *Racc.*, 1975, 1219). Negli stessi anni anche la dottrina ha iniziato ad occuparsi della questione della tutela dei diritti fondamentali nel sistema comunitario (v., tra i molti, F. CAPOTORTI, *Il diritto comunitario dal punto di vista del giudice nazionale*, in *Riv. dir. internaz. priv. proc.*, 1977, 497 ss; CAPURSO, *Tutela dei diritti fondamentali e ordinamento comunitario*, in *Diritto e società*, 1978, 213 ss; J. COHEN-JONATHAN, *La Cour des Communautés européennes et les droits de l'homme*, in *Revue du Marché commun*, 1978, 74 ss; V. GREMENTIERI, *Il ruolo della Corte di giustizia delle Comunità europee per la protezione dei diritti fondamentali in Europa*, in *Dir. comunit. Sc. Internaz.*, 1979, 1 ss; MAGAGNI, *L'evoluzione della tutela dei diritti fondamentali nella giurisprudenza e nella prassi delle Comunità europee*, 1979, 880 ss; P. PESCATORE, *The Protection of Human Rights in the European Communities*, in *Common Market Law Review*, 1972, 73 ss; PHILIP, *La Cour de Justice des Communautés européennes et la protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire*, in *Annuaire français de droit int.*, 1975, 383 ss; A. ROTTOLA, *Il problema della tutela dei diritti fondamentali nell'ambito dell'ordinamento comunitario*, in *Riv. dir. eur.*, 1978, 219 ss; M.R. SAULLE, *Recenti sviluppi della tutela dei diritti individuali in Europa*, *ivi*, 1976, 227 ss; TOTH, *Legal Protection of Individuals in the European Communities: I, The Individual and the Community Law*, Amsterdam - New York - Oxford, 1978; ZULEEG, *Fundamental Rights and Community Law*, in *Cahiers dr. eur.*, 1971, 446 ss).

³⁷⁵ Cfr., tra i tanti, F. BENOÎT- ROHMER, *L'adhésion de l'Union à la Convention européenne des droits de l'homme*, in *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, in RUDH, 2000, n. 12, 57 ss; G. COHEN-JONATHAN, *L'adhésion de la Communauté européenne à la Convention européenne des droits de l'homme*, in JTDE, 1995, n. 17, 49 ss; O. DE SCHUTTER, *L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme comme élément du débat sur l'avenir de l'Union*, in *L'avenir du système juridictionnel de l'Union européenne* a cura di M. DONY - E. BRIBOSIA, Bruxelles, 2002, 205 ss.

dei diritti fondamentali sarebbe passato, anche con riferimento a fattispecie di origine precipuamente comunitaria, alla Corte europea dei diritti dell'uomo e sarebbe parallelamente venuto meno quello degli organi comunitari. Di talché non è difficile scorgere le motivazioni “politiche” alla base del parere³⁷⁶, formalmente tecnico, con il quale la Corte di Giustizia, nell'esercizio del potere ad essa conferito dall'art. 226 del Trattato CE, ha negato che una tale adesione potesse avvenire.

Tuttavia, più di recente, a prescindere dalla prospettiva risolutiva di un'adesione della Comunità alla Convenzione europea³⁷⁷, sono stati realizzati – e sebbene l'effettiva portata giuridica dei relativi strumenti normativi sia attualmente posta in discussione – importanti passi in avanti nella direzione di una maggiore tutela dei diritti umani di per sé considerati in sede comunitaria, circostanza essenziale per il progredire di un processo di integrazione politica e, di qui, di un vero e proprio processo costituente. In particolare, occorre richiamare in primo luogo la Carta di Nizza³⁷⁸, il cui art. 53 ha recepito il catalogo dei diritti

³⁷⁶ Il riferimento è, naturalmente, al parere n. 2 del 1996, in *Racc.*, 1996, 1759 ss, con il quale la Corte di Giustizia ha negato la sussistenza di una competenza della Comunità ad aderire alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, poiché ciò implicherebbe la necessità, stante la natura costituzionale di una tale adesione, di una modifica del Trattato istitutivo CE (v., in senso critico, tra i molti, D. SIMON, *Des influences réciproques entre CJCE et CEDH: “je t'aime, moi non plus”?*, in AA. VV., *Les Cours Européennes. Luxembourg et Strasbourg*, cit., 31 ss, spec. 34 ss).

³⁷⁷ Occorre ricordare, in proposito, che la possibilità di una tale adesione è stata di recente preconizzata nell'art. I-9, § secondo, del progetto di Costituzione per l'Europa (v., *infra*, § 5).

³⁷⁸ In argomento si vedano, tra i tanti, R. ALONSO GARCIA, *La Carta de los derechos fundamentales de la Union europea*, in *Gazeta Juridica de la Union Europea y de la Competencia*, 2000, 3 ss; M. P. CHITI, *La Carta europea dei diritti fondamentali: una Carta di carattere funzionale?*, cit., 1 ss; V. CONSTANTINESCO – Y. GAUTIER – D. SIMON, *Le Traité de Nice, Premières analyses*, Strasbourg 2001; J.M. FAVRET, *Le traité de Nice du 26 février 2001: vers un affaiblissement irréversible de la capacité d'action de l'Union européenne?*, in RTDE, 2001, 271 ss; R.A. GARCÍA, *Le clause horizontale della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comunit.*, 2002, 1; H. C. KRÜGER – J. POLAKIEWICZ, *Proposition pour la création d'un système cohérent de protection des droits de l'homme en Europe*, in RUDH, 2001, n. 13, 1; J. P. JACQUE, *La démarche initiée par le Conseil européen de Cologne*, *ivi*, 2000; J. RIDEAU (a cura di), *Union européenne, Commentaire des traités modifiés par le Traité de Nice du 26 février 2001*, in LDGJ, Paris 2001; N. TROCKER, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e il processo civile*, cit., 1171 ss; v. inoltre sui punti di contatto tra il sistema comunitario e la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, *Le modèle jurisdictionnel de la Cour européenne des droits de l'homme et la réforme de la Cour de justice des C.E.*, in *Revue des affaires européennes*, 2000,

enucleati dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali nonché la giurisprudenza della stessa, stabilendo espressamente che nell'ipotesi in cui la stessa preveda diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla CEDU il significato e la portata degli stessi debbano essere equivalenti a quelli conferiti, anche attraverso la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, da una tale Convenzione, senza che sia preclusa la concessione di una protezione più estesa nel diritto dell'Unione.

Quanto alla problematica specificamente di interesse in questa sede, cioè a dire alla tutela dei diritti processuali ed, in particolare, del diritto di accesso al giudice, è proprio l'art. 47 della Carta di Nizza, significativamente rubricato "Diritto ad un ricorso effettivo e a un giudice imparziale", a sancire il diritto di ogni individuo i cui diritti e libertà garantiti dall'Unione siano stati violati ad un ricorso effettivo dinanzi ad un giudice nonché all'esame della propria causa in modo equo, pubblico ed entro un termine ragionevole da parte di un giudice indipendente ed imparziale precostituito per legge.

Ora, se attualmente è ancora discussa la concreta portata giuridica della Carta di Nizza, non si può però dubitare della circostanza che essa costituisce un fondamentale strumento di interpretazione per i giudici comunitari, tra l'altro incorporato nel progetto di Costituzione per l'Europa³⁷⁹.

410 ; O. DE SCHUTTER – O. L'HOEST, *La Cour européenne des droits de l'homme juge du droit communautaire: Gibraltar, l'Union européenne, et la Convention européenne des droits de l'homme*, in *Cahiers de droit européen*, 2000, 141.

³⁷⁹ Sulla quale cfr., tra i tanti, AA.VV., *Il Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa*, in *Foro it.*, 2005, V, 1 ss; F. BASSANINI – G. TIBERI (a cura di), *La Costituzione Europea*, Bologna, 2004; A. DYÈVRE, *The constitutionalisation of the European Union: discourse, present, future and facts*, in *European Law Review*, 2005, n. 2, 165 ss; T. OPPERMAN, *Il processo costituzionale europeo dopo Nizza*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2003, 353 ss; J. ZILLER, *La nuova Costituzione europea*, 2a ed., Bologna, 2004.

Pertanto non appare più procrastinabile l'esigenza che sia garantito un equo processo anche dinanzi ai giudici comunitari³⁸⁰ a fronte delle violazioni dei diritti intervenute a causa degli atti delle istituzioni. Tanto più che, con riguardo ai sistemi giurisdizionali nazionali, qualora venga in rilievo la corretta applicazione di norme di diritto comunitario, la stessa giurisprudenza della Corte di Giustizia è salda da molti anni nel ricondurre il diritto d'accesso al giudice nell'ambito dei principi generali del diritto comunitario³⁸¹.

L'orientamento monolitico della Corte di Giustizia in tema di legittimazione dei singoli ad impugnare gli atti emanati dalle istituzioni comunitarie ai sensi dell'art. 230, comma quarto, del Trattato CE viola, invece, proprio la garanzia del diritto di accesso al giudice³⁸². Infatti il sistema comunitario offre in questo caso ai singoli una tutela insufficiente e comunque molto inferiore rispetto a quella garantita dagli ordinamenti dei singoli Stati membri³⁸³.

³⁸⁰ Il principio dell'effettività della tutela giurisdizionale costituisce, in ogni caso, un principio generale di diritto riconosciuto dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, riaffermato anche dalla Corte di Giustizia con riferimento all'ordinamento comunitario (H. G. SCHERMERS – D. F. WAELBROECK, *Judicial protection in the European Union*, 6a ed., cit., 450 – 451).

³⁸¹ Si è, anzi, affermato che l'esigenza di un controllo giurisdizionale, che ha la propria origine nelle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, ha poi trovato consacrazione nel combinato disposto degli artt. 6 e 13 CEDU (CGCE, 27 novembre 2001, *Commissione c. Austria*, cit.). Questa anomalia è stata in realtà efficacemente ricondotta alla finalità primaria del sistema comunitario, cioè a dire l'effettiva attribuzione agli individui delle libertà garantite dallo stesso piuttosto che la protezione, in genere, dei diritti e delle libertà fondamentali. A ciò conseguirebbe, invero, che a differenza della Corte di Strasburgo, quella di Lussemburgo tende a considerare il diritto al giudice soprattutto quale "corollario essenziale dei diritti individuali e strumento di garanzia dell'effettività del sistema comunitario" (così S. GUINCHARD, *La garantie d'accès à un Tribunal*, cit., 401- 402). Peraltro, la firma della Carta dei diritti di Nizza ed il successivo progetto di Costituzione Europea, dovrebbero implicare anche una revisione delle finalità della Comunità europea nella garanzia dei diritti fondamentali.

³⁸² V., per es., CGCE, 24 giugno 1986, *Akzo Chemie c. Commissione*, C-53/85, in *Racc.*, 1986, 1965, § 20, con la quale è stata riconosciuta, in nome del diritto di accesso al giudice quale componente di una tutela giurisdizionale effettiva per i singoli, la possibilità per gli stessi di impugnare anche atti apparentemente di carattere preparatorio nelle ipotesi in cui gli stessi siano già di per sé idonei a pregiudicare la situazione giuridica soggettiva del ricorrente.

³⁸³ Cfr. H.G. SCHERMERS – D.F. WAELBROECK, *Judicial protection in the European Union*, 6a ed., cit., 451.

Una recente pronuncia che si iscrive significativamente nei complessi rapporti tra la Corte di Giustizia delle Comunità europee e la Corte europea dei diritti umani di Strasburgo è, nella prospettiva sinora delineata, a nostro sommo avviso emblematica della portata della problematica che è oggetto di diretto interesse in questa sede, *i.e.* quella dell'accesso al giudice nel sistema giurisdizionale comunitario con particolare riguardo alle condizioni poste, per il ricorso di annullamento proposto dai singoli, dall'art. 230, § quarto, del Trattato CE³⁸⁴.

La Corte di Strasburgo ha invero affermato espressamente, nella richiamata decisione, di essere competente ad esercitare un controllo indiretto anche sul diritto comunitario *c.d.* derivato, attraverso il controllo di convenzionalità degli atti nazionali emanati in supina attuazione, *i.e.* da parte delle autorità nazionali che non dispongano di alcun potere discrezionale di apprezzamento, di norme di diritto comunitario³⁸⁵. La Corte dei diritti umani ha infatti ritenuto che non sussistano ostacoli, almeno sotto il profilo della ricevibilità, alle azioni proposte dai singoli, esperiti i mezzi di ricorso esistenti sul piano interno ai sensi dell'art. 35 CEDU, e che deducano la violazione delle

³⁸⁴ Ci si riferisce, più in particolare, a Corte eu. diritti umani, Grande Camera, 30 giugno 2005, *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Sirketi c. Irlanda*, in www.echr.coe.int, nonché, tra l'altro, in RTDH, 2005, 827, con nota di F. BENOÎT-ROHMER; in AJDA, 2005, 1886, chron. J.F. FLAUSS; RTD eur., 2005, 749, con nota di J.P. JAQUE'. Su di una tale decisione v. anche A. H. PARGA, *Bosphorus v. Ireland and the protection of fundamental rights in Europe*, in *Eur. Law rev.*, 2006, 251 ss.

³⁸⁵ Ciò comporta che restino di fatto sottratti al controllo della Corte di Strasburgo esclusivamente gli atti di diritto comunitario derivato a fronte dell'emanazione dei quali non sono necessarie misure di attuazione o di esecuzione in ambito interno (cfr. J. P. JACQUÉ, *L'arrêt Bosphorus, une jurisprudence "Solange II" de la Cour européenne des droits de l'homme?*, cit., 761). In realtà la questione non è nuova ma nelle decisioni precedenti la Corte di Strasburgo aveva, con varie argomentazioni, evitato di essere esplicita sulla portata della propria competenza in materia. In argomento v., tra i molti, A. BULTRINI, *La responsabilité des États membres de l'Union européenne pour les violations de la Convention européenne des droits de l'homme imputables au système communautaire*, in *Rev. trim. dr. homme*, 2002, 5 ss; A. CLAPHAM, *Human Rights and the European Convention: A Critical Overview*, in *European Union, The Human Rights Challenge*, I, Nomos, Baden Baden, 1991; G. GAJA, *Aspetti problematici della tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario*, in *Riv. Dir. Internaz.*, 1988, 574; P. PESCATORE, *The Court of Justice of the Communities and the European Convention on Human Rights*, in *Mélanges Wiarda*, 1988, 457; H.G. SCHERMERS, *The Communities Under the European Convention on Human Rights*, in *Legal Issues of European Integration*, 1981, 1 ss.

proprie situazioni giuridiche soggettive convenzionalmente garantite da parte di atti nazionali emanati in attuazione di norme comunitarie³⁸⁶.

Ciò posto in linea di principio, la Corte di Strasburgo, al fine di evitare uno scontro diretto con la Corte di Giustizia comunitaria, ma non rinunciando al contempo al proprio ruolo di giudice “eminente” dei diritti dell’uomo in Europa, ha individuato un compromesso nella formula della protezione equivalente, riservandosi un controllo minimale attraverso il riferimento all’”insufficienza manifesta”³⁸⁷.

Si è invero affermato che, allo stato attuale, il sistema di protezione dei diritti dell’uomo in ambito comunitario è in astratto equivalente a quello proprio del sistema CEDU, di talché alla Corte di Strasburgo residua un controllo circa l’operatività anche in concreto di un siffatto sistema esclusivamente nelle ipotesi in cui la tutela offerta in ambito comunitario sia manifestamente insufficiente³⁸⁸.

Ai nostri fini ciò che non può trascurarsi è che alcuni giudici che facevano parte del collegio che ha emanato la richiamata *arrêt Bosphorus* hanno espresso, nella propria opinione dissidente rispetto alla decisione adottata dalla maggioranza, perplessità rispetto alla soluzione di compromesso adottata individuando, quale fattispecie paradigmatica nella quale la tutela dei diritti

³⁸⁶ Il che, secondo parte della dottrina, potrebbe comportare seri rischi per il primato del diritto comunitario, posto che gli Stati membri che siano anche contraenti della CEDU si potrebbero trovare destinatari di due precetti incompatibili. Una tale situazione, si è altresì notato, sarebbe paragonabile a quella che seguì, nei rapporti tra l’ordinamento tedesco e quello comunitario, alla pronuncia del Verfassungsgerichtshof tedesco nel caso c.d. Solange I e che aveva sancito il potere della Corte Costituzionale tedesca di controllare il rispetto da parte delle norme comunitarie della Costituzione tedesca fino al momento in cui i diritti fondamentali non fossero stati tutelati anche in ambito comunitario (cfr. J. P. JACQUÉ, *L’arrêt Bosphorus, une jurisprudence “Solange II” de la Cour européenne des droits de l’homme*, cit., 761; sulla questione v., più ampiamente, Cap. VII).

³⁸⁷ Cfr. J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, *La Cour de Strasbourg, gardienne des droits fondamentaux dans l’Union européenne ?*, in RFDA, 2006, n. 3, 566 ss, spec. 568.

³⁸⁸ Secondo la Corte europea dei diritti umani, infatti, la presunzione di tutela equivalente nel sistema comunitario può essere vinta nelle ipotesi in cui la protezione dei diritti garantiti dal catalogo CEDU risulti manifestamente insufficiente poiché in questi casi l’interesse alla cooperazione internazionale non può essere preso in considerazione, in ragione del ruolo della Convenzione che è uno strumento costituzionale a tutela dell’ordine pubblico europeo nella protezione dei diritti umani (v. *Bosphorus c. Ireland*, cit., § 156).

fondamentali all'interno della Comunità Europea non sarebbe comparabile a quella conforme ai parametri CEDU, proprio quella del diritto di accesso al giudice nel sistema processuale comunitario, soprattutto alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia come da ultimo confermata nel caso *UPA*³⁸⁹.

Considerando in modo più specifico il problema della tutela cautelare, inoltre, ci sembra che alla violazione di una tale garanzia si aggiunga in questo caso anche quella del diritto dei singoli ad una definizione in tempi ragionevoli delle controversie delle quali gli stessi sono parti. E' infatti evidentemente lesivo di un tale diritto negare *in limine* la percorribilità della tutela cautelare da parte dei ricorrenti privilegiati qualora il giudice della cautela ritenga manifestamente irricevibile il ricorso principale, in tal modo "pregiudicando" la decisione che dovrà essere resa sul punto dal giudice del merito³⁹⁰.

5. Prospettive *de jure condendo*: la gerarchia delle fonti comunitarie e la Costituzione europea

Una soluzione ragionevole al problema sino a qui esaminato, idonea a contemperare per quanto possibile il diritto di accesso alla tutela giurisdizionale degli individui con l'esigenza che gli organi giurisdizionali comunitari possano

³⁸⁹ Sottolinea a riguardo J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, *La Cour de Strasbourg, gardienne des droits de l'homme dans l'Union européenne?*, cit., 566 ss, come anche la maggior parte della dottrina francese si sia mostrata maggiormente favorevole alla posizione espressa nell'opinione dissidente che a quella affermata dal plenum della Corte, dalla valenza essenzialmente compromissoria (in tal senso cfr., tra gli altri, A.H. PARGA, *Bosphorus v. Ireland and the protection of fundamental rights in Europe*, cit., spec. 258). Diversamente J. P. JACQUÉ, *L'arrêt Bosphorus, une jurisprudence "Solange II" de la Cour européenne des droits de l'homme*, in RTDE, 756 ss, spec. 764 ss, ritiene opportuna la soluzione adottata in concreto nella pronuncia della Corte di Strasburgo, poiché considera il sistema di accesso al giudice nel processo comunitario non illegittimo nella misura in cui, come affermato del resto anche dalla Corte di Giustizia nel caso *UPA*, eventuali lacune di tutela dovrebbero essere colmate in ambito nazionale.

³⁹⁰ Appare ancora una volta contraddittorio, pertanto, che già alcuni anni fa la Corte di Giustizia abbia annullato in sede di impugnazione una decisione del Tribunale di prima istanza proprio in virtù della violazione del principio generale di diritto costituito dalla ragionevole durata del processo *a quo* (cfr. CGCE, 17 dicembre 1998, *Bustahlgewebe c. Commissione.*, C-185/95, in *Racc.*, 1998, 8417, §§ 26 ss).

operare efficacemente senza un eccessivo *encombrément*, potrebbe essere individuata nell'introduzione di una distinzione, rilevante anche a fini di impugnabilità, all'interno delle fonti comunitarie tra quelle amministrative e quelle propriamente legislative³⁹¹. Come è noto, infatti, i Trattati comunitari non hanno previsto una tale distinzione³⁹², con la conseguenza che si tende ad

³⁹¹ Così anche, tra gli altri, C.M. ALVES, *La hiérarchie du droit dérivé unilatéral à la lumière de la Constitution Européenne: révolution juridique ou sacrifice au nominalisme ?*, in *Cahiers dr. eur.*, 2005, 691 ss, spec. 725 – 726; D. WAELBROECK – A.M. VERHEYDEN, *Les conditions de recevabilité des recours en annulation des particuliers contre les actes normatifs communautaires*, cit., 436.

³⁹² Inteso nella sua accezione più rigorosa il principio della gerarchia delle fonti del diritto postula un'articolazione delle stesse su base piramidale e due corollari principali. In primo luogo ciascuna norma, tranne se tra quelle della Costituzione, trova il proprio fondamento in una norma di rango superiore che ne regola anche il procedimento. Le norme inferiori, inoltre, non possono, a pena di illegittimità, avere un contenuto contrastante con quelle di rango superiore nella gerarchia delle fonti. Per una tale ricostruzione v., per tutti, H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino, 1975. Nota in particolare A. D'ATENA, *L'anomalo assetto delle fonti comunitarie*, cit., 592, che al sistema delle fonti comunitarie non possono essere estesi i tre capisaldi che regolano la teoria delle fonti nazionali, la quale si sostanzia, più precisamente: nel principio secondo cui la forza giuridica non è una qualità che dipende dal contenuto delle norme ma che è ad essa trasmessa dalla forma degli atti che le pongono; nell'articolazione gerarchica delle fonti (peraltro, sulla crisi di un tale criterio a favore di quello della competenza che ha tradizionalmente dominato nel sistema delle fonti comunitario v., nella dottrina italiana, V. CRISAFULLI, *Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1960, 775 ss; ID., *Fonti del diritto (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1968, XVII, 955 ss; F. MODUGNO, *Fonti del diritto (gerarchia)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1997, Agg., I, 567ss); nella corrispondenza tra l'assetto delle fonti e quello istituzionale, nel senso della superiorità gerarchica degli atti legislativi, emanati dal Parlamento, sui regolamenti. Nel sistema comunitario questi capisaldi non trovano applicazione in quanto, da un lato, a causa dell'operare di un autentico "labirinto decisionale" che ignora il fondamentale principio della separazione dei poteri (di talché non è neppure ipotizzabile una qualche corrispondenza tra posizione dell'atto nella gerarchia delle fonti ed organi competenti ad emanarlo) e, dall'altro, per una distinzione tra le fonti non riconosciute a dati formali bensì, meramente, al contenuto delle norme e quindi di tipo sostanziale. Analogamente C.M. ALVES, *La hiérarchie du droit dérivé unilatéral à la lumière de la Constitution Européenne: révolution juridique ou sacrifice au nominalisme ?*, cit., 692, evidenzia che una gerarchia tra le norme giuridiche è presente – fatta salva l'eccezione della particolare esperienza giuridica inglese nella quale è maggiore la preoccupazione di offrire valutazioni adeguate alle circostanze peculiari dei singoli casi – in pressoché tutti i sistemi giuridici moderni e costituisce modalità di ordinare le stesse anche in omaggio al principio della separazione dei poteri. Occorre tuttavia tener presente che, a partire dalla metà degli anni ottanta, ed in particolare dal progetto di Trattato sull'Unione europea c.d. "Spinelli" del 19 marzo 1984, si è aperto un intenso dibattito avente ad oggetto proprio la riforma dell'art. 249 del Trattato Ce, sotto il profilo della necessità di introdurre una distinzione tra potere legislativo e potere esecutivo, con i correlativi effetti sulla gerarchia delle fonti. Un risultato concreto in tal senso sembrava essere stato raggiunto con la Dichiarazione n. 16 allegata al Trattato di Maastricht ed in virtù della quale la successiva Conferenza Intergovernativa del 1996 avrebbe dovuto esaminare "in che misura sia possibile riconsiderare la classificazione degli atti comunitari per stabilire un'appropriata gerarchia tra le diverse categorie di norme". Peraltro, né la Conferenza Intergovernativa del 1996 né la Carta di Nizza hanno adottato le auspiccate riforme. In argomento v., tra gli altri, oltre alla letteratura manualistica, R. BIEBER – B. SALOME', *Hierarchy of Norms in European Law*, in *Common Market Law Rev.*, 1996, 914 ss; A. D'ATENA, *L'anomalo assetto delle fonti comunitarie*, in *Dir. Un. Eur.*, 2001, 591 ss; J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, *La hiérarchie des normes*, in *La révision du Traité sur l'Union Européenne. Perspectives et réalités* a cura di P. MANIN, Paris, 1996, 58

accomunare sotto la locuzione omnicomprensiva “diritto comunitario derivato” tutti gli atti emanati dalle istituzioni comunitarie sulla base delle previsioni del Trattato CE³⁹³.

La prospettata differenziazione nel regime di impugnabilità degli atti comunitari – che postula in ogni caso una modifica del Trattato istitutivo³⁹⁴ – potrebbe, più in particolare, sostanziarsi nel riconoscimento della possibilità degli individui di impugnare, in presenza di un interesse personale ed attuale giuridicamente rilevante, soltanto gli atti espressione della funzione esecutiva e regolamentare³⁹⁵. Gli orientamenti attuali della giurisprudenza comunitaria in tema di interpretazione dell’art. 230, quarto comma, del Trattato istitutivo CE potrebbero, invece, essere conservati con più limitato riguardo agli atti propriamente “legislativi” emanati dalle istituzioni comunitarie: per gli stessi può invero giustificarsi una posizione maggiormente restrittiva volta ad evitare

ss ; H. GAUDIN, *Amsterdam: l'échec de la hiérarchie des normes?*, in *Rev. trim. droit europ.*, 1999, 3 ss; R. KOVAR, *La Déclaration n° 16 annexée au Traité sur l'Union Européenne : chronique d'un échec annoncé ?*, in *Cahiers dr. europ.*, 1997, n. 3, 3 ss; P.Y. MONJAL, *La Conférence intergouvernementale de 1996 et la hiérarchie des normes communautaires*, in *Rev. trim. droit europ.*, 1996, 684 ss; G. TESAURO, *Il controllo diretto della legalità degli atti comunitari e le esigenze di protezione giurisdizionale dei singoli*, *cit.*, 12 – 13; A. TIZZANO, *La gerarchia delle norme comunitarie*, in *Dir. Un. Eur.*, 1996, 60 ss; A. VON ARNAULD, *Normenhierarchie innerhalb des primären Gemeinschaftsrechts*, in *Europarecht*, 2003, 191 ss.

³⁹³ Cfr. A. TIZZANO, *La gerarchia delle norme comunitarie*, *cit.*, 60 – 61, il quale evidenzia che la questione si pone soprattutto con riguardo agli atti di diritto comunitario derivato, mentre si può affermare che le previsioni del Trattato sono gerarchicamente sovraordinate rispetto a tali atti delle istituzioni. In dottrina, sull’assetto delle fonti antecedente al progetto di Costituzione per l’Europa, v. in generale, G. GAJA, *Fonti comunitarie*, in *Dig.*, disc. pubbl., 1991, VI, 433.

³⁹⁴ Peraltro sull’insussistenza, in questo stadio del processo di integrazione, di motivi ostativi ad una tale riforma v. le ampie considerazioni di A. TIZZANO, *La gerarchia delle norme comunitarie*, *cit.*, 60 ss.

³⁹⁵ Per A. TIZZANO, *La gerarchia delle norme comunitarie*, *cit.*, 70, ciò consentirebbe sul piano giurisdizionale una tutela più razionale ed efficace. Né si può trascurare che l’introduzione di una tale distinzione potrebbe determinare effetti positivi anche sul problema dell’accesso dei singoli alla tutela secondaria di carattere risarcitorio ex art. 288, § secondo, del Trattato CE: si è invero evidenziato (v., *infra*, § 2.3.), che la giurisprudenza ha notevolmente “aggravato” i presupposti per l’affermazione della responsabilità della Comunità qualora il danno del ricorrente si riconnetta all’esercizio di un potere normativo da parte di un’istituzione comunitaria. In una tale prospettiva, l’introduzione di una gerarchia tra le norme di diritto comunitario derivato consentirebbe di distinguere tra regolamenti e direttive che sono effettivamente espressione della funzione legislativa per i quali l’orientamento tradizionale potrebbe essere conservato e regolamenti e direttive di esecuzione che, in realtà, sono atti di carattere generale espressione della funzione amministrativa ed in relazione ai quali anche i presupposti per l’affermazione della responsabilità extracontrattuale della Comunità europea dovrebbero essere meno rigorosi (F. BERROD, *La systématique des voies de droit communautaires*, *cit.*, 745).

sconfinamenti nell'*actio popularis*. In simili casi potrebbe, d'altra parte, essere riaffermata l'importanza del rinvio pregiudiziale di validità che finirebbe con il configurarsi alla stregua di un vero e proprio rinvio pregiudiziale di costituzionalità, sul modello dell'esperienza degli Stati membri che non prevedono la possibilità per i singoli di adire direttamente la Corte Costituzionale³⁹⁶.

Il progetto di Costituzione europea ha, in effetti, cercato di introdurre una più precisa gerarchia delle fonti del diritto comunitario derivato. Del resto proprio la logica della "Costituzione" imponeva l'introduzione di una gerarchia tra le fonti, se è vero che "*la hiérarchie des normes est une exigence logique consubstantielle à tout ordre juridique constitué*"³⁹⁷.

La deprecabile insufficienza della tutela delle persone fisiche e giuridiche a fronte degli atti emanati dalle istituzioni comunitarie induceva a confidare nell'adozione di una soluzione maggiormente garantista all'interno del progetto di Costituzione Europea. Il che sarebbe stato in qualche misura coerente con l'inserimento, nello stesso progetto, del richiamato art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea che sancisce il diritto ad un ricorso effettivo

³⁹⁶ Così nel sistema italiano, nonché in quelli francese e portoghese. Diversamente, in altri Stati membri dell'Unione europea è prevista la possibilità per i singoli, sebbene a condizioni maggiormente restrittive rispetto a quelle cui è subordinata l'impugnazione degli atti amministrativi, di proporre direttamente ricorso di costituzionalità delle leggi deducendo una lesione dei propri diritti soggettivi. Questa è la situazione ad es. nei sistemi tedesco ed austriaco nonché in quello spagnolo. Occorre infine tener presente che in Regno Unito ed Irlanda i singoli possono domandare l'annullamento di una legge anche in assenza di un interesse ad agire purché la questione sia di particolare importanza (in arg. v. ancora D. WAELBROECK – A.M. VERHEYDEN, *Les conditions de recevabilité en annulation des particuliers contre les acte notmatifs des particuliers*, cit., 436 – 439).

³⁹⁷ Secondo l'efficace espressione di J.C. GAUTRON, *Un ordre juridique autonome et hiérarchisé*, in *De la Communauté de droit à l'Union de droit, continuités et avatars*, Paris, 2000, 416. Analogamente R. MEHDI, *La double hiérarchie normative à l'épreuve du projet de traité établissant une Constitution pour l'Europe*, in *Etudes en l'honneur de J.C. Gautron*, Paris, 2004, 443 – 463, sottolinea che l'introduzione di una gerarchia tra le norme giuridiche costituisce un corollario della marcia costituente. Peraltro, secondo C.M. ALVES, *La hiérarchie du droit dérivé unilatéral à la lumière de la Constitution Européenne: révolution juridique ou sacrifice au nominalisme ?*, cit., 698 ss, la riforma abbozzata sul punto dal progetto di Costituzione Europea dovrebbe essere soprattutto ricondotta a considerazioni utilitaristiche, i.e. alla volontà di semplificare il diritto comunitario.

dinanzi ad un giudice³⁹⁸. In realtà la coesistenza di punti di vista del tutto difformi sulla questione³⁹⁹ appare alla base di una soluzione che, sebbene estensiva della possibilità degli individui di domandare l'annullamento degli atti delle istituzioni comunitarie, non è certo appagante.

L'ipotizzata riforma, di carattere sostanzialmente compromissorio, si fonda su due previsioni. Più in particolare, l'art.I-28, § primo, venendo incontro alle istanze dei fautori di una maggiore tutela nei singoli sistemi nazionali, dispone che “gli Stati membri stabiliscono i rimedi giurisdizionali necessari per assicurarsi una tutela giurisdizionale effettiva nel settore del diritto dell'Unione”⁴⁰⁰.

Sotto il profilo della tutela diretta dinanzi ai giudici comunitari, l'art. III-270 riconosce, poi, alle persone fisiche e giuridiche il diritto di proporre ricorso contro gli atti regolamentari che le riguardano direttamente e che non comportano

³⁹⁸ Cfr. A. ADINOLFI, *Le istituzioni giudiziarie nel progetto di Costituzione europea*, in *Riv. dir. internaz.*, 2003, 646 – 647, la quale ricorda che nell'ambito della Convenzione si era manifestato sulla questione in esame un orientamento del tutto opposto a quanto sarebbe stato desumibile dall'inserimento dell'art. 47 della Carta di Nizza nel progetto in quanto nelle “Spiegazioni aggiornate relative al testo della Carta dei diritti fondamentali” elaborate dal Presidium si era precisato che il riconoscimento, nel futuro Trattato, del diritto ad ottenere una tutela giurisdizionale effettiva secondo i principio enunciati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia non era inteso a modificare il sistema di controllo giurisdizionale previsto dai Trattati ed, in particolare, le norme in materia di ricevibilità dei ricorsi diretti dinanzi alla Corte di Giustizia dell'Unione europea. In argomento cfr. anche S.M. CARBONE, *Progetto di Costituzione europea, diritti dell'individuo e tutela giurisdizionale*, in *Dir. comm. int.*, 2003, 12; J. ZILLER, *La Costituzione europea*, cit., 184 ss; R. CALVANO, *La Corte di Giustizia e la Costituzione Europea*, Padova, 2004.

³⁹⁹ Sulle quali v. A. ADINOLFI, *Le istituzioni giudiziarie nel progetto di Costituzione europea*, cit., 660.

⁴⁰⁰ Il che appare coerente con la già criticata giurisprudenza UPA nella parte in cui facendo leva, del tutto genericamente, sul principio di sussidiarietà, si è affermato che eventuali deficienze a sfavore dei singoli nel sistema di tutela comunitario devono essere colmate a livello interno. E' in una tale direzione opportuna l'acuta osservazione di G. SCHOHE, *La réforme du contentieux communautaire du point de vue des droits du particulier*, cit., 676 – 677, secondo il quale nell'assetto descritto la tutela degli individui dovrebbe essere assicurata dal giudice nazionale, sebbene privo di competenza a riguardo, non potendo annullare gli atti delle istituzioni comunitarie, mentre non vi è alcuna previsione volta a migliorare il sistema dei ricorsi c.d. diretti dinanzi ai giudici comunitari i quali, peraltro, detengono il monopolio della competenza di annullamento.

alcuna misura di esecuzione⁴⁰¹. Con riferimento a tali atti verrebbe quindi meno la più complessa delle condizioni di legittimazione, in forza della quale i singoli devono essere anche individualmente riguardati dall'atto⁴⁰².

Tale previsione è tuttavia criticabile sotto diversi aspetti⁴⁰³.

In primo luogo il citato art. III-270 del progetto di Costituzione estende la possibilità per i singoli di impugnare gli "atti regolamentari" soltanto nelle ipotesi in cui gli stessi sono privi di misure nazionali di esecuzione denunciabili davanti ai giudici interni, e per sperare nell'annullamento dei quali, nel sistema attuale, l'unica strada "pericolosamente" percorribile sarebbe quella della premeditata violazione della norma comunitaria. Peraltro, anche in presenza di misure nazionali di esecuzione, i soggetti interessati possono impugnarle dinanzi alle giurisdizioni interne, ma queste ultime non potranno annullare direttamente gli atti in questione⁴⁰⁴. La competenza esclusiva sul punto è infatti attribuita ai giudici comunitari, di talché le parti private nel processo nazionale potrebbero meramente cercare di persuadere il giudice adito a sollevare dinanzi alla Corte di Giustizia la questione pregiudiziale di validità dell'atto comunitario sulla base del quale è stato emanato il provvedimento direttamente impugnato. Il rinvio pregiudiziale, come si è evidenziato, è infatti un rimedio di carattere indiretto.

⁴⁰¹ M.P. CHITI, *Le norme sulla giurisdizione*, in *Una Costituzione per l'Europa, Quaderni di Astrid*, Bologna, 2003, 137 ss; A. ADINOLFI, *Le istituzioni giudiziarie nel progetto di Costituzione europea*, cit., 661 – 663.

⁴⁰² Notava invece in senso opportunamente critico R. MASTROIANNI, *Il Trattato di Nizza ed il riparto di competenze tra le istituzioni giudiziarie comunitarie*, in *Dir. Un. Eur.*, 2001, 768 ss, spec. 778, che tra i c.d. left orders, ovvero i problemi lasciati insoluti, del Trattato di Nizza rientra il non aver apportato alcuna modifica all'art. 230, quarto comma, del Trattato CE, in tema di legittimazione ad agire dei privati a fronte degli atti emanati dalle istituzioni comunitarie sebbene a fronte di una giurisprudenza che, anche per i ricorsi in carenza cui sono state estese in via pretoria le medesime condizioni restrittive, si connota per la propria ingiustizia di fondo.

⁴⁰³ Cfr. C.M. ALVES, *La hiérarchie du droit dérivé unilatéral à la lumière de la Constitution Européenne: révolution juridique ou sacrifice au nominalisme ?*, cit., 725 – 726. In senso diverso si segnala la posizione autorevolmente affermata da A. TIZZANO, *La "Costituzione europea" e il sistema giurisdizionale comunitario*, in *Dir. Un. Eu.*, 2003, 450 ss, spec. 467-469, il quale ritiene invece soddisfacente la riforma sull'assunto che per gli atti regolamentari eseguiti tramite misure nazionali vi è una tutela dinanzi ai giudici interni.

⁴⁰⁴ A. ADINOLFI, *Le istituzioni giudiziarie nel progetto di Costituzione europea*, cit., 663.

Ulteriori perplessità circa l'effettiva portata euristica della riforma si riconnettono alla natura degli atti per i quali troverebbe applicazione il nuovo regime che sono, in accordo con l'art. III-270 del progetto, gli "atti regolamentari". Nell'esaminare la giurisprudenza comunitaria relativa all'art. 230, quarto comma, del Trattato CE si è però sottolineato che la stessa ha invece ad oggetto gli "atti di carattere generale" che ricomprendono anche le direttive, per l'impugnazione delle quali da parte delle persone fisiche e giuridiche dovrebbero anche dimostrare di esserne individualmente riguardate. Simili considerazioni possono inoltre essere estese alle decisioni, ovvero ai provvedimenti formalmente indirizzati a soggetti diversi dal ricorrente.

Già da tali rilievi risultano evidenti i limiti del nuovo intervento normativo. Il che è, d'altra parte, confermato anche dalla riforma del sistema della gerarchia delle fonti introdotta dagli artt. I-33/39 dello stesso progetto di Costituzione europea ⁴⁰⁵. In un tale ambito gli atti regolamentari per i quali soltanto, in assenza di misure nazionali di esecuzione, troverebbe applicazione il nuovo regime sono costituiti dal "regolamento europeo", atto non legislativo di portata generale volto all'attuazione degli atti legislativi secondo la definizione

⁴⁰⁵ Ciò è stato possibile grazie all'inserimento nel mandato della Convenzione della semplificazione degli strumenti dell'Unione, al fine di introdurre una distinzione tra potere legislativo e potere esecutivo e, di qui, una graduazione tra gli atti espressione dell'uno e dell'altro potere. Sono state così annoverate tra le fonti legislative, adottate tramite la procedura di codecisione, la legge europea e la legge quadro europea, categorie strutturalmente corrispondenti alla tradizionale distinzione, posta dall'attuale art. 249 Trattato CE, tra regolamenti e direttive. Diversamente rientrano nell'ambito degli atti esecutivi, da un lato, i regolamenti europei, che si distinguono a propria volta in esecutivi e delegati, ed hanno la funzione di "concretizzare" i precetti posti nelle fonti di rango superiore e, dall'altro, la decisione europea che può anche avere destinatari indeterminati e quindi essere generale (in arg., con maggiori riferimenti, P. ACCONCI, *Quale gerarchia delle fonti nel nuovo diritto dell'Unione?*, in *Dir. Un. Eur.*, 2005, 253 ss, spec. 258-263; C.M. ALVES, *La hiérarchie su droit dérivé unilatéral à la lumière de la Constitution européenne: révolution juridique ou sacrifice au nominalisme ?*, cit., 691 ss; F. BARAZZONI – V. CERULLI IRELLI, *Gli atti dell'Unione*, in *La Costituzione europea* a cura di F. BASSANINI – G. TIBERI, cit., 205 ss; F. DONATI, *Il sistema delle fonti*, in AA.VV., *Il Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa*, cit., 23-26; R. MASTROIANNI, *Fonti, sussidiarietà ed iniziativa legislativa nel testo della Costituzione per l'Europa*, in *Dir. pubbl. comp. europ.*, 2003, 1739-1741; F. SORRENTINO, *Considerazioni introduttive sulle nuove fonti del diritto europeo*, *ivi*, 1751).

dell'art. I-32 e dal "regolamento delegato", atto normativo adottato dalla Commissione ex art. I-35⁴⁰⁶. Sorge pertanto il problema del regime applicabile, quanto alla diretta impugnabilità da parte di persone fisiche e giuridiche, ad altri atti di carattere generale⁴⁰⁷, che nell'attuale assenza di gerarchia delle fonti di diritto comunitario derivato corrispondono ai regolamenti ed alle direttive e potrebbero essere in futuro definiti, rispettivamente, legge europea e legge quadro europea, stante l'art. I-33 del progetto.

Altre limitazioni quanto alla possibilità per i singoli di impugnare gli atti emanati dalle istituzioni comunitarie che producono effetti nei loro confronti possono evidenziarsi con riferimento alla nuova categoria delle "decisioni europee" che possono, invero, anche essere di carattere generale⁴⁰⁸. Si tratterebbe, infatti, di atti propriamente amministrativi che resterebbero impugnabili dai singoli soltanto alle condizioni eccessivamente restrittive poste a partire dalla giurisprudenza *Plaumann*⁴⁰⁹.

Sempre a seguito dell'introduzione da parte del progetto di Costituzione di una gerarchia delle fonti di diritto comunitario derivato, se potrebbe essere riconosciuta ai singoli la possibilità di impugnare dinanzi ai giudici comunitari i regolamenti direttamente applicabili a condizioni maggiormente soddisfacenti, lo stesso non potrebbe dirsi per novelle fonti di rango superiore quali la legge e la legge quadro ove si tratti di atti effettivamente legislativi e quindi nella misura in cui si limitino a tracciare le linee essenziali della disciplina che dovrà, secondo gli

⁴⁰⁶ Cfr. A. ADINOLFI, *Le istituzioni giudiziarie nel progetto di Costituzione europea*, cit., 663, la quale sottolinea che i regolamenti delegati corrispondono essenzialmente agli attuali regolamenti di esecuzione.

⁴⁰⁷ A. ADINOLFI, *Le istituzioni giudiziarie nel progetto di Costituzione europea*, cit., 663 – 664.

⁴⁰⁸ Cfr. A. ADINOLFI, *Le istituzioni giudiziarie nel progetto di Costituzione europea*, cit., 659.

⁴⁰⁹ Secondo A. PERTICI, *Le istituzioni giudiziarie e la tutela dei diritti*, in AA. VV., *Il trattato che adotta una Costituzione per l'Europa*, cit., 21, non si comprende invero l'esclusione, quanto al nuovo regime di impugnabilità posto dall'art. III-365, comma quarto, del progetto, delle decisioni prive di misure di esecuzione in ambito nazionale.

usuali canoni, essere poi attuata da altri strumenti⁴¹⁰. Sul punto, si potrebbe evidenziare che, comunque sia, anche alcuni ordinamenti nazionali europei non prevedono la possibilità per gli individui di far valere direttamente dinanzi ad un giudice l'illegittimità delle leggi ordinarie ed al contempo sostenere che, come avviene sempre nei sistemi in cui l'accesso al giudizio costituzionale è mediato per gli individui dalla proposizione della questione da parte del giudice a quo, i soggetti interessati potrebbero domandare al giudice nazionale di sollevare dinanzi alla Corte di Giustizia una questione pregiudiziale di validità delle leggi o delle leggi-quadro.

La situazione, peraltro, non appare così semplice in quanto, come detto, secondo la giurisprudenza tradizionale i singoli potevano comunque adire denunciare di fronte agli organi giurisdizionali comunitari anche l'illegittimità di atti delle istituzioni oggi annoverati tra le leggi purché ne fossero riguardati direttamente ed individualmente. L'interrogativo fondamentale è quindi il seguente: in presenza di tali condizioni resterà ferma l'impugnabilità delle leggi europee ovvero l'unica possibilità di tutela sarà quella indiretta del rinvio pregiudiziale di validità⁴¹¹?

Quanto premesso induce a condividere la considerazione la quale il progetto di Costituzione europea tende a risolvere il problema della tutela dei diritti individuali affidando la stessa soprattutto ai giudici nazionali, in una soluzione che rischia di essere estremamente pregiudizievole tutte le volte che a

⁴¹⁰ Evidenzia a riguardo F. DONATI, *Il sistema delle fonti*, in AA.VV., *Il Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa*, cit., 25-26, che il sistema delle fonti introdotto dal progetto di Costituzione europea postula una coesistenza dei vecchi regolaenti e direttive, oggi rientranti tra gli atti legislativi, con nuovi strumenti quali i regolamenti europei che dovrebbero all'opposto avere carattere amministrativo, peraltro, nell'incertezza quanto agli effetti criteri distintivi tra gli uni e gli altri.

⁴¹¹ Cfr., in arg., G. FALCON, *Separazione e coordinamento tra giurisdizioni europee e giurisdizioni nazionali nella tutela avverso gli atti lesivi di situazioni soggettive europee*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2004, 1157 ss, spec. 1173.

ledere i diritti dei singoli siano proprio gli atti emanati dalle istituzioni dell'Unione, in particolari se privi di misure di esecuzione in ambito nazionale⁴¹².

E' infine noto che, nel momento in cui si scrive, la stessa entrata in vigore del progetto di Costituzione è seriamente in discussione stante l'esito negativo del relativo referendum popolare in Francia e nei Paesi Bassi. Ogni scelta anche in ordine al problema ora esaminato potrebbe quindi essere rivisitata nel progredire del rinnovato processo costituente.

6. Prospettive *de jure condito*: ripartizione di competenze nel sistema giurisdizionale comunitario e riduzione del carico di lavoro della Corte di Giustizia

La soluzione alla problematica dell'accesso al giudice nel sistema giurisdizionale comunitario potrebbe, tuttavia, essere anche più semplice rispetto a quella sinora prospettata, ovvero non implicare necessariamente una modifica del Trattato istitutivo CE.

Crediamo, infatti, che una tutela effettiva del diritto d'accesso al giudice nel sistema comunitario possa essere assicurata anche, molto più semplicemente, *de jure condito*, attraverso una interpretazione della locuzione "individualmente" contenuta nell'art. 230, quarto comma, del Trattato CE, differente rispetto a quella patrocinata dalla richiamata giurisprudenza che si è consolidata da molti anni nel solco della sentenza *Plaumann*. Infatti, sebbene la giurisprudenza abbia costantemente sottolineato che le condizioni in presenza delle quali i singoli sono

⁴¹² Così A. PERTICI, *Le istituzioni giudiziarie e la tutela dei diritti*, in AA.VV., *Il trattato che adotta una Costituzione per l'Europa*, cit., 22, il quale evidenzia che erano stati presentati progetti maggiormente garantisti, volti, ad es., a riconoscere sempre la possibilità dei singoli di ricorrere per ottenere l'annullamento degli atti comunitari lesivi dei propri diritti ovvero all'istituzione di un apposito Tribunale "costituzionale" volto a conoscere, sul modello tedesco e spagnolo, i ricorsi diretti degli individui per violazione dei diritti fondamentali. Sul punto v. anche le considerazioni di J. MISCHO, *Un rôle nouveau pour la Cour de justice?*, in *Rev. marché comm.*, 1990, 683 ss.

legittimati ad impugnare atti di carattere generale e decisioni delle quali non sono i destinatari formali sono legate alla lettera di una tale disposizione, nel senso che ogni diversa interpretazione si tradurrebbe in una violazione della stessa e, di qui, del Trattato istitutivo, il termine "individualmente", come è dimostrato anche dagli orientamenti diffusi nella giurisprudenza interna, ha una valenza polisemica⁴¹³. Tale termine, invero, può semplicemente esprimere il principio per il quale è necessario, ai fini della proposizione di un'azione nel sistema giurisdizionale comunitario, un interesse a ricorrere distinto dall'interesse di ciascun cittadino al rispetto del principio di legalità da parte delle istituzioni⁴¹⁴. Ciò implicherebbe soltanto l'irricevibilità dei ricorsi strutturati sul modello dell'*actio popularis* e, quindi, la necessità della sussistenza di un'interesse individuale del ricorrente alla proposizione dell'azione. Del resto questa era la direzione anche delle conclusioni dell'Avvocato Generale Jacobs nel richiamato caso *UPA*, in omaggio alle quali un ricorrente è individualmente riguardato da un atto ogni qual volta lo stesso ne pregiudica, ovvero è suscettibile di pregiudicarne, gli interessi in modo sostanziale⁴¹⁵.

Riteniamo, in coerenza con le considerazioni appena svolte, che in realtà la giurisprudenza della Corte di Giustizia in tema di condizioni di ricevibilità delle azioni di annullamento proposte dai singoli si sia cristallizzata nelle posizioni descritte non in ragione di un'interpretazione basata esclusivamente sulla lettera delle previsioni del Trattato, ma a causa di motivazioni diverse.

⁴¹³ Ed in ogni caso non suscettibile di un'interpretazione più generosa: cfr. H.G. SCHERMERS – D.F. WAELBROECK, *Judicial Protection in the European Union*, 6a ed., cit., 429; G. SCHOHE, *La réforme du contentieux communautaire du point de vue des droits de particuliers*, cit., 675.

⁴¹⁴ Nel medesimo senso anche, tra gli altri, P. CASSIA, *L'accès des personnes physiques ou morales au juge de la légalité des actes communautaires*, cit., 182-183; R. MEHDI, *La recevabilité des recours à l'encontre d'un acte de portée générale: l'aggiornamento n'aura pas eu lieu...*, cit., 41.

⁴¹⁵ Cfr. spec. §§ 102 – 103 di tali conclusioni.

Più in particolare, un tale orientamento aveva in origine rappresentato, nel più volte richiamato *affaire Plaumann*, un'evoluzione in senso garantistico rispetto alle posizioni tese, precedentemente, a negare in via assoluta la possibilità per gli individui di impugnare gli atti emanati dalle istituzioni comunitarie aventi carattere generale o le decisioni indirizzate ad altri soggetti. Evoluzione che, nel momento storico nel quale è avvenuta, appariva senza dubbio apprezzabile proprio perché si era agli albori di quello sviluppo che ha progressivamente trasformato la Comunità europea da mera Unione di Stati legati da interessi prevalentemente economici in un ordinamento di carattere sopranazionale nel quale anche i diritti fondamentali degli individui hanno acquisito una sempre maggiore importanza, al di là della possibilità di configurare gli stessi quali libertà funzionali alla costruzione del mercato unico.

E' però criticabile che la giurisprudenza in tema di legittimazione alla proposizione del ricorso in annullamento sia rimasta monolitica, sostanzialmente ignorando sotto tale profilo il progredire del processo di integrazione, trincerandosi dietro la lettera dell'art. 230, quarto comma, del Trattato CE.

Il problema principale è, invero, quello dell'*encombrément* degli organi giurisdizionali del sistema comunitario che, a dispetto delle rilevanti riforme che sono state realizzate negli ultimi anni proprio per fronteggiare lo stesso, permane ed è anzi destinato ad aggravarsi a seguito dell'entrata nella Comunità europea di nuovi Stati⁴¹⁶. Crediamo, infatti, che qualora non fosse emersa la preoccupazione di evitare un eccessivo carico del ruolo dei giudici comunitari – e quindi motivi

⁴¹⁶ In una prospettiva non dissimile cfr. anche A. ARNULL, *Private applicants and the action for annulment under article 173 of the EC Treaty*, cit., 45-47, nonché G. SCHOHE, *La réforme du contentieux communautaire du point de vue des droits de particulier*, cit., spec. 664 ss, il quale pone in luce il tradizionale trade-off, in presenza di un eccessivo carico di lavoro dei Tribunali che impedisce in limine unta tutela in tempi ragionevoli, tra l'aumento delle risorse destinate a favore della giustizia e la restrizione del diritto di accesso al giudice. Similmente R. MASTROIANNI, *Il Trattato di Nizza ed il riparto di competenze tra le istituzioni giudiziarie comunitarie*, cit., 778, ritiene che nessuna modifica al testo dell'art. 230 del Trattato CE sia stata apportata dal Trattato di Nizza proprio al fine di evitare un aumento del carico di lavoro dei giudici comunitari.

essenzialmente di opportunità⁴¹⁷ -, si sarebbe potuta realizzare un'evoluzione ben più significativa degli approcci maggiormente liberali mostrati in taluni settori della giurisprudenza sino a qui esaminata, espressione coerente della progressiva importanza dei diritti dei singoli nel sistema comunitario.

Individuata la ragione principale alla base del monolitico ed inammissibilmente restrittivo orientamento della giurisprudenza comunitaria in tema di proponibilità del ricorso in annullamento da parte delle persone fisiche e giuridiche ed evidenziata, altresì, la natura meramente opportunistica della stessa, possiamo ora provare a formulare alcune considerazioni finalizzate alla possibilità di un'evoluzione delle posizioni di una tale giurisprudenza nel prossimo futuro⁴¹⁸.

Si è evidenziato che il problema dell'eccessivo carico del ruolo dei giudici comunitari è destinato ad aggravarsi e non a ridursi nel prossimo futuro a causa del processo di allargamento. Di talché l'unica possibilità per il sistema giurisdizionale comunitario per funzionare in modo efficiente, garantendo al contempo in modo più ampio il diritto di accesso al giudice, è quella di realizzare una reale diversificazione nelle attribuzioni dei giudici comunitari che sono, attualmente, la stessa Corte di Giustizia, il Tribunale di primo grado e le Camere giurisdizionali competenti a conoscere in prima istanza determinate controversie

⁴¹⁷ O, se si vuole, ai fini della tutela del c.d. interesse generale comunitario, il riferimento al quale ha impedito alla Corte di Giustizia comunitaria, nonostante il risalente e frequente richiamo ai diritti fondamentali nella propria giurisprudenza, di trasformare, con la progressione del processo di integrazione, il proprio ruolo da giudice amministrativo a quello di una Corte Costituzionale. Si è efficacemente osservato, a riguardo, che vi è un'ambivalenza innegabile, da parte della Corte di Giustizia, nell'interpretare il proprio ruolo di garante dei diritti fondamentali. Difatti, da un lato, la stessa può rivendicare il merito di aver per prima fatto riferimento agli stessi nel silenzio del Trattato istitutivo ma, da un altro, è condizionata nell'assicurare una protezione effettiva a tali diritti, dall'estraneità di un tale ruolo rispetto alla configurazione del proprio ordine giuridico sorto, come evidenziato più volte, soprattutto per proteggere interessi di natura economica (L. S. ROSSI, *"Constitutionnalisation" de l'Union européenne et des droits fondamentaux, cit.*, 45).

⁴¹⁸ Considerazioni che prescindono dalle descritte riforme previste, in punto di estensione della legittimazione a ricorrere in annullamento da parte dei singoli, nel progetto di Costituzione europea, sia a causa dell'incertezza circa il momento di entrata in vigore della stessa, sia per la limitata portata, in concreto, della stessa, poiché come si è evidenziato per taluni atti il problema non è risolto e, per altri, la riforma potrebbe anche essere interpretata nel senso di una restrizione di una tale legittimazione.

in forza dell'art. 225, lett. a, del Trattato CE, così come modificato dal Trattato di Nizza. Soltanto l'attribuzione alle Camere giurisdizionali di primo grado della maggior parte del contenzioso individuale consentirebbe alle stesse di porsi quali unici giudici esclusivamente "dei fatti" nel processo comunitario. Invero anche l'Appello dinanzi al Tribunale potrebbe essere così limitato ai motivi di diritto, con l'ulteriore conseguenza di prevedere l'intervento della Corte di Giustizia esclusivamente in funzione regolatrice, ovvero nelle situazioni in cui la stessa abbia l'occasione per "dire il dritto" nell'ambito del sistema comunitario così configurato⁴¹⁹.

Peraltro non si possono celare serie perplessità circa l'effettiva possibilità che un tale assetto si realizzi in modo soddisfacente, almeno nel breve periodo. Difatti anche in passato acuta dottrina aveva evidenziato che le aperture mostrate dalla Corte di Giustizia, quanto alla legittimazione dei singoli ad impugnare atti generali emanati dalle istituzioni comunitarie, soprattutto nei casi *Extramet* e *Codorniu* potevano anche essere considerate espressione di un'evoluzione della giurisprudenza connessa all'istituzione, in quegli stessi anni, del Tribunale di primo grado. Tuttavia, come più volte evidenziato, l'attribuzione della competenza al Tribunale a conoscere in primo grado dei ricorsi individuali proposti ai sensi dell'art. 230 del Trattato CE non ha poi determinato, probabilmente anche per altri fattori⁴²⁰, una sensibile diminuzione del *workload*

⁴¹⁹ In argomento si vedano soprattutto le considerazioni di N. LIVRANOS, *The new specialised courts within the European judicial system*, in *European Law Review*, 2005, 261 ss, spec. 270-271, nonché il rapporto del Gruppo di riflessione sull'avvenire del sistema giurisdizionale della Comunità europea del gennaio 2000, c.d. "rapporto Due", spec. 27 ss.

⁴²⁰ Ovvero per la crescita delle attribuzioni della Comunità e per lo stesso processo di allargamento. Cfr., tra i tanti, R. MASTROIANNI, *Il Trattato di Nizza ed il riparto di competenze tra le istituzioni giudiziarie comunitarie*, cit., 770.

della Corte di Giustizia e, di qui, una maggiore apertura della tutela offerta dal sistema giurisdizionale comunitario ai singoli⁴²¹.

Le perplessità maggiori circa la possibilità che si realizzi un significativo mutamento della giurisprudenza comunitaria in tema di interpretazione dell'art. 230, quarto comma, del Trattato CE si ricollegano, tuttavia, a nostro avviso, ad esigenze di tutela del primato del diritto comunitario e, soprattutto, della coerente ed immediata applicazione dello stesso all'interno dei sistemi dei singoli Stati membri. Garantire ai singoli una tutela giurisdizionale effettiva potrebbe invero porsi, almeno in alcuni casi, in contrasto con una tale finalità.

Ciò, peraltro, non induce ad avallare gli orientamenti restrittivi emersi nella giurisprudenza comunitaria in relazione al diritto dei singoli di accesso al giudice. Ancora una volta, una tale conclusione appare confortata dai principi sanciti dalla Corte europea dei diritti dell'uomo in sede di interpretazione dell'art. 6, § primo, CEDU sull'equo processo, soprattutto in punto di ingiustificabilità del venir meno o dell'attenuazione delle garanzie poste dalla richiamata disposizione a causa di disfunzioni dell'organizzazione giudiziaria o dell'eccessivo carico di lavoro dei Tribunali⁴²².

Ciò potrebbe indurre ragionevolmente a ritenere, *prima facie*, che la giurisprudenza comunitaria ignori principi processuali fondamentali quali il principio di effettività della tutela giurisdizionale. In realtà proprio un siffatto

⁴²¹ Secondo D. WAELBROECK, *Le transfert des recours directs au Tribunal de première instance des Communautés européennes. Vers une meilleure protection judiciaire des justiciables ?*, cit., 89, l'atteggiamento conservatore del Tribunale di primo grado ha vanificato uno degli obiettivi perseguiti con l'istituzione dello stesso, cioè a dire rendere il sistema giurisdizionale comunitario maggiormente accessibile ai singoli. Cfr., *ex multis*, CGCE 15 giugno 1993, *Albertal e a. c. Commissione*, C-213/91, in *Racc.*, 3177; CGCE 26 aprile 1988, *Asteris e altri c. Commissione*, C-97/86, in *Racc.*, 1988, 2181; CGCE 24 febbraio 1987, *Deutz und Geldermann c. Consiglio*, C-26/86, in *Racc.*, 1987, 941; TPI 28 ottobre 1993, *FRSEA e FNSEA c./Consiglio*, T-476/98, in *Racc.*, 1998, p. II – 1187, § 19.

⁴²² V., tra le altre, Corte europea dei diritti dell'uomo, 30 giugno 2005, *Temel e Taskin c. Turquie*, § 76; Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, 25 marzo 1999, *Pélissier et Sassi c. France*, § 74.

principio è stato affermato con forza da una giurisprudenza ormai risolta dalla Corte di Giustizia⁴²³. E', peraltro, la funzione attribuita al principio che ha finito con stravolgerne la funzione: lo stesso è stato invero considerato soprattutto uno strumento volto a garantire l'effettiva applicazione del diritto comunitario negli Stati membri e non, di contro, alla tutela delle situazioni giuridiche soggettive garantite ai singoli dal sistema comunitario, almeno a fronte di violazioni poste in essere tramite istituzioni comunitarie.

7. L'accesso dei singoli alla tutela cautelare

Le limitazioni del diritto di accesso al giudice nel sistema processuale comunitario finiscono con l'incidere significativamente anche sulla possibilità per i singoli di ottenere tutela cautelare.

Come si è già avuto occasione di evidenziare, infatti, il carattere strettamente accessorio della tutela cautelare rispetto a quella di merito nel processo comunitario comporta che il giudice della cautela non possa prescindere dalla considerazione di eventuali motivi di irricevibilità del ricorso principale prima di decidere della istanza proposta dinanzi a sé. Più in particolare, in accordo con una giurisprudenza pressoché costante, sebbene l'esame della questione di ricevibilità del ricorso principale non sia di regola oggetto di cognizione da parte del giudice della cautela, tuttavia, qualora venga dedotta l'irricevibilità manifesta del ricorso principale, anche una tale questione dovrà essere valutata dal giudice cui è stata richiesta la tutela in via d'urgenza, dal momento che il venir meno della pretesa principale è destinato a travolgere anche il provvedimento accessorio. Il che sembra costituire, perverso, l'espressione di un opportuno bilanciamento tra

⁴²³ CGCE, 15 maggio 1986, *Johnston c. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, cit., 1651 ss.

l'esigenza di considerare, già all'interno del procedimento cautelare, le condizioni di manifesta irricevibilità del ricorso di merito cui quello cautelare è strettamente "accessorio" e quella di impedire, al contempo, che la celerità che caratterizza la tutela in via d'urgenza sia di fatto compromessa da una cognizione del giudice della cautela estesa ai profili, in ipotesi complessi, attinenti all'irricevibilità del ricorso principale⁴²⁴.

Occorre adesso verificare più in concreto l'opportunità del suddetto orientamento anche alla luce della richiamata giurisprudenza comunitaria in tema di cause di irricevibilità dell'azione di annullamento.

In alcune situazioni le richiamate posizioni possano senz'altro essere valutate con favore. Pensiamo, ad es., all'ipotesi di ricorso nel merito depositato fuori termine: in questo caso è *prima facie* accertabile dal giudice della cautela che non si può addivenire nel giudizio principale ad alcuna pronuncia e quindi, *a fortiori*, posta la natura strettamente accessoria dello stesso nel sistema comunitario, ciò non può avvenire all'interno del procedimento cautelare.

L'esame dei presupposti processuali del ricorso principale già in sede cautelare porta peraltro con sé anche conseguenze negative: in particolare, un tale orientamento determina la trasposizione anche nel processo cautelare delle difficoltà dell'attuale sistema dei ricorsi diretti dinanzi al giudice comunitario, legate alla circostanza che gli stessi non sono aperti agli individui che a condizioni precise, siccome si è evidenziato generalmente considerate non a torto insufficienti per proteggere effettivamente i diritti degli stessi⁴²⁵.

⁴²⁴ Cfr. R. JOLIET, *Protection juridictionnelle provisoire et droit communautaire*, cit., 253 ss.

⁴²⁵ Cfr. O. DE SCHUTTER, *Les mesures provisoires devant la CJCE dans le domaine des droits fondamentaux*, cit., 98. E' a riguardo significativo, inoltre, che in un recente ed approfondito lavoro monografico avente ad oggetto la tutela cautelare nel diritto internazionale, si sia giustificata la limitata attenzione dedicata alla tutela cautelare nel processo comunitario in ragione dell'assenza di un sistema diretto di accesso al giudice comunitario da parte degli individui che si pretendono vittime di una violazione nei propri diritti fondamentali da parte dell'Unione Europea. Ciò impedirebbe, invero, di considerare gli organi giurisdizionali comunitari alla medesima

Simili considerazioni appaiono *a fortiori* suffragate a seguito di un più specifico esame di alcune ordinanze cautelari che si sono occupate della problematica qui in rilievo⁴²⁶. Infatti, nonostante in linea di principio sia stato sempre ribadito l'asunto secondo cui l'esame da parte del giudice della cautela della manifesta irricevibilità del ricorso di merito deve salvaguardare la sommarietà della cognizione cautelare, le più significative eccezioni rispetto ad una tale regola generale si registrano proprio in quelle ordinanze che hanno dichiarato irricevibili ricorsi cautelari aventi ad oggetto la domanda, proposta da un singolo, volta alla sospensione dell'efficacia esecutiva di atti di carattere generale delle istituzioni. Si suole invero affermare, a riguardo⁴²⁷, che l'esame dei motivi di irricevibilità del ricorso principale da parte del giudice della cautela si impone soprattutto nelle ipotesi il ricorrente è un individuo il quale chiede l'annullamento di un atto di carattere generale, onde evitare che lo stesso possa, attraverso la misura cautelare, ottenere la sospensione dell'efficacia esecutiva di un atto del quale si vedrebbe, successivamente, rifiutato l'annullamento da parte della Corte in ragione dell'irricevibilità del proprio ricorso di merito⁴²⁸.

Maggiori aperture sono state in apparenza mostrate, invece, da quella giurisprudenza, affermatasi soprattutto in materia di concorrenza e di aiuti di

stregua delle altre istanze internazionali di protezione, attesa l'importanza fondamentale del diritto di accesso al giudice ai fini della ricostruzione del regime generale delle misure provvisorie nell'ambito della tutela internazionale dei diritti umani (così A. SACCUCCI, *Le misure provvisorie nella protezione internazionale dei diritti umani*, Torino, 2006, 100).

⁴²⁶ V. ord. prés. TPI 2 lug. 2004, *Bactria c. Commissione*, T- 76/04, in *Racc.*, 2004, II-2025, § 27. Il Tribunale adito in sede cautelare ha tuttavia considerato nella fattispecie ricevibile, a prima vista, il ricorso principale proposto poiché sul presupposto dell'applicabilità del regolamento impugnato nei confronti di operatori economici determinati e definiti dallo stesso "partecipanti".

⁴²⁷ Cfr., tra le altre, CGCE, ord. 27 gen. 1988, *Distrivet c. Consiglio*, C-376/87, in *Racc.*, 1988, 209.

⁴²⁸ Si riferiscono, efficacemente, ad un pregiudizio negativo della giurisprudenza cautelare quanto alla possibilità di proporre un'istanza cautelare accessoria ad un ricorso principale avverso atti di carattere generale, G. VANDERSANDEN – A. BARAV, *Contentieux communautaire*, Bruxelles, 1977, 439; sembra invece esaltare la natura accessoria del ricorso cautelare, affermando che è vero che il privato può chiedere la sospensione di un regolamento solo in casi eccezionali, ma che questo avviene perché soltanto in tali casi ha titolo per impugnarlo nel processo principale cui l'istanza cautelare accede, C. MORVIDUCCI, *Le misure cautelari nel processo comunitario*, cit., 80.

Stato, la quale ha consentito, parallelamente, ai singoli la possibilità di proporre l'azione di annullamento ai sensi dell'art. 230 del Trattato CE, anche alle imprese le quali avevano partecipato alla procedura che aveva condotto all'emanazione dell'atto impugnato. Sulla base di tali presupposti si è ritenuto, anche all'interno di procedimenti cautelari, che la circostanza che l'istituzione che ha emanato l'atto abbia dovuto prendere in considerazione la situazione di alcuni operatori economici è idonea ad individualizzarne la situazione⁴²⁹. Tuttavia non è stata fatta costante applicazione di un tale criterio, in quanto in altre pronunce il diritto di partecipazione alle procedure amministrative precedenti l'adozione dell'atto non sembra essere stato considerato dalla giurisprudenza condizione sufficiente per giustificare la legittimazione all'impugnazione dei soggetti privati: si è invero richiesto un *quid pluris* rappresentato dalle ripercussioni dell'atto sull'interesse protetto tali da consentire di distinguere l'impresa da ogni altro operatore economico⁴³⁰.

Ancora più rigido è stato, inoltre, l'orientamento del Tribunale di prima istanza in una recente ordinanza, la cui motivazione si segnala anche per un'attenta ricostruzione dei principi sanciti in materia negli ultimi anni dalla giurisprudenza comunitaria della quale è utile dare brevemente conto in questa

⁴²⁹ Cfr., *ex ceteris*, CGCE 23 nov. 1995, *Asocarne c. Consiglio*, cit., ...; TPI 14 set. 1995, *Antillean Rice Mills e a. c./Commissione*, T – 480/93 e T – 483/93, in *Racc.*, 1993, p. II – 2305, §§ 64 – 78Ord. Prés. TPI 7 nov. 1995, *Eridiana Zuccherifici Nazionali S.p.a. e altri c./Consiglio*, T – 168/95, in *Racc.*, 1995, P. II – 2817, §§ 29 – 30; in tal senso, in dottrina, J. RIDEAU – F. PICOD, *Code de procédures communautaires*, cit., 289.

⁴³⁰ Così tra le tante CGCE 11 lug. 1990, *Neotype Techmashexport c. Commissione e Consiglio*, C-305/86 e C-160/87, in *Racc.*, 1990, 3013; CGCE 14 mar. 1990, *Gestetner Holdings c. Consiglio e Commissione*, C-156/87, in *Racc.*, 1990, 781. In relazione alla sussistenza dei diritti partecipativi quali presupposti di una legittimazione "individuale" del ricorrente all'azione di annullamento ex art. 230, quarto comma, del Trattato CE è sorto in dottrina un importante interrogativo: l'effettiva partecipazione alla procedura che conduce all'emanazione dell'atto che si assume illegittimo è condizionante della possibilità di impugnare lo stesso? La giurisprudenza comunitaria ha opportunamente fornito una risposta positiva ad un tale quesito. *Contra* P. PALLARO, *Il ricorso di annullamento degli atti comunitari da parte dei privati: proposte di lettura dell'attuale giurisprudenza*, cit., 101.

sede⁴³¹. Nella fattispecie concreta le imprese ricorrenti avevano chiesto in sede cautelare la sospensione dell'efficacia di una direttiva nella parte in cui includeva una sostanza dalle stesse utilizzata per fabbricare i propri prodotti tra quelle "tossiche" e "facilmente infiammabili", nonché la concessione di altre misure cautelari c.d. positive ai sensi dell'art. 243 del Trattato CE. La Commissione aveva eccepito in via preliminare, stante la natura di atto di portata generale della direttiva, la carenza di legittimazione attiva delle imprese ricorrenti ai sensi dell'art. 230, comma quarto, del Trattato in quanto non riguardate direttamente ed individualmente dal suddetto atto di carattere generale. Il Tribunale di primo grado ha in primo luogo richiamato la giurisprudenza dominante, secondo la quale il problema della ricevibilità del ricorso principale non deve, in principio, essere esaminato nell'ambito del procedimento cautelare allo scopo di non pregiudicare il merito della controversia ma, tuttavia, qualora sia dedotta la manifesta irricevibilità del ricorso principale si rende necessario, già in sede cautelare, individuare l'esistenza di alcuni elementi che permettano di concludere, a prima vista, a favore della ricevibilità di un tale ricorso⁴³².

Con riferimento all'eccezione sollevata in via preliminare dalla Commissione, il Tribunale ha inoltre ricordato l'orientamento pretorio in virtù del quale un atto è di carattere generale se si applica a situazioni oggettivamente determinate e produce effetti giuridici nei confronti di categorie di persone determinate in modo generale ed astratto, ponendo in evidenza che tali atti possono comunque riguardare individualmente una persona fisica o giuridica,

⁴³¹ Cfr. Ord. Prés. TPI 10 feb. 2005, *Eviro Tech Europe Ltd et Eviro Tech International Inc. c./ Commissione*, T-291/04, in *Racc.*, 2005, II-475.

⁴³² V., tra le altre, CGCE, ord. 27 gennaio 1988, *Distrivet c. Consiglio*, cit., § 21 e ord. 13 luglio 1988, *Fédération européenne de la santé animale e.a./Consiglio*, § 22; TPI, ord. 15 marzo 1995, *Cantine dei colli Berici c./Commissione*, cit., § 26; TPI, ord. 22 dicembre 1995, *Danielsson e.a. c./ Commissione*, § 58; TPI, ord. 30 giugno 1999, *Pfizer Animal Health c./ Consiglio*, § 121; TPI, ord. 12 luglio 2002, *Montan Gesellschaft Voss mbH Stahlhandel e altri c./ Commissione*, T-163/02, in *Racc.*, 2002, p. II – 3219.

qualora venga dai medesimi pregiudicata in virtù di alcune qualità ad essa specifiche o di una situazione di fatto che la caratterizza rispetto ad ogni altra persona e, di fatto, la individualizza in modo analogo a quella del destinatario diretto di una decisione.

Alla luce di tali premesse, coerenti con la tradizionale giurisprudenza comunitaria, il Tribunale ha tuttavia espresso “seri dubbi” circa la legittimazione attiva delle imprese ricorrenti non ritenendo sufficienti a fondare, a prima vista, la non manifesta irricevibilità del ricorso principale gli elementi addotti dalle stesse. Più in particolare, non è stato ritenuto elemento sufficientemente sintomatico della non manifesta irricevibilità del ricorso di merito neppure la partecipazione delle ricorrenti alla procedura amministrativa che aveva condotto all’adozione della direttiva, poiché la stessa sarebbe stata giustificata soltanto dall’esigenza di ottenere informazioni ma non avrebbe attribuito alle imprese partecipanti alcuna specifica prerogativa nell’ambito del processo di adattamento al progresso tecnico della precedente direttiva in materia.

Non si può inoltre trascurare che il Tribunale, dopo aver manifestato i richiamati dubbi circa la sussistenza della legittimazione attiva delle ricorrenti, ha poi omesso di pronunciarsi sul punto, affermando che la domanda cautelare doveva comunque essere rigettata mancando il requisito dell’urgenza. E’ stata quindi utilizzata l’usuale tecnica volta ad aggirare l’ostacolo rigettando il ricorso per assenza di urgenza senza una previa pronuncia sulla ricevibilità⁴³³. Sembra del resto questa la tendenza più attuale della giurisprudenza in tema di rapporti tra accesso al giudice e possibilità di ottenere tutela cautelare nel sistema giurisdizionale comunitario: se in precedenza si affermava chiaramente che la tutela provvisoria era negata stante la manifesta irricevibilità dell’azione

⁴³³ V. J. L. DA CRUZ VILAÇA, *La procédure en référé comme instrument de la protection des particuliers dans le système juridictionnel communautaire*, cit., 273.

principale proposta dal singolo in assenza delle condizioni di cui all'art. 230, § quarto, del Trattato CE, più di recente si preferisce motivare il rigetto della domanda cautelare, che a nostro avviso si avrebbe comunque⁴³⁴, motivando *ad abundantiam* sull'assunto della carenza dei presupposti c.d. di merito della tutela cautelare⁴³⁵ quali l'urgenza o il bilanciamento degli interessi.

Dalle suesposte considerazioni deriva che nel processo comunitario il ricorso cautelare, necessariamente accessorio ad un ricorso diretto proposto dinanzi ai giudici comunitari, non può offrire ai singoli una tutela d'urgenza, e quindi una tutela giurisdizionale effettiva, che nelle ipotesi in cui gli stessi siano legittimati a proporre il ricorso principale⁴³⁶. Tuttavia, siccome evidenziato anche alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia, le condizioni in presenza delle quali i ricorrenti c.d. non privilegiati possono proporre ricorsi diretti, ed in particolare l'azione di annullamento di cui all'art. 230 del Trattato, sono, soprattutto in presenza di atti c.d. generali, eccessivamente restrittive. Il rischio di un vero e proprio vuoto di tutela in alcune situazioni è quindi concreto. E' pertanto difficile condividere l'affermazione secondo la quale, posto che il giudice della cautela esamina in modo sommario la questione della ricevibilità del ricorso principale soltanto ove sia eccepita l'irricevibilità manifesta dello stesso, dinanzi al giudice della cautela sarebbe più semplice ottenere, ai sensi dell'art.

⁴³⁴ *Contra* F. BERROD, *La systématique des voies de droit communautaires, cit.*, 712, la quale ravvisa nelle più recenti evoluzioni giurisprudenziali un tentativo di concedere maggiori possibilità di ottenere tutela cautelare ai ricorrenti individuali, sebbene la stessa A. sottolinei, in un passaggio successivo, che l'assetto di risulta rimane insoddisfacente poiché si potrà avere una tutela cautelare effettiva nel processo comunitario esclusivamente qualora anche l'accesso al giudice, soprattutto nelle azioni di annullamento ed in quelle in carenza, sia riconosciuto a condizioni meno restrittive rispetto a quelle attuali.

⁴³⁵ Sui quali v., più diffusamente, Cap. IV.

⁴³⁶ Appare del resto in questo senso TPI, ord. 29 marzo 2001, *Goldstein c. Commissione*, T-302/00, in *Racc.*, 2000, II-1127, § 26, la quale ha ritenuto espressamente applicabile alle azioni cautelari il principio in forza del quale un individuo è privo di legittimazione ad agire ai sensi dell'art. 230, quarto comma, del Trattato CE qualora l'atto impugnato in sede principale non modifica in modo "individualizzante" la situazione giuridica dello stesso: di talché in questi casi, la manifesta irricevibilità del ricorso principale, sebbene senza pregiudizio per gli eventuali esiti difformi dello stesso, è rilevabile già in sede cautelare.

230, comma quarto, Trattato CE, un provvedimento cautelare rispetto a quanto avvenga dinanzi al giudice del merito poiché rari sarebbero i casi di irricevibilità del ricorso soltanto per carenza di legittimazione attiva⁴³⁷. L'ineffettività della tutela cautelare dinanzi ai giudici comunitari sembra quindi riconnettersi ad una rigorosa applicazione del principio di strumentalità, alla quale consegue che, in tema di condizioni della proposizione dell'azione cautelare, operino sostanzialmente gli stessi limiti propri della legittimazione all'impugnazione degli atti emanati dalle istituzioni comunitarie che sono considerati a giusto titolo di per sé eccessivi dalla dottrina più attenta⁴³⁸.

⁴³⁷ Così C. MORVIDUCCI, *Le misure cautelari nel processo comunitario*, cit., 82.

⁴³⁸ È emblematico di una tale situazione quanto affermato da O. DE SCHUTTER, *Les mesures provisoires devant la Cour de Justice des Communautés européennes dans le domaine des droits fondamentaux*, cit., 108-109, secondo il quale « *accessoire du recours direct introduit auprès du juge communautaire, la demande de référé accompagnant celui-ci n'offre à l'individu une protection provisoire, donc effective, que là où la possibilité d'un tel recours existe* ». Occorre inoltre ricordare che le descritte condizioni in presenza delle quali è consentito ai singoli impugnare atti di carattere generale e decisioni delle quali non sono formalmente destinatari, sono le stesse che, stante la costante giurisprudenza comunitaria, devono ricorrere affinché possa essere proposto ricorso in carenza ai sensi dell'art. 232 Trattato CE. Si è anzi osservato che i problemi di legittimazione all'impugnazione sono ancora più accentuati nel caso dell'azione in carenza, in quanto, da un lato, difficilmente i singoli possono lamentare la mancata adozione di atti di carattere generale e, dall'altro, secondo la giurisprudenza comunitaria i privati non possono lamentare la mancata adozione di misure nei confronti di altri soggetti (cfr. R. CARANTA, *Diritto comunitario e tutela giuridica di fronte al giudice amministrativo italiano*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, spec. 83). Con più specifico riferimento alla tutela cautelare, ciò comporta che di fatto soltanto in rari casi gli organi giurisdizionali comunitari effettivamente concedano quei provvedimenti cautelari atipici che, sin dall'*affaire Port* (cfr. CGCE, 16 nov. 1996, *T Port GmbH*, cit., 6065), si è affermato possano essere pronunciati a seguito della proposizione dei ricorsi in carenza al fine di ingungere le istituzioni comunitarie a porre in essere una determinata attività.

Capitolo III

Strumentalità e tutela cautelare *ante causam*

SOMMARIO: 1. Inammissibilità di una tutela cautelare *ante causam* nel processo comunitario. I differenti modelli vigenti nei sistemi processuali degli Stati membri - 2. Principio di strumentalità: conseguenze sulla possibilità e la stabilità della tutela cautelare *ante causam*. I principali modelli europei - 2. 1. La strumentalità c.d. forte - 2. 2. I sistemi intermedi: il nesso di strumentalità condiziona l'efficacia del provvedimento cautelare emanato prima dell'instaurazione della causa di merito - 2. 3. La strumentalità c.d. attenuata - 2.3.1. Il problema della natura dei provvedimenti provvisori qualora l'instaurazione del giudizio di merito sia soltanto eventuale - 3. I principi affermati dalla giurisprudenza comunitaria in tema di necessità di una tutela cautelare *ante causam* autonoma nei sistemi processuali nazionali.

1. Inammissibilità di una tutela cautelare *ante causam* nel processo comunitario. I differenti modelli vigenti nei sistemi processuali degli Stati membri

Nel processo comunitario una rigorosa applicazione del principio di strumentalità della tutela cautelare rispetto a quella di merito comporta che non si possa proporre una domanda cautelare prima dell'instaurazione del giudizio di merito, stante la necessità che l'istanza cautelare sia contenuta in un atto separato e successivo a quello contenente il ricorso principale⁴³⁹.

⁴³⁹ In questo senso già CGCE, ord. 11 aprile 1960, resa nel caso *Barbara Erzbergbau e altri c. Haute Autorité*, in *Racc.*, 1960, 466. Per una critica recente ad un tale sistema v. G. SCHOHE, *La*

Ciò vale per tutte le azioni dirette e, pertanto, sia nell'ipotesi di proposizione di ricorsi volti all'annullamento di atti emanati dalle istituzioni comunitarie, sia in quella di azioni di natura risarcitorie tese ad ottenere dalla Comunità il risarcimento dei danni subiti a causa dell'illegittima attività della stessa, nonché nelle azioni proposte dai funzionari della medesima Comunità europea.

Nel sistema comunitario, pertanto, la funzione strumentale della tutela cautelare è intesa nell'accezione strutturale più forte, perché si esclude *a priori* che la stessa possa essere richiesta se non è già pendente il ricorso principale⁴⁴⁰. L'esperienza, talvolta risalente, di altri ordinamenti giuridici sembra peraltro dimostrare che si tratta di una scelta di stretto diritto positivo non ontologicamente riconnessa al carattere strumentale della tutela cautelare. La strumentalità della tutela cautelare, infatti, non implica in sé e per sé una necessaria correlazione procedimentale tra giudizio cautelare e giudizio di merito, ma può essere intesa anche in senso esclusivamente "funzionale"⁴⁴¹, *i.e.* quale preordinazione della

réforme du contentieux communautaire du point de vue des droits du particulier, cit., 671, ad avviso del quale "*cet alourdissement de la procédure est dépourvu de sens; il devrait être aboli*". Né si può ritenere che l'assenza di una tutela cautelare *ante causam* possa nel processo comunitario essere surrogata dalla possibilità, ammessa in sede pretoria, del Presidente di emanare il provvedimento richiesto anche prima che la controparte abbia depositato le proprie osservazioni (in arg. v. *amplius* Cap. VI, § 3).

⁴⁴⁰ Il che implica, quale naturale corollario, che vicende relative al ricorso di merito, quali l'estinzione o la dichiarazione di irricevibilità dello stesso, spieghino un'influenza diretta anche sul processo cautelare e siano, in particolare, idonee a far venir meno l'efficacia del provvedimento in ipotesi già concesso all'interno dello stesso (v., tra le altre, CGCE, ord. 16 luglio 1993, *Asociación Española de Fabricantes de Margarina*, in *Racc.*, 1993, 4177 ss; CGCE, ord. 9 luglio 1993, *Donatab c. Commissione*, C-64/93, in *Racc.*, 1993, 3955 ss; CGCE, ord. 12 ottobre 1992, *Landbouwschap*, in *Racc.*, 1992, 5069 ss).

⁴⁴¹ Cfr. E. MERLIN, voce *Procedimenti cautelari ed urgenti in generale, cit.*, 428. Diversa è la posizione affermata da C. MORVIDUCCI, *Le misure cautelari nel processo comunitario, cit.*, 52, nt. 74, secondo la quale l'onere di introdurre previamente la controversia di merito costituirebbe necessaria conseguenza della natura accessoria del ricorso cautelare. In senso critico, con riferimento ad una tale regola nel processo comunitario, v., invece, soprattutto F.G. JACOBS, *Interim Measures in the Law and Practice of the Court of Justice of the European Communities, cit.*, 45.

tutela cautelare ad assicurare l'effettività della protezione giurisdizionale che sarà resa a seguito del processo di cognizione ordinario⁴⁴².

E' quindi molto variegato il panorama delle scelte compiute dai singoli sistemi processuali degli Stati membri quanto ai rapporti tra tutela cautelare e tutela di merito conseguenti all'operare del nesso di strumentalità.

A riguardo sono essenzialmente due gli aspetti da evidenziare. E' diversa, innanzitutto, la soluzione resa dai singoli ordinamenti al problema dell'ammissibilità di una tutela cautelare *ante causam*. In secondo luogo nelle ipotesi, che pure sono la maggior parte, in cui è riconosciuta la possibilità di domandare un provvedimento cautelare prima dell'introduzione del giudizio di merito, la stabilità delle misure cautelari concessa *ante causam* è diversamente modulata.

L'esame dei modelli vigenti nei principali ordinamenti europei consente, in particolare, di distinguere, con le necessarie generalizzazioni, almeno tre macrosistemi⁴⁴³.

⁴⁴² Invero, come evidenziato da E. MERLIN, voce *Procedimenti cautelari ed urgenti in generale*, *cit.*, 430, se la strumentalità funzionale è caratteristica indefettibile dei provvedimenti cautelari non lo è anche la strumentalità c.d. strutturale, cioè a dire la concatenazione temporale della validità della misura con la imminente o contemporanea pendenza del giudizio nel quale è destinato ad essere emanato il provvedimento principale che può, a tutto concedere, essere una caratteristica riflessa della disciplina positiva di un determinato sistema giuridico, non essenziale, tuttavia, alla nozione teorica di provvedimento cautelare. Sulla distinzione tra strumentalità strutturale e strumentalità funzionale, oltre ai riferimenti del Cap. I, v., per tutti, N. PICARDI, *Manuale del processo civile*, *cit.*, 562 ss, il quale sottolinea che la permanenza, in ogni caso, del carattere strumentale, sebbene inteso in senso esclusivamente funzionale, della misura cautelare comporta sia che il ricorrente in sede cautelare abbia l'onere di indicare compiutamente gli elementi della causa di merito che sarà solo eventualmente proposta, sia che il provvedimento cautelare non sopravviva alla negazione, in sede cognitiva, del diritto alla cautela.

⁴⁴³ Su uno spunto, anche di diritto comparato, tratto da G. TARZIA, *La tutela cautelare*, *cit.*, XXXIII, il quale, tuttavia, pur ritenendo che siano tre i modelli vigenti in Europa, non annovera tra gli stessi i casi "residuali" nei quali non è prevista la possibilità di una tutela cautelare *ante causam* e distingue, invece, il sistema francese e quello tedesco ivi ricondotti ad un unico, più generale modello. Ciò dipende probabilmente dalla circostanza che l'A. concentra la propria attenzione sui processi civili per i quali, effettivamente, non si rinvencono attualmente esempi di sistemi nei quali è possibile ottenere la tutela cautelare soltanto lite pendente.

Infatti se talvolta, alla stessa stregua di quanto previsto nel processo comunitario, la domanda cautelare può essere proposta soltanto dopo quella principale, sussistono anche situazioni molto diverse.

Più in particolare, in alcuni tra i sistemi nei quali è consentito proporre un ricorso cautelare *ante causam*, la concessione del provvedimento richiesto onera la parte beneficiaria dell'instaurazione, a pena di inefficacia del medesimo, del procedimento principale entro il termine previsto dalla legge ovvero ordinato dal giudice.

In altri ordinamenti, invece, la stabilità della misura cautelare emanata *ante litem* non è subordinata all'introduzione del giudizio di merito entro un determinato termine. La strumentalità è ivi concepita in una prospettiva esclusivamente funzionale che tende ad evidenziarne soprattutto la valenza "servente" rispetto all'effettività della tutela di merito, a prescindere dalle modalità di raccordo tra il procedimento cautelare e quello principale. Non si può difatti escludere che, ferma la possibilità di instaurare il giudizio di merito su impulso della parte interessata, ciò in concreto non avvenga e quindi che la concessa misura cautelare conservi efficacia *ex se*, quale provvedimento autonomamente in grado di soddisfare la domanda di giustizia, a prescindere dal giudizio a cognizione piena⁴⁴⁴.

2. Principio di strumentalità: conseguenze sulla possibilità e la stabilità della tutela cautelare *ante causam*. I principali modelli europei

2. 1. La strumentalità c.d. forte

Nel primo macrosistema si possono far rientrare i processi nei quali, al pari di quello comunitario, non è ammessa una tutela cautelare *ante causam*,

⁴⁴⁴ Secondo l'efficace espressione di B. SASSANI – R. TISCINI, *Il nuovo processo societario. Prima lettura del d.lgs. n. 5 del 2003*, in *Giust. Civ.*, 2003, II, 61.

poiché la domanda cautelare può essere proposta solo successivamente all'instaurazione del giudizio di merito. In effetti si tratta di situazioni ormai rare nei singoli sistemi positivi e limitate, pressoché esclusivamente, ad alcuni processi amministrativi, per i quali sono stati conservati modelli arcaici nei quali la tutela cautelare costituisce un momento intermedio dello stesso procedimento di merito che inizia con la domanda e si conclude con la relativa decisione⁴⁴⁵.

Attualmente l'esempio paradigmatico è costituito proprio dal processo amministrativo italiano, poiché neppure la significativa riforma realizzata dall'art. 3 della legge 21 luglio 2000, n. 205, a seguito della quale è stato finalmente attribuito al giudice amministrativo il potere di emanare misure cautelari "innominate", ha riconosciuto la possibilità di richiedere una tutela cautelare *ante causam* all'interno del processo amministrativo⁴⁴⁶. A nostro sommo parere non è, invero, condivisibile l'orientamento di chi ritiene che risultati analoghi possano essere ottenuti a seguito dell'espressa codificazione, da parte della legge

⁴⁴⁵ Nell'ambito di tali modelli risulta, quanto ai presupposti c.d. di merito della concessione dei provvedimenti cautelari, svalutato il requisito del *periculum* rispetto a quello del *fumus*, in quanto all'atto della proposizione della domanda cautelare il giudice adito ha già un'idea più precisa della pretesa dedotta in giudizio e quindi la decisione sulla medesima sarà fondata soprattutto sull'apparenza del buon diritto (così E.F. RICCI, *Profili della nuova tutela cautelare del privato nei confronti della p.a.*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, 276 ss, spec. 285).

⁴⁴⁶ In argomento v., tra gli altri, G. ABBAMONTE – R. LASCHENA, *Giustizia amministrativa*, 2a ed., Padova, 2001, spec. 373 ss; C. CONSOLO, *La giurisdizione del giudice amministrativo si giustappone a quella del giudice "ordinario" e ne imita il processo*, in *Giust. Civ.*, 2000, II, 533 ss; E.F. RICCI, *Profili della nuova tutela cautelare del privato nei confronti della p.a.*, cit., 276 ss; A. PANZAROLA, *Il processo cautelare*, in *Il processo davanti al giudice amministrativo. Commento sistematico alla legge n. 205/2000* a cura di B. SASSANI – R. VILLATA, 2a ed., Torino, 2004, 60 ss, spec. 109, nt. 157, con riferimento ad un'ipotetica soluzione alternativa; D. DE CAROLIS, *Il nuovo assetto della tutela cautelare*, in *Il nuovo processo amministrativo dopo la legge 21 luglio 2000 n. 205* a cura di F. CARINGELLA – M. PROTTO, Milano, 2001, 181 ss; E. FOLLIERI, *La tutela cautelare*, in *La giustizia amministrativa* a cura di F.G. COCA, Torino, 2006, 278 ss, spec. 290 ss; ANTONIUCI, *Elementi di diritto processuale amministrativo*, Milano, 2002, 183 ss; AUSILI, *La tutela cautelare e sommaria del giudice amministrativo nel quadro della nuova giurisdizione delineata dalla legge 21 luglio 2000 n. 205: profili problematici ed una prima ipotesi ricostruttiva*, in *T.A.R.*, 2000, II, 415 ss; I. CACCIAVILLANI, *Giudizio amministrativo di legittimità e tutele cautelari*, Padova, 2002, 131 ss; ROSSI SANCHINI, *La nuova tutela cautelare*, in *Giorn. Dir. amm.*, 2000, 1090 ss; L. QUERZOLA, *La tutela cautelare nel processo amministrativo: avvicinamento o allontanamento dal processo civile?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, 173 ss. In argomento, in senso estremamente critico rispetto all'attuale assetto della tutela cautelare nel processo amministrativo, v. anche le approfondite considerazioni di S. TARULLO, *Il giusto processo amministrativo. Studio sull'effettività della tutela giurisdizionale nella prospettiva europea*, Milano, 2004, spec. 502 ss.

appena citata, di quella giurisprudenza amministrativa di primo grado che aveva già talvolta attribuito al Presidente il potere di emanare, nei casi di estrema urgenza, provvedimenti cautelari con decreto *inaudita altera parte*⁴⁴⁷: si tratta, difatti, di una tutela che può essere ottenuta, sebbene in tempi più brevi rispetto a quelli canonici, soltanto nell'ipotesi in cui la controversia sia già pendente ed, inoltre, ai fini della concessione della stessa è comunque necessario il *periculum* aggravato costituito dall'estrema urgenza⁴⁴⁸.

La questione relativa alla legittimità costituzionale, per tali aspetti, del sistema della tutela cautelare nel processo amministrativo italiano - con riferimento all'art. 24 Cost. che tutela il diritto al giudice ed all'art. 3 Cost. in tema di rispetto del principio di eguaglianza⁴⁴⁹ - è stata prontamente portata dinanzi alla Corte Costituzionale⁴⁵⁰, la quale ha, tuttavia, rigettato la stessa,

⁴⁴⁷ Sottolinea a riguardo R. VILLATA, *Due anni dopo*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 333 ss, spec. 334-335, che prevedere anche per il processo amministrativo la tutela cautelare *ante causam* significa ammettere la proponibilità della relativa domanda prima che venga iniziato il giudizio di merito e non consentire per ciò solo la pronuncia del giudice se una tale domanda inaudita altera parte, soluzione che rappresenta una non necessaria variante procedimentale. Opportunamente l'A. evidenzia, invero, che tutela cautelare *ante causam* e tutela cautelare "a sorpresa" sono cose differenti.

⁴⁴⁸ Cfr. E. FOLLIERI, *La tutela cautelare*, cit., 290 ss, con condivisibili considerazioni anche sull'ormai avvenuta, in questi casi, instaurazione del contraddittorio nei confronti della controparte a seguito della notificazione del ricorso principale; v. altresì, con riferimenti alle prime pronunce edite sul tema, D. DE CAROLIS, *Il nuovo assetto della tutela cautelare*, cit., spec. 125 ss.

⁴⁴⁹ Stante la differente disciplina prevista dal legislatore con riguardo ai processi civili dagli artt. 669-bis ss c.p.c. (sulla quale v., *infra*, §§ 2.2. e 2.3.).

⁴⁵⁰ Il giudice remittente è T.A.R. Lombardia, III sez., 15 febbraio 2001 n. 1. La pronuncia si legge, tra l'altro, in *Giust.Civ.*, 2001, I, 1995, con nota di M. D'AMICO, *Un'importante questione di costituzionalità sulla tutela ante causam davanti al giudice amministrativo fra le strettoie del giudizio costituzionale incidentale*, in *Riv. trim. dir. proc.civ.*, 2001, 821 ss, con nota di L. QUERZOLA, *La nuova tutela cautelare amministrativa è già davanti alla Consulta: una ipotesi di responso*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, 148 ss, con nota di E. DI PALMA, *Tutela cautelare ante causam e giudice amministrativo: un problema che sembrava risolto* ed in *Urb. e app.*, 2001, 770, con nota di F.F. TUCCARI, *Tutela cautelare preventiva e processo amministrativo riformato: una querelle ancora irrisolta*, il quale aveva prospettato le seguenti questioni: 1) se l'art. 21 della legge 6 dicembre 1971 n. 1034, così come novellato dalla legge 21 luglio 2000 n. 205, nella parte in cui esclude la tutela cautelare *ante causam* e la conseguente applicabilità dell'art. 700 c.p.c. e degli artt. 669-bis ss c.p.c. davanti al giudice amministrativo, sia costituzionalmente legittimo alla luce degli artt. 3 e 24 Cost., avuto anche riguardo agli artt. 6 e 13 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali; 2) se l'art. 700 c.p.c., nella parte in cui accorda tutela urgente esclusivamente ai diritti soggettivi e non anche agli interessi legittimi sia legittimo alla luce degli artt. 3, 24 e 113 Cost. (in arg., in senso critico rispetto alla conservazione nel sistema italiano dell'ormai obsoleta distinzione tra diritti soggettivi ed interessi legittimi v., per tutti, R. TISCINI, *La giurisdizione esclusiva*, in *Il processo davanti al giudice amministrativo*.

poiché rientrerebbe nella discrezionalità del legislatore ordinario l'adozione di norme processuali differenziate tra i diversi tipi di giurisdizioni e riti processuali non sussistendo sul piano costituzionale vincoli ad osservare, nei giudizi amministrativi, regole uniformi rispetto a quelle che disciplinano il processo civile⁴⁵¹.

A nostro sommo avviso, invece, tale assetto è incostituzionale poiché si pone in contrasto con il principio di effettività della tutela giurisdizionale sancito dall'art. 24 Cost., che dovrebbe costituire un preciso limite per l'esercizio dei poteri discrezionali del legislatore ordinario⁴⁵².

A sostegno dell'opinione ora espressa possiamo, del resto, richiamare anche una celebre pronuncia resa alcuni anni fa dalla stessa Corte Costituzionale, per la quale ogni bene, garantito dalla legge sostanziale ad un soggetto e minacciato di distruzione o di danno irreparabile nelle more della tutela giurisdizionale normale, deve ricevere una tutela cautelare idonea a prevenire una tale distruzione o danno⁴⁵³. Ciò implica, come si è autorevolmente osservato, che

Commento sistematico alla legge n. 205/2000, 2a ed., a cura di B. SASSANI – R. VILLATA, cit., 324 ss).

⁴⁵¹ Corte Cost., ord. 10 maggio 2002 n. 179, in *Giur. it.*, 2003, I, 16, con nota di A. VANACORE, *Corte Costituzionale, diritto comunitario e Convenzione europea dei diritti dell'uomo, una difficile convivenza in materia di norme processuali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, 1431, con nota critica di L. QUERZOLA, *L'atteso responso della Consulta: lascino ogni speranza i sostenitori della tutela cautelare amministrativa "ante causam"?* ed in *Urb. e app.*, 2002, 791 ss, con nota di D. DE CAROLIS, *Tutela cautelare ante causam nel processo amministrativo: la Corte Costituzionale pone fine al dibattito?*.

⁴⁵² Sull'essenzialità della tutela cautelare per garantire l'efficienza e l'effettività della tutela giurisdizionale v. N. PICARDI, *Manuale del processo civile*, cit., 514; A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, 5a ed., cit., 596.

⁴⁵³ Così Corte Cost. 28 giugno 1985 n. 120, in *Foro it.*, 1985, I, c. 1881 ss, con nota di A. PROTO PISANI, *Rilevanza del principio secondo cui la durata del processo non deve andare a danno dell'attore che ha ragione*, in *Dir. proc. Amm.*, 1986, 117 ss, con nota di E. FOLLIERI, *Sentenza di merito "strumentale" all'ordinanza di sospensione di atto negativo, "effetto di reciprocità" e adozione da parte del giudice amministrativo dei provvedimenti ex art. 700 c.p.c. per la tutela degli interessi pretensivi* ed in *Giur. it.*, 1985, I, 1, 1297, con nota di M. NIGRO, *L'art. 700 conquista anche il processo amministrativo*, cit., la quale aveva dichiarato illegittimo, per violazione degli artt. 3, comma primo, e 113 Cost., l'art. 21, ultimo comma, della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, nella parte in cui, limitando l'intervento di urgenza del giudice amministrativo alla sospensione dell'esecutività dell'atto impugnato, non consentiva al giudice stesso di adottare nelle controversie patrimoniali in materia di pubblico impiego, sottoposte alla sua giurisdizione esclusiva, i provvedimenti d'urgenza che appaiono secondo le circostanze più idonei ad assicurare

la “cautela va data anche prima che il soggetto instauri il processo per la tutela normale, ove ciò sia indispensabile all’efficiente prevenzione”⁴⁵⁴. Appaiono, pertanto, del tutto giustificabili le critiche rivolte dalla maggior parte della dottrina italiana rispetto alla conservazione dell’assetto tradizionale, quanto all’inammissibilità della tutela cautelare *ante causam*, nel processo amministrativo⁴⁵⁵.

provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito, quante volte il ricorrente abbia fondato motivo di temere che durante il tempo necessario per pervenire alla pronuncia di merito il suo diritto sia minacciato da un pregiudizio imminente e irreparabile. Giova ricordare che la Corte Costituzionale, come si può agevolmente rilevare dalla motivazione della celebre pronuncia citata, era stata costretta ad intervenire sull’art. 21 l. T.A.R. con una tale decisione di carattere manipolativo poiché la Corte di Cassazione (v. Cass 16 marzo 1981 n. 1484, in *Foro it.*, 1981, I, 985; Cass 25 ottobre 1979 n. 5575, *ivi*, 1980, I, 887) aveva delegittimato quella giurisprudenza pretorile (cfr., tra le altre, Pret. Lodi 29 dicembre 1983, in *Foro it.*, 1984, I, 1898; Pret. Pisa 30 luglio 1977, *ivi*, 1977, I, 2354) in virtù della quale era ritenuta possibile la concessione di provvedimenti ex art. 700 c.p.c. anche a tutela dei lavoratori del pubblico impiego (materia che al tempo era attribuita alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo). Quanto alla problematica dell’assenza di una tutela cautelare *ante causam* nel processo amministrativo, sottolinea acutamente M. NIGRO, *op. loc. cit.*, 1299, che qualora non fosse stato necessario un intervento additivo della Corte Costituzionale sull’art. 21 della l. T.A.R. in virtù di un diverso e maggiormente apprezzabile orientamento della Corte di Cassazione, l’utilizzazione dell’art. 700 c.p.c. da parte dei pretori avrebbe consentito di concedere, nella materia dei diritti patrimoniali dei lavoratori del pubblico impiego, una tutela anche anteriore all’instaurazione del giudizio di merito.

⁴⁵⁴ Sono le parole di L. MONTESANO, *Provvedimenti d’urgenza “ante causam” nei giudizi amministrativi*, in *Riv. dir. proc.*, 1998, 1192 ss, spec. 1193, il quale saluta così favorevolmente l’orientamento assunto da T.A.R. Lombardia, decr. 14 novembre 1997, *ivi*, 1991 ss, secondo cui anche il giudice amministrativo può emettere provvedimenti cautelari ex art. 700 c.p.c. con provvedimenti presidenziali assunti inaudita altera parte, con efficacia limitata al tempo necessario per la notifica del ricorso contro il provvedimento impugnato e per la conseguente camera di consiglio nella quale sarà esaminata la domanda di misura cautelare da formularsi con il ricorso medesimo (ma v. già, in senso opposto, Cons. Stato, V, 28 aprile 1998, nn. 781 e 784, in *Urb. e app.*, 1998, 1334, con nota di G.M. SIGISMONDI). Secondo l’A., infatti, ciò sarebbe possibile, anche in assenza di specifiche previsioni normative, dopo che, con la riforma realizzata dalla legge 23 novembre 1990, n. 353, nel processo cautelare una generale competenza cautelare *ante causam* è stata attribuita al giudice competente per il merito, diversamente da quanto avveniva nell’assetto precedente nel quale era determinata, per ciascuna misura, una specifica competenza di un determinato organo giudiziario. Per considerazioni analoghe, anche sulla base dell’art. F del Trattato di Maastricht, v. M.A. SANDULLI, *La giustizia cautelare sugli interessi legittimi “apre” all’art. 700 c.p.c.?*, *cit.*, 241, nonché, sempre a favore della tutela cautelare *ante causam* nel processo amministrativo, MONTANARI, *Giurisdizione amministrativa e misure cautelari tipiche del processo civile*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 35 ss; R. VILLATA, *Due anni dopo*, *cit.*, 334-335; *contra* A. TRAVI, *La tutela cautelare nei confronti dei dinieghi di provvedimenti e delle omissioni della pubblica amministrazione*, in *Dir. proc. Amm.*, 1990, 357. Occorre inoltre tener presente che, secondo parte della dottrina, alla richiamata pronuncia Corte Cost. n. 190 del 1985 (v. nt. precedente) si sarebbe dovuta attribuire una portata espansiva, tale da consentire la possibilità di utilizzare i provvedimenti d’urgenza ex art. 700 c.p.c. in tutte le materie rientranti nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (così, tra gli altri, F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, IV, 3a ed., *cit.*, 222; F. TOMMASEO, *Provvedimenti d’urgenza*, *cit.*, 865; A. TRAVI, *Recenti orientamenti in tema di tutela cautelare nel processo amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1986, 295).

⁴⁵⁵ Cfr., tra gli altri, E.F. RICCI, *Profili della nuova tutela cautelare del privato nei confronti della p.a.*, *cit.*, 285; R. VILLATA, *Due anni dopo*, *cit.*, 334; E. VULLO, *I provvedimenti d’urgenza ex*

Molto più opportuno è, invece, il sistema delineato, sulla questione in esame, nel processo amministrativo francese, almeno dopo la riforma realizzata dalla legge 30 giugno 2000⁴⁵⁶, la quale ha disciplinato tre forme di *référé généraux*, cioè a dire il *référé-suspension*, il *référé mesures utiles* ed il *référé-liberté*⁴⁵⁷.

Considerando, innanzitutto, il *référé-suspension*, ai sensi dell'art. 522-1 del Codice di giustizia amministrativa, in linea di principio la proposizione dello stesso è condizionata alla previa o contestuale introduzione, con atto separato, del ricorso principale, poiché si ritiene che non possa essere richiesta la sospensione dell'efficacia esecutiva di un provvedimento amministrativo che non sia anche oggetto di contestazione nel merito⁴⁵⁸. Tuttavia una condivisibile giurisprudenza del Consiglio di Stato ha significativamente attenuato la portata pratica di una tale regola, affermando che il giudice della cautela non può dichiarare irricevibile il ricorso proposto dinanzi a sé in ragione della mancata instaurazione del giudizio principale se, alla data nella quale deve intervenire la sua decisione, il ricorso di merito è stato introdotto⁴⁵⁹. Ne deriva che quest'ultimo può essere proposto, senza conseguenze sulla ricevibilità dell'istanza cautelare, anche dopo il deposito della

art. 700 c.p.c., in *I procedimenti sommari e speciali, I procedimenti cautelari*, II, a cura di S. CHIARLONI – C. CONSOLO, 1249 ss, spec. 1277, il quale opportunamente evidenzia che quella del processo amministrativo si configura attualmente come una lacuna normativa che non ha più alcuna ragion d'essere, anche alla luce dell'opposta tendenza del processo civile (sulla quale v., *infra*, § 2.3.).

⁴⁵⁶ In arg. AA.VV., *Le nouveau référé administratif*, cit., 1 ss; D. LABETOULLE, *Le projet de réforme des procédures d'urgence devant le juge administratif*, cit., 79 ss; R. VANDERMEEREN, *La réforme des procédures d'urgence devant le juge administratif*, cit., 706 ss.

⁴⁵⁷ Riforma che, come detto, si iscrive nella attuale tendenza dei processi amministrativi modellati su quello francese a "soggettivizzarsi", ovvero a considerare il processo amministrativo non soltanto quale strumento volto all'annullamento di un provvedimento nell'interesse della legge, bensì anche ad essere uno strumento di effettiva tutela dei singoli rispetto all'operato dei pubblici poteri (v., più diffusamente, Cap. II, § 3).

⁴⁵⁸ In argomento v. J. VUITTON – X. VUITTON, *Les référés*, 2a ed., cit., 264.

⁴⁵⁹ Cons. État, III sect., 15 ottobre 2004, *Cne d'Andeville*, in *Rec. CE*, 2004, 817.

stessa, purché ciò avvenga prima del momento in cui il giudice è chiamato a decidere dell'istanza cautelare⁴⁶⁰.

Diversamente, nelle ipotesi in cui, a norma dell'art. L. 521-3 del Codice di giustizia amministrativa⁴⁶¹, il ricorrente domandi al giudice le misure cautelari, differenti rispetto alla sospensione dell'esecuzione di un provvedimento amministrativo, utili in una fattispecie concreta caratterizzata dall'urgenza di provvedere, non è mai necessaria la previa introduzione del ricorso di merito⁴⁶².

L'evoluzione più rilevante del sistema processuale amministrativo francese è, comunque sia, rappresentata senza dubbio dal *référé-liberté*, procedura d'urgenza introdotta dalla stessa legge 30 giugno 2000⁴⁶³. L'attuale art. 521-2 del Codice di giustizia amministrativa attribuisce, infatti, al giudice adito in sede cautelare la possibilità di emanare tutti i provvedimenti necessari a tutelare una libertà fondamentale che rischia di essere gravemente pregiudicata a causa di un atto o di un comportamento manifestamente illegittimo di una pubblica amministrazione⁴⁶⁴. Merita di essere evidenziato in questa sede il dovere del giudice di pronunciarsi sul ricorso⁴⁶⁵ entro 48 ore⁴⁶⁶ e, soprattutto, la circostanza che né prima dell'introduzione dello stesso né successivamente all'emanazione

⁴⁶⁰ Cfr., ancora, J. VUITTON – X. VUITTON, *Les référés*, 2a ed., cit., 264.

⁴⁶¹ In virtù del quale, in caso di urgenza, a seguito di un semplice ricorso ricevibile anche in assenza di una previa decisione amministrativa, il giudice della cautela può emanare qualsivoglia misura sia necessaria a tutelare il ricorrente senza pregiudicare l'esecuzione di alcuna decisione amministrativa.

⁴⁶² Il che sottolineano J. VUITTON – X. VUITTON, *Les référés*, 2a ed., cit., 276, si ricollega all'esigenza di fare fronte, in determinate situazioni, con l'emanazione del provvedimento cautelare, ad esigenze di tutela che devono essere soddisfatte immediatamente,

⁴⁶³ In argomento v., tra gli altri, AA.VV., *Le nouveau référé administratif*, cit., 1 ss; D. LABETOULLE, *Le projet de réforme des procédures d'urgence devant le juge administratif*, cit., 79 ss; R. VANDERMEEREN, *La réforme des procédures d'urgence devant le juge administratif*, cit., 706 ss; J.M. WOEHRLING, *Le référé-liberté en droit français*, in *Mesures conservatoires et droit fondamentaux* a cura di G. COHEN-JONATHAN – J.F. FLAUSS, cit., 23 ss.

⁴⁶⁴ In effetti una delle finalità principali dell'introduzione del *référé-liberté* è stata individuata proprio nell'esigenza di evitare un troppo frequente ricorso dei cittadini, in presenza di comportamenti illegittimi della P.A., alla "voie de fait" dinanzi al giudice ordinario.

⁴⁶⁵ Ricorso che neppure deve essere connesso ad una domanda di merito, di talché l'autonomia della tutela cautelare è in questo caso massima.

⁴⁶⁶ Né si può trascurare che anche sull'appello avverso il provvedimento emanato dal giudice amministrativo di primo grado nell'ambito della procedura di *référé-liberté* il Consiglio di Stato è chiamato a pronunciarsi entro 48 ore.

della misura cautelare la parte interessata è tenuta ad instaurare il giudizio di merito⁴⁶⁷: di talché, qualora venga in rilievo una libertà fondamentale che rischia di essere pregiudicata dalla P.A., l'autonomia della tutela cautelare è, molto opportunamente, pressoché totale.

Quanto ai presupposti per la concessione di siffatti provvedimenti, la dottrina dominante ritiene che si debba favorire un'interpretazione ampia della nozione di "libertà fondamentale"⁴⁶⁸, bilanciata da un esame rigoroso del pericolo di grave pregiudizio cui la medesima è esposta ovvero della manifesta illegittimità dell'atto o del comportamento della pubblica autorità⁴⁶⁹. In sede di decisione, inoltre, il giudice adito può non soltanto sospendere l'efficacia dell'atto amministrativo impugnato, ma anche indirizzare determinati ordini alla P.A.⁴⁷⁰.

Ancora una volta si può evidenziare, di conseguenza, che se il processo comunitario è stato originariamente disciplinato proprio sul modello del processo amministrativo francese⁴⁷¹, quest'ultimo ha avuto nel corso degli anni una

⁴⁶⁷ Così, ad es., Cons. État, 21 novembre 2001, *Zhary*, in *Rec. CE*, 2001, 561, la quale ha peraltro precisato che l'art. 1. 521-2 del Codice della giustizia amministrativa non può trovare applicazione nelle ipotesi in cui l'interessato non abbia impugnato in sede giurisdizionale, nel termine di decadenza all'uopo stabilito, una decisione a sé pregiudizievole e si sia limitato a contestare le misure che ne costituiscono l'esecuzione.

⁴⁶⁸ Non definita dalla norma che disciplina il *référé-liberté*, ma in ogni caso ricostruibile a partire da quella giurisprudenza la quale, nell'individuare essenzialmente nella Costituzione e nei Trattati internazionali a protezione dei diritti umani come la CEDU la fonte elettiva di riferimento, ha individuato una serie di libertà che possono essere considerate di carattere fondamentale (v., ad es., diritto di proprietà e di disporre dei propri beni, diritto ad una vita privata e familiare ed, inoltre, libertà di svolgere un'attività industriale o commerciale, libertà contrattuale etc.: in arg. V. J. VUITTON – X. VUITTON, *Les référés*, 2a ed., cit., 272 ss.

⁴⁶⁹ In tal senso v., tra gli altri, J.M. WOEHLING, *Le référé-liberté en droit français*, in *Mesures conservatoires et droit fondamentaux* a cura di G. COHEN-JONATHAN – J.F. FLAUSS, cit., 25-26, secondo il quale rientrano nel novero delle libertà fondamentali tutelabili con la procedura in esame le libertà individuali classiche come la libertà di espressione e quella di movimento, le libertà pubbliche classiche, come ad es. la libertà di riunione, nonché altre libertà più "originali", quali la garanzia di poter esercitare effettivamente il diritto di difesa, la libertà contrattuale, la libertà d'opinione, il diritto di asilo o di avere una vita familiare normale.

⁴⁷⁰ In argomento M. FOULETIER, *La loi du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives*, in *RFDA*, 2000, n. 5, 963 ss, spec. 970 ss. Sulla problematica dell'interferenza tra misure cautelari di natura ingiuntiva e poteri discrezionali della P.A. v., invece, con particolare riferimento al sistema comunitario, Cap. V, § 3.3.

⁴⁷¹ Cfr. M. FROMONT, *L'influence du droit français et du droit allemand sur les conditions de recevabilité du recours en annulation devant la Cour de Justice des Communauté européennes*, cit., 57 ss.

significativa evoluzione che, invece, è criticabilmente mancata nel primo, tesa a tutelare in modo più soddisfacente i diritti dei singoli.

2. 2. I sistemi intermedi: il nesso di strumentalità condiziona l'efficacia del provvedimento cautelare emanato prima dell'instaurazione della causa di merito

In altri sistemi processuali il nesso di strumentalità tra tutela cautelare e tutela di merito opera in una prospettiva meno rigida, nel senso che è ammissibile la proposizione di un ricorso cautelare prima dell'instaurazione del giudizio principale. Tuttavia la misura cautelare eventualmente concessa all'esito del relativo procedimento non è in grado di rimanere efficace *ex se*, in quanto l'efficacia della stessa è subordinata all'introduzione del giudizio di merito entro un determinato termine.

Nella direzione ora descritta è, ad esempio, la disciplina vigente nel sistema spagnolo, sia per il processo amministrativo a seguito dell'emanazione della legge di riforma del contenzioso amministrativo 13 luglio 1998, n. 29⁴⁷², la quale ha previsto la possibilità di proporre istanze cautelari anche prima del deposito del ricorso principale, sia per il processo civile, stante l'art. 730, § 2, della *Ley de Enjuiciamiento Civil* (LEC) spagnola del 2000⁴⁷³, la quale ha posto regole processuali uniformi per l'emanazione delle molteplici tipologie di misure cautelari che possono essere rese all'interno dello stesso. Infatti, sebbene sia consentito proporre domande cautelari prima dell'introduzione del giudizio di merito, qualora venga concesso il provvedimento richiesto, il beneficiario deve,

⁴⁷² Riforma non a caso volta soprattutto ad adeguare le leggi spagnole sul processo amministrativo alla giurisprudenza del Tribunale costituzionale in tema di tutela dei diritti fondamentali (così ARANA MUÑOZ J.R., *Sobre las últimas reformas administrativas en España*, cit., 220).

⁴⁷³ In argomento, tra i molti, M.A. FERNÁNDEZ BALLESTEROS, *La ejecución forzosa y las medidas cautelares en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 2001; J.F. VALLS GOMBAU, *La unificación del procedimiento cautelar*, Madrid, 2000.

pena l'inefficacia dello stesso o la revoca degli atti compiuti in esecuzione del medesimo, proporre il ricorso principale cui era strumentale quello cautelare⁴⁷⁴. Ciò implica, alla stregua di quanto stabilito dall'art. 731, § primo, della stessa LEC, che i provvedimenti cautelari perdano altresì efficacia a seguito della conclusione del processo principale, a prescindere dagli esiti concreti del medesimo.

Un sistema che potremmo definire, in ragione della configurazione dei rapporti tra tutela cautelare e tutela di merito, "intermedio" è anche quello del processo cautelare civile italiano, in generale dopo la novella operata dalla legge n. 353 del 1990 ed, a seguito di più recenti riforme, con riguardo soltanto ad alcune tipologie di misure cautelari⁴⁷⁵, ovvero quelle di carattere conservativo⁴⁷⁶.

L'efficacia della misura cautelare concessa *ante causam* è infatti subordinata all'instaurazione del processo di merito entro un determinato termine: più precisamente, con l'ordinanza di accoglimento del provvedimento richiesto, il giudice è tenuto a fissare un termine perentorio, non superiore a sessanta giorni,

⁴⁷⁴ Sul punto v. S. BARONA VILAR, *El proceso cautelar*, in J. MONTERO AROCA – J.L. GÓMEZ COLOMER – A. MÓNTON REDONDO – S. BARONA VILAR, *Derecho jurisdiccional*, II, Proceso civil, 14a ed., Valencia 2005, spec. 703 ss, la quale ritiene, facendo propria in questa direzione la tesi che suffraga la strumentalità c.d. strutturale, che una tale regola consegua necessariamente al carattere strumentale del processo cautelare rispetto a quello principale.

⁴⁷⁵ Ne consegue, e come si dirà *amplius* § 2.3., che con riguardo ai provvedimenti cautelari di carattere anticipatorio la strumentalità è oggi attenuata sul modello francese del *référé*.

⁴⁷⁶ E' stata così codificata la distinzione, sinora esclusivamente dottrinarica tra misure cautelari di carattere anticipatorio e misure cautelari di carattere conservativo: in particolare, secondo P. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio dei provvedimenti cautelari*, cit., 21 ss, i provvedimenti cautelari di carattere anticipatorio sono quelli idonei a definire la controversia nello stesso senso della decisione definitiva, della quale anticipano in tutto o in parte il contenuto al fine di fronteggiare il pericolo di intempestività della tutela, mentre quelli di carattere conservativo sono volti a garantire, mantenendo nelle more immutato un determinato stato di fatto, la fruttuosità della stessa durante il tempo necessario per la definizione della controversia nel merito. Una tale distinzione è stata tuttavia criticata, per le incertezze cui conduce l'applicazione pratica della stessa, già da F. CARNELUTTI, *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, cit., 43-44, secondo il quale lo stesso sequestro conservativo, considerato misura paradigmaticamente di natura "conservativa", finisce con il risolversi in un mutamento della situazione di fatto tutte le volte che sia necessario, ad es., uno spostamento della cosa sequestrata. Secondo l'Autore una distinzione potrebbe invece essere effettuata quanto agli scopi del processo cautelare, di talché, da un lato, vi sarebbe il processo cautelare strumentale, che tende a garantire i mezzi del processo definitivo (es. sequestro conservativo), dall'altro il processo cautelare volto a garantire l'utilità pratica del processo definitivo (es. provvedimento d'urgenza ex art. 700 c.p.c. a tutela di un credito alimentare).

per l'inizio della causa di merito. Qualora la stessa non venga instaurata entro un tale termine, la misura cautelare perde la propria efficacia. Ciò avviene, inoltre, sia nell'ipotesi in cui il giudizio di merito, pure incardinato nei termini, si estingua⁴⁷⁷, sia qualora la causa trovi definizione con sentenza con la quale sia dichiarato inesistente il diritto a cautela del quale era stato concesso il provvedimento⁴⁷⁸. L'inefficacia della misura cautelare è invero riconducibile ad un unico fenomeno, *i.e.* al venir meno del nesso di strumentalità che lega il provvedimento cautelare alla pronuncia conclusiva della causa di merito⁴⁷⁹, configurato, in una prospettiva anche strutturale, quale raccordo procedimentale necessario tra il giudizio cautelare e quello di merito. Di talché, ai fini della conservazione dell'efficacia da parte della misura cautelare concessa *ante causam*, la parte beneficiaria della stessa è onerata di proporre l'azione di merito nel termine di decadenza stabilito dalla legge⁴⁸⁰.

Riteniamo, inoltre, di poter annoverare tra i sistemi c.d. intermedi anche quello inglese, all'interno del quale è difatti possibile, nelle ipotesi di maggiore urgenza ovvero qualora ciò risponda ad un interesse generale della giustizia, richiedere l'emanazione di un'*interlocutory injunction* anche prima

⁴⁷⁷ Secondo la maggior parte della dottrina, tuttavia, nonostante l'art. 669 *novies* c.p.c. ricollegli l'inefficacia della misura cautelare soltanto all'estinzione del giudizio di merito i medesimi effetti si determinano nelle altre ipotesi di definizione in rito del processo, fatta eccezione per le pronunce di incompetenza. Sul punto cfr. B. SASSANI, *Commento all'art. 669 novies*, in C. CONSOLO – F.P. LUISSO – B. SASSANI, *Commentario alla riforma del codice di procedura civile*, Milano, 1996, 664. Si è inoltre evidenziato, con riguardo al sistema italiano, che è idonea a comportare la caducazione della misura cautelare emanata *ante causam* anche la sentenza che definisce il processo con la decisione di questioni pregiudiziali di rito o preliminari di merito (v. G. TARZIA – A. SALETTI, voce *Processo cautelare*, *cit.*, 856).

⁴⁷⁸ Più complessa è la questione del venir meno dell'efficacia del provvedimento cautelare nell'ipotesi di accoglimento della domanda di merito. Secondo parte della dottrina la misura cautelare dovrebbe rimanere efficace al fine di meglio tutelarne il beneficiario, vittorioso anche in sede di merito, nelle ipotesi di sospensione o di non immediata efficacia esecutiva della sentenza *au fond* (così E. MERLIN, *Variazioni sui rapporti fra misura cautelare, sentenza di accertamento mero, di condanna o costitutiva e giudicato favorevole*, in *Riv. dir. proc.*, 1992, spec. 954 ss).

⁴⁷⁹ Cfr. F. MARELLI, *La stabilità dei provvedimenti cautelari*, in *Riv. dir. proc.*, 1999, 783 – 785, il quale ha efficacemente sottolineato, a riguardo, che la strumentalità che caratterizza il provvedimento cautelare emerge univocamente ed in primo luogo dalla necessaria sequela tra la misura cautelare emanata *ante causam* e la causa di merito.

⁴⁸⁰ G. TARZIA – A. SALETTI, voce *Processo cautelare*, *cit.*, 856.

dell'instaurazione del giudizio di merito. Tuttavia, con la concessione della misura, sorge sulla parte beneficiaria della stessa il dovere di iniziare immediatamente il processo di merito e, qualora ciò non avvenga, la controparte potrà domandare allo stesso giudice la revoca del provvedimento cautelare già emanato⁴⁸¹.

2. 3. La strumentalità c.d. attenuata

In altri sistemi, infine, l'efficacia delle misure cautelari emanate in un procedimento instaurato prima dell'inizio della causa di merito è svincolata dalla proposizione della stessa entro un certo termine, poiché la stessa non condiziona l'efficacia dei provvedimenti cautelari emanati *ante causam*.

E' questo, tradizionalmente, il sistema del *référé* francese⁴⁸², anche per quanto concerne le misure propriamente cautelari⁴⁸³, ovvero quelle emanate allo

⁴⁸¹ In tal senso *Lloyds Bowmarker Ltd v. Britannia Arrow Holdings Ltd.*, in WLR, 1988, 1337. In argomento cfr., tra i molti, BEAN, *Injunctions*, London, 1991; G. GORLA, *Procedimenti sommari nel diritto anglo-americano*, in Riv. dir. proc., 1967, 56 ss; JACOB, *La giustizia civile in Inghilterra*, Bologna, 1995; LAWSON, *Remedies of English Law*, 2a ed., London, 1980; SPRY, *The Principles of Equitable Remedies*, London, 1990; M. TARUFFO, *Diritto processuale nei paesi anglosassoni*, in Dig. Disc. Priv., sez. civ., VI, Torino, 1990, 394; V. VARANO, *Injunction*, in Dig. Disc. Priv. Sez. civ., IX, Torino, 1993, 487, nonché, da ultimo, F. CORSINI, *Il reclamo cautelare*, Torino, 2002, 48 ss.

⁴⁸² In argomento, tra i molti, C. SILVESTRI, *Il référé nell'esperienza giuridica francese*, Torino, 2005; ID., *Il sistema francese dei "référés"*, in Foro it., 1998, V, 9; P. MARCHAL, *Les référés*, Bruxelles, 1992; E.-N. PIGEAU, *La procédure civile des tribunaux de France, démontrée par principes, et mise en action par des formules*, Paris, 1807, 105; G. CORNU, voce *Urgence*, in *Vocabulaire juridique*, Paris, 2000; P. ESTOUP, *La pratique des procédures rapides*, 2a ed., Paris, 1998; E. GARSONNET – C. CEZARBRU, *Traité théorique et pratique de procédure*, Paris, 1904, 2985 – 3014; R. PERROT, *L'évolution du référé*, in *Mélanges Pierre Hébraud*, Toulouse, 1981, 645 ss; A. BLAISSE, *Quo vadis référé ?*, in JCP, 1982.I. 3083; G. CORNU – J. FOYER, *Procédure civile*, Paris, 1996, 171, n. 33; L. CADJET – L. RICHER, *Réforme de la justice, réforme de l'Etat*, Paris, 2003, 159 – 184; H. CROZE – C. MOREL, *Procédure civile*, Paris, 1988, 23 ss; M.A. FRISON-ROCHE, *Le juge des référés, au regard des principes procédurales*, in *Dalloz*, 1995, Chron. 67; MARTIN, *Le référé, théâtre d'apparence*, in *Dalloz*, 1979, Chron. 158; Y. STRICKLER, *Le juge des référés, juge du provisoire*, thèse, Strasbourg, 1994; R. TENDLER, *Le juge des référés, une procédure ordinaire*, in *Dalloz*, 1991, Chron. 139; J. VUITTON – X. VUITTON, *Les référés*, 2a ed., cit., *passim*.

⁴⁸³ E ciò nonostante sia estremamente difficoltoso "ordinare" la materia della tutela cautelare nell'ordinamento francese, posto che la stessa si iscrive in un panorama complesso e variegato. Così C. SILVESTRI, *Il référé nell'esperienza giuridica francese*, cit., 3 ss, prima di riferire di un'approfondita analisi avente ad oggetto l'evoluzione storica della tutela sommaria e di quella cautelare nel sistema francese (in arg. v. anche, più specificamente, P. BALLU, *Les référés du*

scopo di garantire, nel tempo necessario ad ottenere tutela in sede ordinaria, l'effettività della stessa alla parte che ha ragione. Questa è, infatti, la funzione ancora oggi svolta dal *référé classique* disciplinato dall'art. 808 del N.C.P.C., secondo cui “*Dans tous les cas d’urgence, le président du tribunal de grande instance peut ordonner en référé toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse on que justifie l’existence d’un différend*”⁴⁸⁴ ». Tale norma, infatti, subordina espressamente alla sussistenza del presupposto dell'urgenza la concessione della misura⁴⁸⁵.

Nell'esperienza giuridica francese i c.d. *jugements provisoires*⁴⁸⁶ si caratterizzano, nella materia cautelare, sotto il profilo della stabilità e della durata degli effetti, poiché, da un lato, non sono destinati ad assumere l'autorità della cosa giudicata⁴⁸⁷ e, dall'altro, nascono autonomamente dal processo di cognizione

lieutenant civil du Chatelet, in *Bull. Avoués*, 1997, 47 ss ; E.M. MEIJERS, *Le développement des ordonnances sur référé en France*, in *Rev. hist. de dr. franç. et étranger*, 1948, 259).

⁴⁸⁴ Su tali presupposti del *référé classique*, ulteriori rispetto a quello dell'urgenza v., tra gli altri, B. LYONNET, *Les pouvoirs du juge des référés, en fonction des notions de contestation sérieuse et d'apparence du droit*, in *Rev. jurisp. comm.*, 1975.3 ; B. PETIT, *L'évidence*, in *RTD civ.*, 1986, 485 ; M.C. RONDEAU – RIVER, *L'évidence et la notion de contestation sérieuse devant le juge des référés*, in *Gaz. Pal.*, 1991, doct. 355 ; J.P. ROUSSE, *La contestation sérieuse, obstacle à la compétence du juge des référés; la contestation sérieuse, condition de la compétence des référés*, in *Gaz. Pal.*, 1974, 2.

⁴⁸⁵ Analogamente A.A. ROMANO, *Riflessioni sui provvedimenti cautelari nel nuovo processo societario*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, 1173 ss, spec. 1175 – 1176, il quale sottolinea che, sebbene vi sia stato un progressivo affrancamento dell'istituto del *référé* francese dal presupposto dell'urgenza, di talché in talcuni casi lo stesso può essere annoverato tra i procedimenti sommari che costituiscono un'alternativa alla giurisdizione ordinaria, è pur vero che il *periculum in mora* continua a rappresentare nella maggior parte delle ipotesi un presupposto per l'emanazione delle ordinanze di *référé*.

⁴⁸⁶ Occorre peraltro tener presente che nel sistema francese non vi è una coincidenza tra la nozione di *jugement provisoire* e quella, di più specifico interesse in questa sede, di *measure provisoire*. Infatti la prima è di maggiore ampiezza, poiché comprensiva anche di provvedimenti che non soltanto sono idonei a disciplinare a prescindere dall'emanazione della decisione definitiva, la situazione controversa senza limiti di tempo ma anche produttivi di effetti irreversibili e quindi non provvisori. Queste misure non possono invero considerarsi di carattere cautelare poiché, almeno in astratto, i provvedimenti di tale natura devono avere effetti meramente provvisori, che potranno essere in ipotesi confermati dalla pronuncia definitiva ma anche divenire inefficaci a seguito dell'emanazione della stessa. In argomento cfr. G. WIEDERKEHR, *L'accélération des procédures set les mesures provisoires*, in *Rev. Intern. Droit comparé*, 1998, 449 ss, spec. 450 – 451; G. CORNU, voce *Mesure provisoire*, in *Vocabulaire juridique*, 8a ed., PUF, Paris, 2000, 551.

⁴⁸⁷ Dispone espressamente in tal senso l'art. 484 N.C.P.C. in virtù del quale l'ordinanza cautelare è una decisione provvisoria, emanata nelle ipotesi in cui la legge attribuisce ad un giudice diverso da quello che dovrebbe essere adito con il ricorso di merito il potere di ordinare immediatamente i provvedimenti necessari. La provvisorietà è ritenuta anche nel sistema francese una caratteristica “*consubstantiel*” delle misure cautelari ed è considerata la necessaria contropartita della celerità

e possono produrre effetti sino ad un'eventuale revoca per modificazione delle circostanze ovvero ad un'ipotetica sostituzione da parte della decisione di merito⁴⁸⁸. Ne deriva che tali provvedimenti, sebbene non idonei al giudicato, hanno potenzialmente una durata indeterminata e sono capaci di sopravvivere *ex se* nell'ordinamento giuridico⁴⁸⁹.

Proprio nel senso appena descritto sembra militare anche la più recente evoluzione della tutela cautelare nel processo civile italiano⁴⁹⁰. Infatti la legge 14

dei procedimenti d'urgenza (in arg., da ultimo, J. VUITTON – X. VUITTON, *Les référés*, 2a ed., cit., spec. 194 ss). Occorre evidenziare che nell'interessante ricostruzione operata da C. SILVESTRI, *Il référé nell'esperienza giuridica francese*, cit., spec. 38 ss., l'inidoneità al passaggio in giudicato accomuna siffatti provvedimenti con i *jugements avant dire droit*, ovvero quelli che, ai sensi dell'art. 483 N.C.P.C. si limitano ad ordinare una misura di istruzione o una misura provvisoria non avente, per l'appunto, autorità di cosa giudicata (in arg. nella letteratura francese J. VINCENT – S. GUINCHARD, *Procédure civile*, Paris, 1999, 218; R. PERROT, *Chose jugée*, in Enc. Dalloz, Rép. Proc. civ., Paris, 1978, Vol. I; H. MOTULSKY, *Pour une délimitation plus précise de l'autorité de la chose jugée en matière civile*, in *Dalloz*, 1968, Chron., 1; R. MARTIN, *Les contradictions de la chose jugée*, in J.C.P., 1959, I, 2938). Si tratta, peraltro, di ordinanze meramente preparatorie della decisione finale emanate nel corso di un procedimento ordinario cui sono strutturalmente connesse (cfr. P. ESTOUP, *Les jugements civils*, Paris, 1988; A. BENABENT, *Jugement*, in Enc. Dalloz, Rép. Proc. civ., Paris, 1979, vol. II, n. 19). Tuttavia non si può trascurare che in una recente decisione, opportunamente criticata da acuta dottrina, la Corte di Cassazione francese sembra aver contraddetto il tradizionale principio in virtù del quale i provvedimenti cautelari, anche a strumentalità c.d. attenuata, sono inidonei al giudicato o comunque ad attribuire stabilmente un bene della vita alla medesima stregua di un provvedimento reso all'esito di una cognizione piena. La S.C. ha infatti affermato che il requisito previsto dall'art. 27, n. 3, della Convenzione di Bruxelles del 1968 sul riconoscimento delle decisioni in materia civile e commerciale – in forza del quale la sentenza proveniente da un altro Stato membro non può essere riconosciuta qualora si ponga in contrasto con una decisione resa tra le medesime parti nello Stato richiesto – impedisce il riconoscimento e l'esecuzione della sentenza straniera in conflitto con una qualsiasi decisione emanata nello Stato richiesto, comprese le pronunce cautelari, sebbene inidonee a passare in cosa giudicata. Di talché, probabilmente al fine di difendere strenuamente il provvedimento nazionale, la Corte di legittimità francese ha ritenuto prevalente una misura cautelare rispetto alla decisione straniera emanata all'esito di una cognizione piena, i cui effetti non sono stati riconosciuti nel territorio francese (v. Cour de Cass., Pr. Ch. Civ., 20 giugno 2006 n. 1024, la cui massima si può leggere in *Int'lis*, 2006, n. 3 – 4, 134, con nota condivisibilmente critica di E. D'ALESSANDRO, *Il diniego di riconoscimento per contrasto tra provvedimenti nell'interpretazione della Corte di Cassazione francese: il caso dell'ordonnance en référé in conflitto con una sentenza di condanna straniera*).

⁴⁸⁸ Così J. VUITTON – X. VUITTON, *Les référés*, 2a ed., cit., 194, i quali sottolineano che il giudice di merito non è in alcun modo vincolato alle conclusioni del giudice del procedimento cautelare.

⁴⁸⁹ Cfr. C. SILVESTRI, *Il référé nell'esperienza giuridica francese*, cit., 45.

⁴⁹⁰ V., tra i molti, senza pretesa di completezza, F.P. LUISO – B. SASSANI, *Le riforme più recenti del processo civile*, Milano, 2006, 219 ss; F. CIPRIANI, *Il procedimento cautelare tra efficienza e garanzia*, in G.P.C., 2006, 7 ss; A. SALETTI, *Il nuovo regime delle misure cautelari e possessorie*, Padova, 2006; S. MENCHINI, *Le modifiche al procedimento cautelare uniforme e ai procedimenti possessori*, in AA.VV., *Il processo civile di riforma in riforma*, Milano, Ipsoa, 2006, 71-108; G. OLIVIERI, *Brevi considerazioni sulle nuove norme del procedimento cautelare uniforme*, in www.judicium.it; P. BIAVATI, *Prime impressioni sulla riforma del processo cautelare*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, 563 ss; M.F. GHIRGA, *Le nuove norme sui procedimenti cautelari*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, 781 ss; R. CAPONI, *La nuova disciplina dei*

maggio 2005, n. 80, generalizzando una riforma che aveva già interessato il processo c.d. societario⁴⁹¹, ha inserito un nuovo comma nell'art. 669-*octies*, il sesto, in virtù del quale le disposizioni dettate dagli altri commi della stessa norma in ordine all'inefficacia delle misure cautelari pronunciate *ante litem* qualora il giudizio di merito non sia instaurato nei successivi 60 giorni, non trovano applicazione con riferimento alle misure cautelari c.d. anticipatorie⁴⁹², ai

procedimenti cautelari in generale (l.n. 80 del 2005), in *Foro it.*, 2006, V, 69 ss; ID., *Provvedimenti cautelari e procedimenti possessori*, in *Foro it.*, 2005, V, 136 ss; C. ASPRELLA, *Commento all'art. 669-*octies**, in *Commento alle riforme del processo civile 2005-2006, Appendice di aggiornamento al Codice di procedura civile* a cura di N. PICARDI, 3a ed., Milano, 2006, 164 ss; M. COMASTRI, *Provvedimento di accoglimento*, in *Commentario alle riforme del processo civile, I*, a cura di A. BRIGUGLIO – B. CAPPONI, Padova, 2007, 164 ss; L. GUAGLIONE, *L'evoluzione delle misure cautelari*, in *La riforma del processo civile* a cura di F. CIPRIANI – G. MONTELEONE, Padova, 2007; ID., *Il processo cautelare*, Napoli, 2006; D. BUONCRISTIANI, *Sistema dei "référé": tutela cautelare dal pregiudizio e tutela urgente senza pregiudizio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, 575 ss; E. DALMOTTO, *Commento all'art. 669-*octies**, in *Le recenti riforme del processo civile, II*, a cura di S. CHIARLONI, Bologna, 2007, 1237 ss; ID., *Il rito cautelare competitivo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, 267 ss; L. QUERZOLA, *La tutela anticipatoria fra procedimento cautelare e giudizio di merito*, Bologna, 2006; P.L. NELA, *Procedimenti cautelari, possessori e di istruzione preventiva, di separazione, nel decreto di competitività*, in www.judicium.it; A. BUCCI, *Cautelari, possessori, accertamenti tecnici*, in A. BUCCI – A.M. SOLDI, *Le nuove riforme del processo civile*, Padova, 2006, 54 ss.

⁴⁹¹ In argomento, tra gli altri, B. SASSANI – R. TISCINI, *Il nuovo processo societario. Prima lettura del d.lgs. n. 5 del 2003*, cit., 49 ss; A. SALETTI, *Del procedimento cautelare*, in *La riforma delle società. Il processo* a cura di B. SASSANI, Torino, 2003, 221 ss; G. COSTANTINO, *Il nuovo processo commerciale: la tutela cautelare*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, 651 ss; A. PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo societario (note a prima lettura)*, cit., 1 ss; G. ARIETA – F. DE SANTIS, *Diritto processuale societario*, Padova, 2004, 381 ss; F. TOMMASEO, *Lezioni sul processo societario*, Roma, 2005, 93 ss; F. SANTAGADA, *La tutela cautelare*, in E. D'ALESSANDRO – M.C. GIORGETTI – F. SANTAGADA – M.A. ZUMPAÑO, *Il nuovo processo societario*, cit., 177 ss; G. FRUS, *Commento all'art. 23*, in *Il nuovo processo societario* a cura di S. CHIARLONI, Padova, 2004, 662 ss; G. MARINELLI, *Note in tema di tutela cautelare nel nuovo rito societario*, in *Corr. Giur.*, 2004, 1248 ss; M. FABIANI, *Il rito cautelare nel processo societario (contraddizioni e dubbi irrisolti)*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, 1181 ss; A.A. ROMANO, *Riflessioni sui provvedimenti cautelari nel nuovo processo societario*, *ivi*, 2004, 1173 ss; RUBINO, *Commento all'art. 23*, in *La riforma del diritto societario. Il procedimento* a cura di LO CASCIO, Milano, 2003, 250 ss.

⁴⁹² E' tuttavia discussa in dottrina la nozione di provvedimento anticipatorio per il quale trova in linea di principio applicazione la disciplina posta dall'art. 669-*octies*, sesto co., c.p.c. Infatti, secondo un primo orientamento, dovrebbe riconoscersi natura anticipatoria soltanto i provvedimenti che producono subito effetti almeno parzialmente uguali a quelli che deriverebbero dalla pronuncia di accoglimento della relativa azione di merito (in tal senso, tra gli altri, G. BALENA, *La disciplina del procedimento cautelare "uniforme"*, in (-M. BOVE), *Le riforme più recenti del processo civile*, cit., 334; M.F. GHIRGA, *Le nuove norme sui procedimenti cautelari*, cit., 493), mentre secondo altri, anche in omaggio alla finalità deflattiva del contenzioso giudiziario che ha ispirato la riforma, dovrebbero essere considerati anticipatori anche quei provvedimenti che, pur non avendo un contenuto almeno in parte identico o simile a quello che potrebbe avere la pronuncia di accoglimento della domanda di merito, consentano di ottenere un risultato pratico equivalente a quello ottenibile con la sentenza di merito (A. SALETTI, *Il nuovo regime delle misure cautelari e possessorie*, cit., , 25 ss; R. CAPPONI, *Provvedimenti cautelari*, cit., 137; S. MENCHINI, *Le modifiche*, cit., 85 ss). Applicando quest'ultimo criterio rientrerebbe ad es. nel novero dei provvedimenti cautelari di carattere anticipatorio, ad es., l'istanza cautelare di

provvedimenti di urgenza ex art. 700 c.p.c.⁴⁹³ ed a quelli emessi a seguito di denuncia di nuova opera o di danno temuto ai sensi dell'art. 688 c.p.c.⁴⁹⁴.

revoca degli amministratori di s.r.l. proposta prima dell'instaurazione dell'azione sociale di responsabilità ex art. 2476 c.c. (così soprattutto G. OLIVIERI, *Il procedimento cautelare nel c.d. processo societario, cit.*, § secondo). Il provvedimento di revoca cautelare degli amministratori della s.r.l. sarebbe invero strumentale alla decisione di merito poiché evita che la permanenza in carica dell'amministratore nel corso del giudizio nel quale si controverte della sua responsabilità determini ulteriori danni patrimoniali in capo alla società a causa delle irregolarità nella gestione (così, in dottrina, MAINETTI, *Il controllo dei soci e la responsabilità degli amministratori nella società a responsabilità limitata*, in *Società*, 2003, n. 7, 941 ss, spec. 944). Sulla natura anticipatoria del provvedimento di revoca degli amministratori rispetto all'azione sociale di responsabilità cfr. inoltre, in giurisprudenza, Trib. Salerno 21 febbraio 2006, in *Juris Data On line*, 2006; Trib. S. Maria Capua Vetere 15 novembre 2004, in *Giust. Civ.*, 2005, n. 11, I, 1837, con nota di DE ANGELIS; in senso diverso Trib. Vercelli 28 settembre 2005; Trib. Milano 27 aprile 2005, in *Corr. Mer.*, 2005, 883. Occorre comunque sia tener presente che un'ulteriore ricostruzione della nozione di provvedimento anticipatorio è stata effettuata da autorevole dottrina la quale, in una prospettiva maggiormente pragmatica, ha evidenziato, sull'assunto per il quale non avrebbe senso confrontare gli effetti del provvedimento cautelare con l'efficacia di accertamento propria della decisione di merito, in quanto il primo non ha la funzione di andare a determinare in modo vincolante una regola di condotta ma soltanto di realizzare una situazione di fatto idonea a tutelare la parte beneficiaria della misura nell'attesa della eventuale tutela di merito, che il risultato concreto che si vuole ottenere richiedendo la misura cautelare può, in mancanza di un adempimento spontaneo della controparte, essere prodotto attraverso la tutela esecutiva di cui all'art. 669-*duodecies*, talché, onde verificare se una misura cautelare ha natura anticipatoria, va piuttosto effettuato un confronto tra la situazione determinatasi a seguito dell'attuazione del provvedimento cautelare e quella che deriverebbe dall'esecuzione forzata della decisione di merito (B. SASSANI – F.P. LUISO, *La riforma del processo civile, cit.*, 221).

⁴⁹³ Problematica distinta è quella che si riconnette alla latitudine del riferimento operato dall'art. 669-*octies*, comma sesto, c.p.c. ai provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.: per vero, posto che gli stessi possono essere di natura conservativa o mista (in arg. v., da ultimo, E. VULLO, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, in *Procedimenti sommari e speciali, Procedimenti cautelari*, II a cura di S. CHIARLONI – C. CONSOLO, cit., spec. 1329 – 1339), si è posto in dottrina l'interrogativo circa l'applicabilità del nuovo regime della strumentalità c.d. attenuata a tutti i provvedimenti d'urgenza o, tra questi, soltanto a quelli aventi carattere propriamente anticipatorio della decisione di merito. Secondo una diffusa interpretazione sul piano teorico, infatti, il riferimento letterale operato dall'art. 669 *octies*, sesto co., c.p.c. ai provvedimenti d'urgenza ed agli altri provvedimenti che anticipano gli effetti della decisione di merito dovrebbe far ritenere che esclusivamente le misure d'urgenza aventi contenuto anticipatorio possano restare efficaci, in base al nuovo regime, nonostante la mancata instaurazione o la successiva estinzione del giudizio di merito (v. G. BALENA, *La disciplina del procedimento cautelare "uniforme"*, in G. BALENA – M. BOVE, *Le riforme più recenti del processo civile, cit.*, 1337 – 1339; P. BIAVATI, *Prime impressioni sulla riforma dei procedimenti cautelari, cit.*, 565), anche perché una differente interpretazione dovrebbe indurre a considerare il riferimento normativo alla distinzione tra provvedimenti cautelari anticipatori e conservativi un mero capriccio del legislatore, privo di qualsivoglia razionalità (così, autorevolmente, F.P. LUISO – B. SASSANI, *La riforma del processo civile, cit.*, 222). Altri Autori hanno invece sostenuto, sempre con dovizia di argomentazioni, la tesi opposta. A riguardo si è in primo luogo evidenziato che, posta la difficoltà in talune situazioni concrete di distinguere tra provvedimenti anticipatori e conservativi, la suddetta soluzione appare opportuna se non altro per esigenze di chiarezza e, di qui, nella misura in cui è idonea ad evitare il probabile eccesso di cautela delle parti beneficiarie di provvedimenti d'urgenza, spinte, nell'incertezza circa la natura degli stessi, ad instaurare il giudizio di merito nel termine di 60 giorni stabilito dall'art. 669 *octies* c.p.c.: in tal modo, invero, anche la concreta portata deflattiva del contenzioso propria della riforma potrebbe essere almeno in parte compromessa (cfr., tra gli altri, G. OLIVIERI, *Brevi considerazioni sulle nuove norme del procedimento cautelare uniforme, cit.*, § 3; A.A. ROMANO, *Riflessioni sui provvedimenti cautelari nel nuovo processo societario, cit.*, 1161). In secondo luogo anche l'esperienza di altri sistemi giuridici europei, nei quali, a prescindere dalla "natura", tutti i provvedimenti cautelari possono essere efficaci ex se sino all'instaurazione meramente eventuale del giudizio di merito,

La misura cautelare di carattere anticipatorio⁴⁹⁵, pertanto, è destinata a mantenere la propria efficacia a prescindere dall'instaurazione, entro un determinato termine, del giudizio di merito⁴⁹⁶, pur restando ferma la possibilità per la parte interessata di dare inizio allo stesso nei termini previsti dal diritto sostanziale per l'esercizio del diritto, onde ottenere sulla situazione giuridica controversa un accertamento idoneo al passaggio in giudicato ex art. 2909 c.c.⁴⁹⁷.

Più precisamente, volendo delineare i tratti caratteristici dei provvedimenti cautelari emanati *ante litem* idonei a restare efficaci indipendentemente dall'instaurazione del giudizio di merito, bastino in questa sede le due seguenti considerazioni che possono trarsi in via interpretativa dal disposto degli ultimi commi dell'art. 669-*octies* c.p.c.⁴⁹⁸. In primo luogo a

dimostra che sul piano teorico – mentre ovviamente differenti devono essere *de jure condito* le conclusioni per le misure cautelari c.d. conservative diverse da quelle emanate ex art. 700 c.p.c. – nulla osta alla percorribilità di una tale soluzione anche per provvedimenti di carattere non anticipatorio (così soprattutto R. CAPONI, *La nuova disciplina dei procedimenti cautelari in generale (l.n. 80 del 2005), cit.*, 71). Infine, anche l'argomentazione tesa ad attribuire concreta consistenza alla distinzione normativa tra provvedimenti cautelari anticipatori e conservativi, è stata contestata da quella dottrina che non ha mancato di sottolineare come anche per i provvedimenti di denuncia di nuova opera e di danno temuto sia stato introdotto il regime della strumentalità attenuata, senza aver riguardo al carattere conservativo o anticipatorio degli stessi (così A. SALETTI, *Il nuovo regime delle misure cautelari e possessorie, cit.*, 18 ss; per ulteriori rilievi v. anche la nota successiva).

⁴⁹⁴ La riforma ha così esteso l'innovativo regime della strumentalità c.d. attenuata a tutti i provvedimenti nunciativi, e cionostante il provvedimento emanato a seguito di una denuncia di nuova opera abbia carattere eminentemente conservativo, essendo finalizzato a conservare lo stato di fatto e di diritto esistente, onde evitare che dalla continuazione dell'opera possa discendere un danno o un aggravamento di esso e culmina in misure esclusivamente inibitorie ed autorizzatorie inidonee a regolare stabilmente la situazione denunciata ed i diritti in contesa, sovente accompagnate dalla prescrizione di costituire una cauzione a carico della parte beneficiaria del provvedimento cautelare (in senso critico G. BALENA, *Il procedimento cautelare "uniforme"*, in (-BOVE), *Le riforme più recenti del processo civile, cit.*, 333).

⁴⁹⁵ Nonché, qualora non si accolga una nozione ontologica di provvedimento anticipatorio quale destinatario del nuovo regime positivo, i provvedimenti di urgenza ex art. 700 c.p.c. nonché – ma come detto ivi il dato positivo è chiaro in quest'ultimo senso – i provvedimenti di denuncia di nuova opera e di danno temuto resi a norma dell'art. 688 c.p.c.

⁴⁹⁶ Ne è derivato, per i provvedimenti per i quali trova applicazione il nuovo regime, un allentamento del nesso di strumentalità tra tutela cautelare e tutela di merito, nel senso della permanenza dello stesso in una prospettiva esclusivamente funzionale, *i.e.* tesa ad assicurare determinati diritti dai pregiudizi ai quali sono esposti nelle more del tempo necessario per la tutela giurisdizionale degli stessi, anche in mancanza di un raccordo con un successivo o pendente giudizio di merito (cfr. N. PICARDI, *Manuale del processo civile, cit.*, 563).

⁴⁹⁷ E questo in omaggio a quanto espressamente disposto dall'ultimo inciso dello stesso art. 669-*octies*, comma sesto c.p.c., secondo cui "ciascuna parte può instaurare il giudizio di merito".

⁴⁹⁸ Più in particolare, ai sensi del settimo comma dell'art. 669-*octies* c.p.c. l'estinzione del giudizio di merito non determina l'inefficacia dei provvedimenti di cui al sesto comma, anche quando la

ciascuna parte interessata è attribuito il potere di instaurare, fermo l'operare delle decadenze sostanziali⁴⁹⁹, il giudizio di merito, all'esito del quale sarà emanata una decisione in ogni caso sostitutiva della misura cautelare⁵⁰⁰. Inoltre il provvedimento cautelare emanato *ante causam* è idoneo a regolare *ex se* la situazione sostanziale controversa senza limiti di tempo⁵⁰¹ e, in tale prospettiva, a soddisfare in concreto la domanda di giustizia, senza necessità di un giudizio a cognizione piena⁵⁰². Ne deriva, alla stregua di quanto si è esattamente sottolineato in dottrina, che la nuova disciplina incide propriamente sull'efficacia delle misure cautelari c.d. anticipatorie, consentendone la conservazione anche a prescindere

relativa domanda è stata proposta in corso di causa e, soprattutto, stante l'ultimo comma della medesima disposizione, l'autorità del provvedimento cautelare non è comunque invocabile in un diverso processo. In argomento cfr. S. MENCHINI, *Il procedimento cautelare uniforme e i procedimenti possessori*, cit., 91.

⁴⁹⁹ Talché, sebbene le misure cautelari in esame non siano vocate al giudicato, un risultato analogo sul piano effettuale si realizza grazie all'operare degli stabilizzatori di diritto sostanziale, tra i quali rientra, paradigmaticamente, la prescrizione (sul punto, in dottrina, R. CAPONI, *La nuova disciplina dei procedimenti cautelari in generale (l.n. 80 del 2005)*, cit., 73).

⁵⁰⁰ Ciò posto, non si può trascurare che è attualmente dibattuta in dottrina la natura dell'azione di merito eventualmente instaurata dalla parte interessata a seguito della concessione della misura cautelare c.d. a strumentalità attenuata. Invero, posto che di regola ha interesse a proporre una tale azione la parte soccombente nel giudizio cautelare, secondo alcuni la domanda proposta sarebbe di accertamento negativo, con la conseguenza che ricadrebbe sull'attore l'onere di dimostrare l'inesistenza, modificazione o estinzione dei fatti costitutivi della pretesa fatta valere dalla parte beneficiaria della misura cautelare (in tal senso v. C. CONSOLO, *Le prefigurabili inattività*, 1520 ss), mentre per altri la domanda di merito proposta da colui contro il quale è emanato il provvedimento cautelare costituirebbe una *provocatio ad probandum* a seguito della quale si realizzerebbe una situazione analoga a quella che si ha con la proposizione dell'opposizione a decreto ingiuntivo, nella quale in tema di onere della prova sussiste una formale inversione dei ruoli delle parti, con la conseguenza che a tal fine, ad es., l'opponente è sostanzialmente equiparabile al convenuto (F.P. LUISSO – B. SASSANI, *La riforma del processo civile cit.*, 223).

⁵⁰¹ Rileva inoltre S. MENCHINI, *Il procedimento cautelare uniforme e i procedimenti possessori*, in AA.VV., *Il processo civile di riforma in riforma*, cit., 91, che gli effetti realizzati dalla misura cautelare non possono essere rimossi anche da un nuovo provvedimento cautelare con esiti confliggenti, in quanto lo stesso determinerebbe una revoca implicita del primo provvedimento, ammessa soltanto in presenza delle condizioni tipiche enucleate dall'art. 669-decies c.p.c.

⁵⁰² Così B. SASSANI – R. TISCINI, *Il nuovo processo societario. Prima lettura del d.lgs. n. 5 del 2003*, cit., 61. Peraltro non si può trascurare che, secondo autorevole dottrina, questa tendenza normativa alla deflazione del contenzioso ordinario realizzata, sul modello del *référé* francese, attribuendo una maggiore stabilità alle misure cautelari a prescindere dalla tempestiva instaurazione del giudizio di merito potrebbe condurre i giudici della cautela a condurre l'istruttoria nel relativo procedimento in modo più approfondito, così allungamento i tempi necessari per la pronuncia di provvedimenti come quelli cautelari che, per definizione, sono volti a fronteggiare pericoli imminenti (L. MONTESANO, *Strumentalità e superficialità della cognizione cautelare*, cit., 316).

dall'instaurazione del giudizio di merito, senza che una tale efficacia si estenda, però, alla stabilità, in quanto non giunge sino alla formazione del giudicato⁵⁰³.

Una variante del sistema appena descritto - ritenuta più opportuna da autorevole dottrina⁵⁰⁴ - è quella che prevede la fissazione da parte del giudice che ha concesso la misura cautelare di un termine per la proposizione della controversia di merito su istanza di parte, sotto comminatoria di inefficacia della stessa⁵⁰⁵. E' quindi demandata alla discrezionalità del giudice la fissazione di un termine, più o meno ampio, entro il quale la parte beneficiaria del provvedimento è tenuta ad instaurare la causa di merito, decorso inutilmente il quale la misura concessa perde efficacia⁵⁰⁶. Attualmente sono queste le regole che disciplinano i rapporti tra procedimento cautelare e giudizio di merito nell'ordinamento tedesco, nel quale l'efficacia dei provvedimenti cautelari, resi e in materia civile e amministrativa, è infatti subordinata alla citazione della controparte, nel termine indicato dal giudice, all'udienza di trattazione dinanzi al giudice della causa principale nella quale si verificherà la legittimità della misura. Giova sottolineare che, qualora nel termine indicato la controparte non sia citata dinanzi al giudice del merito, il provvedimento cautelare diventerà inefficace⁵⁰⁷.

⁵⁰³ Così, molto chiaramente, R. TISCINI, *I nova del procedimento cautelare societario: la cosiddetta strumentalità attenuata e il cosiddetto giudizio abbreviato*, in www.judicium.it, § 4.

⁵⁰⁴ Più in particolare, secondo G. TARZIA - A. SALETTI, *Processo cautelare*, in Enc. dir., V Agg., Milano, 2001, 837 ss, spec. 863-864, una tale soluzione rappresenterebbe un ragionevole punto di incontro per l'armonizzazione del regime delle misure cautelari negli Stati membri dell'Unione Europea.

⁵⁰⁵ In argomento v. W.-D. WALKER, *Der einstweilige Rechtsschutz im Zivilprozeß und im arbeitgerichtlichen*, Tübingen, 1993, 41 ss; STEIN JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 21a ed., vol. 7, 1, Tübingen, 1996, 343 ss; E. SCHLIKEN, *Die Befriedigungsverfügung*, Berlin, 1976, 124 ss; F. BAUR, *Studien zum einstweiligen Rechtsschutz*, Tübingen, 1967, 71; D. LEIPOLD, *Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes*, München, 1971, 121 ss; A. JAUERNIG, *Der zulässige Inhalt einstweiliger Verfügungen*, ZZP, 79, 1966, 321 ss; J. KOHLER, *Feststellende einstweilige Verfügungen?*, in ZZP, 103, 1990, 184 ss; H. MASSARI, *La stabilità del provvedimento cautelare nel processo civile tedesco*, in Riv. dir. proc., 1996, 480 ss.

⁵⁰⁶ Cfr. G. TARZIA - A. SALETTI, *Processo cautelare*, cit., 864.

⁵⁰⁷ Cfr. W. HABSCHEID, *La giustizia civile in Germania*, in *La giustizia civile nei Paesi comunitari* a cura di E. FAZZALARI, I, Padova, 1994, 130, nonché in *Les mesures provisoires en procédure civile: droit allemand et suisse* a cura di G. TARZIA, Milano, 1985, 33 ss, spec. 39.

2.3.1. Il problema della natura dei provvedimenti provvisori qualora l'instaurazione del giudizio di merito sia soltanto eventuale

Abbiamo sinora evidenziato che l'evoluzione più recente della tutela cautelare nei sistemi processuali europei è⁵⁰⁸ nel senso di una spiccata autonomia delle misure provvisorie rispetto al giudizio di merito⁵⁰⁹.

Secondo alcuni tali misure, proprio in quanto idonee a restare efficaci indipendentemente dall'instaurazione o dall'estinzione del giudizio di merito⁵¹⁰, sarebbero prive di natura cautelare. Si è invero osservato che lo svincolo di tali misure dal giudizio di merito ne ha fatto venir meno del tutto la caratteristica della strumentalità rendendo tali provvedimenti una forma generalizzata, rapida e sommaria di tutela giurisdizionale dei diritti alternativa al processo di cognizione ordinario, ancorché non suscettibile di essere invocata in altri processi o di sfociare nel giudicato potenzialmente permanente⁵¹¹.

Nonostante il pregio di tali argomentazioni, a nostro sommo parere, il modello del *référé* francese comporta semplicemente un'attenuazione del nesso di strumentalità con la decisione di merito, fino ad intendere lo stesso in una prospettiva eminentemente funzionale, tale da non inficiare, peraltro, la possibilità di ricondurre i provvedimenti provvisori emanati *ante causam* al novero di quelli cautelari. Tale conclusione sembra invero confortata anche dalla

⁵⁰⁸ Sebbene esistano alcune varianti all'interno del modello, come si è potuto evidenziare differenziando il *référé* francese dal regime delle misure cautelari nel processo tedesco.

⁵⁰⁹ Ferma, infatti, l'inefficacia della misura cautelare laddove il giudizio di merito si concluda con una pronuncia di inesistenza del diritto fatto valere (cfr. N. PICARDI, *Manuale del processo civile*, cit., 563).

⁵¹⁰ Mentre con riferimento alla chiusura in rito del procedimento di merito, l'opzione preferibile è quella che propone di distinguere tra motivi che denotano anche un'assenza dei presupposti processuali dell'azione cautelare e quelli che, essendo invece riconnessi alla sola azione di merito, non incidono sull'efficacia della misura cautelare concessa *ante causam* (F.P. LUISO – B. SASSANI, *La riforma del processo civile*, cit., 223).

⁵¹¹ Cfr., con riguardo alla recente riforma, nel processo civile italiano, dell'art. 669-*octies* c.p.c., F. CIPRIANI, *Il procedimento cautelare tra efficienza e garanzie*, cit., 26; G. MONTELEONE, *L'evoluzione delle misure cautelari*, in *La riforma del processo civile* a cura di F. CIPRIANI – G. MONTELEONE, cit., 455; la medesima tesi è sostenuta anche da L. QUERZOLA, *La tutela anticipatoria fra procedimento cautelare e giudizio di merito*, Bologna, 2006.

giurisprudenza comunitaria che ha avuto occasione di pronunciarsi sulla questione. Secondo la Corte di Giustizia, infatti, sono due i caratteri peculiari che consentono di distinguere le misure propriamente cautelari da quelle aventi diversa natura. Più in particolare, si deve trattare, innanzitutto, di provvedimenti resi in virtù del presupposto dell'urgenza ed, in secondo luogo, aventi natura provvisoria, *i.e.* idonei a disciplinare con effetti irreversibili la situazione sostanziale dedotta in giudizio⁵¹².

Sulla base di tali criteri, pertanto, nulla pare ostare alla riconducibilità dei richiamati provvedimenti provvisori c.d. a strumentalità attenuata, ormai noti all'esperienza di alcuni sistemi processuali europei, al novero delle misure cautelari. Infatti, sotto un primo profilo, si tratta di provvedimenti pronunciati,

⁵¹² Il riferimento è a CGCE, 17 novembre 1998, *Van Uden c. Deco Line*, C-591/95, in *Racc.*, 1998, I, 7122 ss, § 34 e CGCE, 27 aprile 1999, *Mietz c. Intership Yachting*, C-99/96, in *Racc.*, 1999, 2277, § 46 (in arg. C. CONSOLO, *Van Uden e Mietz: un'evitabile Babele*, in *Int'lis*, 2002, 30 ss): con queste pronunce la Corte di Giustizia ha infatti ritenuto inapplicabile l'art. 24 della Convenzione di Bruxelles del 1968 sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale – oggi trasposto nell'art. 31 del Regolamento CE n. 44 del 2001 sul riconoscimento e l'esecuzione delle pronunce in materia civile e commerciale e con un significativo richiamo al presupposto dell'urgenza nell'art. 20 del Regolamento CE n. 2201 del 2003 sul riconoscimento delle decisioni matrimoniali e sulla responsabilità genitoriale – al kort geding olandese, misura con la quale si può ottenere una composizione della lite in virtù di provvedimenti emanati sul presupposto dell'urgenza ma capaci di essere efficaci ex se a prescindere dall'instaurazione del giudizio di merito entro un determinato termine, qualora simili misure possano produrre effetti irreversibili quanto alla disciplina della situazione sostanziale alla base della controversia. Ne deriva che, secondo la Corte di Giustizia, ai fini della concessione di simili provvedimenti anche in deroga alle norme in tema di c.d. giurisdizione- competenza è necessario che sia prestata dalla parte ricorrente una cauzione volta ad evitare che, nell'ipotesi in cui la decisione resa sul merito “ribalti” quella cautelare, la stessa abbia nondimeno già determinato una situazione di carattere irreversibile. In argomento v. inoltre le ampie considerazioni di E. MERLIN, *Le misure provvisorie e cautelari nello spazio giudiziario europeo*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, 759 ss, la quale non manca di sottolineare, tra l'altro, il riconoscimento da parte della Corte di Giustizia della natura cautelare delle misure che anticipano anche totalmente gli effetti della decisione di merito, purché la situazione creata a seguito dell'emanazione del provvedimento abbia carattere reversibile. Nello stesso senso, con riguardo ai provvedimenti cautelari resi nell'ambito del processo comunitario in senso stretto, v. CGCE, ord. 29 gennaio 1997, *Antonissen c. Consiglio e Commissione*, C-393/96, in *Racc.*, 1997, I, 441 ss, nella quale si è affermato che la garanzia di una tutela giurisdizionale effettiva e completa dei diritti implica la possibilità di ottenere in via provvisoria anche un ordine di pagamento pienamente corrispondente a quello della domanda principale. Sulla questione della necessaria reversibilità della situazione determinata dalla misura cautelare cfr. anche P. FRISINA, *La tutela cautelare d'urgenza dei diritti a prestazioni pecuniarie*, in *Riv. dir. proc.*, 1986, 973 ss, spec. 991-995; L. QUERZOLA, *La tutela cautelare nel processo comunitario: il bilanciamento degli interessi è il nuovo fulcro della decisione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, 317 ss, spec. 324-327.

almeno nella generalità dei casi⁵¹³, in situazioni nelle quali la parte interessata deduce l'esistenza di un *periculum in mora* specificamente correlato alla durata del giudizio di cognizione ordinario. Inoltre, sotto un secondo ad ancora più rilevante profilo, va evidenziato che, in accordo con la richiamata giurisprudenza comunitaria, affinché una misura possa considerarsi cautelare piuttosto che sommaria, è essenziale, quanto agli effetti, che gli stessi siano “reversibili” a seguito dell'eventuale emanazione della pronuncia definitiva e non possano acquisire la stabilità della cosa giudicata sostanziale e non anche che debbano caducarsi se il giudizio di merito non è incardinato entro un certo termine o si estingua prima della definizione della controversia *au fond*⁵¹⁴. Infatti, sebbene per queste misure cautelari non operi più il nesso di strumentalità c.d. strutturale, rimane fermo il carattere della provvisorietà⁵¹⁵, ovvero l'inidoneità delle stesse a dettare una disciplina definitiva del rapporto controverso⁵¹⁶, stante la possibilità

⁵¹³ Un tale assunto vale, come detto, anche con riguardo al *référé* francese ai fini dell'emanazione del quale, almeno nella forma classica di cui all'art. 808 N.C.P.C., è comunque sia necessaria la ricorrenza del presupposto dell'urgenza (cfr., per tutti, R. PERROT, *L'evolution du référé*, cit., 645 ss).

⁵¹⁴ Nota a riguardo C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, cit., 304, che, tuttavia, non è venuto meno il nesso di strumentalità c.d. strutturale tra tutela cautelare e tutela di merito, neppure nel caso dei provvedimenti c.d. anticipatori per i quali trova applicazione il nuovo regime. Il *proprium* della cautela sarebbe invero rappresentato dal venir meno della misura cautelare nell'ipotesi “eventuale, ma sempre possibile” dell'emanazione della pronuncia di merito e, quindi, dall'inattitudine degli stessi al giudicato.

⁵¹⁵ Diversamente, secondo G. BALENA, *La disciplina del procedimento cautelare “uniforme”*, cit., 330, la circostanza che le misure cautelari siano svincolate dal giudizio di merito inciderebbe anche sulla provvisorietà delle stesse, i cui effetti sarebbero assimilabili a quelli dei provvedimenti anticipatori non cautelari finché pende il giudizio di merito, poiché le stesse non sarebbero più caratterizzate da una provvisorietà necessaria bensì da una stabilità limitata che perdura sino all'eventuale revoca o sostituzione ad opera dell'eventuale pronuncia di merito.

⁵¹⁶ Cfr. A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela cautelare*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, I, 119. Con riferimento all'attuale sistema processuale italiano, ciò si desume chiaramente dalla precisazione, operata dall'ultimo comma dell'odierno art. 669 *octies* c.p.c., in forza della quale “in ogni caso l'autorità del provvedimento cautelare non è invocabile in un diverso processo”. Il che implica, come autorevolmente evidenziato da S. MENCHINI, *Il procedimento cautelare uniforme e i procedimenti possessori*, in A.A.VV., *Il processo civile di riforma in riforma*, cit., 91, che, da un lato, tali provvedimenti sono destinati ad essere sostituiti da quelli emanati all'esito del giudizio a cognizione piena e, dall'altro, che sono destinati a regolamentare la situazione sostanziale controversa in modo soltanto precario e, naturalmente, inidonei a creare vincoli, e di tipo negativo e di tipo positivo, in successivi giudizi aventi ad oggetto lo stesso diritto oppure diritti dipendenti o incompatibili rispetto allo stesso. Rispetto al processo francese, sul modello del quale è stato introdotta anche nel nostro ordinamento la strumentalità c.d. attenuata, è parimenti ricorrente la coerente affermazione per la quale il limite fondamentale per il giudice della cautela è costituito

che in qualsiasi momento le medesime siano travolte sia da un'eventuale statuizione di merito sia da un provvedimento di revoca motivato da un mutamento delle circostanze⁵¹⁷.

3. I principi affermati dalla giurisprudenza comunitaria in tema di necessità di una tutela cautelare *ante causam* autonoma nei sistemi processuali nazionali

L'attuale tendenza ad una sempre maggiore autonomia della tutela cautelare rispetto a quella di merito nei singoli sistemi processuali nazionali è influenzata anche dalla necessità concreta di fornire, soprattutto in alcuni casi, una tutela in tempi accettabili, posta la lunghezza eccessiva dei procedimenti ordinari dovuta ad una pluralità di fattori che, pressoché in tutti gli ordinamenti, hanno determinato una non trascurabile crisi della giustizia civile⁵¹⁸.

Non si può al contempo trascurare, tuttavia, che la descritta evoluzione è stata realizzata in alcuni casi proprio nell'ambito di quella progressiva uniformizzazione dei diritti processuali nazionali operata su impulso della giurisprudenza comunitaria. Infatti la Corte di Giustizia ha più volte ribadito, invocando il principio di effettività della tutela giurisdizionale⁵¹⁹, sia la necessità di garantire, nei singoli ordinamenti, una tutela cautelare *ante causam*⁵²⁰, sia di

dal divieto di *dire le droit*, ovvero dall'impossibilità di emanare una decisione idonea a pregiudicare la successiva decisione del giudice del merito, mentre la provvisorietà delle misure cautelari non è incisa dalla durata temporale degli effetti delle stesse (cfr. O.A. BAPTISTA DA SILVA, *Per una teoria dell'azione cautelare*, cit., 1142, ove anche per maggiori riferimenti).

⁵¹⁷ Così, tra gli altri, A.A. ROMANO, *Riflessioni sui provvedimenti cautelari nel nuovo processo societario*, cit., 1188.

⁵¹⁸ In argomento v. A.S. ZUCKERMANN (a cura di), *Civil Justice in Crisis*, cit., passim.

⁵¹⁹ Affermato sin da CGCE, 15 maggio 1986, *Johnston c. Chief constable of the Royal Vester Constabulary*, cit., 1651 ss.

⁵²⁰ La Corte di Giustizia ha infatti evidenziato che l'ordinamento interno deve consentire all'autorità nazionale, investita delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione di appalti pubblici, di adottare qualsiasi provvedimento provvisorio, indipendentemente dalla contemporanea pendenza di un giudizio di annullamento della decisione della P.A. aggiudicatrice (v. CGCE, 19 set. 1996, C-236/95, *Commissione c. Repubblica ellenica*, in *Racc.*, 1996, I, 4459 ss).

dotare gli effetti provvedimenti cautelari di una maggiore autonomia rispetto al giudizio di merito⁵²¹.

Tali posizioni sono state affermate dalla giurisprudenza comunitaria soprattutto con riferimento ai ricorsi esistenti in alcuni sistemi nazionali per assicurare il rispetto delle norme stabilite in sede comunitaria in tema di procedure di evidenza pubblica, in alcune decisioni rese nell'ambito di procedimenti di rinvio pregiudiziale proposti ex art. 234 del Trattato CE. Alcune pronunce hanno riguardato anche i rimedi esistenti nell'ambito del processo amministrativo italiano. Si è invero accennato alla circostanza per la quale l'art. 3 della legge 21 luglio 2000, n. 205, sebbene abbia riformato l'art. 21 della legge T.A.R. nel senso di consentire al giudice amministrativo di pronunciare non soltanto provvedimenti di carattere sospensivo ma, più ampiamente, di accordare al ricorrente le misure cautelari più idonee alla tutela in via provvisoria delle proprie posizioni giuridiche, non ha anche previsto la possibilità di una tutela cautelare *ante causam* nel processo amministrativo⁵²². In proposito si è anche ricordato che la Corte Costituzionale, investita della questione di costituzionalità di un tale assetto dal T.A.R. Lombardia, ha ritenuto la stessa manifestamente infondata⁵²³.

La medesima questione è stata, pertanto, portata anche dinanzi alla Corte di Giustizia comunitaria⁵²⁴, alla quale è stato chiesto di verificare la compatibilità

⁵²¹ In tal senso CGCE, 15 maggio 2003, *Commissione c. Regno di Spagna*, C-214/00, in *Racc.*, 2003, 4667 ss, nonché in *Dir. proc. amm.*, 2003, n. 4, 1167, con nota di P. LAZZARA, *Tutela cautelare e misure d'urgenza nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*. Su una tale pronuncia si veda anche, nella dottrina spagnola, l'ampio commento favorevole di E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *El Tribunal de justicia de las Comunidades Europeas constata y censura dos graves quiebras de nuestro derecho administrativo en materia de entes sujetos al derecho público y a medidas cautelares contencioso-administrativas. La sentencia Comisión c. España, C-214/00, de 15 mayo de 2003*, in *La batalla por las medidas cautelares*, 3a ed., Madrid, 2004, 409-430.

⁵²² In senso critico v., per tutti, E.F. RICCI, *Profili della nuova tutela cautelare del privato nei confronti della p.a., cit.*, spec. 304 ss.

⁵²³ Corte Cost., ord. 10 maggio 2002 n. 179, cit.

⁵²⁴ Il riferimento è a T.A.R. Lombardia, sez. dist. Brescia, d. pres. 10 marzo 2003 n. 266 (in arg. L. QUERZOLA, *La parola alla Corte di Giustizia sulla tutela cautelare amministrativa "ante causam"*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, 701 ss). Nella fattispecie concreta la società ricorrente aveva richiesto di partecipare ad una gara di appalto avente ad oggetto la fornitura di pasti ad

del sistema italiano con l'art. 2, comma primo lett. a) della direttiva generale ricorsi⁵²⁵. Tale disposizione obbliga, infatti, gli Stati membri a garantire che l'autorità nazionale investita delle relative controversie possa adottare "con la massima sollecitudine ed in via d'urgenza i provvedimenti provvisori volti a riparare alla violazione denunciata e ad impedire che siano causati altri danni agli interessi coinvolti, compresi i provvedimenti intesi a sospendere o a far sospendere la procedura di aggiudicazione di un appalto o l'esecuzione di qualsiasi decisione presa dall'ente aggiudicatore"⁵²⁶.

La Corte di Giustizia ha risposto al quesito interpretativo ad essa prospettato con ordinanza motivata, all'uopo avvalendosi della facoltà di cui all'art. 104, n. 3, del proprio regolamento di procedura: la pronuncia si limita, in pratica, a richiamare alcune sentenze precedenti nelle quali la stessa questione era stata già chiaramente decisa nel senso dell'incompatibilità con il diritto comunitario dei ricorsi in materia di procedure di evidenza pubblica di un sistema nel quale non è attribuito agli organi competenti di adottare, anche prima

un'azienda ospedaliera e, nonostante la maggiore convenienza economica della propria offerta rispetto a quella dell'altra società concorrente, la gara era stata aggiudicata in via provvisoria a quest'ultima. Al fine di proporre ricorso avverso una tale decisione, la ricorrente aveva presentato istanza di accesso agli atti della procedura ai sensi dell'art. 22 della legge 7 agosto 1990, n. 241. Tuttavia, dal momento che i documenti richiesti non erano stati messi a disposizione della richiedente in tempi brevi, la stessa, sul presupposto dell'estrema gravità ed urgenza connessa al pericolo, nelle more, di un'aggiudicazione definitiva dell'appalto (che, in accordo con la giurisprudenza consolidata della Corte di Cassazione, avrebbe consentito alla stessa di ottenere meramente una tutela per equivalente), aveva chiesto al giudice amministrativo di inibire all'azienda ospedaliera la stipulazione del contratto di fornitura con la società aggiudicataria della gara. Il ricorso era stato accolto dal Presidente del Tribunale proprio in base ai principi affermati dalla giurisprudenza comunitaria ed era stato al contempo sollevato ricorso per rinvio pregiudiziale di interpretazione ai sensi dell'art. 234 del Trattato CE.

⁵²⁵ Si tratta, più precisamente, della direttiva CE 1989/665, sulle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, in Gazz. Uff. com. eur., L/395 del 30 dicembre 1989.

⁵²⁶ In dottrina, nel senso che la direttiva c.d. ricorsi impone che, almeno in sede giurisprudenziale, tramite la disapplicazione delle previsioni interne incompatibili, sia assicurata nel processo amministrativo una tutela cautelare atipica, *ante causam* e prescindente dall'instaurazione del contraddittorio con la controparte, v., con ampi riferimenti, S. TARULLO, *Il giusto processo amministrativo*, cit., 538 ss.

dell'introduzione di un ricorso di merito, provvedimenti di carattere provvisorio, compresi quelli volti a sospendere l'aggiudicazione⁵²⁷.

La decisione è stata salutata favorevolmente da quella parte della dottrina⁵²⁸ che auspicava da tempo l'introduzione di una tutela cautelare *ante causam* nel processo amministrativo e, proprio sulla scorta della stessa, in sede di recepimento delle più recenti direttive comunitarie in materia, avvenuto con il d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, c.d. Codice appalti, il sistema italiano si è adeguato, almeno nel settore degli appalti pubblici, alle statuizioni della Corte di Giustizia. Infatti l'art. 245 del citato Codice prevede, al terzo comma, che nelle fattispecie di estrema gravità e di urgenza, tali da non consentire neppure la previa notifica del ricorso principale, il soggetto legittimato al ricorso può proporre istanza per l'adozione delle misure interinali e provvisorie che appaiono indispensabili durante il tempo occorrente per la proposizione del ricorso di merito e della correlativa domanda cautelare. La disposizione precisa altresì che un tale ricorso deve essere proposto al Presidente del T.A.R. competente per il merito che provvede omessa ogni altra formalità. Il provvedimento di rigetto non è impugnabile, anche se non preclude la riproposizione dell'istanza cautelare a seguito della proposizione del ricorso di merito⁵²⁹.

⁵²⁷ Così CGCE, ord. 29 aprile 2004, *DAC*, C-202/03, anche in *Guida al dir.*, 2004, n. 28, 102 ss e sulla quale v., in senso favorevole, L. QUERZOLA, *Colpo d'ariete della Corte di Giustizia al tabù della tutela cautelare ante causam nel processo amministrativo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, 353 ss. I precedenti cui ha fatto riferimento la Corte di Giustizia sono, in particolare, CGCE, 19 settembre 1996, *Commissione c. Repubblica ellenica*, cit. e la più recente CGCE, 15 maggio 2003, *Commissione c. Spagna*, cit.

⁵²⁸ Cfr. soprattutto L. QUERZOLA, *Colpo d'ariete della Corte di Giustizia al tabù della tutela cautelare ante causam nel processo amministrativo*, cit., 353 ss.

⁵²⁹ Per un primo commento v. S. TARULLO, in www.giustamm.it. Occorre inoltre evidenziare, sulla questione, che nel parere reso il 6 febbraio 2006 n. 355, in *D&G, Dir. e Giust.*, 2006, n. 28, 110, il Consiglio di Stato ha evidenziato che a seguito dell'introduzione della tutela cautelare *ante causam* nel processo amministrativo limitatamente alle controversie in materia di appalti pubblici, è necessario assumere le opportune iniziative per estendere la tutela cautelare *ante causam* a tutto il processo amministrativo, in quanto prevedere la tutela cautelare *ante causam* solo nel settore dei pubblici appalti - pur nella peculiarità degli interessi coinvolti - potrebbe non superare il vaglio di costituzionalità per disparità di trattamento allorché si evidenzia che, anche in altre materie, si è in presenza della medesima situazione giuridica soggettiva tutelata nella materia degli appalti.

Non si può trascurare, tuttavia, che nella precedente pronuncia *Commissione c. Regno di Spagna*, la stessa Corte di Giustizia, sempre con riferimento alle misure provvisorie in materia di appalti pubblici, è andata anche oltre rispetto all'esigenza di una tutela cautelare *ante causam*, sottolineando che la regola, vigente nel processo amministrativo spagnolo, in virtù della quale le misure cautelari pronunciate *ante causam* divengono inefficaci se nel termine di dieci giorni dall'emanazione delle stesse la parte interessata non instaura il giudizio principale, si pone in contrasto con l'art. 2, n. 1, lett. a) direttiva 89/665, c.d. ricorsi in materia di procedure di evidenza pubblica⁵³⁰. Secondo la Corte di Giustizia, infatti, il nesso di strumentalità della tutela cautelare deve ivi intendersi in una prospettiva esclusivamente funzionale, in quanto i provvedimenti cautelari devono essere dotati di un'efficacia *ex se* potenzialmente a tempo indeterminato⁵³¹. Le affermazioni della Corte di Giustizia, alla luce di quanto evidenziato in punto di inammissibilità della tutela cautelare *ante causam* nel processo comunitario in senso stretto, suscitano serie perplessità.

⁵³⁰ Il riferimento è a CGCE, 15 maggio 2003, *Commissione c. Regno di Spagna*, cit., 4667 ss. In senso critico rispetto alla tutela cautelare nel sistema processuale spagnolo nella materia degli appalti pubblici v. la maggior parte della dottrina spagnola già prima della pronuncia della Corte di Giustizia: cfr., tra i molti, J.M. BAÑO, *Proyecto de Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, in *Anuario del Gobierno Local*, 1995, Barcelona-Madrid, 68 ss; F.A. CASTILLO BLANCO (a cura di), *Estudios sobre la contratación administrativa*, Granada, 1996, 391 ss; J.M. GIMENO FELIU, *Contratos públicos: ámbito de aplicación y procedimiento de adjudicación. La incidencia de las Directivas comunitarias en el Ordenamiento jurídico español*, Madrid, 2003, 200 ss; S. GONZÁLEZ VARAS, *El Contrato administrativo*, Madrid, 2003, 87 ss.

⁵³¹ Appare quindi coerente con il complesso delle affermazioni rese in materia dalla giurisprudenza comunitaria soprattutto il sistema francese nel quale sin dagli inizi degli anni novanta ha all'uopo operato efficacemente il *référé-précontractuel*, oggi regolato dagli artt. 551-1 e 551-2 del Code de la justice administrative, che consente proprio nella materia delle procedure di evidenza pubblica di domandare ed ottenere misure cautelari autonome, anche quanto alla conservazione dell'efficacia da parte delle stesse, dall'instaurazione del giudizio di merito (in arg. v. F. LLORENS, *Le référé précontractuel entre continuité et changement*, in *Le nouveau juge administratif des référés. Réflexions sur la réforme opérée par la Loi du 30 juin 2000* a cura di P. WACHMANN, Strasbourg, 2002, 27 ss.). Secondo S. TARULLO, *Il giusto processo amministrativo*, cit., 543, un tale strumento sarebbe stato introdotto nell'ordinamento francese proprio su impulso della legislazione comunitaria in materia di appalti pubblici e che consente al giudice amministrativo, con provvedimenti emanati anche a prescindere dall'instaurazione del giudizio principale, di sospendere l'aggiudicazione della procedura nonché, qualora necessario, di emanare provvedimenti sospensivi o ordini di facere nei confronti delle Amministrazioni aggiudicatrici.

Tali posizioni appaiono, infatti, ancora una volta emblematiche dell'atteggiamento apparentemente curioso dei giudici comunitari⁵³², i quali, da un lato, condannano i sistemi giurisdizionali nazionali ogni qual volta gli stessi non siano idonei ad assicurare una tutela pienamente soddisfacente alle posizioni soggettive che trovano origine nel diritto comunitario, ma, da un altro, presuppongono al contempo la legittimità del proprio sistema⁵³³, che, in realtà, sembra porsi, sotto alcuni aspetti, in radicale contrasto con i principi dell'equo processo. L'ambivalenza dei giudici comunitari è quindi riconnessa, a nostro sommo parere, soprattutto alla volontà di preservare sempre e comunque il primato dell'ordinamento comunitario, tutelando soltanto in modo condizionato all'assicurazione di una tale *primaauté* i diritti dei singoli⁵³⁴.

Peraltro, una tale situazione non è più accettabile, come si è già evidenziato⁵³⁵, allo stato attuale dell'evoluzione dell'ordinamento comunitario che, sorto quale unione di Stati volta a preservare interessi di carattere eminentemente economico, ha progressivamente attribuito importanza anche ai

⁵³² Sul quale si veda, tra tutti, G. MORBIDELLI, *La tutela dei diritti nell'ordinamento comunitario*, cit., spec. 52 ss.

⁵³³ Legittimità difesa, tra gli altri, nella dottrina italiana, da L. QUERZOLA, *La parola alla Corte di giustizia sulla tutela cautelare amministrativa "ante causam"*, cit., spec. 708 ss, in forza, tuttavia, di argomentazioni che, a nostro sommo parere, sembrano piuttosto suffragare l'irragionevolezza delle posizioni affermate dalla giurisprudenza comunitaria. Secondo l'Autrice, infatti, l'impossibilità di ottenere una tutela cautelare *ante causam* nel processo comunitario in senso stretto sarebbe giustificabile perché soltanto in questo caso, e non nel processo amministrativo interno stante l'introduzione del giudizio abbreviato, le misure cautelari non possono pregiudicare il merito della causa ed, in ogni caso, differente sarebbe la posizione della Corte di Giustizia quale giudice del rinvio pregiudiziale ovvero nelle azioni dirette. D'altra parte in un diverso scritto la stessa Autrice sottolinea che proprio la Corte di Giustizia, attraverso le decisioni rese in tema di incompatibilità dei sistemi processuali amministrativi interni con la direttiva c.d. ricorsi, abbia decretato la "morte annunciata" della tutela cautelare amministrativa solo in causa (v. L. QUERZOLA, *Colpo d'ariete della Corte di Giustizia al tabù della tutela cautelare ante causam nel processo amministrativo*, cit., 363): il che si pone, con ogni evidenza, in netto contrasto con l'insussistenza di una tutela cautelare prima dell'introduzione del giudizio di merito nel processo comunitario.

⁵³⁴ La stessa Corte di Giustizia ha infatti sottolineato che la necessità di una tutela cautelare autonoma in materia di ricorsi presentati collegati a procedure di evidenza pubblica si riconnette al principio dell'effetto utile, in omaggio al quale il recepimento delle direttive comunitarie deve raggiungere lo scopo da esse perseguito che nel caso sarebbe compromesso dalla necessità di far precedere, nelle procedure ad evidenza pubblica, i ricorsi cautelari dal rituale esercizio dell'azione di merito (cfr. P. LAZZARA, *Tutela cautelare e misure d'urgenza nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, cit., 1170).

⁵³⁵ Si vedano in particolare le considerazioni effettuate nel Cap. II, § 4.

diritti dei cittadini dell'Unione. E' infatti paradossale che nel momento in cui con il progetto di Costituzione per l'Europa si sancisce il rispetto da parte della Comunità dei diritti sanciti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali – il cui art. 6 pone importanti garanzie sull'equo processo -, non soltanto l'accesso al giudice nel sistema giurisdizionale comunitario è inammissibilmente limitato, ma anche la possibilità di ottenere una tutela cautelare efficace perché concessa in tempi necessariamente ragionevoli rispetto all'istanza di tutela fatta valere, viene ad essere, posta la rigorosa strumentalità della stessa rispetto alla tutela di merito, seriamente compromessa⁵³⁶. Invero, alla stregua di quanto ha posto in evidenza autorevole dottrina, l'assenza di una tutela cautelare *ante causam* nel processo comunitario potrebbe porsi in contrasto con le stesse finalità primarie della tutela cautelare⁵³⁷ poiché, in alcuni casi caratterizzati da un'estrema urgenza, la stessa dovrebbe

⁵³⁶ Crediamo infatti che il nucleo duro della ragionevole durata del processo la cui tutela è sancita tradizionalmente dall'art. 6 CEDU (nonché, più di recente, anche dall'art. 111 Cost. italiana) sia, attualmente, costituito, nell'impossibilità, a causa del diffuso *encombrément* dei giudici di qualsivoglia livello (e, tra questi, della stessa Corte europea dei diritti dell'uomo), di ottenere una tutela in tempi ragionevoli al termine del processo di cognizione piena, proprio dalla tutela cautelare. Né possiamo trascurare, a tal proposito, che la stessa Corte di Giustizia comunitaria ha censurato, in un'apprezzabile pronuncia, l'irragionevole durata, ai sensi del citato art. 6 CEDU al tempo in rilievo sotto forma di principio generale del diritto comunitario, di un processo in primo grado dinanzi al Tribunale che aveva avuto una durata complessiva di cinque anni ed, all'interno del quale, vi era stato addirittura un periodo di circa trentadue mesi nel quale non erano state compiute attività processuali degne di nota (v. CGCE, 17 dicembre 1998, *Baustahlgewebe GmbH c. Commissione*, cit., 8417 ss, nonché in *Dir. comunit. Sc. Internaz.*, 2000, n. 3, 487 ss, con commento di P. PALLARO, *Il diritto all'equo processo nell'ordinamento giuridico comunitario alla luce della recente giurisprudenza della Corte di Giustizia*).

⁵³⁷ Finalità primarie che devono identificarsi, a nostro sommo avviso, soprattutto nella tutela dei diritti fondamentali degli individui. Nella differente – ma consonante rispetto all'esigenza di una tutela cautelare *ante causam* anche nel processo comunitario – prospettiva affermata da F. BERROD, *La systématique des voies de droit communautaires*, cit., 99, invece, la finalità primaria dovrebbe essere quella di tutelare l'interesse c.d. pubblico della Comunità nelle ipotesi in cui la Commissione domandi alla Corte di Giustizia provvedimenti provvisori positivi ex art. 243 del Trattato CE per evitare che gli Stati membri perseverino nella violazione delle regole di diritto comunitario. Secondo l'A., infatti, potrebbe essere opportuno per la Commissione vedersi attribuita anche la possibilità di richiedere tali misure provvisorie anche nella fase precontenziosa rispetto all'instaurazione della procedura di infrazione dinanzi alla Corte di Giustizia essendo preferibile in questi casi un'azione preventiva volta ad evitare il reiterarsi della violazione del diritto comunitario.

poter intervenire, per preservare davvero il ricorrente dal pregiudizio lamentato, anche prima dell'instaurazione del giudizio principale⁵³⁸.

⁵³⁸ Così F.G. JACOBS, *Interim Measures in the Law and Practice of the Court of Justice of the European Communities*, cit., 45.

Capitolo IV

I presupposti per la concessione delle misure cautelari

SOMMARIO: 1. Premessa - 2. I presupposti per la concessione dei provvedimenti cautelari nel processo comunitario - 3. I singoli presupposti per la concessione delle misure cautelari - 3.1. Urgenza – 3.1.1. Caratteri del pregiudizio. Imminenza – 3.1.2. *Segue*. Irreparabilità e gravità - 3.2. *Fumus boni juris* - 3.3. Il bilanciamento degli interessi - 4. Considerazioni critiche: la valutazione discrezionale dei presupposti per la concessione delle misure cautelari è effettuata nella prassi a favore delle istituzioni comunitarie.

1. Premessa

La tutela cautelare è finalizzata a consentire alla parte che ha ragione, nel tempo necessario all'accertamento del proprio diritto in via ordinaria, di ottenere un provvedimento che anticipi il contenuto della decisione di merito ovvero conservi una determinata situazione e, quindi, a garantire l'effettività della tutela giurisdizionale a fronte dei pericoli di tardività e di infruttuosità della stessa⁵³⁹.

E' sufficiente una tale, generalissima definizione per giustificare i presupposti c.d. di merito della tutela cautelare che sono costituiti dal *periculum in mora* e dal *fumus boni iuris*.

⁵³⁹ Così P. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio dei provvedimenti cautelari*, cit., 21 ss. Per un'esemplificazione delle situazioni di pericolo e di infruttuosità e di intempestività della tutela v. F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, IV, 3a ed., cit., 154: si ha, allora, un pericolo di infruttuosità della tutela nell'ipotesi in cui, nel tempo necessario per la conclusione del giudizio ordinario, il debitore si disfi del proprio patrimonio, di talché il creditore non trova più nulla per soddisfare il proprio credito ed un pericolo di intempestività della tutela quando, ad es., nel tempo occorrente per far valere un credito alimentare il creditore rischia di morire di fame.

Sotto il primo profilo, invero, la concessione di un provvedimento che anticipi la decisione di merito o conservi una determinata situazione nelle more della pronuncia definitiva, è giustificabile nella misura in cui nel tempo necessario per ottenere tutela a seguito dello svolgimento del processo di cognizione ordinaria sussista il pericolo che la parte ricorrente subisca un pregiudizio⁵⁴⁰.

Anche il presupposto del *fumus boni juris* caratterizza ontologicamente la tutela cautelare in quanto se nel relativo procedimento il diritto fatto valere dal ricorrente dovesse essere accertato all'esito di una cognizione completa, sarebbe vanificata la possibilità stessa di assicurare una tutela in tempi ragionevoli. Il *fumus* è quindi direttamente correlato alla sommarietà dell'accertamento del diritto compiuto in sede cautelare⁵⁴¹ e può, per il momento⁵⁴², essere definito quale plausibilità o verosimiglianza del diritto fatto valere⁵⁴³.

⁵⁴⁰ Diversamente determinato, nei singoli ordinamenti giuridici anche in virtù della natura tipica o atipica del pericolo. L'essenzialità del requisito dell'urgenza ai fini della concessione della tutela cautelare è stata d'altra parte confermata anche dalla Corte di Giustizia comunitaria, secondo la quale tra le misure cautelari in senso proprio possono essere annoverate esclusivamente quelle emanate sulla base del presupposto dell'urgenza ed aventi carattere provvisorio, ovvero inidonee a pregiudicare la decisione definitiva sul merito della controversia. Per maggiori considerazioni v. Cap. III, § 2.3.

⁵⁴¹ Evidenzia a riguardo L. DITTRICH, *Il provvedimento d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, in *Il processo cautelare*, 2a ed., a cura di G. TARZIA, cit., 219-220, che l'esigenza di celerità propria della tutela cautelare può essere realizzata sia agendo sulle cadenze ordinarie del processo sia, per l'appunto, consentendo al giudice di decidere sulla base di un materiale probatorio incompleto, nell'ipotesi in cui il tempo necessario per completare l'istruttoria sia eccessivo rispetto alle esigenze di celerità proprie della tutela cautelare.

⁵⁴² Come si dirà *infra* § 3.2., il requisito del *fumus* è difatti diversamente inteso nei singoli ordinamenti europei: il che ha influito, unitamente ad altri fattori, sulla giurisprudenza comunitaria, la quale si è infatti mostrata tradizionalmente incerta nella delimitazione di un tale presupposto

⁵⁴³ Non si può certo sottacere che, in taluni casi, l'accertamento sommario del *fumus*, può comportare il rischio che, all'esito del giudizio di merito, venga accertata, sulla base di una cognizione completa, l'inesistenza del diritto affermato dal ricorrente che pure ha beneficiato della misura cautelare (processualmente corretta ma sostanzialmente ingiusta: cfr. F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, IV, cit., 156). Sulle conseguenze, anche in termini di responsabilità, di una tale situazione v., da ultimo, l'accurata analisi di F. RAMOS ROMEU, *La responsabilidad derivada de la tutela cautelar*, in *Las medidas cautelares civiles*, cit., 177-298.

2. I presupposti per la concessione dei provvedimenti cautelari nel processo comunitario

In virtù dell'art. 83, § secondo, del regolamento di procedura dinanzi alla Corte di Giustizia e dell'art. 104, § secondo, del regolamento di procedura di fronte al Tribunale di primo grado⁵⁴⁴, il ricorso cautelare deve evidenziare le circostanze alla base dell'urgenza della domanda ed indicare i motivi di fatto e di diritto che giustificano *prima facie* l'adozione del provvedimento provvisorio richiesto⁵⁴⁵.

⁵⁴⁴ Si tratta di specificazioni rispetto alle norme del Trattato istitutivo, estremamente generiche sul punto. Infatti l'art. 242 sancisce semplicemente che la Corte di Giustizia ha il potere di emanare misure cautelari quando "le circostanze lo richiedano" e l'art. 243 attribuisce alla stessa il potere di emanare anche gli altri provvedimenti provvisori necessari relativi a controversie pendenti dinanzi a sé. Sul punto cfr. C. IANNONE, *Commento all'art. 242 del Trattato CE*, cit., 1148.

⁵⁴⁵ In argomento v. S. ANSELMINI, *Rassegna della giurisprudenza comunitaria in tema di procedure en référé*, cit., 295 ss; G. BORCHARDT, *The Award of Interim Measures by the European Court of Justice*, cit., 20 ss; GRABITZ, *Kommentar zum EWG-Vertrag*, Monaco, 1986; BOULOIS – DARMON, *Contentieux communautaire*, cit., 127 ss; DA CRUZ VILLACA, *La procédure en référé comme instrument de protection juridictionnelle des particuliers en droit communautaire*, cit., 256 ss; O. DE SCHUTTER, *Les mesures provisoires devant la CJCE*, cit., 93 ss; GONZALEZ BOTIJA, *La tutela cautelare en el marco de la política de pesca común*, in *Rev. inst. Eur.*, 1996, 171 ss; C. GRAY, *Interim Measures of Protection in the European Court*, cit., 80; V. GREMENTIERI, *Le misure cautelari nel processo comunitario*, cit., 91; GROEBEN – THIESING – EHLERMANN, *Kommentar zum EWG-Vertrag*, cit., 4672; HUGLO, *Cour de Justice. Le référé*, in *Jurisclasseurs Europe*, Paris, 1992, fsc. 390/161 – 29; IDEM, *El procedimiento de medidas cautelares ante el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades europeas*, cit., *passim*; F.G. JACOBS, *Interim Measures in the Law and Practice of the Court of Justice of the European Communities*, cit., 38 ss; R. JOLIET, *Protection juridictionnelle provisoire en droit communautaire*, cit., 253; K.P.E. LASOK, *The European Court of Justice, Practice and Procedure*, cit., spec. 145 –176; LENAERTS – ARTS, *Procedural law of the European Union*, cit., 287 ss; MEGRET – WAELBROECK – LOUIS – VIGNES – DEWOST, *Le droit de la Communauté européenne, vol. 10, La Cour de justice. Les actes des institutions*, T. I, Bruxelles, 1983, 365; J. P. MERTENS DE WILMARS, *Het kort geding voor het Hof van Justitie van de Europese gemeenschappen*, cit., 32 ss; C. MORVIDUCCI, *Le misure cautelari nel processo comunitario*, cit., 143 ss; C. MORVIDUCCI, *Fumus boni iuris e misure cautelari nel processo comunitario*, cit., 705 ss; P. OLIVER, *Interim Measures: Some Recent Developments*, cit., 7 ss; L.M. PAIS ANTUNES, *Interim Measures under EC Competition Law – Recent Developments*, cit., 83 ss; B. PASTOR – E. VAN GINDERACHTER, *La procédure en référé*, cit., 561 ss; P. PESCATORE, *Les mesures conservatoires et les référés*, in *La juridiction internationale permanente*, Paris, 1987, 315 ss; L. QUERZOLA, *Appunti sulle condizioni per la concessione della tutela cautelare nell'ordinamento comunitario*, cit., 501 ss; RENGELLING – MIDDEKE – GELLERMANN, *Rechtsschutz in der Europäischen Union*, cit., 298 ss; RIDEAU – CHARRIER, *Code de procédures européennes*, Paris, 1994, 22; SLUSNY, *Les mesures provisoires dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, cit., 127; A. TIZZANO, *I provvedimenti urgenti nel processo comunitario*, in *Studi in onore di Virgilio Andrioli*, Napoli, 1979, 360 – 395; D.A. TOMASEVIC, *L'usage du référé devant la Cour de justice à l'encontre des États membres de la Communauté européenne*, cit., 25 ss; G. VANDERSANDEN – A. BARAV, *Contentieux communautaire*, cit., 428; E. VAN GINDERHACTER, *Le référé en droit communautaire*, cit., 113 ss; L. WEITZEL, *Demander le sursis à l'exécution ou d'autres mesures provisoires*, cit., 33.

Pertanto, ai fini dell'accoglimento di un ricorso cautelare, anche nel sistema comunitario devono essere soddisfatte cumulativamente due condizioni essenzialmente riconducibili al *periculum in mora* ed al *fumus boni juris*⁵⁴⁶.

Nel silenzio del legislatore sul punto, si è posto, soprattutto in tempi meno recenti, il problema relativo alla sussistenza di un dovere in capo ai giudici comunitari di valutare o meno la ricorrenza dei suddetti presupposti secondo un determinato ordine⁵⁴⁷. La questione è stata esaminata per la prima volta già nell'ordinanza *Acciaieria e tubificio di Brescia* del 29 giugno 1959, la quale ha affermato che l'esistenza del requisito del *fumus boni juris* deve essere accertata solo successivamente a quella relativa alla sussistenza del c.d. *periculum in mora*⁵⁴⁸. Questa posizione è stata a giusto titolo valutata favorevolmente poiché, nell'assenza di un imminente pregiudizio di carattere grave ed irreparabile, evita al giudice della cautela di effettuare il più complesso esame in ordine alla ricorrenza del *fumus boni juris*⁵⁴⁹. Si ritiene quindi opportuno esaminare più compiutamente tali presupposti seguendo il predetto ordine nonostante un orientamento più recente abbia chiarito che il giudice della cautela dispone di un ampio potere di apprezzamento ed è libero di determinare, in relazione alle caratteristiche della fattispecie concreta, l'ordine di esame relativo alla sussistenza dei presupposti delle misure cautelari richieste, in assenza di norme che impongano allo stesso uno schema di analisi prestabilito⁵⁵⁰.

⁵⁴⁶ Così la giurisprudenza costante (v., tra le tante, TPI, ord. 1° luglio 1999, *Samper c. Parlamento*, T-111/99, in *Racc.*, 1999, II-609, §§ 16 ss).

⁵⁴⁷ Cfr. B. PASTOR – E. VAN GINDERACHTER, *La procédure en référé*, cit., 587.

⁵⁴⁸ CGCE, ord. 26 giu. 1959, *Acciaieria e tubificio di Brescia c. Alta Autorità*, C-31/69, in *Racc.*, 1960, 211.

⁵⁴⁹ Cfr., tra gli altri, B. PASTOR – E. VAN GINDERACHTER, *La procédure en référé*, cit., 587 ; P. PESCATORE, *La juridiction internationale permanente*, cit., 338; L. WEITZEL, *Demander le sursis à exécution ou d'autres mesures provisoires*, cit., 151.

⁵⁵⁰ Cfr. CGCE, ord., 19 lug. 1995, *Atlantic Container Line c. Commissione*, in *Racc.*, 1995, 2165; TPI, ord. 2 agosto 2001, *Saxonia Edelmetalle c. Commissione*, T-111/01, in *Racc.*, 2001, II-2335, §§ 11 ss; TPI, ord. 9 luglio 1999, *HFB Holding e a. c. Commissione*, T-9/99, in *Racc.*, 1999, II-2429, § 25.

Nel sistema comunitario opera, inoltre, anche una terza condizione ai fini della concessione dei provvedimenti cautelari, poiché, ad onta del silenzio normativo sul punto, una consolidata giurisprudenza ritiene anche necessario che il bilanciamento dei differenti interessi che vengono in rilievo nella fattispecie concreta penda a favore della concessione della misura cautelare⁵⁵¹. Costituisce in effetti *jus receptum* nella giurisprudenza comunitaria il principio per il quale i tre presupposti c.d. di merito per la concessione delle misure cautelari hanno carattere cumulativo, talché è sufficiente l'assenza di uno soltanto degli stessi per giustificare il rigetto della domanda cautelare⁵⁵².

3. I singoli presupposti per la concessione delle misure cautelari

3. 1. Urgenza

Il giudice della cautela deve in primo luogo⁵⁵³ verificare la sussistenza del presupposto dell'urgenza, non potendosi altrimenti giustificare una procedura eccezionale come quella cautelare⁵⁵⁴. La giurisprudenza ha precisato, nel silenzio del Trattato istitutivo e dei regolamenti di procedura sul punto⁵⁵⁵, che

⁵⁵¹ Cfr. R. JOLIET, *Protection juridictionnelle provisoire et droit communautaire*, cit., 265 ; B. PASTOR – E. VAN GINDERACHTER, *La procédure en référé*, cit., 586. Diversa appare la posizione di L.M. PAIS ANTUNES, *Interim Measures under EC Competition Law – Recent Developments*, cit., 96, nt. 56, secondo il quale il bilanciamento degli interessi non assurgerebbe a presupposto di merito autonomo per la concessione delle misure cautelari nel processo comunitario dovendo piuttosto essere esaminato unitamente al requisito dell'urgenza.

⁵⁵² CGCE, ord. 29 aprile 2005, *Tecnische Glaswerke Ilmenau c. Commissione*, C-404/04, in *Racc.*, 2004, 3539; TPI, ord. 9 luglio 1999, *HFB Holding e a. c. Commissione*, cit., § 13.

⁵⁵³ Ma v. anche quanto evidenziato nel § precedente.

⁵⁵⁴ Così M. C. BERGÈRES, *Les mesures provisoires devant la Cour de justice*, in *Sebb information*, cit., 41. Il rigetto della maggior parte delle domande di tutela cautelare è dovuto proprio all'inadeguata dimostrazione da parte del ricorrente della sussistenza del pericolo di un pregiudizio grave ed irreparabile (V. GREMENTIERI, *Le misure cautelari nel processo comunitario*, cit., 91; cfr., tra gli altri, LANEARTS – ARTS, *Procedural Law of the European Union*, cit., 300; L.M. PAIS ANTUNES, *Interim Measures under EC Competition Law – Recent Developments*, cit., 98; B. PASTOR – E. VAN GINDERACHTER, *La procédure en référé*, cit., 598; G. VANDERSANDEN – A. BARAV, *Contentieux communautaire*, cit., 441; M. WAELBROECK – J. V. LOUIS – G. VANDERSANDEN, *Le droit de la Communauté européenne*, cit., vol. 10, 365 ss).

⁵⁵⁵ C. IANNONE, *Commento all'art. 242 del Trattato CE*, cit., 1149.

l'urgenza⁵⁵⁶ consiste nel rischio della imminente verifica di un danno grave ed irreparabile.

E', invece, rimasta pressoché isolata la tesi sostenuta da autorevole dottrina, per la quale nel processo comunitario l'urgenza sarebbe rappresentata dal pericolo di un turbamento intollerabile dell'ordine pubblico internazionale o comunitario causato dal comportamento di una delle parti in causa, come un attentato ai diritti fondamentali dello Stato o della persona umana, che impone una reazione immediata, indipendentemente da qualsivoglia considerazione in ordine al danno che una tale violazione può determinare⁵⁵⁷.

Talché, in accordo con la concezione prevalente e preferibile di urgenza quale rischio imminente di verifica di un pregiudizio grave ed irreparabile, il pericolo per il ricorrente di subire un danno deve essere, innanzitutto, imminente⁵⁵⁸: ne deriva che un rischio meramente ipotetico, futuro ed incerto è privo di un tale carattere e non giustifica l'adozione del provvedimento cautelare⁵⁵⁹, sebbene, come ha evidenziato la giurisprudenza più recente, il pregiudizio lamentato non deve essere imminente in assoluto essendo semplicemente necessario, soprattutto qualora la concretizzazione dello stesso

⁵⁵⁶ La cui sussistenza nel caso concreto deve naturalmente essere provata dal ricorrente cautelare (conf., in tal senso, CGCE, ord. 23 maggio 1990, *Comos-Tank c. Commissione*, C-51/90, in *Racc.*, 1990, 2167, § 16; CGCE, ord. 28 ottobre 1987, *Dow Chemical c. Commissione*, C-85/87, in *Racc.*, 1987, 4367, § 11; CGCE, ord. 9 luglio 1986, *Spagna c. Consiglio e Commissione*, C-119/86, in *Racc.*, 1986, 2241, § 15; CGCE, ord. 21 agosto 1981, *Agricola commerciale olio c. Commissione*, C-232/81, in *Racc.*, 1981, 2193).

⁵⁵⁷ P. PESCATORE, *Les mesures conservatoires et les référés*, in *La juridiction internationale permanente*, cit., 339.

⁵⁵⁸ Cfr. M. WAELBROECK – J.V. LOUIS – G. VANDERSANDEN, *Le droit de la Communauté européenne*, cit., vol. 10, 370.

⁵⁵⁹ Così, tra gli altri, J.L. DA CRUZ VILAÇA, *La procédure en référé comme instrument de la protection juridictionnelle des particuliers dans le système communautaire*, cit., 275; L.M. PAIS ANTUNES, *Interim Measures under EC Competition Law – Recent Developments*, cit., 98; RENGELING – MIDDEKE – GELLERMANN, *Rechtsschutz in der Europäischen Union*, cit., 306; in giurisprudenza cfr. TPI, ord. 2 dicembre 1994, *Union Carbide Corporation c. Commissione*, in *Racc.*, 1994, p. II – 1159, § 31; TPI, ord. 10 maggio 1994, *Société commerciale des potasses c. Commissione*, in *Racc.*, 1994, p. II – 263 ss, § 39; TPI, ord. 13 maggio 1993, *Compagnie maritime belge transport SA c. Commissione*, in *Racc.*, 1993, p. II- 543 ss, § 34; TPI, ord. 7 giugno 1991, *Vichy c. Commissione*, in *Racc.*, 1991, p. II – 265 ss, § 19. Cfr. anche L. QUERZOLA, *Appunti sulle condizioni per la concessione della tutela cautelare nell'ordinamento comunitario*, cit., 505, la quale distingue tra imminenza e concretezza del pregiudizio.

dipenda da un complesso di fattori, che sia prevedibile con un sufficiente grado di probabilità⁵⁶⁰.

Proprio sotto il profilo dell'esistenza di un imminente pericolo di pregiudizio, va valutata la presenza del presupposto dell'urgenza tutte le volte che il ricorrente abbia depositato il ricorso cautelare trascorso un certo tempo dal deposito del ricorso principale, in quanto una presentazione eccessivamente tardiva dello stesso – pure in astratto possibile – può essere sintomatica dell'assenza del requisito in questione⁵⁶¹.

Problematica distinta è quella relativa alla possibilità che sussista il requisito dell'urgenza nell'ipotesi in cui il pregiudizio temuto si sia in concreto già verificato, stante l'inutilità, in simili situazioni, della tutela cautelare qualora la stessa sia inidonea a ripristinare temporaneamente lo *status quo ante* per il ricorrente⁵⁶².

La ricorrenza del requisito dell'urgenza deve essere apprezzata, inoltre, in relazione alla circostanza per la quale la concessione del provvedimento cautelare deve essere necessaria ad evitare all'istante di subire un danno di carattere grave ed irreparabile⁵⁶³.

⁵⁶⁰ In tal senso, tra le altre, CGCE, ord. 19 luglio 1995, *Commissione c. Atlantic Container*, C-149/95, in *Racc.*, 1995, 2165; TPI, ord. 1 febbraio 2006, *Endesa c. Commissione*, T-417/05, in corso di pubblicazione in *Racc.*, 2006, §§ 32 - 33; TPI, ord. 23 maggio 2005, *Dimos Ano Liosion e a. c. Commissione*, T- 85/05, in *Racc.*, 2005, II -1721; TPI, ord. 28 novembre 2003, *Schmoltdt e a. c. Commissione*, T-264/03, in *Racc.*, 2003, II-5089, §§ 94 – 95.

⁵⁶¹ Cfr. B. PASTOR – E. VAN GINDERHACTER, *La procédure en référé, cit.*, 598 – 599; TPI, ord. 9 luglio 2003, *AIT c. Commissione*, T-288/02, in *Racc.*, 2003, II-2885, § 17. Peraltro, come autorevolmente evidenziato da L. MONTESANO, *I provvedimenti d'urgenza nel processo civile*, Milano, 1955, 78, il requisito dell'imminenza del pregiudizio può essere valutato dal giudice in modo sostanzialmente discrezionale.

⁵⁶² Ad es. in una fattispecie nella quale il ricorrente lamentava di aver già dovuto chiudere la propria impresa e licenziare i propri dipendenti a causa del provvedimento impugnato, il Tribunale di primo grado aveva così rigettato il ricorso per insussistenza del presupposto dell'urgenza (v. TPI, ord. 14 agosto 1998, *Emesa Sugar c. Commissione*, T-44/98, in *Racc.*, 1998, II-1427 ss); la decisione è stata peraltro riformata in appello dalla Corte di Giustizia (CGCE, ord. 17 dicembre 1998, *Emesa Sugar c. Commissione*, C-364/98, in *Racc.*, 1998, 8815, § 57).

⁵⁶³ La giurisprudenza ha chiarito che l'accertamento della gravità e dell'irreparabilità del pregiudizio deve essere effettuato in concreto (cfr. CGCE, ord. 21 agosto 1981, *Agricola Commerciale Olio c. Commissione*, C-232/81, in *Racc.*, 1981, 2193).

Anche se, in accordo con la suddetta definizione, il pregiudizio che il ricorrente potrebbe subire deve essere sia grave che irreparabile, è stata di solito attribuita maggiore importanza alla questione dell'irreparabilità del danno⁵⁶⁴, poiché si tende a ritenere la gravità del danno insita nell'irreparabilità dello stesso⁵⁶⁵.

Occorre, quindi, cercare di delineare la nozione di danno di carattere irreparabile nell'esperienza giuridica comunitaria. In proposito va evidenziato che, secondo un primo orientamento, un pericolo di pregiudizio è irreparabile qualora non possa essere ristorato mediante un indennizzo *a posteriori*⁵⁶⁶. Secondo altri, invece, si può dire che sussiste un irreparabile pericolo di pregiudizio qualora in mancanza del provvedimento cautelare la situazione giuridica soggettiva fatta valere in giudizio possa essere compromessa in modo irreversibile anche ad opera della decisione di merito⁵⁶⁷.

La questione non ha rilevanza esclusivamente teorica poiché si riconnette strettamente alla possibilità di ritenere sussistente il pericolo di un danno irreparabile qualora il ricorrente deduca il pericolo di subire, nell'ipotesi di mancata concessione della misura richiesta, un pregiudizio di natura esclusivamente pecuniaria, posto che il denaro è un bene eminentemente fungibile⁵⁶⁸. E' evidente che la soluzione data ad un tale interrogativo è diversa a

⁵⁶⁴ In tal senso v. LANEARTS – ARTS, *Procedural Law of the European Union*, cit., 301.

⁵⁶⁵ Già nelle conclusioni rese nell'*affaire Commissione c. Francia* (CGCE, 10 luglio 1980, *Commissione c. Francia*, C-152/78, in *Racc.*, 1980, 2299), l'avvocato generale Capotorti sottolineò, infatti, che tali aggettivi dovevano essere considerati quali sinonimi di pregiudizio irreparabile, da intendere quale danno di natura tale da rendere priva di oggetto la sentenza definitiva che, senza la concessione del provvedimento cautelare, sarebbe resa invano.

⁵⁶⁶ Cfr. M. WAELBROECK, *Le droit de la Communauté européenne*, cit., I, 369.

⁵⁶⁷ Cfr. R. JOLIET, *Protection juridictionnelle provisoire et droit communautaire*, cit., 270; B. PASTOR – E. VAN GINDERHACTER, *La procédure en référé*, cit., 602 – 603. Tale concezione di danno irreparabile è stata affermata prima di tutti da P. PESCATORE, *La juridiction internationale permanente*, cit., 339, formulata in considerazione della giurisprudenza della Corte Internazionale di Giustizia. In giurisprudenza cfr., di recente, TPI, ord. 9 agosto 2001, *De Nicola c. Banca Europea degli investimenti*, T-120/01, in *Racc.*, 2001, II-783.

⁵⁶⁸ Si tratta di una situazione di frequente verificaione, in quanto il danno pecuniario è quello allegato più spesso nel processo comunitario del quale, si è pure evidenziato, costituisce l'oggetto

seconda della nozione di irreparabilità del danno che si intenda avallare. Per vero, qualora si accolga la prima tesi prospettata, si dovrà concludere nel senso dell'impossibilità di tutelare in via cautelare un diritto di credito dalla natura soltanto finanziaria. Diversamente, nella seconda prospettiva, si potrebbe ritenere almeno in alcuni casi possibile una tutela in via urgente anche nell'ipotesi in cui il pregiudizio temuto sia di natura puramente finanziaria, in considerazione di situazioni specificamente connesse alla posizione del soggetto ricorrente.

Non ci sembra pertanto inutile ricordare, in estrema sintesi, la portata del dibattito relativo alla nozione di pregiudizio irreparabile ai fini della concessione del provvedimento d'urgenza ex art. 700 c.p.c., dibattito particolarmente vivace alcuni anni fa nella dottrina italiana soprattutto con riguardo ai diritti per la tutela dei quali è ammissibile richiedere un provvedimento d'urgenza⁵⁶⁹. Più in particolare, in accordo con una prima posizione, sarebbero tutelabili in via cautelare con il provvedimento d'urgenza di cui all'art. 700 c.p.c. esclusivamente i diritti assoluti⁵⁷⁰ ovvero a quelli che hanno ad oggetto o tendono a conseguire un bene di carattere infungibile⁵⁷¹.

Successivamente si è affermato un diverso orientamento, suffragato anche in sede pretoria, in virtù del quale sussiste un pregiudizio irreparabile tutte le volte che, anche se il diritto ha ad oggetto la pretesa ad ottenere un bene di carattere fungibile, il risarcimento dei danni e gli altri rimedi apprestati dalla legge non siano idonei ad attuare integralmente, in concreto, il diritto fatto valere in

tipico (cfr. L. QUERZOLA, *Appunti sulle condizioni per la concessione della tutela cautelare nell'ordinamento comunitario*, cit., 506).

⁵⁶⁹ E questo perché l'art. 700 c.p.c. subordina espressamente alla sussistenza di un pericolo di pregiudizio di carattere irreparabile la concedibilità dei provvedimenti di urgenza.

⁵⁷⁰ Questa, in particolare, la tesi autorevolmente affermata da S. SATTA, *Limiti di applicazione dei provvedimenti di urgenza*, in *Foro it.*, 1953, I, c. 132; ID., *Commentario al codice di procedura civile*, IV, parte I, Milano, rist. 1968, 271; ID., *Provvedimenti di urgenza e urgenza di provvedimenti*, in *MGL*, 1962, 49 ss; ID., *Ancora sui provvedimenti di urgenza in materia di lavoro*, *ivi*, 1968, 420 ss; ID., *Provvedimento d'urgenza e rapporto di lavoro*, *ivi*, 1971, 455 ss.

⁵⁷¹ In tal senso L. MONTESANO, *I provvedimenti d'urgenza nel processo civile*, cit., 79 ss.

giudizio⁵⁷². In proposito si è lucidamente sottolineato che è determinante, ai fini della valutazione dell'irreparabilità del pregiudizio, la funzione che il diritto dedotto in giudizio svolge per la persona del ricorrente, poiché la mancata concessione della misura cautelare potrebbe in ipotesi avere riflessi su beni e/o situazioni di carattere non patrimoniale di per sé suscettibili di subire un pregiudizio irreparabile⁵⁷³.

Ci sembra che un orientamento del tutto simile a quello che si è infine consolidato nel sistema processuale italiano si sia affermato anche nella giurisprudenza comunitaria. L'analisi della casistica concreta evidenzia, infatti, che in via di principio un danno meramente economico non è considerato irreparabile⁵⁷⁴, soprattutto qualora possa essere reintegrato, a seguito del

⁵⁷² Questa posizione è stata sostenuta, innanzitutto, da V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, 3a ed., cit., 250 ss.

⁵⁷³ Cfr. A. PROTO PISANI, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, in *Appunti sulla giustizia civile*, Bari, 1982, 367 ss, spec. 380; ID., voce *Provvedimenti d'urgenza*, in *Enc. giur. Treccani*, XXV, Roma, 1991, 6 ss, spec. 11, nonché P. FRISINA, *La tutela cautelare d'urgenza dei diritti a prestazioni pecuniarie*, cit., 985. Sulla necessità di considerare in senso dinamico la situazione sostanziale fatta valere in sede cautelare, senza una stereotipa differenziazione tra situazioni giuridiche soggettive di carattere strumentale e di carattere finale, v. A. CERINO CANOVA, *I provvedimenti d'urgenza nelle controversie di lavoro*, in *Mass. giur. lav.*, 1981, 6 ss; G. VERDE, *Considerazioni sul procedimento d'urgenza*, cit., 417 ss; L. LANFRANCHI, *Diritti dei lavoratori, cassa integrazione guadagni e provvedimenti d'urgenza*, in *Riv. giur. lav.*, 1982, II, 654; PEDRAZZOLI, *La tutela cautelare delle situazioni soggettive nel rapporto di lavoro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1973, 1067 ss; PERA, *Possibili soluzioni d'urgenza a favore del lavoratore e dell'assicurato*, in *DL*, 1967, I, 164 ss. Sulla questione v. altresì l'efficace sintesi di F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, IV, cit., 226 ss. Comunque sia anche la giurisprudenza italiana, sulla scorta della dottrina più recente ora richiamata, è nel senso di ritenere tutelabili tali diritti in sede d'urgenza qualora ciò sia essenziale considerata la funzione del diritto per la persona del ricorrente, come nel caso dei crediti retributivi necessari per assicurare al soggetto una vita libera e dignitosa ai sensi dell'art. 36 Cost. (ma non anche il t.f.r.: cfr. Trib. Napoli 23 maggio 2005, in *Lavoro nella giur.*, 2005, 700) e di quelli alimentari e, più in generale, in tutte le ipotesi nelle quali, in concreto, gli strumenti risarcitori ordinari esistenti non sarebbero idonei a ripristinare lo status quo ante (Trib. Taranto 2 luglio 2005, in *Lav. nelle p.a.*, 2005, 670, con nota di NAVILLI; Trib. Napoli 25 marzo 2005, in *Corr. merito*, 2005, 631). Si segnala di recente, in una prospettiva ancora più estensiva circa la possibilità di tutelare ex art. 700 c.p.c. diritti a prestazioni di natura patrimoniale, Trib. Firenze 4 maggio 2005, in *Giur. merito*, 2005, 2323, con nota di NARDELLI; Trib. Nocera Inferiore 23 febbraio 2003, secondo cui la tutela urgente ai sensi dell'art. 700 c.p.c. è ammissibile anche per la salvaguardia di situazioni patrimoniali, quando vi sia uno scarto tra il verificarsi del danno e il suo successivo risarcimento, come nel caso in cui sia impossibile in seguito l'esatta quantificazione del danno.

⁵⁷⁴ Cfr., tra le altre, CGCE, ord. 19 dic. 1990, *Compagnia italiana alcool c. Commissione*, C-358/90, in *Racc.*, 1990, p. I-4887; CGCE, ord. 23 mag. 1990, *Comos-Tank e a. c./Commissione*, C-51/90 e C-59/90, in *Racc.*, 2167; TPI, ord. 23 mar. 1993, *Hogan c. Parlamento*, T-115/92, in *Racc.*, 1993, p. II-339). Nel senso che il diritto d'autore non ha natura esclusivamente economica v. TPI, ord. 26 ottobre 2001, *IMS Health c. Commissione*, T-184/01, in *Racc.*, 2001, II-3193, § 127.

vittorioso esito del ricorso principale, attraverso una compensazione pecuniaria successiva⁵⁷⁵ ed, in particolare, in accordo con alcune decisioni, mediante il vittorioso esperimento del ricorso volto a far valere la responsabilità risarcitoria della Comunità ai sensi dell'art. 288 del Trattato CE⁵⁷⁶. Tuttavia si è anche chiarito che rientra nella discrezionalità del giudice della cautela valutare le circostanze caratterizzanti la fattispecie concreta in forza delle quali la mancata concessione del provvedimento cautelare potrebbe determinare danni irreparabili anche a seguito della pronuncia sul ricorso principale⁵⁷⁷. La Corte di Giustizia ha ritenuto, in una prospettiva siffatta, irreparabile il pericolo di un danno esclusivamente economico idoneo ad influire sui meccanismi fisiologici della concorrenza in modo da poter implicare la perdita definitiva di settori di mercato

⁵⁷⁵ Cfr., *ex multis*, TPI, ord. 2 giugno 2005, *Umwelt- und Ingenieurtechnik Dresden c. Commissione*, T-125/05, in *Racc.*, 2005, II-1901; TPI, ord. 31 gennaio 2001, *Tralli c. BCE*, T-373/00, in *Racc.*, 2000, II-83, §§ 23-24; TPI, ord. 8 dicembre 2000, *BP Nederland e. a. c. Commissione*, T-237/99, in *Racc.*, 1999, II-3849, §§ 48 ss; TPI, ord. 24 feb. 1995, *Industrie des poudres sphériques c. Consiglio*, T-2/95, in *Racc.*, 1995, p. II-485, § 28; TPI, ord., 7 lug. 1994, *Geotronics c. Commissione*, T-185/94, in *Racc.*, 1994, p. II-519, § 22. Ad es. il pregiudizio economico non dovrebbe essere considerato irreparabile qualora, a fronte dell'impugnazione della propria decisione emessa nel corso di una procedura di infrazione, la Commissione non riscuota le somme dovute, imponendo semplicemente all'impresa sanzionata di depositarle, nelle more della decisione, in un libretto bancario vincolato (cfr. J. L. DA CRUZ VILAÇA, *La procédure en référé comme instrument de la protection juridictionnel des particuliers dans le système communautaire*, cit., 275).

⁵⁷⁶ Così TPI, ord. 16 gennaio 2004, *Arizona Chemical e.a. c. Commissione*, T-369/03, in *Racc.*, 2004, II-205, § 87; TPI, ord. 12 settembre 2001, *Comafrika et Dole Fresh Fruit Europe c. Commissione*, T-139/01, in *Racc.*, 2001, II-2415, § 94; TPI, ord. 1° agosto 2001, *Euroalliages e.a. c. Commissione*, T-132/01, in *Racc.*, 2001, II-2307, §§ 65-66. Cfr., peraltro, TPI, ord. 26 ottobre 2001, *IMS Health c. Commissione*, cit., § 125, sulla questione dell'effettività dei rimedi risarcitori esistenti sul piano nazionali. Si segnala in argomento, in dottrina, la posizione critica di F. BERROD, *La systématique des voies de droit communautaires*, cit., spec. 716 ss, la quale rivendica l'autonomia tra il ricorso cautelare e l'azione volta al risarcimento dei danni per responsabilità extracontrattuale della Comunità o degli agenti della stessa poiché, nell'un caso, la finalità è quella di evitare che un danno si verifichi in capo al ricorrente, nell'altro, già verificatosi il pregiudizio, la parte agisce per ottenere il dovuto ristoro dai responsabili. In effetti, soprattutto una giurisprudenza più risalente - e più condivisibile poste le condizioni eccessivamente restrittive cui soggiace la proponibilità dell'azione per risarcimento danni nel sistema processuale comunitario (v., più diffusamente, Cap. II, § 2.3.) - riteneva che l'esperibilità di una siffatta azione non potesse ergersi a parametro per determinare le situazioni nelle quali il pregiudizio lamentato ha carattere irreparabile (CGCE, ord. 21 agosto 1981, *Olio e a. c. Commissione*, C-232/81, in *Racc.*, 1981, 2193, § 9).

⁵⁷⁷ TPI, ord. 10 febbraio 1999, *Willeme c. Commissione*, T-211/98, in *Racc.*, 1999, p. II-57, §§ 37-39; TPI, ord. 1° ago. 1991, *Hayer c. Commissione*, T-51/91, in *Racc.*, 1991, p. II-679, §§ 16-19.

per gli operatori economici ricorrenti⁵⁷⁸ o, in ogni caso, a minacciare la stessa permanenza in vita dell'azienda⁵⁷⁹, nelle ipotesi in cui tali effetti si ricolleghino direttamente ed oggettivamente al provvedimento contestato⁵⁸⁰. Si è poi esattamente osservato che, in virtù dei descritti orientamenti, una semplice

⁵⁷⁸ Così L. QUERZOLA, *Appunti sulle condizioni per la concessione delle misure cautelari nel processo comunitario*, cit., 506. In giurisprudenza cfr. ord. prés. 12 lug. 1990, *Commissione c. Repubblica Federale di Germania*, in *Racc.*, 1990, 3351, §§ 38 – 40; ord. prés. 10 giu. 1988, *Sofrimport s.a.r.l. c. Commissione*, in *Racc.*, 1988, 2931 ss, §§ 31 – 32; ord. prés. CGCE 30 ott. 1978, *van Landewyck s.a.r.l. c. Commissione*, in *Racc.*, 1978, 2111 ss, §§ 2 – 3; TPI, ord. 28 giugno 2000, *Artegodan c. Commissione*, T-74/00, in *Racc.*, 2000, II-2583, § 47; TPI, ord. 10 dicembre 1997, *Camar c. Commissione e Consiglio*, T-260/97, in *Racc.*, 1997, II-2357; TPI, ord. 21 marzo 1997, *Antillean Rice Mills c. Consiglio*, T-41/97, in *Racc.*, 1997, II-447; TPI, ord. 15 giugno 1994, *Société commerciale des potasses et de l'azote e a. c. Commissione*, T-88/94, in *Racc.*, 1994, II-401. Si segnalano, a riguardo, una serie di ordinanze rese dal Tribunale di prima istanza in materia di autorizzazione alla messa in commercio di medicinali: nelle stesse si è affermato che il danno che potrebbe essere determinato dall'esecuzione immediata di una decisione della Commissione relativa al ritiro di un'autorizzazione alla messa in commercio di alcuni medicinali ha carattere grave ed irreparabile per l'impresa titolare della relativa autorizzazione, ogni qual volta è dimostrato che il ritiro totale dal commercio di quel prodotto comporta un serio rischio di sostituzione dello stesso con altri medicinali nonché, anche a seguito dell'annullamento del provvedimento nell'ambito del procedimento principale, la perdita definitiva di fiducia dei consumatori nella sicurezza del prodotto (cfr., tra le altre, TPI, ord. 31 ottobre 2000, *Roussel et Roussel Iberica c. Commissione*, T-85/00, in *Racc.*, 2000, II-3613, §§ 42 ss; TPI, ord. 31 ottobre 2000, *Schuck c. Commissione*, T-83/00, in *Racc.*, 2000, II-3585, §§ 42 ss; TPI, ord. 19 ottobre 2000, *Trenker c. Commissione*, T-141/00, in *Racc.*, 2000, II-3313, §§ 36 ss). Le decisioni appena citate sono di interesse anche perché con le stesse si è eccezionalmente riconosciuta la prevalenza, nell'ambito del bilanciamento degli interessi, a quelli economici delle imprese piuttosto che all'interesse della Comunità alla tutela della sanità pubblica (cfr., *infra*, § 3.3.).

⁵⁷⁹ E questo soprattutto perché il venir meno dell'impresa impedirebbe alla stessa di beneficiare di un eventuale risarcimento dei danni ai sensi dell'art. 288 del Trattato CE (v. TPI, ord. 1° agosto 2001, *Euroallages c. Commissione*, cit., § 66; cfr. inoltre, tra le altre, TPI, ord. 3 marzo 1997, *Comafrika c. Commissione*, T-6/97, in *Racc.*, 1997, II-291; TPI, ord. 8 ottobre 1996, *Cipeke c. Commissione*, T-84/96, in *Racc.*, 1996, II-1313; TPI, ord. 23 mag. 1990, *Comos Tank e a. c. Commissione*, cit.). Si è inoltre precisato, a riguardo, che ai fini di una tale valutazione il giudice della cautela dovrà anche tenere conto delle dimensioni del gruppo all'interno del quale l'impresa eventualmente si colloca (TPI, ord. 30 giugno 1999, *Pfizer Animal Health c. Consiglio*, T-13/99, in *Racc.*, 1999, II, 1961, §§ 134 ss; cfr. in dottrina J.L. DA CRUZ VILAÇA, *La procédure en référé comme instrument de protection juridictionnelle des particuliers dans le système communautaire*, cit., 277). Inoltre, in un'interessante decisione il Tribunale di primo grado ha ritenuto che la domanda cautelare introdotta dall' esercente un servizio universale, avente una missione di interesse economico generale, ai sensi dell'art. 86, § secondo, del Trattato CE, il cui perseguimento è essenziale, deve essere accolta anche quando, in assenza della concessione della misura cautelare, il prestatore del servizio non potrebbe continuare a svolgere la missione attribuita allo stesso fino alla decisione di merito (TPI, ord. 28 maggio 2001, *Poste Italiane c. Commissione*, T-53/01, in *Racc.*, 2001, II-1479, §§ 119 ss). Diversamente, secondo L. DITTRICH, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700*, in *Il processo cautelare*, 2a ed., a cura di G. TARZIA, cit., 223, nt. 38, i diritti di credito non potrebbero in nessun caso essere pregiudicati in modo irreparabile, neppure qualora, nelle more della decisione di merito, possa essere pregiudicata la sopravvivenza stessa dell'impresa.

⁵⁸⁰ Cfr., tra le altre, TPI, ord. 15 novembre 2001, *Duales System Deutschland c. Commissione*, T-151/01, in *Racc.*, 2001, II-3295, § 200.

alterazione della posizione dell'impresa ricorrente sul mercato può non essere considerata un pregiudizio irreversibile⁵⁸¹.

Per quanto sinora evidenziato dovrebbero invece sussistere meno problemi a ritenere irreparabile il pregiudizio che potrebbe subire il ricorrente nell'ipotesi di mancata concessione della misura cautelare nell'ambito del contenzioso del pubblico impiego, soprattutto a fronte di decisioni sanzionatorie rese dalle istituzioni comunitarie nei confronti dei propri funzionari: in questo caso, infatti, difficilmente una compensazione successiva per equivalente può porre rimedio ai danni psicologici o alla reputazione personale subiti dal destinatario della misura⁵⁸², poiché il pregiudizio che rischia di subire il ricorrente è di carattere eminentemente morale⁵⁸³. Tuttavia la giurisprudenza non appare

⁵⁸¹ C. IANNONE, *Commento all'art. 242 del Trattato CE, cit.*, 1149.

⁵⁸² Per tali considerazioni v. O. DE SCHUTTER, *Les mesures provisoires devant la CJCE dans le domaine des droits fondamentaux, cit.*, 96; nello stesso senso, in giurisprudenza, TPI, ord. 12 dicembre 1995, *Connolly c. Commissione*, T-203/95, in *Racc.*, 1995, II-2919; TPI, ord. 5 aprile 1993, *Peixoto c. Commissione*, T-21/93, in *Racc.*, 1993, p. II – 463; TPI, ord. 30 novembre 1993, *D c. Commissione*, T-549/93, in *Racc.*, 1993, p. II-1347, § 44. Emblematica di tali orientamenti appare la più recente decisione resa dal Tribunale di primo grado con l'ordinanza del 26 gennaio 2001 nell'*affaire J. M. Le Pen c. Parlamento europeo*, T-353/00, in *Racc.*, 2001, p. II - 125, § 96: si è infatti accolto il ricorso sul presupposto dei limiti temporali all'esercizio delle funzioni parlamenari che comportano pregiudizi irreparabili nel caso di impossibilità, anche provvisoria, di esercitare il relativo mandato. Quanto al danno alla reputazione, più difficile è l'affermazione della sussistenza di un pregiudizio irreparabile in presenza di una decisione di non aggiudicazione di una gara pubblica a favore di una determinata impresa, posto che la partecipazione stessa alla gara, naturalmente competitiva, implica necessariamente tali rischi per tutti i partecipanti, di talché la mancata vittoria non è di per sé idonea a causare un danno irreparabile (TPI, ord. 10 novembre 2004, *European Dynamics c. Commissione*, T-303/04, in *Racc.*, 2004, II-3889, § 82; TPI, ord. 20 luglio 2000, *Esedra c. Commissione*, T-169/00, in *Racc.*, 2000, II-2951, § 48). Un simile criterio, nella medesima prospettiva restrittiva della possibilità per le imprese di invocare un pericolo di danno morale alla propria reputazione ove non fosse concessa la misura cautelare richiesta, è alla base dell'orientamento in virtù del quale un siffatto pregiudizio manca a fronte di una decisione di soppressione di un concorso per il finanziamento di alcuni progetti con fondi strutturali della CE (TPI, ord. 18 ottobre 2001, *Aristoteleio Panepistimio Thessalonikis c. Commissione*, T-196/01, in *Racc.*, 2001, II-3107, §§ 36-37).

⁵⁸³ Cfr. L. WEITZEL, *Demande le sursis à exécution ou d'autres mesures provisoires, cit.*, 156. Tra le fattispecie di pericolo di pregiudizio morale che sono state riconosciute tutelabili v. TPI, ord., 5 apr. 1993, *Peixoto c. Commissione*, T-21/93, in *Racc.*, 1993, p. II – 463, pronuncia che denota un'isolata apertura della giurisprudenza comunitaria poiché si è riconosciuto il pericolo di pregiudizio morale che il ricorrente avrebbe potuto subire a causa dell'esecuzione della sanzione disciplinare di retrogradazione per false dichiarazioni. Non si può trascurare, tuttavia, che la posizione dei giudici comunitari, soprattutto in passato, è stata in alcuni casi eccessivamente rigorosa anche in merito alla prova del pericolo di subire un danno irreparabile nell'ambito del contenzioso del pubblico impiego. Si segnala l'ordinanza resa nell'affaire Salerno nella quale è stata rigettata la domanda cautelare proposta dal ricorrente per poter essere ammesso a partecipare con riserva ad un concorso, sull'assunto del probabile svolgimento in tempi brevi di una nuova

generosa nella concessione di provvedimenti cautelari neppure in un tale ambito, stante la ricorrente affermazione in virtù della quale i danni lamentati potrebbero comunque essere ristorati a seguito della conclusione del giudizio di merito per risarcimento dei danni proposto nei confronti della Comunità europea⁵⁸⁴.

Il danno che la mancata concessione della misura cautelare potrebbe causare al ricorrente deve inoltre essere grave. La principale funzione che può essere ascritta ad un tale requisito – che pure, si accennava, costituisce per alcuni un'endiade con quello dell'irreparabilità del pregiudizio - è quella di consentire al giudice di considerare in modo “relativo” la situazione dei ricorrenti⁵⁸⁵ poiché, ad es., il pregiudizio che potrebbe subire una piccola società per un provvedimento emanato nei suoi confronti è spesso significativamente maggiore rispetto a quello di una multinazionale⁵⁸⁶.

Occorre poi sottolineare che, ai fini della decisione del giudice della cautela in ordine alla sussistenza del danno lamentato dal ricorrente, il comportamento di quest'ultimo può giocare un ruolo determinante⁵⁸⁷. In coerenza con il principio di autoresponsabilità, il ricorrente non può far infatti valere un

procedura concorsuale (cfr. CGCE, ord., 13 gen. 1978, C-4/78, *Salerno c. Commissione*, in *Racc.*, 1978, 1 ss).

⁵⁸⁴ In tal senso v., ad es., CGCE, ord. 22 giugno 1987, *Aldinger c. Parlamento europeo*, C-23/87, in *Racc.*, 1987, 2841, § 17; CGCE, ord. 20 luglio 1981, *Alvarez c. Parlamento europeo*, C-206/81, in *Racc.*, 1981, 2187. Peraltro, in alcune decisioni si tende discutibilmente a considerare danno di carattere esclusivamente pecuniario anche quello subito dai funzionari delle istituzioni a fronte dell'intimazione del licenziamento (così, di recente, TPI, ord. 31 gennaio 2001, *Tralli c. BCE*, cit., §§ 26 – 27).

⁵⁸⁵ Così C. IANNONE, *Commento all'art. 242 del Trattato CE*, cit., 1149, la quale evidenzia che, volendo considerare un tale presupposto autonomamente da quello dell'irreparabilità del pregiudizio, il medesimo dovrebbe identificarsi con il livello di compromissione degli interessi in causa.

⁵⁸⁶ Cfr. LANEARTS – ARTS, *Procedural Law of the European Union*, cit., 301.

⁵⁸⁷ Così L. WEITZEL, *Demander le sursis à l'exécution ou d'autres mesures provisoires*, cit., 160.

danno dovuto ad un proprio comportamento colposo⁵⁸⁸ o che avrebbe potuto evitare o almeno limitare con un contegno diligente⁵⁸⁹.

3. 2. *Fumus boni juris*

Ai sensi dell'art. 83, § secondo, del Regolamento di procedura dinanzi alla Corte di Giustizia e dell'art. 104, § secondo, del Regolamento di procedura di fronte al Tribunale di primo grado, i ricorsi cautelari devono inoltre indicare i motivi di fatto e di diritto che giustificano a prima vista la concessione del provvedimento richiesto.

Nell'ambito della propria cognizione di carattere sommario il giudice della cautela è pertanto tenuto a compiere un giudizio prognostico in ordine alla verosimiglianza del diritto fatto valere dal ricorrente⁵⁹⁰, giudizio in ogni caso inidoneo a pregiudicare quello che, all'esito di una cognizione completa, indurrà a concedere o negare la tutela di merito richiesta⁵⁹¹. La valutazione di un tale requisito appare però particolarmente delicata nel sistema comunitario, stante la netta contrapposizione tra l'esigenza che lo stesso sia effettuato in tempi relativamente brevi e la complessità degli accertamenti che il medesimo implica almeno in alcuni procedimenti – come, ad es., quelli in materia *antitrust* - nei

⁵⁸⁸ In tal senso v. CGCE, ord.17 gennaio 1983, *Alvarez c. Parlamento*, C-347/82, in *Racc.*, 1983, 65, §§ 24 – 25; CGCE, ord. 23 dicembre 1982, *Albertini e Montagnani c. CCRN e Commissione*, C-338/82, in *Racc.*, 1982, 4667, § 18.

⁵⁸⁹ V., tra le altre, CGCE, ord. 16 luglio 1993, *Irlanda c. Commissione*, C-307/93, in *Racc.*, 1993, §§ 25 – 29; CGCE, ord. 29 giugno 1993, *Germania c. Consiglio*, C-280/93, in *Racc.*, 1993, §§ 38-41; CGCE, ord. 3 aprile 1992, *Parlamento c. Frederiksen*, C-35/92, in *Racc.*, 1992, § 22.

⁵⁹⁰ Efficacemente B. PASTOR – E. VAN GINDERHACTER, *La procédure en référé*, cit., 595, sottolineano che in tale sede il giudice della cautela deve esaminare, presente il presupposto dell'urgenza, “le bien - fondé du recours au principal”, ovvero la serietà dei motivi di fatto e di diritto dedotti dal ricorrente.

⁵⁹¹ Cfr. R. JOLIET, *Protection juridictionnelle provisoire et droit communautaire*, cit., 267; LANEARTS – ARTS, *Procedural Law of the European Union*, cit., 299, per i quali la previsione del requisito in esame è volta ad evitare un'utilizzazione abusiva della tutela cautelare. Ciò non impedisce peraltro che, in alcune fattispecie concrete, la valutazione del *periculum* sia predominante, tanto che il *fumus* non viene menzionato o ciò avviene soltanto genericamente nell'ordinanza cautelare (così G. BORCHARDT, *The award of interim measures by the European Court of Justice*, cit., 211, con riferimento alle controversie in materia di concorrenza).

quali, anche ai fini dell’emanazione di una decisione provvisoria, è necessaria la valutazione da parte del giudice di una notevole mole di documenti⁵⁹².

Ciò premesso, occorre evidenziare che la giurisprudenza comunitaria non ha mai definito compiutamente il presupposto del *fumus*, preferendo utilizzare un approccio eminentemente casistico⁵⁹³, anche se negli ultimi anni può comunque registrarsi un’evoluzione in senso favorevole alla parte che ricorre per ottenere il provvedimento cautelare⁵⁹⁴.

Soprattutto in tempi meno recenti, infatti, ai fini della concessione della tutela cautelare, si era evidenziata la necessità che a seguito del giudizio prognostico all’uopo compiuto dal giudice della cautela emergesse una forte presunzione in favore della fondatezza del ricorso⁵⁹⁵.

In altre occasioni si era ritenuta invece determinante la manifesta fondatezza delle doglianze del ricorso principale⁵⁹⁶.

⁵⁹² Sostanzialmente nello stesso senso v. J.L. DA CRUZ VILAÇA, *La procédure en référé comme instrument de la protection juridictionnelle des particuliers dans le système communautaire*, cit., 297; B. PASTOR – E. VAN GINDERHACTER, *La procédure en référé*, cit., 595. Evidenzia efficacemente G. BORCHARDT, *The award of interim measures by the European Court of Justice*, cit., 209, che ai giudici comunitari è attribuito, nella valutazione del *fumus boni juris*, un compito estremamente delicato perché, da un lato, devono decidere in tempi relativamente brevi di questioni anche complesse – il che è dimostrato, nota l’A., dalla circostanza che le parti di solito fanno leva sulle medesime argomentazioni giuridiche sia nel ricorso cautelare che in quello principale - e, dall’altro, la relativa decisione non deve pregiudicare la decisione di merito.

⁵⁹³ Cfr. R. JOLIET, *Protection juridictionnelle provisoire et droit communautaire*, cit., 267; B. PASTOR – E. VAN GINDERHACTER, *La procédure en référé*, cit., 595; P. N. SCHWAIGER, *Le référé dans la procédure de la Cour de Justice des trois Communautés européennes*, cit., 169 – 182; M. WELBROECK – J.V. LOUIS – G. VANDERSANDEN, *Le droit de la Communauté européenne*, cit., vol. 10, 368.

⁵⁹⁴ Così G. BORCHARDT, *The award of interim measures by the European Court of Justice*, cit., 210; O. DE SCHUTTER, *Les mesures provisoires devant la CJCE dans le domaine des droits fondamentaux*, cit., 97.

⁵⁹⁵ V., tra le altre, CGCE, ord. 10 giu. 1988, *Sofrimport c. Commissione*, C-152/88, in *Racc.*, 1988, 2931; CGCE, ord. 8 apr. 1987, *Pfizer International Inc. c. Commissione*, C-65/87, in *Racc.*, 1987, 1691; ord. CGCE 20 ott. 1959, *von Lachmüller e altri c. Commissione*, C-43/59, in *Racc.*, 1960, 983; ord. CGCE 25 giu. 1963, *Prakash c. Commissione*, C-65/63, in *Racc.*, 1965, 576. Secondo J. RIDEAU – F. PICOD, *Code de procédures communautaires*, cit., 425, una tale giurisprudenza andrebbe al di là delle esigenze stabilite dagli stessi Regolamenti di procedura dinanzi alla Corte di Giustizia ed al Tribunale di primo grado che si limitano a richiedere, come detto, che il ricorrente specifichi i motivi di fatto e di diritto che giustificano “a prima vista” la concessione della tutela cautelare.

⁵⁹⁶ Cfr. CGCE, ord. 31 gennaio 1991, *Parlament c. Hanning*, C-345/90, in *Racc.*, 1991, p. I – 231; CGCE, ord. 13 dicembre 1984, *Scharf c. Commissione*, C-292/84, in *Racc.*, 1984, 4349.

Secondo il terzo orientamento, meno restrittivo, espresso in tempi più recenti dalla giurisprudenza comunitaria, il requisito in esame appare soddisfatto ogni qual volta il diritto in relazione al quale è domandata tutela in via cautelare non appaia del tutto destituito di fondamento⁵⁹⁷.

Sulla scorta di una tale posizione si è osservato, in dottrina, che la giurisprudenza comunitaria più recente tende a svalutare il requisito del *fumus boni juris*, poiché, nell'ipotesi in cui sussista in concreto il pericolo di un grave danno nel ritardo, il provvedimento è concesso purché il ricorso principale non appaia manifestamente infondato nel merito⁵⁹⁸. In accordo con una tale impostazione, il giudice valuterebbe innanzitutto la sussistenza del requisito dell'urgenza e, soltanto nella concreta presenza del rischio di un serio ed irreparabile pregiudizio al ricorrente, considererebbe anche le *chances* di successo

⁵⁹⁷ Un tale orientamento è stato inaugurato da CGCE, ord. 16 gennaio 1975, *Johnson & Firth Brown c. Commissione*, C-3/75, in *Racc.*, 1975, 1 ss; v., inoltre, CGCE, ord. 28 giugno 1990, *Commissione c./Germania*, C-195/90, in *Racc.*, 1990, p. I – 2715; CGCE, ord. 10 ottobre 1989, *Commissione c./Regno Unito e Irlanda del Nord*, C-246/89, in *Racc.*, 1989, 3125; CGCE, ord. 22 giugno 1987, *Aldinger*, *cit.*, 2841. In tal senso, in dottrina, C. IANNONE, *Commento all'art. 242 del Trattato CE*, *cit.*, 1149, la quale sottolinea che soltanto in caso di manifesta infondatezza la domanda di provvedimenti cautelari deve essere respinta, dovendo, nelle altre ipotesi, il giudice della cautela emanare il provvedimento richiesto sempreché sussista il presupposto dell'urgenza; v. anche L. WEITZEL, *Demander le sursis à exécution ou d'autres mesures provisoires*, *cit.*, 165.

⁵⁹⁸ Cfr. L.M. PAIS ANTUNES, *Interim Measures under EC Competition Law – Recent Developments*, *cit.*, 97; L. QUERZOLA, *Appunti sulle condizioni per la concessione della tutela cautelare nell'ordinamento comunitario*, *cit.*, 507, secondo i quali la giurisprudenza più recente si accontenterebbe di un semplice *fumus "non mali" juris*. Per simili considerazioni v. anche P. PESCATORE, *Les mesures conservatoires et les référés*, *cit.*, 340, il quale afferma che nella giurisprudenza comunitaria il requisito del *fumus boni juris* non sarebbe mai esaminato a favore di una considerazione del solo presupposto dell'urgenza, nonché, almeno in relazione ad alcune ordinanze cautelari, LANEARTS – ARTS, *Procedural Law of the European Union*, *cit.*, 299 – 300. Il che potrebbe ricondursi ad un fenomeno più generale: come si è efficacemente notato, invero, nel processo cautelare il giudice deve compiere essenzialmente due ricerche, cioè a dire esaminare la ricorrenza dei presupposti del *periculum in mora* e del *fumus boni iuris*. Peraltro soltanto in ordine alla sussistenza del primo il giudice della cautela, salve ovviamente le impugnazioni proposte avverso la sua pronuncia, è esclusivo “signore”, mentre, quanto alla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio dal ricorrente, lo stesso si limita ad anticipare, in modo sommario, un esame che sarà compiutamente posto in essere soltanto dal giudice di merito (v. G. PALEOLOGO, *Il giudizio cautelare amministrativo*, *cit.*, 287). *Contra* J. L. DA CRUZ VILAÇA, *La procédure en référé comme instrument de la protection juridictionnelle des particuliers en droit communautaire*, *cit.*, 284; R. JOLIET, *Protection juridictionnelle provisoire et droit communautaire*, *cit.*, 269; B. PASTOR – E. VAN GINDERHACTER, *La procédure en référé*, *cit.*, 595.

del ricorso di merito⁵⁹⁹. Ciò dipenderebbe anche dalle difficoltà che spesso incontra il ricorrente nel fornire la prova del *fumus boni juris*, anche per la complessità degli accertamenti che dovrebbero essere effettuati nell'ambito del processo comunitario.

Si ritiene, peraltro, maggiormente persuasiva la tesi affermata da altra parte della dottrina, la quale, pur riconoscendo che attualmente la giurisprudenza ricostruisce il requisito in esame in termini di *fumus non mali juris*⁶⁰⁰, giustifica le apparenti divergenze che ancora si riscontrano all'interno della stessa e che inducono la Corte ad evitare di coniare definizioni in ragione della differente natura dei ricorsi cautelari⁶⁰¹. Si è, a riguardo, sottolineato che il giudizio in ordine alla verosimiglianza del diritto del ricorrente è di solito svolto con maggiore rigore qualora lo stesso domanda un *quid pluris* rispetto alla mera sospensione dell'atto impugnato⁶⁰² ovvero se la misura richiesta avrebbe effetti di

⁵⁹⁹ Secondo L.M. PAIS ANTUNES, *Interim Measures under EC Competition Law – Recent Developments*, cit., 98, nella materia della concorrenza ciò condurrebbe quasi sempre i giudici comunitari a concedere i provvedimenti cautelari richiesti, data la mole della documentazione che il giudice della cautela dovrebbe esaminare per affermare che il ricorso è evidentemente infondato. Variante di tale dottrina è la tesi secondo cui la giurisprudenza comunitaria in tema di *fumus* delle misure cautelari potrebbe essere riportata a coerenza attraverso una considerazione globale dei due presupposti dei provvedimenti cautelari (così J. L. DA CRUZ VILAÇA, *La procédure en référé comme instrument de la protection jurisdictionnelle des particuliers en droit communautaire*, cit., 284 ss; C. MORVIDUCCI, *Fumus boni iuris e misure cautelari nel processo comunitario*, cit., 710 ss).

⁶⁰⁰ La Commissione, convenuta in un giudizio cautelare, è giunta a definire “deriva giurisprudenziale” quella che ha condotto ad una trasformazione del presupposto del *fumus boni juris* in *fumus non mali juris* (v. CGCE, ord. 19 luglio 1995, *Atlantic Container Line c. Commissione*, cit.).

⁶⁰¹ Cfr., tra gli altri, B. PASTOR – E. VAN GINDERHACTER, *La procédure en référé*, cit., 596; MERTENS DE WILMARS, *Het kort geding voor het Hof van Justitie van de Europese gemeenschappen*, cit., 42; M. WAELBROECK – J.V. LOUIS – G. VANDERSANDEN, *Le droit de la Communauté européenne*, cit., vol. 10, 369; H.G. SHERMERS – D. F. WAELBROECK, *Judicial Protection in the European Union*, 6a ed., cit., 695. In giurisprudenza per simili considerazioni v., tra le altre, CGCE, ord. 12 luglio 1996, *Regno Unito c. Commissione*, C-180/96, in *Racc.*, 1996, 3903; CGCE, ord. 23 febbraio 2001, *Austria c. Consiglio*, C-445/00, in *Racc.*, 2001, 1461, nelle quali il giudice della cautela ha svolto un attento esame circa la sussistenza del requisito del *fumus* proprio in omaggio alle evidenziate esigenze.

⁶⁰² Cfr. B. PASTOR – E. VAN GINDERHACTER, *La procédure en référé*, cit., 596; J. RIDEAU – F. PICOD, *Code de procédures communautaires*, cit., 424. Una tale situazione si verifica, per es., se il ricorrente chiede il pagamento in via cautelare di una certa somma da parte di un'istituzione comunitaria.

ampia portata nei confronti di soggetti terzi⁶⁰³. In molti casi prevalgono quindi valutazioni di carattere eminentemente pratico, riconducibili essenzialmente alle peculiarità della fattispecie concreta⁶⁰⁴.

Non si può trascurare, peraltro, che le riferite incertezze della giurisprudenza comunitaria sul presupposto in esame riflettono anche le differenti concezioni dello stesso, in particolare negli ordinamenti continentali ed in quelli di *common law*⁶⁰⁵: infatti nel primo caso si richiede la prova, sebbene in sede di accertamento sommario, della fondatezza del ricorso principale, nell'altro si esige, meno rigorosamente, che il ricorso non appaia *prima facie* infondato⁶⁰⁶.

Proprio nel processo cautelare amministrativo italiano, come da ultimo riformato dalla legge 21 luglio 2000, n. 205, possiamo individuare un'emblematica espressione della tendenza a considerare in modo rigoroso la ricorrenza del *fumus boni iuris* nei sistemi continentali: nella motivazione dell'ordinanza cautelare il giudice è infatti chiamato ad indicare i profili che, sia pure a seguito di un esame di carattere sommario, inducono ad una "ragionevole previsione sull'esito del ricorso". Di conseguenza si è esattamente osservato che, stante una tale disposizione, provvedimenti cautelari non potranno essere concessi

⁶⁰³ J.P. MERTENS DE WILMARS, *Het kort geding voor het Hof van Justitie van de Europese gemeenschappen*, cit., 42. Occorre tuttavia tenere presente che la considerazione degli effetti del provvedimento cautelare emanato sull'ordinamento comunitario è talvolta esaminata dai giudici comunitari successivamente alla considerazione del *fumus*, all'atto della verifica della sussistenza del terzo dei requisiti richiesti per la concessione delle misure cautelari nel sistema comunitario, i.e. il bilanciamento degli interessi (cfr. C. MORVIDUCCI, *Fumus boni iuris e misure cautelari nel processo comunitario*, cit., 714).

⁶⁰⁴ Così F.G. JACOBS, *Interim Measures in the Law and Practice of the Court of Justice of the European Communities*, cit., 50.

⁶⁰⁵ C. MORVIDUCCI, *Fumus boni iuris e misure cautelari nel processo comunitario*, cit., 714 ss, ritiene invece che le differenti posizioni espresse dalla giurisprudenza comunitaria siano una conseguenza dell'ampia discrezionalità di cui godono in materia i giudici comunitari.

⁶⁰⁶ In argomento v. G. TESAURO, *Les mesures provisoires dans le système communautaire*, cit., 1249 ss; M. SLUSNY, *Les mesures provisoires dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, cit., 133; M. FROMONT, *La protection provisoire des particuliers contre les décisions administratives dans les Etats membres des Communautés européennes*, cit., 309 ss.

soltanto a fronte di una valutazione sommaria della non manifesta infondatezza della pretesa del ricorrente in sede cautelare⁶⁰⁷.

Opposta e più simile sul punto all'evoluzione della giurisprudenza comunitaria è invece la tendenza nel processo amministrativo francese, poiché con la legge 30 giugno 2000, al fine di consentire una più estesa concessione del provvedimento di sospensione dell'esecutorietà degli atti amministrativi, non è più richiesto che il ricorrente dimostri che sussiste un motivo talmente serio da giustificare l'annullamento del provvedimento impugnato con il ricorso principale ma soltanto motivi idonei a comportare un serio dubbio circa la validità dell'atto⁶⁰⁸.

Dibattuta è, invece, l'operatività del presupposto del *fumus boni juris* ai fini della concessione delle misure cautelari nel processo amministrativo spagnolo, posto che ivi manca qualsivoglia riferimento allo stesso anche a seguito della riforma operata dalla legge 13 giugno 1998, n. 29. Tuttavia, come nota autorevole dottrina, si tratta di un'inspiegabile dimenticanza del legislatore poiché è massima costante nella giurisprudenza, sia prima che dopo l'emanazione di una tale legge, la subordinazione della concessione dei provvedimenti cautelari all'"apparenza di buon diritto" della pretesa affermata dal ricorrente ed, in ogni caso, un tale presupposto è stato espressamente codificato, per il processo civile spagnolo, all'art. 728 della Ley de Enjuiciamiento Civil siccome riformata dalla legge 7 gennaio 2000, n. 1⁶⁰⁹.

⁶⁰⁷ Il riferimento è ad A. PANZAROLA, *Il processo cautelare*, cit., 65, il quale richiama anche gli orientamenti difformi che erano stati espressi, prima della riforma operata dalla l.n. 205 del 2000, in alcune pronunce del Consiglio di Stato.

⁶⁰⁸ In arg. F. BERROD, *La systématique des voies de droit communautaires*, cit., 695 – 696.

⁶⁰⁹ Così E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Observaciones sobre la tutela cautelar en la nueva ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1998. ¿Tienen efectiva potestad de acordar tutela cautelar las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia y de la Audiencia Nacional?*, in *La batalla por las medidas cautelares*, 3a ed., Madrid, 2003, 347 ss, spec. 356-362.

Del tutto peculiare è, infine, la situazione nel processo inglese nel quale, anzi, fino ad alcuni anni fa la valutazione giudiziale in ordine alla concessione delle misure cautelari era completamente svincolata dall'accertamento di un requisito riconducibile al *fumus boni juris* ed affidata, essenzialmente, all'equo apprezzamento del giudice in ordine alle circostanze proprie della fattispecie concreta: soltanto in una pronuncia relativamente recente, l'*House of Lords* ha sancito la necessità che sia verificato il c.d. *prima facie case*, ovvero che l'azione proposta non sia del tutto frivola o vessatoria⁶¹⁰.

3. 3. Bilanciamento degli interessi

La giurisprudenza comunitaria ha individuato⁶¹¹, in assenza di qualsivoglia riferimento nei testi normativi, riconducendosi ad una prassi dei sistemi di *Common Law*⁶¹², anche un terzo presupposto per la concessione delle misure

⁶¹⁰ Cfr. House of Lords, *American Cyanamid Co. v. Ethicon Ltd*, in E.R., 1975, 1, 504. In argomento v. V. VARANO, *Appunti sulla tutela provvisoria nell'ordinamento inglese, con particolare riferimento all'interlocutory injunction*, cit., spec. 243 – 244.

⁶¹¹ In tal senso già CGCE, ord. 4 dicembre 1957, *Nold c. Alta Autorità*, in *Racc.*, 1957, 233, spec. 242.

⁶¹² Cfr. J. BOULOUIS – M. DARMON – J.G. HUGLO, *Contentieux communautaire*, 2a ed., cit., 141. Tuttavia è necessario ricordare che, più di recente, un simile criterio è stato addirittura codificato dalla Legge di riforma del contenzioso amministrativo spagnolo del 13 giugno 1998 n. 29, il cui art. 130, § primo, sancisce che, persino prima di valutare la ricorrenza dei canonici presupposti per la concessione delle misure cautelari richieste, il giudice adito deve ponderare motivatamente, attraverso una valutazione delle circostanze che caratterizzano la fattispecie concreta, tutti gli interessi in conflitto. Il § successivo della stessa disposizione precisa che il conflitto in questione è quello che eventualmente si pone tra gli interessi del ricorrente e quelli generali o di un soggetto terzo. In argomento v., tra gli altri, M. BACIGALUPO, *La nueva tutela cautelar en el contenzioso-administrativo*, Madrid, 1999; J.A.XIOL, *Práctica procesal contenzioso-administrativa*, IX, Barcelona, 1999, spec. 463 ss, nonché, in senso critico, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Observaciones sobre la tutela cautelar en la nueva ley de la jurisdicción contenzioso-administrativa de 1998. ¿Tienen efectiva potestad de acordar tutela cautelar las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia y de la Audiencia Nacional?*, cit., spec. 349-356. Molto diversa è la situazione in altri ordinamenti nei quali se, soprattutto ai fini della sospensione dell'esecuzione del provvedimento amministrativo impugnato, la giurisprudenza afferma di prendere in considerazione anche gli eventuali interessi pubblici della P.A. che vegono eventualmente in rilievo in senso contrario, la misura richiesta è poi comunque concessa avendo soprattutto riguardo ai tradizionali parametri dell'apparenza di buon diritto e dell'irreparabilità del pericolo di pregiudizio lamentato (cfr. G. SAPORITO, *La sospensione dell'esecuzione del provvedimento impugnato nella giurisprudenza amministrativa*, I, cit., spec. 45 ss).

cautelari⁶¹³, il c.d. bilanciamento degli interessi in causa. Tale presupposto si sostanzia nel bilanciamento tra il pregiudizio che subirebbe il ricorrente nell'ipotesi di esecuzione immediata dell'atto impugnato ed il danno che sarebbe arrecato agli interessi dell'altra parte, di un terzo⁶¹⁴ ovvero agli interessi c.d. pubblici della Comunità europea a seguito dell'adozione del provvedimento cautelare⁶¹⁵. Ne deriva che la misura cautelare sarà concessa soltanto se, oltre a sussistere il *periculum in mora* ed il *fumus boni juris*, a seguito del suddetto giudizio, la bilancia penda a favore degli interessi del ricorrente⁶¹⁶.

Secondo parte della dottrina tale bilanciamento rappresenterebbe una concreta applicazione del principio di proporzionalità⁶¹⁷: il giudice della cautela è

⁶¹³ Alcuni Autori tendono peraltro a negare l'autonomia di un tale presupposto, sottolineando che il bilanciamento degli interessi pubblici della Comunità comporta, piuttosto, un esame più approfondito del *fumus o*, meglio, che lo stesso sia inteso quale forte presunzione di fondamento della domanda (così, tra gli altri, M. WAELBROECK – J.V. LOUIS – G. VANDERSANDEN, *Le droit de la Communauté européenne*, cit., vol. 10, 371). L'analisi di alcune pronunce degli stessi giudici comunitari potrebbe far ritenere, diversamente, che la considerazione di tutti gli interessi che vengono in rilievo nella fattispecie concreta costituisca meramente una modalità di esame del presupposto dell'urgenza (cfr. TPI, ord. 7 aprile 2000, *Fern Olivieri c. Commissione*, T-326/99, in *Racc.*, II-1985, §§ 144 – 145). Proprio quest'ultima opzione ricostruttiva è stata condivisa di recente da F.BERROD, *La systématique des voies de droit communautaires*, cit., 696, secondo la quale il giudizio sul bilanciamento degli interessi è strettamente legato all'apprezzamento giudiziale in ordine alla sussistenza di un pregiudizio grave ed irreparabile, poiché valutare se il pregiudizio è di portata tale da giustificare la concessione di un provvedimento cautelare implica anche una valutazione sull'entità delle ripercussioni che l'emanazione della misura richiesta avrebbe sugli interessi dei terzi e sull'interesse generale. La posizione dell'A. citata appare influenzata dall'esperienza del contenzioso amministrativo francese nel quale la prassi della giurisprudenza è nel senso di tener conto, in sede di apprezzamento circa la ricorrenza del presupposto dell'urgenza, degli interessi della parte convenuta (v., di recente, Cons. État, ord. 28 febbraio 2001, *Union syndicale groupe des 10*; in arg. CAVIGLIOLI, *Le recours au bilan dans l'appréciation de l'urgence*, AJDA, 2003, 642).

⁶¹⁴ Di talché è soltanto sotto questo profilo che possono assumere rilievo i pregiudizi che potrebbero in ipotesi subire i terzi: di regola, infatti, si ritiene che il ricorrente in sede cautelare debba far valere un danno che rischia di subire in prima persona, e non anche quelli dei terzi (così H.G. SCHERMERS – D.F. WAELBROECK, *Judicial Protection in the European Union*, 6a ed., cit., 699). Cfr., in sede pretoria, CGCE, ord. 25 febbraio 1975, *Küster II c. Parlamento*, C-22/75, in *Racc.*, 1975, 278, § 8.

⁶¹⁵ Così, tra gli altri, O. DE SCHUTTER, *Les mesures provisoires devant la CJCE dans le domaine des droits fondamentaux*, cit., 98; R. JOLIET, *Protection juridictionnelle provisoire et droit communautaire*, cit., 272; M. WAELBORECK – J.V. LOUIS – G. VANDERSANDEN, *Le droit de la Communauté européenne*, cit., vol. 10, 371; cfr. in giurisprudenza CGCE, ord., 14 ott. 1977, *NTN Toyo Bearing C. Consiglio*, C-113/77, in *Racc.*, 1987, 1721.

⁶¹⁶ CGCE, ord. 29 aprile 2005, *Tecnische Glaswerke Ilmenau c. Commissione*, cit., 3539; TPI, ord. 9 luglio 1999, *HFB Holding e a. c. Commissione*, cit., § 13.

⁶¹⁷ Cfr., tra gli altri, J. BOULOUIS – M. DARMON – J.G. HUGLO, *Contentieux communautaire*, 2a ed., cit., 141; J. L. DA CRUZ VILAÇA, *La procédure en référé comme instrument de protection juridictionnelle des particuliers en droit communautaire*, cit., 281; B. PASTOR – E.

infatti chiamato a considerare, da un lato, le conseguenze che potrebbe subire il ricorrente a causa dell'esecuzione immediata dell'atto impugnato e, dall'altro, il danno che l'eventuale adozione del provvedimento richiesto potrebbe implicare per l'altra parte, per un terzo o per l'interesse pubblico⁶¹⁸.

La maggior parte degli Autori si mostra, tuttavia, critica rispetto a questo terzo presupposto per la concessione delle misure cautelari elaborato in sede pretoria poiché il giudice della cautela si sarebbe in tal modo autonomamente attribuito un potere discrezionale estremamente ampio⁶¹⁹, anche in assenza di criteri per determinare quale tra gli interessi in gioco debba prevalere, con il risultato che nelle singole fattispecie concrete si potrebbe inammissibilmente sottostimare l'importanza degli interessi dei ricorrenti individuali⁶²⁰.

Numerose sono le situazioni nelle quali la giurisprudenza utilizza il suddetto criterio: al fine di meglio comprendere la portata della questione, si ritiene pertanto utile considerare distintamente le pronunce a seconda delle materie e degli interessi di volta in volta presi in considerazione.

In primo luogo il richiamo ai preminenti interessi pubblici della Comunità consente il rigetto dell'istanza cautelare nelle ipotesi in cui la

VAN GINDERACHTER, *La procédure en référé*, cit., 610. Si tratta di un giudizio che ancora una volta appare un retaggio dell'origine internazionalistica della Comunità Europea (analogamente F.G. JACOBS, *Interim Measures in the Law and Practice of Court of Justice of European Communities*, cit., 57). Più in generale, in argomento, v. N. EMILIOU, *The Principle of Proportionality in European Law. A Comparative study*, London, 1996, 188.

⁶¹⁸ In tal senso J. L. DA CRUZ VILAÇA, *La procédure en référé comme instrument de protection juridictionnelle des particuliers en droit communautaire*, cit., 281. Peraltro, dall'esame della giurisprudenza comunitaria in materia, si può desumere che un siffatto criterio è fondato, in altri casi, sulla comparazione tra l'irreparabilità del pregiudizio che subirebbe il ricorrente, in ipotesi, a seguito dell'esecuzione dell'atto impugnato e la possibilità che la sospensione dell'efficacia dello stesso pregiudichi la decisione nel merito del ricorso principale (TPI, ord. 30 aprile 1999, *Emesa Sugar NV c. Commissione*, in *Racc.*, 1999, p. II-1427).

⁶¹⁹ Così G. VANDERSANDEN, *Référé*, cit., 6, § 42.

⁶²⁰ Questa l'acuta considerazione di M.C. BERGERÈS, *Contentieux communautaire*, cit., spec. 157 ss; *contra*, oltre alla dottrina che considera il bilanciamento degli interessi una condivisibile applicazione del principio di proporzionalità, L. WEITZEL, *Demander le sursis à exécution ou d'autres mesures provisoires*, cit., 169 ss.

concessione della misura richiesta potrebbe pregiudicare interessi di carattere generali quali la salute pubblica o l'ambiente⁶²¹.

Il criterio del bilanciamento degli interessi è, poi, spesso utilizzato anche nell'ambito del contenzioso della funzione pubblica. Si segnalano per l'affermazione della prevalenza degli interessi del ricorrente individuale, da un lato, quelle ordinanze nelle quali la riduzione significativa del reddito che avrebbe subito un funzionario destinatario di una misura di demansionamento immediatamente applicata costituisce un rischio maggiore rispetto a quello che correrebbe, nell'ipotesi di sospensione, l'istituzione che dovrebbe continuare a remunerare un funzionario per alcuni mesi e potrebbe comunque recuperare le somme indebitamente versate allo stesso⁶²² e dall'altro quelle che hanno sancito la prevalenza dell'interesse di un candidato, non ancora ammesso a partecipare alle prove di un concorso, alla sospensione della procedura concorsuale rispetto a quello dell'istituzione di coprire prima possibile i posti vacanti⁶²³.

E' peraltro molto più frequente, proprio nell'ambito del contenzioso della funzione pubblica, un' utilizzazione del criterio del bilanciamento degli interessi in senso sfavorevole al privato ricorrente poiché una consolidata giurisprudenza

⁶²¹ Cfr. TPI ord. 30 giugno 1999, *Pfizer Animal Health c. Consiglio*, cit., §§ 166 ss; TPI, ord. 30 giugno 1999, *Alpharma c. Consiglio*, T-70/99, in *Racc.*, 1999, II-2027, §§ 148 ss, le quali hanno rigettato l'istanza di sospensione in via cautelare dell'esecuzione del regolamento n. 2821/1998 avente ad oggetto il ritiro di un antibiotico dalla lista degli additivi che possono far parte degli alimenti per animali in accordo con il diritto comunitario, alla luce dei rischi di una tale utilizzazione per la salute umana. In realtà si è in proposito opportunamente chiarito che, sebbene in via di principio considerazioni relative alla tutela della salute pubblica debbano prevalere rispetto a quelle di natura economica, ciò non esime da un'analisi delle caratteristiche della fattispecie concreta (cfr. TPI, ord. 28 giugno 2000, *Artegoda c. Commissione*, cit., §§ 52 ss: una tale ordinanza ha annullato una decisione della Commissione con la quale era stata ritirata l'autorizzazione alla messa in commercio dei medicinali contenenti un certo principio attivo, in quanto la Commissione non aveva dimostrato la proporzionalità di una siffatta misura rispetto ai relativi scopi). V. anche, per la prevalenza dell'interesse generale alla salute pubblica rispetto a quello del ricorrente cautelare, CGCE, ord. 12 luglio 1996, *Regno Unito c. Commissione*, C-180/96, in *Racc.*, 1996, 3903.

⁶²² Cfr. CGCE, ord. 3 luglio 1984, *De Compte c. Parlamento*, C-141/84, in *Racc.*, 1984, 2575.

⁶²³ In questo senso CGCE, ord. 26 maggio 1982, *Copine c. Commissione*, C-142/82, in *Racc.*, 1982, 1911.

nega la concessione dei provvedimenti cautelari che possano pregiudicare l'organizzazione o il funzionamento dei servizi dell'istituzione interessata⁶²⁴.

Il criterio in esame è, inoltre, richiamato di frequente dai giudici comunitari nella materia del diritto della concorrenza nella quale è di solito effettuato un bilanciamento tra l'interesse del ricorrente ad ottenere una sospensione delle decisioni della Commissione nell'attesa della definizione in merito della controversia e quello della Commissione ad evitare violazione delle norme comunitarie a tutela della libera concorrenza⁶²⁵.

Il giudizio sul bilanciamento degli interessi può, inoltre, rendere nei casi concreti difficile la concessione di provvedimenti cautelari di sospensione delle misure anti-dumping: si ritiene infatti necessario, in sede pretoria, compiere il bilanciamento tra il pregiudizio lamentato dal ricorrente in sede cautelare e quello che potrebbe subire, qualora il ricorso fosse accolto, l'industria comunitaria⁶²⁶.

Occorre evidenziare che, talvolta, nell'ipotesi in cui il giudice della cautela, a seguito del bilanciamento degli interessi, conceda comunque il provvedimento richiesto, disporrà al contempo ulteriori misure cautelari, volte soprattutto a tutelare l'interesse pubblico della Comunità. Si può a riguardo addurre l'esempio di una garanzia bancaria che assicura il rimborso integrale di

⁶²⁴ V. già CGCE, ord. 13 marzo 1963, *Lassalle c. Parlamento europeo*, C-15/63, in *Racc.*, 1963, 117, nonché, nella giurisprudenza successiva, CGCE, ord. 15 ottobre 1976, *Lacroix c. Corte di Giustizia*, C-91/76, in *Racc.*, 1976, §§ 4 ss; cfr. L. WEITZEL, *Demande le sursis à exécution ou d'autres mesures provisoires*, *cit.*, 171, il quale anche riconosce che all'interno del contenzioso della funzione pubblica il giudizio sul bilanciamento degli interessi in causa si conclude il più delle volte a favore dell'Amministrazione interessata.

⁶²⁵ Cfr. L.M. PAIS ANTUNES, *Interim Measures under EC Competition Law – Recent Developments*, *cit.*, 100.

⁶²⁶ Così F.G. JACOBS, *Interim Measures in the Law and Practice of Court of Justice of the European Communities*, *cit.*, 57 – 58. Cfr., *ex ceteris*, CGCE, ord. 9 aprile 1987, *Technointorg c. Consiglio*, C-77/87, in *Racc.*, 1977, 1793; CGCE, ord. 18 ottobre 1985, *Brother Industries c. Consiglio*, C-250/85, in *Racc.*, 1985, 3459.

quanto dovuto alla Comunità nell'ipotesi di illegittima utilizzazione degli aiuti di Stato accordati ⁶²⁷.

La giurisprudenza è poi particolarmente attenta a preservare l'interesse generale del sistema comunitario e quindi ad evitare l'emanazione di misure cautelari che possano mettere in discussione la portata di un atto di carattere generale⁶²⁸. Nella medesima prospettiva, nell'ambito delle procedure di infrazione, si tendono a far prevalere i principi dei Trattati CE rispetto a quelli invocati dallo Stato convenuto⁶²⁹.

Meno usuale è invece la valutazione degli interessi di soggetti terzi privati⁶³⁰. Si può ricordare, in proposito, l'ordinanza *Johnson* nella quale la Corte di Giustizia, richiesta della sospensione dell'autorizzazione di una concentrazione tra imprese, ha tenuto conto del fatto che la concessione del provvedimento avrebbe determinato per i creditori degli azionisti della società un danno anche superiore rispetto a quello lamentato dal ricorrente ⁶³¹.

⁶²⁷ TPI, ord., 26 ott. 1994, *Transacciones Marítimas c. Commissione*, T-231/94, in *Racc.*, 1994, II-885.

⁶²⁸ Soprattutto quando è domandata la sospensione dell'esecuzione dell'atto impugnato (v., tra le altre, CGCE, ord. 15 dicembre 1992, *CCE de la Société Générale des Grandes Sources e a. c. Commissione*, T-96/92, in *Racc.*, 1992, II- 2579, § 39; CGCE, ord. 23 luglio 1976, *Metro c. Commissione*, C-26/76, in *Racc.*, 1976, 1353, § 2; CGCE, ord. 28 maggio 1975, *Könecke c. Commissione*, C-44/75, in *Racc.*, 1975, § 3).

⁶²⁹ Cfr., tra le altre, CGCE, ord. 31 gennaio 1992, *Commissione c. Italia*, C-272/91, in *Racc.*, 1992, 1409.

⁶³⁰ Così, di recente, G. SCHOHE, *La réforme du contentieux communautaire du point de vue des droits du particulier*, cit., 673, il quale rileva, criticamente, un'applicazione concreta del criterio pressoché sistematicamente a favore dell'istituzione comunitaria convenuta.

⁶³¹ Cfr. CGCE, ord., 16 gen. 1975, *Johnson & Firth Brown*, cit., 1 ss.

4. Considerazioni critiche: la valutazione discrezionale dei presupposti per la concessione delle misure cautelari è effettuata nella prassi a favore delle istituzioni comunitarie

Quanto sino a qui evidenziato in ordine ai presupposti c.d. di merito per la concessione delle misure cautelari nel processo comunitario ci induce, ancora una volta, ad alcune considerazioni critiche su di un tale sistema che appare del tutto sbilanciato a favore delle istituzioni comunitarie.

In primo luogo non si possono sottacere alcune perplessità relative alla terza condizione per la concessione delle misure cautelari sviluppata dalla giurisprudenza comunitaria al di fuori di ogni indicazione sia nel testo del Trattato istitutivo CE sia degli stessi regolamenti di procedura della Corte di Giustizia e del Tribunale di primo grado e che appare, ciononostante, una condizione di primaria importanza per la concessione dei provvedimenti cautelari⁶³², ovvero il bilanciamento degli interessi in conflitto. Riteniamo infatti in contrasto con il principio di effettività della tutela giurisdizionale - costantemente ribadito proprio in sede europea⁶³³ - un criterio basato soprattutto sugli interessi “pubblici” delle istituzioni comunitarie⁶³⁴ e che può autonomamente, dato l’apprrezzamento cumulativo delle relative condizioni, condurre i giudici a negare la misura

⁶³² In tal senso anche L. QUERZOLA, *La tutela cautelare nel processo comunitario: il bilanciamento degli interessi è il nuovo fulcro della decisione*, cit., 317 ss.

⁶³³ Anche nell’ambito di ordinanze cautelari: cfr. di recente CGCE, ord. 23 febbraio 2001, *Austria c. Consiglio*, C-445/00, in *Racc.*, 2000, 1461, §§ 83 ss.

⁶³⁴ A riguardo risultano particolarmente condivisibili le considerazioni svolte da E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Observaciones sobre la tutela cautelar en la nueva ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1998. ¿Tienen efectiva potestad de acordar tutela cautelar las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia y de la Audiencia Nacional?*, cit., 350-351, con riferimento al processo amministrativo spagnolo nel quale la legge 13 luglio 1998 n. 29 ha, come si accennava, introdotto un simile criterio. Per vero, nota opportunamente l’A., il bilanciamento degli interessi del ricorrente con quelli generali dell’Amministrazione non si traduce che in un inammissibile privilegio a favore della stessa, posto che per definizione una P.A. è deputata a difendere interessi pubblici e quindi, in teoria, la necessità di preservare gli stessi potrebbe essere sempre richiamata dal giudice onde evitare la concessione di un provvedimento cautelare. Il che significa, nelle ipotesi in cui il ricorrente domanda la sospensione dell’efficacia esecutiva dell’atto amministrativo, potenziare al massimo grado quella situazione, già di estremo privilegio per l’Amministrazione, costituita dall’esecutorietà dei provvedimenti amministrativi.

cautelare richiesta pur in presenza di una puntuale dimostrazione da parte del ricorrente della sussistenza del *fumus* nonché del pericolo imminente di un pregiudizio di carattere irreparabile⁶³⁵.

La situazione appare inoltre aggravata dal fatto che la giurisprudenza non si è mostrata costante nell'applicazione di tale criterio, talvolta utilizzato quale presupposto autonomo per la concessione delle misure cautelari, talaltra in via meramente strumentale per supportare le conclusioni alle quali il giudice era già pervenuto esaminando i requisiti del *fumus boni juris* e dell'urgenza⁶³⁶. La prassi è quindi nel senso di un'estrema discrezionalità giudiziale⁶³⁷, quanto mai deprecabile nelle ipotesi in cui, a seguito del bilanciamento degli interessi, venga

⁶³⁵ Il bilanciamento degli interessi elaborato dalla giurisprudenza comunitaria è in una tale direzione del tutto diverso, ed in negativo, rispetto al "balance of convenience" effettuato dal giudice della cautela nell'esperienza giuridica anglosassone che pure sembra aver, come detto, originariamente ispirato la giurisprudenza della Corte di Giustizia sulla questione. Infatti, sebbene anche quest'ultimo giudizio consiste nell'indagine comparativa tra il pregiudizio che subirebbe il ricorrente nell'ipotesi in cui non ottenesse il provvedimento cautelare e quello che soffrirebbe la parte resistente dalla concessione dell'injunction qualora, poi, risultasse vittorioso nel merito, in concreto la valutazione del giudice si basa sulla sussistenza, nella fattispecie concreta, di un imminente pericolo di pregiudizio di carattere irreparabile. Ne consegue che, a prescindere dal danno che potrebbe subire la parte resistente, la misura cautelare sarà concessa ogni qual volta il pregiudizio lamentato dal ricorrente non potrebbe essere adeguatamente compensato con il risarcimento del danno. E' invece estremamente raro ed oggetto di critica nella misura in cui dilata la discrezionalità giudiziale rispetto alla definizione del relativo onere, che il giudizio in questione si fondi sui danni che la concessione della misura cautelare potrebbe determinare all'interesse pubblico (così V. VARANO, *Appunti sulla tutela provvisoria nell'ordinamento inglese, con particolare riferimento all'interlocutory injunction*, cit., 244 ss; in arg. v. anche, in senso critico, C. GRAY, *Interlocutory Injunction since Cyanamid*, in *Cambridge Law Journal*, 1981, n. 40, 307 ss).

⁶³⁶ In tal senso R. JOLIET, *Protection juridictionnelle provisoire et droit communautaire*, cit., 272, secondo il quale « *cette confrontation des intérêts est entourée d'un grand flou* ».

⁶³⁷ In argomento v. anche le considerazioni di V. GREMENTIERI, *Le misure cautelari nel processo comunitario*, cit., 91, nonché di E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Observaciones sobre la tutela cautelar en la nueva ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1998. ¿Tienen efectiva potestad de acordar tutela cautelar las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia y de la Audiencia Nacional?*, cit., 351, il quale ritiene che il giudizio di bilanciamento sia in pratica lasciato all'arbitrio del giudice, in quanto non è indicato alcun parametro rispetto al quale lo stesso dovrebbe essere svolto. Ciò vale *a fortiori*, potremmo aggiungere, per il sistema comunitario nel quale, come detto, il terzo presupposto per la concessione delle misure cautelari si è sviluppato in via esclusivamente pretoria e, quindi, non è indicato alcun parametro sulla base del quale il giudizio deve essere effettuato. Più in generale, d'altra parte, si è criticata la possibilità che una comparazione degli interessi in gioco sia affidata ai giudici ai fini di una decisione che, in uno Stato di diritto, dovrebbe essere invece affidata soltanto alla legge: diversa è la situazione, infatti, nell'ipotesi in cui sia l'Amministrazione come di consueto, e nell'esercizio dei propri poteri discrezionali, ad effettuare con l'emanazione del provvedimento il bilanciamento degli interessi. In questo caso è proprio il sindacato giurisdizionale sugli atti dei pubblici poteri ad assicurare che sia stato fatto un corretto uso dei poteri discrezionali (J.M. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho Administrativo*, Madrid, 2000, spec. 1049).

negata al ricorrente la misura cautelare richiesta, anche qualora egli abbia fornito piena prova della sussistenza del *periculum* e del *fumus* ⁶³⁸.

Tali considerazioni critiche riguardano specialmente il contenzioso in materia di personale nel quale, com'è facilmente intuibile, vengono spesso in rilievo diritti fondamentali per i soggetti coinvolti. Ed è proprio in un tale ambito che, come si è accennato, se in via di principio i ricorrenti possono domandare che venga sospesa in via cautelare l'efficacia degli atti impugnati o siano ordinate misure provvisorie ai sensi dell'art. 243 del Trattato CE, è estremamente raro che in concreto tali ricorsi siano accolti proprio perché i giudici comunitari tendono a negare la tutela cautelare richiamandosi alla necessità di non ostacolare il buon funzionamento del servizio interessato⁶³⁹. Emblematiche sono una serie di decisioni del Tribunale di prima istanza le quali, proprio al fine di riconoscere prevalenza agli interessi dell'istituzione convenuta, hanno rigettato una domanda di sospensione dell'esecuzione di una decisione che impediva al ricorrente di partecipare alle prove di un concorso, sostenendo che ivi sarebbe mancato per lo stesso il pericolo di subire un danno irreparabile in quanto, nonostante lo svolgimento del concorso, qualora il suo ricorso fosse stato accolto nel merito, nessun ostacolo si sarebbe posto ad una riconsiderazione della situazione da parte delle autorità investite del potere di nomina ed alla ricerca di una soluzione "equa" alla questione, senza necessità di ripetere le prove concorsuali⁶⁴⁰.

⁶³⁸ Cfr. LANEARTS – ARTS, *Procedural Law of the European Union*, cit., 303 – 305; E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Observaciones sobre la tutela cautelar en la nueva ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1998. ¿Tienen efectiva potestad de acordar tutela cautelar las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia y de la Audiencia Nacional?*, cit., 350-351.

⁶³⁹ Per queste considerazioni v. G. TESAURO, *Diritto comunitario*, 4a ed., cit., 258 ed, in giurisprudenza, CGCE, ord. 2 luglio 1975, *De Dapper c. Parlamento*, C-54/75, in *Racc.*, 1975, 839; CGCE, ord. 10 marzo 1978, *Authié c. Commissione*, C-19/78, in *Racc.*, 1978, 679.

⁶⁴⁰ TPI, ord. 15 maggio 2000, *Martín de Pablos c. Commissione*, T-101/00, in *Racc.*, 2000, II-347, §§ 22 – 23; TPI, ord. 10 settembre 1999, *Elkaïm et Mazuel c. Commissione*, T-173/99, in *Racc.*, 1999, II- 811, §§ 25 – 26; TPI, ord. 15 luglio 1999, *Giulietti c. Commissione*, T-167/99, in *Racc.*, 1999, II-751, §§ 29 – 30: occorre tener presente che le citate decisioni non affermano

Né tali riflessioni vengono smentite laddove si abbia riguardo all'altro settore nel quale, di solito, i giudici comunitari tendono ad effettuare, prima di concedere le misure cautelari, il bilanciamento degli interessi in gioco, ovvero quello della concorrenza. Appare infatti paradossale la situazione che può verificarsi qualora il ricorrente abbia dimostrato di avere probabili *chances* di successo nel giudizio di merito nonché la sussistenza del pericolo di subire un pregiudizio grave ed irreparabile⁶⁴¹ e, ciononostante, venga negata allo stesso ogni forma di tutela cautelare in ragione degli interessi "pubblici" della Comunità⁶⁴².

Quanto alla possibilità di un bilanciamento degli interessi ai fini della concessione delle misure cautelari crediamo, invero, che un tale criterio possa essere coerente con il principio di effettività della tutela giurisdizionale esclusivamente qualora sia volto a bilanciare con la posizione soggettiva vantata dal ricorrente un altro diritto fondamentale dei singoli: di talché, ad es., potrebbe considerarsi accettabile l'utilizzazione dello stesso per tutelare la salute pubblica⁶⁴³ ma non anche, come pure avviene nella giurisprudenza comunitaria, il

espressamente di fare applicazione del criterio di bilanciamento degli interessi del ricorrente con quelli del buon funzionamento del servizio interessato, evidenziando, piuttosto, l'assenza del pericolo di un pregiudizio irreparabile proprio per la possibilità, nonostante lo svolgimento del concorso e l'assunzione di altri soggetti, dell'Amministrazione interessata di riconsiderare, in via equitativa, la situazione del ricorrente. In realtà, a noi pare, che ivi, in presenza di un chiaro *periculum in mora*, si prediliga una tutela ultronea degli interessi delle istituzioni che neppure potrebbero tollerare, nel caso, l'ammissione con riserva del ricorrente alle prove concorsuali.

⁶⁴¹ Che, come evidenziato, potrebbe consistere nel concreto rischio di fallimento.

⁶⁴² Cfr. G. SCHOHE, *La réforme du contentieux communautaire du point de vue des droits du particulier*, cit., 673, il quale ritiene che, in realtà, l'interesse pubblico primario che la Comunità dovrebbe valutare in tali situazioni e, al contrario, è di solito trascurato, è proprio quello del rispetto delle garanzie dello Stato di diritto, principio invero enunciato sia dall'art. 6, § primo, del Trattato sull'Unione Europea sia dall'art. I-2 del progetto di Costituzione per l'Europa. Secondo l'A., infatti, qualora il ricorrente in sede cautelare abbia dato prova della sussistenza dei presupposti per la concessione della relativa tutela, l'interesse fondamentale della Comunità, ove intesa quale vera e propria Comunità di diritto, dovrebbe essere integrato proprio dalla protezione del ricorrente individuale.

⁶⁴³ Per considerazioni analoghe cfr., ancora una volta, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Observaciones sobre la tutela cautelar en la nueva ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1998. ¿Tienen efectiva potestad de acordar tutela cautelar las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia y de la Audiencia Nacional?*, cit., 355-356, il quale, con diretto riguardo al criterio del bilanciamento degli interessi siccome disciplinato dall'art. 130 della Legge

buon funzionamento dell'istituzione interessata o, addirittura, non meglio precisati interessi generali della Comunità.

In secondo luogo è importante evidenziare che dall'esame della giurisprudenza comunitaria risulta una valutazione meno rigorosa di ciascun presupposto per la concessione dei provvedimenti cautelari qualora il ricorso sia stato proposto dalla Commissione per ottenere, nelle more della decisione nel merito di un procedimento di infrazione da parte della Corte di Giustizia, la pronuncia di misure cautelari nei confronti dello Stato membro convenuto. In questi casi, infatti, non solo di solito non è compiuto alcun giudizio di bilanciamento con gli eventuali interessi contrastanti con quello della Comunità⁶⁴⁴, ma persino l'esame del presupposto dell'urgenza prescinde sia dall'effettiva imminenza del danno lamentato sia, nell'ipotesi di pregiudizi meramente economici, dall'irreparabilità dei medesimi⁶⁴⁵. Inoltre, se ai ricorrenti individuali non è concessa la possibilità di lamentare il pericolo di danni irreparabili anche per soggetti terzi, le istituzioni comunitarie appaiono favorite in

spagnola sul contenzioso amministrativo n. 29 del 1998, sottolinea che lo stesso può essere interpretato in modo conforme al principio di effettività della tutela giurisdizionale cui, secondo il Tribunale costituzionale spagnolo è invero preordinata la tutela cautelare (v. sentenze 17 dicembre 1992 e 29 aprile 1993), ove sia utilizzato esclusivamente per operare la comparazione dell'interesse del ricorrente con i diritti fondamentali di soggetti terzi anche se, del caso, tutelati da un provvedimento amministrativo (che soltanto in queste ipotesi dovrebbe essere preservato dalla sospensione in via cautelare).

⁶⁴⁴ Paradossalmente riemerge infatti il rigore che sempre dovrebbe, come abbiamo appena sottolineato, guidare il giudizio di bilanciamento degli interessi e che potrebbe giustificare lo stesso: si ritiene, per vero, che la bilancia penda a favore dello Stato membro convenuto nella procedura di infrazione esclusivamente qualora quest'ultimo eccepisca che la violazione al diritto comunitario si correla alla tutela della sanità o della sicurezza pubblica (per simili considerazioni, con diffusi riferimenti giurisprudenziali, v. D.A. TOMASEVIC, *L'usage du référé devant la Cour de justice à l'encontre des Etats membres de la Communauté européenne*, cit., 33).

⁶⁴⁵ Così anche H.G. SCHERMERS – D.F. WAELBROECK, *Judicial Protection in the European Union*, 6a ed., cit., 698 – 699, i quali sottolineano che ciò che è oggetto di massima considerazione in simili fattispecie è piuttosto l'assicurazione degli effetti utili della decisione di merito dei giudici comunitari; cfr. D. A. TOMASEVIC, *L'usage du référé devant la Cour de justice à l'encontre des Etats membres de la Communauté européenne*, in *Revue du Marché Unique Eur.*, 1999, n. 4, 25 ss, spec. 29, il quale sottolinea la tendenza pretoria ad apprezzare la sussistenza del pregiudizio in capo alla Commissione in modo piuttosto ampio in modo da accogliere tutti i ricorsi cautelari proposti dalla stessa in presenza di un fumus di violazione del diritto comunitario. In giurisprudenza v., tra le altre, CGCE, ord. 29 giugno 1994, *Commissione c. Grecia*, C-120/94, in *Racc.*, 1994, 3037, §§ 91 – 92; CGCE, ord. 25 ottobre 1985, *Commissione c. Belgio*, C-293/85, in *Racc.*, 1985, 3521; CGCE, ord. 20 settembre 1983, *Commissione c. Francia*, C-171/83, in *Racc.*, 1983, 2621.

quanto è ad esse riconosciuta la possibilità di invocare il pregiudizio subito dai cittadini comunitari ed in particolare da quelli di Stati membri diversi rispetto a quello convenuto nella procedura di infrazione ed i diritti dei quali sono violati dalla misura nazionale la cui sospensione è domandata⁶⁴⁶. Né è a nostro avviso *tranchant* l'argomentazione in virtù della quale una siffatta tendenza dovrebbe essere incoraggiata dal momento che, in concreto, i risultati dell'esperimento vittorioso da parte della Commissione di un giudizio cautelare accessorio ad una procedura di infrazione andrebbero anche a vantaggio degli operatori economici pregiudicati dalla violazione del diritto comunitario posta in essere dallo Stato membro⁶⁴⁷. Riteniamo, infatti, che un sistema di tutela giurisdizionale che aspiri realmente a tutelare le posizioni soggettive dei singoli debba garantire le stesse in sé e per sé, a prescindere dall'eventuale coincidenza con gli interessi pubblici dell'ordinamento di riferimento. Quest'ultima sembrerebbe invece la tendenza, anche recente, della giurisprudenza comunitaria: il che riecheggia, a nostro sommo avviso, orientamenti risalenti del Consiglio di Stato francese e di quello italiano, alla base della costruzione dell'interesse legittimo, categoria, com'è noto, aspramente criticata proprio dalla Corte di Giustizia comunitaria, stante l'affermazione del principio in virtù della quale ogni posizione soggettiva dei

⁶⁴⁶ Così J. BOULOUIS – M. DARMON – J.G. HUGLO, *Contentieux communautaire*, 2a ed., cit., 139 ; cfr., in sede pretoria, CGCE, ord. 7 giugno 1985, *Commissione c. Italia*, C-154/85, in *Racc.*, 1985, 1753; CGCE, ord. 20 settembre 1983, *Commissione c. Francia*, C-171/83, in *Racc.*, 1983, 2621; CGCE, ord. 13 luglio 1977, *Commissione c. Irlanda*, C-61/77, in *Racc.*, 1977, 1411. Sottolinea a riguardo F. BERROD, *La systématique des voies de droit communautaires*, cit., 98, che il pregiudizio che deve essere preso in considerazione in questi casi è non soltanto quello all'interesse comunitario ma, altresì, nell'ipotesi di violazione delle regole del pubblico mercato, quello che subirebbero le imprese che uscirebbero dallo stesso.

⁶⁴⁷ Questa sembra, in particolare, la tesi di fondo del lavoro di D.A. TOMASEVIC, *L'usage du référé devant la Cour de justice à l'encontre des Etats membres de la Communauté européenne*, cit., 25 ss.

singoli, al di là di qualsivoglia distinzione in ipotesi esistente sul piano nazionale, deve essere pienamente garantita in sede giurisdizionale⁶⁴⁸.

E' pertanto paradossale che la giurisprudenza comunitaria diviene improvvisamente dimentica dei diritti dei singoli, siano essi operatori economici o funzionari della stessa Comunità, quando si tratta di valutare la ricorrenza dei presupposti c.d. di merito della tutela cautelare a fronte di una violazione del diritto comunitario primario posta in essere dalle stesse istituzioni comunitarie. Come può evincersi dall'analisi della giurisprudenza finora svolta, infatti, non soltanto si pretende un'accurata dimostrazione dell'urgenza ma, altresì, ogni prova fornita potrebbe risultare inutile qualora il giudice adito ritenesse che, nella fattispecie concreta, la bilancia degli interessi coinvolti penda a favore della parte convenuta che, di solito, è un'istituzione comunitaria.

⁶⁴⁸ Cfr., tra le altre, CGCE, 19 settembre 1996, *Commissione c. Repubblica ellenica*, C-236/95, in *Racc.*, 1996, 4459 ss.

Capitolo V

Le tipologie dei provvedimenti cautelari

SOMMARIO: 1. Premessa - 2. La sospensione dell'efficacia dell'atto impugnato - 2.1. I provvedimenti che non possono essere sospesi in via cautelare. Gli atti negativi - 2.2. *Segue*. La sospensione degli atti di carattere generale - 2.3. Ambito - 3. Gli altri provvedimenti provvisori - 3.1. I provvedimenti istruttori ed i provvedimenti di istruzione preventiva - 3.2. Le misure cautelari dal contenuto completamente anticipatorio della decisione di merito - 3.3. La discrezionalità delle istituzioni comunitarie - 3.4. Azioni dirette all'interno delle quali possono essere concessi provvedimenti provvisori ex art. 243 del Trattato CE - 3.4.1. Procedure di infrazione - 4. Osservazioni critiche.

1. Premessa

Le misure cautelari che possono essere concesse nel processo comunitario sono essenzialmente riconducibili a due tipologie.

Più in particolare, ai sensi dell'art. 242 del Trattato CE, può essere ordinata in sede giurisdizionale la sospensione dell'esecutorietà dell'atto impugnato con il ricorso principale ed, in virtù dell'art. 243 del medesimo Trattato istitutivo, i giudici comunitari possono, altresì, in relazione alle controversie pendenti dinanzi ad essi, pronunciare i provvedimenti provvisori necessari a tutelare i diritti del ricorrente.

Di talché, accanto alla sospensione dell'atto impugnato, il legislatore comunitario si è limitato a fare riferimento agli altri provvedimenti provvisori finalizzati a soddisfare le esigenze cautelari ricorrenti nella fattispecie concreta,

senza individuare, al contempo, alcune misure cautelari c.d. tipiche o nominate⁶⁴⁹. E' stata così demandata alla discrezionalità del giudice l'individuazione delle misure cautelari più idonee, nei singoli casi, a tutelare il ricorrente a fronte del pericolo di subire un pregiudizio imminente ed irreparabile nelle more della decisione del ricorso principale⁶⁵⁰.

Nel contesto in esame un altro significativo potere discrezionale attribuito al giudice della cautela è quello di "rimodulare" il *petitum* cautelare. Non è infatti inusuale nella giurisprudenza comunitaria il verificarsi delle seguenti fattispecie: richiesta in sede cautelare la sospensione dell'efficacia di un atto delle istituzioni, il giudice adito, in luogo di concedere la tutela specificamente domandata, emana un diverso provvedimento provvisorio di carattere positivo⁶⁵¹ ovvero, domandata dal ricorrente una determinata misura cautelare, il giudice ne concede una diversa. Vi è da dire, peraltro, che il giudice della cautela può esercitare un tale potere nei limiti in cui siano rispettate le regole in tema di legittimazione attiva a richiedere provvedimenti cautelari che sono, invero, differenti a seconda della tipologia degli stessi⁶⁵². Infatti, la domanda di sospensione dell'esecutorietà di un atto può essere proposta, stante l'art. 83, § primo, del regolamento di procedura dinanzi alla Corte di Giustizia,

⁶⁴⁹ L'art. 243 del Trattato CE non contiene, infatti, alcuna indicazione sull'oggetto dei provvedimenti provvisori (così C. IANNONE, *Commento all'art. 242 del Trattato CE, cit.*, 1152).

⁶⁵⁰ Sulla discrezionalità del giudice nell'individuazione dei provvedimenti cautelari più idonei da emanare nelle fattispecie concrete, con il solo limite della natura effettivamente "provvisoria" degli stessi cfr. C. MORVIDUCCI, *Le misure cautelari nel processo comunitario, cit.*, 242; B. PASTOR – E. VAN GINDERHACTER, *La procédure en référé, cit.*, 611.

⁶⁵¹ In tal senso, tra le altre, CGCE, ord. 19 luglio 1983, *Raznoimport c. Commissione*, C-120/83, in *Racc.*, 1983, 2573: in una tale fattispecie la ricorrente aveva domandato la sospensione di un regolamento della Commissione che imponeva alla stessa un dazio anti-dumping sull'importazione di nickel dall'Unione Sovietica. La Corte di Giustizia, pur rigettando la domanda di sospensione, ordinò alla Commissione di monitorare giorno per giorno i mutamenti di prezzo sul mercato del prodotto per determinare tempestivamente se fosse necessario mantenere o meno il dazio; v. anche TPI, ord. 23 novembre 1990, *Speybrouck c. Parlamento*, T-45/90, in *Racc.*, 1990, II-705 ss.

⁶⁵² Distinto problema è quello, più complesso, della compatibilità di questa prassi giurisprudenziale con il rispetto del principio della corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato, ai fini della risoluzione del quale è necessaria una presa di posizione sull'applicabilità di un tale principio anche ai procedimenti cautelari: sulla questione v., comunque sia, Cap. VI, § 2.

esclusivamente da chi ha proposto il ricorso in annullamento dello stesso atto (ovvero volto all'affermazione della responsabilità extracontrattuale della Comunità per l'emanazione di un atto illegittimo) in via principale⁶⁵³. Può, invece, richiedere i "provvedimenti provvisori" di cui all'art. 243 del Trattato CE ciascuna parte di una controversia pendente dinanzi alla Corte, purché il ricorso cautelare sia riferito ad una tale controversia principale: ne deriva che lo stesso può essere proposto non soltanto dal ricorrente ma, altresì, dalla parte resistente e dagli eventuali intervenienti⁶⁵⁴.

2. La sospensione dell'efficacia dell'atto impugnato

La sospensione dell'efficacia⁶⁵⁵ dell'atto impugnato è un provvedimento cautelare di carattere eccezionale⁶⁵⁶, poiché incide sull'operare del principio di

⁶⁵³ Cfr., tra gli altri, C. IANNONE, *Commento all'art. 242 del Trattato CE, cit.*, 1147; M. WAELBROECK, *Article 185*, in M. WAELBROECK – J.V. LOUIS – G. VANDERSANDEN, *La Cour de justice. Les actes des institutions, cit.*, 366. In giurisprudenza si è chiarito, più in particolare, che, sebbene la parte interveniente nel processo principale abbia titolo per intervenire anche nel processo cautelare, l'interventore non ha altresì il diritto di proporre domande di tutela cautelare poiché mentre il ricorrente principale è tenuto, all'atto della proposizione della domanda della misura provvisoria, a fornire gli elementi che escludano a prima vista l'inammissibilità del ricorso principale, l'interveniente, stante l'art. 40 dello Statuto, deve semplicemente dimostrare il proprio interesse alla soluzione della controversia e non potrebbe, così, agire per ottenere la sospensione in via cautelare di un atto che, ai sensi dell'art. 230, quarto comma, del Trattato CE, non è impugnabile dal ricorrente principale (cfr. CGCE, ord. 18 novembre 1999, *Pfizer Animal Health SA c. Consiglio*, C-329/99, in *Racc.*, 1999, 8343).

⁶⁵⁴ Soluzione, quest'ultima, che sembra confortata dalla maggior parte della dottrina: v., tra gli altri, P.N. SCHWAIGER, *Le référé dans la procédure de la Cour de justice des trois Communautés européennes, cit.*, 193; A. TIZZANO, *I provvedimenti urgenti nel processo comunitario*, in *I processi speciali, Studi offerti a Virgilio Andrioli dai suoi allievi*, Napoli, 1980, 363 ss, spec. 375; M. WAELBROECK, *Article 185*, in M. WAELBROECK – J.V. LOUIS – G. VANDERSANDEN, *La Cour de justice. Les actes des institutions, cit.*, 376. Peraltro, quanto alla possibilità che il ricorso cautelare sia proposto da un terzo interveniente nel processo principale, v. anche le più ampie considerazioni svolte al Cap. I, § 2.1.1.

⁶⁵⁵ Si è preferito utilizzare una tale espressione, in luogo di quella sospensione dell'esecutorietà dell'atto amministrativo cui fa riferimento lo stesso art. 242 del Trattato CE, per le considerazioni che seguono. In particolare, la concezione della sospensione in termini di mera sospensione dell'esecutorietà del provvedimento della P.A. postula il venir meno in capo all'Amministrazione del potere di porre in essere le attività di esecuzione sul piano materiale che sarebbero necessarie per dare esecuzione al provvedimento impugnato. Ne deriva che, qualora l'atto fosse stato già eseguito al momento della proposizione del ricorso cautelare, lo stesso dovrebbe essere dichiarato inammissibile per difetto dell'interesse ad agire in capo al ricorrente (a meno che, in accordo con una giurisprudenza ben presto sviluppatasi per venire incontro a condivisibili esigenze del ricorrente, gli effetti dell'atto non abbiano carattere continuativo e non già meramente istantaneo). Diversamente, ove si ritenga, come preferibile, che la sospensione operi, più ampiamente, sull'efficacia del provvedimento amministrativo impugnato, si potrà affermare che è paralizzato

continuità dell'azione amministrativa, in omaggio al quale gli atti delle pubbliche autorità sono efficaci ed esecutivi sino a quando il giudice competente non ne abbia eventualmente accertato l'illegittimità, con una pronuncia costitutiva avente efficacia *erga omnes* e retroattiva, che obbliga l'autore dell'atto ad emanare tutti provvedimenti necessari a far venir meno gli effetti della decisione annullata⁶⁵⁷.

qualsiasi effetto costitutivo dello stesso (ad es. la proprietà del bene espropriato resta al privato) ed, inoltre, l'interesse ad ottenere la sospensiva permarrà anche nell'ipotesi in cui gli effetti materiali del provvedimento si siano già prodotti (ad es. sia avvenuta l'espulsione dello straniero). Come si dirà meglio nelle pagine successive, invero, ritenere che la sospensione possa incidere anche sugli effetti meramente giuridici dell'atto amministrativo consente di annoverare tra gli atti che possono essere oggetto di sospensione anche quelli negativi. In argomento cfr., tra i tanti, V. ANDRIOLI, *Su la sospensione del provvedimento impugnato disposta dal giudice amministrativo*, in *Riv. dir. proc.*, 1942, 29 ss; E. ALIOTTA, *La sospensione del provvedimento impugnato dinanzi al Consiglio di Stato*, Napoli, 1948; F. CAMMEO, *Provvedimento incidentale di sospensione dinanzi alla IV Sezione ed eccezioni pregiudiziali*, cit., 124; A. CANNADA BARTOLI, *Sospensione dell'efficacia dell'atto amministrativo*, in *N.N.D.I.*, XVII, Torino, 1970, 934 ss; E. FOLLIERI, *La fase cautelare*, cit., 280; GARGIULO, *La sospensione dell'atto amministrativo da parte del Consiglio di Stato*, Napoli, 1948; G. PALEOLOGO, *Il giudizio cautelare amministrativo*, Milano, 1971; ID., *Sospensione dell'esecuzione: II) Sospensione dell'esecuzione dell'atto amministrativo e altre misure cautelari*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1993, XXX, 8; G. SAPORITO, *La sospensione dell'esecuzione del provvedimento impugnato nella giurisprudenza amministrativa*, I e II, Napoli, 1981 – 1984; A. TRAVI, *Sospensione del provvedimento impugnato (ricorso giurisdizionale amministrativo e ricorso amministrativo)*, in *Dig., Disc. Pubbl.*, XIV, Torino, 1999, 372 ss, spec. 375. Non si possono trascurare a riguardo, inoltre, le affermazioni di E. FOLLIERI, *La cautela tipica e la sua evoluzione*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, 659, secondo il quale il passaggio ad una concezione della sospensione dell'efficacia anche giuridica e non soltanto materiale dei provvedimenti amministrativi rappresenta una profonda rivoluzione conseguenza di una diversa interpretazione della norma attributiva del potere cautelare e che postula un'indifferenza circa la già avvenuta produzione sul piano materiale di effetti da parte dell'atto del quale è domandata la sospensione. *Contra*, con specifico riguardo al processo cautelare comunitario, R. JOLIET, *Protection juridictionnelle provisoire et droit communautaire*, cit., 258, secondo il quale, per definizione, la sospensione dell'esecutorietà non è concepibile che per le decisioni che sono suscettibili di esecuzione.

⁶⁵⁶ Sebbene, in accordo con quanto affermato nel nostro ordinamento da Corte Cost. 27 dicembre 1974 n. 284, in *Giur. Cost.*, 1974, 3338, con note di A. PROTO PISANI e di A. PACE, il principio della connaturale inerenza della tutela cautelare alla tutela giurisdizionale in genere implichi la necessaria sussistenza in capo al giudice amministrativo di un generale potere di sospensione dell'atto amministrativo nell'ambito della giurisdizione di annullamento.

⁶⁵⁷ In virtù di un siffatto principio, la proposizione di un ricorso dinanzi al giudice amministrativo non determina un'automatica sospensione dell'efficacia del provvedimento amministrativo. Il fondamento del principio in esame si ricollega ad un bilanciamento, in favore della P.A., tra l'interesse dell'Amministrazione ad una sollecita realizzazione delle proprie pretese e quello del cittadino ad evitare che la propria posizione sia pregiudicata dalla durata del giudizio ovvero ad una presunzione di legalità dell'operato della Pubblica Amministrazione. Cfr., tra gli altri, G. BORCHARDT, *The award of interim measures by the European Court of Justice*, cit., 206; R. JOLIET, *Protection juridictionnelle provisoire et droit communautaire*, cit., 258; M. WAELBROECK, *Article 185*, in M. WAELBROECK – J.V. LOUIS – G. VANDERSANDEN, *La Cour de justice. Les actes des institutions*, cit., 365; A. TRAVI, *Sospensione del provvedimento impugnato (ricorso giurisdizionale amministrativo e ricorso amministrativo)*, cit., 375. Nota G. PALEOLOGO, *Il giudizio cautelare amministrativo*, cit., 23, che, pertanto, i vizi dell'atto amministrativo non incidono sull'efficacia dello stesso che resta ferma sino all'eventuale pronuncia della sospensiva. La regola della corrispondenza tra esecutorietà del provvedimento amministrativo e principio di continuità dell'azione amministrativa non opera, peraltro, in tutti gli

Per vero, l'effetto della decisione è costituito proprio nella sospensione dell'efficacia dell'atto impugnato sino a quando l'ordinanza cautelare cessa di produrre i propri effetti ⁶⁵⁸.

Sempre in termini generali, occorre sottolineare che nel processo comunitario è ammessa anche una sospensione soltanto parziale dell'efficacia dell'atto impugnato. Va, inoltre, evidenziato la concessione della sospensione può essere subordinata al versamento di una cauzione, in omaggio al carattere necessariamente provvisorio delle misure cautelari che giustifica l'imposizione di una cauzione a carico del beneficiario delle stesse ogni qual volta, in caso

ordinamenti nel senso appena descritto: paradigmatico è il caso del sistema tedesco nel quale sia la proposizione di un ricorso amministrativo sia quella di un ricorso giurisdizionale sospendono automaticamente l'efficacia dell'atto impugnato. Rispetto ad una tale regola generale, operano tre ordini di eccezioni, i.e. una tale sospensione non si verifica per i provvedimenti amministrativi che impongono tributi, in relazione alle misure di polizia e negli altri casi previsti dalla legge. In alcune occasioni, inoltre, l'automatica sospensione può essere esclusa dalla stessa P.A. in considerazione dell'interesse pubblico o dell'interesse prevalente di una parte (così G. FALCON, *Esecutorietà ed esecuzione dell'atto amministrativo*, in Dig., Disc. Pubbl., VI, Torino, 1991, 149, il quale ritiene che nel sistema tedesco l'operare dei principi generali sia opportunamente affidato ad un bilanciamento di interessi equilibrato e flessibile); siffatti interessi sono stati più compiutamente individuati nella legge tedesca di riforma del contenzioso amministrativo del 1991 nella tutela della vita, della salute e della proprietà. Non si può trascurare di evidenziare, tuttavia, che l'apparente anomalia del sistema tedesco può essere fondatamente giustificata anche alla luce dell'altra anomalia della giustizia amministrativa nell'esperienza giuridica tedesca, cioè a dire la possibilità di denunciare dinanzi ai giudici amministrativi esclusivamente la violazione di provvedimenti di carattere individuale della P.A. che ledano specificamente le posizioni soggettive del ricorrente: ne deriva che quest'ultimo, proponendo il ricorso che sospende automaticamente l'efficacia esecutiva dell'atto impugnato, non potrebbe determinare conseguenze sulla situazione di un grande numero di altri soggetti riguardati da quella manifestazione di esercizio del potere da parte della P.A. (così, acutamente, G. MARCOU, *Caractères généraux et évolution de la juridiction administrative en Europe occidentale*, cit., 92) ed, in ogni caso, la sospensione automatica dell'esecutorietà dei provvedimenti amministrativi nel sistema tedesco appare legata alla funzione precipua di tutela dei singoli tradizionalmente propria della giurisdizione amministrativa (cfr. F.G. JACOBS, *Interim Measures in the Law and Practice of the Court of Justice of the European Communities*, cit., 40). Più specificamente in argomento v., tra gli altri, F. KOPP, *Verwaltungsgerichtsordnung*, 7a ed., München, 1986; C.E. ULE, *Verwaltungsprozessrecht*, 9a ed., München, 1987, spec. 365 ss; B. PETER, *Spécificités au regard du droit français des procédures d'urgence en droit allemand*, cit., 185; K.P. SOMMERMANN, *Le système des actions et la protection d'urgence dans le contentieux administratif allemand*, cit., 1145. Occorre poi tener presente che parte della dottrina francese, avendo criticato la permanenza del carattere esecutivo delle decisioni amministrative, ritenuto il retaggio di un inammissibile privilegio della P.A., confidava nella circostanza che la legge 30 giugno 2000 di riforma del contenzioso amministrativo adottasse sul punto l'opposto modello che ha il proprio paradigma nel sistema tedesco. Tuttavia la legge di riforma ha preferito evitare di introdurre una tale rivoluzionaria modifica che, secondo alcuni relatori, avrebbe potuto determinare una paralisi dell'attività amministrativa. Sono stati peraltro adottati alcuni meccanismi volti a favorire la concessione della sospensione dell'efficacia dell'atto impugnato in sede giurisdizionale. Sulla questione v. M. FOULETIER, *La loi du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives*, cit., 966-967.

⁶⁵⁸ B. PASTOR – E. VAN GINDERHACTER, *La procédure en référé*, cit., 612.

contrario, gli effetti prodotti dal provvedimento cautelare potrebbero divenire irreversibili ad opera della decisione definitiva⁶⁵⁹.

2.1. I provvedimenti che non possono essere sospesi in via cautelare. Gli atti negativi

In astratto si potrebbe affermare che qualsivoglia atto emanto dalle istituzioni comunitario può, in omaggio a quel principio di legalità anche alla base dell'azione di annullamento ex art. 230 del Trattato CE, essere sospeso in via cautelare in presenza dei presupposti c.d. di merito della tutela cautelare, cioè a dire il *fumus boni iuris* ed il *periculum in mora*⁶⁶⁰. L'art. 242 del Trattato istitutivo CE, infatti, non distingue, ai fini della sospensibilità in sede cautelare, tra gli atti emanati dalle istituzioni comunitarie.

Tuttavia il consolidato orientamento della giurisprudenza comunitaria è nel senso che non possono essere sospese in via cautelare almeno due categorie di atti delle istituzioni: ne deriva una significativa limitazione nelle possibilità per le parti di richiedere una misura cautelare, già di per sé considerata di carattere eccezionale.

In primo luogo occorre richiamare, a riguardo, l'affermazione del principio in virtù del quale non potrebbero essere sospesi in via cautelare gli atti con i quali le istituzioni hanno rigettato una richiesta del ricorrente, ovvero i c.d. atti negativi⁶⁶¹, i quali, più precisamente, costituiscono la manifestazione formale

⁶⁵⁹ Così tra gli altri R. JOLIET, *Protection juridictionnelle provisoire et droit communautaire*, cit., 259. Sulla cauzione nel processo cautelare comunitario v. Cap. VI, § 7.1.

⁶⁶⁰ Il che, secondo F. BERROD, *La systématique des voies de droit communautaires*, cit., 713, dovrebbe riconnettersi ad un opportuno parallelismo tra gli atti impugnabili in sede di azione di annullamento ai sensi dell'art. 230 del Trattato CE e quelli che possono essere oggetto di sospensione nel giudizio cautelare ai sensi dell'art. 242 dello stesso Trattato CE.

⁶⁶¹ Sui quali v. soprattutto F. LEDDA, *Il rifiuto del provvedimento amministrativo*, Milano, 1964.

della volontà di un'autorità amministrativa contenente il rifiuto a provvedere sopra un'istanza o un determinato affare⁶⁶².

A seconda delle circostanze del caso concreto, sono essenzialmente due le motivazioni tradizionalmente addotte a sostegno di una tale posizione di chiusura. La stessa è infatti giustificata, innanzitutto, sull'assunto per il quale la sospensione dei provvedimenti di rigetto rispetto all'istanza di concessione di un'autorizzazione o di una licenza non sarebbe ammissibile in quanto, proprio in ragione degli effetti meramente negativi della sospensione, la concessione del provvedimento cautelare non potrebbe in ogni caso attribuire al ricorrente il bene della vita agognato⁶⁶³, di talché in fattispecie simili l'unica possibilità di tutela sarebbe semmai rappresentata da una misura cautelare positiva ai sensi dell'art. 243 del Trattato CE⁶⁶⁴, la cui emanazione è però considerata ammissibile, come si avrà occasione di sottolineare, esclusivamente qualora non pregiudichi la discrezionalità delle istituzioni comunitarie⁶⁶⁵.

In secondo luogo nelle diverse situazioni nelle quali la mera emanazione del provvedimento di sospensione avrebbe consentito al ricorrente di compiere un'attività preclusa dall'atto negativo, la giurisprudenza nega la concedibilità dei

⁶⁶² Così D'ALESSIO, *Diritto amministrativo italiano*, II, Torino, 1934, spec. 401 ss. Si è inoltre precisato che rientrano tra i provvedimenti negativi anche quelli in sé favorevoli al ricorrente ma dei quali lo stesso lamenta l'insufficienza (così G. PALEOLOGO, *Il giudizio cautelare amministrativo*, cit., 266 – 267).

⁶⁶³ Il ricorrente sarebbe perciò privo di interesse ad agire in sede cautelare (v. C. IANNONE, *Commento all'art. 242 del Trattato CE*, cit., 1146).

⁶⁶⁴ Cfr. B. PASTOR – E. GINDERHACTER, *La procédure en référé*, cit., 612 – 613; L. WEITZEL, *Demander le sursis à exécution ou d'autres mesures provisoires*, cit., 146. In giurisprudenza v., tra le altre, CGCE, ord. 30 ottobre 1978, *Van Landervijck c. Commissione*, C-209 a 215/78, in *Racc.*, 1978, 2111; CGCE, ord. 15 ottobre 1974, *R. Frubo c. Commissione*, C-, in *Racc.*, 1974, 1031; TPI, ord. 2 ottobre 1997, *Eurocoton e a. c. Consiglio*, T-213/97, in *Racc.*, 1997, II-1609; TPI, ord. 8 ottobre 1993, *Branco c. Corte dei Conti*, T-507/93, in *Racc.*, 1993, II-1013. Si segnala su tutte CGCE, ord. 12 maggio 1960, *Geitling c. Alta Autorità*, C-19/59, in *Racc.*, 1960, 85 ss, la quale sancì, a riguardo, che la sospensione di una decisione di rigetto di un'autorizzazione non equivale alla concessione dell'autorizzazione richiesta, che può avvenire solo in forza di un provvedimento dell'Amministrazione la cui discrezionalità va preservata, in quanto il potere cautelare della Corte di Giustizia ha natura meramente conservativa e non attribuisce alla Corte stessa il potere di sostituirsi all'Amministrazione o di assumere, anche provvisoriamente, decisioni amministrative il luogo dei titolari del relativo potere.

⁶⁶⁵ Su una tale questione v., più ampiamente, *infra* § 3.3.

provvedimenti di sospensione ex art. 242 del Trattato CE poiché l'eventuale concessione degli stessi potrebbe determinare una violazione del principio della separazione dei poteri tra giudici e Pubblica Amministrazione⁶⁶⁶.

In alcune ipotesi, inoltre, la giurisprudenza è andata anche oltre. Ci si riferisce, in particolare, all'affermazione in virtù della quale in materia di concorrenza il giudice non potrebbe, attraverso la sospensione di una decisione della Commissione di accertamento di un'infrazione a norma dell'art. 71, § primo, del Trattato CE, convalidare un'intesa la cui conformità rispetto ai principi di libera concorrenza è contestata⁶⁶⁷, con la conseguenza che, nonostante il provvedimento di sospensione, le parti vincolate ad un tale accordo sarebbero sempre libere di svincolarsi dallo stesso senza essere tenute a pagare le penali contrattuali che il medesimo prevede⁶⁶⁸.

⁶⁶⁶ In tal senso cfr. già CGCE, ord. 5 ottobre 1969, *Repubblica Federale di Germania c. Commissione*, C-50/69, in *Racc.*, 1969, 449: nella fattispecie concreta la Repubblica Federale di Germania aveva richiesto la Commissione, ai sensi dell'art. 226 del Trattato CE, di percepire tasse di compensazione per l'importazione e di accordare sovvenzioni all'esportazione per porre fine ad alcuni movimenti speculativi. La Commissione aveva soltanto sospeso le importazioni e quindi la Repubblica Federale di Germania aveva proposto ricorso per l'annullamento di una tale decisione nella parte in cui con la stessa era stata rigettata l'autorizzazione a percepire le tasse e ad autorizzare le sovvenzioni. La Corte di Giustizia aveva così rigettato il ricorso cautelare proposto ai sensi dell'art. 242 (ex 185) del Trattato CE proprio sul presupposto che la sospensione dell'esecutività di un provvedimento può equivalere alla concessione dell'autorizzazione rigettata. Ancora, occorre segnalare alcune pronunce nelle quali la Corte di Giustizia ha ritenuto che la decisione di non ammettere un candidato alle prove di un concorso non può essere sospesa in via cautelare proprio perché porrebbe del tutto nel nulla le determinazioni amministrative contestate (CGCE, ord. 15 ottobre 1976, *De Lacroix c. Corte di Giustizia*, C-91/76, in *Racc.*, 1976, 1563). Nella giurisprudenza successiva cfr., tra le altre, CGCE, ord. 11 luglio 2002, *Société des mines de Sacilor-Lormine*, in *Racc.*, 2002, § 48; CGCE, ord. 19 agosto 1988, *Co-frutta c. Commissione*, C-191/88, in *Racc.*, 1988, 4551; CGCE, 8 aprile 1987, *Pfizer c. Commissione*, C-65/87, in *Racc.*, 1987, 1691; CGCE, ord. 22 ottobre 1975, *National Carbonising c. Commissione*, C-109/75, in *Racc.*, 1975, 1193. In senso critico v. soprattutto C. MORVIDUCCI, *Le misure cautelari nel processo comunitario*, cit., 276 – 277, la quale, tuttavia, sembra concordare con la giurisprudenza comunitaria circa l'impossibilità di emanare provvedimenti di sospensione degli atti negativi che produrrebbero di fatto i medesimi effetti dell'atto rigettato dalle istituzioni e ritiene, in una tale prospettiva, che invece gli atti negativi potrebbero essere sospesi tutte le volte che siffatti effetti non si producano in concreto.

⁶⁶⁷ CGCE, ord. 30 ottobre 1978, *Van Landewyck c. Commissione*, C-209/78, in *Racc.*, 1978, 2111; CGCE, ord. 15 ottobre 1974, *Fruit-en Groentenimporthandel c. Commissione*, C-71/74, in *Racc.*, 1974, 1031.

⁶⁶⁸ Così J. BOULOUIS – M. DARMON – J.G. HUGLO, *Contentieux communautaire*, 2a ed., cit., 143.

La rigidità della giurisprudenza in punto di sospensione in via cautelare dell'esecutività degli atti c.d. negativi è venuta meno soltanto in alcune fattispecie nelle quali il provvedimento di rigetto dell'istituzione convenuta aveva già di per sé modificato la situazione giuridica del ricorrente⁶⁶⁹. Espressione di un tale orientamento è, ad es., l'*affaire La Terza*⁶⁷⁰ nel quale la Corte di Giustizia ha sospeso una decisione con la quale l'Amministrazione di appartenenza aveva negato al ricorrente la proroga dell'autorizzazione a lavorare a tempo parziale, di fatto accordando la proroga richiesta fino alla pronuncia della decisione di merito: del resto, come ha sottolineato la Corte, nel caso concreto l'esecuzione del provvedimento negativo dell'Amministrazione avrebbe implicato immediatamente per il ricorrente l'obbligo di ricominciare a lavorare a tempo pieno, modificandone la situazione giuridica.

La netta chiusura della giurisprudenza comunitaria rispetto alla possibilità che siano sospesi in via cautelare gli effetti dei provvedimenti negativi, salve le situazioni eccezionali appena richiamate, non è a nostro sommo parere condivisibile per una serie di ragioni e, tra queste, soprattutto per il contrasto con il principio di effettività della tutela giurisdizionale. Una significativa evoluzione si è del resto realizzata, con riguardo alla questione in esame, nel sistema italiano ed in quello francese.

⁶⁶⁹ Così R. JOLIET, *Protection juridictionnelle provisoire et droit communautaire*, cit., 259; in senso analogo v. le considerazioni di R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 2a ed., Paris, 1990, spec. 808 – 809; G. PALEOLOGO, *Il giudizio cautelare amministrativo*, cit., 267, il quale, tuttavia, annovera più opportunamente tra gli atti c.d. negativi idonei a modificare la situazione giuridica del ricorrente anche quelli in cui la mera proposizione di una domanda legittimi l'inizio di un'attività, resa invece illecita dal provvedimento di rifiuto.

⁶⁷⁰ CGCE, ord. 23 marzo 1988, *La Terza c. Corte di Giustizia*, C-76/88, in *Racc.*, 1988, 1741.

Riteniamo pertanto utile, innanzitutto, ripercorrere brevemente i termini del dibattito⁶⁷¹, da sempre intenso, sulla sospensibilità dei provvedimenti di diniego all'interno della dottrina e della giurisprudenza italiana⁶⁷².

Soltanto in tempi meno recenti si riteneva pacifico il seguente principio, ancora oggi, come si è avuto modo di evidenziare, costantemente applicato dalla giurisprudenza comunitaria rispetto agli atti emanati dalle istituzioni: i provvedimenti di rigetto non possono essere sospesi in sede cautelare poiché gli stessi non producono nessun effetto sul piano degli *status* o dei rapporti sostanziali tra soggetti, essendo meramente idonei a modificare poteri strumentali. Di talché, si argomentava, in questi casi l'eventuale accoglimento dell'istanza di

⁶⁷¹ La complessità della questione è stata autorevolmente sintetizzata in dottrina, sottolineando che la sospensione di atti negativi costituisce un momento di crisi della strumentalità della tutela cautelare rispetto alla sentenza che chiude il processo amministrativo, la quale, come noto, in presenza di un potere discrezionale della P.A. non può in principio imbrigliare l'azione amministrativa in sede di riedizione del potere (M. NIGRO, *Il giudicato amministrativo ed il processo di ottemperanza*, in Atti del XXVII Convegno di Studi di Scienze dell'Amministrazione, Milano, 1983, 75 ss).

⁶⁷² Copiosa è la letteratura sull'argomento; si v. quindi, senza pretese di completezza, E.M. BARBIERI, *Sulla sospensione dei dinieghi e dei silenzi della Pubblica Amministrazione*, in *Foro amm.*, 1996, 3527 ss; L. BERTONAZZI, *Brevi riflessioni sulla tutela cautelare nei confronti dei provvedimenti negativi e dei comportamenti omissivi della Pubblica Amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, 1208 ss; BOZZI, *Sono sospensibili i provvedimenti negativi?*, in *T.A.R.*, 1996, II, 73 ss; C. CACCIAVILLANI, *La tutela cautelare nei ricorsi avverso il diniego di provvedimento e l'inerzia della P.A.*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, 91 ss; CARUSO, *La giustizia cautelare: i provvedimenti negativi e le ordinanze "propulsive" dei T.A.R.*, in *Foro amm.*, 1994, 2283 ss; E. FOLLIERI, *Sentenza "di merito" strumentale all'ordinanza di sospensione di atto negativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1986, 119 ss; ID., *Giudizio cautelare amministrativo e interessi tutelati*, Milano, 1981; R. JUSO, *Lineamenti di giustizia amministrativa*, Milano, 1998, spec. 277 ss; R. VILLATA, *La Corte Costituzionale ferma bruscamente la tendenza ad ampliare la tutela cautelare nei confronti dei provvedimenti negativi*, in *Dir. proc. amm.*, 1991, 794; F. G. SCOCA, *Processo cautelare amministrativo e Costituzione*, in *Dir. proc. amm.*, 1983, 311 ss; M.E. SCHINAIA, *Evoluzione del processo amministrativo nell'esperienza giurisprudenziale tra garanzia e effettività*, in *Cons. Stato*, 1997, II, 329 ss; F. SORRENTINO, *Il giudice amministrativo, per la tutela cautelare, riunifica il potere distribuito tra più organi in materia ambientale*, in *Dir. proc. amm.*, 1995, 141; E. STICCHI DAMIANI, *Sulla sospensibilità dei provvedimenti negativi*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, 425 ss; A. TRAVI, *Recenti orientamenti in tema di tutela cautelare nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1986, 293; ID., *La tutela cautelare nei confronti dei dinieghi di provvedimenti e delle omissioni della P.A.*, in *Dir. proc. amm.*, 1990, 329 ss; C. VARRONE, *Discrezionalità amministrativa e inhibitoria degli atti a contenuto negativo*, in *Foro amm.*, 1996, II, 749, nonché il recente lavoro monografico di D. DE CAROLIS, *Atti negativi e misure cautelari del giudice amministrativo*, Milano, 2001.

sospensiva non determinerebbe alcuna utilità per il ricorrente perché non sarebbe di per sé idonea a porlo nella situazione agognata⁶⁷³.

La dottrina, peraltro, è riuscita, onde accrescere gli spazi di tutela degli amministrati, a distinguere, all'interno della più ampia categoria degli atti c.d. negativi, da un lato, i provvedimenti meramente negativi, per i quali sarebbe realmente assente un interesse del ricorrente a domandare una misura cautelare di sospensione che non potrebbe comunque attribuirgli l'utilità richiesta e, dall'altro, i provvedimenti negativi con effetti positivi per i quali, invece, una tutela cautelare sarebbe possibile ed anzi auspicabile⁶⁷⁴. Nel novero di questi ultimi provvedimenti⁶⁷⁵ rientrano, paradigmaticamente, quelli di diniego di ammissione a prove di esame o di concorso⁶⁷⁶: in questi casi, infatti, la sospensione dell'atto negativo produce di per sé l'effetto di consentire al soggetto interessato di partecipare alle prove concorsuali – posto che il diniego della P.A. era l'unico ostacolo che si poneva a riguardo -, anche se l'assunzione resta condizionata all'effettivo accoglimento del ricorso in sede di merito⁶⁷⁷. Sarebbero inoltre

⁶⁷³ In dottrina v., tra gli altri, G. PALEOLOGO, *Il giudizio cautelare amministrativo*, cit., 262 ss; A. TRAVI, *Sospensione del provvedimento impugnato (ricorso giurisdizionale amministrativo e ricorso amministrativo)*, cit., 375 ss e, con alcuni riferimenti giurisprudenziali, E. FOLLIERI, *La tutela tipica e la sua evoluzione*, cit., 659 ss.

⁶⁷⁴ Cfr. F. G. SCOCA, *Processo cautelare amministrativo e Costituzione*, in *Dir. proc. amm.*, 1983, 311 ss.

⁶⁷⁵ Con riferimento ai quali crediamo che l'effetto riconnesso alla sospensione sia di per sé idoneo a porre i ricorrenti nella situazione agognata. Diversa è l'opinione affermata sul punto da D. DE CAROLIS, *Atti negativi e misure cautelari del giudice amministrativo*, cit., 70, il quale, sebbene convenga con l'attribuzione in via provvisoria del bene della vita richiesto a seguito dell'emanazione della misura cautelare, ritiene peraltro che la stessa si traduca in realtà in una misura di carattere ordinatorio che imporrebbe all'Amministrazione un obbligo di *pati* o di *non facere*.

⁶⁷⁶ In questo senso cfr. già Cons. St., sez. VI, 20 marzo 1968 n. 223; Cons. St., sez. IV, 10 maggio 1946 n. 138; v. anche, più di recente, Cons. St., sez. IV, 18 novembre 2003 n. 5108, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 1186, con nota di B. LUBRANO; T.A.R. Puglia, Lecce, sez. I, 28 settembre 2005 n. 1105, in *Giur. Merito*, 2005, 2484; T.A.R. Lazio, Roma, 5 maggio 2003 n. 3853, in *Foro amm. TAR*, 2003, 1640.

⁶⁷⁷ In questi termini v. Cons. St., Ad. Plen., 8 ottobre 1982 n. 17, in *Dir. proc. amm.*, 1983, 392, con nota di F.G. SCOCA, cit. ed in *Foro it.*, 1983, III, 41, con nota di G. SAPORITO, *Esame di maturità per la sospensiva di atti negativi*. Si segnala inoltre, sempre nella suprema giurisprudenza amministrativa, Cons. St., Ad. Plen., 1° giugno 1983 n. 14, in *Foro it.*, 1984, III, 72, con nota di G. SAPORITO, la quale ha esplicitamente riconosciuto che quando gli effetti caducatori della sospensione non sono sufficienti a tutelare in via cautelare l'interesse del ricorrente, l'effettività

sospendibili i provvedimenti negativi dell'Amministrazione cui segue un obbligo di comportamento immediato in capo al destinatario: in simili fattispecie la mera sospensione dell'efficacia dell'atto è sufficiente ad evitare, almeno sino alla decisione di merito, che il privato sia tenuto a porre in essere quella determinata attività⁶⁷⁸.

Nonostante i dissensi espressi da una dottrina autorevole ma minoritaria⁶⁷⁹, l'orientamento oggi prevalente è quello che riconduce la possibilità di sospendere in sede cautelare gli effetti di questa seconda categoria di provvedimenti di diniego.

Semmai, anche a seguito del potenziamento dei poteri cautelari del giudice amministrativo operato dall'art. 3 della legge 21 luglio 2000, n. 205, si sta sviluppando una corrente di pensiero che sarebbe condivisibilmente favorevole, in nome del principio di effettività della tutela giurisdizionale⁶⁸⁰, ad un ampliamento del novero degli atti negativi sospendibili⁶⁸¹.

della tutela cautelare può essere realizzata anche mediante strumenti diversi, tra i quali rientra la possibilità di imporre alla P.A. la tenuta di determinati comportamenti necessari per la realizzazione della tutela giurisdizionale.

⁶⁷⁸ Paradigmatici, a riguardo, erano i provvedimenti in materia di diniego alla richiesta del privato di essere autorizzato a non svolgere il servizio di leva. V., con diversi esempi, G. SAPORITO, *La sospensione dell'esecuzione del provvedimento impugnato nella giurisprudenza amministrativa*, I, cit., 68 ss. In dottrina in senso favorevole alla sospensione in via cautelare dei provvedimenti amministrativi v., tra gli altri, E. FOLLIERI, *Sentenza "di merito" strumentale all'ordinanza di sospensione di atto negativo*, cit., 119 ss; R. JUSO, *Lineamenti di giustizia amministrativa*, cit., 277 ss; R. VILLATA, *La Corte Costituzionale ferma bruscamente la tendenza ad ampliare la tutela cautelare nei confronti dei provvedimenti negativi*, cit., 794 ss.

⁶⁷⁹ A. TRAVI, *Sospensione del provvedimento impugnato (ricorso giurisdizionale amministrativo e ricorso amministrativo)*, cit., 375, ss; ID., *La tutela cautelare nei confronti dei dinieghi di provvedimenti e delle omissioni della P.A.*, cit., 329 ss, nonché E.M. BARBIERI, *Sulla sospensione dei provvedimenti negativi della Pubblica Amministrazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, 296 ss, il quale si è mostrato tradizionalmente sensibile alla questione della trasformazione del giudice in un amministratore.

⁶⁸⁰ Principio la cui realizzazione implica anche una tutela più soddisfacente dei c.d. interessi legittimi di carattere pretensivo.

⁶⁸¹ E quindi a consentire, altresì, la sospensione dei provvedimenti negativi c.d. puri, di talché l'effetto della misura cautelare non è semplicemente quello di eliminare un ostacolo alla produzione degli effetti come negli altri casi, ma è proprio quello di porre la regola della situazione controversa (cfr. E. FOLLIERI, *Giudizio cautelare amministrativo*, cit., 146 ss; ID., *La tutela cautelare*, cit., 284). Si ritiene, più in particolare, che attualmente nel sistema italiano la questione di fondo sia piuttosto quella avente ad oggetto la possibilità di ammettere in via generale una tutela cautelare nei confronti dei provvedimenti negativi. Invero, nell'ipotesi in cui si affermasse che anche alcuni provvedimenti di diniego c.d. puri possono essere sospesi in sede cautelare, potrebbe

Alla luce delle considerazioni sinora svolte è almeno curioso che parte della dottrina italiana che auspica il totale venir meno di ogni preclusione astratta alla sospensibilità dei provvedimenti di diniego si riconduca *ad adiuvandum* proprio ad alcune pronunce della Corte di Giustizia comunitaria in virtù delle quali la tutela cautelare non potrebbe essere negata, in relazione a situazioni giuridiche soggettive sancite dallo stesso diritto comunitario, a seconda della natura dell'atto che dovrebbe essere oggetto del provvedimento⁶⁸². Ancora una volta si è indotti a sottolineare la paradossale ambivalenza della Corte di Giustizia, la quale non esita a mascherare, sotto il pretesto della necessità di tutelare le posizioni giuridiche soggettive dei singoli, la volontà di garantire l'effetto utile delle norme comunitarie. Non potrebbe altrimenti giustificarsi, a nostro sommo parere, l'affermazione per la quale tutti i provvedimenti amministrativi nazionali devono essere sospesi, a prescindere dalla natura degli stessi e delle conseguenti implicazioni, laddove ciò sia necessario per assicurare l'effettività dei diritti sanciti dalla normativa comunitaria, resa dalla giurisprudenza comunitaria la quale, di converso, tende sempre e comunque a

porsi il problema del superamento dei limiti esterni dei poteri del giudice amministrativo rispetto ai poteri propri della P.A., sino ad una vera e propria sostituzione del giudice all'Amministrazione. Situazione che ha i suoi profili di criticità nella discrezionalità della P.A., di talché si è opportunamente evidenziato che un limite esterno all'esercizio di tali poteri cautelari da parte del giudice amministrativo deve comunque permanere ed essere individuato nel compimento delle scelte che resta proprio dell'Amministrazione (così D. DE CAROLIS, *Atti negativi e misure cautelari del giudice amministrativo*, cit., 81 ss, ed ivi maggiori riferimenti).

⁶⁸² Sarebbe, ad es., espressiva di un tale orientamento soprattutto CGCE, 9 novembre 1995, *Commissione c. Grecia*, cit., 4459 ss, secondo la quale è ammissibile anche un intervento cautelare propulsivo, anche in forma di provvedimenti provvisori che modifichino o disciplinino situazioni o rapporti giuridici controversi, in ordine ad un provvedimento fondato su un regolamento comunitario che forma oggetto di rinvio pregiudiziale. A riguardo v. di recente D. DE CAROLIS, *Atti negativi e misure cautelari del giudice amministrativo*, cit., 59, il quale, con riferimento alla problematica della sospensibilità degli atti negativi, sottolinea che "a fronte di questo fenomeno si trovano contrapposte due linee di tendenza: quella che vuole comunque realizzata la tutela cautelare effettiva in virtù degli artt. 24 e 113 Cost. e dei principi comunitari e quella che vuole rispettato il limite al potere giurisdizionale che vieta al giudice di sostituirsi alle scelte dell'amministrazione. In argomento cfr. anche C. CACCIAVILLANI, *La tutela cautelare nei ricorsi avverso il diniego di provvedimento e l'inerzia della P.A.*, cit., spec. 96 ss; L. LIMBERTI, *Principio di effettività della tutela giurisdizionale e diritto comunitario: a proposito del potere del giudice cautelare nazionale di concedere provvedimenti cautelari "positivi"*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1998, 1409.

negare tutela cautelare a fronte dei provvedimenti di diniego delle istituzioni riconducendosi ad una strenua difesa del principio della separazione dei poteri⁶⁸³.

Le perplessità ora espresse sono anche determinate dalla significativa evoluzione che si è affermata, quanto alla possibilità di ottenere la sospensione in sede cautelare dell'esecutorietà degli atti amministrativi c.d. negativi, nel sistema francese. Una giurisprudenza risalente⁶⁸⁴ ammetteva esclusivamente la sospendibilità in via cautelare delle decisioni della P.A. dotate del carattere dell'esecutorietà, *i.e.* idonee a modificare la situazione giuridica del cittadino ed in tal senso ad essere oggetto di esecuzione forzata da parte dell'Amministrazione. Di conseguenza erano dichiarati senza oggetto i ricorsi tesi ad ottenere la sospensione di provvedimenti amministrativi già eseguiti⁶⁸⁵ e, per quel che specificamente interessa in questa sede, irricevibili quelli volti ad ottenere la sospensione di atti con i quali la P.A. aveva rigettato un'istanza del privato⁶⁸⁶.

Tale assetto è stato radicalmente mutato a seguito dell'emanazione della legge di riforma del contenzioso amministrativo francese del 30 giugno 2000, la quale ha espressamente sancito la possibilità per ciascun soggetto interessato di domandare dinanzi al giudice amministrativo la sospensione dell'efficacia esecutiva di qualsivoglia provvedimento, anche di diniego, reso dalla Pubblica Amministrazione⁶⁸⁷. Si è così posto fine, attraverso un opportuno intervento

⁶⁸³ V., ancora, CGCE, 9 novembre 1995, *Commissione c. Grecia*, 4459 ss.

⁶⁸⁴ Il riferimento è a Cons. État, sez. VII, 23 gennaio 1970, *Ministero delle Politiche Sociali c. Amoros*, in RDP, 1970, 1035, con nota critica di M. WALINE ed in AJDA, 1970, 174, con nota di DELCROS. In argomento v. anche, più ampiamente, GLÉLÉ, *Le sursis à exécution d'une décision négative*, in *Dalloz*, 1969, 161.

⁶⁸⁵ V. Cons. État, 19 giugno 1990, *Hablani*, in AJDA, 1990, 745.

⁶⁸⁶ Cfr. Cons. État, sez. VII, 23 gennaio 1970, *Ministero delle Politiche Sociali c. Amoros*, *cit.*

⁶⁸⁷ L'art. 1. 521 – 1 del Codice di giustizia amministrativa dispone, infatti, che quando un provvedimento amministrativo, anche di rigetto, è oggetto di un ricorso principale volto all'annullamento ovvero alla riforma dello stesso, il giudice della cautela può, su domanda di parte, ordinare la sospensione dell'esecuzione di una tale decisione o di alcuni effetti della stessa, in presenza dei canonici presupposti del *periculum in mora* e del *fumus boni juris*. Ciò implica che gli effetti di qualsivoglia provvedimento di diniego, anche implicito, della P.A. francese, possano essere oggetto di sospensione cautelare, cui si sottraggono soltanto i comportamenti dell'Amministrazione svincolati dall'esercizio di un potere e quindi rilevanti su un piano

normativo che tende a favorire le posizioni soggettive individuali ed a conferire alle stesse un'autonoma tutela anche nel giudizio amministrativo, a quella giurisprudenza, invero risalente, che riteneva non sospensibili in sede cautelare gli effetti delle decisioni di rigetto della Pubblica Amministrazione⁶⁸⁸ e la cui portata era stata attenuata soltanto di recente⁶⁸⁹. In proposito va evidenziato che proprio il Consiglio di Stato francese è stato il principale modello di riferimento per la disciplina della Corte di Giustizia comunitaria⁶⁹⁰. Tuttavia, se i poteri del giudice amministrativo nel sistema francese sono stati accresciuti negli anni con la progressiva democratizzazione dei rapporti tra Pubblica Amministrazione ed amministrati, lo stesso non è, criticabilmente, avvenuto con riferimento ai poteri dei giudici comunitari, i quali continuano ad autolimitarsi invocando l'esigenza di rispettare il principio della separazione dei poteri tra giudici ed amministrazione.

Si potrebbe, d'altra parte, obiettare alla nostra analisi critica che, almeno in talune situazioni, i giudici comunitari hanno riconosciuto la possibilità di sospendere in via cautelare l'efficacia di alcuni atti negativi ed, in particolare, di quelli che avevano di per sé modificato la situazione giuridica del ricorrente. In realtà non si è mai dubitato, neppure da parte della dottrina e della giurisprudenza più chiuse rispetto alla possibilità di sospensione in sede cautelare degli effetti dei provvedimenti negativi, che la stessa fosse ammissibile a fronte del diniego della proroga o del rinnovo dell'effetto degli atti amministrativi e ciò per

esclusivamente materiale nonché i contratti (J. VUITTON – X. VUITTON, *Les référés*, 2a ed., cit., 265 ss).

⁶⁸⁸ Cons. État, sez. VII, 23 gennaio 1970, *Ministero delle Politiche Sociali c. Amoros*, cit.

⁶⁸⁹ Il riferimento è, in particolare, a Cons. État, 20 dicembre 2000, in *Rec. Ce*, 643 ed in *RFDA*, 2001, 371, la quale ha affermato che il giudice amministrativo adito in sede cautelare con la richiesta di sospensione degli effetti di un provvedimento negativo può, presenti i requisiti del *periculum in mora* e del *fumus boni juris* necessari per la concessione delle misure cautelari, anche emanare ordini nei confronti della P.A., indicando alla stessa, ad es., di riesaminare l'istanza del ricorrente entro un determinato termine ovvero assumere qualsivoglia provvedimento cautelare utile a serbarne la situazione giuridica.

⁶⁹⁰ Cfr. M. FROMONT, *L'influence du droit français et du droit allemand sur les conditions de recevabilité du recours en annulation devant la Cour de Justice des Communauté européennes*, cit., 57 ss;

l'argomentazione *tranchant* secondo la quale in tali casi sarebbe proprio l'atto negativo a produrre effetti del tutto innovativi sulla situazione giuridica del ricorrente⁶⁹¹.

Crediamo, peraltro, che, in omaggio al principio di effettività della tutela giurisdizionale, la sospensione in via cautelare dell'efficacia degli negativi nel processo comunitario andrebbe assicurata, più ampiamente, anche in tutte le ipotesi in cui il rifiuto di provvedere dell'istituzione pregiudica di per sé il ricorrente il quale avrebbe avuto *prima facie* diritto ad ottenere una decisione positiva⁶⁹².

2.2. Segue. La sospensione degli atti di carattere generale

La lettera dell'art. 242 del Trattato istitutivo CE, non osta, inoltre, in sé e per sé, alla sospendibilità da parte del giudice della cautela di qualsivoglia provvedimento delle istituzioni comunitarie.

La giurisprudenza comunitaria si mostra, tuttavia, incline a negare la sospendibilità in sede cautelare non solo dei provvedimenti di diniego, bensì anche di quelli di carattere generale⁶⁹³.

⁶⁹¹ Cfr. per tutti E. FOLLIERI, *La fase cautelare*, cit., 283, il quale ricorda che già intorno agli anni trenta il Consiglio di Stato sospendeva i provvedimenti che negavano la conferma di situazioni di vantaggio attribuite da precedenti provvedimenti amministrativi e quindi determinavano l'effetto materiale di cessazione della situazione di vantaggio. Nota esattamente l'A. che si tratta a ben vedere di atti i quali, sebbene negativi, producono effetti materiali e quindi per essi la misura cautelare della sospensione costituisce un idoneo strumento di tutela urgente. Anche nel sistema francese la stessa *arrêt Amoros*, nel sancire il principio dell'impossibilità di sospendere in sede cautelare l'efficacia delle decisioni di rigetto della P.A., aveva fatto salve le fattispecie nelle quali il mantenimento della decisione avrebbe di per sé determinato una modificazione in una situazione di diritto o di fatto già esistente (cfr., nella giurisprudenza successiva, Cons. État, 13 novembre 1987, *Tang Kam Keung*, in Rec. CE, 1987, 367; Cons. État, 1° luglio 1977, *M'sirdi*, in Rec. CE, 1977, 915).

⁶⁹² Così, tra gli altri, F. BERROD, *La systématique des voies de droit communautaire*, cit., 713; D. SIMON – R. MEHDI, *Justices*, 1995, n° 2, 231.

⁶⁹³ Ovvero, secondo la più efficace espressione di M. WAELBROECK, *Article 185*, in M. WAELBROECK – J.V. LOUIS – G. VANDERSANDEN, *La Cour de justice. Les actes des institutions*, cit., 367: « *s'il n'est pas impossible en principe d'obtenir le sursis à l'exécution d'une mesure de portée générale, la Cour manifeste une certaine répugnance à le faire* ». In argomento cfr. anche G. BORCHARDT, *The award of interim measures by the European Court of*

Ciò è confermato da una copiosa giurisprudenza mediante la quale, attraverso differenti giustificazioni - non di rado di carattere pretestuoso - si è sempre ottenuto il risultato pratico di evitare di concedere la misura di sospensione richiesta dal ricorrente in sede cautelare⁶⁹⁴.

In primo luogo si è talora sottolineato, nell'ambito della già ampiamente criticata giurisprudenza in tema di condizioni di legittimazione alla proposizione del ricorso in annullamento da parte dei singoli ex art. 230, quarto comma, del Trattato CE⁶⁹⁵, che l'esame della sussistenza dei requisiti dell'essere direttamente ed individualmente riguardato dall'atto in capo al ricorrente individuale⁶⁹⁶ deve essere particolarmente rigoroso quando è richiesta la sospensione dell'efficacia di un atto di carattere generale stante l'incisività delle conseguenze che possono in questo caso riconnettersi alla concessione della misura cautelare⁶⁹⁷.

In secondo luogo la giurisprudenza ha motivato il rigetto delle domande cautelari proposte ex art. 242 del Trattato CE, in virtù dell'idoneità dell'atto di carattere generale in discussione a produrre effetti non soltanto nei rapporti tra le parti in causa ma anche nei confronti di altri soggetti di talché, parallelamente, anche gli effetti del provvedimento di sospensione avrebbero coinvolto altri

Justice, cit., 214; C. GRAY, *Interim measures of protection in the European Court, cit.*, 95 – 96; L. WEITZEL, *Demandeur le sursis à l'exécution ou d'autres mesures provisoires, cit.*, 142.

⁶⁹⁴ Così C. GRAY, *Interim measures of protection in the European Court, cit.*, 96.

⁶⁹⁵ Sulla quale v., più diffusamente, Cap. II, §§ 3 ss.

⁶⁹⁶ Che deve avvenire già in sede cautelare qualora sussistano elementi che denotano manifestamente l'insussistenza dei presupposti processuali del ricorso principale: cfr. Cap. II, § 2.2.

⁶⁹⁷ Cfr. CGCE, ord. 28 maggio 1975, *Könicke c. Commissione*, C-44/75, in *Racc.*, 1975, 640 nonché, nella giurisprudenza successiva, CGCE, ord. 27 gennaio 1988, *Distrivet c. Consiglio*, C-376/86, in *Racc.*, 1988, 209, § 22; CGCE, ord. 16 dicembre 1980, *Rumi c. Commissione*, C-258/80, in *Racc.*, 1980, 3867, §§ 9 – 10. Pongono efficacemente in evidenza a riguardo H.G. SCHERMERS – D.F. WAELBROECK, *Judicial Protection in the European Union*, 6a ed., cit., 703 – 704, che se in linea teorica dovrebbe essere possibile per un ricorrente individuale domandare anche la sospensione in via cautelare di regolamenti o direttive che lo riguardano direttamente ed individualmente, in concreto la giurisprudenza tende a valutare in modo estremamente restrittivo in questi casi la ricorrenza di siffatti requisiti, già all'interno del procedimento cautelare, onde evitare la sospensione di atti di carattere generale (cfr. anche G. BORCHARDT, *The award of interim measures by the European Court of Justice, cit.*, 214).

soggetti in modo ultroneo rispetto all'finalità precipua delle misure cautelare di regolare temporaneamente i rapporti tra le parti ⁶⁹⁸.

La sospensione cautelare ex art. 242 del Trattato CE degli effetti degli atti di carattere generale delle istituzioni comunitarie è stata, infine, ritenuta inammissibile in quanto la concessione della stessa avrebbe potuto pregiudicare significativamente gli interessi di un grande numero di terzi in misura sproporzionata rispetto alla necessità di tutelare gli interessi dello stesso ricorrente⁶⁹⁹: pertanto in tali fattispecie si assiste ad un'utilizzazione potenziata del criterio del bilanciamento degli interessi al fine, ove non sussistano in concreto ulteriori ragioni, di negare la tutela cautelare.

I richiamati orientamenti sono criticabili per diverse ragioni. In primo luogo conseguenza degli stessi è l'assenza, di fatto, di una tutela cautelare rispetto agli atti di carattere generale nel processo comunitario, assenza che non si ricollega, come evidenziato, ad una lacuna normativa nel testo dell'art. 242 del Trattato CE che fa riferimento indistinto alla possibilità per i giudici di sospendere l'efficacia degli atti impugnati, bensì ad una tendenza restrittiva della giurisprudenza la quale tende così ad evitare il probabile pregiudizio che sarebbe determinato all'interesse c.d. pubblico comunitario dalla sospensione dell'efficacia di atti di carattere generale, talora anche di natura normativa, posta

⁶⁹⁸ Si segnala per una tale posizione già CGCE, ord. 25 ottobre 1977, *Metro c. Commissione*, C-26/76, in *Racc.*, 1976, 1353, nella quale la Corte ha evidenziato che, concernendo l'atto del quale era domandata la sospensione non soltanto i rapporti tra il ricorrente e la SABA, bensì anche quelli tra quest'ultima e gli altri distributori, il provvedimento cautelare avrebbe determinato la sospensione di tutte le relazioni, in modo ultroneo rispetto alla finalità di una misura cautelare di salvaguardare temporaneamente gli interessi del ricorrente sino alla decisione del ricorso principale.

⁶⁹⁹ Cfr., *ex ceteris*, CGCE, ord. 22 maggio 1978, *Simmenthal c. Commissione*, C-92/78, in *Racc.*, 1978, 1129 ss; CGCE, ord. 14 ottobre 1977, *NTN Toyo c. Consiglio*, C-113/77, in *Racc.*, 1977, 1721. Si segnala tra le altre CGCE, ord., 28 mag. 1975, C-44/75, *Könecke c. Commissione*, in *Racc.*, 1975, 637, secondo cui, qualora la domanda cautelare sia volta a sospendere l'efficacia esecutiva di un regolamento, il ricorrente deve provare in modo ancora più rigoroso di essere riguardato direttamente ed individualmente dall'atto impugnato.

la più volte evidenziata assenza di una gerarchia delle fonti, *sic rebus stantibus*, nel sistema comunitario.

La valutazione in ordine all'intrinseca contraddittorietà della giurisprudenza comunitaria in tema di sospensione cautelare dell'efficacia degli atti di carattere generale appare, inoltre, confermata dall'opposta attitudine dei giudici europei a sottolineare la necessità per i giudici nazionali, al fine di assicurare il primato del diritto comunitario, di sospendere l'applicazione sia di provvedimenti amministrativi sia, soprattutto, di normative che si pongano in contrasto con le regole sancite in sede comunitaria⁷⁰⁰.

2.3. Azioni dirette nelle quali può essere chiesto il provvedimento di sospensione ex art. 242 del Trattato CE

Problematica distinta rispetto a quella sinora esaminata è quella delle azioni c.d. dirette all'interno delle quali è possibile che sia emanato, in sede cautelare, un provvedimento di sospensione dell'esecutività di un atto delle istituzioni comunitarie ai sensi dell'art. 242 del Trattato CE.

Sul punto si possono distinguere almeno due orientamenti.

Più in particolare, in accordo con una prima posizione, affermata soprattutto in dottrina⁷⁰¹ e maggiormente restrittiva, l'ambito di applicazione del provvedimento in esame coinciderebbe con quello del ricorso in annullamento e dei ricorsi dei funzionari della Comunità. Il presupposto di un orientamento siffatto è, a ben vedere, una concezione restrittiva della sospensione in sede giurisdizionale degli effetti degli atti amministrativi, in accordo alla quale la stessa ha la funzione di derogare, in via eccezionale, esclusivamente al carattere

⁷⁰⁰ Sul punto v., *infra*, § 5.1., nonché, *amplius*, Cap. VII.

⁷⁰¹ Così, tra gli altri, F.G. JACOBS, *Interim Measures in the Law and Practice of the Court of Justice of the European Communities*, cit., 44; R. JOLIET, *Protection juridictionnelle provisoire et droit communautaire*, cit., 259.

esecutorio degli atti amministrativi, di talché la medesima può essere concessa soltanto a fronte dell'impugnazione degli stessi e non anche, ad es., nell'ambito di un'azione volta ad accertare l'inadempimento di uno Stato membro alle obbligazioni poste dal diritto comunitario o di responsabilità extracontrattuale della Comunità ⁷⁰².

Altri Autori ⁷⁰³, sebbene evidenzino che, di fatto, la maggior parte delle domande di sospensione dell'esecuzione riguardano decisioni della Commissione o del Consiglio nei confronti di imprese in materia di concorrenza e di dumping, nonché delle istituzioni verso i propri funzionari, ritengono che in linea di principio le stesse possano essere proposte, più ampiamente, in tutte le procedure giurisdizionali concernenti atti delle istituzioni comunitarie, ovvero nel contenzioso di annullamento come in quello della funzione pubblica, nonché nell'ipotesi di ricorsi volti a far valere la responsabilità extracontrattuale della Comunità, di ricorsi di piena giurisdizione o in sede di opposizione di terzo ⁷⁰⁴.

Alla luce degli orientamenti appena richiamati è quindi discussa soprattutto l'ammissibilità del provvedimento di sospensione dell'efficacia dell'atto nell'ambito di una procedura volta ad ottenere il risarcimento dei danni per la responsabilità extracontrattuale della Comunità, connessa ad un atto ⁷⁰⁵ delle istituzioni, laddove non sia stato anche impugnato in via principale l'atto in

⁷⁰² R. JOLIET, *Protection juridictionnelle provisoire et droit communautaire*, cit., 260.

⁷⁰³ B. PASTOR – E. VAN GINDERHACTER, *La procédure en référé*, cit., 612; P. PESCATORE, *La juridiction internationale permanente*, cit., 342.

⁷⁰⁴ A tal proposito occorre evidenziare che l'art. 229 del Trattato CE consente a regolamenti del Consiglio di attribuire alla Corte di Giustizia una competenza di piena giurisdizione in ordine alle dazioni previste da alcuni regolamenti comunitari: in questi casi sarà consentito al giudice comunitario eliminare, ridurre o aumentare l'ammenda o l'astreinte inflitta alla parte condannata. Secondo la giurisprudenza la competenza di piena giurisdizione è idonea a rendere la procedura sanzionatoria in materia di concorrenza conforme ai diritti fondamentali siccome risultano dall'art. 6, § primo, CEDU, in quanto la decisione della Commissione può essere oggetto di un ricorso dinanzi ad un giudice dotato di una competenza di piena giurisdizione (TPI, 11 marzo 1999, *Aristrain c. Commissione*, T-156/94, in *Racc.*, 1999, II-645; TPI, 14 maggio 1998, *Enso Española c. Commissione*, T-348/94, in *Racc.*, 1998, II-1875). In argomento, in dottrina, v., più ampiamente, J. BOULOUIS – M. DARMON – J.G. HUGLO, *Contentieux communautaire*, 2a ed., cit., 216 ss.

⁷⁰⁵ E non anche, naturalmente, ad un comportamento.

questione. Secondo i fautori dell'approccio maggiormente restrittivo, infatti, sarebbe contraddittorio domandare il risarcimento di un danno già subito ed al contempo la sospensione dell'esecutorietà dell'atto all'origine del pregiudizio lamentato, con la conseguenza che sarebbe tutto al più ammissibile richiedere la sospensione al fine di impedire l'aggravarsi del danno⁷⁰⁶.

Vi è, invece, concordia circa l'impossibilità di domandare un provvedimento cautelare ex art. 242 del Trattato CE a seguito della proposizione di un ricorso in carenza⁷⁰⁷ e ciò per l'ovvia considerazione che una siffatta azione ha proprio ad oggetto l'accertamento di un'inerzia dell'Amministrazione nel provvedere, inerzia incompatibile con l'emanazione di un atto che potrebbe, in ipotesi, essere oggetto del provvedimento di sospensione⁷⁰⁸.

3. Gli altri provvedimenti provvisori

Ai sensi dell'art. 243 del Trattato CE, la Corte di Giustizia, negli affari proposti dinanzi a sé, può inoltre emanare i provvedimenti provvisori necessari per tutelare il ricorrente nella fattispecie concreta.

⁷⁰⁶ Cfr. R. JOLIET, *Protection juridictionnelle provisoire et droit communautaire*, cit., 260, il quale ricorda (spec. nt. 34) che nel caso Sofrimport la società ricorrente aveva domandato ed ottenuto la sospensione dell'efficacia esecutiva di un regolamento che sospendeva la consegna dei certificati di importazione ed aveva così potuto importare nella Comunità mele di origine cilena. Tuttavia, nell'ambito del ricorso teso ad ottenere il risarcimento dei danni subiti successivamente proposto, la stessa società aveva ottenuto un'indennità pari alla differenza tra il prezzo effettivamente ricavato dalla vendita dei prodotti a seguito del provvedimento cautelare di sospensione ed il prezzo che avrebbe potuto ottenere immediatamente dopo l'arrivo della merce in porto, maggiorato degli interessi (v. CGCE, 26 giugno 1990, *Sofrimport c. Commissione*, C-152/88, in *Racc.*, 1990, 2477, §§ 30 – 32); in termini analoghi v. F.G. JACOBS, *Interim Measures in the Law and Practice of the Court of Justice of the European Communities*, cit., 44.

⁷⁰⁷ Così, tra gli altri, R. JOLIET, *Protection juridictionnelle provisoire et droit communautaire*, cit., 260.

⁷⁰⁸ Non è inutile sottolineare, a riguardo, che, in accordo con il costante insegnamento della Corte di Giustizia comunitaria, laddove l'istituzione, a seguito della richiesta del ricorrente, abbia provveduto in senso diverso rispetto a quanto auspicato da quest'ultimo o abbia manifestato espressamente l'intenzione di non voler provvedere sull'istanza del privato, il ricorso in carenza eventualmente proposto dovrebbe essere dichiarato inammissibile, poiché manca una vera e propria inerzia e dovrebbe, se del caso, essere proposto ricorso in annullamento ai sensi dell'art. 230 del Trattato CE (cfr. TPI, 18 settembre 1996, *Asia Motor France e a. c. Commissione*, T-387/94, in *Racc.*, 1996, II-961, §§ 38- 39).

Nel sistema processuale comunitario, di conseguenza, non sono state disciplinate, accanto alla sospensione degli atti delle istituzioni, ulteriori misure cautelari c.d. tipiche, ovvero concedibili al fine di fronteggiare specifici pericoli da ritardo⁷⁰⁹. E' stata invece attribuita ai ricorrenti la possibilità di domandare ed ai giudici di concedere i provvedimenti cautelari maggiormente idonei ad evitare il verificarsi di pericoli di pregiudizi di carattere irreparabile⁷¹⁰.

Si tratta, pertanto, di un assetto modellato soprattutto su quello vigente negli ordinamenti di *common law* nei quali il legislatore enumera misure cautelari c.d. nominate: si ritiene preferibile, invero, in nome del principio di effettività della tutela giurisdizionale, che sia l'elaborazione pretoria ad individuare, nei singoli casi concreti, le forme di tutela provvisoria più adeguate⁷¹¹.

Almeno in parte difforme è invece l'approccio nei sistemi di *civil law*⁷¹² anche se, in linea generale, può condividersi la seguente considerazione⁷¹³:

⁷⁰⁹ In questo senso anche B. PASTOR – E. GINDERHACTER, *La procédure en référé*, cit., 614.

⁷¹⁰ Distinta questione è quella relativa alla sussistenza di un rapporto di subordinazione, quanto alla concessione dei provvedimenti provvisori ex art. 243 del Trattato CE, rispetto alla misura della sospensione dell'esecuzione del provvedimento impugnato. Secondo alcuni, infatti, l'art. 243 avrebbe una portata sussidiaria rispetto all'art. 242 dello stesso Trattato CE poiché il provvedimento di sospensione emanato a norma di una tale disposizione richiede al destinatario un comportamento negativo, cioè a dire un obbligo di non fare, mentre l'ordinanza pronunciata in forza dell'art. 243 consiste per il destinatario in un'obbligazione di fare o di non fare, di talché un siffatto provvedimento potrebbe essere emanato soltanto in assenza degli estremi per quello di sospensione (così G. LA MARCA, *La sospensione cautelare degli appalti pubblici nel procedimento ex art. 169 del Trattato di Roma*, in *Riv. dir. eur.*, 1989, 383 ss, spec. 388), mentre per altri il rapporto tra la sospensione dell'esecuzione del provvedimento impugnato e le altre misure provvisorie non si pone in termini di mera subordinazione (cfr. C. MORVIDUCCI, *Le misure cautelari nel processo comunitario*, cit., 253, anche nell'ambito di un più generale tentativo di ricondurre ad unità le due tipologie di misure cautelari che possono essere pronunciate dai giudici comunitari).

⁷¹¹ Secondo L.P. COMOGLIO – C. FERRI, *La tutela cautelare in Italia: profili sistematici e riscontri comparativi*, cit., 967 – 968, ciò attribuisce al giudice una gamma potenzialmente illimitata di interventi dotati di variabile adattabilità alle mutevoli esigenze della casistica concreta, nel contesto di forme effettive di tutela giurisdizionale. In argomento v., più ampiamente, J. I. H. JACOBS, *The Fabric of English Civil Justice*, London, 1987, spec. 132 ss; V. VARANO, *Appunti sulla tutela provvisoria nell'ordinamento inglese, con particolare riferimento all'interlocutory injunction*, in *Les mesures provisoires en procédure civile* a cura di G. TARZIA, cit., 235 – 261.

⁷¹² Questo, sempre secondo L.P. COMOGLIO – C. FERRI, *La tutela cautelare in Italia: profili sistematici e riscontri comparativi*, cit., 968, per il prevalere delle esigenze di certezza e di prevedibilità tipologica che caratterizzano le esperienze giuridiche continentali. E' necessario tuttavia sottolineare che, nel medesimo senso di quanto previsto nel processo comunitario, anche

sebbene il legislatore disciplini compiutamente i presupposti e gli effetti di alcuni provvedimenti cautelari, è comunque prevista la possibilità di domandare, in una prospettiva residuale, le misure, anche atipiche, che si rendano necessarie nell'espèce concreta⁷¹⁴. Sempre negli ordinamenti continentali si registra poi una

nel processo amministrativo italiano, a seguito dell'emanazione dell'art. 3 della legge 21 luglio 2000, n. 205, accanto al potere di sospendere l'esecuzione dell'atto impugnato, è attribuito al giudice il potere di emanare le misure cautelari ritenute necessarie secondo le circostanze: a riguardo attenta dottrina ha evidenziato che è stato così attribuito al giudice amministrativo un potere cautelare di carattere generale, funzionale a garantire l'effettività della tutela cautelare che sarà assicurata all'esito del giudizio di merito (così A. PANZAROLA, *Il processo cautelare*, cit., spec. 71 ss, ed ivi ampi riferimenti).

⁷¹³ Cfr. L.P. COMOGLIO – C. FERRI, *La tutela cautelare in Italia: profili sistematici e riscontri comparativi*, cit., 969.

⁷¹⁴ In questa sede soltanto per cenni può essere data dimostrazione di un tale assunto che da tempo può essere affermato con riguardo ai processi civili si è fatto strada soltanto più di recente anche nei processi amministrativi. Occorre in una tale prospettiva evidenziare, in primo luogo, che questa è la strada percorsa dal legislatore francese sin dalla codificazione napoleonica poiché, accanto a misure cautelari tipiche di carattere eminentemente conservativo, ad una tutela cautelare tendenzialmente innominata provvedono sia le ordinanze di *référé*, sia le *ordonnances sur requête* (in arg. v. J. VINCENT – S. GUINCHARD, *Procédure civile*, 20a ed., Paris, 1981, spec. 176 – 177; G. ARIETA, *I provvedimenti d'urgenza*, 2a ed., cit., 17 – 18). Alla medesima logica si ispira il sistema spagnolo, poiché l'art. 722 della LEC del 2000, dopo aver individuato alcune misure cautelari tipiche, stabilisce, al § undicesimo, che possono essere concesse anche misure cautelari di differente contenuto, purché volte a garantire la tutela di diritti disciplinati dalla legge ovvero ad assicurare l'effettività della tutela giurisdizionale che potrebbe seguire alla conclusione del giudizio di merito (cfr., anche con riferimento all'assetto precedentemente delineato dall'art. 1428 della LEC del 1881 in tema di misure cautelari innominate, S.B. VILAR, *El proceso cautelar*, cit., 686; M.A. FERNÁNDEZ BALLESTEROS, *La ejecución forzosa y las medidas cautelares en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, cit., *passim*; M.A. JOVE', *Medidas cautelares innominadas en el proceso civil*, Barcelona, 1995). La funzione valvola della tutela cautelare è inoltre svolta, nell'ordinamento tedesco come in quello austriaco, dalle *einstweilige Verfügungen*, misure disposte discrezionalmente dal giudice ed individuate a seconda dell'idoneità a garantire l'effettivo esercizio dei diritti delle parti, minacciati o posti in pericolo dal comportamento altrui (in arg. R. CAPONI, *Le riforme della giustizia civile italiana negli anni novanta sullo sfondo della giustizia civile tedesca*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, 563 ss). Un simile assetto è infine realizzato, come noto, anche nel sistema processuale italiano, tradizionalmente all'interno del processo civile e, più di recente, stante l'art. 3 della legge 21 luglio 2000, n. 205, anche nel processo amministrativo, dalla previsione, accanto a misure cautelari tipiche, di un provvedimento d'urgenza dal contenuto atipico che può essere pronunciato in via residuale per assicurare la tutela di diritti minacciati nella fattispecie dal pericolo di un pregiudizio imminente ed irreparabile non previsto dal legislatore. Nutrita è la bibliografia su siffatti provvedimenti: v., senza alcuna pretesa di completezza, con riferimento all'art. 700 c.p.c., M. AIELLO – G. GIACOBBE – R. PREDEN, *Guida ai provvedimenti d'urgenza*, Milano, 1982; APICELLA, *I provvedimenti cautelari non nominati*, Città di Castello, 1948; G. ARIETA, *I provvedimenti d'urgenza*, 2a ed., cit., 17 - 18; S. LA CHINA, *Quale futuro per i provvedimenti d'urgenza?*, in *I processi speciali. Studi offerti a Virgilio Andrioli dai Suoi allievi*, IV, Napoli, 1970, 154 ss; A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela cautelare nel processo civile*, cit., 109 ss; F. TOMMASEO, *Provvedimenti d'urgenza*, in *Enc. Dir.*, XXXV, Milano, 1986, 856; ID., *I provvedimenti d'urgenza*, Padova, 1983; R. VACCARELLA, *Procedimento d'urgenza: una tutela residuale o vicaria?*, in *Dir. lav.*, 1980, II, 525; G. VERDE, *Considerazioni sul procedimento d'urgenza (com'è e come si vorrebbe che fosse)*, in *I processi speciali. Studi offerti a Virgilio Andrioli dai Suoi allievi*, cit., 407 ss, nonché N. PICARDI, *L'art. 700 c.p.c.: uso e abuso di uno strumento per la formazione giudiziale del diritto*, in *Giust. Civ.*, 1983, 324 ss, il quale sottolinea che nel sistema processuale italiano, nel quale la durata dei processi è di norma molto lunga, il provvedimento d'urgenza non soltanto ha costituito una norma di chiusura volta a fronteggiare in via cautelare esigenze di tutela episodiche

tendenza, nel momento in cui si riconosce una tutela cautelare più ampia rispetto alla sospensione dell'efficacia del provvedimento impugnato nel processo amministrativo, a non esemplificare le misure cautelari c.d. tipiche, attribuendo, sulla scorta delle esperienze giuridiche di *common law*, al giudice adito il potere di emanare i provvedimenti provvisori più adeguati alle circostanze del caso concreto.

Tornando a considerare più specificamente il processo cautelare comunitario in senso stretto, non è quindi peregrino domandarsi se l'art. 243 del Trattato CE sia nella prassi interpretato, conformemente alla lettera dello stesso, nel senso che conferisce ai giudici comunitari un potere cautelare di carattere generale, *i.e.* la possibilità di emanare, in presenza dell'imminente pericolo di un pregiudizio di carattere irreparabile e del *fumus boni juris*, tutti i provvedimenti⁷¹⁵ che siano necessari per soddisfare, in armonia con il principio di effettività della tutela giurisdizionale, le esigenze cautelari ricorrenti nella fattispecie concreta⁷¹⁶.

o non prevedibili ma ne è stata progressivamente accentuata la funzione di composizione provvisoria delle controversie (c.d. funzione anticipatoria). Occorre, infine, evidenziare che soltanto con la legge di riforma del contenzioso amministrativo del 13 giugno 1998, n. 29, sulla scorta di un'importante pronuncia del Tribunale costituzionale (v. sentenza n. 148 del 1993 resa sulla base dell'art. 24 della Cost., disposizione che sancisce il diritto di ciascuno ad una tutela giurisdizionale effettiva), è stata invece attribuita al giudice amministrativo spagnolo anche la possibilità di emanare provvedimenti cautelari atipici, possibilità salutata con favore dalla dottrina (così, tra gli altri, M. BACIGALUPO, *La nueva tutela cautelar en el contenzioso-administrativo*, *cit.*; J.A. XIOL, *Práctica procesal contenzioso-administrativa*, *cit.*, IX).

⁷¹⁵ Di conseguenza ontologicamente atipici o innominati.

⁷¹⁶ Anche nella dottrina italiana, nella vigenza del codice di procedura civile del 1865, era particolarmente vivo il dibattito avente ad oggetto la sussistenza in capo al giudice di un potere generale di cautela. Secondo i fautori dell'esistenza di un potere generale di cautela, invero, sarebbe immanente nel sistema giurisdizionale il principio in omaggio al quale è ammissibile ogni forma di attuazione della legge praticamente possibile purché non contraria a puntuali disposizioni normative: proprio da ciò deriverebbe il potere discrezionale del giudice di valutare la concessione di provvedimenti cautelari innominati a seconda delle esigenze proprie della fattispecie concreta. In una tale prospettiva la figura generale del provvedimento provvisorio cautelare era argomentata, attraverso un'interpretazione sistematica delle norme del codice di procedura civile del 1865, sull'assunto in virtù del quale la durata del processo non deve andare a danno dell'attore che ha ragione, a propria volta conseguenza di quel più generale principio secondo cui il processo deve dare per quanto possibile a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello che egli ha diritto di conseguire (v. soprattutto G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, 2a ed., I, Napoli, 1940, 43; ID., *Sulla "perpetuatio iurisdictionis"*, in *Foro it.*, 1923, I, 362; nonché E. ALLORIO, *Per una nozione del processo cautelare*, in *Riv. dir. proc.*, 1936, I, 33). In senso contrario all'esistenza di un potere generale di cautela v. soprattutto P. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio dei provvedimenti cautelari*, *cit.*, 49 ss, il quale evidenzia che, dal sistema

Secondo parte della dottrina l'esistenza di un potere generale di cautela in capo ai giudici comunitari potrebbe, in effetti, essere argomentata a partire dal disposto dell'art. 243 del Trattato CE, in omaggio al quale possono essere emanati tutti i provvedimenti idonei a garantire al ricorrente una protezione giurisdizionale effettiva nelle more dell'emanazione della decisione definitiva⁷¹⁷. In una tale prospettiva si è sottolineato, già alcuni anni fa, che la genericità del testo dell'art. 243 del Trattato CE quanto all'oggetto dei provvedimenti provvisori si giustificerebbe proprio in ragione della funzione svolta da questi ultimi, *i.e.* quella di assicurare tutela cautelare nelle situazioni più disparate, che giustifica la

del codice di procedura civile del 1865, poteva desumersi l'esistenza di quattro forme di tutela cautelare tipiche. Una tale posizione, in effetti, appariva giustificata, sotto il profilo positivo, dalla circostanza in base alla quale il codice di procedura civile del 1865 prevedeva soltanto la possibilità che fossero emanate misure cautelari tipiche, di carattere anticipatorio o conservativo (v., da ultimo, G. MONTELEONE, *Il codice di procedura civile italiano del 1865*, in *Codice di procedura civile del Regno d'Italia – 1865*, in *Testi e documenti per la storia del processo* a cura di N. PICARDI – A. GIULIANI, Milano, 2004). La scelta del legislatore post-unitario era, in una tale direzione, modellata, piuttosto che, come di consueto, sul codice di procedura civile francese all'interno del quale era già prevista la possibilità che venissero concessi provvedimenti cautelari atipici, sui codici sardi del 1854 e del 1859 (v. S. CHIARLONI, *Il presente come storia: dai codici di procedura civile sardi alle recentissime riforme e proposte di riforma*, in *Codici di procedura civile del regno di Sardegna – 1854/1859*, in *Testi e documenti per la storia del processo* a cura di N. PICARDI – A. GIULIANI, Milano, 2004; in arg. anche C.E. BALBI, *Provvedimenti d'urgenza*, in *Dig. Civ.*, XVI, Torino, 1997, 73 ss, spec. 79). Il dibattito appena richiamato si è pressoché sopito a seguito dell'entrata in vigore del codice di procedura civile del 1942 poiché, secondo la comune opinione, che riteniamo del tutto condivisibile, con l'art. 700 c.p.c. sarebbe stata codificata, in armonia con il pensiero del Chiovenda, l'esistenza di un potere generale di cautela in capo al giudice, funzionale alla realizzazione del principio di effettività della tutela giurisdizionale (così, tra i tanti, V. ANDRIOLI, *Commento al Codice di procedura civile*, IV, 3a ed., Napoli, 1964, 248 ss; F. CARNELUTTI, *Diritto e processo*, in *Trattato di diritto processuale civile*, Napoli, 1958, 363; A. CONIGLIO, *Sui provvedimenti cautelari innominati*, in *Studi in onore di E. Redenti nel XL anno del suo insegnamento*, I, Milano, 1951, 319; V. DENTI, *Sul concetto di funzione cautelare*, in *Studi giuridici in memoria di P. Ciapessoni*, Milano, 1948, 29).

⁷¹⁷ In questi termini v. già P.N. SCHWAIGER, *Le référé dans la procédure de la Cour de justice des trois Communautés européennes*, cit., 91 ss; cfr. anche M. WAELBROECK, *Article 185*, in M. WAELBROECK – J.V. LOUIS – G. VANDERSANDEN, *La Cour de justice. Les actes des institutions*, cit., 374. Naturalmente, come evidenzia anche C. MORVIDUCCI, *Le misure cautelari nel processo comunitario*, cit., 303 ss, un tale potere generale di cautela ha il proprio limite intrinseco nella effettiva natura provvisoria della misura concessa che, avendo natura cautelare, non deve essere tale da pregiudicare la decisione sul ricorso c.d. principale e quindi, laddove la stessa potrebbe ad es. produrre effetti irreversibili la concessione dovrebbe essere subordinata all'imposizione di una cauzione (in arg. v. ancora C. MORVIDUCCI, *Op. loc. cit.*, 342 ss, la quale precisa che, in accordo con la giurisprudenza, la cauzione può essere emanata esclusivamente nei confronti della parte debitrice di una somma di denaro e qualora vi sia il rischio di insolvenza della stessa, circostanza che non si può realizzare nei confronti delle istituzioni comunitarie).

discrezionalità del giudice nell'individuazione delle misure a seconda dei casi più idonee ad evitare i singoli pregiudizi⁷¹⁸.

Le posizioni fatte proprie, in virtù della lettera dell'art. 243 del Trattato CE, dalla dottrina prevalente sono senz'altro condivisibili, stante la funzionalità della tutela cautelare alla garanzia effettiva dei diritti individuali.

Allo stesso tempo, tuttavia, ci sembra opportuno evidenziare che un'analisi della giurisprudenza che ha avuto occasione di pronunciarsi sulla portata dell'art. 243 del Trattato CE sembra smentire l'esistenza di un potere generale di cautela in capo ai giudici comunitari, soprattutto perché, coerentemente con le richiamate pronunce che negano la sospendibilità in via cautelare dei provvedimenti di diniego delle istituzioni comunitarie, essi stessi si sono autolimitati rifiutando di concedere le misure cautelari atipiche suscettibili di interferire con l'esercizio dei poteri discrezionali delle istituzioni comunitarie⁷¹⁹. Proprio alla considerazione di una tale giurisprudenza sono dedicati i prossimi paragrafi.

3.1. I provvedimenti istruttori ed i provvedimenti di istruzione preventiva

L'esistenza di un potere cautelare di carattere generale in capo ai giudici comunitari, non è compromessa dal rifiuto degli stessi di emanare, all'interno dei

⁷¹⁸ Così A. TIZZANO, *I provvedimenti urgenti nel processo comunitario*, cit., 376 ss.

⁷¹⁹ Infatti, ove si abbia riguardo a processi di carattere "amministrativo", il problema in esame – come di dirà meglio nei §§ successivi – si pone in termini peculiari, potendo compendiarsi nell'interrogativo seguente: il potere del giudice di emanare misure cautelari innominate è di carattere generale ovvero trova limitazioni più o meno ampie ricollegate alla natura pubblica del soggetto destinatario delle stesse ed, in particolare, nella discrezionalità dei pubblici poteri? In una tale direzione E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Observaciones sobre la tutela cautelar en la nueva ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1998. ¿Tienen efectiva potestad de acordar tutela cautelar las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia y de la Audiencia Nacional?*, cit., 363, sottolinea che forse sarebbe stato più opportuno, invece di introdurre un indeterminato potere generale di cautela in capo al giudice amministrativo nel processo spagnolo, indicare, anche in via meramente esemplificativa, talune misure cautelari che possono essere disposte nei casi concreti.

relativi procedimenti, provvidenti che hanno in realtà altra natura e possono annoverarsi, ad es., tra le misure di carattere istruttorio.

Si giustifica, in una tale prospettiva, il rigetto da parte della giurisprudenza comunitaria delle domande cautelari volte ad ottenere da parte delle istituzioni l'esibizione in giudizio di documenti in possesso delle stesse, sull'assunto dell'improponibilità di simili richieste, di carattere eminentemente istruttorio, all'interno delle *procédures en référé*⁷²⁰.

Sulla questione appena delineata sono, peraltro, opportune alcune precisazioni.

Problematica differente è, infatti, quella che si pone laddove vi sia urgenza di acquisire un mezzo di prova anche prima che ciò sia possibile nel giudizio di merito, e quindi in presenza di esigenze propriamente cautelari⁷²¹.

In una tale direzione alcune ordinanze cautelari contengono, ad es., la designazione di un esperto incaricato di compiere le verifiche necessarie a delimitare una determinata situazione di fatto siccome la stessa si pone al momento del deposito del ricorso⁷²².

Il discrimine tra le due fattispecie descritte è stato di recente tracciato dalla stessa Corte di Giustizia⁷²³, in sede di interpretazione pregiudiziale dell'art.

⁷²⁰ Così, tra le altre, CGCE, ord. 27 giugno 1986, *Anonimos Eteria Epichiriseion Metalleftikon, Viamicanikon kai Naftiliakon AE e a. c. Commissione*, C-121/86, in *Racc.*, 1986, 2063 ss, § 17; TPI, ord. 4 giugno 1996, *Stichting c. Commissione*, T-18/96, in *Racc.*, 1996, II-407 ss. In senso adesivo, in dottrina, C. MORVIDUCCI, *Le misure cautelari nel processo comunitario*, cit., 278-281.

⁷²¹ In tal caso il *periculum in mora* si ricollega infatti, eccezionalmente, non ad un diritto sostanziale, bensì al diritto processuale alla prova che potrebbe essere compromesso tutte le volte che sussista il fondato pericolo della perdita del mezzo di prova nelle more dell'effettuazione dell'istruzione probatoria nel giudizio di merito. Ne deriva, anche, che la valutazione del *fumus boni juris* si basa, in questo caso, sull'ammissibilità e rilevanza del mezzo di prova in questione nel proponendo giudizio di merito (A. PROTO PISANI, *Lezioni*, 5a ed., cit., 623 ss).

⁷²² Cfr. CGCE, ord. 28 aprile 1982, *Co. De. Mi. c. Commissione*, C-318/81, in *Racc.*, 1982, 1325.

⁷²³ Il riferimento è a CGCE, 28 aprile 2005, *Saint Paul Dairy Industries NV c. Unibel Exser BVBA*, C-104/03, in *Racc.*, 2005, 3481 ss, nonché in *Int'lis*, 2006, n. 2, 76, con nota di C. BESSO, *L'assunzione preventiva della prova sganciata dal periculum in mora non è – secondo la Corte europea di giustizia – un procedimento provvisorio o cautelare* ed in *Riv. dir. proc.*, 2006, 775 ss,

24 della Convenzione di Bruxelles del 1968 sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale⁷²⁴. Un giudice olandese aveva infatti domandato alla Corte comunitaria se l'audizione preventiva di testimoni prevista dall'art. 186 del codice di procedura civile olandese potesse considerarsi un provvedimento cautelare ai fini della suddetta disposizione, posto che una tale misura può essere richiesta antecedentemente all'instaurazione del giudizio di merito e non soltanto al fine di conservare una prova che non potrà probabilmente essere assunta nel corso dello stesso, ma anche per offrire ai soggetti interessati uno strumento utile a valutare, attraverso una più compiuta individuazione dei fatti rilevanti, le effettive *chances* di successo delle rispettive pretese⁷²⁵. Il problema relativo alla natura di tali provvedimenti si riconnette soprattutto a due aspetti, ovvero alla circostanza per la quale nel sistema olandese la concessione degli stessi può avvenire sia in assenza del *periculum in mora*, sia nella mera eventualità dell'instaurazione del relativo giudizio di merito, secondo una tendenza che si va affermando, soprattutto con riguardo alla consulenza tecnica preventiva⁷²⁶, nei sistemi processuali europei⁷²⁷. Infatti i presumibili tempi e costi

con nota di G. DI FAZZIO, *Istanza di istruzione preventiva ("esplorativa") olandese e foro competente europeo*.

⁷²⁴ Una tale norma è stata sostanzialmente riprodotta dall'art. 31 del Regolamento n. 44 del 2001 e dispone che i provvedimenti provvisori o cautelari, previsti dalla legge di uno Stato contraente, possono essere richiesti all'autorità giudiziaria di un tale Stato anche se in forza della Convenzione la competenza a conoscere del merito è attribuita al giudice di un altro Stato contraente. In argomento v., oltre alle considerazioni svolte nel Cap. III, § 2.3.1., S. CARBONE, *Il nuovo spazio giudiziario europeo. Dalla Convenzione di Bruxelles al regolamento CE 44/2001*, Torino, 2002, 163 ss; C. CONSOLO, *Van Uden e Mietz: un'evitabile babele*, cit., 30 ss; E. MERLIN, *Le misure provvisorie e cautelari nello spazio giudiziario europeo*, cit., 759 ss; F. SALERNO, *La giurisdizione italiana in materia cautelare*, Padova, 1993, spec. 206 ss; ID., *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere nel regolamento (CE) n. 44/2001*, Padova, 2003, 202 ss.

⁷²⁵ In argomento v. C. BESSO, *L'assunzione preventiva della prova sganciata dal periculum in mora non è – secondo la Corte europea di giustizia – un procedimento provvisorio o cautelare*, cit., spec. 77, la quale ricorda che una tale finalità dell'istituto della prova anticipata nel sistema processuale olandese è stata affermata dalla Corte Suprema dei Paesi Bassi con la sentenza 24 marzo 1995, in *Nederlandse Jurisprudentie*, 1998, n. 414, 2334 ss.

⁷²⁶ Di recente una disciplina simile è stata introdotta anche nel processo civile italiano. Infatti l'art. 696-bis c.p.c., siccome novellato dalla legge 14 maggio 2005, n. 80, in omaggio alle indicazioni del disegno di legge predisposto dalla Commissione Vaccarella, ha disciplinato la consulenza tecnica preventiva alla stregua di un istituto volto a chiudere la controversia insorta tra le parti senza necessità di ricorrere al giudizio di cognizione piena ed, inverso, una tale misura può essere

di un giudizio di cognizione ordinario determinano l'interesse delle parti a "fissare" immediatamente i fatti controversi, in modo da introdurre il giudizio di merito soltanto qualora lo stesso sia effettivamente necessario⁷²⁸.

Ciò premesso, la Corte di Giustizia ha negato la natura provvisoria o cautelare ai sensi dell'art. 24 della Convenzione di Bruxelles del 1968 dell'audizione preventiva dei testimoni nel sistema processuale olandese, qualora

concessa anche a prescindere dalla sussistenza del requisito del *periculum in mora*. Su una tale disposizione si segnalano già molti contributi, tra i quali v. A. PANZAROLA, *La modifica dell'art. 696 (accertamento preventivo sulla persona) e la introduzione dell'art. 696 bis (consulenza tecnica preventiva ai fini della conciliazione della lite)*, in *Commentario alla riforma del processo civile, I*, a cura di A. BRIGUGLIO – B. CAPPONI, Padova, 2007, 254 ss; G. BALENA, *L'istruzione preventiva*, in (– M. BOVE), *Le riforme più recenti del processo civile*, Bari, 2006, 370 ss; C. BESSO, *I procedimenti di istruzione preventiva*, in *I procedimenti sommari e speciali, II, I procedimenti cautelari* a cura di S. CHIARLONI – C. CONSOLO, Torino, 2005, spec. 1176 ss; G. NARDO, *La nuova funzione conciliativa dell'accertamento tecnico preventivo alla luce della recente legge 80/2005*, in www.judicium.it; A.A. ROMANO, *Il nuovo art. 696-bis tra mediation ed anticipazione della prova*, in *Corr. Giur.*, 2006, 405 ss. Secondo C. BESSO, *I procedimenti di istruzione preventiva, cit.*, spec. 1178, posta una funzione anche deflattiva del contenzioso dell'istituto nei tempi più recenti, le nuove regole operanti limitatamente alla consulenza tecnica preventiva dovrebbero poter trovare applicazione con riguardo, più in generale, a tutti i mezzi di prova.

⁷²⁷ L'istituto della conservazione della prova era invece considerato, in tempi meno recenti, eccezionale e comunque ricollegato alla sussistenza del *periculum in mora* (sul punto v., ampiamente, C. BESSO, *La prova prima del processo*, Torino, 2004; ID., *I procedimenti di istruzione preventiva*, in *I procedimenti sommari e speciali, Procedimenti cautelari, II*, a cura di CHIARLONI – CONSOLO, cit., 1169 ss). Quanto ai singoli sistemi processuali nazionali, a parte quello italiano (per il quale v. la nota precedente, si segnala, innanzitutto, l'art. 145 del Nouveau Code de Procédure Civile francese del 1975 che consente l'ammissione preventiva di qualsivoglia mezzo di prova in presenza di un motivo legittimo per stabilire o conservare prima del processo la prova di fatti dai quali potrebbe dipendere la soluzione della controversia. Occorre sottolineare che, in accordo con la costante giurisprudenza della Corte di Cassazione francese, una misura istruttoria in futurum può, ai sensi del citato art. 145 N.C.P.C., essere richiesta in presenza di un motivo legittimo anche qualora non sussista il presupposto dell'urgenza (v., tra le tante, Cour de Cassation, Ch. Mixte, 7 maggio 1982, in *Dalloz*, 1982, 542, in *Gaz. Pal.*, 1982, 571, con nota di VIATTE, in *RTD civ.*, 1982, 786, con osservazione di R. PERROT, *ivi*, 1983, 185, con osservazione di J. NORMAND; Cour de Cassation, Pr. Ch. Civ., 9 febbraio 1983, in *Gaz. Pal.*, 1983, Pan. 178, con osservazione di S. GUINCHARD; Cour de Cassation, Ch. Comm., 25 ottobre 1983, in *JCP*, 1984, IV, 6; in argomento v., da ultimo, S. GUINCHARD – F. FERRAND, *Procédure civile. Droit interne et droit communautaire*, 28a ed., Paris, 2006, 313). Anche in Germania, a seguito di una riforma del 1990, è possibile una consulenza tecnica preventiva a prescindere dalla ricorrenza del requisito del *periculum in mora*.

⁷²⁸ Esigenza che si pone soprattutto quando la controversia dipenda non dalla soluzione di questioni di diritto, bensì da differenti ricostruzioni dei fatti (cfr. C. BESSO, *L'assunzione preventiva della prova sganciata dal periculum in mora non è – secondo la Corte europea di giustizia – un procedimento provvisorio o cautelare, cit.*, 78). Evidenzia a riguardo A. PANZAROLA, *La modifica dell'art. 696 (accertamento preventivo sulla persona) e l'introduzione dell'art. 696-bis (consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite)*, cit., 278 ss, che la consulenza tecnica preventiva è uno strumento che si volge soprattutto alla conciliazione delle parti e che lo stesso, sebbene possa essere richiesto a prescindere dal requisito dell'urgenza, postula in ogni caso una valutazione del *fumus boni iuris* rispetto alla pretesa che potrebbe essere dedotta in giudizio ed in relazione alla quale sussiste l'interesse delle parti a conciliarsi.

la medesima abbia la funzione prevalente di consentire la valutazione in ordine alla convenienza della causa. Dalla motivazione di una tale pronuncia si può desumere, *a contrario*, che i provvedimenti di istruzione preventiva⁷²⁹ hanno natura cautelare ove funzionali alla conservazione di un mezzo di prova da acquisire in un successivo giudizio di merito⁷³⁰. Ciò non avviene, per converso, anche nell'ipotesi in cui gli stessi siano volti a consentire all'istante di valutare se instaurare o meno il giudizio di merito, se la propria pretesa sia fondata ovvero di stabilire la rilevanza che la prova potrebbe avere nel corso del giudizio.

3.2. Le misure cautelari dal contenuto completamente anticipatorio della decisione di merito

Caratteristica fondamentale dei provvedimenti cautelari è la provvisorietà, *i.e.* l'inidoneità a pregiudicare la decisione sul merito della controversia. Tale carattere è espressamente confermato, con riguardo al processo comunitario, dal disposto dell'art. 36 dello Statuto della Corte di Giustizia, in

⁷²⁹ Copiosa è la dottrina italiana che ha affrontato *funditus* la tematica: almeno prima della riforma operata dalla legge 14 maggio 2005, n. 80, la maggior parte degli Autori ha ritenuto annoverabili i procedimenti di istruzione preventiva tra quelli cautelari (così, tra i molti, oltre a P. CALAMDANDREI, *Introduzione allo studio dei provvedimenti cautelari*, cit., 21 ss; A. BRUNETTI, *Sui procedimenti di istruzione preventiva*, Milano, 1960; V. DENTI, *Sui procedimenti di istruzione preventiva*, in *Giur. it.*, 1949, I, 2, 47 ss; G.A. MICHELI, *La prova a futura memoria*, ora in *Opere minori di diritto processuale civile* a cura di V. COLESANTI – N. PICARDI – G. TARZIA, Milano, 1982, spec. 472 ss; L. MONTESANO, *I provvedimenti urgenti nel processo civile*, cit., 36 ss; G. NICOTINA, *L'istruzione preventiva nel codice di procedura civile*, Napoli, 1979; G. BALENA, voce *Istruzione (procedimento di istruzione preventiva)*, in *Enc. Giur.*, XVIII, Roma, 1990, 5; L. SALVANESCHI, *I provvedimenti di istruzione preventiva*, in *Riv. dir. proc.*, 1998, 809 ss; G. TRISORIO LIUZZI, voce *Istruzione preventiva*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, X, Torino, 1993, 242 ss, spec. 244 e, più di recente, C. BESSO, *La prova prima del processo*, cit., 210 ss ed A.A. ROMANO, *La tutela cautelare della prova nel processo civile*, Napoli, 2004, 215 ss). Ritengono invece che i procedimenti di istruzione preventiva si differenzino sotto diversi aspetti da quelli cautelari C. CALVOSA, *La tutela cautelare (profilo sistematico)*, cit., spec. 157; C. CONSOLO, *Periculum in mora ed inammissibilità della domanda principale nella istruzione preventiva*, in *Giur. it.*, 1979, I, 2, 535 ss; G. NARDO, *Contributo allo studio dell'istruzione preventiva*, Napoli, 2005, 39.

⁷³⁰ Cfr. G. DI FAZZIO, *Istanza di istruzione preventiva (« esplorativa ») olandese e foro competente europeo*, cit., spec. 783 ss.

virtù del quale l'ordinanza cautelare non può in alcun modo pregiudicare la decisione sul ricorso principale⁷³¹.

Ne deriva che non possono essere considerate realmente cautelari le misure che producono effetti irreversibili anche ad opera della pronuncia definitiva, in quanto rischierebbero di rendere quest'ultima *inutiliter data*.

Ciò premesso, occorre domandarsi se possa considerarsi cautelare – e quindi essere emanato ex art. 243 del Trattato CE - anche un provvedimento dal contenuto completamente anticipatorio di quello della sentenza di merito, soprattutto qualora la concessione dello stesso sia suscettibile di determinare irreversibili mutamenti dello stato di fatto⁷³².

La risposta fornita dalla dottrina prevalente ad un tale quesito è positiva: si è infatti evidenziato che una misura cautelare, anche se di contenuto identico a quella domandata con il ricorso principale, può essere concessa qualora sia necessaria per salvaguardare l'effetto utile della pronuncia che deciderà definitivamente sulla fondatezza della pretesa del ricorrente⁷³³.

⁷³¹ In argomento v., tra i tanti, L. WEITZEL, *Demander le sursis à l'exécution ou d'autres mesures provisoires*, cit., 142.

⁷³² La questione è stata alcuni anni fa oggetto di un vivace dibattito anche all'interno della dottrina italiana con riferimento all'art. 700 c.p.c., che sancisce, come evidenziato, l'esistenza di un potere generale di cautela nel nostro ordinamento processuale. In questa sede basti ricordare che, secondo un primo orientamento, sostenuto soprattutto da S. LA CHINA, *Quale futuro per i provvedimenti di urgenza?*, cit., 162, la provvisoriété delle misure cautelari sarebbe incompatibile con l'integrale anticipazione, da parte delle stesse, della futura decisione di merito, in specie tutte le volte che ciò determini irreversibili mutamenti dello stato di fatto. All'opposto si è affermato che l'introduzione dell'art. 700 c.p.c. denoterebbe la volontà legislativa di preferire che venga evitato un pregiudizio irreparabile ad un diritto la cui esistenza appaia probabile anche qualora ciò possa comportare un danno irreparabile ad un diritto che, in sede di concessione della misura cautelare, appaia improbabile (così F. TOMMASEO, *I provvedimenti di urgenza*, cit., 155; cfr. anche L. DITTRICH, *Il provvedimento di urgenza ex art. 700 c.p.c.*, cit., 226, nt. 41). Più di recente la polemica sembra essere giunta ad un temperamento nel senso che, ferma la possibilità per il giudice adito di pronunciare provvedimenti di urgenza anche aventi un contenuto completamente anticipatorio rispetto alla decisione di merito (v. anche, in sede pretoria, Trib. Milano 14 agosto 1995, in *Giur. it.*, 1996, I, 2, 354, con nota di R. CONTE), onde evitare pregiudizi irreparabili alla parte resistente il giudice della cautela dovrà compiere una valutazione particolarmente attenta in ordine all'esistenza del diritto cautelando (cfr. C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, cit., 288 ss; F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, 3a ed., IV, cit., 226; E. VULLO, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, cit., 1318).

⁷³³ Cfr. B. PASTOR – E. VAN GINDERHACTER, *La procédure en référé*, cit., 567; L. WEITZEL, *Demander le sursis à l'exécution ou d'autres mesures provisoires*, cit., 143.

Peraltro, almeno in tempi meno recenti, la giurisprudenza aveva espresso un orientamento restrittivo in virtù del quale l'oggetto della domanda cautelare non può coincidere completamente con quello del ricorso principale⁷³⁴.

La preferibile impostazione della dottrina è stata comunque sia recepita in un'importante pronuncia nella quale, in sede di appello avverso un'ordinanza cautelare di rigetto emanata dal Tribunale di prima istanza, la Corte di Giustizia ha fatto pregevolmente uso della propria funzione nomofilattica in materia cautelare⁷³⁵. In primo grado, infatti, la misura cautelare richiesta era stata rigettata senza che il giudice neppure esaminasse *funditus* la sussistenza dei presupposti della tutela cautelare, evidenziando che la stessa, avendo un contenuto completamente anticipatorio della decisione di merito, avrebbe potuto determinare effetti irreversibili⁷³⁶. Questa posizione è stata ritenuta illegittima dalla Corte di Giustizia, la quale ha affermato che la stessa si poneva in contrasto con il principio di effettività della tutela giurisdizionale in quanto il provvedimento richiesto era stato negato esclusivamente alla luce di considerazioni riconnesse alla natura del procedimento cautelare, senza per questo neppure esaminare se, nell'*espèce*, la plausibilità della pretesa fatta valere dal ricorrente e l'urgenza fossero tali da rendere necessaria una misura cautelare del tutto anticipatoria della decisione di merito⁷³⁷.

E' stata, pertanto, sancita la possibilità che, almeno in alcune situazioni di carattere eccezionale, siano concessi nel processo comunitario provvedimenti cautelari il cui contenuto anticipi completamente quello della pronuncia sul

⁷³⁴ Così, tra le altre, CGCE, ord. 3 febbraio 1989, *Commissione c. Italia*, C-321/88, in *Racc.*, 1989, 6405, § 9; CGCE, ord. 13 gennaio 1978, *Salerno c. Commissione*, C-4/78, in *Racc.*, 1978, 1 ss; CGCE, ord. 15 ottobre 1976, *Lacroix c. Corte di Giustizia*, C-91/76, in *Racc.*, 1976, 1563.

⁷³⁵ In argomento v. Cap. VI, § 7.3.

⁷³⁶ In tal senso TPI, ord. 19 novembre 1996, *Antonissen c. Consiglio e Commissione*, T-179/96, in *Racc.*, 1996, II-1641 ss.

⁷³⁷ V. CGCE, ord. 29 gennaio 1997, *Antonissen c. Consiglio e Commissione*, C-393/96, in *Racc.*, 1997, 1441 ss, spec. §§ 36- 41.

ricorso principale, purché gli stessi non determinino effetti di carattere irreversibile⁷³⁸.

Un tale assunto ci appare del resto coerente con la più volte citata pronuncia *Van Uden* resa dalla Corte di Giustizia in tema di interpretazione pregiudiziale dell'art. 24 della Convenzione di Bruxelles del 1968: invero, oltre alla circostanza secondo cui i provvedimenti cautelari devono essere emanati sulla base del presupposto dell'urgenza, in una tale decisione si è chiarito che possono essere annoverati tra le misure di natura propriamente cautelare anche i provvedimenti che, emanati *ante causam*, possono stabilizzarsi a prescindere dall'instaurazione del giudizio di merito, purché gli stessi non comportino effetti irreversibili anche ad opera della sentenza che decide in via definitiva della controversia⁷³⁹.

3.3. La discrezionalità delle istituzioni comunitarie

Le considerazioni svolte sino a questo momento potrebbero indurci ad una prognosi favorevole in ordine alla sussistenza, anche nel “diritto vivente”, di un potere generale di cautela in capo ai giudici comunitari: abbiamo infatti evidenziato, da un lato, che la Corte di Giustizia rigetta, del tutto condivisibilmente, i ricorsi introdotti in sede cautelare onde ottenere misure aventi in realtà natura eminentemente istruttoria e, da un altro, che la stessa ha invece affermato in linea di principio l'ammissibilità, presenti i presupposti c.d. di merito della tutela cautelare, di provvedimenti provvisori aventi contenuto completamente anticipatorio della decisione di merito.

⁷³⁸ CGCE, ord. 21 gennaio 1997, *Antonissen c. Consiglio e Commissione*, cit., §§ 36- 41.

⁷³⁹ Cfr. CGCE, 17 novembre 1998, *Van Uden Marittime c. Kommanditgesellschaft in Firma Deco-Line e a.*, cit., 7091 ss.

Tuttavia la possibilità di ritenere che nel processo comunitario il giudice disponga effettivamente di un potere di cautela di carattere generale appare compromessa da quel costante orientamento giurisprudenziale volto a negare la concessione delle misure cautelari idonee a pregiudicare la discrezionalità delle istituzioni comunitarie⁷⁴⁰.

A riguardo si suole affermare invero che, non potendo i giudici sostituire il proprio apprezzamento a quello dell'istituzione convenuta, essi non possono ordinare a quest'ultima di tenere un determinato comportamento o di porre in essere una certa azione, a meno che non si tratti di una materia nella quale l'istituzione gode di una competenza del tutto vincolata⁷⁴¹.

Proprio sulla base di un tale assunto sono state sovente negate misure cautelari che avrebbero, secondo i giudici comunitari, favorito il crearsi di

⁷⁴⁰ Osservano a riguardo B. PASTOR – E. GINDERHACTER, *La procédure en référé, cit.*, 613, che in tali situazioni il ricorrente in sede cautelare ha poche *chances* di successo, posta la “reticenza” dei giudici comunitari ad ordinare alla Commissione, qualora la stessa goda di un potere di natura discrezionale, di comportarsi in un determinato modo. Cfr. in giurisprudenza, *ex multis*, CGCE, ord. 13 dicembre 1988, *Sparr c. Commissione*, C-321/88, in *Racc.*, 1988, 6405; CGCE, ord. 19 agosto 1988, *Co-frutal c. Commissione*, C-191/88, in *Racc.*, 1988, 4551; CGCE, ord. 17 dicembre 1986, *Technintorg c. Commissione*, C-294/86, in *Racc.*, 1986, §§ 25 – 26; CGCE, ord. 6 marzo 1985, *Nuovo Campsider c. Commissione*, C-25/85, in *Racc.*, 1985, 751, § 30; TPI, ord. 14 dicembre 1993, *Telecinco c. Commissione*, T-543/93, in *Racc.*, 1993, II-1409, § 24; TPI, ord. 8 ottobre 1993, *Branco c. Corte dei Conti, cit.*, § 21.

⁷⁴¹ In tal senso v., tra gli altri, P. PESCATORE, *Les mesures conservatoires et les référés, cit.*, 346; M. WAELBROECK, *Article 185*, in M. WAELBROECK – J.V. LOUIS – G. VANDERSANDEN, *La Cour de justice. Les actes des institutions, cit.*, 376; L. WEITZEL, *Demander le sursis à l'exécution ou d'autres mesures provisoires, cit.*, 146-147. E' opportuno ricordare, seppure in estrema sintesi, la distinzione tra attività amministrativa discrezionale ed attività amministrativa vincolata. Nel primo caso, ferma la necessità che la P.A. agisca in conformità alle finalità in omaggio alle quali è stato ad essa attribuito dalla legge un determinato potere, la stessa potrà poi operare scelte autonome – ed insindacabili poiché rientranti, si dice, nel merito dell'azione amministrativa – in ordine a molteplici aspetti dell'attività (ovvero all'*an*, al *quid*, al *quando* ed al *quomodo* del provvedimento). Le relative scelte, secondo la dottrina più recente, si sostanziano in una comparazione e quindi ponderazione tra i diversi interessi, pubblici e privati, che vengono in rilievo ogni qual volta è esercitato un potere amministrativo. Diversamente, si ha attività amministrativa vincolata quando la stessa è interamente vincolata dalle norme di legge, con esclusione di qualsiasi possibilità di scelta in capo alla P.A. In dottrina, tra i moltissimi Autori che si sono occupati della complessa problematica della discrezionalità amministrativa, v. A. AMORTH, *Il merito dell'atto amministrativo*, Milano, 1939; M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939; M.L. MICHOU, *Étude sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration*, in *Annales de l'Université de Grenoble*, 1913, 439; C. MORTATI, *Discrezionalità*, in *Nss. D.I.*, V, Torino, 1968, 1102; A. PIRAS, *Discrezionalità*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, 65; L.BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, 1986.

situazioni negate da un provvedimento discrezionale o dal silenzio delle istituzioni⁷⁴². Diversi esempi di un tale orientamento si rinvencono, come detto, in giurisprudenza⁷⁴³.

Possiamo ricordare, innanzitutto, il diniego di ammettere con riserva un soggetto allo svolgimento delle prove di un concorso dal quale era stato escluso dall'Amministrazione interessata e nonostante il ricorrere dei presupposti del *periculum in mora* e del *fumus boni juris*, poiché ciò comporterebbe un ribaltamento completo della situazione, sebbene a titolo provvisorio⁷⁴⁴.

Ancora più emblematiche della posizione della giurisprudenza comunitaria sul punto sono quelle ordinanze nelle quali, sebbene si riconosca la necessità di accordare al ricorrente una tutela cautelare prima della definizione della procedura principale, si è negata la concessione dei provvedimenti richiesti evidenziando che spetta all'istituzione convenuta emanare, in questi casi, le misure ritenute necessarie, poiché "sarebbe in contrasto con l'equilibrio istituzionale delineato dal Trattato istitutivo la sostituzione del giudice della cautela all'istituzione convenuta nell'esercizio di un'attribuzione propria della

⁷⁴² Il problema, nota C. MORVIDUCCI, *Le misure cautelari nel processo comunitario, cit.*, spec. 328 ss, non si pone, invece, qualora alle istituzioni sia ordinato, con le misure cautelari (quindi di carattere conservativo), di astenersi dal compiere una determinata azione. Si può segnalare, in proposito, CGCE, ord. 5 agosto 1983, *CMC e altri c. Commissione*, C-118/83, in *Racc.*, 1983, 2583 ss, § 52, con la quale si è ordinato alla Commissione di non stipulare un contratto a conclusione di una gara di appalto contraria alle norme della Convenzione e di vietare di assegnare fondi all'esecuzione di un contratto qualora lo stesso non fosse già stato stipulato.

⁷⁴³ La problematica dell'eventuale interferenza delle misure cautelari con i poteri discrezionali spettanti alle istituzioni è stata in realtà analizzata anche in sede di istanze di sospensione dell'efficacia esecutiva degli atti ai sensi dell'art. 242 del Trattato CE. Si segnala tra le altre una recente decisione del Tribunale di prima istanza nella quale si è ritenuto che quando nell'ambito di un procedimento cautelare si domanda la sospensione di un atto emanato in una materia nella quale l'istituzione comunitaria gode di un ampio potere di apprezzamento anche in ordine all'adozione della misura, il giudice della cautela può sostituire il proprio apprezzamento a quello dell'istituzione soltanto in presenza di circostanze eccezionali, caratterizzate da un *fumus boni juris* particolarmente serio e da un'urgenza manifesta (TPI, ord. 1° febbraio 2001, *Free Trade Foods c. Commissione*, T-350/00, in *Racc.*, 2000, II-493, §§ 46 ss).

⁷⁴⁴ Così, tra le altre, CGCE, ord. 13 dicembre 1988, *Sparr c. Commissione, cit.*, 6405 ss; CGCE, ord. 13 gennaio 1978, *Salerno c. Commissione, cit.*, 3; in dottrina, in senso critico, M. WAELBROECK, *Article 185*, in M. WAELBROECK – J.V. LOUIS – G. VANDERSANDEN, *La Cour de justice. Les actes des institutions, cit.*, 375, nt. 6.

stessa e soggetta ad un mero controllo di legalità in sede giudiziale”⁷⁴⁵.

Proprio in ragione di una tale esigenza, già prima che un tale assetto venisse codificato dall’art. 8 del Regolamento n. 1/2003⁷⁴⁶, è stato sancito in via pretoria il potere della Commissione di adottare provvedimenti cautelari nel corso delle procedure in materia di concorrenza ai sensi degli artt. 81 ed 82 del Trattato CE nonché dell’ormai abrogato Regolamento n. 17 del 6 febbraio 1962. Più in particolare, nel caso *Camera Care*⁷⁴⁷, in contrasto con le conclusioni dell’avvocato generale, la Corte di Giustizia ha accolto il ricorso in annullamento della decisione con la quale la Commissione aveva rigettato la richiesta dell’impresa ricorrente volta all’emanazione di misure cautelari nei confronti di imprese concorrenti che avevano stipulato intese in apparente contrasto con l’art. 81 del Trattato CE, riconducendosi all’art. 3 dell’allora vigente Regolamento n. 17/62 ed a norma del quale nessuna decisione in ordine alle denunce presentate dalle imprese concorrenti può essere assunta fino all’intervenuto accertamento della violazione.

Secondo la Corte di Giustizia l’impossibilità per la Commissione di emanare misure cautelari prima dell’emanazione della decisione *au fond* della violazione denunciata rischierebbe di rendere ineffettiva anche la tutela della pronuncia definitiva, di talché si è ritenuto che la Commissione potesse emanare provvedimenti cautelari nelle fattispecie in cui ciò sia necessario per evitare un

⁷⁴⁵ Così CGCE, ord. 22 dicembre 1975, *National Carbonising Company c. Commissione*, C-109/75, in *Racc.*, 1975, 1193 e sul quale v., tra le altre, le considerazioni di C. GRAY, *Interim measures of protection in the European Union*, cit., 95. Si v. anche in giurisprudenza, nel medesimo senso, tra le tante, TPI, ord. 8 ottobre 1983, *Branco c. Corte dei Conti*, cit., § 21, con la quale è stata rigettata una domanda volta ad ottenere da un’istituzione l’inclusione provvisoria del ricorrente nella lista dei funzionari che avrebbero potuto beneficiare di una promozione.

⁷⁴⁶ Entrato in vigore il 1° maggio 2004; specificamente in argomento, in dottrina, M. NEGRI, *Giurisdizione e amministrazione nella tutela della concorrenza*, I, Torino, 2006; A. NORDSJO, *Regulation 1/2003: Power of the Commission to Adopt Interim Measures*, in *E.C.L.R.*, 2006, n. 6, 299 ss; L. QUERZOLA, *La tutela cautelare antitrust fra processo e amministrazione: riflessioni minime*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, 279 ss.

⁷⁴⁷ CGCE, 17 gennaio 1980, *Camera Care Ltd c. Commissione*, C-792/79, in *Racc.*, 1980, 119.

serio ed irreparabile danno alle parti ricorrenti ovvero una situazione intollerabile per le parti ricorrenti⁷⁴⁸.

Quanto al riparto di attribuzioni tra Commissione e giudici comunitari in tema di misure provvisorie emanate nell'ambito della concorrenza tra imprese si è chiarito, a riguardo, che a questi ultimi spetta esclusivamente il controllo circa il corretto esercizio dei poteri da parte della Commissione e non possono sostituirsi ad essa⁷⁴⁹. Circa l'estensione di questo controllo nell'ipotesi in cui sia esercitato dal giudice della cautela si è precisato che i criteri alla base del medesimo non

⁷⁴⁸ CGCE, 17 gennaio 1980, *Camera Care Ltd c. Commissione*, cit., 121, § 7. La giurisprudenza successiva riveste grande interesse poiché nella stessa sono stati meglio individuati, in assenza di riferimenti normativi, i presupposti in presenza dei quali la Commissione può emanare provvedimenti cautelari. Così, quanto al *fumus boni juris*, deve essere possibile ritenere almeno *prima facie* sussistente una violazione degli artt. 81 o 82 del Trattato CE e, con riguardo al *periculum in mora*, il pericolo di un danno irreparabile alle imprese denunciante o all'interesse pubblico comunitario (v., tra le altre, CGCE, 28 febbraio 1984, *Ford of Europe Inc and Ford-Werke AG c. Commissione*, C-228 e 229/82; in *Racc.*, 1984, 1129; TPI, 26 ottobre 2001, *IMS Health c. Commissione*, T-184/01, in *Racc.*, 2001, II-3193; TPI, 24 gennaio 1992, *Le Cinq c. Commissione*, T-44/90, in *Racc.*, 1992, II-1 ss; TPI, 12 luglio 1991, *Peugeot c. Commissione*, T-23/90, in *Racc.*, 1991, II-653, § 6). Non si può trascurare, tuttavia, che il criterio del *periculum* è stato discutibilmente modificato proprio dall'art. 8 del Regolamento n. 1/2003 che, nel momento in cui ha codificato il potere della Commissione di emanare misure cautelari, ha nettamente individuato quale finalità esclusiva dell'esercizio dello stesso la tutela degli interessi pubblici della comunità. In primo luogo, infatti, se la giurisprudenza citata riconosceva alle imprese denunciante la possibilità di richiedere alla Commissione la pronuncia di provvedimenti provvisori che potessero tutelarle, oggi la procedura può essere attivata esclusivamente dalla Commissione d'ufficio. Inoltre l'urgenza è individuata nel rischio di un danno irreparabile alla libera concorrenza. Su tali aspetti cfr. anche A. NORDSJO, *Regulation 1/2003: Power of the Commission to Adopt Interim Measures*, cit., 299 ss.

⁷⁴⁹ TPI, ord. 6 dicembre 1989, *Cosimex c. Commissione*, T-131/89, in *Racc.*, 1989, II-1, §§ 11 – 12; TPI casi *Gestevisión Telecinco, Union Carbide.*; ma v., in senso contrario, per le fattispecie in cui sussista un'estrema urgenza (ad es. sia messa in pericolo l'esistenza stessa dell'impresa), TPI, ord. 14 agosto 1998, *Emesa Sugar (Free Zone) NV c. Commissione*, T-44/98, in *Racc.*, 1998, II-3079 ss. In argomento, in dottrina, A. CERUTTI, *Potestà discrezionale della Commissione e provvedimenti cautelari d'urgenza in tema di diritto comunitario della concorrenza*, in *Riv. dir. europeo*, 1985, 159 ss; J. TEMPLE LANG, *The powers of the Commission to order interim measures in competition cases*, in *Common Market Law Review*, 1981, 49. Non si può trascurare, sul punto, che l'attribuzione alla Commissione di poteri cautelari comporta che la domanda cautelare proposta dinanzi ai giudici comunitari abbia proprio ad oggetto un provvedimento cautelare emanato dalla Commissione e sia volta, più precisamente, ad ottenerne la sospensione nelle more della definizione di un ricorso principale avente ad oggetto l'annullamento di un siffatto provvedimento ove se ne deduca l'assunzione in assenza dei presupposti normativi all'uopo richiesti. Secondo J.L. DA CRUZ VILACA, *La procédure en référé comme instrument de protection juridictionnelle des particuliers en droit communautaire*, cit., 296 – 297, in tali situazioni possono crearsi problemi delicati perché la provvisoria delle misure cautelari della Commissione comporta che gli effetti delle stesse siano meramente temporanei: ma ciò implica, a ben vedere, che il ricorso giudiziale proposto in via principale possa diventare privo di oggetto. Il compito del giudice della cautela è quindi delicato, si è altresì osservato, in quanto lo stesso deve trovare soluzioni temporanee che consentano di evitare che la situazione si evolva in modo irreversibile e salvaguardare i rispettivi interessi delle parti, almeno fino a quanto il giudice adito si pronuncia definitivamente sul ricorso di merito.

differiscono da quelli di solito utilizzati nell'ambito della procedura *en référé* ed, in quest'ottica, che la parte ricorrente non è tenuta a dimostrare, ai fini della concessione di un provvedimento di sospensione dell'efficacia della misura cautelare emanata dalla Commissione, la sussistenza di un *fumus boni juris* particolarmente convincente ⁷⁵⁰.

Possono, altresì, considerarsi espressione delle posizioni di chiusura appena richiamate quelle decisioni nelle quali sono stati concessi, tra quelli richiesti, esclusivamente i provvedimenti cautelari che non avrebbero interferito con l'esercizio dei poteri discrezionali di un'istituzione. Può così ricordarsi il caso *Sofrimport* nel quale il giudice della cautela ha accolto la domanda volta alla sospensione in via cautelare di un regolamento della Commissione che vietava per un certo tempo la concessione di certificati di importazione per le patate provenienti dal Cile, ma non ha al contempo concesso direttamente il certificato per i lotti di patate oggetto della controversia concreta, poiché si trattava di un'operazione di competenza della Commissione ⁷⁵¹.

Questa giurisprudenza è, a nostro sommo parere, criticabile poiché nega, senza distinzione alcuna, la possibilità che siano pronunciati provvedimenti cautelari positivi a fronte dell'esercizio di un'attività di carattere discrezionale da parte di un'istituzione comunitaria, mentre l'elaborazione giurisprudenziale e dottrina nei principali sistemi europei dimostra che, con la progressiva democratizzazione dei rapporti tra P.A. e cittadini, si è addivenuti anche ad una giurisdizionalizzazione del corretto esercizio dello stesso potere discrezionale da parte dell'Amministrazione sotto il profilo dell'eccesso di potere o, comunque sia,

⁷⁵⁰ TPI, ord. 26 ottobre 2001, *IMS Health c. Commissione, cit.*, §§ 59 – 60, la quale, tuttavia, lascia aperta la possibilità di una valutazione degli interessi che hanno condotto la Commissione ad esercitare i propri poteri cautelari nell'ambito del giudizio sul bilanciamento degli interessi in gioco.

⁷⁵¹ V. CGCE, ord. 10 giugno 1988, *Sofrimport c. Commissione, cit.*, 2391 ss.

dello sviamento dell'attività posta in essere dalla P.A. rispetto alle finalità della stessa⁷⁵². Un simile processo, d'altra parte, non si può considerare estraneo al sistema comunitario poiché, essendo stato disciplinato il ricorso in annullamento di cui all'art. 230 del Trattato CE sul modello del ricorso per eccesso di potere nell'ordinamento francese, tra i motivi che possono giustificare il provvedimento giurisdizionale demolitorio dell'atto amministrativo è ricompreso anche lo sviamento di potere.

Ciò premesso, riteniamo che costituirebbe naturale corollario dell'applicazione dei canonici principi in tema di tutela cautelare ammettere che possano essere pronunciati provvedimenti provvisori positivi nei confronti delle istituzioni comunitarie⁷⁵³ qualora, fermo naturalmente il requisito dell'urgenza, appaia altresì verosimile al giudice della cautela il cattivo esercizio del potere, pure discrezionale, da parte dell'Amministrazione⁷⁵⁴.

⁷⁵² Più in particolare, se in origine la nozione di discrezionalità amministrativa è stata coniata dalla dottrina francese per indicare gli atti della P.A. sottratti, in omaggio al principio della separazione dei poteri, al sindacato giurisdizionale, successivamente, anche in ossequio al parimenti fondamentale principio dell'azionabilità delle pretese del privato nei confronti della P.A., si è consentito un sindacato sul cattivo esercizio del potere discrezionale laddove emergano figure sintomatiche di una tale situazione. Copiosa è la bibliografia in argomento; cfr., oltre agli Autori che si sono occupati in generale del tema della discrezionalità amministrativa, tra tutti, V. CERULLI IRELLI, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, 463; C. MARZUOLI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato giudiziario: profili generali*, in *Dir pubbl.*, 1998, 127; N. PAOLANTONIO, *Il sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo*, Padova, 2000; V. PARISIO (a cura di), *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, Milano, 1998; G. PASTORI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Foro amm.*, 1987, 3165.

⁷⁵³ In armonia con l'insussistenza di una distinzione tra giudici ordinari e giudici amministrativi speciali nell'esperienza giuridica di *common law* ed in particolare in quella inglese, nessun ostacolo sembra frapporsi, come si può desumere dall'esame della giurisprudenza, rispetto all'emanazione di un'injunction giudiziale volta ad impedire comportamenti illegittimi della P.A., eccezion fatta per la Corona ed i suoi agenti (cfr. I.F.C. SPRAY, *The principles of Equitable Remedies*, cit., spec. 319 ss; V. VARANO, *Appunti sulla tutela provvisoria nell'ordinamento inglese, con particolare riferimento all'interlocutory injunction*, cit., 240-241).

⁷⁵⁴ Nonostante le critiche manifestate da parte autorevole della dottrina (A. TRAVI, *La tutela cautelare nei confronti dei dinieghi dei provvedimenti e delle omissioni della P.A.*, cit., 334), anche la giurisprudenza amministrativa italiana sembra del resto orientata ad ammettere, attribuito al giudice un potere cautelare "generale" dall'art. 3 della legge 21 luglio 2000, n. 205, l'emanazione di provvedimenti cautelari di carattere propulsivo ed ingiunzionale (e quindi non anche sostitutivo) nei confronti della P.A. Si ritiene, anzi, che ciò possa essere tra l'altro funzionale all'ammissibilità di un'efficace tutela cautelare anche a fronte di provvedimenti meramente negativi e del silenzio dell'Amministrazione (in arg., con diffusi riferimenti agli orientamenti giurisprudenziali in materia, v. L. BERTONAZZI, *Brevi riflessioni sulla tutela*

Ci sembra in una tale prospettiva quanto mai attuale il pensiero di un'autorevole dottrina la quale aveva evidenziato, già alcuni anni fa, che il rifiuto del giudice amministrativo di esercitare un potere di ingiunzione nei confronti dell'Amministrazione dovrebbe comportare, a rigor di logica, anche quello di sospendere l'efficacia delle decisioni amministrative, posto che l'effetto immediatamente ricollegato ad una tale sospensione è proprio un'obbligazione di non fare in capo alla P.A.⁷⁵⁵. Né è ammissibile che la natura pubblica della parte convenuta nel processo cautelare possa giustificare limitazioni a quel generale potere di cautela che costituisce la primaria espressione del principio di effettività della tutela giurisdizionale⁷⁵⁶.

L'assetto che emerge, diversamente, dalla giurisprudenza comunitaria nonché dalle posizioni suffragate dalla maggior parte della dottrina sembra invece il seguente: posto che nelle ipotesi in cui venga in rilievo l'esercizio di un potere

cautelare nei confronti dei provvedimenti negativi e dei comportamenti omissivi della pubblica amministrazione, cit., 1209, nt. 4). In argomento, in senso favorevole alla sussistenza in capo al giudice amministrativo di un vero e proprio potere generale di cautela che può estrinsecarsi anche in ordini di carattere propulsivo nei confronti della P.A., v. E.F. RICCI, *Profili della nuova tutela cautelare, cit.*, 290 ss; F. SATTA, *Giustizia amministrativa*, Padova, 1997, 367 ss; F.G. SCOCA, *Prospettive della tutela cautelare*, in *La riforma della giustizia amministrativa in Italia ed in Spagna* a cura di S. RAIMONDI – M. URSI, Torino, 2002, 228 ss, il quale, rileva, in particolare, che nulla osterebbe ad attribuire attualmente al giudice amministrativo adito in sede cautelare non soltanto il potere di pronunciare provvedimenti dai medesimi effetti di quelli che potranno essere resi in sede di merito, ma altresì quelli che potrebbe emanare lo stesso giudice amministrativo in sede di ottemperanza (anche perché, opportunamente rileva lo stesso A., se proprio in sede di merito il giudice amministrativo può condannare la P.A. al risarcimento in forma specifica a favore del privato ricorrente, non sussistono serie ragioni per negare l'esercizio in sede cautelare di un simile potere in presenza dei presupposti di legge; cfr. anche D. DE CAROLIS, *Atti negativi e misure cautelari del giudice amministrativo, cit.*, spec. 48 ss). Peraltro, non si può che condividere l'affermazione in virtù della quale la problematica considerata è estremamente complessa involgendo, più a monte, la questione dei rapporti tra giudici e pubblica amministrazione, nonché quella della strumentalità delle misure cautelari nel processo amministrativo in relazione ai limiti oggettivi del giudicato all'interno dello stesso (così A. PANZAROLA, *Il processo cautelare, cit.*, spec. 73 ss). Occorre tener presente inoltre che già prima della riforma operata sul punto dall'art. 3 della legge 21 luglio 2000, n. 205, parte della dottrina, con riferimento alla parallela problematica della sospensione dell'esecuzione di provvedimenti negativi evidenziava che non vi è alcuna dannosa interferenza in questi casi del giudice nella sfera di attività riservata alla P.A. nell'ambito dell'amministrazione attiva: la valutazione del giudice della cautela, invero, lungi dal sostituirsi a quella della P.A., si limita ad anticipare un'ipotetica pronuncia di annullamento del provvedimento negativo (G. SAPORITO, *La sospensione dell'esecuzione del provvedimento impugnato nella giurisprudenza amministrativa*, I, cit., 71).

⁷⁵⁵ Così M. WALINE, in nota a Cons. État, sez. VII, 23 gennaio 1970, cit., 1035.

⁷⁵⁶ Cfr., in argomento, A. PROTO PISANI, in nota a Corte Cost. 28 giugno 1985 n. 190, cit., c. 1881-1882.

discrezionale di un'istituzione comunitaria il controllo del giudice deve essere limitato a quello sull'errore manifesto di apprezzamento da parte della stessa, la concessione di provvedimenti cautelari non potrà andare al di là, in simili casi, della sospensione dell'efficacia dell'atto impugnato in sede principale⁷⁵⁷.

Occorre infine sottolineare che quanto sinora evidenziato rende meramente virtuale la tutela cautelare della quale può beneficiare il ricorrente avverso l'inerzia nel provvedere di un'istituzione comunitaria, tutela pure ritenuta in via di principio ammissibile dalla Corte di Giustizia nella pronuncia *T-Port*: difatti, al di là del problema dell'attuazione delle misure cautelari⁷⁵⁸, in concreto le stesse non sono state mai concesse. La ragione è evidente alla luce della giurisprudenza in tema di rapporti tra tutela cautelare e discrezionalità delle istituzioni comunitarie la quale impedisce l'emanazione di qualsivoglia misura volta a tutelare in via provvisoria le posizioni giuridiche del ricorrente nella perdurante inerzia della P.A. tutte le volte che la stessa sia inerte nell'esercizio di un potere di natura discrezionale.

3.5. Azioni dirette all'interno delle quali possono essere concessi provvedimenti provvisori ai sensi dell'art. 243 del Trattato CE

Molto di frequente, nonostante qualche opinione contraria espressa in dottrina⁷⁵⁹, misure cautelari c.d. positive sono concesse dai giudici comunitari nell'ambito dei ricorsi in annullamento proposti ex art. 242 del Trattato CE⁷⁶⁰. Si

⁷⁵⁷ Così F. BERROD, *La systématique des voies de droit communautaires*, cit., 699, ove maggiori riferimenti.

⁷⁵⁸ E sul quale v., più ampiamente, Cap. VI, § 7.

⁷⁵⁹ In tal senso GRABITZ, *Komment der art. 186*, in AA.VV., *Kommentar zur EWG-Vertrag*, cit., § 1.

⁷⁶⁰ In tal senso, *ex multis*, CGCE, ord. 8 aprile 1987, *Pfizer c. Commissione*, cit, 1691; CGCE, ord. 17 marzo 1986, *Regno Unito c. Parlamento*, C-23/86, in *Racc.*, 1986, 1085; CGCE, ord. 11 giugno 1985, *Diezler c. CES*, C-146/85, in *Racc.*, 1985, 1085. Emblematica, a riguardo, è l'affermazione resa dalla Corte nel caso Atlanta, secondo cui "occorre rilevare che, nell'ambito del ricorso d'annullamento, il Trattato non autorizza soltanto la Corte, all'art. 185, a ordinare la sospensione

può anzi sostenere l'affermazione di una prassi in virtù della quale i ricorrenti richiedono l'emanazione delle stesse in subordine o unitamente alla tutela costituita dalla sospensione dell'esecutorietà dell'atto impugnato.

Si è peraltro osservato, a riguardo, che i provvedimenti cautelari strumentali ad una decisione definitiva di annullamento non devono avere un contenuto ultroneo rispetto all'assetto che può realizzarsi a seguito dell'emanazione della pronuncia sul ricorso principale e, pertanto, devono essere limitati ad un *minus* rispetto alla tutela di cui alla sospensione ex art. 242 del Trattato CE⁷⁶¹.

Misure cautelari c.d. positive possono essere ordinate dai giudici comunitari anche nell'ambito dei ricorsi in carenza⁷⁶² di cui all'art. 232 del Trattato CE⁷⁶³ come ha ritenuto la giurisprudenza. Tuttavia non sono stati mai concessi nei casi concreti, almeno sinora, provvedimenti cautelari accessori ad azioni in carenza e quindi tali affermazioni sono rimaste meramente su di un piano astratto⁷⁶⁴.

Prima dell'intervento di un tale chiarimento in sede pretoria, tuttavia, erano state manifestate in dottrina alcune perplessità circa la possibilità dei giudici comunitari di emanare provvedimenti c.d. positivi a seguito della proposizione di ricorsi in carenza, evidenziando che ciò avrebbe determinato una sostituzione

dell'esecuzione dell'atto impugnato, ma le attribuisce altresì, all'art. 186, il potere di ordinare i provvedimenti provvisori necessari" (cfr., *ex multis*, CGCE, 9 novembre 1995, *Atlanta e altri c. Bundesamt für Ernährung und Fortswirtschaft*, C-465/93, in *Racc.*, 1995, 3761 ss, § 27).

⁷⁶¹ Così C. MORVIDUCCI, *Le misure cautelari nel processo comunitario*, cit., 289 ss.

⁷⁶² Per la soluzione positiva, in dottrina, già prima dell'intervento chiarificatore della Corte di Giustizia, v. M. WAELBROECK, *Article 185*, in M. WAELBROECK – J.V. LOUIS – G. VANDERSANDEN, *La Cour de justice. Les actes des institutions*, cit., 374.

⁷⁶³ V. CGCE, 26 novembre 1996, *T-Port*, C-68/95, in *Racc.*, 1996, I-6065, § 60, nonché, successivamente, TPI, ord. 21 marzo 1997, *Camar c. Commissione*, T-79/96, in *Racc.*, 1997, II-405.

⁷⁶⁴ Conf. F. BERROD, *La systématique des voies de droit communautaires*, cit., spec. 375 ss, secondo la quale la ragione di una tale lacuna deve essere ricondotta alla scarsa utilizzazione del ricorso in carenza che, sottolinea inoltre l'A., viene di solito accolto nelle ipotesi in cui ciò consenta di proteggere l'equilibrio dei poteri delle istituzioni comunitarie.

dell'azione della Corte a quella dell'Amministrazione ⁷⁶⁵. Una tale posizione, sebbene autorevolmente sostenuta, si ritiene però criticabile se non altro perché preclusiva, sempre in vista della tutela di interessi c.d. generali, di ogni forma di tutela cautelare all'interno dei ricorsi in carenza, la cui proposizione già postulano una perdurante inerzia dell'istituzione competente che prima deve, tra l'altro, essere messa in mora.

3.5.1. Procedure di infrazione

La Corte di Giustizia ha inoltre sancito, in dispregio delle eccezioni degli Stati fondate sull'impossibilità di indirizzare agli stessi degli ordini ⁷⁶⁶, la propria competenza ad emanare misure cautelari ai sensi dell'art. 243 del Trattato CE, anche nell'ambito delle procedure di infrazione ⁷⁶⁷ ed, anzi, ben presto queste

⁷⁶⁵ Cfr. R. JOLIET, *Protection juridictionnelle provisoire et droit communautaire*, cit., 262. L'A., per dimostrare la propria tesi, si riconduce anche ai principi affermati dalla stessa Corte di Giustizia nell'ordinanza Camera Care, tuttavia più risalente della citata *arrêt Port*. Più precisamente, nel caso Camera Care, la Corte ha, da un lato, ritenuto di essere incompetente a rendere direttamente l'atto richiesto in luogo dell'istituzione inerte e, da un altro, di non essere neppure competente ad ordinare alla stessa l'emanazione dell'atto in questione, poiché ciò avrebbe leso il potere di apprezzamento discrezionale dell'istituzione, in dispregio del principio della separazione dei poteri (v. CGCE, ord. 17 gennaio 1980, *Camera Care c. Commissione*, cit., 119).

⁷⁶⁶ A riguardo M. WAELBROECK, *Article 185*, in M. WAELBROECK – J.V. LOUIS – G. VANDERSANDEN, *La Cour de justice. Les actes des institutions*, cit., 374 – 375, sottolinea che una tale eccezione è destituita di ogni fondamento, in quanto il potere del giudice adito di emanare misure cautelari è finalizzato ad evitare che non si venga a creare una situazione irreversibile a sfavore di una delle parti in causa, nel senso di rendere per la stessa privo di ogni utilità il ricorso di merito e, di conseguenza, evidenzia che non vi sono motivi per escludere che il provvedimento provvisorio consista in un'ingiunzione rivolta ad uno Stato membro e volto ad evitare un pregiudizio agli interessi della Comunità connesso alla vigenza dell'atto costitutivo dell'infrazione.

⁷⁶⁷ E questo sia nell'azione di cui all'art. 226 del Trattato CE (cfr. CGCE, ord. 22 maggio 1977, *Commissione c. Irlanda*, C-61/77, in *Racc.*, 1977, 937 ss; CGCE, ord. 13 luglio 1977, in *Racc.*, 1977, 1411 ss), sia in quella di cui all'art. 88 del Trattato CE (v. CGCE, ord. 21 maggio 1977, *Commissione c. Regno Unito*, C-31 e 53/77, in *Racc.*, 1977, 921) che nella procedura di infrazione semplificata a norma dell'art. 228 del Trattato CE (CGCE, 29 giugno 1994, *Commissione c. Grecia*, C-120/94, in *Racc.*, 1994, 3037). Precedentemente non era infatti pacifica la sussistenza di un potere cautelare dei giudici comunitari anche all'interno di una tale procedura (v. G. TESAURO, *Diritto comunitario*, 4a ed., cit., 276, nt. 192). Una tale possibilità è stata anche successivamente contestata in sede di difesa da parte degli Stati soggetti alla procedura di infrazione, deducendo che una misura cautelare consistente nella sospensione dell'efficacia di una legge nazionale "incriminata" nel ricorso principale pregiudicherebbe il merito della stessa decisione (cfr. la difesa dell'Irlanda in CGCE, ord. 22 maggio 1977, *Commissione c. Irlanda*, cit., 937). In dottrina, in senso decisamente contrario, v. l'autorevole posizione di A. TIZZANO, *I provvedimenti*, cit., 370.

ultime azioni sono assortite ad ambito di applicazione elettivo dei provvedimenti provvisori c.d. positivi⁷⁶⁸.

I provvedimenti cautelari emanati all'interno di tali procedure⁷⁶⁹ consistono, di solito, in ingiunzioni indirizzate allo Stato membro nei confronti del quale la Commissione ha dato inizio al procedimento e, più precisamente, nell'ordine di sospendere una legislazione o una prassi nazionale contrastanti con il diritto comunitario⁷⁷⁰ ovvero di tenere determinati comportamenti volti ad evitare, nelle more della decisione definitiva, l'aggravarsi della violazione del diritto comunitario⁷⁷¹.

Maggiori problemi potrebbero porsi – ma la questione è al momento meramente teorica, posto che non vi sono state simili pronunce – nell'ipotesi in cui la misura provvisoria si concretasse in un'ingiunzione allo Stato sottoposto alla procedura di infrazione di fare qualcosa che non consista nella mera sospensione di una legge o di atti amministrativi contrastanti con il diritto comunitario, bensì nell'ordine di adempiere ad un obbligo derivante dallo stesso,

⁷⁶⁸ Cfr., tra i molti, R. JOLIET, *Protection juridictionnelle provisoire et droit communautaire*, cit., 263; C. MORVIDUCCI, *Le misure cautelari nel processo comunitario*, cit., 295. Secondo V. GREMENTIERI, *Le misure cautelari nel processo comunitario*, cit., 97, nell'ambito del ricorso per infrazione si sarebbe sviluppato un uso alternativo dei provvedimenti cautelari che ivi costituiscono un efficace e tempestivo strumento di controllo della tempestiva e corretta applicazione del diritto comunitario nei diversi Stati membri. Tra le ordinanze cautelari emanate negli anni nei confronti degli Stati v. CGCE, ord. 19 dicembre 2006, *Commissione c. Italia*, C-503/06, in corso di pubblicazione in *Racc.*, 2006; CGCE, ord. 22 aprile 1994, *Commissione c. Belgio*, C-87/94, in *Racc.*, 1994, 1395; CGCE, ord. 10 ottobre 1989, *Commissione c. Regno Unito*, C-246/89, in *Racc.*, 1989, 3125; CGCE, ord. 16 agosto 1989, *Commissione c. Germania*, C-57/89, in *Racc.*, 1989, 2849; CGCE, ord. 13 settembre 1988, *Commissione c. Italia*, C-194/88, in *Racc.*, 1988, 4559; CGCE, ord. 13 marzo 1987, *Commissione c. Irlanda*, C-45/87, in *Racc.*, 1987, 1369).

⁷⁶⁹ Anche *inaudita altera parte* (cfr. CGCE, ord. 19 dicembre 2006, *Commissione c. Italia*, cit.; CGCE, ord. 28 giugno 1990, *Commissione c. Germania*, cit., 2715 ss).

⁷⁷⁰ Cfr., in dottrina, P. PESCATORE, *La jurisdiction internationale permanente*, cit., 343.

⁷⁷¹ Emblematica è, a riguardo, CGCE, ord. 7 giugno 1985, *Commissione c. Italia*, C-154/85, in *Racc.*, 1985, 1805 ss, con la quale la Repubblica italiana è stata ingiunta di adottare i provvedimenti necessari affinché non fossero imposte agli importatori c.d. paralleli condizioni maggiormente gravose rispetto a quelle antecedenti l'emanazione dell'atto normativo ritenuto in contrasto con il diritto comunitario nonché di informare ogni quindici giorni la Commissione della situazione delle immatricolazioni effettuate e dei motivi di eventuali ritardi. Ad una tale ordinanza, giova sottolineare, ha fatto puntualmente seguito la sentenza di condanna CGCE, 17 giugno 1987, in *Racc.*, 1987, 2135 ss.

soprattutto nell'ipotesi di discrezionalità dello Stato nella scelta dei mezzi per conformarsi al medesimo⁷⁷².

Gli effetti di tali misure cautelari appaiono pertanto estremamente incisivi⁷⁷³, tanto che si è evidenziato che talora le stesse possono produrre effetti ancora più dirompenti della decisione definitiva⁷⁷⁴ che, avendo carattere dichiarativo⁷⁷⁵, lascia alla discrezionalità dello Stato condannato l'iniziativa di trarne le dovute conseguenze⁷⁷⁶. Proprio la natura dichiarativa della pronuncia di infrazione ha invero suscitato alcune perplessità in dottrina in ordine alla

⁷⁷² In argomento C. MORVIDUCCI, *Le misure cautelari nel processo comunitario*, cit., 299, in relazione ad un'ipotetica ingiunzione a recepire una direttiva. Non sono peraltro condivisibili i riferimenti dell'A. alla difficile configurabilità in un caso siffatto del requisito dell'urgenza: è invero noto che per ogni direttiva è sancito un termine nel quale lo Stato deve adeguarsi alla stessa. Naturalmente una procedura di infrazione per mancato recepimento di una direttiva può essere iniziata esclusivamente qualora lo Stato non si sia conformato ad essa nel termine indicato, di talché, soprattutto ove la direttiva introduce diritti a favore degli individui, sussiste per definizione il presupposto dell'urgenza se il termine di recepimento viene violato. D'altra parte neppure crediamo si ponga un problema di contenuto dell'ordine in questione, posto che, sebbene le direttive lasciano alla discrezionalità degli Stati la scelta dei mezzi con i quali conformarsi ai risultati perseguiti dalle stesse, questi ultimi sono enucleati già a partire dalle direttive, di talché è doveroso, scaduto il termine per l'attuazione della direttiva, per lo Stato adeguarsi.

⁷⁷³ Possono essere addotti, in proposito, diversi esempi. In primo luogo può evidenziarsi il caso di un'ordinanza che ha ingiunto al Regno Unito di sospendere l'applicazione di una legge che innovava sui requisiti di immatricolazione delle navi dato il sospetto contrasto con il Trattato (v. CGCE, ord. 10 ottobre 1989, *Commissione c. Regno Unito*, C-246/89, in *Racc.*, 1989, 3125); di un'ordinanza che ha ingiunto al Governo italiano di sospendere l'applicazione di una circolare ministeriale con la quale erano di fatto impediti le importazioni parallele di autoveicoli, in dispregio delle norme del Trattato che tutelano la libera concorrenza (CGCE, ord. 7 giugno 1985, *Commissione c. Italia*, C-154/85, in *Racc.*, 1985, 1753); di un'ordinanza che ha obbligato il Governo austriaco a sospendere l'applicazione di un divieto di circolazione su un tratto autostradale, introdotto a tempo indeterminato a carico di automezzi che trasportano rifiuti (CGCE, ord. 30 luglio 2003, *Commissione c. Austria*, C-320/03, in *Racc.*, 2003, 3593).

⁷⁷⁴ Osserva a riguardo V. GREMENTIERI, *Le misure cautelari nel processo comunitario*, cit., 95, che la peculiarità dei provvedimenti provvisori concessi nell'ambito dei ricorsi per infrazione si riconnette alla circostanza che in questi casi la Corte di Giustizia è soltanto chiamata ad accertare ed a dichiarare l'inadempimento, di talché le misure cautelari perseguono in tal caso effetti che non possono trovare un riscontro, almeno puntuale, nella decisione definitiva ed, in una tale direzione, acquistano un valore autonomo e ad essi conseguono effetti non altrimenti ottenibili.

⁷⁷⁵ In accordo con la comune opinione, difatti, i poteri della Corte di Giustizia ai sensi dell'art. 228 del Trattato CE sono meramente dichiarativi, di talché, ad es., se la violazione del diritto comunitaria è rappresentata da un atto nazionale, quest'ultimo non può essere formalmente annullato dalla stessa Corte comunitaria ma esclusivamente dai giudici nazionali. Né si ritiene che la Corte di Giustizia possa ordinare agli Stati membri di adottare specifiche misure allo scopo di porre fine alla violazione del diritto comunitario, potendo, al più, indicare le misure che potrebbero essere opportune. In argomento cfr., tra i molti, H.A.H. AUDRETSCH, *Supervision in European Community Law*, 2a ed., North Holland, 1986, 114 ss; H.G. SCHERMERS – D.F. WAELBROECK, *Judicial Protection in the European Union*, 6a ed., cit., spec. 636 ss.

⁷⁷⁶ Cfr. G. TESAURO, *Diritto comunitario*, 3a ed., cit., 276 – 277, il quale sottolinea che, non a caso, proprio sino alla coercizione indiretta usualmente operata dalla c.d. doppia condanna, gli Stati condannati tendono a non conformarsi alle decisioni definitive, mentre si sono sempre adeguati alle ordinanze cautelari.

possibilità di emanare simili provvedimenti cautelari per assicurarne gli effetti, stante la natura strumentale della tutela cautelare rispetto a quelle di merito⁷⁷⁷: in realtà il problema appare meramente nominalistico, non soltanto perché gli Stati membri si sono di solito affrettati a conformarsi a siffatte ordinanze cautelari, ma anche in virtù del disposto dell'art. 228 del Trattato CE, secondo cui lo Stato destinatario della sentenza dichiarativa dell'inadempimento gli obblighi derivanti dal diritto comunitario, è in ogni caso tenuto ad adottare tutte le misure necessarie per l'esecuzione della sentenza⁷⁷⁸. E' inoltre noto che, al fine di indurre gli Stati condannati ad un pronto adempimento, il Trattato sull'Unione Europea ha previsto che, qualora gli stessi non provvedano a dare esecuzione alla decisione della Corte di Giustizia, quest'ultima, nuovamente adita dalla Commissione, potrà emanare una pronuncia di condanna dello Stato al pagamento di una somma forfettaria o di una penalità di mora per ogni giorno di ulteriore ritardo nell'adempimento. E' stata quindi introdotta una forma di *astreinte* volta a coerere indirettamente lo Stato membro a porre fine alla violazione degli obblighi derivanti dalla partecipazione alla Comunità europea⁷⁷⁹.

⁷⁷⁷ E' infatti noto l'orientamento in virtù del quale non sussisterebbe interesse ad ottenere una tutela urgente in relazione ad una pronuncia di carattere dichiarativo poiché il bene della certezza giuridica che la stessa deve realizzare non può essere assicurato da un provvedimento cautelare che si basa su di una cognizione sommaria e, soprattutto, può essere concesso in presenza di una semplice verosimiglianza del diritto fatto valere in giudizio (cfr. E. REDENTI, *Diritto processuale civile*, III, 2a ed., rist., Milano, 1957, 95). Peraltro, come nel caso della tutela cautelare nell'ambito delle procedure d'infrazione ex art. 226 del Trattato CE, di solito con la domanda di tutela in via d'urgenza non si vuole ottenere in questi casi in sede cautelare quella verosimiglianza che tiene luogo della certezza che scaturirà dal giudizio di merito, bensì, in una funzione eminentemente preventiva, inibire un comportamento che l'eventuale accoglimento della domanda di mero accertamento dimostrerà essere illegittimo (v., sul punto, le considerazioni di F. TOMMASEO, *Provvedimenti d'urgenza*, cit., 872).

⁷⁷⁸ Questa, in particolare, la tesi autorevolmente affermata tra gli altri da P. PESCATORE, *La jurisdiction internationale permanente*, cit., 343. Occorre evidenziare che il controllo sulla corretta esecuzione della decisione della Corte di Giustizia all'esito della procedura di infrazione è esercitato dalla Commissione ex art. 226 del Trattato CE: ove, in particolare, la Commissione ritenga che lo Stato membro condannato non si sia conformato alle statuizioni della Corte comunitaria, potrà dare inizio ad una nuova procedura di infrazione avente ad oggetto proprio la violazione dell'art. 228 del Trattato CE (v. H.G. SCHERMERS – D. F. WAELBROECK, *Judicial Protection in the European Union*, 6a ed., cit., 638).

⁷⁷⁹ La sanzione oggi prevista dall'art. 228 del Trattato sull'Unione Europea è, infatti, a nostro sommo parere riconducibile alla più generale categoria delle *astreintes*, note all'esperienza

Proprio le previsioni da ultimo richiamate ci inducono a ritenere che la sentenza che condanna uno Stato membro al termine di una procedura di infrazione ha natura soltanto in apparenza dichiarativa⁷⁸⁰ e, di conseguenza, nulla si oppone in astratto ad un'assicurazione in via cautelare degli effetti della stessa.

Né argomentazioni di segno contrario potrebbero trarsi dalla natura del soggetto cui è indirizzato l'ordine, ovvero uno Stato membro, posto che nelle fattispecie considerate lo stesso dovrebbe essere una parte in causa come le altre⁷⁸¹.

4. Osservazioni critiche

L'esame della giurisprudenza comunitaria in tema di provvedimenti cautelari che possono essere concessi ai sensi degli artt. 242 e 243 del Trattato CE dimostra, ancora una volta, che il processo cautelare comunitario non è teso in via primaria alla tutela dei diritti dei singoli e che all'interno dello stesso sussistono

giuridica francese, qualora si condivida l'autorevole definizione in omaggio alla quale *l'astreinte* costituisce un mezzo di pressione consistente nel condannare un debitore tenuto ad adempiere un'obbligazione, a fare qualcosa o a pagare una determinata somma di denaro risultante da una decisione giudiziale, che può aumentare con il trascorrere del tempo o con il moltiplicarsi delle violazioni (così R. PERROT, *La coercizione per dissuasione nel diritto francese*, in *Riv. dir. proc.*, 1996, 658 ss, spec. 663). Sulla portata del nuovo art. 228 del Trattato UE v., tra i molti, BONNIE, *Commission discretion under Article 171 (2) E.C.*, in *European Law Review*, 1998, 537 ss; CANDELA CASTILLO – MONGIN, *La loi européenne désormais mieux protégée : quelques réflexions sur la première décision de la Commission demandant à la Cour de justice de prononcer une sanction pécuniaire au sens de l'article 171 du Traité à l'encontre de certains États membres pour violation du droit communautaire*, in *Rev. du marché unique européen*, 1997, 9 ss; J. DIETZ-HOCHLEITNER, *Le traité de Maastricht et l'inexécution des arrêts de la Cour de justice par les États membres*, in *RMUE*, 1994, 111 ss; P. MORI, *Il nuovo art. 171, par. 2, del Trattato CE e le sanzioni per gli Stati membri inadempienti*, in *Riv. dir. int.*, 1994, 58 ss. È interessante segnalare che prima della riforma appena richiamata, ponendosi seriamente il problema delle modalità con le quali la Commissione poteva reagire all'inottemperanza degli Stati membri a quanto statuito nella sentenza conclusiva della procedura di infrazione, la Commissione, a fronte della persistenza dell'inadempimento della Francia, aveva introdotto un procedimento cautelare dinanzi alla Corte di Giustizia, volto ad ottenere la sospensione dell'efficacia dei provvedimenti nazionali concretanti la violazione del diritto comunitario. La Corte ha peraltro rigettato un tale ricorso, ritenendo la domanda proposta priva di oggetto in quanto la violazione del diritto comunitario era stata già accertata con la sentenza di merito (CGCE, 28 marzo 1980, *Commissione c. Francia*, C-24 e 97/80, in *Racc.*, 1980, 1319, §§ 12 ss; in dottrina v. HARTLEY, *Interim measures against France in the lamb war*, in *European Law Review*, 1980, 363 ss.

⁷⁸⁰ Cfr. P. BIAVATI, *Diritto processuale dell'Unione Europea*, 3a ed., cit., 273.

⁷⁸¹ Analogamente M. WAELBROECK, Article 185, in M. WAELBROECK – J.V. LOUIS – G. VANDERSANDEN, *La Cour de justice. Les actes des institutions*, cit., 374 – 375.

inammissibili disparità di trattamento tra le parti, a favore delle istituzioni comunitarie.

Ciò è evidente se cerchiamo di trarre le fila delle considerazioni sinora svolte.

Infatti, facendo riferimento, in primo luogo, alla sospensione dell'efficacia dell'atto impugnato, abbiamo evidenziato che, sebbene l'art. 242 del Trattato CE non operi distinzioni di sorta quanto agli atti che possono essere oggetto dello, la giurisprudenza ha nondimeno limitato almeno in due direzioni il novero degli atti sospendibili. Giova invero ricordare, a riguardo, che si è affermato che non possono essere sospesi i provvedimenti di rigetto, salva la limitata eccezione di quelli che producano effetti del tutto innovativi nella sfera giuridica del ricorrente, mentre con diverse argomentazioni è di fatto altamente improbabile che venga concessa nelle fattispecie concrete la sospensione di atti di carattere generale.

Peraltro, le disparità di trattamento cui si accennava appaiono ancora più forti nell'ipotesi degli altri provvedimenti provvisori concedibili ai sensi dell'art. 243 del Trattato CE. Per vero, onde garantire una tutela giurisdizionale di carattere effettivo, ed in accordo con l'assetto vigente nei principali sistemi giuridici europei, la tipologia di tali misure dovrebbe essere indeterminata ed avere i propri confini esclusivamente nella concreta valenza cautelare delle stesse.

Altrimenti detto, è essenziale la sussistenza in capo al giudice di un potere di cautela c.d. generale. Tuttavia, appare ancora una volta molto diversa rispetto ad un tale, euristico assetto, la situazione nel processo comunitario. La limitazione principale quanto alle misure cautelari c.d. positive che possono essere concesse nelle singole fattispecie concrete è infatti rappresentata dalla discrezionalità delle istituzioni comunitarie ed, in particolare, della Commissione: è massima

ricorrente nella giurisprudenza comunitaria l'affermazione in virtù della quale i giudici non possono impartire alle istituzioni ordini o sostituirsi alle stesse nell'esercizio dei poteri di carattere discrezionale. Ne deriva che molto di rado, quando parte resistente è un'istituzione comunitaria, vengono in concreto concessi provvedimenti provvisori ex art. 243 del Trattato CE.

Ben diversa è invece la situazione, sebbene la disposizione di riferimento sia la stessa, nell'ipotesi in cui, come avviene nelle procedure di infrazione, siano gli Stati membri ad essere convenuti in giudizio dalla Commissione europea⁷⁸². In tali casi frequente è la concessione di misure cautelari che si sostanziano, non soltanto in vere e proprie ingiunzioni nei confronti degli Stati, ma anche nella sospensione di leggi nazionali – ovvero di atti di carattere eminentemente generale – che appaiono *prima facie* contrastanti con il diritto comunitario.

In conclusione, a dispetto di un'evoluzione anche politica del processo di integrazione europea, si deve notare che in forza della giurisprudenza comunitaria la finalità principale dei provvedimenti cautelari, in particolare di quelli “innominati” concedibili ai sensi dell'art. 243 del Trattato CE, è divenuta quella di fare pressione sugli Stati membri nel corso delle procedure di infrazione⁷⁸³ e non

⁷⁸² Analogamente già C. GRAY, *Interim measures of protection in the European Court*, cit., 99. Interessanti spunti sulla problematica in esame possono inoltre trarsi da C. MORVIDUCCI, *Le misure cautelari nel processo comunitario*, cit., 329, la quale, nell'evidenziare il diverso atteggiamento della giurisprudenza comunitaria rispetto ai propri poteri in sede cautelari nei confronti degli Stati membri o delle istituzioni, osserva che nel primo caso non sono invero previste limitazioni di sorta anche sotto il profilo degli effetti delle misure concedibili, mentre nel secondo ne sono individuate numerose sebbene, in accordo con le previsioni del Trattato istitutivo ed, in particolare, degli artt. 233 e 228, una volta annullato il provvedimento delle istituzioni comunitarie o, rispettivamente, dichiarata l'infrazione di uno Stato membro, dovrebbero essere le parti soccombenti a trarre, con libertà di mezzi, le relative conseguenze.

⁷⁸³ In una tale direzione la funzione principale attribuita alle misure cautelari atipiche è, pertanto, ascrivibile ad una giurisdizione a ben vedere non diversa da quella tradizionalmente esercitata dalle Corti Internazionali e finalizzata in via precipua al rispetto degli obblighi assunti dagli Stati contraenti sul piano internazionale e non alla tutela delle posizioni soggettive dei cittadini che vengono al più in rilievo quali sudditi (in arg., con riferimento alla giurisdizione cautelare nelle procedure di infrazione, cfr. F. G. JACOBS, *Interim Measures in the Law and Practice of the Court of Justice of the European Communities*, cit., 37).

anche quella di tutelare le posizione giuridiche soggettive dei singoli lese da atti o comportamenti illegittimi delle istituzioni comunitarie.

Capitolo VI

Il procedimento cautelare

SOMMARIO: 1. Il giudice competente – 2. Principio della corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato – 3. Moduli del procedimento cautelare e rispetto del principio del contraddittorio – 4. L'intervento dei terzi – 5. L'istruttoria – 5.1. La conciliazione delle parti – 6. Le pronunce conclusive del procedimento cautelare – 6. 1. La condanna alle spese – 7. Gli effetti obbligatori delle misure cautelari e l'attuazione delle stesse – 7.1. Esecuzione dell'ordinanza cautelare subordinata alla costituzione di una cauzione – 8. Il sistema dei controlli sulle misure cautelari – 8.1. Revoca e modifica – 8.2. Riproposizione dell'istanza cautelare – 8.3. L'impugnazione delle ordinanze cautelari del Tribunale di primo grado dinanzi alla Corte di Giustizia.

1. Il giudice competente

A norma dell'art. 39 dello Statuto della Corte di Giustizia la cognizione e la decisione dei ricorsi cautelari è demandata, a seconda della competenza sulle relative azioni principali, al Presidente del Tribunale di prima istanza o della Corte di Giustizia, nonché, più di recente, delle Camere giurisdizionali di primo grado⁷⁸⁴. La natura monocratica dell'organo al quale è riservata la cognizione e la

⁷⁸⁴ Occorre inoltre tener presente che, nelle ipotesi di assenza o di impedimento del Presidente, quest'ultimo è sostituito da un altro giudice alle condizioni previste dall'art. 85 del regolamento di procedura della Corte di Giustizia che a propria volta rinvia all'art. 11 del medesimo regolamento: ne deriva che, in accordo con le previsioni dello stesso, in prima battuta il sostituto sarà il Presidente di una sezione della Corte di cinque giudici e, quindi, nel caso di impedimento anche dello stesso, il Presidente di una sezione di tre giudici (in arg., tra i tanti, L. WEITZEL, *Demande le sursis à l'exécution ou d'autres mesures provisoires*, cit., 136). Considerando alcuni sistemi processuali nazionali, possiamo evidenziare che la competenza presidenziale in materia di

definizione dei ricorsi cautelari è stata a giusto titolo considerata coerente, in dottrina, con le esigenze di speditezza coesenziali alla tutela cautelare⁷⁸⁵.

Tuttavia deve anche evidenziarsi che, in virtù di una prassi consolidata, il Presidente si fa assistere dall'avvocato generale e dal giudice relatore del ricorso principale⁷⁸⁶: i pareri resi dagli stessi possono però spiegare un'efficacia meramente persuasiva sul giudice della cautela, il quale resta sempre libero di discostarsi dai medesimi⁷⁸⁷.

Il Presidente della Corte di Giustizia può, inoltre, rinviare l'esame del ricorso cautelare al collegio della sezione competente⁷⁸⁸. Nella prassi un tale deferimento è sinora avvenuto di rado⁷⁸⁹: è bene evidenziare, peraltro, che il collegio dovrà decidere immediatamente il ricorso d'urgenza, sospendendo a tal fine ogni altro procedimento. Come si evince dalla casistica giurisprudenziale, il rinvio al collegio è stato di solito effettuato quando vi era la necessità di risolvere questioni giuridiche di importanza fondamentale ovvero in tutte le ipotesi in cui

cognizione dei ricorsi cautelari è propria, se consideriamo i modelli giuridici nazionali, del sistema francese nel quale le attribuzioni cautelari sono demandate al presidente dell'ufficio giudizio presso il quale il procedimento cautelare è incardinato ovvero, in sede di appello avverso i provvedimenti cautelari di primo grado, al Primo Presidente della Corte di Appello (cfr. J. VUITTON – X. VUITTON, *Les référés*, 2a ed., cit., 147). Diversamente, nel processo cautelare c.d. “uniforme” italiano il potere cautelare è, in via generale, attribuito ad un giudice monocratico, anche nell'ipotesi in cui la competenza per la decisione di merito spetti al collegio, ma mai alla competenza “funzionale” del capo dell'ufficio, posto che, in virtù dell'art. 669-ter c.p.c., a seguito della presentazione del ricorso, il cancelliere forma il fascicolo d'ufficio e lo presenta senza ritardo al Presidente del Tribunale, il quale designa il magistrato cui è affidata la trattazione del procedimento: questa norma è secondo autorevole dottrina da considerare opportuna, in quanto la tutela cautelare non costituisce una materia, ma una forma particolare di diritto “che si inserisce a pieno titolo nella tutela giurisdizionale dei diritti cui mira l'azione generale atipica di cognizione” (così A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, 5a ed., cit., 643).

⁷⁸⁵ Cfr. P. PESCATORE, *La jurisdiction internationale permanente*, cit., 328, nonché C. MORVIDUCCI, *Le misure cautelari nel processo comunitario*, cit., 99.

⁷⁸⁶ Così anche H.G. SCHERMERS – D.F. WAELBROECK, *Judicial Protection in the European Union*, 6a ed., cit., 705.

⁷⁸⁷ In tal senso v. B. PASTOR – E. GINDERHACTER, *La procédure en référé*, cit., 578.

⁷⁸⁸ Anche il potere di rinviare l'esame del ricorso cautelare al collegio appare mutuato dal sistema francese, in quanto l'art. 487 N.C.P.C. consente al giudice della cautela di rinviare la questione al collegio, norma che parimenti non enuclea i presupposti in presenza dei quali può avvenire un tale rinvio, di talché la dottrina tende ad affermare che il Presidente gode in tali casi di un potere di carattere discrezionale (v., tra gli altri, J. VUITTON – X. VUITTON, *Les référés*, 2a ed., cit., 147).

⁷⁸⁹ Sottolinea invero C. MORVIDUCCI, *Le misure cautelari nel processo comunitario*, cit., 101, che il rinvio al collegio è disposto sempre più di rado via via che si consolida la giurisprudenza comunitaria in tema di *référé*.

l'*enjeu* della controversia fosse di particolare rilevanza in ragione della natura istituzionale delle parti in causa⁷⁹⁰, fattispecie nelle quali, alla stregua di quanto previsto per i procedimenti principali, l'Avvocato Generale rassegna le proprie conclusioni dinanzi alla Corte che quindi si ritira per deliberare in camera di consiglio⁷⁹¹.

La possibilità del deferimento al collegio non è, invece, più possibile nelle ipotesi in cui il procedimento si svolge dinanzi al Tribunale di primo grado, a seguito della riforma, intervenuta nel maggio 2003, dell'art. 106 del relativo regolamento di procedura. Si tratta di una modifica opportuna, poiché tendenzialmente funzionale ad una più celere definizione dei procedimenti cautelari⁷⁹².

Si ritiene d'altra parte importante sottolineare sin d'ora che il giudice della cautela – monocratico o collegiale che sia – gode nel processo comunitario di ampi poteri discrezionali, e in forza di espresse previsioni normative e di consolidati orientamenti giurisprudenziali⁷⁹³: a riguardo si è emblematicamente

⁷⁹⁰ Cfr., in dottrina, tra gli altri, G. BORCHARDT, *The Award of Interim Measures by the European Court of Justice*, cit., 205-206; R. JOLIET, *Protection juridictionnelle provisoire et droit communautaire*, cit., 257; LANEARTS – ARTS, *Procedural Law of the European Union*, cit., 294; K.P.E. LASOK, *The European Court of Justice. Practice and Procedures*, cit., 176; P. PESCATORE, *La juridiction internationale permanente*, cit., 328; M. SLUSNY, *Les mesures provisoires dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, cit., 136; A. TIZZANO, *I provvedimenti urgenti nel processo comunitario*, cit., 401. Diversamente secondo B. PASTOR – E. GINDERHACTER, *La procédure en référé*, cit., 579-580, poiché anche l'individuazione in concreto delle fattispecie nelle quali la decisione del ricorso cautelare deve essere demandata al collegio è lasciata alla discrezionalità del Presidente, non sarebbe possibile una compiuta individuazione delle situazioni in cui un tale rinvio può avvenire. In realtà, come dimostra l'esperienza giuridica francese in tema di interpretazione dell'art. 487 N.C.P.C., il deferimento al collegio della decisione sull'istanza cautelare, sebbene discrezionale, è di solito effettuato in presenza di situazioni particolari, *i.e.* alla luce della complessità della controversia, dell'importanza delle questioni di principio poste dalla stessa, dell'esigenza di attribuire maggiore solennità alla decisione (v. J. NORMAND, in *RTD civ.*, 1980, 154, ed ivi ampi riferimenti giurisprudenziali).

⁷⁹¹ F.G. JACOBS, *Interim Measures in the Law and Practice of the Court of Justice of the European Communities*, cit., 43.

⁷⁹² V. anche C. MORVIDUCCI, *Le misure cautelari nel processo comunitario*, cit., 100.

⁷⁹³ Cfr., tra i tanti, B. PASTOR – E. GINDERHACTER, *La procédure en référé*, cit., 578.

affermato che lo stesso assume da solo la responsabilità della decisione emanata e dei motivi alla base della stessa⁷⁹⁴.

2. Principio della corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato

Abbiamo già avuto occasione di evidenziare⁷⁹⁵ che il procedimento incidentale volto alla concessione delle misure cautelari è introdotto, nel processo comunitario, da un ricorso della parte interessata. Ne deriva che il principio della domanda opera anche, nel sistema giurisdizionale considerato, per i giudizi cautelari⁷⁹⁶.

Secondo la comune opinione tra i corollari del principio della domanda può essere annoverato il principio della corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato, in omaggio al quale il giudice non può attribuire alla parte un bene non richiesto o comunque emettere una statuizione che non trovi corrispondenza nella domanda⁷⁹⁷.

Tale principio, di conseguenza, dovrebbe operare anche nel processo cautelare comunitario, processo introdotto, come sottolineato, da un'istanza di parte. Tuttavia la giurisprudenza ha assunto, sin da una pronuncia risalente, un orientamento differente, per il quale tra i poteri discrezionali del giudice della cautela rientra anche quello di “rimodulare” il *petitum* cautelare, fino al punto di emanare, un provvedimento diverso da quello richiesto⁷⁹⁸.

⁷⁹⁴ Così R. JOLIET, *Protection juridictionnelle provisoire et droit communautaire*, cit., 257.

⁷⁹⁵ Si veda, in particolare, il Cap. I.

⁷⁹⁶ Conf. tra gli altri, con riguardo al procedimento cautelare italiano, sempre argomentando a partire dalla proposizione della domanda cautelare mediante ricorso, G. TARZIA – A. SALETTI, *Processo cautelare*, cit., 843; M.F. GHIRGA, *Principi generali del processo e misure provvisorie*, in *Riv. dir. proc.*, 1997, 489 ss, spec. 493 ss; L. SALVANESCHI, *La domanda e il procedimento*, cit., 293; F. TOMMASEO, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., 283 ss, per il quale spetta comunque sia al giudice della cautela il potere di riqualificare la domanda cautelare in base al principio *iura novit curia*.

⁷⁹⁷ Cass. 19 giugno 2004 n. 11455; in arg., in generale, G. GRASSO, *Dei poteri del giudice*, in *Commentario del c.p.c.* diretto da E. ALLORIO, I, Torino, 1973, 1254 ss.

⁷⁹⁸ CGCE, ord. 19 luglio 1983, *Raznoimport c. Commissione*, cit., 2573.

Secondo alcuni tale potere discrezionale del giudice della cautela costituirebbe uno degli indizi del carattere “pubblicistico” del processo cautelare comunitario che mirerebbe a realizzare non tanto l’interesse del ricorrente quanto l’efficienza del sistema giudiziario⁷⁹⁹.

Questa posizione, almeno a nostro sommo parere, non è accettabile poiché, semmai, l’insufficienza della tutela cautelare garantita nel processo comunitario, posta a più riprese in evidenza nel corso del presente lavoro, è segno di una deprecabile disattenzione del sistema comunitario per la tutela dei diritti degli individui. Si vuole dire, pertanto, che non si può considerare un dato di fatto immutabile la tutela di interessi pubblicistici nei processi cautelari nei quali, all’opposto, il valore principale che viene in rilievo ci appare di natura eminentemente privatistica e può sintetizzarsi nella seguente e tradizionale formula: la durata del processo non deve andare a danno della parte che ha ragione. Inoltre la prospettiva fuorviante dalla quale muove la tesi ora criticata ci pare confermata dalla stessa dottrina che suffraga la stessa la quale si è curata al contempo di precisare che un siffatto potere – pur definito in termini pubblicistici - è teso a garantire al meglio l’efficacia della sentenza definitiva⁸⁰⁰: ma proprio questo, in realtà, è l’obiettivo del ricorrente, tanto è vero che la concessione di un provvedimento cautelare postula sempre, come evidenziato, una prognosi favorevole in ordine al *fumus boni iuris*.

Gli orientamenti assunti dalla giurisprudenza comunitaria ci sembrano allora piuttosto riconducibili a quella concezione, avallata anche dalla prassi

⁷⁹⁹ Così C. MORVIDUCCI, *Le misure cautelari nel processo comunitario*, cit., 282 – 283.

⁸⁰⁰ Così sempre C. MORVIDUCCI, *Le misure cautelari nel processo comunitario*, cit., 282 ss. In realtà soltanto nelle pagine successive l’A. riesce a fornire una spiegazione più plausibile all’affermata finalizzazione del potere in esame del giudice della cautela alla realizzazione di interessi “pubblicistici”, evidenziando che talora si preferisce emanare una misura provvisoria c.d. positiva in luogo della sospensione dell’esecutorietà dell’atto emanato dalle istituzioni comunitarie, provvedimento invero di carattere eccezionale che deve essere reso soltanto se necessario ad evitare il danno – ma ecco riemergere il *periculum* per il ricorrente privato! – poiché lesivo del principio dell’immediata esecutorietà degli atti comunitari.

francese, per la quale, indicato lo scopo materiale che la parte si prefigge con la proposizione della domanda cautelare, il giudice adito è libero di adottare le misure più consone alla realizzazione degli obiettivi perseguiti dal ricorrente⁸⁰¹. E', tuttavia, senz'altro più coerente con il principio della domanda consentire che in un unico giudizio cautelare vengano richieste più misure cautelare ma su istanza di parte, mediante la formulazione di diverse domande l'una in via gradata rispetto all'altra⁸⁰².

3. Moduli del procedimento cautelare e rispetto del principio del contraddittorio

Si sono già descritte le formalità necessarie per l'introduzione di un giudizio cautelare nel processo comunitario⁸⁰³: in questa sede occorre pertanto esaminare le modalità entro le quali può svilupparsi successivamente il procedimento. L'analisi sarà svolta avendo riguardo, principalmente, all'effettivo rispetto del principio del contraddittorio nei procedimenti cautelari che si svolgono dinanzi ai giudici comunitari: invero, la coesistente brevità dei tempi di svolgimento di un giudizio cautelare è suscettibile di porsi in frizione con l'esigenza di rispettare un tale fondamentale principio processuale⁸⁰⁴.

⁸⁰¹ Nel sistema processuale francese si ritiene, infatti, sulla base del disposto dell'art. 484 N.C.P.C., in omaggio al quale il giudice della cautela ha il potere di emanare le misure cautelari necessarie che ciò implichi che, a prescindere dalla specifica richiesta del ricorrente, possano essere emanati tutti i provvedimenti provvisori idonei, sul piano pratico, a tutelare il ricorrente con il minor pregiudizio possibile per il convenuto (cfr. J. VUITTON – L. VUITTON, *Les référés*, 2a ed., cit., 209 ss). In tal senso, nella dottrina italiana, la posizione, tra gli altri, di E. MERLIN, *Procedimenti cautelari e urgenti in generale*, cit., 402.

⁸⁰² Riprendiamo in termini pressoché letterali, la concezione autorevolmente espressa da G. TARZIA – A. SALETTI, *Processo cautelare*, cit., 843.

⁸⁰³ V. Cap. I.

⁸⁰⁴ Cfr. J. VUITTON – X. VUITTON, *Les référés*, 2a ed., cit., 313.

A seguito del deposito del ricorso, lo stesso viene notificato⁸⁰⁵ al convenuto⁸⁰⁶. Le modalità entro le quali può successivamente svilupparsi il procedimento cautelare, anche in relazione al ruolo che possono svolgere le parti all'interno dello stesso, sono decise discrezionalmente, stante l'art. 84 del regolamento di procedura, dal giudice della cautela⁸⁰⁷.

Di regola al momento della notificazione del ricorso cautelare, il giudice dovrebbe indicare al convenuto un breve termine per presentare le proprie osservazioni in forma scritta. All'udienza⁸⁰⁸ fissata per una data successiva rispetto a quella indicata per il deposito di tali osservazioni dovrebbe poi essere attribuita alle parti, nel rispetto del principio della parità delle armi, la possibilità

⁸⁰⁵ A riguardo occorre tener presente che la nozione di notificazione del diritto interno non coincide con quella propria del processo comunitario nell'ambito del quale, a norma dell'art. 20, § terzo, dello Statuto della Corte di Giustizia nonché dell'art. 79, § primo, del regolamento di procedura della Corte e dell'art. 100, § primo, del regolamento di procedura del Tribunale di primo grado, le stesse sono compiute sempre d'ufficio, a cura del cancelliere (v., per tutti, P. BIAVATI, *Diritto processuale dell'Unione Europea*, 3a ed., cit., 155-157). Si tratta di un atto che, secondo le categorie proprie del diritto interno, sembra infatti piuttosto assimilabile alla comunicazione degli atti processuali compiuta, in omaggio alla regola generale dell'art. 136 c.p.c., dal cancelliere in forza di un obbligo di legge o a seguito di un ordine del giudice ed avente ad oggetto atti o fatti che si sono verificati nel corso del giudizio rilevanti per il destinatario. Diversamente, la notificazione, sebbene accomunata alla comunicazione nella funzione di trasmettere un atto al fine di portarlo a conoscenza dei soggetti interessati, si differenzia dalla medesima nella struttura, in quanto ad essa è sottesa l'attività di intermediazione necessaria tra la parte che richiede la notifica ed il suo destinatario, attività di regola compiuta da un soggetto terzo come l'ufficiale giudiziario nell'esercizio di un proprio autonomo potere di carattere pubblico. In argomento cfr., per tutti, C. PUNZI, *La notificazione nel processo civile*, Milano, 1956, *passim*; ID., *Comunicazione*, in Enc. dir., VIII, Milano, 1961, 208; ID., *Delle comunicazioni e delle notificazioni*, in *Commentario del Codice di procedura civile* diretto da E. ALLORIO, I, Torino, 1973, 1438 ss; S. LA CHINA, *Comunicazione (dir. proc. civ.)*, in Enc. giur. Treccani, Roma, 1988, 2 ss; LANCELLOTTI, voce *Comunicazione (dir. proc. civ.)*, in *Noviss. dig. it.*, III, Torino, 1959, 846 ss. Occorre infine evidenziare che, opportunamente, anche nel sistema processuale italiano sono state introdotte norme, già note all'esperienza del processo comunitario (cfr. ancora una volta P. BIAVATI, *Diritto processuale dell'Unione Europea*, cit., 156), che consentono, sebbene nel rispetto di alcune regole tecniche la cui portata non è ancora del tutto chiara agli interpreti, che sia le notificazioni che le comunicazioni degli atti processuali siano compiute attraverso strumenti telematici. Per una sintesi delle relative questioni v., anche con riguardo alle più recenti riforme normative che hanno interessato il sistema italiano, M.C. GIORGETTI, *Le nuove norme sulle comunicazioni e notificazioni*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, 712 ss.

⁸⁰⁶ E ciò in omaggio al fondamentale principio del contraddittorio (così B. PASTOR – E. GINDERHACTER, *La procédure en référé*, cit., 581).

⁸⁰⁷ Per un'efficace sintesi v. H.G. SCHERMERS – D.F. WAELBROECK, *Judicial Protection in the European Union*, 6a ed., cit., 705.

⁸⁰⁸ L'udienza è di regola pubblica ma rientra nella discrezionalità del giudice della cautela disporre che la stessa si svolga, invece, in camera di consiglio (CGCE, ord. 31 luglio 1989, *S. c. Commissione*, C-206/89, in *Racc.*, 1989, 2841; CGCE, ord. 19 luglio 1983, *Raznoimport c. Commissione*, C-120/83, in *Racc.*, 1983, 2573).

di interloquire tra loro e con il giudice della cautela onde precisare ancora più compiutamente le rispettive posizioni⁸⁰⁹.

Tuttavia il Presidente potrebbe anche non concedere al convenuto un termine per depositare le proprie osservazioni scritte, in tal modo limitando le difese dello stesso a quelle che possono essere svolte oralmente all'udienza⁸¹⁰. Viceversa, come accade di frequente nel contenzioso del pubblico impiego, il Presidente potrebbe ritenere non necessario lo stesso svolgimento dell'udienza e così decidere sulla base dei meri atti scritti presentati dalle parti⁸¹¹.

Nessuna previsione assicura, quindi, che nel corso del procedimento cautelare sia assicurato il rispetto del fondamentale principio del contraddittorio⁸¹² che, peraltro, è di preminente importanza nella ricostruzione della nozione di giusto processo⁸¹³ ed implica che a ciascuna parte venga attribuita la possibilità di conoscere gli atti dell'altra parte e quella di replicare agli stessi.

Né si ritiene che la particolare natura del procedimento cautelare possa giustificare una limitazione assoluta del principio del contraddittorio⁸¹⁴ che dovrà

⁸⁰⁹ Cfr., tra i molti, J. BOULOUIS – M. DARMON – J.G. HUGLO, *Contentieux communautaire*, 2a ed., cit., 133.

⁸¹⁰ Il giudice potrebbe, inoltre, anche decidere di non convocare il ricorrente all'udienza (così B. PASTOR – E. GINDERHACTER, *La procédure en référé*, cit., 582).

⁸¹¹ Cfr. CGCE, ord. 25 marzo 1999, *Willeme c. Commissione*, C-65/99, in *Racc.*, 1999, 1857, § 47; CGCE, ord. 29 gennaio 1997, *Antonissen c. Consiglio e Commissione*, C-393/96, in *Racc.*, 1996, 1441, §§ 22 – 25; CGCE, ord. 15 marzo 1988, *Maindiaux c. CES*, C-63/88, in *Racc.*, 1988, 1659, secondo le quali l'opportunità di ascoltare o meno le osservazioni delle parti in un procedimento di urgenza rientra nella discrezionalità del giudice. In tal senso, in dottrina, tra i molti, F.G. JACOBS, *Interim Measures in the Law and Practice of the Court of Justice of the European Communities*, cit., 43.

⁸¹² Sul quale v., per tutti, N. PICARDI, "Audiatur et altera pars". *Le matrici storico-culturali del contraddittorio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, 7 ss; ID., *Il principio del contraddittorio*, in *Riv. dir. proc.*, 1998, 673 ss.

⁸¹³ Ovvero, in accordo con un'autorevole concezione ormai divenuta principio generalmente condiviso, è proprio il rispetto del principio del contraddittorio a consentire di distinguere tra procedimento e processo, nel quale soltanto, per l'appunto, un siffatto principio trova applicazione consentendo alle parti di partecipare alla formazione degli atti su di un piede di effettiva parità, in posizioni del tutto simmetriche (così E. FAZZALARI, *Diffusione del processo e compiti della dottrina*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, 861 ss; v. anche N. PICARDI, *Il principio del contraddittorio*, cit., 679).

⁸¹⁴ Sottolinea N. PICARDI, *Il principio del contraddittorio*, cit., 680 – 681, che il contraddittorio non può essere considerato semplicemente un principio generale vigente in alcuni ordinamenti

soltanto esplicitarsi secondo forme coerenti con le finalità del singolo procedimento⁸¹⁵. E' infatti del tutto condivisibile l'orientamento secondo cui il nucleo essenziale del contraddittorio deve essere rispettato anche nei procedimenti di natura cautelare⁸¹⁶, all'interno dei quali, anche se più brevi di quelli del processo di cognizione ordinaria⁸¹⁷, devono essere sempre concessi ad una parte i termini per replicare a quanto affermato dall'altra parte⁸¹⁸.

Occorre inoltre evidenziare che, sempre a discrezionalità del giudice, il ricorso cautelare può essere deciso, in senso favorevole al ricorrente⁸¹⁹, anche

positivi, ma costituisce uno di quei principi di logica del senso comune, volti a facilitare un'interpretazione di equità.

⁸¹⁵ Cfr., tra i molti, J. VUITTON – X. VUITTON, *Les référés*, 2a ed., cit., 166.

⁸¹⁶ Così J. VUITTON – X. VUITTON, *Les référés*, 2a ed., cit., spec. 166 ss, i quali esattamente sottolineano che il principio del contraddittorio rientra tra quelli comuni a qualsivoglia procedimento e, quindi, anche a quelli cautelari. Per una recente applicazione nella prassi francese v. CA Dijon, 29 gennaio 2004, in JCP, G, 2005, II 10137, con nota di URION, secondo la quale il rispetto del principio del contraddittorio si impone, nonostante l'urgenza, anche nei procedimenti cautelari, con la conseguenza che, qualora documenti decisivi che potevano essere comunicati prima alla controparte siano depositati direttamente all'udienza dalla parte interessata, il giudice della cautela non potrà prendere in considerazione simili documenti, in quanto depositati in dispregio del principio della lealtà del dibattito giudiziario (cfr. inoltre, sempre nella giurisprudenza francese, Cons. État, 27 luglio 2001, *Sté Degremont*).

⁸¹⁷ Peraltro sulla necessità che in ogni tipo di procedimento i diritti di azione e di difesa siano concretizzati in termini ragionevoli v. , autorevolmente, N. PICARDI, *Termine "ragionevole" ed opposizione alla sentenza dichiarativa di fallimento*, in *Riv. dir. proc.*, 1974, 444ss; più in generale, sui termini processuali v. ID. *Dei termini*, in *Commentario al codice di procedura civile* a cura di E. ALLORIO, I, 2, Torino, 1973, 1532; ID., *Per una sistemazione dei termini processuali*, in *Jus*, 1963, 2353; N. PICARDI – R. MARTINO, *Termini*, E.G.I., Roma, 1993, 1.

⁸¹⁸ Conforme ad una tale esigenza appare, ad es., il processo cautelare amministrativo francese anche alla luce dell'art. 5 del Codice della giustizia amministrativa, a norma del quale "l'istruttoria dei ricorsi si svolge in accordo con il principio del contraddittorio. Le esigenze del contraddittorio sono adattate a quelle dell'urgenza". Ne deriva che, all'atto della notifica del ricorso cautelare al convenuto, è sempre concesso a quest'ultimo un termine per replicare e, soltanto nell'ipotesi in cui lo stesso non si difenda nei brevi termini previsti, il giudice potrà decidere dell'istanza senza ascoltarlo (così J. VUITTON – X. VUITTON, *Les référés*, 2a ed., cit., 311; cfr. Cons. État, 15 giugno 2001, *Synd. intercom. d'adduction d'eau potable de Saint-Martin-en-Ré*). Né dimentico delle esigenze riconosciute al rispetto del principio del contraddittorio è, nel processo cautelare italiano, il disposto dell'art. 669 *sexies* c.p.c., poiché in linea di principio prima dell'emanazione del provvedimento il giudice sente le parti – di talché, salve fattispecie di carattere eccezionale deve sempre convocare il convenuto – e decide "omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio" (sul punto cfr. A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, 5a ed., cit., spec. 644). Ciò significa, alla stregua di quanto lucidamente evidenziato in dottrina, che il limite principale rispetto all'esercizio dei propri poteri discrezionali è costituito, per il giudice della cautela, dalla realizzazione del contraddittorio (che potrà poi essere previo o differito rispetto alla concessione della misura cautelare, qualora la stessa avvenga secondo il modulo del decreto cautelare: cfr. G. TARZIA – A. SALETTI, *Processo cautelare*, cit., 844).

⁸¹⁹ Depone in tal senso la lettera dell'art. 84, § secondo, del regolamento di procedura dinanzi alla Corte di Giustizia. Tuttavia in qualche occasione attraverso l'ordinanza interlocutoria la procedura è stata definita anche con il rigetto delle pretese del ricorrente (CGCE, ord. 23 dicembre 1982, *Albertini e altri c. Commissione*, C-338/82, in *Racc.*, 1982, 4667). Sembra invece pacifica la

prima che la controparte abbia presentato le proprie osservazioni⁸²⁰. In questo caso è pronunciata un'ordinanza c.d. interlocutoria⁸²¹, la quale non è suscettibile di impugnazione ma può essere successivamente modificata o revocata, anche d'ufficio, dallo stesso giudice che l'ha emanata. Ne deriva che l'unica tutela per la parte resistente sembra essere quella, facendo leva sulla non necessità di dedurre un mutamento delle circostanze per ottenere un tale provvedimento, di presentare istanza di revoca della misura così emanata al giudice della cautela. Non si può comunque sia trascurare, a riguardo, che di solito l'efficacia temporale delle ordinanze interlocutorie è espressamente limitata, già nel momento in cui le stesse vengono emanate, al tempo necessario per una pronuncia sull'istanza cautelare a seguito della rituale considerazione delle osservazioni di tutte le parti in causa e quindi anche del convenuto⁸²². La funzione dell'ordinanza interlocutoria è, pertanto, soprattutto quella di conservare, nei casi di estrema urgenza, una determinata situazione fino a quando interviene la possibilità di decidere a contraddittorio integro⁸²³.

possibilità che con l'ordinanza interlocutoria siano accolte soltanto in parte le istanze del ricorrente in sede cautelare ed, in particolare, siano assunte soltanto le misure di carattere conservativo rese necessarie da un'estrema urgenza nel provvedere (così, tra gli altri, B. PASTOR – E. GINDERHACTER, *La procédure en référé*, cit., 616).

⁸²⁰ E quindi, in accordo con la lettera dei regolamenti di procedura, anche quando sia stato lo stesso Presidente a fissare il termine entro il quale il convenuto aveva la possibilità di presentare le proprie osservazioni.

⁸²¹ Ordinanza che è di norma motivata onde consentire alla controparte di avere contezza del percorso logico seguito dal giudice nel decidere (v. B. PASTOR – E. GINDERHACTER, *La procédure en référé*, cit., 616).

⁸²² Così, tra le altre, CGCE, ord. 18 settembre 1986, *Groupe des droites européennes e a. c. Parlamento europeo*, C-221/86, in *Racc.*, 1986, 2579; CGCE, ord. 24 settembre 1986, *Grecia c. Commissione*, C-214/86, in *Racc.*, 1986, 2505; CGCE, ord. 22 ottobre 1982, *De Compte c. Parlamento europeo*, C-293/82, in *Racc.*, 1982, 4001; CGCE, ord. 6 ottobre 1982, *Ford c. Commissione*, C-229/82, in *Racc.*, 1982, 2849.

⁸²³ In una tale direzione R. JOLIET, *Protection juridictionnelle provisoire et droit communautaire*, cit., 258, evidenzia che di solito l'ordinanza interlocutoria ordina all'istituzione comunitaria convenuta di astenersi dall'assumere qualsivoglia misura di esecuzione dell'atto impugnato, allo scopo di preservare l'effetto utile dell'eventuale decisione di annullamento dello stesso. Cfr. CGCE, ord. 18 settembre 1986, *Groupe des droites européennes e a. c. Commissione*, cit., nella quale l'emanazione di un'ordinanza interlocutoria prima ancora che l'istituzione convenuta potesse presentare le proprie osservazioni è stata giustificata dalla circostanza che appena dopo il deposito del ricorso cautelare il Parlamento europeo aveva già iniziato a ripartire tra i gruppi parlamentari i crediti pure contestati: la misura cautelare era quindi costituita dall'ingiunzione

Nelle ipotesi in cui il convenuto possa presentare le proprie osservazioni, in forma scritta o orale, prima della decisione sull'istanza cautelare, potrebbe sorgere per il ricorrente non soltanto la naturale esigenza di replicare a siffatte difese ma anche quella di modificare o precisare la domanda originariamente proposta. In ordine alla possibilità ed ai limiti di un'*emendatio libelli* in sede cautelare l'unica pronuncia che appare rilevante, resa dal Tribunale di primo grado, ha affermato che deve essere rigettata la domanda cautelare qualora, nel corso della procedura, la stessa muti nel senso di un allargamento della portata del provvedimento inizialmente richiesto⁸²⁴.

3. L'intervento dei terzi

Nel processo comunitario l'intervento dei terzi nelle azioni c.d. dirette è soggetto ad una disciplina differente, a seconda che si tratti di un intervento spiegato dagli Stati membri o dalle istituzioni europee ovvero da persone fisiche o giuridiche "private": la disposizione di riferimento è costituita dall'art. 37 dello Statuto della Corte di Giustizia⁸²⁵.

Più in particolare, l'intervento degli Stati membri e delle istituzioni interessate può avvenire, in virtù del primo § della suddetta previsione, di diritto e, quindi, anche in assenza di uno specifico interesse a partecipare alla procedura.

all'istituzione ad assumere tutti i provvedimenti necessari affinché i gruppi non utilizzassero le somme che erano state ad essi versate. Si segnala inoltre, sempre in giurisprudenza, CGCE, ord. 22 novembre 1982, *De Compte c. Parlamento*, C-293/82, in *Racc.*, 1982, 4001: in questo caso il Presidente ha accolto un ricorso avente ad oggetto la sospensione cautelare dell'efficacia di un provvedimento disciplinare emanato dal Parlamento europeo nei confronti di un agente della Comunità poiché era imminente la riunione del Consiglio di disciplina che avrebbe dovuto decidere della questione. Peraltro, nel momento stesso in cui è stata pronunciata la suddetta ordinanza interlocutoria, il Presidente ha anche dato disposizioni in ordine alla prosecuzione del procedimento, in modo da poter fissare, ai fini di un'eventuale modifica o revoca dell'ordinanza interlocutoria, un termine per la presentazione delle proprie osservazioni in forma scritta.

⁸²⁴ CGCE, ord. 15 marzo 1995, *Cantine dei colli Berici c. Commissione*, T-6/95, in *Racc.*, 1995, II-647, § 30.

⁸²⁵ In dottrina, tra gli altri, L. WEITZEL, *Demander le sursis à exécution ou d'autres mesures provisoires*, cit., 140.

Diversamente, i singoli dovranno dimostrare, in accordo con il capoverso dello stesso art. 37 dello Statuto della Corte, di avere uno specifico interesse alla risoluzione della controversia: si ritiene che lo stesso possa considerarsi sussistente esclusivamente qualora il terzo vanti, rispetto alla risoluzione della controversia, un interesse giuridicamente rilevante⁸²⁶, personale ed attuale⁸²⁷. Tuttavia gli individui non possono comunque intervenire nei giudizi contro gli Stati membri, tra le istituzioni e la Comunità europea, tra gli Stati membri e le istituzioni comunitarie.

Tali regole trovano applicazione anche nell'intervento nei procedimenti cautelari, ritenuto invero ammissibile da una risalente giurisprudenza⁸²⁸. Peraltro, in concreto, la possibilità di un intervento all'interno degli stessi potrebbe essere estremamente difficile dal momento che, nel breve periodo di tempo che va dal deposito del ricorso al termine concesso alla controparte per depositare le proprie

⁸²⁶ Cfr. R. VACCARELLA, *Lezioni sul processo civile di cognizione, cit.*, spec. 162 ss, che l'interesse che giustifica l'intervento adesivo dipendente – che è l'unica forma di intervento che appare consentita nel processo comunitario in virtù dell'art. 40 dello Statuto della Corte di Giustizia (v. Cap. I, § 2.1.1.) – non può essere di qualunque tipo (per es. affettivo) ma di carattere giuridico e deve essere ravvisato nell'interesse del titolare di una situazione giuridica sotto il profilo sostanziale dipendente da quella della parte adiuvata affinché quest'ultima si difenda al meglio nel corso del processo al fine di evitare una soccombenza che comprometterebbe automaticamente anche la posizione giuridica dipendente del terzo.

⁸²⁷ Secondo la giurisprudenza si deve infatti trattare di un interesse diretto, concreto e giuridicamente rilevante all'accoglimento delle conclusioni di una delle parti. E' stato così ritenuto inammissibile l'intervento di un soggetto semplicemente favorevole all'accoglimento della tesi in diritto prospettata da una delle parti (CGCE, ord. 12 aprile 1978, *Amylum c. Consiglio*, C-116/77, in *Racc.*, 1978, 893 ss) ovvero l'interesse indiretto, cioè quello che gli interventori vantano in situazioni analoghe (CGCE, ord. 14 febbraio 1996, *Commissione c. Ntn Corporation e Koyo Seiko*, C-245/95, in *Racc.*, 1996, 553 ss; TPI, ord. 10 ottobre 1994, *Candiotte c. Consiglio*, T-108/94, in *Racc.*, 1994, II-249). Cfr. M. BERRI, *L'intervento nel processo davanti alla Corte di Giustizia delle Comunità europee*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1964, 682 ss, spec. 691-692, il quale sottolinea la cautela della Corte di Giustizia, sin dalle prime pronunce, a ritenere sussistente nei casi concreti l'interesse alla soluzione della lite che rende possibile l'intervento dei soggetti terzi privati nel processo comunitario; G. VANDERSANDEN, *Le recours en intervention devant la Cour de justice des Communautés européennes*, in *Rev. trim. dr. eur.*, 1969, 1 ss, spec. 17 (*contra* DE RICHEMONT, *La Cour de Justice*, Paris, 1954, 212).

⁸²⁸ In diverse occasioni è stata infatti riconosciuta la possibilità di un intervento di terzi, anche persone fisiche o giuridiche, nel processo cautelare comunitario: v., tra le altre, CGCE, ord. 21 marzo 1997, *Paesi Bassi c. Consiglio*, C-110/97, in *Racc.*, 1997, 1795; CGCE, ord. 14 ottobre 1977, *NTN Tokyo c. Consiglio*, C-113/77, in *Racc.*, 1977, 1721; CGCE, ord. 22 ottobre 1975, *National Carbonising c. Commissione*, C-109/75, in *Racc.*, 1975, 1193; TPI, ord. 7 luglio 1998, *Van den Bergh Foods Ltd c. Commissione*, C-6/98, in *Racc.*, 1998, II-2641 ss; TPI, ord. 10 marzo 1995, *Atlantic Container e a. c. Commissione*, in *Racc.*, 1995, II-595. In dottrina cfr., tra i molti, L. WEITZEL, *Demandeur à l'exécution ou d'autres mesures provisoires, cit.*, 139.

osservazioni, è probabile che il terzo neppure venga a conoscenza della pendenza del giudizio cautelare⁸²⁹. Un tale problema ovviamente non si pone nelle ipotesi in cui il terzo sia già intervenuto nel procedimento principale poiché, essendo ormai parte dello stesso, gli dovrà essere notificato il ricorso cautelare⁸³⁰. Si ritiene, inoltre, che colui che sia già intervenuto nel giudizio principale non abbia l'onere, sebbene sia un singolo, di dimostrare il proprio interesse a prendere parte al procedimento cautelare, in accordo con la regola generale sancita dall'art. 37, § secondo, dello Statuto della Corte di Giustizia⁸³¹.

Anche per quanto attiene alla procedura relativa all'ammissione dell'intervento sussistono, alla luce degli orientamenti giurisprudenziali, disparità di trattamento a seconda che l'istanza sia presentata da un intervenore "privilegiato" ovvero da persone fisiche o giuridiche. Nel primo caso, anche se non mancano eccezioni⁸³², la prassi è quella di emanare un'ordinanza *ad hoc*⁸³³. Diversamente, qualora a voler intervenire sia un singolo, la relativa decisione sarà di solito contenuta nella pronuncia che decide sull'istanza cautelare⁸³⁴: ne deriva che in tale ipotesi non soltanto il terzo dovrà chiedere l'autorizzazione ad

⁸²⁹ Così B. PASTOR – E. GINDERHACTER, *La procédure en référé*, cit., 584; L. WEITZEL, *Demander à l'exécution ou d'autres mesures provisoires*, cit., 140.

⁸³⁰ Cfr. B. PASTOR – E. GINDERHACTER, *La procédure en référé*, cit., 584.

⁸³¹ C. MORVIDUCCI, *Le misure cautelari nel processo comunitario*, cit., 109. Non è invece pacifica in dottrina la soluzione della questione speculare, la quale può sintetizzarsi nel seguente interrogativo: il singolo ammesso ad intervenire nel procedimento cautelare potrà far valere per ciò solo di avere diritto ad intervenire anche nel giudizio principale? Secondo un primo, più restrittivo orientamento, che appare avallato in sede pretoria (CGCE, ord. 23 ottobre 1974, *Nederlandse Vereniging voor Fruit c. Commissione*, C-71/74, in *Racc.*, 1974, 1095), la risposta dovrebbe essere negativa (cfr. G. VANDERSANDEN – A. BARAV, *Contentieux communautaire*, cit., 482). Si è osservato, in senso diverso e seguendo un approccio maggiormente pragmatico, che se un soggetto è riuscito a dimostrare la sussistenza di un proprio interesse ad intervenire in un procedimento cautelare, *a fortiori* sussisterà un interesse dello stesso alla risoluzione in una direzione piuttosto che nell'altra del giudizio di merito (così B. PASTOR – E. GINDERHACTER, *La procédure en référé*, cit., 586).

⁸³² V., ad es., CGCE, ord. 7 luglio 1985, *Commissione c. Italia*, C-154/85, in *Racc.*, 1985, 1753.

⁸³³ In tal senso v. CGCE, ord. 27 gennaio 1988, *Distrivet c. Consiglio*, cit.; CGCE, ord. 9 aprile 1987, *Technointorg c. Consiglio*, C-77/87, in *Racc.*, 1987, 1793; CGCE, ord. 18 ottobre 1985, *Brother Industries c. Consiglio*, C-250/85, in *Racc.*, 1985, 3549.

⁸³⁴ Sebbene anche in questo caso si rinvengano nella prassi alcune eccezioni, ricollegabili alla latissima discrezionalità del Presidente nella conduzione del procedimento cautelare: cfr., ad es., CGCE, ord. 18 ottobre 1985, *Silver Seiko c. Consiglio*, C-273/85, in *Racc.*, 1985, 3475, § 6.

intervenire evidenziando il proprio interesse alla risoluzione del giudizio cautelare, ma al contempo dovrà rispettare le prescrizioni in tema di forma e di contenuto del ricorso introduttivo già applicabili alle parti in causa⁸³⁵. Sempre nelle ipotesi in cui a chiedere di intervenire siano singole persone fisiche o giuridiche, la relativa istanza dovrà essere notificata alle parti del procedimento cautelare che così potranno presentare le proprie osservazioni sul punto⁸³⁶.

5. L'istruttoria

Nei giudizi cautelari l'istruttoria, stante il carattere sommario della cognizione cautelare, si svolge secondo regole peculiari rispetto a quelle che dominano la stessa nei processi dichiarativi, volte a consentire una celere definizione dell'istanza cautelare coerente con l'esigenza di prevenire un imminente pericolo di danno che giustifica la proposizione di un ricorso cautelare⁸³⁷.

Ciò premesso in termini generali ed andando a considerare la disciplina positiva dettata per l'istruttoria cautelare nel processo comunitario, si può senz'altro evidenziare che la stessa è estremamente scarna: l'art. 84, § secondo, del regolamento di procedura dinanzi alla Corte di Giustizia e l'art. 105, § secondo, del regolamento di procedura del Tribunale di primo grado, si limitano infatti a stabilire che il Presidente decide se sia il caso di disporre un'istruttoria.

⁸³⁵ Così, tra gli altri, C. MORVIDUCCI, *Le misure cautelari nel processo comunitario*, cit., 111. L'istanza di intervento potrà tuttavia essere anch'essa depositata tramite l'invio di un fax o in via telematica (H.G. SCHERMERS – D.F. WAELBROECK, *Judicial Protection in the European Union*, 6a ed., cit., 705; J.A. USHER, *Presenting a Case before the European Union*, in *Eur. Law review*, 1976, 110).

⁸³⁶ Su tali questioni v. ancora una volta B. PASTOR – E. GINDERHACTER, *La procédure en référé*, cit., 584 - 585.

⁸³⁷ Sottolinea una tale esigenza, anche prevalente nel caso dei procedimenti cautelari rispetto a quella di fare giustizia, L. MONTESANO, *Strumentalità e superficialità della cognizione cautelare*, cit., 316.

Dalla formulazione di tali disposizioni può desumersi, pertanto, che la scelta sia in ordine all'*an* che al *quomodo* dell'istruttoria è essenzialmente lasciata alla discrezionalità del giudice della cautela⁸³⁸, della sussistenza dei poteri inquisitori del quale non può, pertanto, seriamente dubitarsi⁸³⁹.

Occorre poi evidenziare che nessuna precisazione viene compiuta in sede normativa quanto ai mezzi di prova dei quali il giudice potrebbe eventualmente disporre l'assunzione nel giudizio cautelare. Il silenzio serbato sul punto dal legislatore comunitario è stato interpretato dalla maggior parte della dottrina quale implicitamente rinviate ai mezzi di prova "tipici" del processo comunitario che sono, secondo le regole generali enunciate dall'art. 45 del regolamento di procedura della Corte e dall'art. 65 del regolamento di procedura dinanzi al Tribunale di primo grado⁸⁴⁰, la comparizione delle parti, la richiesta di informazioni, la produzione di documenti, la prova testimoniale, la perizia ed il sopralluogo⁸⁴¹.

⁸³⁸ Cfr. R. MARENGO, *La discrezionalità del giudice civile*, cit., 237 ss.

⁸³⁹ Una tale conclusione è indotta dalle richiamate disposizioni dei regolamenti di procedura che costituiscono il laconico diritto positivo comunitario in tema di istruttoria cautelare: ciò non vuol dire che la stessa sia anche la soluzione preferibile in assoluto. Riteniamo, infatti, che nessuna ragione ontologica osti all'applicabilità anche ai procedimenti cautelari del principio generale, nell'ambito dei giudizi civili, della disponibilità delle prove per le parti, cui consegue che, salve talune eccezioni, il giudice non possa disporre l'assunzione di prove diverse da quelle richieste dalle stesse e soprattutto che, al di là di quanto possa desumersi dalle norme vigenti per il procedimento cautelare comunitario, che l'attività istruttoria del giudice non possa andare oltre le allegazioni delle parti. Questa soluzione è fatta propria, ex art. 669-*sexies*, primo co., c.p.c., con riguardo all'istruttoria nel processo cautelare italiano, da una dottrina minoritaria sebbene autorevole, la quale ritiene, a nostro modesto parere ragionevolmente, che autentici poteri di impulso *ex officio* sussistano in capo al giudice della cautela esclusivamente nelle ipotesi in cui il rilascio della misura debba avvenire *inaudita altera parte* (in tal senso v. L. SALVANESCHI, *La domanda e il procedimento*, in *Il processo cautelare*, 2a ed., a cura di G. TARZIA, cit., spec. 307 – 308; L. LOMBARDO, *Natura e caratteri dell'istruzione probatoria nel processo cautelare*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, 464 ss, spec. 487; i quali sottolineano, tra l'altro, che la deroga all'operare del principio dispositivo potrebbe giustificarsi soltanto in presenza di una disposizione normativa *ad hoc*; *contra*, tra gli altri, A. PROTO PISANI, *La nuova disciplina dei procedimenti cautelari in generale*, cit., 67; S. RECCHIONI, *Il processo cautelare uniforme*, cit., 468; F. TOMMASEO, *Commento alla legge 23 novembre 1990 n. 353*, in *Corr. Giur.*, 2001, 100).

⁸⁴⁰ Applicabili anche nell'istruttoria del processo cautelare comunitario: cfr., per tutti, P. BIAVATI, *Accertamento dei fatti e tecniche probatorie nel processo comunitario*, Milano, 1992, 244 ss, spec. 246.

⁸⁴¹ Naturalmente il giudice della cautela è competente a decidere circa la necessità e le modalità dell'istruttoria necessaria per la definizione del procedimento dinanzi a sé, mentre non è competente in ordine alle misure istruttorie che riguardano la procedura principale (cfr., tra le altre,

Peraltro, la stessa dottrina, a seguito dell'esame della casistica concreta, non ha potuto omettere di evidenziare una tendenza a non ammettere in sede cautelare l'assunzione di prove c.d. costituende⁸⁴², posto che i tempi all'uopo necessari potrebbero frustrare le esigenze di celerità coesenziali alla tutela cautelare⁸⁴³. Ne deriva che, nelle rare ipotesi in cui viene disposta⁸⁴⁴, l'istruttoria cautelare è eminentemente documentale⁸⁴⁵.

In realtà riteniamo, diversamente dai fautori della tesi maggioritaria ora richiamata, che il silenzio serbato dal legislatore comunitario in ordine ai mezzi di prova che possono essere assunti nell'istruttoria cautelare non debba essere interpretato alla stregua di un rinvio ai mezzi di prova "tipici" disciplinati dai regolamenti di procedura. Crediamo, infatti, che la cognizione sommaria che caratterizza i procedimenti cautelari e l'ampia discrezionalità del giudice consentano anche l'assunzione di mezzi di prova differenti rispetto a quelli tipici

CGCE, ord. 14 febbraio 1990, *Extramet Industrie c. Consiglio*, C-358/89, in *Racc.*, 1989, 431, § 26; CGCE, ord. 20 febbraio 1987, *Epicheiriseon Metalleftikon c. Consiglio e Commissione*, C-121/86, in *Racc.*, 1987, 833).

⁸⁴² Così anche P. BIAVATI, *Diritto processuale dell'Unione Europea*, 3a ed., cit., 300, il quale sottolinea che la struttura del procedimento cautelare implica che la parte interessata fornisca al giudice elementi di convincimento immediati, di talché è quasi impossibile che l'istruttoria sia articolata nell'assunzione di mezzi di prova costituendi. Di conseguenza, sempre secondo P. BIAVATI, *Accertamento dei fatti e tecniche probatorie nel processo comunitario*, cit., 246, il Presidente, al fine di decidere in ordine all'ammissione di una prova costituenda dovrà svolgere, nel processo cautelare comunitario, due distinte valutazioni, i.e. un sindacato in ordine alla rilevanza della prova richiesta per la soluzione della controversia ed una valutazione di compatibilità della prova costituenda con la natura sommaria del procedimento cautelare.

⁸⁴³ In particolare G. WIEDERKEHR, *L'accélération des procédures et les mesures provisoires*, cit., 454 ss, pone in evidenza la necessità che l'istruttoria cautelare sia compiuta in tempi brevi, al fine di evitare che sia proprio l'istanza cautelare, paradossalmente, a determinare un allungamento dei tempi necessari alla decisione del ricorso principale; in arg. v. anche L.P. COMOGLIO, *Il principio di economia processuale*, I, Padova, 1980.

⁸⁴⁴ Così, tra gli altri, C. IANNONE, *Commento all'art. 242*, cit., 1151; F.G. JACOBS, *Interim Measures in the Law and Practice of the Court of Justice of the European Communities*, cit., 43.

⁸⁴⁵ Per un es. di una fattispecie nella quale è stata riconosciuta alla parte interessata la possibilità di produrre documenti scritti v. CGCE, ord. 14 febbraio 1990, *Extramet Industrie c. Consiglio*, C-358/89, in *Racc.*, 1990, 431; TPI, ord. 30 giugno 1999, *Pfizer Animal Health c. Consiglio*, T-13/99, in *Racc.*, 1999, II-1961.V. anche, tuttavia, per un caso di nomina di un perito CGCE, ord. 28 aprile 1982, *Commissione c. CO.DE.MI.*, cit., nonché, per una fattispecie nella quale è stata riconosciuta la possibilità di richiedere informazioni a terzi, TPI, ord. 7 maggio 2002, *Aden e a. c. Consiglio e Commissione*, T-306/01, in *Racc.*, 2002, II-2387.

secondo il modello di un'istruttoria c.d. deformalizzata⁸⁴⁶, la quale, come si è efficacemente evidenziato⁸⁴⁷, si realizza proprio quando il giudice può assumere in modo tipico mezzi probatori atipici⁸⁴⁸ e, viceversa, assumere atipicamente mezzi di prova tipici⁸⁴⁹.

La valutazione in ordine alla concreta efficacia probatoria delle prove assunte è rimessa, comunque sia, al prudente apprezzamento del giudice della cautela, il quale è vincolato esclusivamente ai principi generali del diritto nonché al rispetto delle disposizioni processuali in tema di onere e produzione della prova⁸⁵⁰.

Ciò posto, non si possono sottacere alcune perplessità rispetto all'assetto complessivo dell'istruttoria cautelare nel processo comunitario. Più in particolare, riteniamo opportuno concentrare l'attenzione su due profili che ci appaiono maggiormente critici: in primo luogo sembra negato *in limine* il diritto alla prova del ricorrente cautelare⁸⁵¹ ed, inoltre, l'applicazione rigorosa del principio

⁸⁴⁶ Anche negli ordinamenti giuridici nazionali, del resto, la sommarietà che caratterizza la cognizione cautelare comporta che l'istruttoria cautelare si svolga secondo regole diverse e più agili rispetto a quelle che connotano l'istruttoria nel giudizio di merito. Non è inusuale, pertanto, che l'istruttoria cautelare sia dominata dai poteri del giudice e segua schemi c.d. deformalizzati. Così nel sistema francese è ricorrente la massima in virtù della quale il giudice della cautela ha il potere di disporre ogni misura istruttoria che ritenga opportuna (v. Cour de Cass., Pr. Ch. Civ., 30 giugno 1993; Cour de Cass., Pr. Ch. Civ., 14 maggio 1985; Cour de Cass., Trois. Ch. Civ., 29 giugno 1979; cfr. in dottrina J. VUITTON – X. VUITTON, *Les référés*, 2a ed., cit., 163).

⁸⁴⁷ F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, IV, 3a ed., cit., 169.

⁸⁴⁸ Così anche A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, 5a ed., cit., 646.

⁸⁴⁹ In argomento v. anche C. CECHELLA, *Cognizione ordinaria e cognizione sommaria in relazione al principio di tipicità delle prove e alla regola finale di giudizio*, in *Giust. Civ.*, 1988, 226, il quale evidenzia che, all'interno della cognizione sommaria, il giudizio si potrà fondare su mezzi di prova che di per sé non hanno alcuna efficacia probatoria ove una siffatta possibilità sia prevista dal legislatore (ad es. al giudice può essere consentito disporre la prova per testi anche senza la previa formulazione di capitoli) e, più radicalmente, che la decisione finale potrà fondarsi anche su una semiplena probatio.

⁸⁵⁰ CGCE, ord. 25 giugno 1998, *Governo delle Antille olandesi c. Consiglio*, C-159/98, in *Racc.*, 1998, 4147 ss., § 68. In argomento, in dottrina, v. C. MORVIDUCCI, *Le misure cautelari nel processo comunitario*, cit., spec. 106 ss.

⁸⁵¹ Il diritto alla prova è il diritto delle parti di influire sull'accertamento giudiziale dei fatti mediante tutte le prove rilevanti, dirette e contrarie, delle quali dispongono (così M. TARUFFO, *Il diritto alla prova nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, 74 ss., spec. 104). In argomento, in dottrina, v., tra gli altri, AA.VV., *Effektiver Rechtsschutz und verfassungsmässige Ordnung*, Bielefeld, 1983; CAPPELLETTI – VIGORITI, *I diritti costituzionali delle parti nel processo civile italiano*, in *Riv. dir. proc.*, 1971, 637 ss.; L.P. COMOGLIO, *La garanzia costituzionale dell'azione e il processo civile*, Padova, 1970, spec. 148 ss.; N. TROCKER, *Processo civile e*

dell'onere della prova nel sistema comunitario fa emergere una disparità di trattamento tra parti private ed istituzionali nell'ambito del processo che, nella fattispecie considerata, non viene bilanciata dall'esercizio in chiave funzionale al rispetto del principio della parità delle armi tra le parti dal giudice della cautela.

Con riguardo al primo profilo, abbiamo già evidenziato che, stante l'art. 84 del regolamento di procedura della Corte di Giustizia, il giudice della cautela è sostanzialmente arbitro in ordine alla necessità dello svolgimento di un'istruttoria: ci sembra allora che, *a fortiori*, lo stesso potrà decidere di non ammettere – anche attraverso un provvedimento non motivato - prove richieste dalla parte interessata. Questa assoluta discrezionalità del giudice induce a ritenere che, nonostante la parte dimostri la rilevanza del mezzo di prova del quale domanda l'ammissione, la stessa abbia una mera speranza e non, come sarebbe auspicabile, anche in accordo con la giurisprudenza comunitaria⁸⁵², un diritto di provare⁸⁵³. Ciò comporta, inoltre, il rischio, concreto e non secondario nella prospettiva di un'effettiva tutela

Costituzione, Milano, 1974, 513 ss; *contra* B. CAVALLONE, *Critica alla teoria delle prove atipiche*, in *Il giudice e la prova nel processo civile*, Padova, 1991, 335 ss; ID., *Oralità e disciplina delle prove nel processo civile*, *ivi*, 464 ss; G. VERDE, *La prova nel processo civile (profili di teoria generale)*, in *Riv. dir. proc.*, 1998, 2 ss; C. VOCINO, *Ma la colpa è di Voltaire*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1976, 668 ss, spec. 673 nonché, con riguardo agli altri ordinamenti nazionali europei nei quali pure il diritto alla prova sembra aver trovato ampio riconoscimento, v. PICO' I JUNOY, *El derecho a la prueba en el proceso civil*, Barcelona, 1996; WALTER, *Freie Beweiswürdigung*, Tübingen, 1979, 302 ss. Quanto alla possibilità di estendere la garanzia del diritto alla prova, prevista espressamente dall'art. 6, n. 3, lett. d), CEDU, per l'imputato nel processo penale, anche al processo civile, v. MIEHSLER-VOGLER, *Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention*, Köln, 1986; VELU, *La Convention Européenne des Droits de l'Homme et les Garanties Fondamentales des Parties dans le Procès Civil*, in *Fondamentale Guarantees of the Parties in Civil Litigation* a cura di CAPPELLETTI – TALLON, Milano – New York, 1973, 326 ss.

⁸⁵² Nella giurisprudenza comunitaria sembra suffragare il diritto alla prova CGCE, 9 novembre 1983, *Ministero Finanze c. San Giorgio*, C-199/82, in *Foro it.*, 1984, IV, c. 297 ss, con nota di DANIELE ed in GC, 1984, I, 3 ss, con nota di SCARPA, per la quale è incompatibile col diritto comunitario un regime nazionale che stabilisca presunzioni o criteri probatori che tendono a porre a carico del contribuente l'onere di dimostrare che i tributi indebitamente pagati non sono stati trasferiti su altri soggetti ovvero che limiti la forma della prova da fornire con l'esclusione di qualsiasi mezzo non documentale.

⁸⁵³ Su tali questioni v. E.F. RICCI, *Su alcuni aspetti problematici del "diritto alla prova"*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, 159 ss, spec. 160-161; M. TARUFFO, *Il diritto alla prova*, *cit.*, 78; ID., *Studi sulla rilevanza della prova*, Padova, 1970, i quali ritengono che una corretta attuazione del diritto alla prova implichi che sia consentito a ciascuna parte addurre le prove utili alla dimostrazione dei fatti rilevanti per la decisione, di talché è la rilevanza della prova a definire l'oggetto del diritto alla prova.

dei diritti processuali delle parti, di trattamenti difformi in situazioni analoghe, in violazione del principio di uguaglianza⁸⁵⁴.

Sotto il secondo profilo è necessario ricordare che, sebbene l'istruttoria nel processo cautelare comunitario sia dominata e nell'*an* e nel *modus* dal giudice, è stata costantemente ribadita la vigenza, anche all'interno dello stesso, della regola aurea sul riparto dell'onere della prova, in omaggio alla quale spetta al ricorrente dimostrare la sussistenza dei fatti costitutivi alla base della propria pretesa ed al resistente fornire, all'opposto, la prova dell'esistenza di fatti impeditivi, modificativi o estintivi della stessa domanda⁸⁵⁵. La più importante conseguenza sottesa ad un tale regime è la seguente: ciascuna parte sopporta il rischio della mancata prova dei fatti che aveva l'onere di dimostrare. Ne deriva che, nell'ipotesi specificamente oggetto di considerazione in questa sede, *i.e.* quella del ricorrente cautelare, quest'ultimo dovrà provare la sussistenza dei presupposti c.d. di merito per la concessione della tutela richiesta⁸⁵⁶.

Può essere particolarmente difficile fornire, tra questi, la prova del *periculum in mora*⁸⁵⁷ e, quindi, non stupisce che nel processo comunitario la maggior parte delle domande cautelari venga rigettata proprio per omessa dimostrazione dell'esistenza, nella fattispecie concreta, di un imminente pericolo di pregiudizio grave ed irreparabile.

⁸⁵⁴ Cfr. ancora E.F. RICCI, *Su alcuni aspetti problematici del "diritto alla prova"*, cit., 161.

⁸⁵⁵ F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, I, 3a ed., cit., 169. Quanto all'applicabilità di una tale regola, come noto codificata nel diritto positivo italiano dall'art. 2697 c.c., anche al processo cautelare, v. di recente L. LOMBARDO, *Natura e caratteri dell'istruzione probatoria nel processo cautelare*, cit., 487.

⁸⁵⁶ Si è in particolare affermato che il ricorrente deve fornire elementi concreti che consentano al giudice della cautela di apprezzare in modo preciso le conseguenze che si produrrebbero, verosimilmente, qualora non fossero concessi i provvedimenti richiesti (v., di recente, TPI, ord. 10 febbraio 2005, *Eviro Tech Europe et Eviro Tech International c. Commissione*, T-291/04, in *Racc.*, 2005, II-475; TPI, ord. 14 aprile 2000, *Institut des mandataires agréés c. Commissione*, T-144/99, in *Racc.*, 2000, II-2067, §§ 42 – 43).

⁸⁵⁷ Alla luce di quanto premesso, infatti, anche un tale onere spetta in via di principio al ricorrente (cfr. F.G. JACOBS, *Interim Measures in the Law and Practice of the Court of Justice of the European Communities*, cit., 52).

Quanto premesso rende più agevole giustificare le nostre considerazioni critiche sull'istruttoria nel processo cautelare comunitario. Si è invero evidenziato che la stessa, dominata dai poteri officiosi del giudice, è del tutto ispirata al principio inquisitorio, anche in ordine all'*an* del suo svolgimento. In astratto un tale assetto potrebbe non comportare di per sé una violazione del diritto alla prova delle parti, nella misura in cui l'esercizio dei poteri del giudice sia finalizzato ad un più completo accertamento dei fatti, volto precipuamente a riequilibrare, in ipotesi, le posizioni processuali delle parti che non siano *ab origine* equilibrate⁸⁵⁸.

A riguardo non si può trascurare, con più specifico riguardo al processo comunitario, che all'interno dello stesso di frequente le parti non sono nella medesima posizione quanto alla possibilità di provare le proprie pretese: una tale situazione è quindi di per sé potenzialmente in contrasto con il principio della parità delle armi tra le parti secondo il quale, in accordo con la costante giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani in tema di equo processo, che ciascuna parte non sia posta in una posizione di svantaggio rispetto alla controparte, in quanto qualsivoglia squilibrio nella posizione processuale delle parti, anche per quanto attiene agli strumenti per supportare le proprie allegazioni, comporta una violazione del richiamato principio⁸⁵⁹. Nel processo comunitario situazioni di disparità tra le parti nell'accesso alle fonti di prova si verificano

⁸⁵⁸ M. TARUFFO, *Il diritto alla prova nel processo civile*, cit., spec. 90 – 91.

⁸⁵⁹ Cfr., tra le pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo, tutte disponibili all'indirizzo www.echr.coe.int: *Delcourt c. Belgio* del 17 gennaio 1970; *Ankerl c. Svizzera* del 23 ottobre 1996, in JCP, 1997, I, 4000, con osservazioni di F. SUDRE; *Dombo Beher c. Paesi Bassi*, 27 ottobre 1993 anche in *Giur. it.*, 1996, I, 1, 153, con nota di N. TONOLLI. In argomento in dottrina v., per tutti, G. TARZIA, *L'art. 111 Cost. e le garanzie europee del processo civile*, cit., 9 e ss; ID., *Parità delle armi tra le parti e poteri del giudice nel processo civile*, in *Problemi del processo civile di cognizione*, Padova, 1989, 311 ss, il quale, nel delineare la portata dell'ultima tra le pronunce citate, non esita ad affermare che, secondo la Corte di Strasburgo, qualora non sia possibile provare altrimenti, non si può dichiarare inammissibile l'unica prova idonea a dimostrare l'assunto delle parti anche se ciò può condurre all'inosservanza della normativa interna sulle prove; nella dottrina francese, sulla differenza tra principio del contraddittorio e della parità delle armi tra le parti, anche alla luce della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, A. GOUTTENOIRE, *La distinction des principes de l'égalité des armes e du contradictoire*, in *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, 2003, 243.

soprattutto nelle ipotesi in cui le parti in causa siano, da un lato, un privato e, dall'altro, un'istituzione comunitaria. Talvolta, infatti, il ricorrente individuale potrebbe non essere in grado di procurarsi i documenti che sarebbero idonei a dimostrare la sussistenza dei fatti costitutivi alla base della propria istanza⁸⁶⁰, poiché gli stessi sono nella disponibilità esclusiva dell'istituzione convenuta. Pensiamo, ad es., ai procedimenti in materia di violazione delle regole della *fair competition* da parte delle imprese. In questi casi, infatti, già prima dell'inizio del processo davanti ai giudici comunitari, la Commissione svolge un'approfondita indagine sulla questione e, qualora ritenga che sussista in concreto la violazione, conviene in giudizio le imprese che non si siano già conformate alle sue prescrizioni. Tuttavia, giova notare, soltanto la Commissione dispone del complesso della documentazione in base alla quale afferma che sono state violate le norme comunitarie⁸⁶¹. Il che potrebbe anche non compromettere eccessivamente il principio della parità delle armi tra le parti nelle ipotesi in cui, per l'appunto, ad agire sia la stessa Commissione e spetti così ad essa l'onere di dimostrare i fatti costitutivi alla base delle proprie affermazioni. In concreto, tuttavia, nella maggior parte dei casi, in ragione dei poteri cautelari dei quali dispone la stessa Commissione nelle procedure c.d. quasi-giudiziali che si

⁸⁶⁰ Assunto che ci sembra confermato dalla tendenza, all'interno di quella giurisprudenza, invero non copiosa, che si è occupata delle questioni in esame, a non ritenere all'uopo sufficienti documenti che sono, all'opposto, nella disponibilità del ricorrente privato. Si è infatti affermato che non costituiscono documenti idonei a dimostrare il *periculum in mora* connesso all'esecuzione della decisione impugnata e costituito dal pericolo di sopravvivenza dell'impresa ricorrente, le dichiarazioni fiscali e le scritture contabili relative alle importazioni ed attestanti perdite per alcuni esercizi consecutivi. Tali documenti fornirebbero infatti, secondo il Tribunale di primo grado, soltanto una fotografia "statica" dell'impresa che, in assenza di ogni riferimento relativo alla posizione della stessa sul mercato ed in particolare alla possibilità di ottenere credito bancario, sarebbero del tutto insufficienti (v. TPI, ord. 8 ottobre 1996, *Cipeke c. Commissione*, T-84/96, in *Racc.*, 1996, II-1313, §§ 40 – 46).

⁸⁶¹ In argomento v. l'approfondita analisi di M. LEVITT, *Access the file: the Commission's administrative procedures in cases under articles 85 and 86*, in *Common Market Law Review*, 1997, 1413 ss, il quale sottolinea che gran parte della documentazione raccolta dalla Commissione nelle procedure amministrative di accertamento delle violazioni in materia di concorrenza rimane riservata (e questo nell'ipotesi in cui si tratti e di documenti interni dell'istituzione e di quelli che riguardino soggetti terzi).

svolgono dinanzi a sé, a ricorrere al Tribunale è invece l'impresa, al fine ultimo di poter proporre subito dopo una domanda cautelare volta alla sospensione, ai sensi dell'art. 242 del Trattato CE, del provvedimento provvisorio già pronunciato nei propri confronti dalla Commissione. E' evidente che, in una tale situazione, mentre l'istituzione comunitaria convenuta potrebbe difendere le proprie posizioni producendo tutta la documentazione *ad adiuvandum* raccolta, l'impresa ricorrente potrebbe trovarsi in seria difficoltà nel provare i fatti costitutivi della propria domanda. La soluzione più opportuna sarebbe quella individuata dalla medesima giurisprudenza comunitaria per le ipotesi in cui una tale situazione di disparità nell'accesso delle parti alle fonti di prova si ponga nell'ambito dei procedimenti principali: i ricorrenti individuali possono chiedere ed ottenere l'esibizione dei documenti a disposizione della controparte⁸⁶² qualora, da un lato, siano in grado di indicare specificamente quali sono tali documenti e, dall'altro, di enucleare un minimo di elementi che depongano per l'utilità e convenienza degli stessi ai fini della difesa⁸⁶³.

⁸⁶² Più in particolare, la problematica dell'esibizione istruttoria può avere una qualche rilevanza, come si è esattamente evidenziato, soltanto qualora non si abbia una concezione meramente liberale ed individualistica del processo nella quale è il litigante avveduto, a prescindere dalla propria posizione di eventuale svantaggio sostanziale nell'accesso alla fonte di prova, ad avere il dovere di procurarsi e serbare la prova preconstituita. Le questioni relative all'esibizione istruttoria sorgono, infatti, soltanto nelle ipotesi in cui si ritenga, da un lato, che l'istruttoria sia anche strumentale all'accertamento della verità dei fatti controversi e, da un altro, che il diritto alla prova deve essere considerato anche essere funzionale a consentire a tutte le parti, a prescindere dalle loro facoltà personali od economiche, uno strumento per portare a conoscenza del giudice le prove preconstituite necessarie all'accertamento del proprio diritto (così A. GRAZIOSI, *L'esibizione istruttoria nel processo civile italiano*, Milano, 2003, 1 ss, il quale sottolinea che, proprio in virtù della concezione liberale del processo che caratterizzava il codice di procedura civile italiano del 1865, all'interno dello stesso non vi era alcuna disposizione in ordine all'esibizione istruttoria).

⁸⁶³ Così CGCE, 17 dicembre 1998, *Baustahlgewebe GmbH c. Commissione*, cit., §§ 50 ss, ed, ancora più chiaramente, CGCE, 4 marzo 1999, *Ufex e altri c. Commissione*, C-119/97, in *Racc.*, 1999, 1341 ss, nonché in *Recueil Dalloz*, 1999, 613 ss, con nota adesiva di FOURGOUX, la quale ha annullato una decisione del Tribunale di primo grado poiché quest'ultimo, commettendo un *error in procedendo*, aveva rigettato la domanda delle ricorrenti a causa dell'insufficiente prova dei fatti costitutivi alla base nonostante le stesse avessero allegato elementi idonei a far ritenere verosimile l'esistenza di un documento atto a fondare la propria pretesa ma non accessibile alle medesime in quanto nella disponibilità dell'istituzione comunitaria convenuta. Secondo la Corte di Giustizia in questi casi, infatti, l'onere della prova si modifica, di talché, prima di rigettare la domanda del ricorrente, dovrà essere ordinata l'esibizione del documento a disposizione dell'altra parte. In arg. v. le considerazioni di R. BONATTI, *Nuove prospettive sui poteri istruttori del*

Tuttavia crediamo che tale giurisprudenza – la quale sembra suffragare una concezione dell'istruttoria probatoria secondo il sistema dispositivo con metodo acquisitivo⁸⁶⁴ - non trovi applicazione, inopportunamente, anche nei procedimenti cautelari che appaiono invece dominati, sotto ogni profilo, dai poteri discrezionali attribuiti al Presidente. Di talché quest'ultimo potrebbe addirittura negare la necessità dello svolgimento dell'istruttoria o comunque sia non dare corso, nonostante siano presenti le richiamate condizioni, alla richiesta di parte volta all'esibizione di documenti idonei a dimostrare la sussistenza dei presupposti c.d. merito della domanda cautelare ma a disposizione della controparte.

A tali conclusioni riteniamo opportuno pervenire almeno sulla base di due considerazioni. In primo luogo, infatti, il disposto dei regolamenti di procedura appare chiaro nel senso di un'assoluta discrezionalità del Presidente nella valutazione relativa alla necessità di un'istruttoria nel corso del procedimento cautelare, discrezionalità che sarebbe senz'altro contraddetta dall'affermazione in virtù della quale il ricorrente, qualora abbia fornito elementi sufficienti ad individuare il documento rilevante nella disponibilità esclusiva della

giudice comunitario, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, 579 ss, il quale evidenzia che con la sentenza citata la Corte di Giustizia ha espressamente concepito in termini di obbligo e non di facoltà di carattere discrezionale quello del giudice di ordinare l'esibizione dei documenti che siano nella disponibilità dell'istituzione comunitaria convenuta qualora l'altra parte fornisca elementi atti ad individuare con sufficiente precisazione gli stessi ed a sottolinearne la rilevanza in quel determinato giudizio. In senso critico rispetto a sistemi di diritto positivo, come quello italiano, nei quali la parte che si trovi nell'impossibilità di provare non ha un vero e proprio diritto all'esibizione dei documenti a disposizione della controparte, v. M. TARUFFO, *Il diritto alla prova nel processo civile*, cit., 94 ss. Sottolinea a riguardo A. GRAZIOSI, *L'esibizione istruttoria nel processo civile italiano*, cit., 11 ss, che l'esibizione istruttoria può tradursi in un'effettiva garanzia del diritto di agire in giudizio soltanto qualora sia integrata da un efficace strumento di coazione, volto a consentire l'effettiva acquisizione agli atti del processo delle prove delle quali è stata ordinata l'esibizione; sulla situazione negli ordinamenti europei v. A. GRAZIOSI, *Op. loc. cit.*, spec. 221 ss.

⁸⁶⁴ Sistema proprio, non a caso, dei processi amministrativi e fondato non sull'onere della prova, quanto su quello del principio di prova, in virtù del quale il ricorrente deve soltanto prospettare al giudice uno schema attendibile e puntuale di ricostruzione storica e valutazione giuridica dei fatti, in modo da consentire al giudice di acquisire d'ufficio gli elementi probatori indicati dalle parti necessari ai fini della decisione (cfr. L.P. COMOGLIO, *La riforma del processo amministrativo e le garanzie del "giusto processo"*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, 633 ss, ed ivi maggiori riferimenti).

controparte, abbia un vero e proprio diritto all'emanazione dell'ordine di esibizione di quel documento da parte del Presidente.

Non crediamo, inoltre, che la possibilità di impugnare le ordinanze rese in materia cautelare dal Tribunale dinanzi alla Corte di Giustizia per motivi di diritto possa consentire alla parte interessata di far valere, nell'ambito della c.d. *dénaturation* dei mezzi di prova⁸⁶⁵, la violazione dei principi in tema di diritto all'esibizione dei documenti che si trovano nella disponibilità dell'altra parte in ragione della posizione istituzionale della stessa: i caratteri peculiari del procedimento cautelare, ed in particolare l'assoluta discrezionalità del giudice nella disposizione e nella direzione dell'istruttoria, non consentirebbero invero di prospettare alcuna violazione plausibile di norme di diritto.

De jure condendo sarebbe quindi a nostro sommo avviso opportuna una riforma normativa dell'istruttoria nel processo comunitario in generale ed in quello cautelare in particolare, nel senso di prevedere l'intervento dei poteri inquisitori del giudice per riequilibrare, eventualmente, prevedibili disparità nelle posizioni delle parti rispetto all'accesso alle fonti di prova.

Nel processo cautelare comunitario, invece, non è in nessun modo delimitata dalle norme la discrezionalità del giudice della cautela anche, come si accennava, in ordine alla decisione sulla necessità stessa di un'istruttoria. Questo potrebbe comportare, ed in effetti comporta spesso nelle fattispecie concrete, che il rigetto delle istanze cautelari venga a dipendere dalla mancata prova dei fatti costitutivi dell'azione cautelare a causa dell'indisponibilità in capo al ricorrente delle relative fonti di prova⁸⁶⁶.

⁸⁶⁵ Sulla quale v., *infra*, § 8.3.

⁸⁶⁶ Proprio in ordine alla possibile violazione del principio della parità delle armi tra le parti del processo, G. TARZIA, *Parità delle armi tra le parti e poteri del giudice nel processo civile*, cit., 312 ss, pone acutamente in evidenza che la stessa può anche riconnettersi all'utilizzazione da parte del giudice dei propri poteri nella direzione del processo, in modo da alterare l'equilibrio tra le

Alla luce delle considerazioni sinora svolte non si può quindi avallare la tesi, sebbene autorevolmente sostenuta, in omaggio alla quale le caratteristiche dell'istruttoria nel processo cautelare comunitario imporrebbero al ricorrente, fin dal deposito dell'atto introduttivo dello stesso, di depositare i documenti idonei a dimostrare la sussistenza dei fatti costitutivi delle proprie pretese con la conseguenza che, in mancanza, la domanda dovrebbe essere rigettata per mancanza di prova⁸⁶⁷. Non si può infatti subordinare, almeno a nostro sommo avviso, il diritto alla tutela cautelare alla circostanza che il ricorrente possa autonomamente produrre documenti che, soprattutto nel contenzioso tra imprese individuali e Commissione, sono quasi sempre nella disponibilità esclusiva di quest'ultima⁸⁶⁸.

5.1. La conciliazione delle parti

La discrezionalità del giudice della cautela nella conduzione del procedimento può, tuttavia, determinare effetti senz'altro positivi in tutte le ipotesi in cui il Presidente riesca a procurare la conciliazione tra le parti della controversia⁸⁶⁹.

posizioni delle parti. Questa autorevole considerazione ci induce ad affermare che, in una prospettiva esattamente speculare, in tutte le ipotesi in cui sussista in partenza una disparità nelle posizioni delle parti, come nella fattispecie considerata rispetto all'accesso alle fonti di prova, i poteri del giudice devono essere esercitati allo scopo di riportare le stesse in condizioni di sostanziale parità.

⁸⁶⁷ P. BIAVATI, *L'accertamento dei fatti nel processo comunitario*, cit., 252.

⁸⁶⁸ Occorre peraltro tener presente che secondo Corte eu. diritti umani 28 giugno 2001 (anche in Dalloz.2002.Somm.686, con osservazione di FRICERO) l'art. 6 CEDU è inapplicabile al procedimento cautelare nella misura in cui lo stesso, è volto a regolare meramente una situazione temporanea e quindi non all'emanazione di una decisione su diritti o obblighi di carattere civile (in arg. v. S. GUINCHARD – F. FERRAND, *Procédure civile. Droit interne et droit communautaire*, 28a ed., Paris, 2005, 303).

⁸⁶⁹ Cfr. P. PESCATORE, *La juridiction internationale permanente*, cit., 347; L. WEITZEL, *Demander le sursis à l'exécution ou d'autres mesures provisoires*, cit., 170; nonché L. DA CRUZ VILACA, *La procédure en référé comme instrument de protection juridictionnelle des particuliers en droit communautaire*, cit., 297, il quale sottolinea che uno dei principali meriti del procedimento cautelare nel processo comunitario è costituito proprio dall'idoneità dello stesso a costituire un potente strumento volto a favorire l'accordo delle parti nella prospettiva di una conciliazione tra le stesse. Peraltro, quanto alle difficoltà nell'esercizio in concreto della funzione conciliativa da parte dello stesso giudice della controversia v. il pregevole studio di N. PICARDI,

Negli ultimi anni, soprattutto nell'ambito dei procedimenti pendenti dinanzi ai Tribunali di prima istanza, i giudici comunitari hanno sovente svolto un'importante attività tesa alla conciliazione tra le parti della controversia⁸⁷⁰: come anche in alcuni ordinamenti nazionali, una tale tendenza deve essere principalmente ricollegata ad un'esigenza di deflazione del contenzioso giudiziario⁸⁷¹.

La sede funzionalmente deputata anche all'esercizio dei buoni uffici conciliativi del Presidente, in assenza di qualsivoglia disposizione a riguardo nei regolamenti di procedura⁸⁷², è costituita dall'udienza nel corso della quale le parti precisano oralmente le proprie rispettive posizioni e possono dimostrarsi disponibili ad un accordo: in una tale sede, infatti, il Presidente ha la possibilità di invitare le parti a negoziare tra loro ed, altresì, di organizzare a tal fine riunioni informali tra le stesse⁸⁷³.

L'esame della casistica concreta dimostra che anche nelle procedure cautelari sono varie le modalità mediante le quali il Presidente può ottenere il risultato di conciliare le parti in causa.

Innanzitutto l'intermediazione del Presidente è riuscita talvolta nell'ambizioso obiettivo di addivenire ad una conciliazione delle parti all'udienza

Il conciliatore, in *Riv. dir. proc.*, 1984, 1067 ss. In argomento, in dottrina, v. inoltre A. BRIGUGLIO, *Conciliazione giudiziale*, in *D. Civ.*, III, Torino, 1988, 203 ss; R. ROSSI, *Conciliazione giudiziale – 1) diritto processuale civile*, in *E.G.I.*, VII, Roma, 1988, 13 ss.

⁸⁷⁰ Così S. SCHØNBERG – N. STOCKWELL, *Juges, médiateurs ou négociateurs? Le rôle du règlement amiable des conflits au sein des juridictions communautaires*, in *RTDE*, 2003, 39 ss.

⁸⁷¹ Peraltro, con specifico riguardo al processo comunitario, deve evidenziarsi che in virtù del secondo comma dell'art. 77 del regolamento di procedura della Corte e dell'art. 98 del regolamento di procedura del tribunale di prima istanza, non è possibile che le parti della controversia transigano la stessa qualora il ricorso abbia ad oggetto l'annullamento di un atto di un'istituzione comunitaria ovvero un'illegittima carenza della stessa, posti gli interessi di carattere generale e quindi indisponibili dalle parti in lite che vengono in rilievo in simili procedure: ne deriva che il Presidente potrà tentare la conciliazione tra le parti soltanto nei ricorsi cautelari "accessori" alle azioni tendenti a far valere la responsabilità extracontrattuale della Comunità Europea o la violazione del diritto comunitario da parte di uno Stato membro, nonché a fronte dei ricorsi dei pubblici funzionari.

⁸⁷² In senso critico P. PESCATORE, *La jurisdiction internationale permanente*, cit., 347.

⁸⁷³ Così S. SCHØNBERG – N. STOCKWELL, *Juges, médiateurs ou négociateurs? Le rôle du règlement amiable des conflits au sein des juridictions communautaires*, cit., 425.

di audizione dinanzi a sé, con la conseguenza che le stesse hanno successivamente rinunciato sia al giudizio cautelare in corso, sia a quello principale⁸⁷⁴. Qualora ciò non sia avvenuto, nonostante l'impegno assunto dalle parti nel verbale conclusivo dell'udienza di audizione dinanzi al giudice della cautela, quest'ultimo ha affermato, in virtù del carattere giuridicamente vincolante della conciliazione assunta in sede giudiziale, la propria competenza a cancellare direttamente dal ruolo il ricorso cautelare⁸⁷⁵.

Più di frequente, non essendo sufficiente una sola udienza per raggiungere un tale risultato, il giudice della cautela ha invitato le parti a proseguire le trattative in sede stragiudiziale per un determinato periodo di tempo⁸⁷⁶.

Meritano, infine, di essere segnalate anche quelle fattispecie nelle quali, se il risultato raggiunto dalla mediazione del Presidente non è stato quello completamente euristico dell'intervenuto accordo delle parti su tutti i punti controversi, il giudice ha avuto la possibilità di emanare una decisione, anche in considerazione degli interessi coinvolti, tendenzialmente idonea a sintetizzare le posizioni affermate dalle parti in lite⁸⁷⁷ ovvero, pur avendo rigettato la misura cautelare richiesta, ha invitato le parti a domandare che il ricorso principale fosse

⁸⁷⁴ V. provvedimento di radiazione dal ruolo della controversia T-186-99, *Saehan Media Ireland c. Commissione*.

⁸⁷⁵ Cfr. TPI, ord. 12 agosto 1998, *Sabbatucci c. Parlamento*, T-42/98, in *Racc.*, 1998, II-3043, § 30: in una tale pronuncia il Tribunale, interpretando il contenuto dell'accordo raggiunto tra le parti, ha ritenuto che la controversia dovesse essere cancellata dal ruolo, in quanto il Parlamento aveva puntualmente adempiuto alle proprie obbligazioni.

⁸⁷⁶ Così, *ex ceteris*, TPI, ord. 17 febbraio 1995, *Cascades c. Commissione*, T-308/94, in *Racc.*, 1995, II-265; TPI, ord. 26 ottobre 1994, *Transacciones Maritimas c. Commissione*, *cit.*, § 7.

⁸⁷⁷ In argomento v. J.L. DA CRUZ VILACA, *La procédure en référé comme instrument de protection juridictionnelle des particuliers en droit communautaire*, *cit.*, 298 – 299. In tal senso si segnalano in giurisprudenza diverse pronunce: v., tra queste, TPI, ord. 13 luglio 1995, *CIMPOR e SECIL c. Commissione*, T-61 e T-62/95, in *Racc.*, 1995, II-491; TPI, ord. 1° febbraio 1994, *David Alwyn Jones e Mary Bridget Jones e a. c. Consiglio*, T-278/93, in *Racc.*, 1994, p. II-11.

deciso attraverso la procedura accelerata onde evitare il verificarsi, nelle more della pronuncia di merito, di pregiudizi difficilmente riparabili⁸⁷⁸.

Occorre inoltre evidenziare che in alcune occasioni il giudice della cautela non ha esitato a trasformarsi in mediatore nel tentativo di assicurare al ricorrente la tutela provvisoria senza dover emanare ingiunzioni nei confronti delle istituzioni comunitarie⁸⁷⁹. Così, ad es., nell'ordinanza *Connolly* il Presidente del Tribunale si è limitato ad invitare – e non ha quindi ordinato – la Commissione ad assumere i provvedimenti necessari a far cessare da parte di alcuni funzionari le divulgazioni di fatti relativi ad un collega sottoposto ad un procedimento disciplinare⁸⁸⁰. Né appare differente la prospettiva seguita dal Tribunale nella seconda ordinanza relativa al caso *Emesa Sugar*, nella quale è stato avallato, grazie ai buoni uffici del Presidente, il raggiungimento di un accordo in forza del quale la Commissione ha accettato che la società ricorrente potesse esportare i propri prodotti all'interno del territorio comunitario: si è così evitata la sospensione del provvedimento impugnato in sede principale già in sede cautelare ai sensi dell'art. 242 del Trattato CE⁸⁸¹.

Una volta raggiunto l'accordo tra le parti in causa che risulta dal processo verbale ed ha carattere vincolante, il ricorso deve essere cancellato dal ruolo⁸⁸².

⁸⁷⁸ Così L. WEITZEL, *Demander le sursis à l'exécution ou d'autres mesures provisoires*, cit., 170-171; cfr., in giurisprudenza, CGCE, 26 febbraio 1981, *Arbed e a. c. Commissione*, C-20/81, in *Racc.*, 1981, 721, § 24.

⁸⁷⁹ Ordinanze propulsive nei confronti delle istituzioni comunitarie che, alla stregua di quanto si è già avuto modo di sottolineare, sono considerate inammissibili dalla giurisprudenza comunitaria tutte le volte che ciò possa pregiudicare il principio della separazione dei poteri tra giudice ed amministrazione, *i.e.* nelle ipotesi in cui siano attribuiti a quest'ultima poteri di carattere discrezionale (v., più diffusamente, Cap. V, §§ 3 ss). Cfr. F. BERROD, *La systématique des voies de droit communautaires*, cit., 699.

⁸⁸⁰ TPI, ord. 12 dicembre 1995, *Connolly c. Commissione*, T-203/95, in *Racc.*, 1995, II-2929.

⁸⁸¹ CGCE, ord. 17 dicembre 1998, *Emesa Sugar c. Commissione*, C-363 e C-364/98, in *Racc.*, 1998, 8787 ed 8815.

⁸⁸² Ciò si può infatti desumere dall'art. 77 del regolamento di procedura della Corte di Giustizia nonché dall'art. 98 del regolamento di procedura dinanzi al Tribunale di primo grado, in virtù dei quali, se prima della decisione le parti si accordano in ordine alla risoluzione della controversia e ne informano il giudice, quest'ultimo ordina la cancellazione della causa dal ruolo e decide sulle spese.

6. Le pronunce conclusive del procedimento cautelare

I provvedimenti che possono essere pronunciati all'esito del procedimento cautelare nel processo comunitario sono essenzialmente riconducibili a tre tipologie, sebbene, come del resto avviene anche nell'esperienza giuridica di alcuni Stati membri⁸⁸³, sia i testi normativi che la giurisprudenza si limitino ad effettuare una *summa divisio* tra decisioni di rigetto e decisioni di accoglimento della domanda cautelare⁸⁸⁴.

Più in particolare, in primo luogo il giudice adito potrebbe non esaminare nel merito⁸⁸⁵ l'istanza cautelare per l'assenza di un presupposto processuale: è bene ricordare, in proposito, che, in accordo con una giurisprudenza consolidata, il giudice della cautela può rigettare il ricorso cautelare per l'assenza dei presupposti processuali del ricorso principale soltanto se, a fronte dell'eccezione della parte resistente avente ad oggetto la manifesta irricevibilità dello stesso, non sussistano elementi tali da poter condurre, almeno a prima vista, ad una decisione difforme sotto tale profilo⁸⁸⁶. Il giudice adito può, inoltre, chiudere il procedimento cautelare con una decisione di rigetto riconnessa all'assenza di un presupposto processuale proprio dell'azione cautelare⁸⁸⁷.

Riteniamo, peraltro, che le pronunce di rigetto delle istanze cautelari giustificate dall'assenza di un presupposto processuale non ostino alla riproponibilità delle stesse, emendate, qualora possibile, dai vizi processuali che avevano impedito nella fattispecie concreta una trattazione *au fond* della

⁸⁸³ Cfr. gli artt. 669-*septies* e 669-*octies* c.p.c. italiano sul procedimento cautelare uniforme.

⁸⁸⁴ Cfr., tra gli altri, B. PASTOR – E. GINDERHACTER, *La procédure en référé*, cit., 617.

⁸⁸⁵ *Rectius* non valutare la ricorrenza dei presupposti di merito per la concessione delle misure cautelari, ovvero il *fumus boni juris*, l'urgenza ed il bilanciamento degli interessi in causa (v., più diffusamente, Cap. IV).

⁸⁸⁶ In argomento cfr., *amplius*, Cap. I, § 2.2.

⁸⁸⁷ Per un maggiore approfondimento degli aspetti richiamati v., ancora, Cap. I.

medesima. Crediamo, infatti, che al di là delle classificazioni invalse, per le quali simili pronunce sono di rigetto, le stesse debbano ricondursi, piuttosto, al novero delle decisioni di definizione di un giudizio in rito per la carenza di un presupposto processuale⁸⁸⁸.

In proposito basti addurre il seguente esempio: nessuno può dubitare della riproponibilità dell'istanza cautelare, sebbene la decisione sia stata letteralmente definita di rigetto e non di irricevibilità, qualora la stessa dipenda dalla proposizione dell'istanza nello stesso atto introduttivo del ricorso di merito e non in un atto separato in conformità con i regolamenti di procedura. Sarà invero sufficiente che il ricorso sia ritualmente riproposto in un momento successivo in un atto anche documentalmente distinto da quello che ha dato inizio al giudizio principale⁸⁸⁹.

Naturalmente si pongono su un piano differente gli effetti delle ordinanze di rigetto dei ricorsi cautelari qualora il giudice adito ritenga insussistenti i

⁸⁸⁸ In estrema sintesi si può sottolineare, a riguardo, che una pronuncia di rito svolge effetti unicamente sul processo e non incide sul piano sostanziale, di talché si dice che la stessa abbia un'efficacia soltanto endoprocessuale; diversamente, una decisione di merito svolge i suoi effetti anche e soprattutto fuori dal processo sul piano del diritto sostanziale incidendo sulle posizioni giuridiche delle parti (cfr. N. PICARDI, *Manuale del processo civile*, cit., § 168, 333 ss). Ciò implica, trasportando il discorso nella materia cautelare che una decisione di rigetto o di accoglimento del ricorso fondata su una determinata valutazione circa l'esistenza dei presupposti di merito per la concessione della stessa è di regola idonea a determinare una preclusione, almeno quanto al dedotto, talché un nuovo ricorso cautelare potrà essere riproposto dalla parte soltanto deducendo nuove circostanze o la modificazione di quelle preesistenti.

⁸⁸⁹ Una questione non dissimile si è posta anche all'attenzione della dottrina e della giurisprudenza italiane, chiamate ad interpretare, all'indomani dell'emanazione della legge 23 novembre 1990, n. 353, le norme sul procedimento cautelare uniforme ed, in particolare, l'art. 669-*septies* c.p.c. che, in punto di regime del provvedimento di rigetto del ricorso cautelare, sancisce espressamente un'illimitata riproponibilità esclusivamente con riguardo alla domanda rigettata per motivi di incompetenza, nulla precisando in tema di regime del provvedimento di rigetto dovuto ad altri motivi di rito. Ciò posto, in accordo con un primo orientamento, a nostro sommo parere da preferire, qualora il mancato accoglimento del ricorso cautelare dipenda da ragioni di rito diverse dall'incompetenza, l'istanza sarebbe comunque illimitatamente riproponibile, stante il generale principio per il quale le decisioni di rito sono inidonee ad esplicare effetti al di fuori del procedimento nel quale sono state emesse (cfr. A. ATTARDI, *Le nuove disposizioni sul processo civile*, Padova 1991, 240). Opposta è la soluzione preferita da quanti, in una direzione maggiormente fedele alla lettera dell'art. 669-*septies* c.p.c., assimilano il regime del provvedimento di rigetto dell'istanza cautelare per motivi di rito diversi dall'incompetenza al rigetto per ragioni di merito [in tal senso v. C. CONSOLO (-LUISO – SASSANI), *La riforma*, cit., 475; A. PROTO PISANI, *La nuova disciplina dei procedimenti cautelari in generale*, in *Foro it.*, 1991, IV, 57 ss].

presupposti c.d. di merito della tutela cautelare che, alla stregua di quanto si è potuto evidenziare, nel processo comunitario sono tre e comprendono il *periculum in mora*, il *fumus boni juris* ed il bilanciamento degli interessi⁸⁹⁰.

Viceversa, laddove secondo il giudice della cautela sussistano cumulativamente i suddetti presupposti nella fattispecie concreta, sarà pronunciata un'ordinanza di accoglimento dell'istanza cautelare.

In tutte le fattispecie richiamate, comunque sia, il procedimento si conclude con un'ordinanza motivata⁸⁹¹, che deve essere immediatamente notificata alle parti ed, in accordo con l'art. 36 dello Statuto della Corte di Giustizia e con le previsioni dei regolamenti di procedura, ha carattere meramente provvisorio e non pregiudica la decisione definitiva della controversia.

6.1. La condanna alle spese

Le parti del processo cautelare sono onerate di proporre la domanda di condanna alle spese della controparte⁸⁹², sebbene l'art. 69 del regolamento di procedura della Corte di Giustizia e l'art. 87 del regolamento di procedura dinanzi al Tribunale di primo grado stabiliscano che su di una tale domanda dovrà

⁸⁹⁰ In argomento v., *amplius*, Cap. IV.

⁸⁹¹ Peraltro, è consolidato nella giurisprudenza della Corte di Giustizia il principio in virtù del quale è sufficiente che l'ordinanza cautelare sia motivata nel senso di giustificare ragionevolmente, in ragione delle circostanze del caso concreto, la posizione assunta con l'emanazione della stessa, non sussistendo la necessità che il giudice della cautela risponda espressamente a tutte le questioni di fatto e di diritto discusse nell'ambito del procedimento cautelare (cfr., tra le molte, CGCE, ord. 8 aprile 2003, *Gómez-Reino c. Commissione*, C-471/02, in *Racc.*, 2003, 3702; CGCE, ord. 12 febbraio 2003, *Marcuccio c. Commissione*, C-399/02, in *Racc.*, 2003, 1417, § 40; CGCE, ord. 11 luglio 1996, *Goldstein c. Commissione*, C-148/96, in *Racc.*, 1996, 3883, § 25).

⁸⁹² Più in generale, nel processo comunitario le parti possono domandare che la controparte sia condannata al pagamento delle spese di lite sia nelle conclusioni scritte sia oralmente all'udienza (CGCE, 29 marzo 1979, *NTN Toyo Bearing c. Consiglio*, cit., 1185; CGCE, 16 dicembre 1975, *Suiker Unie c. Commissione*, C-40 a 48/73, in *Racc.*, 1973, 1663). In mancanza di una tale richiesta, ciascuna parte sarà tenuta a sopportare le proprie spese (CGCE, 27 marzo 1984, *Commissione c. Italia*, C-50/83, in *Racc.*, 1984, 1633). In argomento, in dottrina, J. BOULOUIS – M. DARMON – J.G. HUGLO, *Contentieux communautaire*, 2a ed., cit., 158.

disporre, con la pronuncia che chiude il relativo procedimento, il giudice del ricorso principale⁸⁹³.

A riguardo in giurisprudenza si è precisato che, tuttavia, non vi è omissione di pronuncia nell'ipotesi in cui, a seguito dell'emanazione di un'ordinanza cautelare con la quale sia stata riservata alla decisione di merito la statuizione sulle spese, il Tribunale nella sentenza definitiva condanni una delle parti al pagamento delle spese processuali senza distinguere tra quelle che riguardano il procedimento cautelare e quelle che attengono al giudizio principale,

⁸⁹³ La pronuncia sulle spese di lite sarà nondimeno resa dal giudice della cautela qualora, nelle more della decisione da parte dello stesso, il ricorso principale sia stato già dichiarato irricevibile (per un'applicazione concreta v. CGCE, ord. 9 giugno 1980, *B. c. Parlamento*, C-123/80, in *Racc.*, 1980, 1793 ss). Inoltre, nell'ipotesi in cui il Presidente riesca a procurare la conciliazione tra le parti in causa già in sede cautelare, dovrà subito provvedere sulle spese di lite (sulle questioni che possono porsi v., più diffusamente, S. SCHØNBERG – N. STOCKWELL, *Juges, médiateurs ou négociateurs? Le rôle du règlement amiable des conflits au sein des juridictions communautaires*, cit., 431). Occorre più in generale notare che la circostanza in virtù della quale in linea di principio nel processo comunitario la condanna alle spese, anche relative al procedimento cautelare, sia sempre rinviata alla decisione sul ricorso principale si riconnette anche all'inesistenza nel sistema processuale comunitario di una tutela cautelare *ante causam* (in arg., *amplius*, Cap. III). Difatti qualora fosse stato possibile instaurare un giudizio cautelare anche prima dell'introduzione della controversia di merito, nell'ipotesi di rigetto della domanda cautelare *ante causam* sarebbe stato irragionevole un assetto nel quale con la relativa ordinanza il giudice non avrebbe potuto pronunciare sulle spese di lite, in quanto, diversamente, la parte interessata sarebbe onerata di instaurare un giudizio *ad hoc* soltanto per ottenere la condanna della controparte alla rifusione delle spese processuali. Si giustifica in una tale prospettiva, quindi, l'art. 669-*septies*, terzo comma, c.p.c., nella parte in cui prevede che l'ordinanza di rigetto dell'istanza cautelare si pronunci sulle spese. Nella medesima direzione si giustifica, inoltre, l'art. 23, comma secondo, d.lgs. n. 5 del 2003, sulla riforma del processo societario, che stabilisce espressamente che il giudice che emani *ante causam* un provvedimento cautelare di carattere anticipatorio – in relazione al quale come si è evidenziato (v. Cap. III, § 2.3.) l'instaurazione del giudizio di merito è soltanto eventuale - debba provvedere in ogni caso sulle spese del giudizio cautelare. Una siffatta precisazione manca, per la medesima fattispecie, all'interno dell'art. 669-*octies* c.p.c. Si è tuttavia opportunamente evidenziato che anche nell'ipotesi di accoglimento della domanda cautelare proposta *ante causam* il giudice deve condannare alle spese di lite, posta la mera eventualità, ove siano emanate misure di carattere anticipatorio, dell'instaurazione del giudizio di merito (sulla questione v., per tutti, S. MENCHINI, *Le modifiche al procedimento cautelare uniforme e ai procedimenti possessori*, in AA.VV., *Il processo civile di riforma in riforma*, cit., 76). In tal senso si è orientata anche la giurisprudenza di merito che ha già avuto occasione di pronunciarsi sulla questione: cfr. Trib. Reggio Calabria ord. 6 novembre 2006 e Trib. Ivrea ord. 28 giugno, entrambe in *Giur. Merito*, 2007, 1674, con nota di R. GIORDANO; Trib. Verona ord. 10 aprile 2006, *ivi*, 2006, 1939, con nota di P.G. DE MARCHI. Con argomentazioni simili, posta l'attitudine del *référé classique* a serbare i propri effetti anche a prescindere dall'instaurazione del giudizio di merito, e quindi alla luce dell'autonomia delle misure cautelari rispetto a quelle di merito nell'ordinamento francese si può giustificare l'evoluzione della giurisprudenza francese nel senso di ritenere operanti le norme sulle condanna alle spese di lite sin dalla conclusione del giudizio cautelare (in arg. V. J. VUITTON – X. VUITTON, *Les référés*, 2a ed., cit., 172, ove maggiori riferimenti).

posto che, in una tale fattispecie, la condanna alle spese attiene ad entrambi i procedimenti⁸⁹⁴.

Di regola deve essere condannata alle spese, anche in omaggio a quanto previsto dalle già richiamate disposizioni dei regolamenti di procedura, la parte soccombente⁸⁹⁵, ovvero, stante la natura intrinsecamente provvisoria delle misure cautelari, la parte soccombente nel giudizio di merito⁸⁹⁶.

Tuttavia, l'art. 69, § terzo, del regolamento di procedura della Corte di Giustizia, nonché l'art. 87, § terzo, del regolamento di procedura del Tribunale di prima istanza, consentono al giudice di compensare le spese di lite nell'ipotesi di soccombenza reciproca o in presenza di motivi eccezionali. Posto che nel primo caso non si ha un'autentica deroga al principio di soccombenza⁸⁹⁷, è di interesse considerare alcune fattispecie nelle quali la giurisprudenza ha ritenuto sussistere i motivi eccezionali che consentono una compensazione delle spese di lite nel processo comunitario⁸⁹⁸. A tal proposito sembra emergere dalla casistica pretoria

⁸⁹⁴ TPI, ord. 11 ottobre 1990, *Sparr, cit.*, II-539.

⁸⁹⁵ Principio in omaggio al quale, stante l'esigenza per la quale la durata del processo deve essere neutra per la parte che ha ragione, la parte che risulta soccombente è tenuta a rifondere le spese di lite, anticipate da ciascuna parte nel corso del giudizio, all'altra parte. In argomento v., nella dottrina italiana, G. CHIOVENDA, *La condanna nelle spese giudiziali, cit.*, 138 ss; V. ANDRIOLI, *Commento al Codice di procedura civile, cit.*, 256; S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, I, Milano, 1959, 295; G. GRASSO, *Della responsabilità delle parti*, in *Commentario al Codice di procedura civile* diretto da E. ALLORIO, I, 2, Torino, 1973, 1006; VECCHIONE, *Spese giudiziali (diritto processuale civile)*, in *Novissimo Dig. it.*, XVII, Torino, 1970, 1127; G. BONGIORNO, *Spese giudiziali*, in *Enc. giur. Treccani*, XXX, Roma, 1993, 4; R. ANNECCHINO, *Commento all'art. 92*, in *Codice di procedura civile commentato* a cura di R. VACCARELLA – G. VERDE, Torino, 1996, 705.

⁸⁹⁶ Cfr., tra gli altri, B. PASTOR – E. GINDERHACTER, *La procédure en référé, cit.*, spec. 618 ss; C. MORVIDUCCI, *Le misure cautelari nel processo comunitario, cit.*, 120.

⁸⁹⁷ Cfr. V. ANDRIOLI, *Commento al Codice di procedura civile, cit.*, 256, con riferimento all'analogia previsione di cui all'art. 92 c.p.c.

⁸⁹⁸ Ciò in quanto non sono, alla stregua di quanto avviene nel processo italiano ai sensi dell'art. 92, secondo co., c.p.c., elencate compiutamente le singole ipotesi nelle quali il giudice può compensare tra le parti le spese di lite ma, a tal fine, le citate norme dei regolamenti di procedura utilizzano, piuttosto, una clausola generale. Il dibattito sul fondamento e la latitudine dei poteri del giudice nella compensazione delle spese processuali è stato tradizionalmente vivace nella dottrina italiana, nella quale gli stessi sono generalmente considerati correttivi al principio di soccombenza nel riparto delle spese processuali connessi all'operare del principio di causalità. Si sono a riguardo adottati da F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, I, cit., 405, gli efficaci esempi di domande di accertamento mero, di condanna in futuro o di alcune domande costitutive, proposte nell'esclusivo o comunque prevalente interesse dell'attore che non potrebbe quindi costringere l'altra parte, sebbene soccombente, a rifondere le spese del processo. Si veda inoltre la particolarissima

che, in una prospettiva non dissimile da quella seguita da un'attenta dottrina che si è di recente occupata del problema dell'abuso del processo⁸⁹⁹, la compensazione delle spese è stata considerata uno strumento volto a sanzionare il comportamento processuale abusivo o manifestamente scorretto di una delle parti⁹⁰⁰. E ci appare ancora più significativo sottolineare che in tali casi la condanna alle spese è stata talora pronunciata già in sede cautelare⁹⁰¹.

7. Gli effetti obbligatori delle misure cautelari e l'attuazione delle stesse

Secondo la comune opinione l'efficacia obbligatoria delle misure cautelari rese dai giudici comunitari può essere argomentata a partire da un'interpretazione sistematica delle disposizioni del Trattato istitutivo⁹⁰².

ricostruzione del PAJARDI, *La responsabilità per le spese e i danni del processo*, Milano, 1959, 165 – 203, il quale definisce la compensazione delle spese del giudizio in termini di conseguenza di un concorso di processi causativi. Per un ampio *excursus* sulle eccezioni al principio della soccombenza, di solito fondate sul comportamento della parte vincitrice, negli ordinamenti stranieri v. G. SCARSELLI, *Le spese giudiziali civili*, cit., 218 – 228; una simile concezione del principio di causalità sembra, comunque sia, quella accolta dal § 93 della ZPO tedesca, secondo cui il pagamento delle spese di lite può essere anche imposto, totalmente o parzialmente, alla parte vincitrice che ha iniziato il processo senza reali motivazioni (ad es. prima di avere chiesto al convenuto il pagamento in sede stragiudiziale). Non si tratta, ovviamente, di una compensazione in senso tecnico, non essendo la stessa fondata su un credito ed un controcredito che si estinguono vicendevolmente. Sul punto v. A. GUALANDI, *Spese e danni nel processo civile*, Milano, 1962, 153 ss. Quanto all'operare del principio di soccombenza in altri ordinamenti v., di recente, G. SCARSELLI, *Le spese giudiziali civili*, Milano, 1998, 100 – 155.

⁸⁹⁹ Il riferimento è a F. CORDOPATRI, *L'abuso del processo*, II, Padova, 2000, spec. 620 ss, il quale ritiene che nel sistema processuale italiano la compensazione delle spese tra le parti per giusti motivi ex art. 92 c.p.c. si fonda su di una responsabilità di natura esclusivamente processuale della parte, ovvero, più precisamente, ad una condotta processuale o pre-processuale atta a concretare un vero e proprio abuso del processo.

⁹⁰⁰ Si ritengono opportuni alcuni esempi concreti. La Corte di Giustizia ha in primo luogo ritenuto opportuno, rigettando un ricorso volto ad affermare la responsabilità extracontrattuale della Comunità per mancanza di prova, compensare le spese tra le parti poiché il comportamento della Commissione sarebbe stato in realtà comunque tale da determinare una responsabilità della Comunità (CGCE, 15 giugno 1976, *CNTA c. Commissione*, C-74/74, in *Racc.*, 1976, 797). Ancora, nell'ambito di una procedura di infrazione instaurata nei confronti del Regno Unito, la Corte ha compensato le spese tenendo conto del comportamento esemplare del governo del Regno Unito, che aveva volontariamente sospeso l'applicazione delle misure interne oggetto di contestazione, senza che fosse all'uopo necessario per la Commissione adire la Corte di Giustizia al fine di ottenere misure provvisorie a norma dell'art. 243 del Trattato CE (CGCE, 9 luglio 1991, *Commissione c. Regno Unito*, C-146/89, in *Racc.*, 1991, 3533). In dottrina v. J. BOULOUIS – M-DARMON – J.G. HUGLO, *Contentieux communautaire*, 2a ed., cit., 158 – 159.

⁹⁰¹ Così CGCE, ord. 7 dicembre 1982, *Klöckner-Werke c. Commissione*, C-263/82, in *Racc.*, 1982, 4225; CGCE, ord. 27 giugno 1986, *Epichiriseon c. Consiglio e Commissione*, C-121/86, in *Racc.*, 1986, 2063; TPI, ord. 16 marzo 1998, *Goldstein c. Commissione*, T-235/95, in *Racc.*, 1998, II-525 ss.

⁹⁰² Così, tra gli altri, F. G. JACOBS, *Interim Measures in the Law and Practice of the Court of Justice of the European Communities*, cit., 60.

Vengono in tal senso in rilievo, in primo luogo, le previsioni dedicate specificamente alla tutela cautelare e, quindi, gli artt. 242 e 243 del Trattato CE, a norma dei quali, rispettivamente, la Corte di Giustizia può “ordinare” la sospensione dell’efficacia esecutiva dei provvedimenti impugnati ovvero “prescrivere” qualunque misura cautelare necessaria nelle controversie pendenti dinanzi a sé⁹⁰³. Può inoltre richiamarsi l’art. 10 dello stesso Trattato CE che sancisce l’obbligo di leale cooperazione degli Stati membri per l’attuazione degli scopi del sistema comunitario⁹⁰⁴. Il giudice della cautela ha la possibilità di limitare nel tempo la produzione di effetti del provvedimento cautelare⁹⁰⁵: in mancanza, lo stesso diventerà inefficace a seguito dell’emanazione della pronuncia sul ricorso principale⁹⁰⁶.

L’ordinanza cautelare è poi un titolo la cui attuazione può essere richiesta dalla parte interessata anche all’interno degli ordinamenti dei singoli Stati membri: anche un tale assunto è tradizionalmente motivato dalla dottrina in via di applicazione analogica dell’art. 228 del Trattato CE, il quale impone agli Stati membri che hanno violato i propri obblighi di adottare i provvedimenti che l’esecuzione della sentenza comporta⁹⁰⁷.

⁹⁰³ Cfr. F. G. JACOBS, *Interim Measures in the Law and Practice of the Court of Justice of the European Communities*, cit., 60 – 61.

⁹⁰⁴ In tal senso P. PESCATORE, *Les mesures conservatoires et les référés*, cit., 350; nonché, tra gli altri, C. IANNONE, *Commento all’art. 242*, cit., 1152; C. MORVIDUCCI, *Le misure cautelari nel processo comunitario*, cit., 122; L. WEITZEL, *Demander le sursis à exécution ou d’autres mesures provisoires*, cit., 173.

⁹⁰⁵ L. WEITZEL, *Demander le sursis à exécution ou d’autres mesures provisoires*, cit., 171 ; cfr., in sede pretoria, CGCE, 5 luglio 1983, *Usinori c. Commissione*, C-78/83, in *Racc.*, 1983, 2183.

⁹⁰⁶ Cfr. CGCE, ord. 21 febbraio 2002, *Front Nationale e Martinez c. Parlamento*, C-486/01, in *Racc.*, 2001, 1843, § 76. Così in dottrina, tra i molti, C. IANNONE, *Commento all’art. 242*, cit., 1151; LANEARTS – ARTS, *Proceedings for interim measures before the Court of Justice and the Court of first instance*, cit., 291-292. Con riguardo al sistema italiano v., in arg., E. MERLIN, *Variazioni sui rapporti tra misura cautelare, sentenza (di accertamento mero, di condanna o costitutiva) e giudicato favorevole al beneficiario della cautela: un punto trascurato anche nella l. 353/1990*, in *Riv. dir. proc.*, 1992, 945 ss.

⁹⁰⁷ Cfr., tra gli altri, P. BIAVATI, *Diritto processuale dell’Unione Europea*, cit., 302; C. MORVIDUCCI, *Le misure cautelari nel processo comunitario*, cit., 122; A. TIZZANO, *I provvedimenti urgenti nel processo comunitario*, cit., 405; L. WEITZEL, *Demander le sursis à exécution ou d’autres mesures provisoires*, cit., 173.

Peraltro non è arduo osservare che, nella maggior parte dei casi, la misura cautelare deve essere attuata nello stesso ordinamento comunitario, poiché, eccezion fatta per le domande cautelari accessorie a procedure di infrazione proposte dalla Commissione nei confronti degli Stati membri, parte convenuta nelle azioni cautelari è di regola un'istituzione comunitaria: vengono quindi in rilievo le disposizioni del Trattato che attengono all'obbligo delle istituzioni di conformarsi alle pronunce rese dai giudici comunitari.

Ciò premesso, occorre evidenziare che va effettuata una distinzione tra la sospensione dell'esecutorietà degli atti delle istituzioni e le altre misure cautelari di carattere c.d. positivo le quali soltanto, come detto, possono essere pronunciate anche nei confronti degli Stati membri⁹⁰⁸.

Consideriamo, innanzitutto, l'ipotesi in cui venga ordinata in sede cautelare la sospensione dell'efficacia esecutiva di un atto delle istituzioni comunitarie. In linea di principio ciò comporta che, nelle more dell'emanazione della decisione definitiva sul merito, lo stesso non possa essere più applicato né dalle istituzioni comunitarie, né dai giudici o dalle autorità amministrative nazionali⁹⁰⁹. In assenza di specifiche previsioni, la norma di riferimento dovrebbe essere, anche in questo caso, l'art. 233 del Trattato CE, in omaggio al quale l'emanazione di una pronuncia di annullamento degli atti delle istituzioni comunitarie comporta per le stesse l'obbligo di assumere i provvedimenti necessari ai fini dell'esecuzione della medesima.

Più significativi problemi in tema di esecuzione della decisione possono inoltre porsi qualora vengano ordinate misure cautelari ai sensi dell'art. 243 del

⁹⁰⁸ Così anche F. G. JACOBS, *Interim Measures in the Law and Practice of the Court of Justice of the European Communities*, cit., 61.

⁹⁰⁹ Cfr. F. G. JACOBS, *Interim Measures in the Law and Practice of the Court of Justice of the European Communities*, cit., 61.

Trattato CE nei confronti di un'istituzione comunitaria⁹¹⁰. Occorre, in particolare, chiedersi se e di quali poteri eventualmente disponga il giudice della cautela per imporre alle istituzioni comunitarie di conformarsi alle proprie ordinanze di carattere propulsivo.

In accordo con l'unico precedente edito nella giurisprudenza, innanzitutto, la questione del non rispetto degli obblighi sanciti dall'ordinanza cautelare deve essere fatta valere dalla parte interessata mediante la riproposizione dell'istanza cautelare, in quanto il disaccordo circa le modalità di attuazione del provvedimento costituirebbe il "fatto nuovo" idoneo a giustificare tale istanza⁹¹¹.

La questione di maggiore portata attiene, tuttavia, ai poteri dei quali eventualmente dispone il giudice della cautela adito in sede di riproposizione al fine di determinare, stante il disaccordo tra le parti, le forme di attuazione più idonee del provvedimento cautelare. Il problema si interseca, invero, con quello, al quale si è fatto già riferimento, relativo all'impossibilità, in accordo con una consolidata giurisprudenza che si riconduce al rispetto del principio della separazione dei poteri, per i giudici comunitari di emanare ordinanze propulsive nei confronti delle istituzioni qualora le stesse godano di poteri di natura discrezionale⁹¹².

Talché vi è il rischio che, alla stregua di quanto avviene anche nell'ipotesi di inadempimento dell'obbligo delle istituzioni di conformarsi ad una decisione di annullamento ex art. 233 del Trattato CE, il giudice della cautela

⁹¹⁰ Meramente teorica è la questione, invece, dell'attuazione delle misure cautelari emanate a favore della Commissione nei confronti degli Stati membri in via accessoria alle procedure di infrazione. La dottrina è, tuttavia, divisa circa l'applicabilità anche in una tale fattispecie, nelle quale lo Stato è chiamato a conformarsi ad un'ordinanza cautelare e non ad una sentenza di condanna, dell'*astreinte* di cui all'art. 228 del Trattato CE (per una tale interpretazione v. F.G. JACOBS, *Interim Measures in the Law and Practice of the Court of Justice of the European Communities*, cit., 62; USHER, *Compliance with Judgments of International Courts* a cura di BULTERMAN e KUJER, The Hague, 1996, 87 ss, spec. 92 ss; *contra* C. MORVIDUCCI, *Le misure cautelari nel processo comunitario*, cit., 123).

⁹¹¹ Cfr. TPI, ord. 22 dicembre 2004, *Microsoft c. Commissione*, cit., § 325

⁹¹² Cfr., ancora, per i relativi riferimenti, Cap. V, § 3.3.

possa limitarsi a constatare meramente la “carezza” dell’istituzione rispetto all’obbligo versato nella misura cautelare⁹¹³. Gli spazi per una concreta soddisfazione della parte vittoriosa in sede cautelare, in armonia con il principio di effettività della tutela giurisdizionale, sono quindi, almeno a nostro modesto parere, estremamente angusti.

Posto che le istituzioni della Comunità europea ed in particolare la Commissione vengono in rilievo come P.A. dotate in alcuni settori di poteri di carattere discrezionale, crediamo che non sia peregrino considerare brevemente, in mancanza di chiare indicazioni nella prassi comunitaria, l’assetto della problematica dell’attuazione delle misure cautelari emanate nei confronti dell’Amministrazione in alcuni sistemi processuali europei⁹¹⁴. In proposito si deve infatti evidenziare che all’interno degli stessi ai giudici sono stati attribuiti incisivi poteri volti a consentire che sia data piena esecuzione anche alle pronunce di condanna emanate nei confronti della Pubblica Amministrazione: più in particolare, crediamo – senza voler richiamare l’esperienza giuridica tedesca nella quale è stata da tempo prevista la possibilità di proporre una vera e propria azione di adempimento nei confronti dell’Amministrazione⁹¹⁵ - che i due modelli che potrebbero costituire la base per una riforma o, anche, per una coraggiosa evoluzione della giurisprudenza comunitaria, sono quelli adottati dal sistema francese e da quello italiano, nei quali, negli anni più recenti, si è realizzata un’importante evoluzione anche in tema di esecuzione delle decisioni amministrative, in omaggio alla più generale tendenza a concepire il processo

⁹¹³ F. BERROD, *La systématique des voies de droit communautaires*, cit., 376 ss.

⁹¹⁴ Problematica che, riteniamo, potrebbe anche qui essere affrontata, effettuando considerazioni del tutto simili, altresì nella più ampia prospettiva dell’esecuzione delle sentenze di merito pronunciate nei confronti di un’Autorità amministrativa (in arg. v., per tutti, B. SASSANI, *Dal controllo del potere all’attuazione del rapporto*, cit., passim).

⁹¹⁵ Cfr., *infra*, Cap. V, § 2.

amministrativo quale avente ad oggetto un rapporto giuridico controverso e non soltanto un atto ⁹¹⁶.

Considerando in primo luogo il processo amministrativo francese, va evidenziato che la legge 8 febbraio 1995⁹¹⁷ ha attribuito al giudice amministrativo il potere di emanare ordini nei confronti della P.A. ai fini dell'esecuzione delle sentenze che, se non adempiuti, comporteranno la condanna dell'Amministrazione, secondo il meccanismo delle *astreintes*, al pagamento di una determinata somma di denaro ovvero di una penalità di mora ⁹¹⁸. La ricezione di un siffatto modello nel sistema comunitario potrebbe estrinsecarsi nel senso di individuare, da parte della decisione di accoglimento, un termine entro il quale l'istituzione comunitaria deve conformarsi alla stessa, pena la possibilità per lo stesso giudice della cautela nuovamente adito di condannare l'istituzione al pagamento di un'ammenda o di una penalità di mora, alla medesima stregua di quanto previsto, del resto, per l'adeguamento degli Stati membri alle pronunce dichiarative di un'infrazione del diritto comunitario ai sensi dell'art. 228 del Trattato CE ⁹¹⁹.

Anche la disciplina in tema di attuazione delle misure cautelari pronunciate nei confronti della P.A. nel processo amministrativo italiano potrebbe inoltre costituire un modello adeguato ai fini della disciplina dell'esecuzione delle

⁹¹⁶ La questione si ricollega, infatti, a quella dell'effettività della tutela giurisdizionale poiché soltanto l'effettiva attuazione sul piano materiale di quanto stabilito da una decisione giurisdizionale consente di attuare una giustizia non soltanto formale ma effettiva, in grado di far conseguire alla parte che ha ragione il bene o l'utilità riconosciuti alla stessa dal giudicato (cfr., tra i molti, L.P. COMOGLIO, *La riforma del processo amministrativo e le garanzie del "giusto processo"*, cit., 639, nt. 24).

⁹¹⁷ In JORF del 9 febbraio 1995, 2175.

⁹¹⁸ In argomento v., tra i molti, C. GUETTIER, *L'administration et l'exécution des décisions de justice*, in AJDA, 1999, 1 ss; F. MODERNE, *Sur le nouveau pouvoir d'injonction du juge administratif*, in RFDA, 1996, 43 ss. La richiamata legge del 1995 è peraltro soltanto il risultato di un'evoluzione, già iniziata con la pronuncia del Tribunale dei Conflitti del 17 giugno 1948 (in *Sirey*, 1950, III, 1, con nota di MATHIOT), in tema di possibilità di pronunciare le *astreintes* anche nei confronti di persone giuridiche di diritto pubblico che non si siano conformate alle condanne contro di loro (così R. PERROT, *La coercizione per dissuasione nel diritto francese*, cit., 665).

⁹¹⁹ Cfr. F. BERROD, *La systématique des voies de droit communautaires*, cit., 376 ss.

ordinanze cautelari rese dai giudici comunitari, tutte le volte che ad essere condannata sia un'istituzione europea. In proposito occorre porre in evidenza che, nel silenzio del legislatore, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato aveva, già alcuni anni fa, delineato il procedimento di esecuzione delle ordinanze cautelari riconducendosi al giudizio di ottemperanza delle sentenze amministrative all'interno del quale, come noto, il giudice è eccezionalmente chiamato ad esercitare poteri propri della giurisdizione di merito⁹²⁰. Tali assunti sono stati confermati non soltanto dalla consolidata giurisprudenza ma anche, alla stregua di quanto accennato, dal legislatore che con l'art. 3 della legge 6 luglio 2000, n. 205, ha aggiunto un tredicesimo comma all'art. 21 della legge c.d. T.A.R., sancendo espressamente che, ai fini dell'esecuzione delle ordinanze cautelari, il giudice amministrativo esercita i poteri inerenti al giudizio di ottemperanza al giudicato⁹²¹. Ne deriva che il giudice potrà sia indicare le modalità per l'attuazione del provvedimento cautelare emanato nei confronti della P.A. sia, ove occorra, nominare un commissario *ad acta* che, secondo le indicazioni e sotto il controllo del giudice dell'ottemperanza, potrà porre in essere tutti i provvedimenti necessari per realizzare concretamente gli effetti scaturenti dalla decisione da eseguire⁹²² e così attribuire alla parte vittoriosa il bene della vita richiesto⁹²³.

⁹²⁰ Il riferimento è, più precisamente, a Cons. St., Ad. Plen., 27 aprile 1982 n. 6, in *Dir. proc. amm.*, 1983, 97 ss, con nota di R. VILLATA, *Esecuzione delle ordinanze di sospensione e giudizio di ottemperanza* e sulla quale v. anche E. FOLLIERI, *Esecuzione delle ordinanze cautelari del giudice amministrativo*, in *Foro amm.*, 1982, I, 629 ss e L. IANNOTTA, *Sull'annullamento con rinvio dell'ordinanza cautelare per vizi di procedura*, in *Dir. proc. amm.*, 1985, 591 ss, la quale ha così superato il limite normativo che consentiva l'utilizzazione del giudizio di ottemperanza soltanto a fronte di sentenze passate in cosa giudicata.

⁹²¹ Ciò comporta, secondo A. PANZAROLA, *Il processo cautelare*, in *Il nuovo processo amministrativo. Commento sistematico alla legge n. 205 del 2000* a cura di B. SASSANI – R. VILLATA, 2a ed., cit., 136, che, per un verso, vi è stata un'espansione, in linea con la prassi, degli strumenti processuali dei quali può disporre il giudice e, per altro verso, il rito applicabile non è quello predisposto per il giudizio di ottemperanza dall'art. 27, n. 4, r.d. 26 giugno 1924, n. 1054 e dagli artt. 90 e 91, r.d. 17 agosto 1907, n. 642, ma si seguono le regole proprie del rito cautelare.

⁹²² Ovvero, in armonia con gli enunciati di Cons. St., Ad. Plen., 27 aprile 1982 n. 6, cit., emanare provvedimenti costitutivi, certificativi, dichiarativi di obblighi a carico

7.1. La costituzione della cauzione quale condizione per l'esecuzione delle ordinanze cautelari

Caratteristica precipua dei provvedimenti cautelari è, come si è avuto più volte occasione di porre in evidenza, la provvisorietà, *i.e.* l'inidoneità degli stessi a regolare in modo irreversibile, anche da parte di un'eventuale decisione difforme sul merito, la situazione sostanziale controversa. Ne deriva che, soprattutto quando la reversibilità dell'assetto delineato dalla misura cautelare potrebbe essere compromessa dall'insolvenza della parte beneficiaria della stessa, non è inusuale, anche nei sistemi processuali nazionali, che la concessione o l'esecuzione del provvedimento provvisorio siano condizionati alla costituzione di una cauzione a favore della controparte⁹²⁴.

Tale assetto vige anche nel processo cautelare comunitario, stante l'art. 86, comma secondo, del regolamento di procedura dinanzi alla Corte di Giustizia⁹²⁵, in forza del quale l'esecuzione dell'ordinanza cautelare può essere

dell'Amministrazione ed adempimenti vari che siano strumentalmente necessari per realizzare in concreto gli effetti della decisione da eseguire.

⁹²³ All'interno della dottrina italiana tra i precursori dell'idea di un giudicato amministrativo non limitato all'annullamento di un atto bensì dotato di un'efficacia di accertamento sul rapporto si segnala soprattutto B. SASSANI, *Impugnativa dell'atto e disciplina del rapporto*, cit., spec. 136 ss, il quale ha ben presto sottolineato l'esigenza di riconsiderare il processo amministrativo nella prospettiva non della mera illegittimità del provvedimento amministrativo e quindi di una tutela puramente costitutiva, bensì di una tutela adeguata alla materia del contendere e non soltanto dilatoria rispetto all'interesse fatto valere, in modo da considerare la posizione dell'amministrazione in termini di obbligo coercibile (al fine di permettere al ricorrente vittorioso di conseguire le utilità delle quali avrebbe diritto).

⁹²⁴ La funzione di controcautela della cauzione è lucidamente giustificata da A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, 5a ed., cit., 607, alla luce dell'altro grado di pericolosità della tutela cautelare, in quanto fondata sulla probabilità e non sulla cognizione piena, con la conseguenza che il giudizio svolto a seguito della stessa ribalti quello compiuto in sede di cognizione sommaria rendendo così fonte di un danno ingiusto a carico del destinatario passivo del provvedimento cautelare l'esecuzione dello stesso. In una tale prospettiva le cauzioni contemperano gli inconvenienti che potrebbero derivare da errori di previsione del giudice e fungono da controcautela a cautela del risarcimento dei danni per responsabilità aggravata che ai sensi dell'art. 96, secondo co., c.p.c., potrebbe spettare al convenuto qualora nel giudizio di merito fosse accertata l'inesistenza del diritto in ragione del quale era stato concesso il provvedimento cautelare.

⁹²⁵ Dispone in modo pressoché identico anche l'art. 107, comma secondo, del Regolamento di procedura dinanzi al Tribunale di primo grado.

subordinata alla prestazione di una cauzione da parte del ricorrente, secondo le modalità⁹²⁶ e nell'ammontare stabilito, secondo le circostanze, dallo stesso giudice della cautela⁹²⁷.

Copiosa è la giurisprudenza la quale, in applicazione della norma appena richiamata, ha subordinato l'esecuzione della misura cautelare alla prestazione di una cauzione⁹²⁸: ciò avviene soprattutto nelle controversie nelle quali l'atto, del quale è domandata in sede cautelare la sospensione dell'esecuzione ai sensi dell'art. 242 del Trattato CE, impone al ricorrente l'obbligo di pagare una somma di denaro a titolo di sanzione pecuniaria⁹²⁹. Invero, concesso il provvedimento richiesto, il beneficiario dello stesso ben potrebbe, nelle more della decisione di merito, diventare insolvente⁹³⁰. In una tale prospettiva si comprende anche perché la giurisprudenza ritenga che possa essere imposta la costituzione di una cauzione esclusivamente qualora il ricorrente non offra sufficienti garanzie di adempimento⁹³¹.

Tuttavia, in accordo con un consolidato orientamento, non può essere imposta una cauzione quando a beneficiare di un provvedimento cautelare è

⁹²⁶ La modalità che appare imposta più di frequente è quella della costituzione di una garanzia bancaria: cfr. C. IANNONE, *Commento all'art. 242, cit.*, 1151.

⁹²⁷ In argomento v., tra gli altri, B. PASTOR – E. GINDERHACTER, *La procédure en référé, cit.*, 617.

⁹²⁸ La circostanza che i regolamenti di procedura subordinino l'esecuzione e non la concessione dei provvedimenti cautelari alla costituzione di una cauzione comporta che ciò non incida sull'apprezzamento da parte del giudice della cautela in ordine alla sussistenza dei presupposti c.d. di merito della tutela cautelare. A riguardo la stessa Corte di Giustizia ha invero chiarito che le disposizioni che prevedono la possibilità di subordinare l'esecuzione di un'ordinanza cautelare alla costituzione di una cauzione da parte del ricorrente, non dispensano quest'ultimo dal rispetto delle regole in tema di dimostrazione dei presupposti per la concessione delle misure cautelari (CGCE, ord. 7 dicembre 1984, *Toyo c. Consiglio*, C-240/84, in *Racc.*, 1984, 4093, § 6).

⁹²⁹ C. IANNONE, *Commento all'art. 242, cit.*, 1151. Così anche B. PASTOR – E. GINDERHACTER, *La procédure en référé, cit.*, 617, i quali richiamano una consolidata giurisprudenza secondo la quale, nelle ipotesi in cui il ricorrente cautelare domandi la sospensione dell'esecuzione di un atto che commina allo stesso, un'ammenda deve essere sempre disposta, fatte salve eventuali circostanze eccezionali proprie del caso concreto, la cauzione (CGCE, ord. 24 settembre 1986, *Montedipe Spa c. Commissione*, C-213/86, in *Racc.*, 1986, 2623).

⁹³⁰ Peraltro la cauzione non potrà essere imposta laddove ciò comporti per il ricorrente il medesimo pregiudizio che voleva evitare domandando il provvedimento cautelare (v. CGCE, ord. 15 marzo 1983, *Ferriere di Roé Valciano Spa c. Commissione*, in *Racc.*, 1983, 725).

⁹³¹ CGCE, ord. 12 luglio 1990, *Commissione c. Germania*, C-195/90, in *Racc.*, 1990, 3351.

un'istituzione comunitaria, la quale non potrebbe mai diventare insolvente e, quindi, non si porrebbe alcun rischio di irreversibilità degli effetti della misura disposta⁹³².

Proprio in ragione dell'operare in via generale di una siffatta regola posta a presidio della reale provvisorietà della misura cautelare all'interno del processo comunitario, si è ritenuto in via di principio legittimo l'esercizio di un tale potere anche da parte della Commissione quale condizione alla sospensione cautelare dell'esecuzione immediata di un'ammenda nei confronti di un'impresa nell'ambito dei relativi procedimenti sanzionatori⁹³³. Più precisamente, si è evidenziato, a riguardo, che un ricorso cautelare teso ad ottenere la dispensa dall'obbligo imposto dalla Commissione di costituire una garanzia bancaria come condizione della non immediata riscossione di un'ammenda può essere accolto soltanto in presenza di circostanze di carattere eccezionale, poiché la possibilità di esigere la costituzione di una cauzione, espressamente prevista dai regolamenti di procedura dinanzi alla Corte di Giustizia ed al Tribunale di prima istanza, corrisponde ad una linea di condotta generale e ragionevole della Commissione⁹³⁴. Si ritiene, di solito, che l'esistenza di siffatte circostanze di carattere eccezionale sussista nell'ipotesi in cui la costituzione della garanzia

⁹³² Cfr., *ex ceteris*, CGCE, ord. 12 luglio 1990, *Commissione c. Germania*, cit., §§ 48-49; TPI, ord. 8 dicembre 2000, *BP Nederland e.a. c. Commissione*, cit., § 56.

⁹³³ In materia di concorrenza la Commissione ha infatti inaugurato da alcuni anni la prassi di sospendere l'esecuzione delle decisioni impugnate sino alla pronuncia della sentenza definitiva, ma previo deposito di una cauzione bancaria da parte dell'impresa cui è comminata la sanzione pecuniaria (in arg. C. IANNONE, *Commento all'art. 242*, cit., 1151; L. WEITZEL, *Demandeur le sursis à exécution ou d'autres mesures provisoires*, cit., 174).

⁹³⁴ Così, tra le altre, CGCE, ord. 15 dicembre 2000, *Cho Yang Shipping c. Commissione*, C-361/00, in *Racc.*, 2000, 11657, § 88; CGCE, ord. 14 dicembre 1999, *HFB e a. c. Commissione*, cit., § 55; CGCE, ord. 14 dicembre 1999, *DSR-Senator Lines c. Commissione*, C-364/99, in *Racc.*, 1999, 8733; TPI, ord. 20 luglio 1999, *Ventouris Enterprises c. Commissione*, T-59/99, in *Racc.*, 1999, II-2519. I medesimi criteri trovano applicazione, sempre secondo la giurisprudenza, nell'ipotesi in cui il ricorso cautelare sia volto ad ottenere l'autorizzazione a costituire una garanzia per un ammontare inferiore alla misura richiesta dalla Commissione: cfr. TPI, ord. 14 dicembre 2000, *Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied c. Commissione*, T-5/00, in *Racc.*, 2000, II-4121, §§ 52 ss.

sarebbe per il ricorrente oggettivamente impossibile o potrebbe metterne in pericolo la sopravvivenza sul mercato⁹³⁵.

La Corte di Giustizia, inoltre, ha affermato che è possibile subordinare la sospensione dell'esecutorietà della decisione impugnata in sede principale anche a condizioni diverse rispetto alla costituzione di una cauzione⁹³⁶, in tal modo delineando compiutamente nell'ordinanza cautelare un assetto della situazione tale da evitare l'irreversibilità degli effetti della stessa⁹³⁷.

8. Il sistema dei controlli sulle misure cautelari

I provvedimenti cautelari non sono, posta la natura eminentemente provvisoria degli stessi, idonei a passare in cosa giudicata. Una tale regola, con riferimento al processo comunitario, è espressamente sancita dall'art. 36 dello Statuto della Corte di Giustizia ed è stata costantemente affermata in giurisprudenza, sottolineando che la decisione che sarà emanata sul ricorso principale non può essere in alcun modo pregiudicata dall'ordinanza cautelare⁹³⁸.

⁹³⁵ TPI, ord. 21 gennaio 2004, *FNSEA c. Commissione*, T-217/03, in *Racc.*, 2003, II-271, §§ 77 – 78; TPI, ord. 20 ottobre 2003, *Leali c. Commissione*, T-46/03, in *Racc.*, 2003, II-4473, §§ 32 – 35; TPI, ord. 5 agosto 2003, *IRO c. Commissione*, T-79/03, in *Racc.*, 2003, II-3027, §§ 25 ss: il ricorrente è comunque sia gravato dall'onere di provare di non essere oggettivamente nelle condizioni di costituire la garanzia o di rischiare, per questo, l'insolvenza. Si è inoltre chiarito che, al fine di valutare la capacità dell'impresa di costituire una tale garanzia senza mettere al contempo in pericolo la propria esistenza, dovrà essere preso in considerazione il complessivo gruppo di società dal quale una tale impresa dipende direttamente o indirettamente. A riguardo si è infatti precisato, altresì, che l'interesse dell'impresa in questione non può prescindere da quello delle persone, fisiche o giuridiche, che la controllano e che il carattere grave ed irreparabile del pericolo di danno lamentato deve essere apprezzato a livello del gruppo che tali persone compongono (CGCE, ord. 14 dicembre 1999, *HFB e a. c. Commissione*, *cit.*, §§ 61 ss; CGCE, ord. 14 dicembre 1999, *DSR-Senator Lines c. Commissione*, *cit.*, §§ 49 ss).

⁹³⁶ In tal senso v. J. BOULOUIS – M. DARMON – J.G. HUGO, *Contentieux communautaire*, 2a ed., *cit.*, 134.

⁹³⁷ CGCE, ord. 15 ottobre 1974, *Nederlandse Vereniging voor de Fruit en Groentenimporthandel c. Commissione*, *cit.*, 1031; CGCE, ord. 31 marzo 1982, *VBVB e VBBB c. Commissione*, C-43 e C-63/82, in *Racc.*, 1982, 1241.

⁹³⁸ Così, *ex multis*, TPI, ord. 10 febbraio 1996, *Willeme c. Commissione*, T-211/98, in *Racc.*, 1998, II-57, §§ 18-19.

Peraltro ciò non comporta anche che il giudice della cautela sia libero di discostarsi dalle proprie conclusioni e che possa, senza alcun limite, rimettere in discussione la portata di un provvedimento reso su un ricorso cautelare⁹³⁹.

Infatti anche nel processo comunitario è delineato un sistema di controlli sulle misure cautelari duplicemente articolato, nel senso che le sopravvenienze o comunque i mutamenti delle circostanze rispetto a quelle dedotte con la domanda cautelare originaria vengono possono essere fatte valere dinanzi allo stesso giudice che ha deciso sulla stessa in sede di istanza di revoca o di riproposizione, mentre è affidato ad un diverso giudice il riesame circa la corretta decisione da parte del giudice della cautela di prime cure⁹⁴⁰. In realtà, va sin d'ora evidenziato che, con specifico riguardo al processo comunitario, quest'ultima affermazione deve essere intesa almeno *cum grano salis*, poiché non esiste un vero e proprio gravame devolutivo e sostitutivo quale è, in taluni ordinamenti nazionali, il reclamo cautelare ma è previsto esclusivamente un controllo di legittimità in sede di impugnazione dei provvedimenti resi dal Tribunale di prima istanza sulle misure cautelari.

8.1. Revoca e modifica delle misure cautelari

L'art. 87 del regolamento di procedura dinanzi alla Corte di Giustizia e l'art. 108 del regolamento di procedura del Tribunale, prevedono che, su richiesta della parte interessata⁹⁴¹, le misure cautelari⁹⁴² possano essere in ogni tempo modificate o revocate a seguito di un mutamento delle circostanze⁹⁴³.

⁹³⁹ J. VUITTON – X. VUITTON, *Les référés*, 2a ed., cit., 198, sottolineano molto efficacemente, a riguardo, che “*le juge des référés est tenu par ses propres décisions* ».

⁹⁴⁰ In arg. cfr. G. ARIETA, *Problemi e prospettive in tema di reclamo cautelare*, in *Riv. dir. proc.*, 1997, 408 ss.

⁹⁴¹ In linea di principio non sussistono ostacoli a ritenere che una tale istanza possa essere proposta anche dalla parte beneficiaria del provvedimento cautelare la quale potrebbe, ad es., essere interessata ad una modifica in senso ampliativo della misura già concessa (cfr. E. MERLIN, *La revoca e la modifica*, in *Il processo cautelare*, 2a ed., a cura di G. TARZIA, cit., 372).

In giurisprudenza si è precisato che l'espressione "mutamento delle circostanze" deve essere intesa in senso ampio ovvero riferita a qualsiasi elemento, di fatto o di diritto, idoneo a mettere in discussione le valutazioni già effettuate dal giudice della cautela⁹⁴⁴. In tal senso si è sottolineato che non è necessario che i fatti alla base del dedotto mutamento delle circostanze siano nuovi⁹⁴⁵.

Ciononostante, nelle singole fattispecie concrete è stata talvolta rigettata l'istanza di revoca o modifica del provvedimento cautelare sia perché non era stata dedotta alcuna circostanza nuova suscettibile di determinare un diverso apprezzamento in capo al giudice della cautela⁹⁴⁶, sia in quanto il pregiudizio lamentato dalla parte beneficiaria della misura non poteva comunque venire meno con effetti retroattivi⁹⁴⁷. Si può invero notare, a quest'ultimo riguardo, un'eccessiva severità, agevolmente riconducibile a finalità di tutela del primato del diritto comunitario, nelle ipotesi in cui gli Stati membri convenuti dalla

⁹⁴² In tal senso la giurisprudenza comunitaria ha sottolineato che l'istanza di revoca o modifica può essere proposta soltanto a fronte dell'emanazione del provvedimento cautelare richiesto, trovando applicazione, nell'ipotesi di rigetto del ricorso cautelare, gli artt. 88 e 109 dei regolamenti di procedura, e quindi sussistendo ivi la possibilità di riproporre la domanda in presenza di fatti nuovi (TPI, ord. 22 dicembre 2004, *European Dynamics c. Commissione*, T-303/04, in *Racc.*, 2004, II-4621, § 54).

⁹⁴³ In argomento, in dottrina, v., tra gli altri, L. WEITZEL, *Demander le sursis à l'exécution ou d'autres mesures provisoires*, cit., 171-172.

⁹⁴⁴ Cfr. J. VUITTON – X. VUITTON, *Les référés*, 2a ed., cit., 316.

⁹⁴⁵ CGCE, ord. 14 febbraio 2002, *Commissione c. Artogodan*, C- 440/01, in *Racc.*, 2002, 1489, §§ 63 – 64; TPI, ord. 21 gennaio 2004, *FNSEA c. Commissione*, cit., § 97; TPI, ord. 7 maggio 2002, *Aden e a. c. Consiglio e Commissione*, T-306/01, in *Racc.*, 2001, II-2387, § 105; TPI, ord. 4 aprile 2002, *Technische Glaswerke Ilmenau c. Commissione*, T-198/01, in *Racc.*, 2002, II-2153 ss. Secondo P. BIAVATI, *Diritto processuale dell'Unione Europea*, cit., 301, il provvedimento cautelare avrebbe così un carattere particolarmente precario, segno di una costante gestione degli interessi in gioco da parte del giudice. Sostiene, diversamente, C. MORVIDUCCI, *Le misure cautelari nel processo comunitario*, cit., 117, che di solito i giudici comunitari rigettano l'istanza di revoca o modifica della misura cautelare poiché ritengono assenti fatti nuovi rilevanti. Una tale affermazione ci sembra però chiaramente smentita dalla più recente giurisprudenza che, come detto, non ritiene necessari fatti nuovi affinché sia integrato un mutamento delle circostanze.

⁹⁴⁶ In tal senso cfr. TPI, ord. 29 settembre 1993, *Hogan c. Corte di Giustizia*, T-497/03, in *Racc.*, 1993, II-1005, la quale ha al contempo precisato che l'istanza di revoca o modifica di una misura cautelare può essere presentata soltanto in presenza di nuove circostanze di talché qualora, come nel caso concreto, si voglia contestare la fondatezza della decisione assunta in prime cure dal Presidente del Tribunale dovrà semmai essere proposto appello dinanzi alla Corte di Giustizia per motivi di diritto (v., *amplius*, § 7.3.).

⁹⁴⁷ CGCE, ord. 12 giugno 1992, *Commissione c. Italia*, C-272/91, in *Racc.*, 1992, I-457, § 7.

Commissione con una procedura di infrazione e condannati già in sede cautelare a sospendere l'applicazione di una normativa nazionale in apparenza contrastante con il diritto, adeguandosi ad una tale decisione, abbiano modificato la legislazione interna di riferimento in senso conforme al diritto comunitario. Invero, un tale intervento sulla normativa nazionale non è considerato dalla Corte di Giustizia un mutamento delle circostanze utile ai fini della modifica del provvedimento cautelare concesso alla Commissione poiché, non avendo la riforma legislativa effetti retroattivi, la stessa non è idonea a riparare alla violazione del diritto comunitario⁹⁴⁸.

In ordine alla portata della locuzione “mutamento delle circostanze” che giustifica la riproposizione dell'istanza di revoca o modifica delle misure cautelari nel processo comunitario è più di recente intervenuta anche la Corte di Giustizia nell'esercizio della propria funzione nomofilattica in sede di appello avverso un'ordinanza cautelare emanata dal Tribunale di primo grado. Secondo il Tribunale, infatti, l'espressione “mutamenti delle circostanze” che attribuisce alla parte interessata la possibilità di richiedere la revoca o la modifica dei provvedimenti cautelari non poteva essere interpretata diversamente rispetto alla locuzione “fatti nuovi” che legittima l'interessato alla riproposizione dell'istanza cautelare rigettata. Talché, in assenza di fatti nuovi, non potrebbe essere accolta dal giudice della cautela una domanda di revoca o modifica di un provvedimento provvisorio poiché, in omaggio al principio di certezza giuridica, il giudice non potrebbe esercitare i relativi poteri qualora la parte interessata avrebbe, come nella fattispecie concreta, potuto appellare l'ordinanza cautelare dinanzi alla Corte di Giustizia e non l'abbia fatto⁹⁴⁹.

⁹⁴⁸ Cfr. CGCE, ord. 12 giugno 1992, *Commissione c. Italia, cit.*, §§ 6-8.

⁹⁴⁹ TPI, ord. 5 settembre 2001, *Artegodan c. Commissione*, T-74/00, in *Racc.*, 2001, II-2367, §§ 91 ss.

La suddetta impostazione è stata ribaltata dalla Corte di Giustizia, secondo la quale il Tribunale aveva commesso un errore di diritto nel ritenere che le ordinanze cautelari potessero essere idonee, ove non appellate nel termine di legge, a passare in cosa giudicata: a ciò osta invero proprio la possibilità, riconosciuta dallo stesso art. 108 del regolamento di procedura dinanzi al Tribunale di prima istanza, di richiedere la revoca o la modifica delle medesime dinanzi al giudice che le ha pronunciate deducendo un mutamento delle circostanze, che non deve intendersi limitato ai fatti nuovi eventualmente verificatisi bensì ad ogni elemento di fatto o di diritto, anche preesistente, idoneo ad indurre il giudice della cautela ad un nuovo apprezzamento ⁹⁵⁰.

Non è superfluo ricordare che anche nel processo civile italiano la latitudine della locuzione “mutamenti delle circostanze” idonea a fondare l’istanza di revoca o modifica dei provvedimenti cautelari è stata, sin dall’emanazione della legge 23 novembre 1990 n. 353 che ha tra l’altro introdotto il c.d. procedimento cautelare uniforme, oggetto di ampie discussioni in dottrina. Due erano, più in particolare, le disposizioni cui fare riferimento nel relativo capo: in primo luogo veniva infatti in rilievo l’art. 669-*decies* c.p.c., a norma del quale il giudice istruttore del giudizio di merito può, su istanza di parte, revocare o modificare il provvedimento cautelare ove si verificano mutamenti delle circostanze. Al contempo, l’art. 669-*terdecies* aveva introdotto la possibilità di proporre reclamo avverso le ordinanze cautelari.

Ciò premesso, in accordo con un primo orientamento, condiviso anche da parte della giurisprudenza di merito, il mutamento delle circostanze idoneo a giustificare la proposizione di un’istanza di revoca o modifica dei provvedimenti cautelari dovrebbe essere messo in relazione alla semplice introduzione od

⁹⁵⁰ Così CGCE, ord. 14 febbraio 2002, *Commissione c. Artegodan*, C-440/01, in *Racc.*, 2001, 1489, §§ 66 – 70.

emersione di elementi nuovi nella valutazione del maggiore o minore grado di probabile esistenza del diritto e del *periculum in mora* a cautela del quale il provvedimento era stato concesso. In una tale prospettiva si è precisato che i mutamenti delle circostanze ricomprendono anche l'allegazione di fatti già esistenti al momento della concessione della misura e le prove nuove⁹⁵¹.

La posizione più restrittiva sostenuta da altra parte della dottrina sembra invece giustificarsi soprattutto alla luce di una maggiore considerazione dei rapporti tra l'istanza di revoca o modifica della misura cautelare già emanata e la possibilità per la parte interessata di proporre reclamo avverso la stessa entro un termine perentorio⁹⁵². Infatti, ritenere che l'istanza di revoca o modifica possa essere fondata anche su fatti già deducibili prima dell'emanazione del provvedimento cautelare, può attribuire ad un tale strumento la funzione, che sarebbe ad esso estranea, di consentire un riesame della originaria giustificazione della misura. Questa funzione sarebbe invece propria, negli ordinamenti nei quali esiste, del rimedio impugnatorio esperibile avverso i provvedimenti cautelari, costituito nel sistema processuale italiano dal reclamo ex art. 669-terdecies

⁹⁵¹ Così, per tutti, B. SASSANI, *Commento all'art. 669-decies*, in *Commentario alla riforma del processo civile* a cura di CONSOLO – LUISO – SASSANI, Milano, 1996, 501; A. PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo civile*, Napoli, 1991, spec. 305 ss; I. ANDOLINA, *Profili della nuova disciplina dei provvedimenti cautelari in generale*, in *Foro it.*, 1992, V, 80 ss; CIRULLI, *La nuova disciplina dei rimedi contro i provvedimenti cautelari*, Padova, 1996, 41 ss; F. MARELLI, *La stabilità dei provvedimenti cautelari*, in *Riv. dir. proc.*, 1999, 789 ss. Nel medesimo senso, nella giurisprudenza di merito, v. Trib. Udine 14 dicembre 1994, in *Foro it.*, 1995, I, 2295; Trib. Foggia 12 luglio 1993, in *Foro it.*, 1993, I, 2983; Trib. Bari 25 marzo 1993, *ivi*, I, 1680.

⁹⁵² Cfr. A. ATTARDI, *Le nuove disposizioni del processo civile*, cit., 254; R. VACCARELLA, *Il procedimento cautelare dopo l'intervento della Corte Costituzionale sul reclamo avverso i provvedimenti negativi*, in AA.VV., *Prime esperienze del nuovo processo cautelare*, Milano, 1996, 55 ss; C. CONSOLO, *Il processo cautelare: profili generali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, 329; A. SALETTI, *I controlli sulle misure cautelari*, in *Studi in onore di E. Fazzalari*, III, Milano, 1993, 645 ss; E. MERLIN, *La revoca e la modifica*, in *Il processo cautelare* a cura di G. TARZIA, cit., spec. 372 ss; G. BASILICO, *I rimedi nei confronti dei procedimenti cautelari*, in *Giur. it.*, 1994, IV, 25; C. CECHELLA, *Il processo cautelare*, Torino, 1997, 142 ss; F. CORSINI, *Il reclamo cautelare*, Torino, 2002, 96 ss. I fautori di questa impostazione più restrittiva ritengono che l'istanza di revoca o modifica possa essere fondata principalmente su circostanze extraprocessuali idonee ad incidere sul *periculum in mora* ovvero sul *fumus boni juris* (così, con alcune interessanti esemplificazioni, E. MERLIN, *Op. loc. cit.*, 377 ss).

c.p.c.⁹⁵³. Più precisamente, l'esistenza di un siffatto strumento comporterebbe l'impossibilità di dedurre, qualora non sia stato proposto lo stesso nei termini previsti dalla legge, le ragioni che erano già state prospettate o erano comunque prospettabili in tale sede⁹⁵⁴. Acuta dottrina ha utilizzato, a riguardo, l'efficace, sebbene atecnica, espressione di "giudicato cautelare", che sarebbe costituita dall'insieme delle preclusioni che derivano *rebus sic stantibus* dal mancato esperimento entro i termini perentori del gravame contro il provvedimento cautelare. Invero, soltanto il *quid novi* rappresentato dal mutamento delle circostanze extraprocessuali successivo allo scadere del termine previsto per la proposizione del reclamo consentirebbe alla parte interessata di proporre istanza di revoca o modifica della misura cautelare e sarebbe in tal senso idoneo a vincere la preclusione riconnessa al "giudicato cautelare"⁹⁵⁵.

Nel senso della tesi più restrittiva quanto alle circostanze deducibili in sede di istanza di revoca e modifica sembra del resto orientata la recente riforma del primo comma dell'art. 669-*decies* c.p.c., realizzata dalla legge 14 maggio

⁹⁵³ Con specifico riguardo alla problematica in esame sottolinea R. VACCARELLA, *Il procedimento cautelare dopo l'intervento della Corte Costituzionale sul reclamo avverso i provvedimenti negativi*, cit., 77, che ogni qual volta la legge preveda un rimedio soggetto ad un termine perentorio per dolersi del contenuto di un provvedimento, la parte interessata ha l'onere di valersi di un tale rimedio, con la conseguenza che il mancato esperimento dello stesso determina il medesimo effetto preclusivo riconnesso al suo infruttuoso esperimento e che, in pendenza del termine per la sua proposizione, tutto ciò che sarebbe proponibile con quel rimedio non può essere altrimenti dedotto.

⁹⁵⁴ Cfr. E. MERLIN, *La revoca e la modifica*, in *Il nuovo processo cautelare* a cura di G. TARZIA, cit., 374 ss. F. CORSINI, *Il reclamo cautelare*, cit., 91 ss; F. MARELLI, *La stabilità dei provvedimenti cautelari*, cit., spec. 761 ss.

⁹⁵⁵ In tal senso F. AULETTA, *Variazioni sul tema del giudicato cautelare*, in *Giur. it.*, 1996, IV, 1 ss, spec. 3 ss. Occorre tuttavia sottolineare che la posizione affermata dall'A. citato si discosta espressamente, almeno in parte, da quella invece sostenuta da E. MERLIN, *La revoca e la modifica*, in *Il nuovo processo cautelare* a cura di G. TARZIA, cit., 374 ss; R. VACCARELLA, *Il procedimento cautelare dopo l'intervento della Corte Costituzionale sul reclamo avverso provvedimenti negativi*, cit., 78 ss, poiché, in accordo con la stessa, qualora a seguito dell'emanazione della pronuncia cautelare di prime cure si verificasse un mutamento delle circostanze la parte interessata sarebbe libera di scegliere, anche nelle more dei termini per la proposizione del reclamo cautelare, tra lo stesso e l'istanza di revoca o modifica del provvedimento.

2005, n. 80 ⁹⁵⁶: la norma infatti dispone, attualmente, che “salvo che sia stato proposto reclamo ai sensi dell’art. 669-terdecies, nel corso dell’istruzione il giudice istruttore della causa di merito può, su istanza di parte, modificare o revocare con ordinanza il provvedimento cautelare, anche se emesso anteriormente alla causa, se si verificano mutamenti nelle circostanze o se si alleghino fatti anteriori di cui si è acquisita conoscenza successivamente al provvedimento cautelare. In tale caso, l’istante deve fornire la prova del momento in cui ne è venuto a conoscenza”. E’ stata così accordata una preferenza per il rimedio impugnatorio del reclamo poiché l’istanza di revoca o modifica della misura cautelare può essere proposta soltanto qualora si sia conclusa la fase del reclamo o siano scaduti i termini per la proposizione dello stesso ⁹⁵⁷ e, soprattutto, è evidente che con l’istanza di revoca o modifica possano farsi valere esclusivamente eventuali e sopravvenuti mutamenti delle circostanze poste a base del provvedimento cautelare ⁹⁵⁸, poiché possono dedursi fatti anteriori alla pronuncia dello stesso soltanto laddove l’istante riesca a dimostrare di avere avuto contezza dello stesso in un momento successivo all’emanazione della misura cautelare ⁹⁵⁹.

⁹⁵⁶ Nella configurazione fatta propria da E. MERLIN, *La revoca e la modifica*, in *Il nuovo processo cautelare* a cura di G. TARZIA, cit., 374 ss.

⁹⁵⁷ Così, tra gli altri, C. ASPRELLA, *Commento all’art. 669-decies*, in *Codice di procedura civile* a cura di N. PICARDI, 3a ed., *Appendice di aggiornamento*, Milano, 2006, spec. 167-168. Acuta dottrina ha evidenziato a riguardo, in sede di commento all’art. 23 del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, sul processo societario, norma che aveva anticipato al richiamata riforma dell’art. 669-decies c.p.c., che la nuova disciplina è funzionale ad evitare fenomeni di judicial shopping (così G. OLIVIERI, *Il procedimento cautelare nel c.d. processo societario*, cit., § 3; G. FRUS, *Commento all’art. 23*, in *Il nuovo processo societario* a cura di S. CHIARLONI, Bologna, 2004, 688, nonché, più di recente, F. SANTAGADA, *Il procedimento cautelare*, in E. D’ALESSANDRO – M.C. GIORGETTI – F. SANTAGADA – M.A. ZUMPARO, *Il nuovo processo societario*, cit., 192).

⁹⁵⁸ Secondo C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, cit., 365, la revoca si configura, pertanto, come uno strumento attraverso il quale il destinatario della cautela può cercare di intervenire affinché la stessa non sopravviva alla propria originaria funzione, cagionandogli un pregiudizio che non ha tuttavia più riscontro in reali e legittimi vantaggi per la controparte.

⁹⁵⁹ Sui motivi spendibili in sede di istanza di revoca o modifica di un provvedimento cautelare v. N. PICARDI, *Manuale del processo civile*, cit., 568. In realtà, secondo parte della dottrina l’attuale formulazione dell’art. 669-decies c.p.c. avrebbe codificato una posizione intermedia tra quelle che si erano affermate nella previgente formulazione della stessa poiché consentendo la deduzione in sede di istanza di revoca e modifica dei fatti anteriori al momento entro il quale gli stessi potevano

Il problema che si è ora descritto avendo riguardo al sistema processuale italiano e che soltanto di recente sembra aver trovato una più soddisfacente soluzione rispetto all'assetto già delineato con la riforma realizzata dalla legge 26 novembre 1990, n. 353, è stato, invece, tradizionalmente affrontato in una più chiara direzione in altri sistemi processuali europei⁹⁶⁰. Più in particolare, va innanzitutto evidenziato che l'art. 488, § secondo, N.C.P.C. francese stabilisce il giudice della cautela non può modificare o revocare le proprie decisioni che in presenza di circostanze nuove⁹⁶¹. In ordine alla possibilità di dedurre fatti preesistenti all'emanazione della misura cautelare con un'istanza di revoca o modifica della stessa si è d'altra parte precisato, in giurisprudenza, che i medesimi non possono essere considerati nuovi nella misura in cui le parti potevano farli valere in tempo utile⁹⁶². A risultati interpretativi del tutto similari è poi pervenuta la dottrina tedesca con riferimento all'art. 927 ZPO rilevando che se è esclusa ogni efficacia di cosa giudicata materiale del provvedimento rispetto al diritto

essere utilmente dedotti nel procedimento cautelare ma dei quali si è acquisita la conoscenza solo successivamente non subordina tuttavia, come avviene per la rimessione in termini ex art. 184-bis, una tale richiesta ad un'ignoranza incolpevole dei predetti fatti (cfr. L. GUAGLIONE, *L'evoluzione delle misure cautelari*, in *La riforma del processo civile* a cura di F. CIPRIANI – G. MONTELEONE, Padova, 2007, 500; precisano F.P. LUISO – B. SASSANI, *La riforma del processo civile*, cit., 225 – 226, che l'istante dovrà a tal fine fornire la prova non del momento in cui ha avuto conoscenza del fatto che giustifica la richiesta, bensì semplicemente della sopravvenienza di una tale conoscenza rispetto a quando si è svolto il procedimento cautelare). Né si può trascurare che, in realtà, in tema di presupposti dell'istanza di revoca e modifica permane in ogni caso una diversità di posizioni tra coloro che, in una prospettiva più ampia, ritengono che l'efficacia preclusiva dell'ordinanza di accoglimento non si estenda non solo ai fatti preesistenti ma ignoti bensì anche alle sopravvenienze probatorie (cfr. LUISO – SASSANI, *La riforma del processo civile*, cit., 226; S. MENCHINI, *Le modifiche al procedimento cautelare uniforme*, cit., 96) e coloro che restringono il novero dei motivi che possono essere posti alla base della revoca ai nuovi fatti extraprocessuali, nonché a quelli concernenti la fondatezza della misura cautelare preesistenti ed ignorati nel momento entro il quale potevano essere fatti valere nel procedimento cautelare (cfr. A. SALETTI, *Il nuovo regime delle misure cautelari e possessorie*, cit., 80-81). Sarebbero così irrilevanti *tout court* le risultanze istruttorie del giudizio a cognizione piena, potendo essere posti a fondamento dell'istanza di revoca soltanto i fatti nuovi, anche sotto il profilo meramente soggettivo, oggetto di siffatte risultanze (in tal senso anche C. PETRILLO, *Revoca e modifica*, in *Commentario alle riforme del processo civile, I*, a cura di A. BRIGUGLIO – B. CAPPONI, Padova, 2007, 200 ss).

⁹⁶⁰ Cfr. G. TARZIA, *Rigetto e riproponibilità della domanda cautelare*, cit., 939 ss.

⁹⁶¹ In argomento cfr. J. VUITTON – X. VUITTON, *Les référés*, 2a ed., cit., spec. 198 ss, i quali sottolineano che le circostanze nuove alla base dell'istanza possono attenersi sia alla situazione delle parti, sia ai fatti di causa.

⁹⁶² V. Cour de Cass., Troi. Ch. Civ., 3 ottobre 1984.

cautelando sussiste peraltro una preclusione quanto alla riproponibilità dell'istanza cautelare che può essere superata soltanto mediante la deduzione di fatti nuovi⁹⁶³.

Occorre sottolineare, peraltro, che le divergenze tra l'orientamento avallato dalla Corte di Giustizia nella citata *arrêt Artégodan* e l'attuale configurazione dei rapporti tra istanza di revoca o modifica dei provvedimenti cautelari e mezzi di gravame avverso le misure cautelari in alcuni ordinamenti processuali nazionali sono più apparenti che reali. Non si può infatti trascurare che, alla stregua di quanto si avrà modo di evidenziare più diffusamente, nel processo comunitario, da un lato, sono impugnabili soltanto le pronunce cautelari del Tribunale di prima istanza e, da un altro, soprattutto, con una tale impugnazione possono farsi valere esclusivamente vizi di diritto delle ordinanze cautelari⁹⁶⁴.

Con la proposizione del ricorso alla Corte di Giustizia possono quindi contestarsi soltanto specifici vizi della misura cautelare e, più in particolare, gli *errores in procedendo* e gli *errores in iudicando* nei quali sia incorso il Tribunale di primo grado. Diversamente, con l'istanza di revoca o di modifica proposta allo stesso giudice che ha pronunciato il provvedimento cautelare potranno farsi valere elementi di fatto e di diritto, sia sopravvenuti sia precedenti rispetto all'emanazione dello stesso⁹⁶⁵.

⁹⁶³ Così, per tutti, G. TARZIA, *Rigetto e riproponibilità della domanda cautelare, cit.*, 940, ove ampi riferimenti.

⁹⁶⁴ Nel sistema italiano, invece, il reclamo cautelare consente un doppio grado di cognizione dell'istanza cautelare e con lo stesso possono essere dedotti sia errori di diritto, sostanziale e processuale, che errori di fatto, anche consistenti in diverse valutazioni circa la serietà del periculum o la credibilità delle prove. Inoltre il reclamo ha carattere devolutivo e sostitutivo, non potendo il giudice del reclamo rimettere lo svolgimento della fase rescissoria dinanzi al primo giudice (cfr. C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, cit., 362 ss).

⁹⁶⁵ Anche F. CORSINI, *Il reclamo cautelare, cit.*, 148-149, sottolinea che i problemi di sovrapposizione tra i rimedi esperibili a fronte di provvedimenti cautelari nel sistema processuale italiano prima delle ultime riforme non sussisterebbero nell'ipotesi in cui il reclamo fosse configurato alla stregua di una *revisio prioris instantie*, deputata al controllo degli errori compiuti

Proprio una tale radicale differenza nella stessa natura dei motivi deducibili con l'istanza di revoca e modifica ed in sede di impugnazione delle misure cautelari comporta, a nostro sommo avviso, che non possa realizzarsi una sovrapposizione tra i due rimedi perché, anche quanto agli elementi di diritto preesistenti all'emanazione della misura cautelare, deve trattarsi, ai fini della proposizione dell'istanza di revoca, di elementi non dedotti dinanzi al giudice di primo grado mentre, con la proposizione del ricorso alla Corte di Giustizia il ricorrente potrà lamentare l'erronea interpretazione o applicazione di una disposizione normativa da parte del Tribunale⁹⁶⁶.

8.2. Riproposizione dell'istanza cautelare rigettata

La domanda cautelare rigettata può essere, a norma dell'art. 88 del regolamento di procedura della Corte di Giustizia e dell'art. 109 del regolamento di procedura del Tribunale di primo grado, essere riproposta in presenza di fatti nuovi⁹⁶⁷.

Secondo la giurisprudenza comunitaria sono fatti nuovi che giustificano la riproposizione di un ricorso cautelare quelli che si verificano successivamente

dal giudice cautelare di prime cure, chiusa a mutamenti delle circostanze intervenuti successivamente all'emanazione della pronuncia cautelare. Occorre inoltre tener presente che secondo l'A. un problema di sovrapposizione tra rimedi non si avrebbe neppure qualora una tale revisione potesse essere utilizzata per criticare, non soltanto gli errori nell'interpretazione ed applicazione del diritto come avviene nell'ordinamento comunitario, ma anche per lamentare l'ingiustizia della decisione cautelare.

⁹⁶⁶ Simili conclusioni appaiono avallate dalle argomentazioni utilizzate da R. VACCARELLA, *Il procedimento cautelare dopo l'intervento della Corte Costituzionale sul reclamo avverso provvedimenti negativi*, cit., spec. 78-79, a supporto della propria tesi restrittiva, anche prima delle più recenti riforme, quanto alle circostanze deducibili in sede di istanza di revoca o modifica dei provvedimenti cautelari e di riproposizione della domanda cautelare rigettata: l'A., infatti, sottolinea che l'area del deducibile con simili strumenti è delimitata da quanto deve essere invece dedotto in via esclusiva con il rimedio impugnatorio che nel caso del reclamo cautelare – in una prospettiva del tutto diversa dall'appello delle ordinanze cautelari nel sistema processuale comunitarie – è costruito come un mezzo di impugnazione a critica libera.

⁹⁶⁷ Secondo parte della dottrina la riproposizione dell'istanza cautelare già rigettata deducendo fatti nuovi costituisce, nel processo comunitario, una domanda cautelare del tutto nuova cui si applicano le medesime previsioni relative all'introduzione del giudizio cautelare (sulle quali v. Cap. I) con la prima domanda (v. B. PASTOR – E. GINDERHACTER, *La procédure en référé*, cit., 619; C. MORVIDUCCI, *Le misure cautelari nel processo comunitario*, cit., 117 - 118).

all'emanazione dell'ordinanza di rigetto del primo ricorso cautelare o che, comunque sia, il ricorrente non ha potuto far valere con l'istanza originaria o nel corso del procedimento conclusosi con la prima ordinanza e che sono nondimeno pertinenti per apprezzare le circostanze peculiari delle fattispecie concrete idonee ad orientare in un senso o nell'altro la decisione sull'istanza cautelare ⁹⁶⁸.

Emerge, pertanto, una differenza in senso restrittivo rispetto ai richiamati motivi che consentono, nel processo comunitario, di proporre istanza di revoca o modifica delle misure cautelari, in quanto in linea di principio esclusivamente le sopravvenienze giustificano la riproposizione dell'istanza cautelare, a meno che il ricorrente riesca a dimostrare di non aver potuto precedentemente dedurre, a nostro parere - onde dare un significato concreto ai principi sanciti dalla giurisprudenza - per causa a sé non imputabile, circostanze pregresse all'emanazione del provvedimento negativo⁹⁶⁹. Ne deriva che la relativa preclusioni copre sia il dedotto sia il deducibile⁹⁷⁰.

⁹⁶⁸ TPI, ord. 22 dicembre 2004, *European Dynamics c. Commissione*, cit., §§ 55 -60; cfr. anche CGCE, ord. 10 luglio 1979, *Buttner e a. c. Commissione*, C-51/79, in *Racc.*, 1979, 2387, § 5; CGCE, 16 marzo 1974, *Druce c. Commissione*, C-160/73, in *Racc.*, 1974, 281.

⁹⁶⁹ L'assetto così delineato è coerente con quello della maggior parte dei sistemi processuali europei, all'interno dei quali è sempre un mutamento delle circostanze (da intendersi in una prospettiva restrittiva) a consentire e l'istanza di revoca delle misure cautelari e quella di riproposizione del provvedimento negativo e ciò in ragione della condivisibile argomentazione per la quale il provvedimento che concede la tutela, successivo a quello negativo, costituisce comunque una revoca del provvedimento di rigetto (in arg., con ampi riferimenti di carattere comparato, v. per tutti G. TARZIA, *Rigetto e riproponibilità della domanda cautelare*, in *Riv. dir. proc.*, 1988, 932 ss). Più complessa è la situazione nell'ordinamento italiano poiché l'art. 669-septies c.p.c. consente la riproposizione dell'istanza cautelare rigettata non soltanto in presenza di mutamenti delle circostanze rispetto a quelle esistenti al momento dell'emanazione del provvedimento negativo, ma, altresì, a seguito della "deduzione di nuove ragioni di fatto e di diritto". Ne deriva che, secondo l'interpretazione prevalente in dottrina, la riproposizione dell'istanza cautelare rigettata per motivi di merito potrebbe fondarsi anche sulla deduzione di ragioni di fatto e di diritto nuove in quanto non precedentemente dedotte in sede di originaria proposizione del ricorso cautelare, con la conseguente vigenza del principio per il quale la preclusione ivi copre il dedotto, ma non il deducibile [cfr., tra gli altri, A. ATTARDI, *Le nuove disposizioni*, cit., 241; C. CONSOLO (-F.P. LUISO - B. SASSANI), *Commento all'art. 669-septies*, in *Commentario alla riforma del processo civile*, cit., 638 ss]. Autorevole parte della dottrina, anche alla luce della diversa esperienza degli altri sistemi processuali europei, è critica rispetto ad un tale assetto (v. G. TARZIA - M.C. GIORGETTI, *Il provvedimento negativo*, in *Il processo cautelare*, 2a ed., a cura di G. TARZIA, cit., spec. 405 ss), che, peraltro, secondo R. VACCARELLA, *Il procedimento cautelare dopo l'intervento della Corte costituzionale sul reclamo avverso provvedimenti negativi*, cit., 522 ss, sarebbe venuto meno già all'indomani della decisione con la quale la Corte Costituzionale estese il rimedio del reclamo anche ai

Distinta questione è quella avente ad oggetto la sussistenza di preclusioni alla riproponibilità dell'istanza cautelare nell'ipotesi in cui il rigetto della stessa dipenda da motivi di rito, ovvero dalla carenza di un presupposto processuale dell'azione cautelare o di quella principale cui la prima è accessoria: riteniamo, come del resto già evidenziato⁹⁷¹, che in questo caso la domanda cautelare, ove emendata dai relativi vizi, sia liberamente riproponibile anche in assenza di fatti nuovi.

8.3. L'impugnazione delle ordinanze cautelari del Tribunale di primo grado dinanzi alla Corte di Giustizia

Nel processo comunitario non è prevista alcuna forma di reclamo o di impugnazione dei provvedimenti cautelari volta a consentire un riesame di carattere devolutivo dell'istanza oggetto del procedimento in primo grado⁹⁷².

Le ordinanze emanate dal Tribunale della funzione pubblica sono infatti appellabili di fronte al Tribunale di primo grado, mentre le pronunce cautelari rese

provvedimenti di diniego delle istanze cautelari, proprio per la necessità di evitare forme di concorso tra strumenti spendibili rispetto ai medesimi provvedimenti. Una tale conclusione sarebbe per alcuni stata avallata, con una tacita abrogazione del richiamo alle “nuove ragioni di fatto e diritto” all'interno dell'art. 669-*septies* c.p.c., dall'introduzione, ad opera della l. 14 maggio 2005, n. 80, del primo periodo del quarto co. dell'art. 669-*terdecies* c.p.c., in virtù del quale le circostanze e i motivi sopravvenuti rispetto al momento della proposizione del reclamo cautelare debbono essere proposti, nel rispetto del principio del contraddittorio, nel procedimento di reclamo: si è infatti osservato che, con riferimento alle nuove ragioni di fatto e di diritto già note alle parti e quindi deducibili nella precedente fase, un tale comma deve essere interpretato nel senso che se le stesse non sono dedotte in sede di reclamo, anche nell'ipotesi in cui lo stesso non venga in concreto proposto nel termine perentorio previsto dal medesimo art. 669-*terdecies*, non possono giustificare una riproposizione dell'istanza cautelare rigettata (così C. PETRILLO, *Reclamo contro i provvedimenti cautelari*, in *Commentario alle riforme del processo civile, I*, a cura di A. BRIGUGLIO – B. CAPPONI, *cit.*, spec. 243 ss; *contra* G. BALENA, *La disciplina del procedimento cautelare “uniforme”*, in (-M. BOVE), *Le riforme più recenti del processo civile, cit.*, 361 – 362).

⁹⁷⁰ Salva, per l'appunto, la dimostrazione da parte del ricorrente di non aver potuto far valere precedentemente le circostanze in questione per causa a sé non imputabile.

⁹⁷¹ V., *retro*, § 5.

⁹⁷² In argomento cfr. P. BIAVATI, *Diritto processuale dell'Unione Europea, cit.*, 301. Sui rimedi esperibili avverso le ordinanze cautelari di primo grado nei principali sistemi processuali europei v., di recente, l'approfondita disamina di F. CORSINI, *Il reclamo cautelare, cit.*, spec. 48 ss.

da quest'ultimo possono essere impugnate dinanzi alla Corte di Giustizia⁹⁷³, nel termine di due mesi⁹⁷⁴ decorrente dalla notificazione delle stesse alla parte interessata⁹⁷⁵.

Diversamente, le ordinanze cautelari della Corte di Giustizia sono espressamente qualificate non impugnabili dall'art. 86, § primo, del regolamento di procedura⁹⁷⁶.

Occorre del resto evidenziare che, anche nelle ipotesi in cui sia riconosciuta la possibilità di impugnare per motivi di diritto le ordinanze cautelari, il giudice di secondo grado non potrà conoscere che dei motivi di violazione delle norme di diritto nella prima istanza del procedimento cautelare: secondo la comune opinione, trovano invero applicazione anche per le *procédure en référé*, l'art. 168 A del Trattato istitutivo e l'art. 58 dello Statuto della Corte di Giustizia, in virtù dei quali l'appello dinanzi alla stessa può essere proposto soltanto qualora siano fatte valere questioni di diritto⁹⁷⁷, identificate, più precisamente, nell'incompetenza del giudice che ha reso la pronuncia, nella violazione di norme

⁹⁷³ Occorre comunque evidenziare che, anche dinanzi alla Corte di Giustizia, il procedimento cautelare di secondo grado avrà carattere sommario (cfr. C. MORVIDUCCI, *Le misure cautelari nel processo comunitario*, cit., 115).

⁹⁷⁴ Secondo J.L. DA CRUZ VILLACA, *La procédure en référé comme instrument de protection juridictionnelle des particuliers en droit communautaire*, cit., 256 ss, un tale termine sarebbe estremamente lungo in considerazione delle esigenze proprie dei procedimenti cautelari.

⁹⁷⁵ La Corte di Giustizia ha opportunamente chiarito, peraltro, che le ordinanze non appellate nel termine di legge non passano in cosa giudicata, in quanto è sempre possibile, intervenuto un mutamento delle circostanze del caso concreto, una modifica o una revoca delle stesse (CGCE, ord. 14 febbraio 2002, *Commissione c. Artogodan*, cit., §§ 67 – 69). In argomento v. *retro* § 7.1.

⁹⁷⁶ E ciò anche nei casi nei quali è possibile che l'istanza cautelare venga proposta direttamente dinanzi alla Corte di Giustizia, *i.e.* qualora sia domandata la sospensione dell'efficacia esecutiva di una pronuncia del Tribunale di primo grado o nelle ipotesi in cui la domanda di misure cautelari sia proposta *ab origine* direttamente nel corso del giudizio dinanzi alla Corte di Giustizia.

⁹⁷⁷ Situazione che potrebbe invece essere diversa nel prossimo futuro per quanto attiene all'impugnazione dinanzi al Tribunale delle pronunce rese in prima istanza in particolari materie dalle c.d. camere giurisdizionali. Infatti è lo stesso art. 225 A, terzo comma, del Trattato CE a precisare che “le decisioni delle camere giurisdizionali possono essere oggetto di impugnazione per i soli motivi di diritto o, qualora la decisione sull'istituzione della camera lo preveda, anche per motivi di fatto dinanzi al Tribunale di primo grado”. A riguardo occorre peraltro evidenziare che la decisione 2 novembre 2004 n. 752, in G.U.C.E. 9 novembre 2004 n. 333, con la quale è stato istituito il Tribunale della funzione pubblica dell'Unione Europea, competente a conoscere in primo grado del contenzioso in materia di personale, nel punto n. 8 del Preambolo si è affermato che le relative decisioni sono impugnabili dinanzi al Tribunale di primo grado esclusivamente per motivi di diritto.

processuali o di quelle sostanziali del diritto comunitario⁹⁷⁸. E' quindi ammesso esclusivamente un controllo del secondo giudice sulla legittimità della pronuncia cautelare, controllo che in linea di principio non si estendersi anche al corretto accertamento dei fatti da parte del giudice della cautela.

Proprio quest'ultimo profilo è quello di maggiore problematicità ai fini dell'appellabilità delle ordinanze cautelari, in quanto induce ad attribuire rilievo alla non pacifica distinzione, anche all'interno dei singoli sistemi giuridici nazionali, tra questioni di fatto e questioni di diritto⁹⁷⁹. Sebbene non sia questa la sede per affrontare *funditus* la problematica appena evocata, si ritiene comunque sia opportuno evidenziare che in dottrina possono attualmente distinguersi due principali impostazioni con riguardo alla stessa.

A riguardo occorre premettere che, quanto alla delimitazione tra questioni di fatto e questioni di diritto, i problemi sorgono soprattutto qualora si consideri la premessa minore del sillogismo giudiziario: è infatti principalmente in discussione se debba ricondursi all'una o all'altra delle questioni il giudizio di sussunzione della fattispecie concreta nella disposizione legale astratta⁹⁸⁰.

⁹⁷⁸ Cfr. J. BOULOUIS – M- DARMON – J.G. HUGLO, *Contentieux communautaire*, 2a ed., cit., 148 ; nonché J. RIDEAU – F. PICOD, *Le pourvoi sur les questions de droit*, in *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, 1995, 584 ss, i quali sottolineano che, al di là della circostanza che il termine « pourvoi », ovvero ricorso, non possa di per sé far ricondurre l'istanza proposta in secondo grado dinanzi alla Corte di Giustizia agli istituti della Cassazione o della Revisione, sebbene non possano essere rimessi in discussione davanti alla Corte comunitaria le constatazioni e gli apprezzamenti di fatto compiuti dal Tribunale; S. SONELLI, *Appeal on point of law in the Community system – a review*, in *Common Market Law Review*, 1998, 871 ss, spec. 890. In giurisprudenza v. CGCE, ord. 15 aprile 1998, *Camar c. Commissione*, C-43/98, in *Racc.*, 1998, 1815; CGCE, ord. 19 luglio 1995, *Commissione c. Atlantic Container Line*, C-149/95, in *Racc.*, 1995, 2165. Cfr. anche M. GROS, *Le pourvoi devant la Cour de justice des Communautés européennes*, in *A.J.D.A.*, 1995, 859.

⁹⁷⁹ Cfr. J.L. DA CRUZ VILACA, *La procédure en référé comme instrument de protection jurisdictionnelle des particuliers en droit communautaire*, cit., 300 ; S. SONELLI, *Appeal on point of law in the Community system – a review*, cit., 872.

⁹⁸⁰ Posto che, da un lato, gli apprezzamenti in fatto soggiacciono al sovrano apprezzamento dei giudici di merito e, da un altro, le qualificazioni giuridiche sono annoverate tra le questioni di diritto. Più in generale, sulla distinzione tra questioni di fatto e questioni di diritto, tra i molti, v. AA.VV., *Le Corti Supreme Europee: accesso, filtri e selezione*, Milano, 2001; AA.VV., *Le fait et le droit. Etudes de Logique juridique*, Bruxelles, 1961; A. BONET NAVARRO, *Los recursos en el proceso civil*, Madrid, 2000; L. BORE' – J. BORE', *La Cassation en matière civile*, Paris, 2003; M. BOVE, *Il sindacato della Corte di Cassazione: contenuto e limiti*, Milano, 1993; S.

Ciò posto, secondo i fautori della dottrina c.d. logica, dovrebbero ricondursi propriamente alle questioni di fatto insindacabili in sede di legittimità gli accertamenti della realtà effettuati dal giudice del merito, realtà che deve essere intesa non in un'accezione puramente oggettiva quanto alla stregua del quadro della stessa creato dalla coscienza umana attraverso la percezione⁹⁸¹.

I limiti della teoria appena richiamata sono evidenti soprattutto nelle fattispecie nelle quali non è possibile una conoscenza del reale svincolata dalla qualificazione giuridica della stessa e nelle c.d. *Gesamtsituationen*, nelle quali la fattispecie non può essere definita sotto il profilo materiale ma soltanto essere qualificata giuridicamente⁹⁸².

E' stata quindi elaborata una differente teoria per delimitare i giudizi sussuntivi sindacabili in sede di legittimità e quelli che, al contrario, sono soggetti al sovrano apprezzamento del giudice del merito: i criteri utilizzati hanno carattere esclusivamente processuale e si fondano sulla funzione primaria delle Corti

CHIARLONI, *La Cassazione e le norme*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1990, 982 ss; M. DE LA PLAZA Y NAVARRO, *El recurso de casación civil*, Madrid, 1944; E. FAZZALARI, *La Cassazione Civile*, Milano, 1960; HENKE, *Die Tatfrage*, Duncker & Humblot, 1966; JACKSON, *Questions of Fact and Questions of Law*, in *Fact and Law* a cura di TWINING, Arsp, 1983, 85 ss; KUCHINKE, *Grenzen der Nachprüfbarkeit in der trichterlicher Würdigung und Feststellung zum Revisionsrecht*, Berlin, 1964; M. LOREDO COLUNGA, *La casación civil: el ámbito de recurso y su adecuación a los fines casacionales*, Valencia, 2004; MANIGK, *Beiträge zum Revisionsrecht*, in *ZZP*, 1960, 385 ss; J. MONTERO AROCA – FLOR MATIES, *Los recursos en el proceso civil*, Valencia, 2001; MUREINIK, *The Application of rules: Law or Fact?*, in *LQR*, 1982, 587 ss; J. NIEVA FENOLL, *El recurso de casación civil*, Barcelona, 2002; F. RIGAUX, *La nature du contrôle de la Cour de cassation*, Bruxelles, 1966; SCHWINGE, *Grundlagen des Revisionsrechts*, 2a ed., 1960; M. TARUFFO, *Il vertice ambiguo*, Bologna, 1991; WILSON, *Fact and Law*, in *Law, Interpretation and Reality* a cura di NERHOT, London, 1990, 11 ss. Si segnalano inoltre in argomento importanti contributi nella dottrina italiana più recente: v. B. SASSANI, *Il nuovo giudizio di Cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 217 ss; C. CONSOLO, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, Padova, 2006, spec. 157-214; A. NAPPI, *Il sindacato di legittimità nei giudizi civili e penali di cassazione*, Milano, 2006; A. PANZAROLA, *La Cassazione civile giudice del merito*, I e II, Torino, 2005; R. TISCINI, *Il ricorso straordinario in Cassazione*, Torino, 2005.

⁹⁸¹ In argomento, anche per i riferimenti, M. BOVE, *Il sindacato della Corte di Cassazione: contenuto e limiti*, 30 ss.

⁹⁸² Più in particolare, è estremamente complessa una conoscenza del reale svincolata da ogni qualificazione giuridica, ad es., nella fattispecie dei maltrattamenti: infatti i singoli atti di violenza domestica saranno riconducibili alla norma incriminatrice soltanto qualora ne riproducano in concreto gli elementi, tra i quali rientra l'abitudine. Tipica *Gesamtsituation* si ha, invece, nel caso delle immissioni di cui all'art. 844 c.c., illegittime soltanto qualora a seguito dell'apprezzamento del giudice risulti che superino la normale tollerabilità. Per simili considerazioni v., *amplius*, M. BOVE, *Il sindacato della Corte di Cassazione: contenuto e limiti*, cit., 65 ss.

Supreme, *i.e.* quella di assicurare l'unità e la coerenza delle norme giuridiche nel sistema di riferimento. Ne deriva che, in una tale prospettiva, il sindacato di legittimità si ritiene ammissibile soltanto in presenza di una questione attraverso la decisione della quale la Corte Suprema avrà l'occasione di elaborare una norma generalizzabile oltre la fattispecie particolare oggetto della decisione e, quindi, di porre criteri-guida ai giudici di merito per la risoluzione dei casi simili⁹⁸³.

I complessi problemi, che abbiamo ora cercato di enucleare soltanto in estrema sintesi, che sorgono in tema di delimitazione della distinzione tra questioni di fatto e questioni di diritto, si riflettono, pertanto, anche sulla possibilità nel processo comunitario di impugnare le ordinanze cautelari rese dal Tribunale di primo grado. Né si può trascurare che nel processo cautelare comunitario la situazione è suscettibile di porsi in termini particolarmente problematici, alla stregua di quanto ad es. avviene per le controversie in materia di concorrenza nella quale vengono sovente in rilievo complessi apprezzamenti di carattere economico⁹⁸⁴.

⁹⁸³ Cfr., tra gli altri, nella dottrina italiana, M. BOVE, *Il sindacato della Corte di Cassazione: contenuto e limiti*, cit., 65 ss; F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, II, 3a ed., cit., spec. 360 ss, i quali sottolineano che particolarmente importante è la funzione nomofilattica esercitata dalle Corti Supreme nella ricostruzione del contenuto dei concetti giuridici indeterminati, in relazione ai quali, invero, sono i giudici a dover definire la c.d. zona grigia degli stessi. Occorre peraltro sottolineare, alla stregua di quanto non ha opportunamente mancato di sottolineare N. PICARDI, *L'equità integrativa nel nuovo processo del lavoro*, in *Riv. dir. proc.*, 1976, 467, che non è possibile una considerazione unitaria di tutte le norme a struttura aperta e quindi dei poteri del giudice ad esse collegati. Difatti possono distinguersi almeno due differenti fenomeni, *i.e.* i concetti – valvola (buona fede, buon costume, etc.) ed i concetti giuridici indeterminati veri e propri. Nel primo caso il legislatore, posta l'impossibilità di cristallizzare sul piano normativo regole tratte dalla realtà sociale impone al giudice di ricondursi, all'atto della decisione, a tali canoni pre-giuridici e di definire la controversia proprio attraverso un'opera di sintesi tra la sempre mutevole realtà sociale ed il sistema giuridico. Diversamente, nell'ipotesi degli *unbestimmen Rechtsbegriffe* il giudice è piuttosto chiamato a svolgere un'opera di auto-integrazione dell'ordinamento, dovendo progressivamente riempire la zona grigia del concetto delle direttive già insite nel c.d. margine di sicurezza "positivo" del concetto, il quale con il trascorrere del tempo andrà sempre più ad arricchirsi. In un tale contesto è, pertanto, evidente l'importanza dell'attività della S.C. nell'opera di delimitazione contenutistica del concetto giuridico originariamente indeterminato. Ha più di recente sottolineato la necessità che l'accesso al giudizio di Cassazione sia delimitato in coerenza con la finalità nomofilattica svolta dalla Corte Suprema R. TISCINI, *Il ricorso straordinario in Cassazione*, cit., spec. 599 ss.

⁹⁸⁴ Così J. RIDEAU – F. PICOD, *Le pourvoi sur les questions de droit*, cit., 594, secondo i quali una tale incertezza attribuisce nei casi concreti non secondari poteri di carattere discrezionale alla

Ciò premesso, occorre evidenziare che tra le questioni di diritto rientrano quelle che attengono all'interpretazione di disposizioni normative da parte del giudice *a quo*⁹⁸⁵. Un esempio di controllo da parte della Corte di Giustizia della corretta interpretazione della legge da parte del Tribunale è il caso *SFEI*: nella fattispecie era stata contestata dalla parte ricorrente la nozione di atto impugnabile ai sensi dell'art. 230 del Trattato CE fatta propria dal giudice di prima istanza. Secondo quest'ultimo, infatti, una lettera della Commissione con la quale quest'ultima comunicava alle imprese denuncianti la propria volontà di non dare corso ad alcun procedimento nei confronti delle imprese concorrenti era un atto non impugnabile in quanto meramente preparatorio. Nella diversa impostazione affermata dalla Corte di Giustizia in sede di impugnazione, si è invece ritenuto che si trattasse di un atto definitivo, per questo rientrante tra quelli impugnabili a norma dell'art. 230 del Trattato CE, poiché pone termine alla procedura cui ha dato corso la denuncia delle imprese concorrenti⁹⁸⁶.

Peraltro, in ordine alla delimitazione tra questioni di fatto e questioni di diritto, come si accennava, le maggiori problematiche si pongono ove si abbia riguardo alla premessa minore del sillogismo giudiziario, *i.e.* all'applicazione delle norme di diritto⁹⁸⁷.

A riguardo, la Corte di Giustizia ha innanzitutto riconosciuto, al pari di quanto effettuato anche dalle Corti Supreme negli ordinamenti nazionali, il

Corte di Giustizia, che potrà decidere in ordine alla ricevibilità dei singoli ricorsi in ragione della politica giurisprudenziale preferita.

⁹⁸⁵ Evidenzia esattamente S. SONELLI, *Appeal on point of law in the Community system – a review, cit.*, 877, che il controllo sulla corretta interpretazione della legge da parte dei giudici inferiori è estremamente importante per una Corte Suprema la quale è invero responsabile dello sviluppo normativo attraverso l'interpretazione.

⁹⁸⁶ Così CGCE, 16 giugno 1994, *SFEI c. Commissione*, C-39/93, in *Racc.*, 1994, 2681, §§ 26 ss.

⁹⁸⁷ Cfr., con specifico riguardo al processo comunitario, S. SONELLI, *Appeal on point of law in the Community system – a review, cit.*, spec. 882 ss.

proprio controllo sulla correttezza delle qualificazioni giuridiche dei fatti e delle conseguenze giuridiche da ciò tratte dal Tribunale⁹⁸⁸.

Sono dichiarati irricevibili, diversamente, i ricorsi con i quali si lamenta un erroneo apprezzamento dei fatti da parte del giudice di prima istanza⁹⁸⁹. In proposito deve evidenziarsi, con specifico riguardo ai procedimenti cautelari, che nei sistemi giuridici nazionali nei quali è ammesso un sindacato di legittimità sui provvedimenti di natura cautelare⁹⁹⁰, l'apprezzamento della sussistenza del presupposto dell'urgenza è demandato al potere sovrano di apprezzamento dei giudici del fatto e non può essere oggetto di controllo in sede di legittimità⁹⁹¹. Ciò

⁹⁸⁸ CGCE, ord. 30 aprile 1997, *Moccia Irme c. Commissione*, C-89/97, in *Racc.*, 1997, 2327; CGCE, 1° giugno 1994, *Commissione c. Brazzelli Lualdi*, C-136/92, in *Racc.*, 1994, 1981, § 52; CGCE, 28 novembre 1991, *Schwedler c. Parlamento*, C-132/90, in *Racc.*, 1991, 5745.

⁹⁸⁹ Cfr., tra le altre, CGCE, 2 giugno 1994, *De Compte c. Parlamento*, *cit.*, 209; CGCE, 22 dicembre 1993, *Eppe c. Commissione*, C-354/92, in *Racc.*, 1993, 7027; CGCE, 1° ottobre 1991, *Vidrányi c. Commissione*, C-283/90, in *Racc.*, 1991, 4339. Si è ritenuto che tra le questioni di fatto insindacabili da parte della Corte di Giustizia rientra, ad es., quella avente ad oggetto la circostanza se la nomina di un funzionario sia avvenuta o meno nella vacanza del relativo posto (v. CGCE, 2 aprile 1992, *Pitrone c. Commissione*, C-378/90, in *Racc.*, 1992, 2375).

⁹⁹⁰ Tra questi sistemi non può, ad es., essere annoverato quello italiano posto che il ricorso per cassazione ordinario a norma dell'art. 360 c.p.c. non è dato anche per i provvedimenti di natura cautelare ed, inoltre, che una costante giurisprudenza ritiene inammissibile in questi casi anche la proposizione del ricorso c.d. straordinario per cassazione ai sensi dell'art. 111 Cost., in quanto il carattere intrinsecamente provvisorio delle misure cautelari impedirebbe di considerare le stesse, anche se emanate in sede di reclamo, definitive e quindi di considerarle sentenze in senso sostanziale (Cass 22 febbraio 2006 n. 3919; Cass 24 gennaio 2006 n. 1332; Cass 4 agosto 2005 n. 16374; Cass 7 marzo 2005 n. 4879). Occorre peraltro tener presente che nel prossimo futuro la Corte di Cassazione italiana potrebbe essere chiamata a svolgere la propria funzione nomofilattica anche in relazione ai procedimenti di natura cautelari, posto che il recente d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, ha modificato l'art. 363 c.p.c. nel senso, da un lato, di consentire al Procuratore generale presso la Corte di Cassazione di chiedere alla stessa di enunciare il principio di diritto cui il giudice del merito avrebbe dovuto attenersi anche nell'ipotesi in cui le parti non abbiano proposto il ricorso o vi abbiano rinunciato o lo stesso provvedimento non sia ricorribile per cassazione o altrimenti impugnabile e, da un altro, di abilitare la S.C. a pronunciare il principio di diritto anche nell'ipotesi in cui il ricorso per cassazione proposto dalle parti sia dichiarato inammissibile, tutte le volte che la questione decisa sia di particolare importanza. Il ricorso nell'interesse della legge potrebbe quindi assurgere a strumento elettivo per consentire il controllo in sede di legittimità anche in ambiti – primi tra tutti quelli dei procedimenti cautelari e camerali – nei quali non è ammesso né il ricorso ordinario per cassazione, né quello straordinario ai sensi dell'art. 111 Cost. (cfr., in dottrina, B. SASSANI, *Il nuovo giudizio di Cassazione*, *cit.*, 824; ma v. anche i rilievi critici di G. TARZIA, *Il giudizio di Cassazione nelle proposte di riforma del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, 201 ss, 210).

⁹⁹¹ Cfr., da ultimo, S. GUINCHARD – F. FERRAND, *Procédure civile. Droit interne et droit communautaire*, 28a ed., Paris, 2006, 307; J. VUITTON – X. VUITTON, *Les référés*, 2a ed., Paris, Litec, 2006, 21, i quali sottolineano che l'urgenza è una questione di fatto ed, invero, si tratta di una di quelle rare qualificazioni che la Corte di Cassazione rifiuta di controllare (cfr., *ex multis*, Cour de Cass., Pr. Ch. Civ., 21 giugno 1989; Cour de Cass., Ch. Com., 24 giugno 1986; Cour de Cass., Pr. Ch. Civ., 31 gennaio 1984; Cour de Cass., Ch. Com., 14 marzo 1984; Cour de Cass., Dou. Ch. Civ., 20 luglio 1981; Cour de Cass., Pr. Ch. Civ., 7 ottobre 1980; Cour de Cass. Civ., 4

si ricollega alla natura “relativa” del presupposto dell’urgenza, che può essere apprezzato soltanto attraverso una comparazione tra il tempo che il ricorrente può attendere senza subire un pregiudizio irreparabile e quello necessario per l’emanazione della decisione di merito: sono quindi constatazioni di mero fatto a giustificare l’urgenza⁹⁹².

Possiamo inoltre richiamare, ricollegandoci alle considerazioni già svolte in tema di poteri del giudice nella conduzione dell’istruttoria in sede cautelare e nella valutazione delle prove eventualmente assunte, alcune decisioni in tema di onere della prova circa la sussistenza dei presupposti della tutela cautelare. Secondo la Corte di Giustizia il sindacato in ordine alla raggiunta prova da parte del ricorrente cautelare degli elementi costitutivi della propria pretesa, cioè a dire il *fumus boni juris* ed il *periculum in mora*, appartiene esclusivamente al Tribunale di primo grado e non può quindi essere posto in discussione, salve alcune situazioni di natura eccezionale, in sede di appello⁹⁹³.

Peraltro, l’analisi della giurisprudenza ci mostra che la Corte tende comunque a riservarsi un controllo in ordine alla correttezza degli accertamenti in fatto del Tribunale almeno in due ipotesi.

marzo 1954, in *Dalloz*, 1954, 386). Giova sottolineare che nel sistema processuale francese la Corte di Cassazione è chiamata ad esercitare il proprio controllo anche sui provvedimenti cautelari poiché le misure cautelari, alla stregua di quelle che definiscono un procedimento *au fond*, sono soggette ad appello e, quindi, laddove la parte interessata denunci vizi di diritto a ricorso per cassazione. Sempre nell’ordinamento francese, per quanto attiene ai provvedimenti cautelari pronunciati dai giudici amministrativi, occorre evidenziare che l’orientamento del Consiglio di Stato sulla questione in esame è il medesimo di quello della Cassazione, di talché si ritiene che l’apprezzamento circa la sussistenza del presupposto dell’urgenza appartenga in via esclusiva al giudice del merito, riservandosi un controllo esclusivamente sull’esistenza o la sufficienza della motivazione (Cfr., tra le altre, Cons. État, sez. VII, 25 aprile 2001, in *RFDA*, 2001, 809 ; Cons. État, sez. VII, 28 febbraio 2001, *Sté Sud-Est Assainissement*, in *AJDA*, 2001, 461, chron. COLLIN e GUYOMAR).

⁹⁹² Cfr. J. NORMAND, *Jurisprudence française en matière de droit judiciaire privé*, cit., 151, il quale sottolinea, acutamente, che « *l’appréciation de l’urgence est question d’espèce* ».

⁹⁹³ Così CGCE, ord. 8 aprile 2003, *Gómez-Reino c. Commissione*, C-471/02, in *Racc.*, 2002, 3207, §§ 45 – 49; CGCE, ord. 19 luglio 1995, *Atlantic Container Line c. Commissione*, C-149/95, in *Racc.*, 1995, 2165, § 38.

In primo luogo si ritiene ammissibile la deduzione sia degli errori di fatto di carattere manifesto sia della *dénaturation* dei mezzi di prova da parte del giudice di prime cure. Di talché, se in linea di principio è al Tribunale che compete in via esclusiva accertare i fatti, esaminare le prove e valutarne l'efficacia, la Corte ha talvolta ammesso il proprio sindacato anche in questi casi.

Quanto all'accertamento dei fatti si è infatti affermato che la competenza esclusiva del Tribunale viene meno qualora possa desumersi dai documenti a disposizione dello stesso un errore manifesto posto in essere nel corso di un tale accertamento⁹⁹⁴.

Con riguardo all'esame ed alla valutazione delle prove, la Corte limita, come detto, il proprio controllo alle fattispecie nelle quali vi è stata una *dénaturation* delle da parte del Tribunale, cioè a dire qualora lo stesso abbia tratto conseguenze distorte da un mezzo di prova⁹⁹⁵. Una tale forma di sindacato ha origine nel sistema francese. Non è superfluo ricordare, infatti, che la c.d. *dénaturation* costituisce una particolare forma di controllo sugli atti giuridici privati esercitata dalla Corte di Cassazione francese a partire da una nota pronuncia del 15 aprile 1872 ed utilizzata dalla giurisprudenza successiva per consentire anche un sindacato di legittimità sulle leggi straniere e, per l'appunto, sugli atti di procedura. Al fine di meglio comprendere la portata di un siffatto controllo sono utili alcune brevi notazioni sulle origini dello stesso. Sin dal momento dell'istituzione del Tribunal de Cassation, infatti, lo stesso si era riservato un controllo in ordine all'interpretazione ed applicazione dei contratti da parte dei giudici di merito, sulla base dell'art. 1134, comma primo, c.c., in forza

⁹⁹⁴ Così CGCE, 1° giugno 1994, *Commissione c. Brazzelli Lualdi*, C-136/92, in *Racc.*, 1994, 1981, § 49.

⁹⁹⁵ CGCE, 2 marzo 1994, *Hilti c. Commissione*, C-53/92, in *Racc.*, 1994, 667, § 43; cfr. S. SONELLI, *Appeal on point of law in the Community System – A Review*, cit., 887 – 888. Secondo J. RIDEAU – F. PICOD, *Le pourvoi sur les questions de droit*, cit., 596, in tal modo la Corte vigila circa il rispetto da parte del Tribunale delle regole in tema di amministrazione delle prove.

del quale il contratto ha forza di legge tra le parti. Tuttavia ciò comportava una vera e propria finzione giuridica, poiché un atto di autonomia privata finiva con l'essere assimilato ad una legge. Di talché già con la pronuncia 5 luglio 1808, la stessa Corte di Cassazione mutò la propria giurisprudenza, limitando il proprio controllo al rispetto da parte dei giudici di merito delle regole legali dettate in materia di interpretazione dei contratti. Anche una tale posizione, peraltro, poteva comportare problemi pratici, soprattutto sotto il profilo dell'equità: i giudici di merito, invero, facendo leva sulla sovranità dei propri poteri in materia di interpretazione, avrebbero difatti potuto attribuire agli atti di autonomia privata un significato del tutto diverso da quello chiaramente risultante dal testo degli stessi. In una tale prospettiva, la citata pronuncia 15 aprile 1872, consentì alla Corte di Cassazione di sancire, sempre in forza dell'art. 1134, comma primo, c.c., il proprio sindacato sui contratti scritti il cui significato chiaro e preciso fosse stato del tutto stravolto dall'interpretazione del giudice di merito. La *dénaturation* ricorre, pertanto, nelle ipotesi di un errore manifesto nell'individuazione del significato di un atto scritto chiaro e preciso. Una tale forma di controllo è stata peraltro criticata ben presto da autorevole dottrina, poiché la stessa non sarebbe funzionale ai compiti nomofilattici attribuiti in via primaria ad una Corte Suprema ed, in ogni caso, postulerebbe la possibilità di poter sempre e comunque operare una distinzione, nei casi concreti non sempre facile, tra atti scritti dal significato chiaro e preciso ed atti dal significato oscuro, sottratti ad un tale sindacato in sede di legittimità⁹⁹⁶. Ciò, tuttavia, non ha impedito alla giurisprudenza della S.C. di estendere il sindacato in esame anche alla valutazione delle prove: infatti la Corte di Cassazione francese, con una decisione del 1893, sancì la propria possibilità di

⁹⁹⁶ Il riferimento è ad E. FAYE, *La Cour de Cassation*, Paris, 1999, rist. ediz. 1903, 186-195, spec. 192.

esercitare un controllo anche sullo stravolgimento da parte dei giudici di merito del significato chiaro e preciso di una consulenza tecnica⁹⁹⁷.

Un sindacato circa la corretta qualificazione giuridica dei fatti, sotto il profilo dell'esatta giustificazione del ragionamento seguito dal giudice di primo grado, è poi operato dalla Corte di Giustizia anche per il tramite del sindacato sulla motivazione⁹⁹⁸. Infatti, nonostante l'art. 58 dello Statuto della Corte di Giustizia non includa tra i motivi di diritto che giustificano l'impugnazione delle decisioni del Tribunale i difetti di motivazione, la Corte esercita un controllo anche sugli stessi sulla base dell'art. 190 del Trattato CE, norma che impone alle istituzioni comunitarie di motivare i propri atti⁹⁹⁹. Sotto un tale profilo si ritiene possibile non soltanto che la pronuncia del Tribunale sia censurata per l'assenza o la contraddittorietà della motivazione, bensì anche per l'insufficienza della stessa in relazione ai fatti accertati¹⁰⁰⁰. E' importante sottolineare, con specifico riguardo ai procedimenti cautelari, che proprio attraverso il sindacato sulla motivazione il

⁹⁹⁷ Si può ritenere che tale orientamento è rimasto costante, nonostante le contrarie pronunce, anche recenti, della sezione commerciale della Corte di Cassazione: cfr. Cass, Ch. Comm., 14 aprile 1994 e 2 marzo 1993, entrambe in JCP, 1993, 3355, con nota adesiva di A. PERDRIAU e nota critica di J. BORE'). Sul complesso delle questioni attinenti alla *dénaturation* degli atti chiari e precisi v. comunque, *funditus*, J. BORE', *Un centenaire: le contrôle par la Cour de Cassation de la dénaturation des actes*, in *Rev. dr. civ.*, 1972, 254 ss.

⁹⁹⁸ La motivazione, quale discorso giustificativo volto a supportare le conclusioni raggiunte con l'emanazione di una determinata pronuncia, è invero il tramite necessario, insieme alla pubblicità, per verificare se il giudice abbia esercitato correttamente o meno il proprio potere discrezionale (così, limpidamente, N. PICARDI, *La vocazione del nostro tempo per la giurisdizione*, cit., 199; in arg. v. anche W. BIGIAMI, *Il controllo di logicità in Cassazione*, in *Foro it.*, 1939, V, 33 ss).

⁹⁹⁹ Cfr., sul punto, S. SONELLI, *Appeal on point of law in the Community System – A Review*, cit., 889.

¹⁰⁰⁰ CGCE, 28 novembre 1996, *Odigitria c. Consiglio*, C-293/95, in *Racc.*, 1996, 6129, §§ 23 ss; CGCE, 1° ottobre 1991, *Vidranyi c. Commissione*, C-283/90, in *Racc.*, 1991, 1339, § 29. Più in generale, non si può a nostro avviso trascurare che la differenza tra il controllo di legittimità sull'assenza della motivazione e quello sulla c.d. illogicità della stessa è stata ben delineata proprio nell'esperienza giuridica francese nella quale manca, come è noto, un'elencazione dei motivi di ricorso per cassazione, poiché l'art. 604 del *nouveau code de procédure civile* si limita a sancire che è possibile ricorrere in sede di legittimità per denunciare la violazione di norme di diritto. Più precisamente, secondo la *Cour de Cassation* si ha difetto di motivazione – vizio di carattere "formale" inidoneo a pregiudicare la pronuncia *au fond* - sia nell'ipotesi "flagrante" di assenza materiale della motivazione sia ove la motivazione si concreti in esplicazioni di ordine generale di per sé inidonee a giustificare la decisione, mentre, diversamente, la c.d. *manque de base légale* si realizza qualora dall'illogicità della motivazione si possa presumere un'insufficiente o contraddittorio apprezzamento dei fatti da parte del giudice di merito: proprio in tal senso si connota il c.d. controllo di logicità. In arg. VOULET, *L'interprétation des arrêts de la Cour de cassation*, in JCP, 1970, I, 2305.

giudice di legittimità si riserva un controllo in ordine all'apprezzamento del presupposto dell'urgenza da parte del giudice della cautela di primo grado¹⁰⁰¹: di talché se rientra nel sovrano potere di apprezzamento dello stesso la valutazione circa la sussistenza del medesimo nelle fattispecie concrete, potrà essere controllato in sede di legittimità l'esistenza e la coerenza della motivazione del giudice del merito in ordine alla sussistenza delle circostanze che denotano la ricorrenza, nell'*espèce*, del presupposto dell'urgenza.

Ciò premesso quanto alla portata del sindacato che di norma la Corte di Giustizia esercita sulle pronunce del Tribunale, occorre sottolineare che lo stesso assume connotati particolari nell'ipotesi di precipuo interesse in questa sede, ovvero quella dell'impugnazione delle ordinanze cautelari di primo grado, in ragione della particolare natura delle procedure cautelari e della circostanza che all'interno delle stesse la valutazione delle circostanze che caratterizzano le singole fattispecie concrete assume particolare importanza¹⁰⁰².

A tal proposito la Corte di Giustizia ha riconosciuto che, in sede di decisione dei procedimenti cautelari, il Tribunale gode di un ampio potere discrezionale, soprattutto nel determinare l'ordine nel quale i presupposti della tutela richiesta devono essere esaminati¹⁰⁰³.

Quanto al bilanciamento tra gli interessi in causa ai fini della concessione delle misure cautelari, la Corte di Giustizia ha, nella medesima prospettiva, sottolineato che le relative valutazioni spettano in via di principio al Tribunale e che possono essere oggetto di controllo esclusivamente in presenza di un errore manifesto di apprezzamento¹⁰⁰⁴.

¹⁰⁰¹ Apprezzamento che, alla stregua di quanto abbiamo evidenziato, rientra in linea di principio tra quelli soggetti al potere sovrano dei giudici di merito.

¹⁰⁰² Cfr. S. SONELLI, *Appeal on point of law in the Community System – A Review*, cit., 890.

¹⁰⁰³ Così CGCE, ord. 19 luglio 1995, *Atlantic Container Line c. Commissione*, cit., § 23.

¹⁰⁰⁴ CGCE, ord. 19 luglio 1995, *Atlantic Container Line c. Commissione*, cit., § 56.

Occorre poi tener presente che se, come detto, la Corte di Giustizia esercita, ex art. 190 del Trattato CE, un controllo in ordine alla sufficienza della motivazione della pronuncia impugnata, un tale sindacato è senz'altro meno rigoroso nel caso della motivazione delle ordinanze cautelari, poiché è consolidato il principio in virtù del quale il giudice della cautela, al fine di adempiere compiutamente all'obbligo di motivazione, non è tenuto a rispondere espressamente a tutti i punti di fatto o di diritto discussi nel corso della procedura, essendo sufficiente l'indicazione delle motivazioni che secondo lo stesso giustificano ragionevolmente, alla luce delle circostanze proprie della fattispecie concreta, il provvedimento emanato e consentano alla Corte di Giustizia di esercitare il proprio sindacato giurisdizionale¹⁰⁰⁵.

Riteniamo ora utile la considerazione di alcune pronunce della Corte di Giustizia, che appaiono emblematiche della portata del controllo esercitato dalla stessa sulle ordinanze cautelari emanate dal Tribunale di primo grado.

Emblematica pronuncia resa in sede di appello avverso un ordinanza cautelare dalla Corte di Giustizia è quella relativa all'*affaire Antonissen*¹⁰⁰⁶, con la quale per la prima volta è stato accolto un ricorso avverso il rigetto di un'istanza cautelare da parte del Tribunale di primo grado. La Corte ha quindi colto l'occasione per fornire, altresì, importanti indicazioni sulla nozione di

¹⁰⁰⁵ Così, tra le altre, CGCE, ord. 8 aprile 2003, *Gómez-Reno c. Commissione*, C-471/02, in *Racc.*, 2003, 3207, § 29; CGCE, ord. 12 febbraio 2003, *Marcuccio c. Commissione*, C-399/02, in *Racc.*, 2003, 1417, § 40; CGCE, ord. 10 settembre 1997, *Chaves Fonseca Ferrão c. Ufficio dell'armonizzazione nel mercato interno*, C-248/97, in *Racc.*, 1997, 4729, § 20; CGCE, ord. 11 luglio 1996, *Goldstein c. Commissione*, C-148/96, in *Racc.*, 1996, 3883, § 25; CGCE, ord. 19 luglio 1995, *Commissione c. Atlantic Container Line e altri*, C-149/95, in *Racc.*, 1995, 2165, § 58; TPI, ord. 22 dicembre 2004, *Microsoft c. Commissione*, *cit.*, § 73. Cfr. sul punto H.G. SCHERMERS – D.F. WAELBROECK, *Judicial Protection in the European Union*, 6a ed., *cit.*, 705; S. SONELLI, *Appeal on points of law in the Community system – a review*, *cit.*, 891.

¹⁰⁰⁶ Più in particolare, v., per il primo grado, TPI, ord. 29 novembre 1996, *Antonissen c. Consiglio e Commissione*, T-179/96, in *Racc.*, 1996, II-1641 e, quindi, CGCE, ord. 29 gennaio 1997, *Antonissen c. Consiglio e Commissione*, C-393/96, in *Racc.*, 1996, 1441.

provvisorietà delle misure cautelari¹⁰⁰⁷. Nella fattispecie concreta il ricorrente aveva chiesto che la Commissione fosse condannata a versargli a titolo provvisorio alcune somme di denaro, al fine di evitare che lo stesso fosse dichiarato fallito prima che il Tribunale avesse potuto decidere del merito del ricorso principale volto ad ottenere un indennizzo a causa della responsabilità extracontrattuale della Comunità nell'ambito del contenzioso delle c.d. quote latte. Il Tribunale aveva rigettato il ricorso cautelare senza neppure esaminare i presupposti c.d. di merito dello stesso, evidenziando che nella fattispecie concreta era stata domandata una misura cautelare completamente anticipatoria del contenuto della decisione di merito, che sarebbe stata idonea a produrre effetti irreversibili anche a seguito dell'emanazione della decisione sul ricorso principale.

Proprio una tale impostazione è stata ritenuta illegittima in sede d'appello dalla Corte di Giustizia, la quale ha affermato che la stessa si poneva in contrasto con il principio di effettività della tutela giurisdizionale nel sistema comunitario in quanto il provvedimento richiesto era stato negato esclusivamente alla luce di considerazioni riconnesse alla natura del procedimento cautelare, senza neppure esaminare se, nell'*espèce*, la plausibilità della pretesa fatta valere dal ricorrente e l'urgenza fossero tali da rendere necessaria una misura cautelare del tutto anticipatoria della decisione di merito¹⁰⁰⁸. Peraltro, la stessa Corte di Giustizia aveva sottolineato, nel rinviare nuovamente la decisione al Tribunale di primo grado sulla base dei principi di diritto sanciti, che doveva essere in ogni caso evitato che, in contrasto con la propria natura provvisoria, sancita anche dall'art.

¹⁰⁰⁷ In tal senso anche J.L. DA CRUZ VILACA, *La procédure en référé comme instrument de protection juridictionnelle des particuliers en droit communautaire*, cit., spec. 303 ss.

¹⁰⁰⁸ V. CGCE, ord. 21 gennaio 1997, *Antonissen c. Consiglio e Commissione*, cit., spec. §§ 36-41.

36 dello Statuto della Corte, l'ordinanza cautelare potesse produrre effetti irreversibili¹⁰⁰⁹.

¹⁰⁰⁹ Cfr., in argomento, F. BERROD, *La systématique des voies de droit communautaries*, cit., 700.

PARTE SECONDA

DIRITTO COMUNITARIO E TUTELA

CAUTELARE DINANZI AI GIUDICI NAZIONALI

Capitolo VII

Tutela cautelare concessa dal giudice nazionale sulla base di norme comunitarie

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Conflitto tra norme comunitarie e norme interne: il ruolo del giudice nazionale – 2.1. Il “caso” italiano – 2.2. La Corte Costituzionale tedesca e la riserva dei diritti fondamentali – 2.3. Le oscillazioni della giurisprudenza francese tra adesione alla tesi monista e tutela della sovranità nazionale - 2.4. Il primato del diritto comunitario nel progetto di Costituzione per l'Europa - 3. La disapplicazione provvisoria delle disposizioni interne in contrasto con le norme comunitarie 3.1. Disapplicazione provvisoria tra sindacato diffuso e sindacato accentrato in ordine alla compatibilità tra norme comunitarie e norme interne – 4. I criteri che il giudice nazionale deve seguire ai fini della disapplicazione provvisoria delle norme interne: la portata del principio di autonomia processuale degli Stati membri – 5. Vicende del provvedimento cautelare emanato per via di disapplicazione provvisoria di una norma nazionale.

1. Premessa

Nella prima parte del presente studio si è analizzato, in una prospettiva problematica, il processo cautelare comunitario, partendo dalle disposizioni del Trattato istitutivo CE dedicate allo stesso, ovvero gli artt. 242 e 243, relativi, rispettivamente, alla sospensione dell'esecuzione dell'atto impugnato ed agli altri provvedimenti provvisori necessari a tutelare il ricorrente nella fattispecie concreta a fronte di un imminente pericolo di pregiudizio di carattere irreparabile.

Peraltro, le richiamate norme trovano applicazione limitatamente alle azioni c.d. dirette introdotte dinanzi ai giudici comunitari e non anche nelle ipotesi in cui la Corte di Giustizia sia adita in sede di rinvio pregiudiziale dai giudici nazionali¹⁰¹⁰: ne deriva che, a fronte di esigenze cautelari variamente fondate sul diritto comunitario, sono proprio questi ultimi a dover concedere la relativa tutela¹⁰¹¹.

Più in particolare, il potere dei giudici nazionali di emanare misure cautelari in virtù del diritto comunitario può essere considerato sotto due distinti punti di vista che hanno il proprio comune presupposto nel ruolo di giudici comuni del diritto comunitario svolto dai giudici nazionali nei singoli Stati membri¹⁰¹² ogni qualvolta le norme comunitarie incidano in via immediata sui diritti dei singoli¹⁰¹³. Ciò si riconnette al principio dell'effetto diretto delle norme

¹⁰¹⁰ Sottolinea a riguardo R. JOLIET, *Protection juridictionnelle provisoire et droit communautaire*, cit., 274, che è proprio la lettera degli artt. 242 e 243 del Trattato istitutivo CE ad indurre ad una tale conclusione, poiché la prima disposizione fa riferimento alla possibilità per il giudice comunitario di sospendere l'efficacia esecutiva di un atto delle istituzioni a fronte di un ricorso giurisdizionale (ricorso che mancherebbe nell'ipotesi di rinvio pregiudiziale: ma v., contra, J. MERTENS DE WILMARS, *Het kort geding voor het Hof van Justitie van de Europee gemeenschappen*, cit., 40), mentre l'art. 243 si pone in senso ancora più chiaramente escludente quanto alla possibilità per i giudici comunitari di rendere provvedimenti provvisori in sede di rinvio pregiudiziale, poiché sancisce la sussistenza di un tale potere esclusivamente nell'ipotesi in cui penda una "controversia" dinanzi alla Corte di Giustizia (è noto, infatti, che quando è proposto rinvio pregiudiziale la controversia pende invece di fronte al giudice nazionale remittente). Oltre a tali argomentazioni di carattere eminentemente letterale, va nella esatta direzione la considerazione per la quale la Corte di Giustizia non può autonomamente concedere tutela cautelare nell'ambito di ricorsi per rinvio pregiudiziale poiché ivi vengono in rilievo atti nazionali sulla cui legittimità non può direttamente pronunciarsi, neppure in via cautelare, il giudice comunitario (cfr. C. IANNONE, *Commento all'art. 242*, cit., 1146).

¹⁰¹¹ In tal senso, tra gli altri, C. BLAUMANN – L. DUBOIS, *Droit institutionnel de l'Union Européenne*, 2a ed., Paris, Litéc, 2005, 470; C. IANNONE, *Commento all'art. 242*, cit., 1146; R. JOLIET, *Protection juridictionnelle provisoire et droit communautaire*, cit., 275; J. RIDEAU – F. PICOD, *Référé sursis à exécution et mesures provisoires nécessaires*, in *Code de procédures communautaires*, cit., 421.

¹⁰¹² Cfr., in dottrina, tra i molti: A. BARAV, *La plénitude de compétence du juge national en sa qualité de juge communautaire*, in *Mélanges en l'hommage à Jean Boulouis*, Paris, 1991, 1 ss.; F. BERROD, *La systématique des voies de droit communautaires*, cit., 775; R. LECOURT, *L'Europe des Juges*, Bruxelles, 1976; J. RIDEAU, *Le contentieux de l'application du droit communautaire par les pouvoirs publics nationaux*, in *Rec. Dalloz-Sirey*, 1974, Chronique, 147 ss.

¹⁰¹³ Il che costituisce un corollario del principio dell'effetto diretto del diritto comunitario negli Stati membri. Autorevole dottrina ha di recente effettuato, anche in virtù di un tale assetto, una più ampia riflessione sul ruolo del giudice nell'attuale momento storico, addivenendo alla conclusione per la quale il potere giurisdizionale non costituisce più un immediato riflesso della sovranità dello Stato ma si estrinseca, piuttosto, nell'esercizio di un'attività di carattere professionale in modo indipendente ed imparziale e nello svolgimento della quale il giudice interpreta ed applica

comunitarie negli ordinamenti interni degli Stati membri, in base al quale ogni individuo può far valere le proprie posizioni giuridiche soggettive derivanti dal diritto comunitario dinanzi ai giudici nazionali¹⁰¹⁴.

Più precisamente, in una prima situazione, il giudice nazionale della cautela potrebbe essere chiamato a pronunciare provvedimenti cautelari consistenti nella disapplicazione provvisoria di una legge nazionale che, a seguito di una cognizione sommaria, appaia in contrasto con una norma comunitaria attributiva di diritti nei confronti dei ricorrenti. Invero, nelle more dell'accertamento definitivo dell'incompatibilità della regola interna con quella comunitaria, questi ultimi potrebbero subire pregiudizi irreparabili¹⁰¹⁵.

Pressoché speculare è la seconda situazione nella quale può sorgere dal diritto comunitario l'esigenza per il giudice nazionale di pronunciare misure cautelari. Infatti, nell'attesa della decisione della Corte di Giustizia su un ricorso per rinvio pregiudiziale di validità di una norma comunitaria proposto in virtù dell'art. 234 del Trattato CE, potrebbero parimenti verificarsi danni irreparabili

disposizioni di fonte diversa, *i.e.* sia il diritto nazionale che quello di altri Stati, nonché il diritto internazionale e quello comunitario (cfr., tra i molti e fondamentali studi dedicati dall'A. alla tematica enucleata in estrema sintesi, N. PICARDI, *La vocazione del nostro tempo per la giurisdizione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, 41 ss, anche in *Studi Tarzia*, I, Milano, 2005, 179 ss; ID., *Giurisdizione e sovranità*, in corso di pubblicazione; ID., *Juge, État, communauté*, in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs?*, in *Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Paris, 1996, 651).

¹⁰¹⁴ Come è noto un tale principio è stato sancito da CGCE, 5 febbraio 1963, *Van Gend en Loos c. Amministrazione fiscale olandese*, C-26/62, in *Racc.*, 1963, 1 ss, nonché, tra l'altro, in *Riv. dir. proc.*, 1963, 651, con nota di A. MIGLIAZZA, in *Giust. Civ.*, 1963, 1225, con nota di M. BERRI, in *Foro it.*, 1964, 98, con nota di N. RONZITTI, in *Foro pad.*, 1963, 33, con nota di N. CATALANO, in *Giur. it.*, 1963, IV, 49, con nota di P. GORI, in *Dir. Internaz.*, 1963, 247, con nota di I. TELCHINI.

¹⁰¹⁵ Situazione chiaramente descritta da R. JOLIET, *Protection juridictionnelle provisoire et droit communautaire*, *cit.*, 275, adducendo l'esempio di una controversia pendente dinanzi ad un giudice nazionale della quale sono parti un singolo ed una pubblica autorità e nell'ambito della quale il primo sostenga che la legge nazionale invocata a sostegno della propria posizione dalla controparte è in contrasto con il diritto comunitario. Ora, supponendo che a seguito di un tale rilievo il giudice nazionale abbia proposto un rinvio pregiudiziale per interpretazione alla Corte di Giustizia, la risposta della stessa di solito giunge dopo qualche anno, talché è comprensibile, ove il giudice *a quo* ritenga *prima facie* fondata la questione prospettata, che lo stesso possa disapplicare in via provvisoria la normativa interna in contrasto con quella comunitaria, anticipando così le conseguenze della decisione della Corte di Giustizia.

per gli individui lesi da atti interni emanati in attuazione della suddetta norma comunitaria che appare illegittima¹⁰¹⁶.

In questo capitolo considereremo specificamente la prima delle richiamate questioni, mentre alla problematica della tutela cautelare che può essere concessa dai giudici nazionali a fronte di atti interni emanati in attuazione di norme comunitarie che appaiono illegittime, sarà dedicato il prossimo capitolo.

Pertanto, nei prossimi paragrafi ripercorreremo, innanzitutto, la giurisprudenza comunitaria in tema di supremazia del diritto comunitario su quello interno, giurisprudenza che costituisce, infatti, il punto di partenza per l'esame della questione specificamente di interesse in questa sede, ovvero quella attinente alla possibilità, ed alle condizioni, di una *primauté au provisoire*¹⁰¹⁷.

2. Conflitto tra norme comunitarie e norme interne: il ruolo dei giudici nazionali

La specificità del sistema comunitario rispetto agli assetti del diritto internazionale classico, con particolare riguardo alla diretta incidenza delle norme comunitarie sulle posizioni giuridiche soggettive dei singoli, ha ben presto

¹⁰¹⁶ Ancora una volta brilla per chiarezza la situazione esemplificativamente descritta da R. JOLIET, *Protection juridictionnelle provisoire et droit communautaire*, cit., 275, nei seguenti termini: nell'ipotesi in cui un regolamento comunitario venga ad incidere sulla situazione di alcune imprese operanti in un determinato settore, ad es. imponendo determinate modalità di produzione, le imprese incise dallo stesso non potranno, nella maggior parte dei casi, domandare l'annullamento del regolamento stesso in sede di azione di annullamento dinanzi ai giudici comunitari, stante la ristrettezza delle condizioni in presenza delle quali, ai sensi del quarto § dell'art. 230 del Trattato istitutivo CE, i singoli possono impugnare atti di carattere generale nel sistema giurisdizionale comunitario e quindi, come ampiamente detto nel II Cap. del presente lavoro, ottenere la sospensione cautelare degli effetti del regolamento contestato. Ne deriva che l'unica speranza per i soggetti interessati di ottenere in via provvisoria la caducazione degli effetti del regolamento comunitario è quella, ove esistano, di impugnare di fronte ai giudici nazionali gli atti interni emanati per attuare il regolamento in questione, sollecitando il giudice adito a sollevare di fronte alla Corte di Giustizia rinvio pregiudiziale di validità. Sorge allora anche in questo caso l'esigenza, nelle more della decisione della Corte comunitaria su di un tale rinvio, di concedere ai ricorrenti tutela cautelare, sospendendo gli effetti della normativa emanata in esecuzione del regolamento contestato, laddove il giudice della cautela ritenga a seguito di una cognizione sommaria fondata la questione di validità della normativa comunitaria.

¹⁰¹⁷ Secondo l'efficace espressione di A. BARAV – D. SIMON, *Le droit communautaire et la suspension provisoire des mesures nationales*, in *Rev. Marché Comm.*, 1990, 593 ss.

determinato, almeno in alcuni ordinamenti europei, significativi problemi in tema di rapporti tra fonti comunitarie e fonti interne¹⁰¹⁸.

Ciò è avvenuto, innanzitutto, in Italia ed in Germania, ovvero negli Stati membri nei quali non è stata mai riconosciuta, in omaggio ai principi della teoria c.d. dualista in tema di rapporti tra sistema comunitario e sistema nazionale, una supremazia delle disposizioni comunitarie per forza propria ma la stessa è stata giustificata, piuttosto, sulla base di previsioni costituzionali interne, con il risultato di riproporre il problema in termini di rapporti di forza tra norme aventi parimenti rango costituzionale¹⁰¹⁹.

In linea di principio, infatti, la concezione dualista per la quale l'ordinamento comunitario e quello interno restano autonomi e distinti, implica che il Trattato istitutivo CE sia considerato alla stessa stregua degli altri Trattati internazionali che, recepiti mediante ordine di esecuzione, finiscono con l'avere, nella gerarchia delle fonti del diritto, il medesimo rango della legge ordinaria, con la conseguenza che, nell'ipotesi di contrasto tra norma comunitaria e norma

¹⁰¹⁸ Cfr., tra i molti, D. CARREAU, *Droit communautaire et droits nationaux: concurrence ou primauté*, in RTDE, 1978, 381 ss, spec. 405 ss; V. CONSTANTINESCO – J.P. JACQUE', *L'application du droit international et communautaire au regard de la Constitution*, in *Le contrôle de la constitutionnalité en France et en République fédérale d'Allemagne* a cura di KOERNING – RUFNER, Berlin, 1985, 174 ss; M. DARMON, *Juridictions constitutionnelles et droit communautaire*, in RTDE, 1988, 217 ss; B. DE WITTE, *Retour à « Costa »*. *La primauté du droit communautaire à la lumière du droit international*, in RTDE, 1984, 425 ss ; J. FERSTENBERT, *L'application du droit communautaire et la situation constitutionnelle du juge national*, in RTDE, 1979, 57 ss; F. LUCHAIRE, *Le contrôle de la constitutionnalité des engagements internationaux et ses conséquences relatives à la Communauté européenne*, in RTDE, 1979, 331 ss; L. MENGONI, *Note sul rapporto tra fonti di diritto comunitario e fonti di diritto interno degli Stati membri*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, 523 ss; G. OLMÍ, *Les hautes juridictions nationales, juges du droit communautaire*, in *Du droit international au droit de l'intégration. Liber amicorum en l'honneur de Pierre Pescatore*, Baden – Baden, 1987, 499 ss; ID., *Les rapports entre droit communautaire et droit national dans les arrêts des juridictions supérieures des États membres*, in R.M.C., 1981, 178 ss; P. PESCATORE, *L'ordre juridique des Communautés européennes*, 2a ed., Liège, 1973, 227 ss; D. SIMON, *Les exigences de la primauté du droit communautaire : continuité ou métamorphoses ?*, in AA.VV., *L'Europe et le droit. Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Paris, 1991, 482 ss.

¹⁰¹⁹ Sottolinea esattamente a riguardo B. DE WITTE, *Retour à "Costa"*. *La primauté du droit communautaire à la lumière du droit international*, *cit.*, 451, che ricostruire i rapporti tra ordinamenti nazionali e sistema comunitario in termini di dualismo coordinato per mezzo di una previsione costituzionale, comporta che il trasferimento di sovranità autorizzato dalla Costituzione a favore della Comunità Europea non possa compromettere i principi ispiratori della stessa Costituzione ed, in particolare, i diritti fondamentali. Del tutto peculiare è, poi, la situazione nel sistema francese: v., *infra*, § 2.3.

interna, i giudici nazionali dovrebbero dare applicazione a quella emanata successivamente, ferma l'eventuale responsabilità internazionale dello Stato nel caso di prevalenza della disposizione interna¹⁰²⁰.

La costruzione del sistema comunitario sarebbe in radice compromessa, peraltro, dall'operare delle regole canoniche in tema di rapporti tra norme antinomiche di pari rango¹⁰²¹, poiché, in omaggio alle stesse, si potrebbe attribuire prevalenza, stante il criterio cronologico, alla norma interna incompatibile, ove emanata posteriormente a quella comunitaria, così vanificando la portata di quest'ultima¹⁰²².

Proprio al fine di scongiurare un tale, deprecabile effetto, una risalente giurisprudenza della Corte di Giustizia ha elaborato, nel silenzio del Trattato istitutivo CE sul punto, il principio del primato del diritto comunitario sul diritto interno¹⁰²³.

¹⁰²⁰ Stante, sempre in omaggio al diritto internazionale classico, l'emanazione della stessa nonostante l'antinomico impegno assunto sul piano internazionale (cfr., D. CARREAU, *Droit communautaire et droits nationaux: concurrence ou primauté?*, cit., 383 ss).

¹⁰²¹ Occorre tuttavia tener presente che è stata prestata particolare attenzione nella giurisprudenza comunitaria al dovere del giudice nazionale di verificare la sussistenza di un reale contrasto tra la normativa comunitaria e quella interna. Ciò è stato espresso in termini di obbligo di interpretazione conforme della disposizione comunitaria, *i.e.* di interpretare la stessa nei limiti del possibile alla luce della lettera e della finalità dell'atto comunitario in questione, obbligo che deve precedere la disapplicazione della norma interna incompatibile con quella comunitaria poiché la stessa costituisce una misura di *extrema ratio* da adottare esclusivamente nell'ipotesi in cui a nessun esito euristico potrebbe condurre l'interpretazione conforme (cfr., tra le altre, CGCE, 13 novembre 1990, *Marleasing c. Comercial Internacional de Alimentación*, C-106/89, in *Rac.*, 1990, 4135, §§ 8 ss; CGCE, 20 maggio 1975, *Mazzalai c. Ferrovia del Renon*, C-111/75, in *Racc.*, 1975, 657).

¹⁰²² In applicazione del criterio cronologico, per vero, l'antinomia normativa va risolta in base al brocardo *lex posterior derogat priori*, principio che, alla stregua di quanto autorevolmente evidenziato in dottrina, si fonda sul postulato di teoria generale per il quale ciascuna norma è posta sotto la condizione implicita della sua temporalità, del suo cessare di valere per il futuro all'atto della posizione di una nuova norma con essa incompatibile (così F. MODUGNO, *Appunti per una teoria generale del diritto*, 2a ed., Torino, 1998, 88 – 89; cfr. anche M. NUZZO, *Introduzione alle scienze giuridiche*, cit., 31).

¹⁰²³ Peraltro una tale affermazione può valere soltanto in estrema sintesi, poiché sono in realtà diverse le funzioni ascrivibili al generale principio della supremazia del diritto comunitario sul diritto interno degli Stati membri. Infatti un tale principio consente: a) di assicurare il rispetto e l'irrevocabilità degli impegni assunti dagli Stati membri in sede di ratifica dei Trattati istitutivi CE; b) di garantire l'unitaria ed uniforme applicazione del diritto comunitario; c) di assicurare piena efficacia alle norme comunitarie (D. CARREAU, *Droit communautaire et droits nationaux: concurrence ou primauté?*, cit., 391 – 392).

Non si ritiene superfluo, pertanto, accennare brevemente alle tappe fondamentali dell'affermazione, ancora oggi discussa sotto nuovi profili¹⁰²⁴, di un tale principio in alcuni ordinamenti nazionali. A tal fine considereremo, in primo luogo, la giurisprudenza delle Corti italiana e tedesca, che si fondano sulla richiamata tesi dualista nel ricostruire i rapporti tra ordinamento comunitario ed ordinamenti nazionali e, quindi, le posizioni della giurisprudenza francese, la quale, pur aderendo alla tesi monista, appare attualmente la più prudente verso il riconoscimento di un incondizionato operare del principio della *primauté* del diritto comunitario.

2.1. Il “caso italiano”

La problematica che si viene ad esaminare, la quale ha il proprio presupposto nel principio dell'effetto diretto delle norme comunitarie nei confronti dei singoli¹⁰²⁵, è emblematicamente sintetizzata da una lunga dialettica

¹⁰²⁴ Relativi soprattutto al rapporto tra le norme comunitarie e quelle costituzionali.

¹⁰²⁵ Si è detto che un tale principio è stato espressamente sancito da CGCE, 5 febbraio 1963, *Van Gend en Loos c. Amministrazione fiscale olandese*, cit., 1 ss, posto che lo stesso non poteva desumersi se non implicitamente dall'art. 189 (oggi 249) del Trattato istitutivo della CE, nella parte in cui stabilisce che i regolamenti comunitari sono direttamente applicabili in tutti gli Stati membri. In accordo con il diritto internazionale classico, invero, le norme internazionali creano direttamente obblighi di carattere reciproco esclusivamente tra gli Stati non attribuendo, per converso, in via immediata posizioni soggettive agli individui (cfr., tra i molti, S. AMADEO, *Norme comunitarie, posizioni giuridiche soggettive e giudizi interni*, Milano, 2002, 41 ss; R. KOVAR, *L'applicabilité directe du Droit communautaire*, Clunet, 1973, spec. 279 ss; P. PESCATORE, *L'attitude des juridictions nationales à l'égard du problème des effets directs du droit communautaire*, in RTDE, 1970, 296 ss). Talché la diretta applicabilità delle norme comunitarie cui fa riferimento per i regolamenti comunitari l'art. 249 del Trattato CE è intesa dalla Corte di Giustizia nell'accezione forte di idoneità delle stesse ad attribuire in via immediata posizioni giuridiche soggettive ai singoli che potranno invero far valere le stesse dinanzi ai giudici nazionali, mentre nel diritto internazionale classico l'espressione vuol dire piuttosto recezione automatica del diritto internazionale senza necessità di una previa « trasformazione » in disposizione di diritto interno (cfr. B. DE WITTE, *Retour à « Costa »*. *La primauté du droit communautaire à la lumière du droit international*, cit., 439). Sin dalla pronuncia *Van Gend en Loos*, la Corte di Giustizia ha peraltro condizionato la diretta applicabilità delle norme comunitarie nell'ordinamento interno degli Stati membri alla circostanza che gli obblighi derivanti dalle stesse siano chiari ed incondizionati rispetto all'emanazione di un atto interno di recezione, nonché idonee per propria natura a determinare effetti diretti nelle relazioni tra gli Stati membri ed i cittadini degli stessi. Sulla base di un tale assunto, si è tosto sottolineato che, in presenza delle richiamate caratteristiche, tutte le norme comunitarie sono suscettibili di produrre effetti diretti, ovvero non soltanto i regolamenti per i quali la diretta applicabilità è espressamente prevista dall'odierno art. 249 del Trattato istitutivo CE, ma anche le direttive, nella misura in cui

che ha interessato la Corte Costituzionale italiana e la Corte di Giustizia comunitaria e che è approdata, infine, ad un compromesso limitato agli esiti e non anche alle premesse.

Il primo caso da esaminare è quello deciso in termini opposti dalle due Corti con le pronunce *Costa c. Enel*¹⁰²⁶. La vicenda concreta trae origine dalla legge 6 dicembre 1962 n. 1643, con la quale l'Italia, istituendo l'E.N.E.L., aveva nazionalizzato l'industria italiana dell'energia elettrica. Successivamente il signor Costa, ricevuta la prima bolletta per il consumo di energia elettrica da parte del nuovo ente di diritto pubblico, aveva impugnato la stessa dinanzi al giudice conciliatore, deducendo la contrarietà della citata legge n. 1643/62, rispetto ad alcune previsioni del Trattato istitutivo CE. Il giudice conciliatore decideva di sollevare, alla luce dei motivi di impugnazione, con ordinanza del 16 gennaio 1964, questione di legittimità costituzionale della legge di nazionalizzazione dell'industria dell'energia elettrica per violazione dell'art. 11 Cost., cioè della norma che consente nel nostro ordinamento a limitazioni della sovranità nazionale che siano dirette ad assicurare una collaborazione internazionale finalizzata alla convivenza pacifica tra i popoli.

La Corte Costituzionale, pur riconoscendo che alcuni spazi di sovranità nazionale possono essere limitati a favore di istituzioni internazionali ai sensi

impongano obblighi chiari e definiti agli Stati membri (in tal senso M. WAELBROECK, *Traité internationale et juridictions internes*, Bruxelles, 1969, spec. 170 ss). Occorre inoltre osservare che, se spetta ai giudici nazionali dare immediata applicazione alle norme comunitarie direttamente applicabili, gli stessi giudici interni non hanno anche il potere di qualificare, secondo i principi del proprio ordinamento, se una norma comunitaria ha natura di disposizione direttamente applicabile o meno, sussistendo infatti, in tutte le ipotesi di dubbio, una questione di interpretazione del diritto comunitario che spetta alla Corte di Giustizia risolvere ai sensi dell'art. 234 del Trattato CE (cfr. G. BEBR, *Les dispositions de droit communautaire directement applicables*, in CDE, 1970, 3 ss, spec. 9).

¹⁰²⁶ Va anche detto che il signor Costa, intervenuto nel giudizio costituzionale, chiedeva alla Corte costituzionale di adire in sede di rinvio pregiudiziale di interpretazione la Corte di Giustizia comunitaria: la Consulta, peraltro, ha ritenuto possibile decidere autonomamente della questione (per un'attenta ricostruzione della vicenda v. J. VIROLE, *Questions posées par l'interprétation du traité du 25 mars 1957 instituant la Communauté Economique Européenne à propos de la nationalisation de l'électricité en Italie*, in RTDE, 1965, 369 ss).

dell'art. 11 Cost., sull'assunto dell'equiparabilità del Trattato istitutivo CE, ratificato mediante ordine di esecuzione, ad una legge ordinaria, attribui prevalenza alla legge italiana sull'energia elettrica perché emanata successivamente all'entrata in vigore del Trattato CE nel nostro ordinamento, sottolineando che l'unica sanzione potrebbe essere, in ipotesi, soltanto quella della responsabilità internazionale dello Stato¹⁰²⁷.

Una tale posizione che, come detto, avrebbe potuto compromettere in radice la costruzione del sistema comunitario, è stata tosto smentita dalla Corte di Giustizia, contemporaneamente adita dallo stesso giudice conciliatore di Milano con ricorso per rinvio pregiudiziale di interpretazione ai sensi dell'allora art. 177 (oggi 234) del Trattato CE. La Corte del Lussemburgo colse infatti l'occasione per argomentare per la prima volta in modo dettagliato la tesi della supremazia del diritto comunitario su quello interno, ponendo in rilievo che: - diversamente dagli altri Trattati internazionali, il Trattato CE ha istituito un sistema giuridico autonomo, integrato con quelli degli Stati membri alle cui giurisdizioni si impone direttamente a partire dal momento della propria entrata in vigore; - la Comunità europea ha introdotto un corpo normativo che determina direttamente diritti ed obblighi in capo ai cittadini degli Stati membri e non soltanto a questi ultimi; - gli obblighi imperativi posti dai Trattati istitutivi sarebbero meramente eventuali qualora potessero essere messi in discussione dall'emanazione di leggi posteriori negli ordinamenti nazionali degli Stati membri; - che l'art. 189 (ora 249) del Trattato CE, nella parte in cui sancisce la diretta applicabilità dei regolamenti comunitari, sarebbe privo di qualsivoglia portata normativa ove fosse consentito

¹⁰²⁷ Cfr. C. Cost. 7 marzo 1964.

agli Stati membri di annullare gli effetti degli stessi regolamenti legiferando in senso opposto in un momento successivo all'entrata in vigore dei medesimi¹⁰²⁸.

Negli anni successivi la Corte Costituzionale italiana, nel tentativo di adeguarsi alla posizione della Corte di Giustizia, individuò l'*escamotage* idoneo a superare il problema in discussione proprio nell'art. 11 Cost. Infatti, sebbene la citata disposizione fosse stata emanata avendo riguardo all'ONU, la Consulta non esitò ad evidenziare che la stessa giustificava le limitazioni di sovranità derivanti per il nostro ordinamento dalla partecipazione alla Comunità Europea, fornendo pertanto copertura costituzionale alle norme comunitarie¹⁰²⁹. Per la prima volta, inoltre, la Corte Costituzionale italiana riconobbe la specificità dell'ordinamento giuridico comunitario e, per questo, che in base all'art. 249 (allora 189) del Trattato CE doveva ascriversi portata immediatamente obbligatoria, indipendentemente da qualsivoglia misura interna di recepimento, ai regolamenti comunitari¹⁰³⁰.

L'appena citata pronuncia *Frontini e Pozzani* aveva però lasciato aperta la questione della sorte riservata alla legge nazionale posteriore rispetto ad una norma comunitaria incompatibile, risolta in una decisione successiva, alla luce della natura accentrata nel sistema italiana del sindacato di legittimità

¹⁰²⁸ Cfr. CGCE, 15 luglio 1964, *Costa c. Enel*, in *Racc.*, 1964, 1143, nonché, tra l'altro, in *Giust. Civ.*, 1964, 1893, con nota di M. BERRI, in *Foro it.*, 1964, 152, con nota di N. CATALANO, in *Giur. it.*, 1964, 1073, con nota di P. GORI, in *NJW*, 1964, 2331, con nota di D. EHLE ed in *Journ. Dr. Intern.*, 1964, 697, con nota di R. KOVAR.

¹⁰²⁹ E facendo così operare il criterio gerarchico in luogo di quello cronologico ai fini della risoluzione della antinomia, nel senso che le leggi interne di rango ordinario, emanate posteriormente a norme comunitarie direttamente applicabili nel nostro sistema giuridico, sarebbero incostituzionali per violazione dell'art. 11 Cost. (cfr. M. DARMON, *Juridictions constitutionnelles et droit communautaire*, cit., 223).

¹⁰³⁰ Così C. Cost. 27 dicembre 1973 n. 183, tra l'altro in *Foro it.*, 1974, I, 314, con nota di R. MONACO, in *RTDE*, 1974, 154, con nota di S. NERI, in *Journ. Trib.*, 1974, 409, con nota di J.V. LOUIS, *L'ordre juridique communautaire et la Cour constitutionnelle italienne* ed in *CDE*, 1975, 114, con nota di P. DE CATERINI. In realtà la medesima soluzione era stata già affermata alcuni anni prima dalla stessa Corte Costituzionale, sebbene con più limitato riguardo al sistema C.E.C.A. nella pronuncia relativa al caso *Acciaierie San Michele* (v. Corte Cost. 27 dicembre 1965, tra l'altro in *CDE*, 1966, 363, con nota di S. NERI, *Le droit communautaire et l'ordre constitutionnelle italien*).

costituzionale delle leggi¹⁰³¹, nel senso che i giudici nazionali i quali ritenessero incompatibili le disposizioni interne successive con quelle comunitarie erano tenuti, sospendendo il giudizio in corso, a sollevare questione di legittimità costituzionale della legge nazionale successiva in virtù dell'ipotizzato contrasto tra la stessa e l'art. 11 Cost¹⁰³². Talché la risoluzione dell'antinomia normativa con eventuale annullamento della legge interna posteriore confliggente con la norma comunitaria veniva demandata in via esclusiva alla Corte Costituzionale, escludendo la possibilità per in singoli giudici nazionali di effettuare sul punto un sindacato di carattere diffuso cui sarebbe potuta conseguire, verificato il contrasto, un'autonoma disapplicazione della disposizione interna¹⁰³³.

La dottrina non esitò, già in sede di primo commento alla decisione richiamata, ad evidenziare le pericolose implicazioni della stessa per il sistema comunitario, stante il condizionamento dell'immediata ed unitaria applicazione negli ordinamenti giuridici dei singoli Stati membri delle norme comunitarie

¹⁰³¹ Sulla distinzione tra sindacato diffuso e sindacato accentrato di costituzionalità delle leggi ordinarie è sempre attuale il lucido insegnamento di V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale, II, L'ordinamento costituzionale italiano, La Corte Costituzionale*, 5a ed., Padova, 1984, 259 ss, il quale evidenzia che si ha il sistema di sindacato diffuso quando è riconosciuto ad ogni giudice chiamato a fare applicazione di una determinata legge in un caso concreto il potere di accertarne la conformità a Costituzione, disapplicandola qualora la ritenga incostituzionale. L'effetto di disapplicazione conseguente all'esercizio del sindacato diffuso di costituzionalità da parte del singolo giudice esaurisce i propri effetti nel caso di specie deciso, tanto che lo stesso giudice in un altro giudizio potrebbe decidere diversamente della medesima questione. Diversamente, nell'ipotesi in cui, alla stregua di quanto avviene nell'ordinamento italiano in virtù degli artt. 134 ss della Costituzione del 1948, sia previsto un sindacato di costituzionalità di tipo accentrato, lo stesso viene esercitato da un unico organo, competente a giudicare in via preventiva e/o successiva, ad esclusione di ogni altro, in ordine alla conformità di una legge alla Costituzione: in questo caso, alla pronuncia di incostituzionalità si riconnettono effetti di carattere generale.

¹⁰³² Cfr. C. Cost. 22 ottobre 1975 n. 232, anche in *Giust. Civ.*, 1976, 3, con note di M. BERRI e di N. CATALANO, in *Giur. Cost.*, 1975, 3227, con nota di J.V. LOUIS, *Recours constitutionnel et primauté du droit communautaire*, in *Foro it.*, 1975, 1, 2661, con nota di R. MONACO, *Norma comunitaria e norma di legge interna successiva* ed *ivi*, 1976, 542, con nota di B. CONFORTI, in *RTDE*, 1976, 396, con nota di L. PLOUVIER, *L'arrêt de la Cour constitutionnelle d'Italie du 22 oct. 1975 dans l'affaire I.C.I.C.*, *ivi*, 271 ed in *Dir. com. sc. intern.*, 1975, 635, con nota di F. CAPELLI, *Norme nazionali posteriori confliggenti con quelle comunitarie*.

¹⁰³³ E' infatti tradizionalmente radicato nell'esperienza giuridica italiana il principio in virtù del quale il giudice ordinario non può pronunciare l'invalidità degli atti emanati dagli altri poteri, con la conseguenza che esso è posto dinanzi alla seguente alternativa, *i.e.* applicare la legge oppure, in presenza di un dubbio di legittimità costituzionale della stessa, rimettere la questione alla Corte Costituzionale (cfr. A. LA PERGOLA, *Il giudice costituzionale italiano di fronte al primato e all'effetto diretto del diritto comunitario: note su un incontro di studio*, *cit.*, 2431).

direttamente applicabili allo conclusione del giudizio incidentale di legittimità costituzionale della legge interna, emanata successivamente ad una norma comunitaria incompatibile rispetto alla stessa¹⁰³⁴.

Questi rilievi furono, come era prevedibile, presto condivisi dalla Corte di Giustizia la quale sanzionò severamente la posizione affermata dalla Corte Costituzionale italiana con la celebre *arrêt Simmenthal*¹⁰³⁵, ponendo in evidenza

¹⁰³⁴ Cfr., tra gli altri, G. OLMI, *Les rapports entre droit communautaire et droit nationale dans les arrêts des juridictions supérieures des États membres*, cit., 253; L. PLOUVIER, *L'arrêt de la Cour Constitutionnelle d'Italie du 22 oct. 1975 dans l'affaire I.C.I.C.*, cit., 293. Secondo J.V. LOUIS, *Recours constitutionnelle et primauté du droit communautaire*, cit., 2350, l'orientamento assunto dalla Corte Costituzionale italiana è inconcepibile perché in virtù dello stesso il giudice costituzionale italiano potrebbe esercitare un controllo permanente sul diritto comunitario in occasione di qualsivoglia controversia giudiziaria relativa all'applicazione dello stesso, così compromettendo senza limiti di tempo il fondamento stesso della partecipazione dell'Italia alla Comunità Europea e la serietà degli impegni assunti con la creazione della medesima.

¹⁰³⁵ Si tratta, più precisamente, di CGCE, 9 marzo 1978, *Simmenthal c. Amministrazione delle Finanze dello Stato*, C-106/77, in *Racc.*, 1978, 629, nonché in *Giust. Civ.*, 1978, 816, con nota di N. CATALANO, *I mezzi per assicurare la prevalenza dell'ordinamento comunitario sull'ordinamento interno*, in *Giur. Cost.*, 1978, 641, con nota di P. BARILE, *Un impatto tra il diritto comunitario e la costituzione italiana*, in *Riv. dir. eur.*, 1978, 287, con nota di R. MONACO, *Sulla recente giurisprudenza costituzionale e comunitaria in tema di rapporti tra diritto comunitario e diritto interno*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, 681, con nota di P. GORI, *Preminenza e immediata applicazione del diritto comunitario "per forza propria"?*, in *Giur. it.*, 1978, 1173, con nota di M. BERRI, *Brevi riflessioni sulla "lezione" della Corte Comunitaria*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1979, 3, con nota di G. SPERDUTI, *La prevalenza, in caso di conflitto, della normativa comunitaria sulla legislazione nazionale*, in *CDE*, 1978, 255, con nota di A. BARAV, *Les effets du droit communautaire directement applicable*, in *Rev. dr. intern. et dr. comp.*, 1978, 24, con nota di W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, *L'arrêt du 9 mars 1978 de la Cour de justice des C.E. et la règle de l'application directe du droit communautaire dans le droit interne des États membres*, in *Journ. Trib.*, 1978, 392, con nota di L. GOFFIN, *De la préeminence absolue du droit communautaire européen sur le droit national des États membres*, in *Dir. com. sc. intern.*, 1978, 289, con nota di F. CAPELLI, *Conflitto tra Corte di giustizia di Lussemburgo e Corte Costituzionale italiana*. Si ritiene utile ricordare i fatti processuali alla base di una tale decisione. Nel luglio 1973 la società italiana Simmenthal aveva importato dalla Francia una certa quantità di carne bovina e, per questo, era stata tenuta a pagare alla dogana italiana, in virtù di una legge interne, una somma a titolo di diritto di controllo sanitario. La società Simmenthal adiva quindi il pretore di Susa chiedendo al Governo italiano la ripetizione delle somme a proprio avviso indebitamente corrisposte, stante il principio comunitario della libera circolazione delle merci. Il pretore di Susa chiedeva quindi alla Corte di Giustizia, in sede di ricorso pregiudiziale per interpretazione, di chiarire se i diritti pagati dalla società ricorrente costituivano misure di effetto equivalente alle restrizioni quantitative alla libera circolazione delle merci, misure vietate ai sensi dell'art. 30 del Trattato CE. In ragione di una tale decisione, il pretore di Susa emanava un decreto ingiuntivo nei confronti del Ministero delle Finanze italiano, condannando lo stesso a rimborsare alla società Simmenthal i diritti indebitamente percepiti, aumentati degli interessi legali. Il Ministero proponeva opposizione a decreto ingiuntivo dinanzi al medesimo pretore di Susa il quale, sull'assunto per il quale la risoluzione della controversia implicava quella del contrasto sussistente tra le norme comunitarie sulla libera circolazione delle merci ed una legge nazionale successiva, adiva nuovamente in sede pregiudiziale la Corte di Giustizia comunitaria chiedendo, in via principale, se l'allora vigente art. 189 (oggi 249) del Trattato CE dovesse interpretarsi nel senso che eventuali norme giuridiche nazionali posteriori a quelle di origine comunitaria direttamente applicabili e con le stesse confliggenti, dovessero essere direttamente dichiarate

che i giudici nazionali sono tenuti a garantire una piena tutela dei diritti derivanti dalle fonti comunitarie anche qualora ciò comporti la disapplicazione di una disposizione contrastante di diritto interno emanata successivamente e senza che sia a tal fine necessario adire la Corte Costituzionale. I tempi necessari per la conclusione del giudizio costituzionale potrebbero, infatti, compromettere irrimediabilmente il principio di immediata ed uniforme applicazione delle disposizioni comunitarie in tutti gli Stati membri¹⁰³⁶. Di talché, in armonia con il principio del diritto comunitario su quello interno, si è affermata l'incompatibilità con il diritto comunitario di qualsivoglia previsione o prassi nazionale che avrebbe per effetto di diminuire l'effettività del diritto comunitario non attribuendo al giudice competente per applicare un tale diritto il potere di fare tutto quanto necessario per disapplicare le previsioni interne eventualmente di ostacolo alla piena efficacia delle norme comunitarie. Sempre nella pronuncia *Simmenthal* si è inoltre precisato, in una ricostruzione in chiave gerarchica del rapporto tra norme comunitarie e norme interne coerente con la dottrina monista, che la supremazia del diritto comunitario direttamente applicabile impedisce la stessa valida formazione di nuovi atti normativi nazionali incompatibili con le norme comunitarie¹⁰³⁷.

inapplicabili dal giudice adito senza attendere un'abrogazione delle medesime da parte del legislatore nazionale ovvero una pronuncia di annullamento della Corte Costituzionale.

¹⁰³⁶ Principio che è alla base del ruolo svolto dalla Corte di Giustizia in sede di rinvio pregiudiziale, anche di interpretazione (cfr. P. MASI, *Il gruppo europeo di interesse economico*, Torino, 1994, 5).

¹⁰³⁷ Cfr. D. CARREAU, *Droit communautaire et droits nationaux: concurrence ou primauté?*, cit., 403 ss. Secondo A. BARAV, *Cour constitutionnelle italienne et droit communautaire: le fantôme de Simmenthal*, in RTDE, 1985, 313 ss, spec. 324 ss, la Corte di Giustizia ha operato una distinzione in punto di regime delle leggi interne incompatibili con quelle comunitarie, a seconda che le prime siano state emanate antecedentemente o successivamente alle altre. Infatti, nel primo caso, la norma interna anteriore con quella comunitaria e confliggente con la stessa non potrà dirsi viziata ma soltanto inapplicabile a seguito dell'entrata in vigore della normativa comunitaria (altrimenti detto, si tratta di un effetto abrogativo implicito riconducibile all'emanazione della norma comunitaria). Diversa è la situazione per una legge interna emanata successivamente alla vigenza di una disposizione comunitaria con essa incompatibile, legge che a causa dell'incompetenza assoluta dell'organo che l'ha emanata dovrà considerarsi viziata *ab origine* (e secondo l'A. - in una posizione peraltro rimasta isolata in dottrina - una tale legge dovrà

Gli espliciti chiarimenti operati dalla Corte di Giustizia in ordine ai rapporti tra norme comunitarie e norme interne successive ed incompatibili non erano stati però stati sufficienti per alcuni giudici italiani, i quali avevano continuato a sollevare, rilevati ipotetici contrasti tra norme comunitarie e norme interne posteriori, questioni di legittimità costituzionale aventi ad oggetto queste ultime ai sensi dell'art. 11 Cost. dinanzi alla Corte Costituzionale¹⁰³⁸.

A fronte di un tale assetto del “diritto vivente” la Corte Costituzionale, a seguito di una rimessione effettuata dal Tribunale di Genova, ha rimodulato la propria posizione in modo, almeno nei risultati pratici, coerente con quella condivisa dai giudici comunitari¹⁰³⁹. Più precisamente, con la pronuncia resa nel caso *Granital*¹⁰⁴⁰, si è riconosciuto il potere dei giudici nazionali che ritengano una legge interna incompatibile con il diritto comunitario di disapplicare autonomamente la stessa onde dare piena ed immediata attuazione alla normativa comunitaria, senza dover, a tal fine, sollevare questioni incidentali di legittimità

addirittura considerarsi inesistente, come se non fosse mai stata emanata dal legislatore statale ormai incompetente in tal senso).

¹⁰³⁸ In tal senso, tra le altre, Cass. 16 dicembre 1981 n. 6705; Trib. Venezia 8 ottobre 1982, in *Giust. Civ.*, 1983, I, 621; Trib. Venezia 16 settembre 1982, in *Giur. Cost.*, 1983, II, 580.

¹⁰³⁹ Va tuttavia evidenziato che, naturalmente, la portata della citata pronuncia *Simmenthal* ha avuto un'eco ben più vasta rispetto al descritto “caso italiano” poiché con una tale decisione, traendo le debite conseguenze dalla propria giurisprudenza in tema di effetto diretto delle norme comunitarie e di supremazia del diritto comunitario su quello interno, la Corte di Giustizia ha per la prima volta imposto, più in generale, un metodo di soluzione delle antinomie tra diritto comunitario e legge nazionale successiva (cfr. D. CARREAU, *Droit communautaire et droits nationaux: concurrence ou primauté?*, cit., 389).

¹⁰⁴⁰ Il riferimento è a C. Cost. 8 giugno 1984 n. 170, tra l'altro in *Giust. Civ.*, 1984, I, 2353, con nota di S. SOTGIU, *L'applicabilità “diretta” del diritto comunitario*, in *Foro it.*, 1984, I, 2062, con nota di A. TIZZANO, *La Corte Costituzionale e il diritto comunitario: vent'anni dopo*, in *Giur. it.*, 1984, 1521, con nota di M. BERRI, *Composizione del contrasto tra Corte Costituzionale e Corte di giustizia delle Comunità europee*, in *Dir. comunit. sc. internaz.*, 1984, 204, con nota di F. CAPELLI, *Una sentenza decisiva sui rapporti tra norme C.E.E. e leggi nazionali*, in *Riv. dir. internaz.*, 1984, 360, in *Riv. dir. internaz. priv. proc.*, con nota di G. SPERDUTI, *Una sentenza innovativa della Corte Costituzionale sul diritto comunitario*, in *Dir. comunit. sc. internaz.*, 1984, con nota di M.R. DONNARUMMA, *Sul controllo di compatibilità tra diritto interno e diritto comunitario*, in *Giur. Cost.*, 1984, I, 1098, in *Quad. reg.*, 1984, 1008, in *RTDE*, 1985, 414, con nota di A. BARAV, *Cour constitutionnelle italienne et droit communautaire: le fantôme de Simmenthal*, 313, in *CDE*, con nota di J.V. LOUIS, *Droit communautaire et loi postérieure: un revirement de la Cour constitutionnelle italienne*, in *CML Rev.*, 1984, 756, con nota di G. GAJA.

costituzionale ai sensi dell'art. 11 Cost¹⁰⁴¹. E' bene ricordare che tale risultato è stato raggiunto sull'assunto per il quale lo Stato, con l'istituzione della Comunità Europea, avrebbe auto-limitato la propria sovranità ai sensi dell'art. 11 Cost. negli ambiti occupati dal diritto comunitario, con la conseguenza che, nell'ipotesi in cui debba operare per la risoluzione di una controversia concreta una norma comunitaria direttamente applicabile, la legge italiana diventerà "invisibile, prima ancora che inapplicabile, agli occhi del giudice interno, il quale dovrà comunque applicare la regola comunitaria che rileva per la soluzione del caso di specie"¹⁰⁴².

E' rimasto, tuttavia, fermo un profilo di contrasto tra la Corte di Giustizia e la Corte Costituzionale italiana quanto agli approcci di fondo sulla problematica

¹⁰⁴¹ La Corte Costituzionale si è così privata di un sindacato accentrato sulla compatibilità delle leggi interne con la Costituzione, riconoscendo in capo ai giudici nazionali un controllo diffuso sulla stessa funzionale all'immediata applicazione delle norme comunitarie direttamente applicabili, alla stregua di quanto ribadito dalla Corte di Giustizia nell'*arrêt Simmenthal* (cfr. A. LA PERGOLA, *Il giudice costituzionale italiano di fronte al primato e all'effetto diretto del diritto comunitario: note su un incontro di studio, cit.*, 2431). Se la disapplicazione della norma interna in contrasto con il diritto comunitario costituisce un procedimento semplificato e più rapido rispetto a quello del controllo di costituzionalità delle leggi, lo stesso ha, peraltro, un costo, valendo la disapplicazione soltanto *inter partes* (con la correlativa possibilità di giudizi difformi sulla questione da parte dei singoli giudici: sulla questione, in generale, M. NUZZO, *Introduzione alle scienze giuridiche, cit.*, 35, 51).

¹⁰⁴² Queste le precisazioni rese da A. LA PERGOLA, *Il giudice costituzionale italiano di fronte al primato e all'effetto diretto del diritto comunitario: note su un incontro di studio, cit.*, 2432, giudice relatore, come è noto, della decisione emanata dalla Corte Costituzionale nel caso *Granital*. Più in generale, si è osservato che l'adesione della Corte Costituzionale alla dottrina dualista quanto ai rapporti tra ordinamento comunitario ed ordinamento interno impediva di risolvere secondo il criterio gerarchico le antinomie normative tra le disposizioni comunitarie e quelle nazionali, con la conseguenza che queste ultime, lungi dall'essere viziate, restano efficaci nel proprio sistema giuridico che, peraltro, in determinate materie, non si oppone all'applicazione delle norme comunitarie anche se confliggenti. Ne deriva che laddove una legge interna debba trovare applicazione nella stessa materia regolata da una norma comunitaria, il giudice non dovrà valutarne la conformità rispetto alla stessa onde dichiarare invalida la prima, dovendosi limitare a verificare l'applicabilità della disposizione comunitaria, disapplicando per l'effetto la disposizione interna incompatibile. Ciò viene a determinare una situazione per certi versi paradossale, anche rispetto al distinto regime enucleato dalla Corte di Giustizia nel caso *Simmenthal* rispettivamente per le leggi anteriori o posteriori a quella comunitaria e con la stessa incompatibili. Invero, nell'assetto conseguente alla pronuncia *Granital* della Corte Costituzionale italiana la legge anteriore a quella di origine comunitaria con essa incompatibile viene ad essere affetta da illegittimità costituzionale sopravvenuta per il tramite dell'art. 11 Cost., mentre la norma posteriore è semplicemente inapplicabile, senza essere viziata, in tutte le fattispecie concrete nelle quali venga in rilievo *ratione materiae* anche una disposizione comunitaria incompatibile e ciò sebbene, soprattutto sul piano politico, proprio quest'ultima situazione sia più grave della prima (cfr. A. BARAV, *Cour constitutionnelles et droit communautaire, cit.*, 332 ss).

in esame¹⁰⁴³. Infatti la prima, sulla base della teoria c.d. monistica¹⁰⁴⁴, ritiene che il diritto comunitario si integri con quello interno dei singoli Stati membri e ne condizioni le fonti di produzione giuridica e, quindi, risolve il contrasto tra le norme interne successive e quelle comunitarie sulla base del principio gerarchico, affermando, in una prospettiva siffatta, che la disposizione interna debba essere annullata in quanto illegittima. Diversamente, la Corte Costituzionale italiana, sull'assunto di una concezione c.d. dualistica dei rapporti tra ordinamento comunitario e nazionale, ritiene che questi ultimi siano sistemi giuridici autonomi e distinti, sebbene collegati alla luce dei Trattati istitutivi della CE, e, pertanto, che le norme interne incompatibili con quelle comunitarie non siano invalide ma

¹⁰⁴³ In tal senso, tra i molti, M. DARMON, *Juridictions constitutionnelles et droit communautaire*, cit., 225, nonché, in senso critico, A. BARAV, *Cour constitutionnelle italienne et droit communautaire: le fantôme de Simmenthal*, cit., 315 ss, la quale sottolinea acutamente “*car ce qui est remarquable dans cette décision ...c'est que la toile de fond reste la même, la pièce jouée est différent*”. Più in generale, occorre ricordare che un tale contrasto che riflette quello che ha iniziato a porsi alla fine del XIX secolo con la progressiva apertura degli ordinamenti giuridici nazionali ai valori stranieri nei rapporti tra sistemi normativi di origine differente e che è stato diversamente risolto dalla dottrina del tempo, rispettivamente, dai fautori della teoria dualista e da quelli della teoria monista. In estrema sintesi si può ricordare, a riguardo, che secondo i primi il diritto internazionale ed il diritto interno costituiscono due sistemi giuridici paralleli e distinti per fonti, natura ed ambito di applicazione, con la conseguenza che le norme di ciascun ordinamento producono effetti esclusivamente all'interno dello stesso, senza che possa sussistere alcuna influenza tra quelle aventi origine in sistemi differenti. Invero, per i sostenitori della dottrina dualista, sebbene il diritto internazionale possa limitare la sovranità dello Stato nazionale, ciò non avviene in virtù di una forza propria della norma internazionale, bensì a seguito della ricezione della stessa in ambito interno, ricezione che ha per effetto di trasformarla in una nuova norma di diritto interno dell'ordinamento nel quale la stessa è incorporata. Diversamente, gli Autori che hanno difeso le posizioni moniste hanno sottolineato che anche i rapporti tra norme nazionali ed internazionali non possono che essere regolati dal principio gerarchico, stante la possibilità di ordinare logicamente le diverse fonti del diritto secondo una piramide con al proprio vertice il diritto internazionale (per una sintesi F. DEHOUSSE, *La primauté du droit communautaire sur le droit des Etats membres*, in RTDE, 1965, 212 ss, spec. 214 ss).

¹⁰⁴⁴ Teoria espressamente suffragata dalla Corte di Giustizia proprio nella citata sentenza 15 luglio 1964, *Costa c. Enel*, cit., 1441 (e già ribadita, tra le altre, da CGCE, 13 febbraio 1969, *Walt Wilhelm e altri c. Bundeskartellamt*, C-14/68, in *Racc.*, 1969, 1 ss, spec. 15; CGCE, 13 dicembre 1967, *Firma Maw Neumann c. Hauptzollamt Hof/Saale*, C-17/67, in *Racc.*, 1967, 571 ss, spec. 589). Precedentemente, invero, la stessa giurisprudenza comunitaria aveva avallato una diversa concezione, in quanto nel caso *Bosch* aveva affermato che il diritto nazionale ed il diritto comunitario costituiscono due ordinamenti giuridici distinti e differenti (cfr. CGCE, 6 aprile 1962, *Société Kleidingverkoopbedrijf de Geus en Uitdenbogerd c. Société de droit allemand R. Bosch G.m.b.H.*, C-13/61, in *Racc.*, 1962, 89). Occorre comunque sia tener presente che la teoria monista non contraddice il principio dell'autonomia dell'ordinamento comunitario rispetto a quello interno, laddove un tale principio venga correttamente inteso, anche alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia, in termini di impossibilità di negare l'autonomia delle regole comunitarie in ragione della necessità di applicare disposizioni nazionali (così A. BARAV, *Cour constitutionnelle italienne et droit communautaire: le fantôme de Simmenthal*, cit., 330, la quale si riconduce anche a CGCE, 17 dicembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft mbH c. Einfuhr-und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, cit., 1125).

debbano essere semplicemente disapplicate, nei singoli casi concreti, per assicurare prevalenza alle disposizioni comunitarie limitatamente alle materie che, tramite l'art. 11 Cost., sono state attribuite alla competenza della Comunità Europea¹⁰⁴⁵. La Corte Costituzionale preferisce, pertanto, ricostruire il rapporto tra norme comunitarie e norme nazionali in termini di differente competenza legislativa, rifiutando una concezione tesa a riordinare siffatti rapporti nella logica di sovraordinazione propria del principio gerarchico¹⁰⁴⁶.

Quanto sinora evidenziato implica, in primo luogo, che, nell'ipotesi di abrogazione o annullamento della norma comunitaria incompatibile, si avrà una reviviscenza della disposizione nazionale e, soprattutto, che la Corte italiana si è riservata, nonostante la diversa posizione già espressa sul punto dalla Corte di Giustizia comunitaria¹⁰⁴⁷, il sindacato sulle norme comunitarie che possano offendere i principi supremi dell'ordinamento costituzionali o i diritti inviolabili della persona¹⁰⁴⁸.

¹⁰⁴⁵ Se la Corte Costituzionale italiana si è distinta tra le altre per il ritardo con il quale ha accettato l'immediata prevalenza delle norme comunitarie direttamente applicabili su quelle interne, vi è da dire che proprio nella dottrina italiana coeva la Corte di Giustizia, sin dalla citata decisione *Costa c. Enel*, si è ricondotta alla tesi di un Autore italiano, il quale aveva ben presto sottolineato che tra le norme comunitarie e quelle interne vi è una compenetrazione tale che sia le disposizioni dei Trattati istitutivi della CE, sia le norme di diritto comunitario derivato entrano direttamente a far parte dei sistemi giuridici nazionali degli Stati membri, determinando automaticamente l'abrogazione delle norme interne preesistenti ed incompatibili con quelle comunitarie (il riferimento è alla tesi di N. CATALANO, *Manuale di diritto delle Comunità Europee*, Milano, 1962).

¹⁰⁴⁶ Così V. TAVORMINA, *Sull tutela giurisdizionale dei diritti scaturenti dal Trattato istitutivo della Comunità europea*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, 1032 ss, spec. 1036.

¹⁰⁴⁷ Infatti CGCE, 17 dicembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft c. Einfür-und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, cit., 1125, ha affermato che la validità e gli effetti delle norme comunitarie non possono essere poste in discussione nei sistemi giuridici nazionali invocando una violazione da parte delle stesse dei diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione.

¹⁰⁴⁸ Si tratta dei c.d. controlimiti rispetto all'operare del principio del primato del diritto comunitario su quello interno, il cui sindacato da parte della Corte Costituzionale è veicolato dall'impugnazione della legge di esecuzione del Trattato istitutivo CE, costituzionalmente illegittimo *in parte qua* (cfr., nella giurisprudenza successiva, C. Cost. 18 aprile 1991 n. 168, tra l'altro in *Foro it.*, 1992, I, 660, in *Riv. it. dir. pubb. comunit.*, 1089, in *Giur. Cost.*, 1991, 1409, in *Giust. Civ.*, 1991, I, 1648 ed in *Riv. not.*, 1991, 1395) ed in relazione ai quali v., in dottrina, tra i molti, F. MODUGNO, *I principi costituzionali supremi come parametro nel giudizio di legittimità costituzionale*, in *Il principio di unità nel controllo sulle leggi nella giurisprudenza della Corte Costituzionale* a cura di F. MODUGNO – A.S. AGRO' – A. CERRI, Torino, 2002, 292 ss; M. CARTABIA, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milano, 1995, spec. 112 ss. Non si può tuttavia trascurare che la richiamata regola procedurale in punto di operatività dei c.d. controlimiti,

Non si può trascurare, peraltro, che la questione sembra essere stata risolta in una prospettiva monista dall'art 117, primo co., Cost., così come riformulato dall'art. 3 l. cost. 18 ottobre 2001, n. 3, per il quale il rispetto delle norme comunitarie deve essere assicurato sia dal legislatore nazionale, sia da quello regionale. Le conseguenze dell'operare del criterio gerarchico sembrano tuttavia divergere, nel caso in esame, da quelle canoniche, in quanto l'esigenza di un'uniforme ed immediata applicazione delle previsioni comunitarie direttamente applicabili in tutti gli Stati membri determina l'attribuzione di un sindacato diffuso, sebbene con effetti incidentali e non *erga omnes*, ai giudici nazionali circa la compatibilità tra le stesse e le norme interne confliggenti¹⁰⁴⁹.

cioè a dire il sindacato accentrato della Corte Costituzionale sulla legge di esecuzione del Trattato CE, è stata sostanzialmente posta in discussione da una già celebre pronuncia del Consiglio di Stato che ha ritenuto di poter affermare autonomamente la prevalenza di alcuni principi costituzionali supremi (nella specie quello di eguaglianza e quello relativo alla tutela della salute rispettivamente desumibili dagli artt. 3 e 27 Cost.) rispetto alla normativa comunitaria, in quanto la Corte Costituzionale si era già espressa in ordine alla illegittimità costituzionale della normativa pregressa, talché un'eventuale decisione contrastante della Corte di Giustizia resa in sede di rinvio pregiudiziale per interpretazione non avrebbe potuto essere comunque presa in considerazione dal Consiglio di Stato – giudice *a quo* ai fini dell'emanazione della propria decisione, dal momento che sarebbe stata altrimenti contraddetta la normativa di risulta costituita dalla sentenza di illegittimità costituzionale parziale della disciplina precedente resa dalla Corte Costituzionale (così Cons. St., sez. V, 28 agosto 2005 n. 4207, anche in *Giur. Cost.*, 2005, 3391, con note di G. MORBIDELLI, *Controlimiti o contro la pregiudiziale comunitaria?* e di C. DI SERI, *Un "tentativo" di applicazione dei "controlimiti"*, in *Dir. Un. Eur.*, 2006, 201 ss, con nota di A. BARONE, *A proposito della sentenza Federfarma: fra tutela del consumatore e tutela costituzionale dei diritti fondamentali il Consiglio di Stato smarrisce la retta via?*, in *Riv. dir. internaz.*, 2006, 139 ss, con nota di A. ADINOLFI, *Rapporti tra norme comunitarie e norme interne integrate da sentenze additive della Corte Costituzionale: un orientamento (... "sperimentale") del Consiglio di Stato* ed in CDE, con nota di L. DANIELE, *La protection des droits fondamentaux peut-elle limiter la primauté du droit communautaire et l'obligation de renvoi prejudiciel?*; in arg. v., inoltre, le considerazioni di A. CELOTTO, *I controlimiti presi sul serio*, in www.giustamm.it, 2005 e di G.P. DOLSO – A. AMADEO, *Il Consiglio di Stato tra Corte Costituzionale e Corte di Giustizia*, in *Giur. Cost.*, 2006, 785 ss).

¹⁰⁴⁹ Cfr., anche per i relativi riferimenti, F. PATERNITI, *La riforma dell'art. 117, comma 1, Cost. e le nuove prospettive nei rapporti tra ordinamento giuridico nazionale e Unione Europea*, in *Giur. Cost.*, 2004, 2101 ss, il quale sottolinea che, sebbene il nuovo primo comma dell'art. 117 Cost. sia in astratto idoneo a fungere da parametro nel giudizio di legittimità costituzionale delle leggi, non se ne può trarre quale diretto corollario l'attribuzione, in un criticabile ritorno al passato, del relativo sindacato in via accentrata alla Corte Costituzionale. In effetti, si è ancora esattamente evidenziato, al riforma normativa va apprezzata anche alla luce dei principi affermati in materia dalla giurisprudenza comunitaria la quale ritiene che né i giudici, né le autorità amministrative nazionali possano dare applicazione ad una norma in contrasto con il diritto comunitario, la cui unitaria ed immediata applicazione in tutti gli Stati membri ne sarebbe definitivamente compromessa. Non si può però trascurare che altri Autori ritengono invece, a nostro sommo avviso poco condivisibilmente, che si sarebbe in un certo senso tornati indietro, nel senso che spetterebbe in via accentrata alla Corte Costituzionale la valutazione in ordine alla compatibilità

2.2. La Corte Costituzionale tedesca e la riserva dei diritti fondamentali

L'altro sistema giuridico europeo che ha conservato negli anni un approccio dualista quanto al rapporto tra fonti comunitarie e fonti interne è quello tedesco: peraltro, richiamare anche le tappe fondamentali della giurisprudenza costituzionale tedesca sulla questione in esame non ci appare superfluo, in quanto almeno in parte differenti sono in quel sistema le conseguenze dell'adesione alla dottrina dualista e le stesse hanno, del resto, subito una significativa evoluzione che merita di essere brevemente ripercorsa in questa sede.

La disposizione mediante la quale è stata fornita copertura costituzionale nell'ordinamento tedesco alle norme comunitarie è l'art. 24, secondo il quale con legge federale possono essere trasferiti determinati spazi di sovranità a favore di istituzioni internazionali¹⁰⁵⁰.

tra norme comunitarie e norme interne posteriori (cfr., tra gli altri, U. DRAETTA, *Il difficile rapporto della Cassazione con l'art. 117, co. primo, Cost.*, in *Dir. Un. Eur.*, 2005, 355 ss). Tuttavia, anche a voler seguire la posizione, che a noi appare preferibile, per la quale non è stata reintrodotta la necessità di una pronuncia di annullamento della Corte Costituzionale ai fini dell'attribuzione ai giudici interni del potere di disapplicazione delle norme interne incompatibili con quelle comunitarie, che attualmente sia l'art. 117 e non più l'art. 11 Cost. a fondare l'operatività nel nostro ordinamento del principio di supremazia delle disposizioni comunitarie su quelle nazionali ed, inoltre, a giustificare l'utilizzabilità delle previsioni del Trattato istitutivo CE quali norme interposte nel giudizio di legittimità costituzionale delle leggi (cfr. R. CALVANO, *La Corte Costituzionale "fa i conti" per la prima volta con il nuovo art. 117 comma 1 Cost. Una svista o una svolta monista della giurisprudenza costituzionale sulle "questioni comunitarie"?*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it; peraltro v., sull'idoneità del Trattato a fungere da parametro nei giudizi di costituzionalità delle leggi, anche prima della riformulazione del primo co. dell'art. 117 Cost., C. Cost. 23 dicembre 1986 n. 286, anche in *Foro it.*, 1987, I, 1010; C. Cost. 7 aprile 1988 n. 399, in *Giur. Cost.*, 1998, I, 1774 ed in *Giur. it.*, 1990, I, 1, 196; C. Cost. 30 dicembre 1997 n. 443, tra l'altro in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1998, 246, con nota di NINATTI, in *Giur. it.*, 1998, I, 2093, con nota di TRIPODINA, in *Giust. Civ.*, 1998, I, 609 ed in *Foro it.*, 1998, I, 698). Altra conseguenza, si è notato, dovrebbe operare sotto il profilo del regime delle norme interne emanate posteriormente ad una disposizione comunitaria con esse confliggente, le quali dovrebbero considerarsi geneticamente invalide (F. PTERNITI, *Op. cit.*, 2101, ss. In argomento, in dottrina, diffusamente, A. CELOTTO, *L'efficacia delle fonti comunitarie nell'ordinamento italiano. Normativa, giurisprudenza e prassi*, Torino, 2003, 260 ss.

¹⁰⁵⁰ E' pertanto l'art. 24 Cost. tedesca a consentire, per il tramite della legge di ratifica del Trattato istitutivo CE, a quest'ultimo ed alle disposizioni emanate in base allo stesso (c.d. diritto comunitario derivato) di produrre effetti nel sistema interno, anche in contrasto con le norme nazionali sia preesistenti che successive (cfr. H.P. IPSEN, *Europäisches Gemeinschaftsrecht*, Tübingen, 1972, 267 ss).

Tuttavia, già nella prima decisione resa in tema di rapporti tra ordinamento comunitario ed ordinamento interno nel 1967, la Corte Costituzionale ha precisato che spetta a ciascun giudice comune valutare la conformità delle legge interne, anche posteriori, rispetto alle norme comunitarie¹⁰⁵¹. Negli anni successivi, la stessa Corte non ha esitato a sancire espressamente, proprio sulla base del richiamato art. 24 Cost., la supremazia del diritto comunitario su quello interno nonché la necessità che le norme comunitarie siano rispettate ed applicate da tutti i giudici nazionali¹⁰⁵².

Peraltro, nella motivazione delle pronunce appena citate, la Corte Costituzionale tedesca aveva al contempo evidenziato l'esistenza di alcune limitazioni rispetto all'operare del principio del primato del diritto comunitario su quello interno per il tramite dell'art. 24 Cost., limitazioni esplicitate con la nota ordinanza del 29 maggio 1974, c.d. *Solange I*¹⁰⁵³. Premessa delle affermazioni contenute in una tale decisione è la considerazione per la quale il trasferimento di spazi di sovranità per via legislativa ad istituzioni internazionali come la Comunità Europea non potrebbe, in ogni caso, in assenza di una revisione costituzionale, modificare la struttura fondamentale della Costituzione. Secondo il *Bundesverfassungsgericht*, di conseguenza, i diritti fondamentali garantiti dalla stessa Costituzione tedesca, in particolare dagli artt. 1 – 20¹⁰⁵⁴, non possono

¹⁰⁵¹ Corte Cost. ted. 18 ottobre 1967, BvR 248/63 e 216/67, anche in RTDE, 1968, 203.

¹⁰⁵² Il riferimento è a Corte Cost. ted. 9 giugno 1971, BvR 225/69, in *Europarecht*, 1972, 57, con nota di H.P. IPSEN.

¹⁰⁵³ Una tale ordinanza si legge, tra l'altro, in *Europarecht*, 1975, 1, con nota di H.P. IPSEN, *BverfG versus EuGH re « Grundrechte ». Zum Beschluss des zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 29.5.1974*, in NJW, 1974, 2153, con nota di H.H. RUPP, *Zur bundesverfassungsgerichtlichen Kontrolle des Gemeinschaftsrechts am Maßstab der Grundgesetz*, in RTDE, 1975, 316, con nota di M. FROMONT, *ivi*, 1976, 415, con nota di J. DARRAS – O. PIROTTE, *La Cour Constitutionnelle fédérale allemande a-t-elle mis en ranger la primauté du droit communautaire?*, in CDE, 1975, 149, con nota di G. COHEN-JONATHAN, *Cour constitutionnelle allemande et règlements communautaires*, in *Rev. Marché commun*, 1975, 10, con nota di C.D. EHLERMANN, *Primauté du droit communautaire mise en ranger par la Cour constitutionnelle fédérale allemande*.

¹⁰⁵⁴ E ciò, come è noto, anche in virtù dell'espressa "clausola di eternità" contenuta nell'art. 79, comma terzo, della Costituzione tedesca, in virtù della quale non è ammessa una revisione della

essere compromessi in ragione della partecipazione della Germania alla Comunità Europea, anche per il “deficit democratico” della stessa, con l’ulteriore conseguenza della sussistenza del potere della Corte Costituzionale di valutare la compatibilità delle norme comunitarie con i diritti fondamentali consacrati dalla Costituzione tedesca¹⁰⁵⁵.

Più di recente, sia in ragione delle critiche pressoché unanimemente rivolte dalla dottrina all’orientamento espresso dalla pronuncia *Solange*, sia, soprattutto, per la maggiore rilevanza dei diritti fondamentali anche all’interno del sistema comunitario¹⁰⁵⁶, la Corte Costituzionale tedesca, nell’innovativa decisione c.d. *Solange II*, ha mutato posizione, negando la propria possibilità di conoscere di un ricorso costituzionale fondato su una violazione dei diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione da parte di norme comunitarie in ragione dell’equivalente protezione dei quali beneficiano oggi tali diritti, almeno per quanto attiene al contenuto essenziale degli stessi, nell’ordinamento comunitario

¹⁰⁵⁷.

stessa Costituzione che: modifichi l’organizzazione federale degli Stati membri della Federazione tedesca; impedisca la partecipazione di ciascuno Stato membro alla legislazione federale; modifichi i principi sanciti dagli artt. 1 – 20 della medesima Carta fondamentale, che tutelano i diritti fondamentali dei singoli nei confronti dei pubblici poteri ed affermano la natura democratica dello Stato (in arg. M.F. RIGAUX, *La théorie des limites matérielles à l’exercice de la fonction constituante*, Bruxelles, 1985).

¹⁰⁵⁵ Norme comunitarie che, invero, laddove repute in contrasto con i diritti fondamentali sanciti dalla Costituzione non possono trovare applicazione nell’ordinamento tedesco. Sin dalla pronuncia c.d. *Solange I*, peraltro, la Corte Costituzionale tedesca aveva chiarito che la propria riserva di sindacato sulle disposizioni di diritto comunitario derivato era limitata sino al momento entro il quale anche la Comunità europea avrebbe assicurato al proprio interno una protezione dei diritti fondamentali equivalente a quella garantita dalla Costituzione tedesca (cfr. D. HANF, *Le jugement de la Cour constitutionnelle fédérale allemande sur la constitutionnalité du Traité de Maastricht*, in RTDE, 1994, 391 ss, spec. 407).

¹⁰⁵⁶ Sulla questione v., più diffusamente, Cap. II, §4.

¹⁰⁵⁷ Il riferimento è a Corte Cost. ted. 22 ottobre 1986, 2 BvR 197/83, anche in *Europarecht*, 1987, 1, con nota di H.P. IPSEN, *Das Bundesverfassungsgericht löst die Grundrechts-Problematik* ed in RTDE, 1987, 537 ss, con nota di V. CONSTANTINESCO, *Cour Constitutionnelle allemande, droits fondamentaux et droit communautaire: une musique nouvelle sur un air ancien...*. La svolta della giurisprudenza costituzionale tedesca non è stata tuttavia salutata con favore unanime dalla dottrina interna, la quale ha invocato un *Solange III*, ovvero un ritorno ad un più rigido esame del diritto comunitario derivato alla luce della Costituzione tedesca (in tal senso, tra gli altri, C. DIETER EHLERMANN, *Zur Diskussion über einen Solange III-Beschluß*, in *Eur Beiheft*, 1991,

2.3. Le oscillazioni della giurisprudenza francese tra adesione alla tesi monista e tutela della sovranità nazionale

In coerenza con l'obiettivo di favorire la cooperazione internazionale evitando per quanto possibile i frequenti conflitti che avevano funestato la vecchia Europa, l'art. 55 della Costituzione francese del 1946¹⁰⁵⁸ ha sancito il principio della prevalenza dei Trattati internazionali sulle leggi interne.

Costituirebbe, peraltro, un'eccessiva semplificazione della questione ritenere che ciò risolva alla radice anche il problema del primato delle norme comunitarie su quelle nazionali, problema che, in realtà, la giurisprudenza francese ha tradizionalmente affrontato non senza contraddizioni tra una Corte e l'altra.

I primi importanti chiarimenti si devono, in particolare, alla pronuncia del Consiglio Costituzionale sulla legge relativa all'interruzione volontaria della gravidanza¹⁰⁵⁹. In tale decisione, pur specificamente concernente la compatibilità di una tale normativa con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo¹⁰⁶⁰, il giudice costituzionale francese ha chiarito che: - l'art. 55 Cost. non vincola esclusivamente il legislatore a non emanare norme contrastanti con gli obblighi assunti dal Governo sul piano internazionale, ma anche il giudice ad attribuire prevalenza alle norme internazionali; - il Consiglio costituzionale è privo di competenza ad accertare la compatibilità tra le leggi nazionali ed i Trattati

n. 1, 27 ss; U. EVERLING, *Brauchen wir Solange III*, in *EuR*, 1990, 195 ss; C. TOMUSCHAT, *Aller guten Dinge sind III*, *ivi*, 1990, 340 ss).

¹⁰⁵⁸ Con una disposizione confermata dalla successiva Costituzione del 1958 che, pure, riflette una concezione maggiormente chiusa rispetto al diritto internazionale.

¹⁰⁵⁹ Si tratta, più precisamente, della decisione resa dal Consiglio Costituzionale francese il 15 gennaio 1975, la quale si legge nella relativa *Racc.*, 19.

¹⁰⁶⁰ E, quindi, concernente, in relazione all'art. 55 Cost., tutti i Trattati internazionali e non soltanto il diritto comunitario (cfr. C. BLAUMANN – L. DUBOIS, *Droit institutionnel de l'Union Européenne*, 2a ed., cit., 549).

internazionali, dovendo il relativo sindacato essere effettuato in via diffusa dai singoli giudici dell'ordinamento.

Sulla base di tali premesse è stato peraltro differente l'approccio riservato in concreto alla questione dai giudici comuni¹⁰⁶¹.

Per sua parte, infatti, la Corte di Cassazione non ha tardato a riconoscere il principio del primato del diritto comunitario su quello interno di rango ordinario, fondando un tale assunto sul citato art. 55 della Costituzione francese¹⁰⁶².

Diversamente, il Consiglio di Stato non ha esitato, almeno nelle decisioni meno recenti¹⁰⁶³, ad applicare, nell'ambito dei rapporti tra norme comunitarie e norme interne, il principio cronologico che pure, come evidenziato, era stato sanzionato dalla Corte di Giustizia nella pronuncia *Costa c. Enel*. Una tale giurisprudenza è stata rivisitata, a favore del primato del diritto comunitario, soltanto alla fine degli anni ottanta con la nota *arrêt Nicolo'*¹⁰⁶⁴, la quale ha riconosciuto, sempre tramite il richiamo all'art. 55 Cost.¹⁰⁶⁵, il primato del diritto comunitario su quello nazionale.

¹⁰⁶¹ Ovvero dai giudici ordinari e da quelli amministrativi.

¹⁰⁶² In tal senso v., infatti, già Cass. civ. 24 maggio 1975, in *Dalloz*, 1975, 497. Occorre tuttavia precisare che il riferimento, ai fini del riconoscimento del principio della supremazia del diritto comunitario su quello interno, all'art. 55 Cost. francese, e non alla specificità dell'ordinamento giuridico costruito con la costituzione della Comunità europea, rappresenta una deviazione rispetto alla giurisprudenza comunitaria in materia (P. MANIN, *Les effets des juridictions européennes sur les juridictions françaises*, in AA.VV., *Les Cours Européennes*, cit., 51 ss, spec. 57). Va anche evidenziato, comunque sia, che la Corte di Cassazione, sin dalla decisione ora citata, ha svolto un'importante precisazione che finisce per rendere meramente teorica la questione del fondamento dell'affermazione del principio del primato del diritto comunitario nell'ordinamento francese nei termini ora delineati: in particolare, secondo la Corte di Cassazione, non opera comunque, rispetto al diritto comunitario, la clausola di reciprocità sancita dall'art. 55 Cost., poiché, a differenza di quanto avviene nel diritto internazionale classico, nel sistema comunitario sussiste la giurisdizione obbligatoria della Corte di Giustizia, competente in via esclusiva a pronunciarsi su qualsivoglia violazione del diritto comunitario (C. BLAUMANN – L. DUBOUIS, *Droit institutionnel de l'Union Européenne*, 2a ed., cit., 551).

¹⁰⁶³ V., ad es., Cons. État, 1° marzo 1968, per la quale i giudici comuni non possono sindacare l'esercizio dei poteri del legislatore.

¹⁰⁶⁴ Cons. État, 20 ottobre 1989, in RTDE, 1989, 771, con nota di G. ISAAC, in RFDA, 1989, 823, con note di B. GENEVOIS ed *ivi*, 1000, con nota di L. DUBOUIS.

¹⁰⁶⁵ Effettuato, tuttavia, senza alcun riferimento all'operare della clausola di reciprocità (C. BLAUMANN – L. DUBOUIS, *Droit institutionnel de l'Union Européenne*, 2a ed., cit., 552).

In termini più complessi continua a porsi, anche in Francia, la distinta questione dei rapporti tra diritto comunitario e Costituzione¹⁰⁶⁶, resa problematica soprattutto dal disposto degli artt. 11 e 54 della Costituzione del 1958. Infatti, come è noto, la prima norma consente al Presidente della Repubblica di subordinare all'esito positivo di un referendum popolare la ratifica dei Trattati internazionali che, sebbene non contrastanti con la Costituzione, incidano sul funzionamento delle istituzioni¹⁰⁶⁷. Per sua parte l'art. 54 ha, invece, introdotto nel sistema francese un controllo preventivo di costituzionalità in ordine alla compatibilità a Costituzione dei nuovi accordi internazionali¹⁰⁶⁸.

Va, inoltre, evidenziato che sulla questione dei rapporti tra diritto comunitario e Costituzione francese, ha inciso per lungo tempo anche la posizione del tutto particolare della giurisprudenza incline a giustificare il primato del diritto comunitario su quello nazionale sull'art. 55 Cost. e non, in armonia con le affermazioni della Corte di Giustizia, sulla specificità del sistema comunitario¹⁰⁶⁹. Sul punto, tuttavia, vi è stata di recente una significativa evoluzione giurisprudenziale iniziata su impulso del Consiglio Costituzionale il quale ha riconosciuto la peculiarità dell'ordinamento comunitario rispetto agli assetti determinati dal diritto internazionale classico ed, in una tale prospettiva, ha individuato la norma costituzionale che costituisce la base giuridica degli effetti e

¹⁰⁶⁶ In arg. v. la recente disamina di V. CONSTANTINESCO, *Les rapports entre les traités et la constitution: du droit interne au droit communautaire: Libertés, justice, tolérance*, in *Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, I, Bruxelles, 2004, 463 ss).

¹⁰⁶⁷ E non è privo di significato, ai nostri fini, che proprio a seguito dell'indizione di un referendum ai sensi del richiamato art. 11 Cost. e tenutosi il 29 maggio 2005 la Francia non sia stata autorizzata a ratificare il Trattato contenente un progetto di Costituzione per l'Europa.

¹⁰⁶⁸ Sulla problematica concernente la possibilità, successivamente all'esito positivo del controllo di costituzionalità in questione, di ritenere incostituzionale un trattato internazionale ed, in particolare, una norma comunitaria v., di recente, le considerazioni di A. LA PERGOLA, *Il giudice costituzionale italiano di fronte al primato e all'effetto diretto del diritto comunitario: note su un incontro di studio*, cit., 2419 ss.

¹⁰⁶⁹ Si tratta della c.d. banalizzazione del diritto comunitario rispetto a quello internazionale (cfr. P. MANIN, *Les effets des juridictions européennes sur les juridictions françaises*, in AA.VV., *Les Cours Européennes*, cit., 59; D. SIMON, *La jurisprudence récente du Conseil d'État: le grand ralliement à l'Europe des juges ?*, in *Europe*, 2007, n. 3, 4 ss, spec. 8).

del rango delle norme comunitarie nel sistema francese nell'art. 88, § primo, Cost.¹⁰⁷⁰.

Sotto il profilo pratico la rilevanza dell'attuale giurisprudenza del Consiglio Costituzionale si apprezza, innanzitutto, perché il giudice costituzionale si è dichiarato incompetente a decidere in ordine alla compatibilità con la Costituzione di tutte le norme interne che si limitino a trarre le necessarie conseguenze dalle norme comunitarie¹⁰⁷¹. In secondo luogo il Consiglio ha riconosciuto la sussistenza, ai fini dell'operare del principio del primato del diritto comunitario su quello interno, di principi di differente rilevanza nella Costituzione, talché una reviviscenza dei poteri di sindacato del Consiglio Costituzionale sulle norme nazionali emanate in attuazione del diritto comunitario può aversi esclusivamente nell'ipotesi di contrasto con una regola o un principio inerente all'identità costituzionale della Francia¹⁰⁷².

Occorre, infine, sottolineare che la recente giurisprudenza del Consiglio Costituzionale ha spiegato effetti pressoché immediati anche su quella del Consiglio di Stato il quale, come si diceva, si era mostrato tradizionalmente più restio a riconoscere la prevalenza del diritto comunitario su quello nazionale, soprattutto se avente rango costituzionale. Il Consiglio di Stato, infatti, nella pronuncia *Arcelor*¹⁰⁷³ ha riconosciuto, stante la specificità del diritto comunitario rispetto a quello internazionale sulla base dell'art. 88, § primo, Cost., che qualora

¹⁰⁷⁰ Cfr., tra le altre, Cons. Const., dec. n° 2004-496 del 10 giugno 2004; Cons. Const., dec. n° 2004-498 del 1° luglio 2004; Cons. St., dec. n° 2004-499 del 29 giugno 2004; Cons. Const., dec. n° 2006-540 del 27 giugno 2006; Cons. Const., dec. n° 2006-543 del 30 novembre 2006. In argomento, in dottrina, X. MAGNON, *Le chemin communautaire du Conseil constitutionnel : entre ombre et lumière : principe et conséquence de la spécificité constitutionnelle du droit communautaire*, in *Europe*, 2004, étude 9.

¹⁰⁷¹ Nel senso che, alla stregua di quanto avviene per le leggi con le quali vengono trasposte le direttive comunitarie, la discrezionalità delle autorità interne è vincolata (cfr. R. KOVAR, *Vers un statut du droit d'exécution du droit communautaire dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, cit., 5 ss).

¹⁰⁷² V., ancora, R. KOVAR, *Vers un statut du droit d'exécution du droit communautaire dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, cit., 5 ss.

¹⁰⁷³ Cons. État, ass., 8 febbraio 2007 n. 287110, *Sté Arcelor Atlantique et Lorraine e altri*.

venga in rilievo nel corso di un giudizio dinanzi a sé un ipotetico contrasto tra una norma nazionale emanata in pedissequa attuazione di una norma comunitaria ed i principi fondamentali sanciti dalla Costituzione dovranno distinguersi due situazioni. Qualora il principio invocato sia sostanzialmente riconosciuto anche nel diritto comunitario, il giudice comune dovrà sollevare, in caso di dubbio, ricorso per rinvio pregiudiziale di validità dinanzi alla Corte di Giustizia, mentre potrà sindacare direttamente la legittimità della disposizione interna qualora il principio fondamentale sancito dalla Costituzione in ipotetico contrasto con la stessa non sia anche riconosciuto nell'ordinamento comunitario¹⁰⁷⁴.

2.4. Il primato del diritto comunitario nel progetto di Costituzione per l'Europa

Nell'intento di evidenziare l'evoluzione positiva del processo di integrazione europea l'art. I-6 del Trattato contenente un progetto di Costituzione per l'Europa ha espressamente codificato il principio della supremazia del diritto comunitario su quello interno degli Stati membri con esso confligente.

La portata di una tale disposizione poteva ragionevolmente essere quella di eliminare le problematiche che ancora oggi si pongono in tema di affermazione del principio del primato del diritto comunitario su quelli nazionali, laddove venga in rilievo una norma interna di rango costituzionale¹⁰⁷⁵, sancendo in ogni caso la supremazia delle disposizioni di fonte comunitaria¹⁰⁷⁶.

¹⁰⁷⁴ In arg. v. anche i rilievi di D. SIMON, *La jurisprudence récente du Conseil d'État: le grand ralliement à l'Europe des juges?*, cit., 5 ss.

¹⁰⁷⁵ Problemi a sommo parere di chi scrive emblematicamente espressi, da un lato, dalla richiamata giurisprudenza delle Corti Costituzionali italiana e tedesca, che non è giunta comunque a riconoscere un illimitato primato del diritto comunitario sui principi costituzionali fondamentali ed i diritti inviolabili della persona umana e, dall'altro, dalla granitica posizione della giurisprudenza comunitaria, secondo la quale nessun limite rispetto alla supremazia delle norme di diritto comunitario, anche derivato, potrebbe essere invocato dalle Corti nazionali in nome dell'esigenza di tutelare i diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione (cfr. CGCE, 11 gennaio 2000, *Tanja Kreil*, C-285/98, in *Racc.*, 2000, 69; TPI, ord. 2 aprile 2004, *Gonnelli c. Italia*, T-

Tuttavia le resistenze degli Stati membri rispetto ad una tale interpretazione dell'art. I-6 del progetto di Costituzione europea hanno condotto - a prescindere dal problema squisitamente politico della ratifica di un tale progetto che ha subito al momento una significativa battuta d'arresto - ad esiti del tutto differenti.

Innanzitutto, difatti, la prima dichiarazione allegata al suddetto Trattato si è affrettata a precisare che l'art. I-6 riflette l'attuale giurisprudenza della Corte di Giustizia.

Va, in secondo luogo, evidenziato che anche il Consiglio Costituzionale francese ed il Tribunale costituzionale spagnolo, chiamati a pronunciarsi in via preventiva sulla legittimità costituzionale del progetto di Costituzione europea, hanno ritenuto che nessun problema comporta l'art. I-6 dello stesso, in quanto non attribuisce al principio del primato del diritto comunitario su quello interno un significato differente da quello che era già in precedenza riconducibile al medesimo alla luce della giurisprudenza comunitaria¹⁰⁷⁷.

Quanto sinora evidenziato, comunque sia, non contraddice l'assunto, in pratica rimasto inalterato sin dalla pronuncia resa dalla Corte di Giustizia nel caso *Costa c. Enel*, per il quale il diritto comunitario prevale per regola generale sul diritto interno confliggente degli Stati membri, sebbene posteriore e di rango

231/02, in *Racc.*, 2004, II-57). Sulla questione cfr. D. RITLENG, *Le principe de primauté du droit de l'Union*, in *RTDE*, 2005, 285 ss.

¹⁰⁷⁶ Così, tra i primi commentatori, T. DEBARD, *A propos du processus de constitutionnalisation des traités. Brèves remarques, à mi-parcours, sur les exigences du formalisme juridique et de la démocratie*, in *Mélanges en l'honneur de J.C. Gautron*, Pedone, 2004, 273 ss; J.P. JACQUE', *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 3a ed., Paris, 2004, 557; P. MANIN, *Droit constitutionnel de l'Union européenne*, Pedone, 2004, 485.

¹⁰⁷⁷ Si tratta, rispettivamente, di Cons. Cost. fr., decisione 19 novembre 2004 n. 505, in *JORF*, 24 novembre 2004, 19885 e di Tribunale Cost. sp., decisione 13 dicembre 2004 n. 1, in *RFDA*, 2005, 43, con nota di F. MODERNE.

anche costituzione¹⁰⁷⁸: in effetti, anche in ragione dell'accresciuta sensibilità nel sistema comunitario per la tutela dei diritti fondamentali della persona in sé e per sé considerata, la questione di un irriducibile contrasto tra diritto comunitario e principi costituzionali supremi è, almeno nella generalità dei casi, del tutto teorica¹⁰⁷⁹.

Proprio dal principio della supremazia del diritto comunitario su quello interno occorre adesso prendere le mosse per meglio comprendere come allo stesso si ricollegli la tematica della tutela cautelare.

3. La disapplicazione provvisoria delle disposizioni interne in contrasto con le norme comunitarie

La problematica che ci accingiamo ad esaminare e che interessa specificamente la materia della tutela cautelare può essere sintetizzata nei seguenti termini: *quid juris* nelle ipotesi in cui il contrasto tra norma interna e norma comunitaria non sia stato ancora accertato ma appaia al giudice nazionale soltanto probabile? Quest'ultimo potrà dare comunque piena applicazione alla previsione comunitaria disapplicando la legge nazionale?

A ben vedere si tratta di una questione idonea a porsi, paradigmaticamente, proprio nell'ambito di procedimenti di natura cautelare nei quali il dubbio in ordine all'esistenza di un contrasto tra norma interna e norma comunitaria costituisce il *fumus boni juris*¹⁰⁸⁰ idoneo, disapplicata la prima, a

¹⁰⁷⁸ Invero le posizioni restie a riconoscere una prevalenza delle norme comunitarie rispetto a quelle costituzionali sono state affermate, come prevedibile e come si è del resto evidenziato nei precedenti paragrafi, soprattutto all'interno dei singoli Stati membri.

¹⁰⁷⁹ Problemi potrebbero sorgere, invero, alla stregua di quanto può desumersi anche dall'opinione dissenziente espressa da alcuni giudici nell'*arrêt Bosphorus* resa dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, quanto al rispetto del diritto di accesso al giudice nel sistema comunitario: sulla questione v., diffusamente, Cap. II.

¹⁰⁸⁰ Cfr. C. CONSOLO, *Fondamento "comunitario" della giurisdizione cautelare*, in *Giur. it.*, 1991, I, 1, 1123 ss, spec. 1126.

concedere al ricorrente tutela cautelare in omaggio alle previsioni di origine comunitaria¹⁰⁸¹.

Anche precedentemente all'intervento chiarificatore della Corte di Giustizia, alcuni giudici nazionali, traendo le conseguenze indotte soprattutto dalla citata pronuncia *Simmenthal*¹⁰⁸², avevano provvisoriamente disapplicato norme interne che apparivano incompatibili con il diritto comunitario, assicurando ai ricorrenti una tutela cautelare volta ad evitare, per gli stessi, i pregiudizi riconnessi alla necessità di attendere, per ottenere un tale risultato, la decisione definitiva di merito.

L'occasione alla Corte di Giustizia per pronunciarsi espressamente sulla questione è stata resa dal primo quesito interpretativo posto alla stessa dall'House of Lords inglese nel caso *Factortame*¹⁰⁸³.

La fattispecie era stata originata da un regolamento mediante il quale la Comunità Europea aveva stabilito le quote di pesca che ogni Stato membro

¹⁰⁸¹ Come evidenzia C. CONSOLO, *Fondamento "comunitario" della giurisdizione cautelare*, cit., 1123, la questione attiene alla possibilità di pronunciare provvedimenti cautelari che assicurino subito un certo grado di tutela e di soddisfazione per quei diritti he, sanciti dalla norma di rango più elevato, appaiano sacrificati dalla norma di rango inferiore.

¹⁰⁸² V., *infra*, § 2.1.

¹⁰⁸³ CGCE, 19 giugno 1990, *Factortame c. Governo del Regno Unito*, C-213/89, in *Racc.*, 1990, 2433, nonché, tra l'altro, anche in *Giur. It.*, 1991, I, 1, 1122, con nota di C. CONSOLO, *Fondamento « comunitario » della giurisdizione cautelare*, cit.; in *Foro amm.*, 1991, 1885, con nota di R. CARANTA, *Effettività della garanzia giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione e diritto comunitario: il problema della tutela cautelare*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1991, 1042, con nota di M. MUSCARDINI, *Potere cautelare dei giudici nazionali in materie disciplinate dal diritto comunitario*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, 1110, con nota di M. SICA, *Diritto comunitario e giustizia amministrativa: prime riflessioni a margine di una recente sentenza della Corte di Giustizia della Cee*, in *Common Market Law Review*, 1990, 573, con nota di A.G. TOTH ed in *Public Law*, 1991, 180, con nota di N. P. GRAVELLS, *Effective protection of Community Law Rights: Temporary Disapplication of an act of Parliament*, in *Revue Marché Commun*, 1990, 597, con nota di D. SIMON e A. BARAV, *Le droit communautaire et la suspension provisoire des mesures nationales. Les enjeux de l'affaire Factortame*; in RFDA, 1990, 192, con note di J. C. BONICHOT, *Les pouvoirs d'injonction du juge national pour la protection des droits conférés par l'ordre juridique communautaire* e di J. BELL, *Sur le pouvoir du juge britannique d'adresser des injonctions à la Couronne*. In argomento v., altresì, in dottrina, A. BARAV, *Enforcement of Community Rights in the National Courts: The Case for jurisdiction to grant an Interim Relief*, in *Common Market Law Review*, 1989, 369 ss; I.TELCHINI, *L'art. 700 c.p.c. e la disapplicazione di leggi nazionali confliggenti con norme comunitarie*, in *Quest. Giust.*, 1992, 383 ss; GIACALONE, in *Corr. Giur.*, 1992, 1027 ss; S. BAYRON – L. NEVILLE BROWN, *L'affaire Factortame: droit communautaire contre droit public angalis*, RFDA, 1994, 77.

doveva rispettare. Infatti, entrata in vigore una tale normativa, il Governo britannico si era trovato a fronteggiare un problema di *quota-hopping*, in quanto pescherecci facenti capo ad interessi di nazionalità diverse da quella inglese, ed in particolare spagnoli, si erano immatricolati nel Regno Unito, in tal modo “sottraendo” alle imprese nazionali le quote di pesca spettanti allo stesso Regno Unito in accordo con la richiamata normativa comunitaria. Di talché il Governo britannico, con il *Merchant Shipping Act* del 1988, da un lato, aveva introdotto un nuovo registro di immatricolazione dei pescherecci, così imponendo una nuova immatricolazione anche alle navi già battenti bandiera inglese secondo la normativa precedente e, da un altro, aveva ricompreso, tra le condizioni per ottenere l’immatricolazione, la proprietà dei pescherecci da parte di soggetti aventi nazionalità britannica¹⁰⁸⁴.

A quel punto la società *Factortame* ed altre società operanti nel settore della pesca di diritto inglese ma facenti capo ad interessi spagnoli avevano contestato la compatibilità con diverse norme del Trattato istitutivo CE del citato *Merchant Shipping Act* del 1988¹⁰⁸⁵. Tali società ricorrevano in sede giurisdizionale¹⁰⁸⁶, attraverso un apposito strumento previsto nel sistema anglosassone, ancora prima dell’entrata in vigore della nuova legge, chiedendo

¹⁰⁸⁴ Più in particolare la proprietà dei pescherecci poteva, ex art. 14 del *Merchant Shipping Act* del 1988, essere considerata britannica laddove e il 75% dei proprietari degli stessi fosse stato di nazionalità inglese e il 75% degli amministratori. In argomento v. S. BOYRON – L. NEVILLE BROWN, *L'affaire Factortame: droit communautaire contre droit public anglais, cit.*, 71.

¹⁰⁸⁵ Il denunciato contrasto si fondava, precisamente, sugli allora artt. 7, 52 e 221 del Trattato CE, *i.e.* sulle norme che sanciscono, rispettivamente, un divieto di qualsivoglia discriminazione in base alla nazionalità, la libertà di stabilimento in ogni altro Stato membro della Comunità europea ed il libero movimento dei capitali all’interno del mercato comune.

¹⁰⁸⁶ Occorre sottolineare sin d’ora che, quasi contemporaneamente, anche la Commissione aveva instaurato dinanzi alla Corte di Giustizia una procedura di infrazione nei confronti del Regno Unito, lamentando la violazione da parte di quest’ultimo degli artt. 7, 52 e 221 del Trattato istitutivo CE, a seguito dell’emanazione del *Merchant Shipping Act* del 1988 ed ottenuto, in sede cautelare, l’emanazione di un’ordinanza avente ad oggetto la sospensione cautelare da parte del Regno Unito della suddetta normativa (v. CGCE, ord. 10 ottobre 1989, *Commissione c. Regno Unito*, in *Racc.*, 1989, 3125). In esecuzione di tale pronuncia il Regno Unito aveva, con decreto reale, modificato l’art. 14 del *Merchant Shipping Act* del 1988 consentendo l’iscrizione provvisoria dei pescherecci nei registri navali a prescindere dalla ricorrenza delle condizioni di nazionalità.

che si ordinasse al Governo britannico di ritenere, posto il contrasto delle norme inglesi contestate con il diritto comunitario, efficace la precedente immatricolazione navale. Si domandava, altresì, che un tale ordine fosse indirizzato al Governo in via interlocutoria e provvisoria, in attesa della decisione definitiva¹⁰⁸⁷: le società ricorrenti, invero, non potendo ottenere l'immatricolazione dei propri pescherecci a seguito dell'entrata in vigore della nuova legge, deducevano il pericolo di un imminente pregiudizio di carattere irreparabile, ovvero quello della cessazione della propria attività¹⁰⁸⁸.

Sotto quest'ultimo profilo, la *High Court* accoglieva in primo grado l'istanza delle ricorrenti ed ordinava al Governo britannico di non dare applicazione al *Merchant Shipping Act* del 1988 sino alla pronuncia della Corte di Giustizia, già adita con ricorso pregiudiziale di interpretazione dalla stessa *High Court*, circa la questione della compatibilità dello stesso con alcune norme comunitarie.

Tuttavia un altro ostacolo si frapponeva alla piena tutela cautelare delle ricorrenti: nel sistema giuridico inglese, infatti, non è ammessa l'emaneazione di ordini nei confronti della Corona¹⁰⁸⁹, identificata, ampiamente, con i ministri del

¹⁰⁸⁷ Secondo C. CONSOLO, *Fondamento "comunitario" della giurisdizione cautelare*, cit., 1124, i tempi della decisione da parte del giudice inglese di primo grado avrebbero invero potuto essere rallentati dall'opportunità di operare una rimessione pregiudiziale interpretativa alla Corte di Giustizia comunitaria ai sensi dell'attuale art. 234 del Trattato CE.

¹⁰⁸⁸ Cfr., ancora, S. BOYRON – L. NEVILLE BROWN, *L'affaire Factortame: droit communautaire contre droit public anglais*, cit., 71, le quali esattamente pongono in evidenza che due erano le questioni – delle quali è stata in seguito investita la Corte di Giustizia – sollevate dal caso *Factortame*, ovvero quella di merito relativa alla compatibilità della legge britannica con il diritto comunitario e quella, di natura squisitamente processuale, relativa alla possibilità per i giudici nazionali di assicurare tutela cautelare ai ricorrenti, disapplicando provvisoriamente la normativa interna, in attesa della decisione definitiva in ordine alla compatibilità della stessa con il diritto comunitario.

¹⁰⁸⁹ Infatti nel diritto amministrativo inglese vige il principio dell'immunità del sovrano rispetto al potere giurisdizionale, di talché i giudici non possono esercitare poteri di natura coercitiva nei confronti della Corona né attraverso ordinanze cautelari né in sede di esecuzione forzata delle obbligazioni contrattuali. Occorre tuttavia tener presente che, sebbene una tale posizione non fosse stata avallata dall'*House of Lords*, già prima della pronuncia *Factortame* alcune decisioni avevano affermato il potere dei giudici di emanare ordini di natura cautelare nei confronti della Corona, posto che il *Supreme Court Act* del 1981 ha attribuito ai Tribunali il potere di emanare ordinanze dichiarative ed ingiuntive anche nell'ambito delle procedure di "*judicial review*" (cfr. *R. v. Home*

governo centrale e gli organismi deputati a gestire il patrimonio nazionale¹⁰⁹⁰. Proprio in virtù di una tale argomentazione, la Corte di Appello revocava il provvedimento cautelare concesso alla ricorrente dalla *High Court* in primo grado: una siffatta impostazione veniva ritenuta corretta, dal punto di vista del diritto nazionale, dall'*House of Lords*, la quale, peraltro, proponeva dinanzi alla Corte di Giustizia un nuovo quesito pregiudiziale di carattere interpretativo avente ad oggetto la compatibilità di una tale soluzione anche con il diritto comunitario. La questione era, in particolare, formulata nella maniera seguente: “Gli obblighi che il diritto comunitario impone al giudice nazionale per la protezione delle posizioni giuridiche soggettive attribuite ai singoli direttamente dalla normativa comunitaria, comprendono anche la sospensione cautelare della legge interna che appare contraria a quella comunitaria, anche nelle ipotesi in cui il giudice nazionale sia in via generale privo del potere di sospendere l'applicazione del diritto nazionale?”.

La risposta della Corte di Giustizia è stata positiva. Infatti, secondo la Corte comunitaria, il giudice nazionale deve disapplicare tutte le leggi interne che gli impediscano di emanare provvedimenti provvisori di indole cautelare a tutela di diritti fondati sulle norme comunitarie, qualora ciò sia necessario al fine di garantire la piena efficacia satisfattiva della decisione finale di merito e di assicurare un'applicazione uguale ed uniforme delle norme comunitarie nei confronti di tutti i destinatari nei vari Stati membri. E' invero compito dei giudici nazionali cooperare, anche disapplicando la normativa interna eventualmente

Secretary, ex parte Herbage (1986), 3 All ER, 209 e *R. v. Licensing Authority, ex parte Smith, Kline & French Laboratories* (1989), 2 All ER 113 CA). Sulla questione v. J. BELL, *Sur le pouvoir du juge britannique d'adresser des injonctions à la Couronne, cit.*, 921 ss.

¹⁰⁹⁰ Così J. BELL, *Sur le pouvoir du juge britannique d'adresser des injonctions à la Couronne, cit.*, 920, nt. 28.

incompatibile, per garantire ai singoli una piena tutela in conformità alle norme comunitarie¹⁰⁹¹.

Peraltro si può agevolmente desumere dalla motivazione della pronuncia *Factortame*, posto l'esplicito riferimento a quanto già sancito nella richiamata sentenza *Simmenthal*, che l'orientamento affermato dalla stessa è riconducibile soprattutto all'esigenza di assicurare in concreto l'operatività del principio di immediata prevalenza del diritto comunitario su quello nazionale¹⁰⁹², che potrebbe essere compromesso nelle more dell'emanazione della decisione della Corte di Giustizia su ricorsi per rinvio pregiudiziale di interpretazione concernenti la compatibilità delle norme interne con quelle comunitarie¹⁰⁹³.

Ciò posto, appare invece meramente condizionata all'affermazione del principio del primato del diritto comunitario e quindi occasionale, nell'argomentare della Corte di Giustizia, l'esigenza di assicurare agli individui una protezione giurisdizionale effettiva delle posizioni giuridiche soggettive aventi la propria fonte nel diritto comunitario¹⁰⁹⁴.

¹⁰⁹¹ Né si possono trascurare i dirompenti effetti che in una tale direzione la giurisprudenza *Factortame* ha prodotto nel diritto amministrativo inglese, attribuendo ai giudici nazionali, almeno nelle ipotesi in cui ciò sia necessario per tutelare i diritti attribuiti agli individui dal diritto comunitario, il potere di indirizzare, anche in sede cautelare, ordini alla "Corona", cioè a dire ai Ministri deputati all'amministrazione centrale della cosa pubblica, potere la cui sussistenza è invece tradizionalmente negata (cfr. S. BOYRON – L. NEVILLE BROWN, *L'affaire Factortame: droit communautaire conte droit public anglais*, cit., spec. 77). La giurisprudenza *Factortame* è stata comunque sia più di recente ribadita da CGCE, 11 gennaio 2001, *Kofisa Italia s.r.l. c. Italia*, C-199, in *Racc.*, 2001, 207, § 48, secondo la quale, infatti, il giudice investito di una controversia disciplinata dal diritto comunitario deve essere in grado di concedere provvedimenti provvisori allo scopo di garantire la piena efficacia della successiva pronuncia giurisdizionale sull'esistenza dei diritti invocati in froza del diritto comunitario.

¹⁰⁹² Secondo quelli che erano gli assunti affermati già nella pronuncia *Simmenthal*: cfr. H. LABAYLE, *L'effectivité de la protection juridictionnelle des particuliers*, cit., 626.

¹⁰⁹³ Così anche C. BONICHOT, *Les pouvoirs d'injonction du juge national pour la protection des droits conférés par l'ordre juridique communautaire*, cit., 916.

¹⁰⁹⁴ Cfr. C. CONSOLO, *Fondamento "comunitario" della giurisdizione cautelare*, cit., 1126, il quale evidenzia che nella prospettiva comunitaria le affermazioni rese dalla Corte di Giustizia nell'*arrêt Factortame* devono essere giustificate soprattutto in virtù del *prius* della prevalenza della norma comunitaria su quelle nazionali incompatibili che sul *posterius* della pienezza temporale del godimento dei diritti e delle altre posizioni giuridiche soggettive ascrivibili in capo ai singoli in forza della vigenza delle norme comunitarie. Diversamente, sebbene riconosca che la Corte non abbia applicato in modo univoco ed esplicito il principio di effettività della tutela giurisdizionale, A. MASUCCI, *La lunga marcia della Corte di Lussemburgo verso una "tutela*

Parte della dottrina non ha mancato di criticare sul punto la motivazione dell'*arrêt Factortame*, sottolineando che la stessa avrebbe potuto essere più condivisibilmente giustificata argomentando la sussistenza dei descritti poteri cautelari dei giudici nazionali in vista dell'esigenza di assicurare agli individui una protezione giurisdizionale effettiva, esigenza che sarebbe compromessa dall'assenza, a fronte di pericoli di pregiudizi imminenti ed irreparabili, di tutela cautelare¹⁰⁹⁵.

Proprio nella descritta direzione militavano, d'altra parte, anche le conclusioni rassegnate dall'Avv. Gen. Tesauro secondo il quale il principio – vigente sia nei singoli Stati membri sia nelle giurisdizioni internazionali – per cui la durata del processo non deve andare a danno della parte che ha ragione, implica che la disapplicazione provvisoria delle norme interne che appaiano incompatibili con quelle comunitarie e siano di ostacolo alla tutela cautelare della quale potrebbero beneficiare i singoli in virtù del diritto comunitario sia affermata soprattutto al fine di assicurare una protezione giurisdizionale effettiva delle posizioni soggettive individuali, possibile esclusivamente in presenza di un'efficace sistema di tutela cautelare¹⁰⁹⁶.

cautelare europea”, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1996, 1155, spec. 1159, ritiene che, ciononostante, la filosofia che sottende la pronuncia *Factortame* sia sostanzialmente tesa a potenziare il diritto dei singoli ad una protezione giurisdizionale efficace.

¹⁰⁹⁵ Cfr. C. BONICHOT, *Les pouvoirs d'injonction du juge national pour la protection des droits conférés par l'ordre juridique communautaire*, cit., 916 ss, il quale sottolinea che, del resto, il principio di effettività della tutela giurisdizionale delle posizioni giuridiche soggettive derivanti dal diritto comunitario dinanzi ai giudici nazionali è stato a più riprese affermato dalla stessa Corte di Giustizia, tanto da costituire, ormai, un principio generale del diritto comunitario (cfr., tra le altre, CGCE, 15 maggio 1986, *Johnston c. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, cit., 1651; CGCE, 15 ottobre 1987, *UNECTEF c. Heylens*, C-222/86, in *Racc.*, 1987, 4097, nonché in RFDA, 1988, 691, con osservazioni di J. DOUBOUIS ed in *Journ. Dr. Intern.*, 1988, 517, con osservazioni di M.C. BOUTARD-LABARDE).

¹⁰⁹⁶ Soprattutto ai §§ 13 ss delle citate conclusioni dell'Avv. Gen. Tesauro si legge, infatti, che il quesito doveva essere risolto nel senso della sussistenza dei poteri cautelari del giudice nazionale in virtù del principio secondo cui il giudice nazionale è tenuto ad accordare tutela giurisdizionale ai diritti attribuiti dalle norme comunitarie fin dall'entrata in vigore della stessa. Per vero, come sottolinea efficacemente H. LABAYLE, *L'effectivité de la protection juridictionnelle des particuliers*, cit., 625, la Corte di Giustizia poteva fondare la propria decisione – che in ogni caso sarebbe stata nel senso del dovere del giudice nazionale della cautela di disapplicare la norma interna che in apparente contrasto con quella di origine comunitaria limita l'esercizio dei diritti del

Peraltro, alla stregua di quanto autorevolmente evidenziato in dottrina¹⁰⁹⁷, dalla motivazione della pronuncia *Factortame* può trarsi anche una conseguenza positiva: infatti, l'enfasi riposta sulla sussistenza di un dovere e non di una mera possibilità del giudice nazionale di disapplicare la norma interna che ritiene in contrasto con il diritto comunitario e di assicurare in tal modo piena tutela, anche con l'emanazione dei provvedimenti cautelari necessari, alle posizioni giuridiche soggettive dei singoli, implica che il giudice nazionale della cautela non possa, in una tale situazione, avvalendosi della facoltà di cui all'art. 234, comma secondo, del Trattato CE, sollevare rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia sospendendo il processo in corso prima della pronuncia interpretativa sull'ipotizzato contrasto tra norme e non concedere, nelle more, la tutela cautelare prevista dalla disposizione comunitaria ed in apparenza negata da quella interna¹⁰⁹⁸.

3.1. Disapplicazione provvisoria tra sindacato diffuso e sindacato accentrato in ordine alla compatibilità tra diritto interno e diritto comunitario

L'espressa attribuzione da parte della Corte di Giustizia ai giudici nazionali del potere di disapplicare in via provvisoria, nell'ambito di procedimenti di natura cautelare, le norme interne in virtù di un verosimile contrasto delle stesse con il diritto comunitario costituisce una presa di posizione coerente con il parallelo sindacato di carattere diffuso che, come evidenziato nelle pagine

ricorrente – su due distinti percorsi argomentativi. In primo luogo infatti la Corte poteva ricondursi, come poi è avvenuto, alla propria giurisprudenza tradizionale emblematicamente espressa dall'*arrêt Simmenthal*, e quindi al principio del primato del diritto comunitario su quello interno incompatibile. Tuttavia la Corte di Giustizia avrebbe anche potuto basare la propria decisione sul diritto ad una protezione giurisdizionale effettiva dei singoli, precisando al contempo i presupposti in presenza dei quali la relativa tutela cautelare andava accordata.

¹⁰⁹⁷ A. BRIGUGLIO, *Pregiudiziale comunitaria e processo civile*, cit., 750.

¹⁰⁹⁸ Così A. BRIGUGLIO, *Pregiudiziale comunitaria e processo civile*, cit., 750, il quale esattamente sottolinea che neppure la Corte di Giustizia potrebbe, nell'ambito di un procedimento di carattere pregiudiziale, emanare essa stessa provvedimenti cautelari ai sensi dell'attuale art. 243 del Trattato CE.

precedenti, gli stessi giudici nazionali sono chiamati a compiere laddove accertino, a seguito di una cognizione piena ed esauriente, un contrasto tra le norme comunitarie e quelle interne rilevanti per la decisione della fattispecie concreta¹⁰⁹⁹.

Differenti potevano essere le conclusioni della giurisprudenza comunitaria nell'ipotesi in cui il sindacato relativo alla compatibilità tra diritto comunitario e diritto interno fosse stato attribuito in via accentrata ad uno specifico giudice¹¹⁰⁰. Nella dottrina italiana vi è, infatti, un vivace e noto dibattito in ordine alla possibilità per il giudice adito di concedere tutela cautelare giusta la verosimiglianza del contrasto tra una legge ordinaria e la Costituzione, disapplicando la prima e così attribuendo la tutela derivante dalla norma costituzionale¹¹⁰¹. E' ai nostri fini interessante sottolineare che l'argomentazione più plausibile utilizzata dai fautori della tesi che nega l'esistenza di tali poteri in capo al giudice della cautela è quella fondata sulla natura accentrata del sindacato di legittimità costituzionale nel nostro sistema¹¹⁰², la quale esclude che i singoli giudici comuni possano disapplicare autonomamente leggi che ritengono in

¹⁰⁹⁹ Cfr. A. BRIGUGLIO, *Pregiudiziale comunitaria e processo civile*, cit., 750 ss.

¹¹⁰⁰ In accordo, ad es., con la richiamata posizione affermata negli anni settanta dalla Corte Costituzionale italiana la quale aveva ritenuto di essere competente in via esclusiva ad accertare l'illegittimità costituzionale, per violazione mediata dell'art. 11 Cost., delle norme interne posteriori a quelle comunitarie con esse contrastanti (in senso critico, tra tutti, A. BRIGUGLIO, *Pregiudiziale comunitaria e processo civile*, cit., 569 ss).

¹¹⁰¹ In senso favorevole all'esistenza di un tale potere v., tra gli altri, C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, cit., 305; F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, IV, 3a ed., cit., 159 ss; A. PROTO PISANI, *I provvedimenti d'urgenza*, in *Appunti sulla giustizia civile*, cit., 399; B. SASSANI, *Rimessione della questione alla Corte Costituzionale e tutela in via d'urgenza*, in *Giust. Civ.*, 1992, I, 1822 ss; G. TRISORIO LIUZZI, *La sospensione del processo civile di cognizione*, Bari, 1987, 673. In giurisprudenza si segnalano, tra le altre, Cass., Sez. Un., 1° dicembre 1978 n. 5678, in *Foro it.*, 1978, I, 2704 ss; App. Palermo, decr. 30 giugno 1992, in *Giust. Civ.*, 1993, I, 2238 ss; Pret. Parma, ord. 11 dicembre 1986, in *Giur. It.*, 1988, I, 2, 151 ss, con nota di M. MONTANARI.

¹¹⁰² Così C. MANDRIOLI, *I provvedimenti d'urgenza: deviazioni e proposte*, in *Riv. dir. proc.*, 1985, 657 ss. Sempre per la tesi che ritiene inammissibile nella situazione descritta la concessione di provvedimenti cautelari v. F. CARPI, *La tutela d'urgenza fra cautela, sentenza anticipata e giudizio di merito*, in *Riv. dir. proc.*, 1985, 696 ss; G. VERDE – B. CAPPONI, *Profili del processo civile*, III, Napoli, 1998, 371 ss ed in giurisprudenza Cass. 12 dicembre 1991 n. 13415, in *Giust. Civ.*, 1992, I, 1819, con nota critica di B. SASSANI, cit.

contrasto con la Costituzione, dovendo dare applicazione alle stesse sino all'eventuale pronuncia di illegittimità costituzionale.

Va, peraltro, precisato che, a nostro sommo parere, coglie maggiormente nel segno l'opposta posizione che riesce a conciliare le regole derivanti dalla natura accentrata del giudizio di costituzionalità con funzione e struttura della tutela cautelare. Si è esattamente sottolineato, in proposito, che, intendendo il *fumus boni juris* quale soglia di plausibilità della situazione giuridica soggettiva che sarà fatta valere dal ricorrente nel giudizio di merito, nulla osta alla possibilità che il giudice della cautela attribuisca la relativa tutela sulla base di una valutazione sommaria circa l'esistenza di un diritto che, pure non attuale, potrà essere riconosciuto, anche a seguito dell'accoglimento dell'incidente di legittimità costituzionale, all'esito del giudizio a cognizione piena ed esauriente¹¹⁰³.

4. I criteri che il giudice nazionale deve seguire nella disapplicazione provvisoria delle norme interne: portata del principio di autonomia processuale degli Stati membri

L'*House of Lords* aveva proposto in via subordinata alla Corte di Giustizia, nello stesso caso *Factortame*, una seconda questione pregiudiziale di interpretazione, ovvero quella relativa ai presupposti in presenza dei quali il giudice nazionale avrebbe potuto concedere provvedimenti provvisori aventi la propria fonte in norme comunitarie in ipotetico contrasto con quelle interne disapplicate, per concedere ai singoli tutela cautelare.

¹¹⁰³ Questa, in particolare, l'acuta soluzione di B. SASSANI, *Rimessione della questione alla Corte Costituzionale*, cit., 1822, più di recente ripresa da E. VULLO, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, cit., 1299 ss.

La risposta della Corte di Giustizia è stata sibillina. Tuttavia in dottrina è presto prevalsa la considerazione per la quale il silenzio della Corte sul punto dovrebbe intendersi nel senso che la stessa si fosse ricondotta all'autonomia processuale degli Stati membri, in omaggio al generale principio sancito dalle pronunce relative *Rewe* e *Comet*¹¹⁰⁴, per il quale, in assenza di regole di procedura comunitarie uniformi o almeno armonizzate, deve farsi riferimento per la definizione delle regole processuali dei ricorsi giurisdizionali destinati ad assicurare la salvaguardia dei diritti dei quali gli individui beneficiano in forza dell'effetto diretto del diritto comunitario alle norme operanti nei singoli sistemi giuridici nazionali. Peraltro, al fine di bilanciare la necessità di regole processuali con la supremazia delle norme comunitarie su quelle nazionali, la Corte di Giustizia ha tradizionalmente precisato che sussistono due limitazioni fondamentali rispetto all'operare del principio di autonomia processuale degli Stati membri¹¹⁰⁵, ovvero: - le regole processuali nazionali applicate alle fattispecie nelle quali viene in rilievo l'applicazione del diritto comunitario non devono essere meno favorevoli rispetto a quelle applicabili in azioni simili che traggono origine in diritti attribuiti dalla normativa nazionale¹¹⁰⁶; - soprattutto, le norme processuali nazionali applicate non possono rendere in pratica impossibile l'esercizio di posizioni giuridiche soggettive attribuite agli individui dal diritto

¹¹⁰⁴ CGCE, 16 dicembre 1976, *Rewe-Zentralfinanz e G. c. Landwirtschaftskammer für das Saarland*, C-33/76, in *Racc.*, 1976, 1989; CGCE, 16 dicembre 1976, *Comet BV c. Produktschap voor Siergewassen*, C-45/76, in *Racc.*, 1976, 2043.

¹¹⁰⁵ Così M. HOSKINS, *Tilting the Balance : Supremacy and National Procedural Rules*, in *Eur. Law Rev.*, 1996, 365 ss, spec. 367 ; v. anche le considerazioni di A. BARAV, *Le juge et le justiciable*, *cit.*, 41 ss.

¹¹⁰⁶ Per l'affermazione di un tale principio v., *ex ceteris*, CGCE, 1° aprile 1993 *Alois Lageder Spa c. Amministrazione delle finanze dello Stato*, da C-31 a C-44/91, in *Racc.*, 1993, 1761, §§ 22 – 29; CGCE, 6 luglio 1995 *BP Supergas c. Grecia*, C-62/93, in *Racc.*, 1995, 1883, § 58.

comunitario¹¹⁰⁷. Si tratta, rispettivamente, dei c.c.dd. principi di equivalenza e di effetto utile delle norme comunitarie¹¹⁰⁸.

Con una recente decisione, la Grande Sezione della Corte di Giustizia ha espressamente confermato che qualora un giudice nazionale sia chiamato a sospendere in via cautelare gli effetti di una disposizione interna la quale appare contrastante con il diritto comunitario, deve decidere se concedere o meno la stessa facendo riferimento alle condizioni sancite dalla legge nazionale per la concessione delle misure cautelari¹¹⁰⁹. Si tratta, di conseguenza, di un chiaro riconoscimento dell'operare, nella fattispecie in esame, del principio di autonomia processuale degli Stati membri¹¹¹⁰.

La pronuncia ora richiamata della Grande Sezione della Corte del Lussemburgo è di interesse, inoltre, anche sotto il profilo delle limitazioni poste, in ragione dei principi dell'equivalenza e dell'effetto utile, all'operare dell'autonomia processuale degli Stati membri. La Corte ha, in particolare, chiarito che la portata del principio di effettività della tutela giurisdizionale non si spinge sino al punto di rendere necessaria la concessione di provvedimenti cautelari anche nelle ipotesi in cui non sussista un'azione di merito all'interno

¹¹⁰⁷ CGCE, 11 giugno 1996, *Denkavit Internationaal BV c. Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Midden-Gelderland*, C-2/94, in *Racc.*, 1996, 2827 ss. Occorre ricordare che già in una pronuncia precedente la Corte di Giustizia aveva condannato proprio lo Stato italiano a causa di una legislazione processuale nazionale che rendeva praticamente impossibile agli individui l'esercizio di diritti ad essi attribuiti dalla normativa comunitaria. Infatti la legge italiana aveva previsto che non potesse essere chiesta la restituzione delle somme illegittimamente corrisposte in violazione di alcune norme comunitarie (CGCE, 9 novembre 1993, *Amministrazione delle Finanze dello Stato c. San Giorgio*, in *Racc.*, 1983, 3595 ss).

¹¹⁰⁸ Peraltro, vi è da dire che, secondo parte della dottrina, la stessa giurisprudenza comunitaria, nell'intento di evitare un'eccessiva ingerenza nei sistemi processuali nazionali, ha più di recente ridotto la portata di siffatti principi in termini di garanzie minimali (in tal senso soprattutto CGCE, 14 dicembre 1995, *Peterbroeck c. Belgio*, C-312/93, in *Racc.*, 1995, 4599; CGCE, 14 dicembre 1995, *Van Schijndel c. Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten*, C-430 e C-431/93, in *Racc.*, 1995, 4705), in tal modo, tuttavia, assumendosi il rischio di un depotenziamento del principio di supremazia del diritto comunitario su quello interno (cfr. F. BERROD, *La systématique des voies de droit communautaires*, cit., spec. 802 ss).

¹¹⁰⁹ CGCE, Gr. Ch., 13 marzo 2007, *Unibet*, C-432/05, in corso di pubblicazione in *Racc.*, 2007, e sulla quale v. le osservazioni di D. SIMON, in *Europe*, 2007, n. 5, 9 ss.

¹¹¹⁰ Cfr. D. SIMON, *Op. cit.*, 10.

dello Stato membro con la quale poter far valere la posizione giuridica soggettiva invocata dal ricorrente¹¹¹¹.

Più in generale, comunque sia, l'applicazione del principio dell'autonomia processuale degli Stati membri anche alle fattispecie nelle quali il giudice della cautela debba disapplicare provvisoriamente le norme interne che impediscono la piena operatività del diritto comunitario implica che un tale potere deve essere esercitato in presenza dei medesimi presupposti che, in accordo con il diritto interno dei singoli Stati membri, giustificano la concessione di misure di indole cautelare¹¹¹².

Alcuni Autori hanno tuttavia criticato la scelta della Corte comunitaria in punto di condizioni cui è subordinata la concessione della tutela cautelare nelle situazioni in esame, evidenziando che lasciare alla discrezionalità dei giudici nazionali la determinazione delle condizioni cui è consentita la sospensione di una normativa interna comporta un duplice rischio¹¹¹³.

In primo luogo l'assenza di condizioni uniformi può infatti determinare l'adozione, nei singoli sistemi processuali nazionali, di soluzioni troppo difformi e tali da compromettere l'uniformità e la certezza del diritto comunitario¹¹¹⁴.

¹¹¹¹ Nella fattispecie concreta, invero, la Corte Suprema svedese aveva domandato, in sede di rinvio pregiudiziale per interpretazione, alla Corte di Giustizia comunitaria di chiarire se il diritto comunitario esige che, all'interno dei singoli ordinamenti processuali nazionali, sia prevista un'azione tesa ad ottenere un controllo astratto in ordine alla compatibilità tra le norme interne e quelle comunitarie ovvero se, a tal fine, sia idoneo anche lo strumento dell'eccezione incidentale nel corso di un giudizio avente ad oggetto la previsione nazionale probabilmente in contrasto con il diritto comunitario. La Corte Suprema svedese chiedeva, inoltre, per l'ipotesi di risposta negativa ad un tale quesito, quali fossero le implicazioni per la tutela cautelare (ovvero, in particolare, se l'inesistenza della suddetta azione volta ad un controllo astratto della compatibilità tra norme interne e norme comunitarie determinasse anche l'impossibilità di ottenere una tutela cautelare strumentale alla proposizione della stessa).

¹¹¹² Cfr. C. BONICHOT, *Les pouvoirs d'injonction du juge national pour la protection des droits conférés par l'ordre juridique communautaire*, cit., 916.

¹¹¹³ Così A. BARONE, *Questione pregiudiziale di validità di un regolamento comunitario e poteri cautelari del giudice nazionale*, in *Foro it.*, 1991, IV, 3 ss, spec. 10.

¹¹¹⁴ Cfr., tra gli altri, A. BARONE, *Questione pregiudiziale di validità di un regolamento comunitario e poteri cautelari del giudice nazionale*, cit., 10; O. DE SCHUTTER, *Les mesures provisoires devant la Cour de Justice des Communauté Européennes dans le domaine des droits fondamentaux*, cit., 123.

I timori della dottrina derivano, inoltre e soprattutto, dalla preoccupazione, in assenza di condizioni uniformi per la concessione della tutela cautelare¹¹¹⁵, di un atteggiamento protezionistico dei giudici nazionali, quanto alla disapplicazione delle leggi interne¹¹¹⁶.

Altri Autori, peraltro, ritengono, a nostro parere più opportunamente, che quest'ultimo problema sia in concreto smorzato dai limiti individuati dalla giurisprudenza rispetto all'operare del principio di autonomia processuale degli Stati membri, ovvero il principio di equivalenza¹¹¹⁷ e quello dell'effetto utile¹¹¹⁸. La violazione di tali principi da parte dei giudici nazionali comporta, invero, un inadempimento agli obblighi derivanti dal diritto comunitario sul quale potrebbe essere chiamata a pronunciarsi la stessa Corte di Giustizia¹¹¹⁹.

5. Vicende del provvedimento cautelare emanato per via di disapplicazione provvisoria di una norma nazionale

La dottrina è stata chiamata ad affrontare un non secondario problema che deriva dalla giurisprudenza *Factortame*: posto che la tutela cautelare viene concessa dal giudice nazionale sul presupposto di un ipotetico contrasto tra la legge interna e quella comunitaria prevalente, ed una tale valutazione integra

¹¹¹⁵ Ciò, in effetti, aumenta significativamente la discrezionalità dei giudici nazionali chiamati a concedere tutela cautelare ai singoli in virtù del diritto comunitario (J.C. BONICHOT, *Les pouvoirs d'injonction du juge national pour la protection des droits conférés par l'ordre juridique communautaire*, cit., 919).

¹¹¹⁶ A. BARONE, *Questione pregiudiziale di validità di un regolamento comunitario e poteri cautelari del giudice nazionale*, cit., 10.

¹¹¹⁷ CGCE, 7 luglio 1981, *Rewe Handelsgesellschaft Nord MBH e altri c. Hauptzollamt Kiel*, C-158/80, in *Racc.*, 1981, 1805.

¹¹¹⁸ In tal senso, tra le altre, CGCE, 5 marzo 1980, *H. Fewerda B.V. c. Produktschap voor Vee en Vlees*, C-265/78, in *Racc.*, 1980, 617; CGCE, 27 febbraio 1980, *Hans Just I/S c. Ministero danese degli affari fiscali*, C-68/79, in *Racc.*, 1980, 501.

¹¹¹⁹ Ad es. a seguito del quesito pregiudiziale di interpretazione proposto da un giudice nazionale in sede di gravame. Altra questione è, naturalmente, quella avente ad oggetto la violazione del diritto della parte ad ottenere tutela cautelare che non potrebbe trovare altra soluzione che quella del risarcimento dei danni.

quella del *fumus boni juris*, cosa avviene qualora si accerti, successivamente, che un tale contrasto era soltanto apparente?

Si tratta, invero, di una conseguenza fisiologicamente riconnessa alle regole generali che presiedono ai rapporti tra tutela cautelare e tutela di merito. Si vuole, in altri termini, evidenziare che, realizzandosi la c.d. *primaute au provisoire* in forza di una valutazione meratamente sommaria del giudice della cautela in ordine all'esistenza di un contrasto tra norme interna e diritto comunitario, gli effetti della stessa vengono meno ogni qual volta il giudice di merito operi, a cognizione piena ed esauriente, una valutazione difforme¹¹²⁰.

Ciò può derivare, come è agevole notare, da una pluralità di fattori quali, ad es., la non applicabilità della previsione comunitaria nella fattispecie concreta o la mera apparenza del contrasto tra norma comunitaria e norme nazionale previamente disapplicata. In tal caso il venir meno degli effetti della misura cautelare si ricollega al generale principio dell'inefficacia dei provvedimenti cautelari a seguito del successivo accertamento, nel giudizio di merito, dell'inesistenza del diritto cautelando¹¹²¹.

Del tutto peculiare è, invece, la situazione che può verificarsi nell'ipotesi in cui sia la Corte di Giustizia, adita in sede di rinvio pregiudiziale, a negare l'esistenza del contrasto tra disposizione comunitaria e disposizione nazionale disapplicata dal giudice interno in sede cautelare¹¹²². Quanto al regime, in tale ipotesi, del provvedimento cautelare pronunciato dal giudice nazionale sulla base della verosimile incompatibilità tra norma interna e norme comunitaria, è

¹¹²⁰ Cfr., con riferimento alle implicazioni del principio della strumentalità inteso in senso funzionale, anche per le misure cautelari a strumentalità c.d. allentata, N. PICARDI, *Manuale del processo civile*, cit., 563.

¹¹²¹ In tal senso v., nella recente giurisprudenza italiana, Cass. 8 settembre 2005 n. 17866.

¹¹²² E' bene ricordare sin d'ora, a riguardo, che secondo la Corte di Giustizia anche i giudici chiamati a decidere di un'istanza cautelare sono giudici *a quo* ai fini della proposizione del rinvio pregiudiziale (cfr., più diffusamente, Cap. VIII, §§ 4 ss).

ragionevole tener conto dell'operare, secondo la Corte di Giustizia, del principio dell'autonomia processuale degli Stati membri in tema di condizioni per la concessione da parte del giudice interno delle misure cautelari fondate su diritti derivanti dal sistema comunitario. Si dovrà, in particolare, avere riguardo agli strumenti esistenti all'interno degli stessi che consentono la revoca e/o modifica dei provvedimenti cautelari, che, avendo carattere eminentemente provvisorio, sono radicalmente inadeguati a passare in cosa giudicata. Ne deriva che, ad es., nel sistema processuale italiano la norma di riferimento sarà costituita dall'art. 669-*decies* c.p.c. il quale consente una modifica o revoca dei provvedimenti cautelari qualora intervenga un mutamento delle circostanze¹¹²³.

¹¹²³ Così C. CONSOLO, *Fondamento "comunitario" della tutela cautelare*, cit., 1127.

Capitolo VIII

Norme comunitarie illegittime e tutela cautelare dinanzi al giudice nazionale

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. La competenza accentrata della Corte di Giustizia a dichiarare l’invalidità delle norme di diritto comunitario derivato - 3. Il potere del giudice nazionale di emanare misure cautelari a fronte di atti comunitari illegittimi – 4. Le condizioni per l’esercizio dei poteri cautelari del giudice nazionale per sospendere l’efficacia di norme comunitarie apparentemente illegittime – 4.1. I presupposti della tutela cautelare – 4.2. L’obbligo di sollevare rinvio pregiudiziale – 5. Profili critici nella giurisprudenza e legislazione successive - 5.1. Illegittima carenza dell’istituzione comunitaria obbligata ad agire e poteri cautelari dei giudici nazionali – 5.2. La posizione delle autorità amministrative nazionali – 5.3. Il rinvio pregiudiziale “limitato” ai sensi dell’art. 68 del Trattato CE.

1. Premessa

Nel capitolo precedente abbiamo esaminato la giurisprudenza comunitaria relativa al dovere del giudice nazionale di disapplicare le norme interne le quali, in apparente contrasto con il diritto comunitario, impediscano allo stesso di emanare provvedimenti provvisori a tutela di diritti derivanti da norme comunitarie, qualora ciò sia necessario per garantire la piena efficacia soddisfattiva della decisione finale di merito e per assicurare un’applicazione uniforme delle

norme comunitarie nei confronti di tutti i destinatari delle medesime nei diversi Stati membri.

Considereremo, ora, un potere attribuito ai giudici nazionali dalla stessa Corte di Giustizia che dovrebbe costituire il *pendant* di un tale dovere, *i.e.* quello di disapplicare, nell'ambito di procedimenti di natura cautelare, gli atti interni emanati in attuazione di norme comunitarie sulla legittimità delle quali sussistano seri dubbi.

Proposito precipuo della nostra analisi sarà quello di verificare se, in concreto, le condizioni in presenza delle quali i giudici nazionali della cautela possono esercitare un siffatto potere siano equiparabili, secondo una concezione uniforme della tutela cautelare europea, a quelle che determinano il dovere, in accordo con la giurisprudenza *Factortame*, di disapplicare tutte quelle disposizioni di diritto interno che in qualche modo limitino la tutela cautelare che potrebbe essere riconosciuta ai singoli in virtù delle norme comunitarie.

Allo scopo di chiarire meglio la portata della giurisprudenza comunitaria in materia, riteniamo opportuno effettuare, nelle pagine che seguono, innanzitutto alcune considerazioni relative alla competenza in tema di accertamento dell'invalidità delle norme di diritto comunitario derivato.

2. La competenza accentrata della Corte di Giustizia a dichiarare l'invalidità delle norme di diritto comunitario derivato

L'art. 234 del Trattato CE, norma che disciplina il rinvio pregiudiziale che i giudici nazionali possono proporre dinanzi alla Corte di Giustizia qualora nutrano dubbi in ordine alla corretta interpretazione ovvero alla validità delle disposizioni comunitarie, costruisce, in particolare nei commi secondo e terzo, un sistema in virtù del quale, in via generale, i giudici non di ultima istanza sono

meramente facultizzati a sollevare il rinvio, mentre quelli di ultima istanza sono a ciò obbligati¹¹²⁴. La logica è quella di evitare, nel primo caso, che nei singoli sistemi giuridici nazionali le disposizioni comunitarie siano interpretate in modo difforme e nel secondo caso che alcuni giudici interni considerino invalide norme comunitarie, ritenute all'opposto pienamente valide da altri, con evidente pregiudizio del principio di uniforme ed immediata applicazione del diritto comunitario in tutti i sistemi giuridici degli Stati membri.

Ciò posto, occorre sottolineare che la lettera dell'art. 234 del Trattato CE non effettua alcuna distinzione, quanto alla modulazione della facoltà/obbligo dei giudici nazionali di sollevare il rinvio pregiudiziale, riconnessa alla natura del rinvio¹¹²⁵. Dovrebbe potersi affermare, di conseguenza, la sussistenza del potere dei giudici non di ultima istanza di disapplicare autonomamente – cioè senza avere l'obbligo di proporre ricorso per rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia - le norme comunitarie nell'ipotesi in cui ritengano le medesime illegittime¹¹²⁶.

¹¹²⁴ La suddetta norma, mai modificata in sede di revisione del Trattato istitutivo CE, è quindi significativamente diversa dall'art. 41 del Trattato CECA, in vigore come è noto sino al 1° gennaio 2002, che disciplinava soltanto il rinvio pregiudiziale di validità ponendo indistintamente in capo a tutti i giudici nazionali l'obbligo di sollevare il rinvio a fronte di dubbi in ordine alla validità delle previsioni comunitarie (in arg. v., tra gli altri, A. DONNER, *Les rapports entre la compétence de la Cour de justice des Communautés européennes et les tribunaux nationaux*, in *RCADI*, 1975, 3 ss). In senso critico rispetto alla facoltà – che appariva chiaramente riconosciuta dall'art. 234, § secondo, del Trattato CE – dei giudici non di ultima istanza di non sollevare ricorso per rinvio pregiudiziale di validità e quindi di disapplicare nella fattispecie concreta la disposizione comunitaria ritenuta illegittima v., in dottrina, G. BEBR, *Examen en validité au titre de l'article 177 du traité CEE et cohésion juridique de la Communauté*, in *Cah. Dr. eur.*, 1975, 379 ss; R. KOVAR, *Les États membres et la compétence de la Cour*, in *La Cour de Justice des Communautés européennes et les États membres*, Bruxelles, 1981, 33 ss; R. JOLIET, *Le droit institutionnel des Communautés européennes. Le contentieux*, Liège, 1981, spec. 188.

¹¹²⁵ Secondo parte della dottrina ciò dipenderebbe dall'origine storica del rinvio pregiudiziale di validità che nasce nel diritto amministrativo francese come una semplice variante del ricorso per interpretazione, con la conseguenza che i due tipi di ricorso sono assoggettati a regole comuni (così J.F. COUZINET, *Le renvoi en appréciation de validité devant la cour de justice des communautés européennes*, in *Rev. Trim. dr. Eur.*, 1976, 648 ss, spec. 651-652, nonché, con più specifico riguardo al sistema francese, HEURTE', *Le recours sur renvoi des tribunaux judiciaires*, in *A.J.D.A.*, 1958, I, 111; LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative*, Paris, 1896, t. 2, 602).

¹¹²⁶ Così, per tutti, A. BRIGUGLIO, *Pregiudiziale comunitaria e processo civile*, cit., 186. In una direzione ancora più radicale, si è ritenuto, sempre in dottrina, che la teoria dell'*acte clair*, in omaggio alla quale la Corte di Giustizia comunitaria ha affermato che viene meno l'obbligo dei giudici di ultima istanza di sollevare rinvio pregiudiziale nelle ipotesi in cui la portata interpretativa della disposizione comunitaria sia chiara (v. CGCE, 6 ottobre 1982, *C.I.L.F.I.T.*, C-

Coerente rispetto ad un tale assunto era stata, invero, anche la prassi di alcuni giudici nazionali sino all'intervento sulla questione della Corte del Lussemburgo¹¹²⁷.

Nella medesima direzione anche la dottrina tendeva, per sua parte, a riconoscere il potere dei giudici nazionali non di ultima istanza in ordine alla disapplicazione delle norme comunitarie dagli stessi considerate illegittime utilizzando, allo scopo di supportare una tale tesi, anche argomentazioni diverse rispetto a quella, già di primaria rilevanza, fondata sulla lettera dell'art. 234 del Trattato CE. Si poneva in evidenza, in particolare, che la suddetta posizione era l'unica compatibile con la qualità di giudici comuni del diritto comunitario dei giudici nazionali, tenuti a collaborare con la Corte di Giustizia ai fini dell'applicazione delle norme comunitarie nello spazio giuridico europeo¹¹²⁸. Tali

283/81, in *Racc.*, 1982, 3415, nonché, nella dottrina italiana, A. BRIGUGLIO, *Op. loc. cit.*, 195 ss; E. D'ALESSANDRO, *Intorno alla "théorie de l'acte clair"*, in *Giust. Civ.*, 1997, 2879 ss), può trovare applicazione con riferimento al rinvio pregiudiziale di validità non soltanto qualora il giudice nazionale ritenga la norma comunitaria manifestamente valida, ma anche laddove lo stesso consideri l'atto comunitario manifestamente illegittimo, con la conseguenza che potrebbe disapplicarlo nella fattispecie concreta, senza avere l'obbligo di proporre rinvio alla Corte di Giustizia (cfr. J.F. COUZINET, *Le renvoi en appréciation de validité devant la Cour de justice des communautés européennes*, *cit.*, spec. 658 ss; *contra*, tra i molti, G. BEBR, *Examen en validité au titre de l'article 177 du Traité CEE et cohésion juridique de la Communauté*, *cit.*, 379).

¹¹²⁷ Alcuni dei casi nei quali i giudici nazionali hanno disapplicato le norme comunitarie ritenute illegittime senza previamente adire la Corte di Giustizia sono stati indicati nelle conclusioni dell'Avv. Gen. Mancini nel caso Foto-Frost. Cfr. inoltre I.M. BRACUGLIA, *Effetti della dichiarazione di invalidità degli atti comunitari nell'ambito dell'art. 177 del Trattato Ce*, in *Dir. sc. Internaz.*, 1978, 667; J.F. COUZINET, *Le renvoi en appréciation de validité devant la Cour de Justice des Communautés européennes*, *cit.*, 660.

¹¹²⁸ Così, tra gli altri, J. BOULOUIS, *Nouvelles réflexions à propos du caractère "préjudicielle" de la compétence de la Cour de Justice des Communautés européennes statuant sur renvoi des juridictions nationales*, in *Mélanges en l'honneur de P.H. Teitgen*, Paris, 1984, 23 ss, spec. 26-27; I.M. BRACUGLIA, *Effetti della dichiarazione di invalidità degli atti comunitari nell'ambito dell'art. 177 del Trattato Ce*, *cit.*, 672; J.F. COUZINET, *Le renvoi en appréciation de validité devant la Cour de Justice des Communautés européennes*, *cit.*, 660; EHLE, *Inzidenter Rechtsschutz gegen Handlungen der Europäischen Gemeinschaftsorgane*, in *18 Monatschrift für deutsches Recht*, 1964, 719 ss; P. PESCATORE, *Interpretation of Community Law and the Doctrine of « Acte Clair »*, in *Legal Problems of an Enlarged European Community*, 1972, 27 ss; SCHUMANN, *Deutscher Richter und der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften*, in *ZZP*, 1965, 77 ss; TOMUSCHAT, *Die gerichtliche Vorabentscheidung nach den Verträgen über die Europäischen Gemeinschaften*, Köln – Berlin, 1964, 202. Per un'esame della giurisprudenza comunitaria che si era indirettamente espressa sulla questione anche prima della sentenza *Foto-Frost v. invece G. BEBR, Reinforcement of the Constitutional Review of Community Act under Article 177 EEC Treaty* (Cases 314/85 and 133 to 136/85), in *Common Market Law Review*, 1988, 667 ss, spec. 674 ss.

principi sembravano, del resto, essere stati suffragati dalla stessa Corte del Lussemburgo nella nota *arrêt Simmenthal*, nella quale si era sottolineato il dovere dei giudici nazionali di collaborare direttamente, a norma dell'art. 5 del Trattato CE, all'attuazione del diritto comunitario¹¹²⁹.

Successivamente, il Finanzgericht di Amburgo, posto dinanzi al problema se applicare o meno, nella fattispecie concreta, una decisione della Commissione che appariva incompatibile con un regolamento del Consiglio aveva chiesto alla Corte di Giustizia, in sede di rinvio pregiudiziale, di chiarire se il diritto comunitario attribuisse ai giudici nazionali non di ultima istanza un tale potere.

La Corte¹¹³⁰, inaugurando una giurisprudenza ad oggi non smentita¹¹³¹, ha affermato di essere competente in via esclusiva in tema di accertamento dell'invalidità delle norme di diritto comunitario derivato in contrasto con le fonti primarie dello stesso diritto dell'Unione, *i.e.* le previsioni dei Trattati istitutivi ed i principi generali del diritto comunitario. Secondo la Corte di Giustizia, difatti, ogni diversa soluzione sarebbe idonea a porre seriamente in pericolo il primato del diritto comunitario su quello interno dei vari Stati membri nonché l'unitaria e coerente applicazione delle norme comunitarie sancita dall'art. 249 del Trattato

¹¹²⁹ CGCE, 6 marzo 1979, *Simmenthal c. Commissione*, cit., 771 ss.

¹¹³⁰ CGCE, 22 ottobre 1987, *Foto-Frost c. Hauptzollamt Lübeck Ost*, C-314/87, in *Racc.*, 1987, 4199, nonché, tra l'altro, in *Europa Recht*, 1990, 143, con nota di A. GLAESNER, *Die Vorlagepflicht unterinstanzlicher Gerichte im Vorabentscheidungsverfahren*, in *Cahiers dr. eur.*, 1990, 211, con nota di L. GOFFIN. In argomento v. anche G. BEBR, *The Reinforcement of the Constitutional Review of Community Acts Under Article 177 EEC Treaty*, cit., 668 ss; W.H. ROTH, *The Application of Community Law in West Germany: 1980-1990*, in *Common Market Law Review*, 1991, 147.

¹¹³¹ Cfr., da ultimo, CGCE, 6 dicembre 2005, *Gaston Schul Douane-expediteur BV*, cit., 10513 (sulla quale v. anche le osservazioni di E. BERNARD, in *Europe*, 2006, n. 2, 15-16): nella fattispecie concreta il giudice rinviante aveva domandato alla Corte di Giustizia se una giurisdizione nazionale di ultima istanza avesse l'obbligo di adire la Corte proponendo la questione pregiudiziale di validità delle previsioni di un regolamento comunitario, anche nell'ipotesi in cui la Corte avesse già dichiarato invalide le disposizioni comparabili di un altro regolamento di carattere simile. La risposta della Corte di Giustizia è stata negativa, poiché ogni diversa interpretazione avrebbe potuto, ad avviso della stessa, compromettere l'uniforme applicazione del diritto comunitario.

CE, che potrebbe essere compromessa dagli eventuali apprezzamenti difformi dei giudici nazionali in ordine alla validità di una stessa previsione comunitaria¹¹³².

Due i corollari principali della pronuncia *Foto-Frost*.

In primo luogo la stessa ha sancito l'esistenza di una competenza accentrata della Corte di Giustizia in ordine alla declaratoria di invalidità delle norme di diritto comunitario derivato.

In secondo luogo dall'*arrêt Foto-Frost* deriva l'impossibilità per i giudici nazionali di disapplicare, anche *incidenter tantum*, le norme comunitarie che ad essi appaiono illegittime, posta l'inesistenza di un sindacato di carattere diffuso sulla validità delle medesime. Di talché l'unica soluzione per i giudici chiamati a decidere una controversia nei quali gli stessi dovrebbero dare applicazione ad una norma comunitaria che ritengono invalida ovvero ad una

¹¹³² La Corte ha quindi disatteso le argomentazioni basate sulla lettera contrastante dell'art. 234 del Trattato CE, affermando che si trattava di un errore materiale dei redattori dello stesso Trattato istitutivo. Alle medesime conclusioni, sempre in omaggio al principio del primato del diritto comunitario ed alla necessità che lo stesso abbia uniforme applicazione nei singoli Stati membri, era già addivenuto, in dottrina, G. BEBR, *Examen en validité au titre de l'article 177 du Traité CEE et cohésion juridique de la Communauté*, cit., spec. 381 ss, secondo il quale gli effetti di una disapplicazione nelle fattispecie concrete della norma comunitaria ritenuta invalida da parte del giudice nazionale sarebbero estremamente più dirompenti e maggiormente idonei a compromettere il primato del diritto comunitario rispetto a quelli riconnessi ad una diversa interpretazione delle disposizioni comunitarie da parte dei giudici nazionali sia perché porrebbero in discussione, a differenza di una diversa interpretazione, la stessa sostanza dell'atto comunitario, sia in quanto un assetto nel quale soltanto i giudici di ultima istanza siano obbligati a sollevare rinvio pregiudiziale per disapplicare la disposizione comunitaria potrebbe indurre gli operatori a non tener conto della stessa sino al giudizio di ultima istanza (così anche A. ARNULL, *National Courts and the Validity of Community Acts*, in *European Law Review*, 1988, 125). Crediamo, tuttavia, che la tesi appena richiamata, alla luce delle motivazioni evidenziate, non sia persuasiva come dimostra la serrata critica ben presto rivolta alla stessa da J.F. COUZINET, *Le renvoi en appréciation de validité devant la cour de justice des communautés européennes*, cit., spec. 660 ss, per il quale non è dimostrato che le conseguenze di una determinata interpretazione di una previsione comunitaria siano minori per il primato del diritto comunitario rispetto a quelle della disapplicazione posto che, in ipotesi, un'erronea interpretazione di una disposizione di origine comunitaria potrebbe in alcuni casi condurre alla disapplicazione della stessa. Tornando più di recente, e molto dopo la pronuncia *Foto-Frost* su di una tale problematica, altra parte della dottrina ha sottolineato che il potere dei giudici non di ultima istanza di disapplicare le norme comunitarie illegittime non potrebbe compromettere in modo considerevole il principio dell'unitaria ed immediata applicazione del diritto comunitario, in quanto la decisione del giudice nazionale resa sulla questione determinerebbe effetti soltanto *inter partes* e potrebbe essere in ogni caso oggetto di un nuovo esame da parte del giudice dell'impugnazione (così F. BERROD, *La systématique des voies de droit communautaires*, cit., 249 ss) ovvero, in assenza di un'impugnazione interna, dare luogo alla responsabilità dello Stato membro per inattuazione del diritto comunitario (cfr. A. BRIGUGLIO, *Pregiudiziale comunitaria e processo civile*, cit., 186).

misura nazionale di esecuzione della stessa è quella di sollevare dinanzi alla Corte di Giustizia rinvio pregiudiziale di validità ai sensi dell'art. 234 del Trattato CE¹¹³³, sospendendo il processo nazionale pendente¹¹³⁴.

Il che implica che, nonostante l'art. 234 del Trattato Ce non effettui alcuna distinzione tra rinvio pregiudiziale di interpretazione e di validità in punto di facoltà/obbligo dei giudici nazionali di proporre lo stesso, anche i giudici non di ultima istanza siano obbligati a sollevare dinanzi alla Corte di Giustizia rinvio

¹¹³³ Cfr. sul punto P. OLIVER, *Interim measures: some recent developments*, in *Common Market Law Review*, 1992, 7 ss, spec. 21, il quale sottolinea che l'alternativa per il giudice nazionale è quella di considerare pienamente valida la norma di diritto comunitario (e quindi applicarla) ovvero proporre rinvio pregiudiziale.

¹¹³⁴ Giova tener presente che la proposizione del ricorso per rinvio pregiudiziale dinanzi alla Corte di Giustizia comunitaria determina automaticamente la sospensione del processo pendente di fronte alla giurisdizione nazionale. Peraltro il giudice interno non ha la possibilità di sospendere il processo che pende dinanzi a sé senza sollevare la questione pregiudiziale di fronte alla Corte comunitaria sull'assunto della pendente dinanzi alla stessa di un processo, diretto o pregiudiziale, con diverse parti ma avente ad oggetto la medesima questione: invero, la dottrina ha esattamente evidenziato, in proposito, che la pregiudizialità comunitaria non è, al pari dell'pregiudizialità costituzionale, tale in senso tecnico-giuridico, non avendo ad oggetto un rapporto o stato giuridico distinto dal diritto controverso e ad esso pregiudiziale bensì una questione che si immedesima con lo stesso oggetto della domanda principale per la quale definizione della quale è rilevante la questione di diritto comunitario, talché non trovano applicazione gli artt. 34 e 295 c.p.c. (così A. BRIGUGLIO, *Pregiudiziale comunitaria e processo civile*, cit., spec. 74 ss; G. TRISORIO LIUZZI, *Processo civile italiano e rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia della Comunità Europea*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, 727 ss, spec. 745-746; sulla distinzione tra pregiudizialità in senso tecnico-giuridico ed in senso logico v. E.T. LIEBMAN, *Sulla sospensione "propria" ed "impropria" del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1958, 153 ss). Una tale soluzione è stata inizialmente sostenuta anche dalla Corte di Cassazione, la quale aveva ritenuto, infatti, che nell'ipotesi in cui, in un giudizio pendente dinanzi ad un giudice italiano non di ultima istanza, si ponga una questione di interpretazione delle norme comunitarie, un tale giudice, qualora penda, in quanto sollevata da un altro giudice italiano in un altro giudizio, la medesima questione di interpretazione dinanzi alla Corte di Giustizia, non può sospendere il giudizio pendente dinanzi a sé ai sensi dell'art. 295 c.p.c., in attesa della pronuncia della sentenza da parte di quella Corte, ma è tenuto anch'egli, nell'ipotesi in cui ritenga di non poter procedere direttamente ed immediatamente all'interpretazione ed applicazione del diritto comunitario, ad investire la Corte di Giustizia nelle forme e con le modalità stabilite dall'art. 234 del Trattato CE, sospendendo quindi il processo pendente dinanzi a sé in accordo con una tale normativa e non ai sensi dell'art. 295 c.p.c. (così Cass. 14 dicembre 1999 n. 9813, in *Giust. Civ.*, 1999, I, 3273, con nota adesiva di A. BRIGUGLIO, *Sospensione per pregiudizialità comunitaria e regolamento di competenza*, il quale, oltre ad evidenziare l'irriducibilità della pregiudiziale comunitaria a quella in senso tecnico-giuridico, sottolinea che ogni diversa soluzione comporterebbe una violazione del principio del contraddittorio nei confronti delle parti del giudizio che, almeno, nell'ipotesi di sospensione contestuale alla proposizione del rinvio pregiudiziale alla Corte comunitaria, hanno la possibilità di depositare memorie e documenti nel processo pregiudiziale; ma v. anche, in senso contrario all'orientamento della S.C., R. MASTROIANNI, *Rinvio pregiudiziale e sospensione del processo civile: la Cassazione è "più realista del re"?*, in *Dir. Un. Eur.*, 2000, 92). Peraltro, in una più recente decisione, la stessa Corte di legittimità, adita in sede di regolamento di competenza avverso un siffatto provvedimento, ha ritenuto legittima la sospensione del processo disposta ex art. 295 c.p.c. da un giudice nazionale non di ultima istanza sull'assunto della pregiudizialità della risoluzione di un'azione di annullamento pendente, in ordine alla medesima questione giuridica, dinanzi alla Corte di Giustizia comunitaria tra diverse parti (v. Cass. 9 ottobre 2006 n. 21635).

pregiudiziale di validità¹¹³⁵, in tutte le ipotesi in cui ritengano invalida una norma di diritto comunitario derivato, non avendo la possibilità di disapplicare autonomamente la stessa.

In senso opportunamente critico rispetto all'assetto suffragato dalla giurisprudenza comunitaria, si è acutamente sottolineato in dottrina che la possibilità per il giudice nazionale non di ultima istanza di disapplicare una norma di diritto comunitario derivato che reputa illegittima senza essere all'uopo tenuto a sollevare rinvio pregiudiziale ex art. 234 del Trattato CE, è in astratto compatibile con la natura accentrata del sindacato della Corte di Giustizia sulla validità degli atti comunitari, posto che un tale "accentramento" potrebbe essere successivamente recuperato attraverso il sistema delle impugnazioni interne e l'innesto dell'obbligo, ex art. 234, terzo comma, del Trattato CE, del giudice di

¹¹³⁵ Naturalmente un tale obbligo non sussiste qualora la Corte di Giustizia abbia già dichiarato invalida la disposizione comunitaria che viene in rilievo, anche se la pronuncia sia stata emanata a seguito del rinvio di un altro giudice nazionale ed in una diversa fattispecie concreta. Si è ormai da tempo chiarito, in proposito, che le decisioni con le quali la Corte accerti l'invalidità di una norma comunitaria producono effetti *erga omnes* a differenza di quelle rese su rinvio pregiudiziale di interpretazione che, come noto, vincolano esclusivamente il giudice *a quo* (cfr. già CGCE, 27 febbraio 1985, *Produits de Maïs c. Administration des douanes et droits indirects*, C-112/83, in *Racc.*, 1985, 719, §§ 16 – 18; CGCE, 13 maggio 1981, *International Chemical Corporation c. Amministrazione delle Finanze dello Stato*, C-66/80, in *Racc.*, 1980, 1191, §§ 13 ss, per le quali una decisione della Corte di Giustizia che sancisce l'invalidità di una norma di diritto comunitario derivato costituisce una ragione sufficiente perché qualsivoglia giudice nazionale possa considerare invalida la stessa ai fini della decisione di una controversia pendente dinanzi a sé, senza essere all'uopo tenuto a sollevare un nuovo ricorso per rinvio pregiudiziale; sul punto v., più diffusamente, A. BRIGUGLIO, *Pregiudiziale comunitaria e processo civile*, cit., 274 ss). Occorre peraltro evidenziare che, prima delle precisazioni della Corte di Giustizia sul punto, la questione trovava soluzioni difformi in dottrina. Più in particolare, secondo taluni, gli effetti della pronuncia pregiudiziale con la quale viene dichiarata l'invalidità di una norma comunitaria dovevano considerarsi limitati al caso concreto per un'esigenza di coerenza del sistema di ricorsi delineato dal Trattato CE: infatti, se l'art. 230, § quarto, del Trattato CE, limita significativamente la legittimazione degli individui ad impugnare gli atti comunitari (v., più ampiamente, Cap. II), è anche a causa degli effetti generali che si producono a seguito dell'eliminazione dell'atto illegittimo, effetto che non potrebbe essere riconosciuto a seguito della proposizione di un ricorso per rinvio pregiudiziale di validità, in quanto il contenzioso pregiudiziale ha carattere accessorio ed è meramente finalizzato a consentire una soluzione della controversia principale (così J.F. COUZINET, *Le renvoi en appréciation de validité devant la cour de justice des communautés européennes*, cit., 670 ss).

ultima istanza di sollevare il rinvio pregiudiziale nell'ipotesi di dubbio in ordine alla validità dell'atto comunitario¹¹³⁶.

Occorre inoltre evidenziare che, alla stregua di quanto non ha mancato di notare avvertita dottrina¹¹³⁷, non sembra casuale che le affermazioni della Corte di Giustizia comunitaria in tema di obbligo di tutti i giudici nazionali di sollevare rinvio pregiudiziale di validità in presenza di dubbi sulla legittimità delle norme di diritto comunitario derivato siano state effettuate, con la citata pronuncia *Foto-Frost*, nel 1987, *i.e.* nello stesso anno in cui con l'entrata in vigore dell'Atto Unico Europeo sono state notevolmente ampliate le competenze attribuite alla Comunità, introdotta la procedura di cooperazione e generalizzata la prassi del voto a maggioranza qualificata, in luogo di quello all'unanimità, all'interno del Consiglio ai fini dell'adozione degli atti normativi. Il rischio che, verosimilmente, la Corte di Giustizia abbia voluto evitare, accentrando nella propria competenza ogni valutazione in ordine alla validità degli atti comunitari, in dispregio non soltanto della chiara lettera dell'art. 234 del Trattato CE ma anche del principio di cooperazione tra giudici nazionali e giudice comunitario, è quello di una rinazionalizzazione delle nuove competenze attribuite alla Comunità attraverso il controllo della legittimità dell'attribuzione delle stesse da parte dei giudici

¹¹³⁶ Cfr. A. BRIGUGLIO, *Pregiudiziale comunitaria e processo civile, cit.*, spec. 176 ss. Secondo A. BARONE, *Questione pregiudiziale di validità di un regolamento comunitario e poteri cautelari del giudice nazionale*, in *Foro it.*, 1992, IV, 3 ss, spec. 13 – 14, inoltre, il monopolio della Corte di Giustizia anche in ordine all'accertamento della validità del diritto comunitario non sarebbe del tutto convincente, sia perché stravolgerebbe la lettera dell'art. 234, secondo comma, del Trattato CE, sia in quanto, con il potenziale aumento del contenzioso di natura pregiudiziale, anche i tempi del relativo procedimento dinanzi alla Corte di Giustizia si allungerebbero notevolmente. Sempre in dottrina A. BARAV, *La plénitude de compétence du juge national en sa qualité de juge communautaire*, in *Mélanges Boulouis*, Paris, 1991, 1 ss, non esita a definire perversa l'interpretazione dell'art. 234 del Trattato CE resa nella pronuncia *Foto-Frost*, in quanto la stessa si pone in contrasto con la piena competenza del giudice interno, così posto sotto tutela e mantenuto in uno stato di incapacità parziale ma permanente.

¹¹³⁷ Il riferimento è a F. BERROD, *La systématique des voies de droit communautaires, cit.*, 270 ss.

nazionali¹¹³⁸. La conseguenza principale della giurisprudenza *Foto-Frost* è, invero, l'attribuzione alla stessa Corte di Giustizia comunitaria di un sindacato esclusivo sulla legittimità delle competenze attribuite alla Comunità: ne deriva che è oggi difficile sostenere, tenuto anche conto dell'art. 308 del Trattato CE¹¹³⁹, che la Comunità disponga meramente di competenze di attribuzione poiché è l'unico giudice della propria competenza. Il che alla luce del deficit democratico e nella tutela giurisdizionale del sistema comunitario non può che destare serie preoccupazioni.

3. Il potere del giudice nazionale di emanare provvedimenti cautelari a fronte di atti comunitari illegittimi

La rigorosa applicazione dei principi sanciti a partire dal caso *Foto-Frost*, potrebbe determinare seri pregiudizi per le posizioni giuridiche soggettive degli individui lesi dalle norme di diritto comunitario derivato che appaiono invalide al giudice nazionale e che in linea di principio, tuttavia, quest'ultimo dovrebbe continuare ad applicare sino all'eventuale declaratoria di invalidità da parte della Corte di Giustizia in sede di definizione del rinvio pregiudiziale. I diritti lesi dalle norme comunitarie potrebbero, difatti, essere seriamente pregiudicati nelle more dell'emanazione della decisione sul rinvio pregiudiziale.

¹¹³⁸ Così, ancora, condivisibilmente, F. BERROD, *La systématique des voies de droit communautaires*, cit., 270 ss.

¹¹³⁹ E' infatti noto che l'art. 308 del Trattato istitutivo CE ha codificato la c.d. teoria dei poteri impliciti, in omaggio alla quale uno Stato federale o un'organizzazione internazionale deve vedersi riconosciute, oltre alle competenze espressamente attribuite, anche tutte le altre che siano necessarie ai fini del perseguimento degli scopi statutari. In particolare, il richiamato art. 308, oggetto di un'interpretazione estensiva da parte della Corte di Giustizia, consente al Consiglio di deliberare all'unanimità anche in materie non espressamente attribuite alla competenza comunitaria onde perseguire gli scopi della Comunità stessa (cfr. G. TESAURO, *Diritto comunitario*, 4a ed., cit., 98).

Questo problema, in realtà, non era stato privo di considerazione già in un *obiter ditum* della motivazione della sentenza *Foto-Frost*¹¹⁴⁰, nel quale si era evidenziato che, sebbene i giudici nazionali non possano dichiarare autonomamente l'invalidità di un atto di diritto comunitario derivato, sono comunque possibili, in presenza di determinate condizioni, temperamenti rispetto ad una tale regola, al fine di tutelare efficacemente in via provvisoria le posizioni giuridiche soggettive dei singoli¹¹⁴¹.

Le conseguenze di un tale principio sono state più compiutamente individuate, negli anni successivi, dalla medesima Corte di Giustizia comunitaria nelle celebri pronunce *Zuckerfabrick*¹¹⁴² ed *Atlanta*¹¹⁴³.

¹¹⁴⁰ V. CGCE, 22 ottobre 1987, *Foto-Frost c. Hauptzollamt Lübeck Ost*, cit., spec. § 18. Cfr., tra gli altri, U. COREA, *Note in tema di pregiudiziale comunitaria di validità e tutela cautelare*, cit., 2074.

¹¹⁴¹ CGCE, 22 ottobre 1987, *Foto-Frost*, cit., §§ 19 – 21; nelle conclusioni rassegnate in un tale caso, l'Avvocato Generale Mancini aveva del resto sottolineato che consentire ai giudici nazionali di statuire indirettamente sulla validità delle norme di diritto comunitario derivato tramite l'espedito della sospensione dell'esecuzione dell'atto interno di attuazione costituisce uno dei problemi più scabrosi mai affrontati dalla Corte di Giustizia (v. § 4 delle conclusioni, in *Racc.*, 1987, 4214). Era in pratica necessario raggiungere un compromesso tra la concentrazione delle competenze in tema di accertamento dell'invalidità degli atti comunitari in capo alla Corte di Giustizia e l'esigenza di protezione giurisdizionale dei singoli (cfr. F. BERROD, *La systématique des voies de droit communautaire*, cit., 274).

¹¹⁴² CGCE, 21 febbraio 1991, *Zuckerfabrik Süderdithmarschen e a. c. Hauptzollamt Paderbon*, C-143/88 e C-92/89, in *Racc.*, 1991, 415, nonché, tra l'altro, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1992, 127, con nota di G. TESAURO, in *Common Market Law Review*, 1992, 133, con nota di SCHERMERS, in *Foro it.*, 1992, IV, 3, con nota di A. BARONE, *Questione pregiudiziale di validità di un regolamento comunitario e poteri cautelari del giudice nazionale*, in *Act. Jur. – Dr. adm.*, 1991, 237, con nota di P. LE MIRE, in *LPA*, 1991, n° 101, 14, con nota di G. SÉBASTIEN, in *Rev. esp. der. adm.*, 1991, 537, con nota di E. GARCÍA DE ENTERRIA, *Las medidas cautelares que puede adoptar el juez nacional contro el derecho: la Sentencia Zuckerfabrick del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 21 de febrero de 1991*, in *Juristen Zeitung*, 1992, 36, con nota di G. GORNING. In argomento v. anche R. CARANTA, *Diritto comunitario e tutela cautelare: dall'effettività allo « ius commune »*; M. P. CHITI, *I signori del diritto comunitario: la Corte di Giustizia e lo sviluppo del diritto amministrativo europeo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1991, 816 ss; P. OLIVER, *Le droit communautaire et les voies de recours nationales*, in *Cahiers dr. Eur.*, 1992, 371 ss; H. LABAYLE, *L'effectivité de la protection juridictionnelle des particuliers. Le droit administratif français et les exigences de la jurisprudence européenne*, in *RFDA*, 1992, 628 ss, spec. 629.

¹¹⁴³ CGCE, 9 novembre 1995, *Atlanta Fruchthandeldgesellschaft mbH e. a. c. Bundesamt für Ernährung und Fortswirtschaft*, C-465/93, in *Racc.*, 1995, 3761 ed, altresì, in *Riv. It. Dir. pubbl. Comunit.*, 1996, 1156, con nota di A. MASUCCI, *La lunga marcia della Corte di Lussemburgo verso una tutela cautelare europea*, in *Giorn. dir. amm.*, 1996, 333, con nota di M.P. CHITI, *Misure cautelari positive e effettività del diritto comunitario* ed in *Europe*, 1996, n. 1, con osservazioni di GAZIN e SIMON, n° 18, 12. In argomento v. anche L. LIMBERTI, *Principio di effettività della tutela giurisdizionale e diritto comunitario: a proposito del potere del giudice*

Più in particolare, la prima delle richiamate decisioni ha avuto origine in un ricorso per rinvio pregiudiziale per interpretazione con il quale erano state sollevate dinanzi alla Corte di Giustizia due distinte questioni di carattere pregiudiziale, ovvero: 1) se l'art. 189¹¹⁴⁴ del Trattato potesse ostare alla sospensione in via cautelare da parte di un giudice nazionale dell'esecuzione di un atto interno fondato su un regolamento comunitario, senza previamente investire la Corte della questione pregiudiziale di validità del regolamento medesimo; 2) in via subordinata, per l'ipotesi di risposta positiva al primo quesito, quali dovevano essere i criteri da seguire per la concessione delle misure cautelari richieste e, più precisamente, se gli stessi dovevano essere mutuati dagli ordinamenti nazionali o da quello comunitario.

Con riferimento al primo quesito, la Corte di Giustizia ha riconosciuto che una giurisdizione nazionale dinanzi alla quale è contestata una misura interna di esecuzione di un atto di diritto comunitario derivato, in ragione della presunta illegittimità di un tale atto rispetto alle regole del Trattato o ai principi generali di diritto comunitario, ha il potere di sospendere provvisoriamente l'esecuzione della misura, in attesa di una risposta della Corte di Giustizia sulla questione di validità dell'atto di diritto derivato che le autorità nazionali volevano applicare¹¹⁴⁵. Si è invero evidenziato, a riguardo, che il procedimento pregiudiziale di validità costituisce uno degli strumenti di controllo della legittimità degli atti comunitari, di talché, se è attribuito ai giudici europei il potere di sospendere l'efficacia degli

nazionale di concedere provvedimenti provvisori cautelari "positivi", in Riv. it. dir. pubbl. comunit., 1996, n. 5, 991.

¹¹⁴⁴ Attualmente, stante il mutamento di numerazione intervenuto con il Trattato di Amsterdam, art. 249.

¹¹⁴⁵ Il rinvio era stato infatti sollevato dal Finanzgericht di Amburgo, il quale, dopo aver sospeso l'atto amministrativo interno emanato in attuazione del diritto comunitario, aveva interrogato la Corte, non soltanto sulla validità del regolamento comunitario, bensì anche sul proprio potere di emanare il provvedimento cautelare in questione.

atti impugnati dinanzi agli stessi, un'esigenza di coerenza del sistema¹¹⁴⁶ implica che il medesimo potere venga riconosciuto ai giudici nazionali richiesti di sospendere un atto nazionale fondato su un regolamento comunitario di sospetta validità.

Nel caso *Zuckerfabrik*, peraltro, la Corte di Giustizia si era limitata ad attribuire al giudice nazionale della cautela il potere di sospendere, in presenza di determinate condizioni, l'esecutorietà di un atto interno emanato in attuazione di una normativa comunitaria in presenza di seri dubbi in ordine alla legittimità di quest'ultima, omettendo di precisare se un tale potere potesse essere esercitato anche al fine di emanare provvedimenti cautelari diversi dalla sospensione dell'efficacia dell'atto amministrativo, *i.e.* misure cautelari di carattere positivo necessarie alla luce delle circostanze proprie della fattispecie concreta¹¹⁴⁷.

L'occasione per completare la propria giurisprudenza sul punto è stata fornita alla Corte di Giustizia dall'*arrêt Atlanta*¹¹⁴⁸. Nella fattispecie concreta, difatti, il giudice amministrativo di Francoforte aveva chiesto alla Corte di pronunciarsi, in

¹¹⁴⁶ Anche alla luce della giurisprudenza *Factortame* (sulla quale v., più ampiamente, il capitolo precedente).

¹¹⁴⁷ Per questi rilievi v., tra gli altri, R. MEHDI, *Le droit communautaire et les pouvoirs du juge national de l'urgence*, in *Rev. trim. dr. eur.*, 1996, 77 ss, spec. 79.

¹¹⁴⁸ Si ritengono utili alcune indicazioni sulla fattispecie concreta che ha condotto ad una tale decisione. Con il regolamento 13 febbraio 1993 n. 404, in *G.U.C.E.*, 27 febbraio 1993, le istituzioni comunitarie avevano disciplinato un'organizzazione comune dei mercati nel settore delle banane introducendo, al contempo, un regime comune degli scambi con i Paesi terzi, in virtù del quale le importazioni nel territorio comunitario sono soggette alla presentazione di un certificato di importazione rilasciato dagli Stati membri e sottposte ad un dazio variabile a seconda delle caratteristiche delle banane e del Paese d'importazione. Il contingente massimo di banane importabili per quote nella Comunità europea è poi delimitato dall'art. 19 dello stesso Regolamento del Consiglio. Prima che la società Atlanta proponesse ricorso, la Corte di Giustizia si era già pronunciata positivamente in ordine alla validità del regolamento del Consiglio relativo all'organizzazione comune del mercato nel settore delle banane nell'ambito di un ricorso in annullamento proposto dalla Repubblica Federale di Germania (CGCE, 5 ottobre 1994, *Germania c. Commissione*, C-280/93, in *Racc.*, 1994, 4973). La stessa Corte di Giustizia aveva successivamente rigettato sia il ricorso d'urgenza, sia il ricorso in annullamento proposti dalla società Atlanta avverso il medesimo regolamento. Di talché, vigente un tale regolamento, la società in questione si era vista attribuire un contingente provvisorio di banane provenienti da Paesi terzi nettamente inferiore alle quantità che aveva potuto commercializzare direttamente. La società aveva quindi adito il giudice amministrativo di Francoforte con un ricorso volto all'annullamento dell'atto nazionale emanato in attuazione del regolamento comunitario chiedendo, inoltre, che fosse ordinata a titolo provvisorio la sospensione della restrizione all'importazione di banane da Paesi terzi ed, altresì, la concessione di un certificato di importazione supplementare.

sede di rinvio pregiudiziale di interpretazione, sulla possibilità per un giudice nazionale, qualora nutrisse seri dubbi in ordine alla validità di un atto comunitario, di emanare, a tutela delle posizioni giuridiche soggettive del ricorrente, provvedimenti provvisori anche diversi dalla sospensione dell'esecutorietà dell'atto amministrativo nazionale oggetto di impugnazione.

La risposta della Corte di Giustizia ad un tale quesito è stata positiva. A riguardo si è infatti chiarito, rispondendo al quesito del giudice rinviante, che l'art. 189 (ora 249) del Trattato CE deve essere interpretato nel senso che non esclude, a determinate condizioni, la competenza dei giudici nazionali a concedere provvedimenti provvisori che modifichino o disciplinino le situazioni di diritto o i rapporti giuridici controversi in ordine ad un provvedimento amministrativo nazionale fondato su un regolamento comunitario che forma oggetto di un rinvio pregiudiziale per accertamento di validità¹¹⁴⁹. Si è inoltre evidenziato, a sostegno di una siffatta posizione, che: a) la tutela cautelare che i giudici nazionali devono assicurare ai singoli in virtù del diritto comunitario non può essere diversa in virtù della circostanza che essi domandino la sospensione dell'esecutorietà di un atto amministrativo nazionale emanato sulla base di un regolamento comunitario ovvero la concessione di altre misure provvisorie idonee ad assicurare protezione ai medesimi nelle more della definizione *au fond* della questione¹¹⁵⁰; b) anche nelle azioni c.d. dirette proposte dinanzi ai giudici comunitari, colui che ha proposto ricorso di annullamento può domandare sia la sospensione dell'esecutorietà dell'atto impugnato in via principale ai sensi dell'art. 242 del Trattato CE, sia, in virtù dell'art. 243 dello stesso Trattato, l'emaneazione dei provvedimenti provvisori diversi che si rendano necessari; c) la concessione di misure cautelari c.d. positive non ha, di per sé, ripercussioni più rilevanti

¹¹⁴⁹ CGCE, 9 novembre 1995, *Atlanta Fruchthandelgesellschaft, cit.*, § 30.

¹¹⁵⁰ CGCE, 9 novembre 1995, *Atlanta Fruchthandelgesellschaft, cit.*, § 28.

sull'ordinamento comunitario rispetto alla sospensione dell'esecutorietà dell'atto impugnato¹¹⁵¹.

La dottrina prevalente, nel commentare favorevolmente tali decisioni, ha sottolineato che le stesse costituiscono espressione di una giurisprudenza di carattere "costituzionale", dalla quale emerge la prevalenza della tutela delle posizioni giuridiche soggettive individuali anche rispetto all'interesse ad un'applicazione uniforme del diritto comunitario in tutti gli ordinamenti degli Stati membri¹¹⁵².

Riteniamo, in realtà, che un tale giudizio del tutto positivo non possa essere condiviso¹¹⁵³, sia alla luce dell'eccessivo rigore delle condizioni in presenza delle quali è consentito al giudice nazionale emanare misure cautelari a tutela dei singoli nelle ipotesi in cui le stesse possano in qualche misura compromettere il principio del primato del diritto comunitario su quello interno¹¹⁵⁴, sia in virtù di alcune precisazioni che la giurisprudenza ha colto l'occasione di compiere negli anni successivi e che rendono palesi alcune lacune del sistema di tutela.

¹¹⁵¹ CGCE, 9 novembre 1995, *Atlanta Fruchthandelgesellschaft*, cit., §§ 27 – 29.

¹¹⁵² Cfr., tra gli altri, M.P. CHITI, *Misure cautelari positive ed effettività del diritto comunitario*, cit., 333 ss; H. LABAYLE, *L'effectivité de la protection juridictionnelle des particuliers*, cit., 629; R. MEHDI, *Le droit communautaire et les pouvoirs du juge national de l'urgence (quelques enseignements d'une jurisprudence récente*, cit., 77.

¹¹⁵³ Ciò non significa, peraltro, che non condividiamo l'assunto in virtù del quale siffatte pronunce, ed in particolar modo l'*arrêt Atlanta*, abbiano avuto il merito di stimolare il dibattito, in alcuni sistemi giuridici interni, relativo alla possibilità per il giudice amministrativo di emanare provvedimenti cautelari c.d. positivi nei confronti della P.A. convenuta nel giudizio cautelare (sul punto cfr. L. LIMBERTI, *Principio di effettività della tutela giurisdizionale e diritto comunitario: a proposito del potere del giudice nazionale di concedere provvedimenti cautelari "positivi"*, cit., 992). In effetti, non appare casuale, ad es., l'attribuzione al giudice amministrativo italiano con la legge 7 luglio 2000, n. 205, del potere di emanare in sede cautelare i provvedimenti cautelari c.d. innominati necessari nella fattispecie concreta. Precedentemente l'unica misura cautelare che questi ultimi potevano emanare era infatti costituita dalla sospensione dell'esecutività del provvedimento impugnato con il ricorso principale. Resta da evidenziare, peraltro, in senso critico rispetto agli orientamenti affermati dalla Corte di Giustizia che è in una tale prospettiva difficilmente giustificabile la persistente chiusura della stessa quanto alla possibilità di emanare misure cautelari di carattere ordinatorio nei confronti delle istituzioni comunitarie qualora le stesse dispongano di poteri di natura discrezionale (v., *amplius*, Parte I, Cap. V, §§ 3 ss).

¹¹⁵⁴ R. JOLIET, *Protection juridictionnelle provisoire et droit communautaire*, cit., 279.

4. Le condizioni per l'esercizio dei poteri cautelari del giudice nazionale per sospendere l'efficacia di norme comunitarie apparentemente illegittime

La Corte di Giustizia, nell'attribuire ai giudici nazionali il potere di sospendere in via cautelare l'esecutorietà di atti interni emanati in attuazione di norme di diritto comunitario o di pronunciare i provvedimenti cautelari c.d. positivi necessari nella fattispecie concreta per tutelare i diritti del ricorrente, ha difatti indicato¹¹⁵⁵, al contempo, le condizioni in presenza delle quali un tale potere deve essere esercitato, onde evitare che un'utilizzazione troppo generosa dello stesso minacciasse la *primauté* del diritto comunitario¹¹⁵⁶.

Più in particolare, sono stati enucleati, da un lato, i presupposti in presenza dei quali il giudice nazionale può accordare tutela cautelare ai singoli a fronte di atti interni emanati in attuazione del diritto comunitario e si è precisato, da un altro, che la concessione di una siffatta tutela cautelare è in ogni caso subordinata alla contestuale proposizione, da parte dello stesso giudice nazionale, del rinvio pregiudiziale di validità ai sensi dell'art. 234 del Trattato CE dinanzi alla Corte di Giustizia comunitaria, posto che il provvedimento concesso è destinato ad avere un'efficacia meramente provvisoria, in quanto lo stesso potrà esplicare i propri effetti soltanto fino a quando la Corte non abbia statuito in ordine alla questione pregiudiziale di validità¹¹⁵⁷.

¹¹⁵⁵ Anche al fine di fornire risposta al quesito proposto sul punto dal giudice rinviante.

¹¹⁵⁶ Cfr., tra gli altri, U. COREA, *Note in tema di pregiudiziale comunitaria di validità e tutela cautelare*, cit., 2077; O. DE SCHUTTER, *Les mesures provisoires devant la Cour de Justice des Communautés européennes dans le domaine des droits fondamentaux*, cit., 110. Parte della dottrina non ha mancato di evidenziare, a riguardo, che la Corte di Giustizia ha così utilizzato un "approche d'architecte" (così F. GRÉVISSE – J.C. BONICHOT, *Les incidences sur l'organisation et l'exercice de la fonction juridictionnelle dans les Etats membres*, in *Mélanges en hommage à J. Boulois*, Paris, 1991, 302).

¹¹⁵⁷ Così, ad es., CGCE, 21 febbraio 1991, *Zuckerfabrik*, cit., 415 ss.

4.1. I presupposti della tutela cautelare

Consideriamo, prima di tutto, i presupposti c.d. di merito per la concessione ai singoli, dinanzi al giudice nazionale, della tutela cautelare, nelle ipotesi in cui i diritti degli stessi rischiano di essere compromessi da atti interni emanati in forza di norme di diritto comunitario derivato.

A riguardo, occorre tener presente che, come dimostra anche la posizione contrastante assunta sul punto dagli Stati membri che si erano costituiti nel procedimento instaurato dalla *Zuckerfabrick*, sancita la possibilità per i giudici nazionali di sospendere in via cautelare l'efficacia esecutiva di atti interni emanati in attuazione di norme comunitarie di dubbia legittimità, la Corte di Giustizia era chiamata ad individuare i presupposti in presenza dei quali siffatti poteri cautelari potevano essere esercitati. Due erano, in particolare, le scelte che potevano essere in astratto effettuate.

Invero, in conformità con la tradizionale giurisprudenza comunitaria, avrebbe dovuto operare il principio di autonomia processuali degli Stati membri¹¹⁵⁸, con la conseguenza che i giudici nazionali avrebbero potuto sospendere l'esecutorietà degli atti interni che traevano la propria illegittimità da norme di diritto comunitario derivato, in presenza delle medesime condizioni che consentono, nei singoli sistemi interni, di emanare provvedimenti di sospensione dell'efficacia degli atti amministrativi¹¹⁵⁹.

Peraltro, la preoccupazione che le difformità esistenti in materia negli ordinamenti processuali nazionali potessero determinare una “geometria

¹¹⁵⁸ Sul quale v. Cap. VII, § 4.

¹¹⁵⁹ Una diversa scelta possibile era, in concreto, quella di ritenere i sistemi processuali dei singoli Stati membri idonei ad assicurare autonomamente la protezione giurisdizionale necessaria (così H. LABAYLE, *L'effectivité de la protection juridictionnelle des particuliers*, cit., 630).

variabile” nella tutela, che poteva rivelarsi, soprattutto in alcuni casi¹¹⁶⁰, estremamente pregiudizievole per il principio dell’immediata ed unitaria applicazione delle norme di diritto comunitario nello spazio giuridico europeo, ha indotto la Corte di Giustizia ad effettuare la scelta opposta. Si è pertanto ritenuto che i presupposti in presenza dei quali è possibile per i giudici nazionali esercitare i richiamati poteri cautelari sono i medesimi che consentono, proposte azioni c.d. dirette dinanzi ai giudici comunitari, di ottenere i provvedimenti cautelari di cui agli artt. 242 e 243 del Trattato CE, *i.e.* l’urgenza, il *fumus boni juris* ed il bilanciamento degli interessi¹¹⁶¹.

In realtà si è cercato di giustificare la descritta opzione anche alla luce di un’intrinseca esigenza di coerenza del sistema: difatti, il parallelismo tra il ricorso in annullamento ed il rinvio pregiudiziale di validità, implicherebbe che il giudice interno debba, qualora l’illegittimità di un atto comunitario venga invocata nell’ambito di un rinvio pregiudiziale, poter accordare ai ricorrenti individuali le medesime forme di tutela delle quali dispone, nel corso del giudizio di annullamento degli atti di diritto comunitario derivato, il giudice comunitario.

¹¹⁶⁰ In effetti la singolare scelta della Corte di Giustizia di contravvenire al principio di autonomia processuale dei singoli Stati membri potrebbe giustificarsi proprio al fine di evitare che l’unitaria applicazione in tutto lo spazio giuridico europeo delle norme comunitarie sia compromessa dall’operare di regole troppo liberali quanto alla concessione dei provvedimenti cautelari vigenti in alcuni Stati membri. Emblematico è, in particolare, il caso del sistema tedesco nel quale, salve alcune eccezioni normativamente disciplinate, la proposizione di un ricorso giurisdizionale avverso provvedimenti amministrativi ne sospende automaticamente l’efficacia esecutiva (in arg. v., più ampiamente, Parte I, Cap. II, § 3.1.2.2. e Cap. V, § 2). Secondo acuta dottrina le motivazioni espresse sul punto dalle pronunce *Zuckerfabrik* ed *Atlanta* potrebbero allora giustificarsi anche alla luce di quanto affermato da CGCE, 10 luglio 1990, *Commissione c. Germania*, C-217/88, in *Racc.*, 1990, I-2879: con una tale sentenza la Corte comunitaria ha infatti condannato la Germania per violazione del principio di leale collaborazione sancito dall’art. 5 del Trattato CE poiché l’unitaria e coerente applicazione del Regolamento della Commissione n. 148 del 1985 volto all’organizzazione del mercato comune dei vini era stata compromessa dalla circostanza che l’efficacia dello stesso era venuta meno per gli operatori economici che avevano proposto ricorso giurisdizionale avverso le misure nazionali di esecuzione del Regolamento della Commissione, di talché gli obiettivi dello stesso non si erano realizzati che in minima parte (in arg. v. P. OLIVER, *Interim measures: some recent developments*, *cit.*, 21 ss).

¹¹⁶¹ Così CGCE, 21 febbraio 1991, *Zuckerfabrik Süderdithmarschen*, *cit.*, § 27; lo stesso Governo italiano, come può desumersi dalla lettura della p. 26 del rapporto dell’udienza pubblica svoltasi dinanzi alla Corte di Giustizia, si era mostrato ostile ad “un’armonizzazione delle regole processuali effettuata per analogia con i presupposti sanciti dal Trattato istitutivo CE per la sospensione dell’esecutorietà degli atti emanati dalle istituzioni comunitarie”.

Parte della dottrina, facendo leva su di una tale argomentazione, ha salutato favorevolmente la scelta operata sul punto dalla Corte di Giustizia, la quale avrebbe portato a compimento, almeno per le situazioni nelle quali viene in rilievo il diritto comunitario, un auspicabile processo di uniformizzazione delle norme in tema di tutela cautelare, sino alla costruzione di una vera e propria “tutela cautelare europea”, felice espressione di un ritorno allo *jus commune* in materia processuale¹¹⁶².

Riteniamo, al contrario, di dover concordare con quella parte della dottrina, attualmente minoritaria, la quale, consapevole delle reali implicazioni dei principi affermati dalla Corte di Giustizia, ha criticato la scelta favorevole all’omologazione, nella fattispecie considerata, ai presupposti che consentono l’emanazione dei provvedimenti cautelati nel processo comunitario in senso stretto¹¹⁶³.

A riguardo crediamo, difatti, di aver dimostrato che le condizioni c.d. di merito cui è subordinata la concessione della tutela cautelare all’interno di un tale processo sono, anche in virtù di una prassi giurisprudenziale consolidata,

¹¹⁶² Queste le espressioni utilizzate, in particolare, da R. CARANTA, *Diritto comunitario e tutela cautelare: dall’effettività allo “ius commune”*, cit., 353, secondo il quale si è così formato un sistema comune di tutela uniforme in tutta l’area comunitaria; cfr. anche A. MASUCCI, *La lunga marcia della Corte di Lussemburgo verso una “tutela cautelare europea”*, cit., spec. 1160 ss. Osserva inoltre R. JOLIET, *Protection juridictionnelle provisoire et droit communautaire*, cit., 281, che la Corte di Giustizia, nel ritenere che il giudice nazionale possa sospendere in via cautelare gli effetti di una normativa comunitaria che assume illegittima in presenza delle medesime condizioni cui è subordinata la concessione dei provvedimenti cautelari ai sensi degli artt. 242 e 243 del Trattato CE, nonché dei regolamenti di procedura, non avrebbe fatto altro che trarre le opportune conseguenze dai principi sanciti dalla giurisprudenza *Foto-Frost*, ed in forza dei quali è esclusivamente la Corte di Giustizia a sindacare, in via accentrata, in ordine alla legittimità delle norme di diritto comunitario derivato e quindi soltanto la stessa può decidere di eventuali deroghe rispetto ad una siffatta regola.

¹¹⁶³ Così O. DE SCHUTTER, *Les mesures provisoires devant la Cour de Justice des Communautés européennes dans le domaine des droits fondamentaux*, cit., 110. Ancora più critica nei confronti della giurisprudenza comunitaria è la posizione di DÄNZER-VANOTTI, *Der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften beschränkt vorläufigen Rechtsschutz*, in *Der Betriebsberater*, 1991, 1015 ss, il quale ritiene che una siffatta violazione del principio di autonomia processuale dei singoli Stati membri dovrebbe essere portata dinanzi alla Corte Costituzionale federale tedesca, la quale si era invero riservata tradizionalmente il compito di vigilare in ordine al rispetto delle proprie competenze, siccome trasferite dall’art. 234 del Trattato CE, da parte della Corte di Giustizia.

eccessivamente severe e che le stesse comportano, soprattutto attraverso il riferimento al criterio del bilanciamento degli interessi in causa, significative disparità di trattamento, a seconda che convenuto nel giudizio cautelare sia uno Stato membro ovvero un'istituzione comunitaria¹¹⁶⁴: si tratta di una situazione nella maggior parte dei casi più sfavorevole per il ricorrente cautelare, almeno ove si tratti di un individuo, rispetto a quella propria degli ordinamenti interni dei singoli Stati membri.

Per meglio giustificare un tale assunto si ritiene opportuno ricordare in estrema sintesi quali sono i singoli presupposti per la tutela cautelare nel processo comunitario¹¹⁶⁵.

Più precisamente, quanto al presupposto dell'urgenza, si è costantemente ribadito che lo stesso sussiste esclusivamente in presenza di un pericolo di pregiudizio di carattere irreparabile¹¹⁶⁶. Diversamente, nei sistemi processuali nazionali sono di regola disciplinate, accanto ad una misura cautelare atipica che può essere concessa soltanto in presenza di un *periculum* avente gli estremi dell'irreparabilità, anche misure cautelari nominate che possono essere richieste in presenza di pericoli di pregiudizio di varie gradazioni, sovente più tenui rispetto all'irreparabilità invece in ogni caso necessaria, nel processo comunitario, per ottenere l'emanazione di un provvedimento cautelare¹¹⁶⁷: è ad. es. agevole notare

¹¹⁶⁴ Così R. MEHDI, *Le droit communautaire et les pouvoirs du juge national de l'urgence*, cit., 91.

¹¹⁶⁵ Ma v., *amplius*, Cap. IV.

¹¹⁶⁶ V., in tal senso, CGCE, ord. 28 ottobre 1987, *Dow Chemical c. Commissione*, C-85/87, in *Racc.*, 1987, 4367, § 11; CGCE, ord. 9 luglio 1986, *Spagna c. Consiglio e Commissione*, C-119/86, in *Racc.*, 1986, 2241, § 15; CGCE, ord. 21 agosto 1981, *Agricola commerciale olio c. Commissione*, C-232/81, in *Racc.*, 1981, 2193.

¹¹⁶⁷ Cfr. C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, 307, nonché A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, 5a ed., cit., spec. 603 ss, il quale sottolinea che la questione si ricollega alla natura tipica o atipica del sistema di tutela cautelare. Nel primo caso, infatti, la previsione di una serie di provvedimenti cautelari di natura tipica, temperata da una misura cautelare atipica di carattere residuale, è correlata alla tipizzazione da parte del legislatore, sulla base dell'*id quod plerumque accidit*, di singoli pericoli di pregiudizio e di singoli contenuti delle misure cautelari, mentre la residualità della tutela è affidata ad un provvedimento cautelare dal contenuto atipico volto a fronteggiare pericoli di carattere irreparabile. Questo è ad es.

che una tale differenza non è trascurabile, soprattutto a fronte di diritti di credito a prestazioni di natura pecuniaria che, soltanto in alcune situazioni di natura eccezionale, si ritiene possano essere pregiudicati irreparabilmente nelle more dell'emanazione della decisione definitiva¹¹⁶⁸.

Occorre poi considerare la terza condizione per la concessione dei provvedimenti cautelari nel processo comunitario, *i.e.* il bilanciamento degli interessi, la quale è stata, in assenza di qualsivoglia riferimento nel Trattato istitutivo e negli stessi regolamenti di procedura, elaborata esclusivamente in sede pretoria. In accordo con una massima ricorrente, per vero, il giudice della cautela è chiamato ad effettuare un bilanciamento tra il pregiudizio che subirebbe il ricorrente nell'ipotesi di esecuzione immediata dell'atto impugnato ed il danno che sarebbe arrecato agli interessi dell'altra parte, di un terzo¹¹⁶⁹ ovvero agli interessi c.d. pubblici della Comunità europea a seguito dell'adozione del provvedimento cautelare¹¹⁷⁰. Ne deriva che la misura cautelare sarà concessa soltanto se, oltre a sussistere il *periculum in mora* ed il *fumus boni juris*, a seguito del suddetto giudizio, la bilancia penda a favore degli interessi del ricorrente.

Quanto appena rilevato in punto di presupposti dell'urgenza e del bilanciamento degli interessi in causa, sarebbe a nostro avviso già di per sé

sistema proprio del processo civile italiano nel quale, accanto a diverse misure cautelari tipiche, la funzione di cautela generale è affidata al provvedimento d'urgenza ex art. 700 c.p.c., mentre un sistema totalmente atipico è quello del *référé* francese.

¹¹⁶⁸ Per quanto attiene ai limiti della tutela urgente di tali diritti nel sistema processuale comunitario v., ampiamente, Parte Prima, Cap. IV, § 3.1. Per l'affermazione in virtù della quale, ove si intenda l'urgenza che giustifica la concessione delle misure cautelari quale pericolo sufficientemente grave di pregiudizio anche un danno di natura meramente pecuniaria e perciò suscettibile di una riparazione successiva può essere considerato idoneo a giustificare l'emanazione della misura richiesta v., nella giurisprudenza francese, Cons. État, sez. VII, *Confédération nationale des radios libres*, *cit.*

¹¹⁶⁹ Cfr., in sede pretoria, CGCE ord. 25 febbraio 1975, *Küster II*, C-22/75, in *Racc.*, 1975, 278, § 8.

¹¹⁷⁰ Così, tra gli altri, O. DE SCHUTTER, *Les mesures provisoires devant la CJCE*, *cit.*, 98; R. JOLIET, *Protection juridictionnelle provisoire et droit communautaire*, *cit.*, 272; cfr. in giurisprudenza CGCE, ord., 14 ott. 1977, *NTN Toyo Bearing c. Consiglio*, *cit.*, 1721.

sufficiente per ritenere inopportuna una deroga, nell'*espèce*, al principio di autonomia processuale degli Stati membri.

Peraltro, ulteriori e ben più pregnanti considerazioni critiche possono trarsi dalle precisazioni compiute dalla Corte di Giustizia in ordine ai criteri che il giudice nazionale è tenuto a rispettare, nella valutazione di alcuni tra i richiamati presupposti, ed in particolare, del *fumus boni juris* e del bilanciamento degli interessi.

Consideriamo, innanzitutto, il *fumus boni juris*. Un'analisi della giurisprudenza comunitaria in materia consente di affermare che, sebbene la stessa non abbia definito la portata di un tale presupposto, utilizzando quindi un approccio essenzialmente casistico, si è registrata nel tempo un'evoluzione favorevole ai singoli, nel senso che è sufficiente, ai fini dell'integrazione di un tale requisito, che la pretesa del ricorrente non appaia, *prima facie*, del tutto destituita di fondamento¹¹⁷¹.

Inopinatamente, tuttavia, la Corte di Giustizia è ritornata, nella situazione qui considerata, alla propria giurisprudenza più antica, affermando che il giudice nazionale può sospendere in via cautelare l'applicazione di norme di diritto interno rese in attuazione di previsioni comunitarie, esclusivamente qualora nutra seri dubbi in ordine alla legittimità di queste ultime. Ciò comporta che il requisito del *fumus* sia inteso in senso aggravato, in accordo con una giurisprudenza da

¹¹⁷¹ Cfr. CGCE, ord. 28 giugno 1990, *Commissione c./Germania*, C-195/90, in *Racc.*, 1990, p. I – 2715; CGCE, ord. 10 ott. 1989, *Commissione c./Regno Unito e Irlanda del Nord*, C-246/89, in *Racc.*, 1989, 3125; CGCE, ord. 22 giu. 1987, *Aldinger*, C – 23/87, in *Racc.*, 1987, 2841. In tal senso, in dottrina, C. IANNONE, *Commento all'art. 242 del Trattato CE*, *cit.*, 1149, la quale sottolinea che soltanto in caso di manifesta infondatezza la domanda di provvedimenti cautelari deve essere respinta, dovendo, nelle altre ipotesi, il giudice della cautela emanare il provvedimento richiesto sempreché sussista il presupposto dell'urgenza; v. anche L. WEITZEL, *Demander le sursis à exécution ou d'autres mesures provisoires*, *cit.*, 165.

tempo abbandonata, invece, dagli stessi giudici comunitari¹¹⁷² con riferimento ai procedimenti cautelari nelle azioni c.d. dirette¹¹⁷³.

Rilievi di carattere simile possono essere effettuati anche rispetto al presupposto del bilanciamento degli interessi. A tal proposito la Corte comunitaria ha invero espressamente sottolineato che nell'ipotesi in cui il giudice nazionale debba decidere della sospensione cautelare degli effetti di una misura nazionale di attuazione di una norma di diritto comunitario, lo stesso, nel compiere il bilanciamento degli interessi, deve prendere in considerazione l'interesse generale della Comunità europea: in quest'ottica si è chiarito che è necessario avere riguardo al pregiudizio che l'emanazione della misura cautelare potrebbe determinare al regime giuridico posto in essere dalla norma di diritto comunitario derivato contestata in tutta la Comunità europea¹¹⁷⁴. Nei procedimenti cautelari accessori ad azioni c.d. dirette proposte dinanzi ai giudici comunitari, diversamente, è invece attribuita al giudice della cautela una discrezionalità estremamente ampia nella valutazione di un tale presupposto poiché lo stesso non è vincolato né alla considerazione di taluni interessi rispetto ad altri, né all'utilizzazione di determinati criteri nel compimento del relativo giudizio. Nella fattispecie considerata la discrezionalità del giudice della cautela è, al contrario, evidentemente limitata dalla rilevanza dell'interesse generale comunitario destinato pressoché sistematicamente a prevalere su quello del ricorrente individuale¹¹⁷⁵.

¹¹⁷² La svolta in materia è stata realizzata, in particolare, da CGCE, 16 gennaio 1975, *Johnson e Firth Brown Ltd, cit.*, 1 ss, spec. 6. Per l'orientamento precedente v., tra le altre, CGCE, ord. 20 ott. 1959, *von Lachmüller e a.*, C-43/59, in *Racc.*, 1960, 983; CGCE, ord. 25 giu. 1963, *Prakash*, C-65/63, in *Racc.*, 1965, 576.

¹¹⁷³ Cfr. R. MEHDI, *Le droit communautaire et les pouvoirs du juge national de l'urgence, cit.*, 94 – 95.

¹¹⁷⁴ CGCE, 9 novembre 1995, *Atlanta Fruchthandeldgesellschaft, cit.*, § 44.

¹¹⁷⁵ Cfr. A. MASUCCI, *La lunga marcia della Corte di Lussemburgo verso una "tutela cautelare europea"*, *cit.*, 1162, il quale, tuttavia, fa riferimento ad una prevalenza dell'interesse generale comunitario rispetto all'interesse generale interno che, in realtà, non viene in rilievo nelle

Occorre poi tener presente che secondo la Corte del Lussemburgo, qualora la concessione della misura cautelare possa compromettere l'interesse finanziario della Comunità europea, la stessa deve essere subordinata al versamento di una cauzione o alla costituzione di un sequestro¹¹⁷⁶.

Sia infine consentita un'ultima notazione con riguardo ai presupposti in presenza dei quali i giudici nazionali possono concedere ai singoli tutela cautelare a fronte di atti interni emanati in attuazione di regolamenti comunitari. Invero, alla stregua di quanto non ha mancato di porre in evidenza parte della dottrina, dalla motivazione dell'*arrêt Atlanta* sembra emergere che, qualora sia domandata la concessione di una misura cautelare di carattere c.d. positivo, il giudice nazionale sia altresì tenuto a rispettare la giurisprudenza comunitaria che si sia eventualmente pronunciata sulla legalità della norma di diritto comunitario derivato oggetto della questione di validità nonché quella che abbia concesso provvedimenti cautelari di carattere simile¹¹⁷⁷. Sempre nelle ipotesi in cui la tutela cautelare domandata si identifichi con un provvedimento c.d. positivo,

fattispecie considerate, nelle quali non vi è un contrasto tra norme comunitarie e norme interne, ma è l'illegittimità della regola di origine comunitaria a poter pregiudicare la situazione del ricorrente individuale.

¹¹⁷⁶ Anche sotto tale profilo può evidenziarsi un "aggravamento" nei presupposti per la concessione della tutela cautelare rispetto a quelli sanciti dalla giurisprudenza comunitaria con riguardo alle azioni c.d. dirette proposte dinanzi a sé: in simili casi la costituzione di una cauzione può invero essere imposta al ricorrente cautelare non per ottenere la concessione del provvedimento bensì affinché lo stesso possa essere eseguito. Sul punto v. C. IANNONE, *Commento all'art. 242, cit.*, 1151, nonché B. PASTOR – E. GINDERHACTER, *La procédure en référé, cit.*, 617, i quali richiamano una consolidata giurisprudenza secondo la quale, nelle ipotesi in cui il ricorrente cautelare domandi la sospensione dell'esecuzione di un atto che commina allo stesso, un'ammenda deve essere sempre disposta, fatte salve eventuali circostanze eccezionali proprie del caso concreto, la cauzione (CGCE, ord. 24 settembre 1986, *Montedipe Spa c. Commissione*, C-213/86, in *Racc.*, 1986, 2623). La circostanza che i regolamenti di procedura subordinino l'esecuzione e non la concessione dei provvedimenti cautelari alla costituzione di una cauzione comporta che ciò non incida sull'apprezzamento da parte del giudice della cautela in ordine alla sussistenza dei presupposti c.d. di merito della tutela cautelare. A riguardo la stessa Corte di Giustizia ha invero chiarito che le disposizioni che prevedono la possibilità di subordinare l'esecuzione di un'ordinanza cautelare alla costituzione di una cauzione da parte del ricorrente, non dispensano quest'ultimo dal rispetto delle regole in tema di dimostrazione dei presupposti per la concessione delle misure cautelari (CGCE, ord. 7 dicembre 1984, *Toyo c. Consiglio*, C-240/84, in *Racc.*, 1984, 4093, § 6).

¹¹⁷⁷ Così CGCE, 9 novembre 1995, *Atlanta Fruchthandelgesellschaft mbh, cit.*, 3761; in dottrina v., tra gli altri, J. VUITTON – X. VUITTON, *Les référés*, 2a ed., cit., 165.

inoltre, il giudice nazionale sarà tenuto a verificare che l'emanazione della misura richiesta non privi il regolamento comunitario in discussione di ogni effetto utile, considerando l'effetto cumulativo determinato qualora più giudici nazionali adottino provvedimenti cautelari per ragioni analoghe¹¹⁷⁸.

Di talché, come bene si è sottolineato in dottrina, tutto ciò sembra rendere pressoché impossibile per i giudici nazionali la concessione di provvedimenti cautelari a fronte di norme comunitarie che appaiono illegittime, soprattutto qualora gli stessi abbiano carattere c.d. positivo¹¹⁷⁹.

4.2. L'obbligo di sollevare rinvio pregiudiziale

La seconda condizione che consente ai giudici nazionali di pronunciare misure cautelari a fronte di provvedimenti interni emanati in attuazione di previsioni comunitarie sulla legittimità delle quali gli stessi nutrano seri dubbi, è, qualora ciò non sia già avvenuto, l'aver sollevato rinvio pregiudiziale di validità dinanzi alla Corte di Giustizia¹¹⁸⁰. Il che sembra implicare, traendo strettamente le conseguenze dalla giurisprudenza *Foto-Frost*, la sussistenza di un tale obbligo anche in capo al giudice della cautela, e nelle ipotesi in cui la domanda cautelare sia proposta nel corso del giudizio di merito, e qualora il procedimento cautelare sia stato instaurato *ante litem*.

Naturalmente ciò presuppone *in limine* la possibilità, anche per il giudice della cautela, di sollevare rinvio pregiudiziale dinanzi alla Corte del Lussemburgo ai sensi dell'art. 234 del Trattato CE, affermata dalla stessa Corte di Giustizia già

¹¹⁷⁸ Così, ancora, CGCE, 9 novembre 1995, *Atlanta Fruchthandelgesellschaft mbh*, cit., 3761, § 44.

¹¹⁷⁹ In tal senso F. BERROD, *La systématique des voies de droit communautaires*, cit., 276.

¹¹⁸⁰ CGCE, 21 febbraio 1991, *Zuckerfabrik Süderdithmarschen*, cit., § 24.

con la pronuncia *Hofmann-La Roche*¹¹⁸¹, la quale ha evidenziato che il carattere sommario o urgente di un procedimento nazionale non osta alla possibilità per il giudice adito di proporre rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 234 del Trattato CE¹¹⁸².

¹¹⁸¹ Il riferimento è, più in particolare, a CGCE, 24 maggio 1977, *Hofmann-La Roche AG c. Centrafarm Betriebsgesellschaft Pharmazeutischer Erzeugnisse mbH*, C-107/76, in *Racc.*, 1977, 957 ss, spec. 971 (sulla quale v., in dottrina, S. CAIAZZO, *Procedimento sommario e rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia delle Comunità europee*, in *Temi romana*, 1982, 523 ss; P. MORI, *Procedimenti nazionali d'urgenza ed art. 177 del trattato CEE*, in *Riv. dir. internaz.*, 1979, 689).

¹¹⁸² Una tale precisazione è stata effettuata dalla Corte di Giustizia, nonostante il ricorso per rinvio pregiudiziale avesse ad oggetto specificamente l'obbligo e non la facoltà del giudice della cautela di sollevare il rinvio per chiarire i dubbi espressi sul punto anche dal giudice rinviante, il quale aveva osservato che la procedura di rinvio facoltativo non era possibile nell'ambito di un procedimento d'urgenza, contrastando con il carattere sommario dello stesso, eminentemente volto a conseguire con urgenza la tutela provvisoria di un diritto (v. CGCE, 24 maggio 1977, *Hofmann-La Roche AG c. Centrafarm*, *cit.*, spec. 965). Ci sembra tuttavia più opportuna la posizione affermata da autorevole dottrina, secondo la quale le conclusioni del supremo giudice comunitario sulla richiamata questione contrasterebbero con il buon senso, in quanto, dati i tempi necessari alla decisione del rinvio pregiudiziale e posto che la proposizione di quest'ultimo sospende automaticamente il processo a quo, laddove il giudice nazionale della cautela proponga un siffatto rinvio, ciò equivarrà a negare la tutela cautelare (che, ovviamente, non è tale se non interviene in tempi estremamente celeri: cfr. soprattutto A. BRIGUGLIO, *Pregiudiziale comunitaria e processo civile*, *cit.*, 748 ss; F. DANOVI, *Tutela cautelare e questioni pregiudiziali*, in *Riv. dir. proc.*, 1997, 844 ss). La richiamata tesi è stata poi giustificata anche alla luce di una delle condizioni in presenza delle quali sussiste la facoltà ovvero l'obbligo del giudice interno di sollevare rinvio pregiudiziale, *i.e.* la rilevanza della questione ai fini della definizione del procedimento pendente dinanzi a sé: infatti il giudice del procedimento cautelare concede o nega la tutela richiesta a seguito di una valutazione avente ad oggetto la mera verosimiglianza dei presupposti di fatto e, per l'appunto, di quelli giuridici della cautela, di talché non è pregiudiziale per la decisione del ricorso cautelare la definizione della *quaestio* di interpretazione o di validità (v. A. BRIGUGLIO, *Pregiudiziale comunitaria e processo civile*, *cit.*, 748 ss; conf. U. COREA, *Note in tema di pregiudiziale comunitaria di validità e tutela cautelare*, in *Giust. Civ.*, 1998, I, 2072 ss). Anche P. MORI, *Procedimenti nazionali d'urgenza e art. 177 del Trattato C.E.E.*, *cit.*, 699 ss, sottolinea che affermando la possibilità anche per i giudici della cautela di sollevare rinvio pregiudiziale, la Corte di Giustizia non sembra aver attribuito rilievo a considerazioni attinenti all'economia processuale ed alla struttura dei procedimenti nazionali nei quali è stato applicato l'art. 234 del Trattato CE, che renderebbero inopportuna e talora intiliter data la proposizione della questione dinanzi alla Corte comunitaria. Rileva invero l'A. che la stessa rilevanza della questione potrebbe venir meno a seguito del più computo accertamento dei fatti che caratterizza il giudizio ordinario rispetto a quello cautelare (v. spec. 706). Ritiene invece plausibile che anche i giudici della cautela siano facultizzati a sollevare il rinvio pregiudiziale di validità – con l'opportuna precisazione, tuttavia, che ciò dovrà avvenire soltanto in fattispecie eccezionali – G. RAITI, *La collaborazione giudiziaria nell'esperienza del rinvio pregiudiziale comunitario*, Milano, 2003, spec. 221 ss, il quale adduce a sostegno della propria posizione due esempi: da un lato il rinvio potrebbe essere volto proprio ad ottenere un chiarimento in ordine a taluni aspetti procedurali della medesima tutela cautelare e, da un altro, la proposizione del rinvio potrebbe essere necessaria tutte le volte che il pregiudizio lamentato dal ricorrente e quello connesso all'ipotetica concessione illegittima del provvedimento si equivalgano. J. VUTTON – X. VUITTON, *Les référés*, 2a ed., *cit.*, 165, ritengono peraltro che una questione di interpretazione o di validità del diritto comunitario non possa mai porsi nei procedimenti di istruzione preventiva regolati dall'art. 145 del N.C.P.C. francese e questo sia perché si tratta di procedure che sono eminentemente volte a provare fatti e non ad accertare la portata di una norma giuridica sia in quanto l'art. 234 del Trattato CE sancisce che il ricorso per rinvio pregiudiziale deve proporsi in pendenza di una controversia che può non sussistere nel sistema processuale francese tutte le volte che l'assunzione di una prova *in futurum*

Peraltro possiamo notare, ancora una volta, una deviazione della Corte di Giustizia rispetto alla propria giurisprudenza tradizionale, precipuamente finalizzata a restringere la possibilità per il giudice della cautela di sospendere l'esecutorietà di misure nazionali di attuazione di norme comunitarie ovvero di pronunciare gli altri provvedimenti cautelari necessari. Infatti, a fronte del quesito avente ad oggetto la sussistenza di un vero e proprio obbligo in capo al giudice della cautela di sollevare rinvio pregiudiziale negli ordinamenti nazionali nei quali non è previsto alcun mezzo di impugnazione avverso i provvedimenti cautelari¹¹⁸³, la Corte di Giustizia aveva fornito una risposta negativa nella richiamata decisione *Hofmann-La Roche*¹¹⁸⁴, sottolineando che il giudice nazionale, investito di competenza cautelare, non è obbligato a sottoporre alla Corte medesima un'eventuale questione di interpretazione o di legittimità che si dovesse prospettare dinanzi a sé, purché le parti di quel procedimento possano dare inizio ad un giudizio di merito nel quale la questione provvisoriamente risolta

sia volta, prima dell'instaurazione del giudizio di merito, soltanto al fine di meglio delimitare la portata dei fatti controversi onde consentire alle parti di valutare compiutamente l'opportunità di affrontare l'alea ed i costi di un giudizio.

¹¹⁸³ In argomento v. M.TAVASSI, *Nuove prospettive nei rapporti fra giudici comunitari e giudici nazionali dopo il Trattato di Amsterdam*, in *Dir. Comunit. Sc. Internaz.*, 2000, n. 3, 463 ss, spec. 475 ss.

¹¹⁸⁴ Nella fattispecie concreta, infatti, l'Oberlandsgericht di Karlsruhe aveva chiesto alla Corte di Giustizia una pronuncia pregiudiziale di interpretazione dell'allora art. 177 (oggi 234), § terzo, del Trattato CE, quanto all'obbligo del giudice nazionale di effettuare il rinvio alla Corte qualora nel corso di un procedimento di urgenza sorga una questione di interpretazione o di validità delle norme comunitarie, almeno nell'ipotesi in cui avverso il provvedimento cautelare non fosse previsto, sul piano positivo, alcun mezzo di impugnazione. Si chiedeva, pertanto, se le misure cautelari dovessero annoverarsi, in questi casi, tra le decisioni avverso le quali non può proporsi alcun ricorso giurisdizionale ai sensi dell'art. 234, § terzo, del Trattato CE. A tal proposito giova ricordare, invero, che sin da CGCE, 15 luglio 1964, *Costa c. E.N.E.L.*, C-6/64, in *Racc.*, 1964, 1127 ss, si era precisato che non soltanto le giurisdizioni superiori poste al vertice della struttura giudiziaria nazionale istituzionalmente si pronunciano in ultima istanza e sono quindi obbligate a sollevare rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 234, § terzo, del Trattato CE, ma anche tutte le altre giurisdizioni nazionali qualora si pronuncino con provvedimenti non impugnabili (in arg. v. P. MORI, *Procedimenti nazionali d'urgenza e art. 177 del Trattato C.E.E.*, cit., 690 ss).

nel procedimento sommario possa essere riesaminata e costituire, in ipotesi, oggetto di rinvio pregiudiziale¹¹⁸⁵.

Di talché l'eventuale obbligo di sollevare rinvio pregiudiziale in capo al giudice della cautela non si riconnette, nell'argomentare della Corte del Lussemburgo, alla sussistenza nell'ordinamento nazionale di riferimento di un mezzo di reclamo avverso la pronuncia cautelare di prime cure poiché, in ogni caso¹¹⁸⁶, si tratta di decisioni di carattere provvisorio. Alla stregua di quanto acutamente evidenziato in dottrina, invero, un tale carattere delle misure cautelari è confermato dalla previsione, in alcuni ordinamenti, di una successiva fase di merito a contraddittorio pieno, necessaria a pena di perdita di efficacia del provvedimento cautelare concesso *ante causam* e destinata, a seconda dei casi, ad assorbire o a vanificare la tutela concessa dallo stesso¹¹⁸⁷.

Diversamente simili considerazioni non possono valere anche nelle ipotesi in cui, a fronte dell'emanazione dei provvedimenti cautelari *ante causam*, l'instaurazione del giudizio di merito è prevista quale mera eventualità e non a pena di inefficacia del provvedimento cautelare¹¹⁸⁸. Sembra essere questa, d'altra parte, la tendenza più recente dei sistemi processuali europei che ha interessato, limitatamente ai provvedimenti anticipatori ed a quelli di urgenza ex art. 700 c.p.c., da ultimo anche l'ordinamento italiano¹¹⁸⁹.

¹¹⁸⁵ V. ancora CGCE, 24 maggio 1977, *Hofmann-La Roche AG c. Centrafarm*, cit., 971.

¹¹⁸⁶ Cioè a dire anche qualora si abbia riguardo alla decisione del giudice del reclamo.

¹¹⁸⁷ Così A. BRIGUGLIO, *Pregiudiziale comunitaria e processo civile*, cit., 746, il quale sottolinea che sarà il giudice del merito a dover, in ipotesi, rinviare la questione pregiudiziale di interpretazione o di validità alla Corte di Giustizia comunitaria. Cfr. anche M. TAVASSI, *Nuove prospettive nei rapporti fra giudici comunitari e giudici nazionali dopo il Trattato di Amsterdam*, cit., 476 – 477.

¹¹⁸⁸ Per rilievi simili v. anche G. RAITI, *La collaborazione giudiziaria nell'esperienza del rinvio pregiudiziale comunitario*, cit., 219.

¹¹⁸⁹ Sul punto cfr. Cap. III, § 2.3.

Come detto, queste regole generali sono state disattese¹¹⁹⁰ nella giurisprudenza inaugurata dall'*arrêt Zuckerfabrick*, la quale pone anche in capo al giudice della cautela l'obbligo di sollevare rinvio pregiudiziale di validità alla Corte di Giustizia contestualmente all'emanazione di provvedimenti provvisori ove sia in discussione la legittimità di norme comunitarie.

In realtà non si può trascurare la diversa opzione ricostruttiva proposta da un'avvertita dottrina, secondo la quale l'obbligo per il giudice della cautela sarebbe derivato nel caso *Zuckerfabick* dalla circostanza che il provvedimento provvisorio era stato domandato in corso di causa e, quindi, allo stesso giudice chiamato a definire la controversia in sede di merito, mentre nelle ipotesi di misure cautelari emanate *ante causam*, un tale obbligo non potrebbe essere affermato, almeno nelle ipotesi in cui sia necessario a pena di inefficacia del provvedimento instaurare il giudizio di merito entro un determinato termine. Se del caso, il rinvio pregiudiziale di validità dovrebbe essere infatti proposto dal giudice del processo principale¹¹⁹¹.

Differenti appaiono, tuttavia, le conclusioni cui è pervenuta la Corte di Giustizia in una pronuncia successiva. Nella fattispecie concreta il giudice nazionale remittente, dopo aver accolto la domanda di sospensione dell'atto interno esecutivo del regolamento, oltre ad aver sollevato il ricorso per rinvio pregiudiziale, aveva autorizzato la parte interessata ad adire la Corte di Revisione avverso la propria pronuncia di sospensione. Lo stesso giudice aveva pertanto domandato alla Corte di Giustizia di chiarire se il giudice che avesse sospeso in

¹¹⁹⁰ Differente è la prospettiva fatta propria da P. OLIVER, *Interim measures: some recent developments*, cit., 24 ss, secondo il quale l'obbligo del giudice della cautela di sollevare rinvio pregiudiziale di validità al fine di emanare provvedimenti provvisori a tutela dei singoli nelle ipotesi in cui venga in rilievo la validità di una previsione comunitaria non sarebbe in contrasto con la giurisprudenza *Hoffmann-La Roche*, poiché nella fattispecie decisa con una tale pronuncia la Corte di Giustizia non aveva riguardo ad un rinvio pregiudiziale di validità bensì di interpretazione.

¹¹⁹¹ In tal senso A. BRIGUGLIO, *Pregiudiziale comunitaria e processo civile*, cit., 761 ss.

via cautelare l'applicazione di un atto interno costituente l'attuazione di una norma comunitaria e sollevato contestualmente rinvio pregiudiziale di validità, potesse autorizzare la parte interessata a proporre impugnazione avverso la misura cautelare concessa.

Nella motivazione della risposta positiva della Corte di Giustizia ad un tale quesito due sono i profili che appaiono di maggiore interesse ai nostri fini¹¹⁹².

In primo luogo si è ritenuto che la concessione dell'autorizzazione del giudice *a quo* alla proposizione dell'impugnazione avverso la misura cautelare non comprometterebbe il primato del diritto comunitario su quello interno poiché, accolto il ricorso al giudice superiore, si determinerebbe l'effetto, per certi versi opposto, di rendere privo di oggetto il ricorso pregiudiziale di validità sollevato dal giudice di prime cure, con il ritorno ad una piena applicabilità della norma comunitaria¹¹⁹³.

In secondo luogo si è affermato che il giudice della cautela che abbia sospeso l'esecuzione di una misura interna di attuazione di una previsione comunitaria e proposto contestualmente rinvio pregiudiziale di validità alla Corte di Giustizia può autorizzare la parte interessata a proporre reclamo al giudice superiore avverso la sua decisione, poiché è ipotizzabile, ed anzi fisiologico, che anche lo stesso, nella propria qualità di giudice che statuisce in ultimo grado, sollevi ricorso per rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia qualora nutra dubbi relativi all'interpretazione o alla validità del diritto comunitario¹¹⁹⁴.

¹¹⁹² V. CGCE, 17 luglio 1997, *Krüger c. Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, C-334/95, in *Racc.*, 1997, I-4517 ss, anche in *Giust. Civ.*, 1998, I, 2065, con nota di U. COREA, *Note in tema di pregiudiziale comunitaria di validità e tutela cautelare, cit.*

¹¹⁹³ CGCE, 17 luglio 1997, *Krüger c. Hauptzollamt Hamburg-Jonas, cit.*, §§ 48 – 52.

¹¹⁹⁴ Cfr. CGCE, 17 luglio 1997, *Krüger c. Hauptzollamt Hamburg-Jonas, cit.*, §§ 50 ss. Secondo U. COREA, *Note in tema di pregiudiziale comunitaria di validità e tutela cautelare, cit.*, 2081, l'affermazione della Corte di Giustizia non brilla per chiarezza, in quanto non si comprende se per "giudice di ultimo grado" tenuto a sollevare il rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 234, § terzo, del Trattato CE, la stessa intenda il giudice del merito della controversia ovvero quello della cautela dinanzi al quale è stata autorizzata la proposizione del ricorso avverso la concessione della

Ci sembra, quindi, che la Corte abbia così voluto fugare ogni dubbio quanto all'obbligo per il giudice della cautela di sollevare rinvio pregiudiziale, precisando che nulla osterebbe alla eventuale proposizione, nei casi concreti, del ricorso da parte sia del giudice della cautela di prime cure, sia di quello investito del reclamo: nel criticabile argomentare della Corte comunitaria, di conseguenza, è preferibile un concorso tra ricorso per rinvio pregiudiziale, determinato dalla circostanza per la quale tutti i giudici sarebbero indistintamente obbligati a sollevare lo stesso, rispetto all'autonoma disapplicazione, da parte del giudice della cautela, valutato il relativo *fumus boni juris*, della norma comunitaria illegittima, autonoma disapplicazione che sembrerebbe invero impedita anche nelle ipotesi di procedimenti cautelari instaurati *ante litem* che devono essere necessariamente seguiti dall'introduzione del giudizio di merito.

5. Profili critici nella giurisprudenza e nella legislazione successive

5.1. Illegittima carenza dell'istituzione comunitaria obbligata ad agire e poteri cautelari dei giudici nazionali

Nell'ambito delle azioni dirette proponibili nel sistema giurisdizionale comunitario il ricorso in carenza, disciplinato dall'art. 232 del Trattato istitutivo CE, è volto ad ottenere l'accertamento dell'illegittimo silenzio serbato da

misura d'urgenza. Secondo l'A., invero, qualora fosse proprio quest'ultimo il significato da attribuire al principio sancito dalla Corte di Giustizia ciò indurrebbe un contrasto con la pregressa giurisprudenza della stessa ed in accordo alla quale non sussisterebbe mai un obbligo in capo al giudice della cautela di sollevare ricorso in via pregiudiziale. Diversamente, riteniamo che la sentenza *Krüger*, attraverso una siffatta precisazione, tragga prevedibilmente le proprie conseguenze dalla giurisprudenza inaugurata nell'*arrêt Zuckerfabrick* ed in virtù della quale il giudice della cautela, sebbene possa concedere provvedimenti cautelari che in qualche misura compromettano l'immediata applicazione del diritto comunitario, è sempre e comunque tenuto a sollevare ricorso per rinvio pregiudiziale. Crediamo, invero, che questo, come emerge dal caso *Krüger*, sia l'unico significato attribuibile alla giurisprudenza comunitaria in materia: altro è, tuttavia, dividerne l'opportunità.

un'istituzione comunitaria obbligata a pronunciarsi in una determinata situazione¹¹⁹⁵.

La Corte di Giustizia è stata chiamata a rispondere, per quanto attiene alla materia qui specificamente oggetto di considerazione, al seguente quesito di carattere pregiudiziale: è consentito ai giudici nazionali emanare provvedimenti provvisori c.d. positivi che tutelino i singoli, ponendoli nella situazione auspicata, a fronte del silenzio di un'istituzione comunitaria, nelle ipotesi in cui gli stessi nutrano seri dubbi in ordine alla legittimità di un tale silenzio e sollevino contestualmente ricorso per rinvio pregiudiziale affinché ciò sia accertato dalla Corte di Giustizia?

La risposta è stata negativa, sull'assunto della competenza esclusiva, nel sistema di tutela disegnato dal Trattato CE, dei giudici comunitari in tema di constatazione dell'eventuale carenza di un'istituzione comunitaria, il cui accertamento non può essere, invero, oggetto di rinvio pregiudiziale¹¹⁹⁶.

Rispetto ad una tale pronuncia si è condivisibilmente osservato, in una prospettiva critica, che la Corte di Giustizia avrebbe dovuto, piuttosto, riconoscere la competenza del giudice interno ad accordare ai ricorrenti tutela provvisoria, proponendo contestualmente rinvio pregiudiziale di validità dinanzi alla stessa Corte di Giustizia, al fine di accertare l'eventuale carenza dell'istituzione comunitaria¹¹⁹⁷.

Ci sembra, inoltre, che dalla motivazione della richiamata pronuncia *T-Port* emerga un'ulteriore contraddizione: da un lato, per vero, viene negata la possibilità per il giudice nazionale di concedere direttamente tutela cautelare c.d.

¹¹⁹⁵ V. anche Cap. II, § 2.1.

¹¹⁹⁶ CGCE, 16 novembre 1996, *T-Port c. Commissione*, C-68/95, in *Racc.*, 1996, I-6065, spec. §§ 55 ss. Sottolinea F. BERROD, *La systématique des voies de droit communautaires*, cit., 274, che la Corte di Giustizia ha in una tale direzione sottolineato la sussistenza di una connessione tra la possibilità di proporre rinvio pregiudiziale e quella di concedere provvedimenti provvisori.

¹¹⁹⁷ Cfr. A. BARAV, *Le juge et le justiciable*, cit., 48, nt. 254.

positiva a fronte della carenza delle istituzioni comunitarie sull'implicito assunto della differenza tra il ricorso in annullamento, per il quale una tale possibilità invece sussiste, e quello in carenza nel sistema delle azioni c.d. dirette delineato dal Trattato istitutivo CE ¹¹⁹⁸ e, da un altro, al fine di restringere la possibilità per in singoli operatori economici di adire i giudici comunitari per ottenere l'accertamento della carenza di un'istituzione e, se del caso, tutela provvisoria ex art. 243 del Trattato CE, si sottolinea che l'azione di annullamento e quella in carenza costituiscono l'espressione di un unico rimedio giuridico di talché, nonostante il silenzio del Trattato CE sul punto, i singoli potranno adire i giudici comunitari con ricorso in carenza soltanto qualora riescano a dimostrare che sono direttamente ed individualmente riguardati dalla carenza dell'istituzione¹¹⁹⁹.

Il che rende palesi le lacune per la tutela dei diritti individuali a fronte dell'illegittima carenza delle istituzioni comunitarie. Infatti, come detto, i singoli soltanto di rado, cioè a dire in presenza delle condizioni enunciate dall'art. 230, § quarto, del Trattato CE, possono avere accesso diretto al giudice comunitario. A ciò si aggiunge, secondo quanto affermato dalla citata *arrêt Port*, che gli stessi si vedono radicalmente negata ogni forma di tutela anche dinanzi ai giudici nazionali, in palese contrasto con quel principio di sussidiarietà nella tutela giurisdizionale complessiva nel sistema comunitario la cui importanza è stata da ultimo ribadita nella pronuncia UPA.

5.2. La posizione delle autorità amministrative nazionali

Occorre adesso esaminare una problematica che potrebbe avere anche risvolti di maggiore complessità.

¹¹⁹⁸ Così CGCE, 16 novembre 1996, *T-Port c. Commissione*, cit., spec. §§ 52 ss.

¹¹⁹⁹ CGCE, 16 novembre 1996, *T-Port c. Commissione* cit., § 59.

Se giudici comuni del diritto comunitario sono i giudici nazionali, parallelamente, chiamate in via primaria ad applicare il diritto comunitario sono le autorità amministrative nazionali. A riguardo la Corte di Giustizia comunitaria non ha esitato, al fine di sanzionare la sussistenza dell'obbligo del rispetto del diritto comunitario da parte delle Amministrazioni dei singoli Stati membri, ad affermare che, qualora le stesse emanino provvedimenti che si pongono direttamente o indirettamente in contrasto con il diritto comunitario gli stessi potranno non soltanto essere annullati in sede giurisdizionale ove impugnati nei termini di decadenza previsti dalla legge ma anche disapplicati in via incidentale dai giudici nazionali tutte le volte siano divenuti inoppugnabili¹²⁰⁰.

Proprio alla luce di una tale premessa, si pone il problema di verificare se e di quali poteri eventualmente godano le autorità amministrative nazionali le quali ritengano che le norme di diritto comunitario derivato che devono costituire la base giuridica dei propri provvedimenti siano illegittime. Più precisamente, sussiste anche in una tale situazione l'obbligo di tenere conto di siffatte norme sino all'eventuale eliminazione delle stesse da parte della Corte di Giustizia ovvero, in presenza delle medesime condizioni enucleate dalla giurisprudenza

¹²⁰⁰ CGCE, 29 aprile 1999, *Ciola*, C-224/97, in *Racc.*, 1999, 2517, nonché in *Foro amm.*, 2000, 333, con nota di R. IANNOTTA, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1999, 1347, con nota di M. ANTONIOLI ed in *Dir. comunit. sc. internaz.*, 1999, 727, con note di E. ADOBATI e R. ROSSOLINI. E' consolidata, peraltro, nella giurisprudenza italiana l'affermazione del principio per il quale la violazione di una disposizione di diritto comunitario determina un vizio di annullabilità-illegittimità dell'atto amministrativo interno contrastante con il diritto europeo, con il conseguente onere per il ricorrente individuale di impugnare lo stesso entro i termini di decadenza previsti dalla legge (Cons. St., sez. IV, 21 febbraio 2005 n. 579, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 1107, con nota di VALAGUZZA). E' stata, invece, disattesa dalla stessa giurisprudenza amministrativa la tesi – più confacente al pari di quella che riconosce un potere di disapplicazione incidentale del provvedimento amministrativo contrastante con il diritto comunitario al giudice nazionale - per la quale il provvedimento amministrativo contrastante con le norme comunitarie sarebbe affetto da nullità, stante anche la codificazione, da parte dell'art. 21-*septies* della l. 7 agosto 1990, n. 241, delle fattispecie di nullità dei provvedimenti amministrativi (la questione non è meramente teorica poiché soltanto in quest'ultimo caso il vizio potrebbe farsi valere indipendentemente dal rispetto del termine di decadenza previsto per l'impugnazione dell'atto: Cons. St., sez. VI, 3 marzo 2006 n. 1023). Cfr. in dottrina G. GRECO, *Fonti comunitarie e atti amministrativi italiani*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1991, 33 ss.

comunitaria per i giudici nazionali, le stesse hanno il potere di disapplicare in via cautelare tali disposizioni¹²⁰¹ ?

La richiamata questione è stata di recente oggetto di esame nella giurisprudenza comunitaria¹²⁰².

Un giudice olandese aveva infatti proposto alla Corte di Giustizia, in sede di rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 234 del Trattato CE, il seguente quesito: nell'ipotesi in cui un giudice dello stesso Stato membro abbia sospeso l'esecuzione di una disposizione nazionale che costituisce l'applicazione di una norma comunitaria sulla legittimità della quale nutre seri dubbi ed abbia proposto rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, le autorità amministrative competenti possono anch'esse sospendere l'applicazione dei provvedimenti interni in questione in attesa che la pronuncia pregiudiziale statuisca in ordine alla validità dell'atto contestato¹²⁰³?

La risposta resa dalla Corte di Giustizia è stata negativa sulla base, essenzialmente, di due motivazioni.

La Corte comunitaria ha giustificato la propria posizione affermando, in primo luogo, che le autorità amministrative competenti, per loro natura, non potrebbero compiere il bilanciamento degli interessi in gioco pregiudiziale alla

¹²⁰¹ Un problema di carattere simile era stato evidenziato già alcuni anni fa da I.M. BRAGUGLIA, *Effetti della dichiarazione di invalidità degli atti comunitari nell'ambito dell'art. 177 del Trattato CE, cit.*, 681, il quale, con riferimento alla questione dell'efficacia delle pronunce pregiudiziali di invalidità della Corte di Giustizia che al tempo la dottrina tendeva a considerare non generale, notava che i problemi maggiori si ponevano per gli operatori del diritto diversi dai giudici nazionali e prima di tutto per gli amministratori pubblici i quali, essendo privi del potere di disapplicazione degli atti normativi spettante in via esclusiva ai giudici, sarebbero tenuti, in contrasto con la certezza del diritto, a continuare a dare applicazione anche ad atti interni emanati in attuazione di norme comunitarie ormai dichiarate invalide dalla stessa Corte di Giustizia.

¹²⁰² Il riferimento è a CGCE, Gr. Sez., 6 dicembre 2005, *ABNA e a. c. Consiglio*, C-453/2003, C-11/04, C-12/04 e C-194/04, in *Racc.*, 2005, 10423, nonché in *Giust. Civ.*, 2006, 2631, con nota di R. GIORDANO e sulla quale v. anche le osservazioni di E. MEISSE in *Europe*, 2006, n. 2, 10-11.

¹²⁰³ E' opportuno segnalare che un tale quesito è stato proposto alla Corte di Giustizia unitamente ad una serie di questioni pregiudiziali di validità sulla direttiva del Parlamento e del Consiglio europeo n° 2002/2/CE del 28 gennaio 2002, che modifica la direttiva n° 79/373/CEE del Consiglio, relativa alla circolazione degli alimenti composti per animali e che abroga la direttiva n° 91/357/CEE della Commissione.

concessione dei provvedimenti cautelari nella fattispecie in esame, poiché lo stesso potrebbe essere compiuto esclusivamente una volta che tali interessi contrapposti siano emersi nel contraddittorio che caratterizza il dibattito giudiziario.

La Corte di Giustizia ha ritenuto infondato, inoltre, anche l'argomento in virtù del quale considerazioni relative alla celerità potrebbero giustificare la necessità di riconoscere una tale competenza alle autorità amministrative nazionali, in quanto i giudici interni decidono in tempi molto brevi i ricorsi cautelari ed, in ogni caso, che un argomento legato alla celerità non è determinante rispetto alle garanzie offerte dai sistemi di protezione istituiti negli ordinamenti giuridici degli Stati membri¹²⁰⁴.

Un tale orientamento, soprattutto alla luce delle argomentazioni utilizzate dalla Corte di Giustizia, non ci persuade.

Quanto alla prima motivazione adottata, si deve rilevare in senso contrario che, in realtà, proprio le autorità amministrative sono tradizionalmente deputate, almeno nell'esercizio dei poteri discrezionali attribuiti alle medesime, a compiere il bilanciamento degli interessi rilevanti, pubblici e privati, prima di provvedere. Si è anzi acutamente criticata, in dottrina, in una prospettiva diametralmente opposta a quella sostenuta dalla Corte di Giustizia, la possibilità che una comparazione degli interessi in gioco sia affidata ai giudici ai fini di una decisione che, in uno Stato di diritto, dovrebbe essere invece affidata soltanto alla legge: diversa è la situazione, infatti, nell'ipotesi in cui sia l'Amministrazione come di consueto, nell'esercizio dei propri poteri discrezionali, a compiere, con l'emanazione del provvedimento, il bilanciamento degli interessi. In questo caso,

¹²⁰⁴ Così, CGCE, 6 dicembre 2005, *ABNA e a. c. Consiglio*, cit., § 110.

per vero, è proprio il sindacato giurisdizionale sugli atti dei pubblici poteri ad assicurare che sia stato fatto un corretto uso dei poteri discrezionali¹²⁰⁵.

Del resto, anche a voler prescindere dalle suddette argomentazioni, occorre evidenziare che nella fattispecie concreta la questione della validità del regolamento comunitario era stata già portata, a seguito della sospensione degli atti interni emanati in attuazione dello stesso, dinanzi alla Corte di Giustizia da un giudice del medesimo Stato membro: di talché, anche per quest'ultimo, la bilancia degli interessi pendeva evidentemente a sfavore della Comunità ed a vantaggio della tutela provvisoria dei ricorrenti individuali. Ne deriva che le autorità amministrative si sono limitate a conformarsi a valutazioni compiute dalla stessa giurisdizione nazionale.

Consideriamo, adesso, la seconda argomentazione addotta dalla Corte di Giustizia, in virtù della quale nessun serio pregiudizio per i diritti dei soggetti coinvolti potrebbe riconnettersi all'assenza di tutela cautelare dinanzi alla P.A. a fronte di norme comunitarie illegittime, poiché lo stesso potrebbe essere neutralizzato dall'intervento, che di solito avviene in tempi celeri negli ordinamenti nazionali, del giudice della cautela.

Una tale posizione appare tuttavia smentita – rendendo pertanto ultronea ogni altra eventuale considerazione critica – da una risalente giurisprudenza della stessa Corte di Giustizia. Curiosamente opposto è, infatti, come abbiamo già avuto occasione di evidenziare, il consolidato orientamento della stessa con riferimento ai poteri della Commissione europea nei procedimenti amministrativi volti all'accertamento delle violazioni degli artt. 81 e 82 del Trattato CE in tema di tutela della concorrenza¹²⁰⁶.

¹²⁰⁵ Così J.M. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho Administrativo*, Madrid, 2000, spec. 1049 ss.

¹²⁰⁶ V., *amplius*, Cap. V.

A tal proposito occorre infatti ricordare che la Corte di Giustizia, adita con ricorso cautelare per la concessione di provvedimenti provvisori ex art. 243 del Trattato CE da alcune imprese le quali avevano proposto alla Commissione una denuncia di violazione delle regole in tema di libera concorrenza da parte di imprese concorrenti, ha negato la concessione delle misure cautelari richieste, evidenziando che spettava semmai all'istituzione convenuta emanare, in questi casi, i provvedimenti necessari, poiché "sarebbe in contrasto con l'equilibrio istituzionale delineato dal Trattato istitutivo la sostituzione del giudice della cautela all'istituzione convenuta nell'esercizio di un'attribuzione propria della stessa e soggetta ad un mero controllo di legalità in sede giudiziale"¹²⁰⁷.

Proprio sulla base di una tale esigenza, già prima che un tale assetto venisse codificato dall'art. 8 del Regolamento n. 1/2003¹²⁰⁸, è stato sancito in via pretoria, in una decisione di poco successiva, il potere della Commissione di adottare provvedimenti cautelari nel corso delle procedure in materia di concorrenza ai sensi degli artt. 81 ed 82 del Trattato CE¹²⁰⁹.

Secondo la Corte di Giustizia, invero, l'impossibilità per la Commissione di emanare misure cautelari prima dell'emanazione della decisione *au fond* della violazione denunciata rischierebbe di rendere ineffettiva anche la tutela che

¹²⁰⁷ Così CGCE, ord. 22 dicembre 1975, *National Carbonising Company c. Commissione*, C-109/75, in *Racc.*, 1975, 1193 e sul quale v., tra le altre, le considerazioni di C. GRAY, *Interim measures of protection in the European Union*, cit., 95. Si v. anche in giurisprudenza, nel medesimo senso, tra le tante, CGCE, ord. 17 gennaio 1980, *Camera Care Ltd c. Commissione*, C-729/79, in *Racc.*, 1980, 119 ss; TPI, ord. 8 ottobre 1983, *Branco c. Corte dei Conti*, cit., § 21, con la quale è stata rigettata una domanda volta ad ottenere da un'istituzione l'inclusione provvisoria del ricorrente nella lista dei funzionari che avrebbero potuto beneficiare di una promozione.

¹²⁰⁸ Entrato in vigore il 1° maggio 2004; specificamente in argomento, in dottrina, M. NEGRI, *Giurisdizione e amministrazione nella tutela della concorrenza*, I, cit., passim; A. NORDSJO, *Regulation 1/2003: Power of the Commission to Adopt Interim Measures*, cit., 299 ss.

¹²⁰⁹ Più in particolare, nel caso *Camera Care*, in contrasto con le conclusioni dell'avvocato generale, la Corte di Giustizia ha accolto il ricorso in annullamento della decisione con la quale la Commissione aveva rigettato la richiesta dell'impresa ricorrente volta all'emanazione di misure cautelari nei confronti di imprese concorrenti che avevano stipulato intese in apparente contrasto con l'art. 81 del Trattato CE, riconducendosi all'art. 3 dell'allora vigente Regolamento n. 17/62 ed a norma del quale nessuna decisione in ordine alle denunce presentate dalle imprese concorrenti può essere assunta fino all'intervenuto accertamento della violazione (cfr. CGCE, ord. 17 gennaio 1980, *Camera Care Ltd c. Commissione*, cit., 119 ss).

potrebbe essere riconosciuta dalla pronuncia definitiva: è stato, di conseguenza, attribuito direttamente alla Commissione il potere di emanare provvedimenti cautelari nelle fattispecie in cui ciò sia necessario per evitare un serio ed irreparabile danno alle parti ricorrenti ovvero per la tutela dell'interesse pubblico comunitario¹²¹⁰.

5.3. Il rinvio pregiudiziale “limitato” ai sensi dell’art. 68 del Trattato istitutivo CE

Un ulteriore profilo di criticità – sebbene il problema sia in concreto sorto successivamente all’inaugurazione della giurisprudenza europea in materia – si ricollega alla seconda delle condizioni che consentono, alla stregua di quanto evidenziato, ai giudici nazionali di sospendere eccezionalmente in via cautelare l’efficacia di atti interni emanati in attuazione di norme comunitarie di dubbia legittimità. Sin dalla pronuncia *Zuckerfabrick*, la Corte di Giustizia ha infatti sancito l’obbligo, anche per i giudici della cautela, di sollevare contestualmente all’emanazione del suddetto provvedimento ricorso per rinvio pregiudiziale ex art. 234 del Trattato CE, affinché gli effetti della misura cautelare siano limitati al tempo necessario per l’emanazione della decisione della stessa Corte di Giustizia su di un tale ricorso¹²¹¹.

E’ evidente che un tale sistema entra in crisi nelle situazioni in cui ai giudici nazionali non sia consentito sollevare ricorso per rinvio pregiudiziale. In concreto il problema si è posto soprattutto quando, con l’emanazione del Trattato

¹²¹⁰ CGCE, 17 gennaio 1980, *Camera Care Ltd c. Commissione*, cit., 121, § 7; cfr. nella giurisprudenza successiva, tra le altre, CGCE, 28 febbraio 1984, *Ford of Europe Inc. and Ford-Werke AG c. Commissione*, C-228 e 229/82, in *Racc.*, 1984, 1129; TPI, ord. 26 ottobre 2001, *IMS Health c. Commissione*, T-184/01, in *Racc.*, 2001, II-2193; TPI, 24 gennaio 1992, *Le Cinq c. Commissione*, T-44/90, in *Racc.*, 1992, II-1 ss; TPI, 12 luglio 1991, *Peugeot c. Commissione*, T-23/90, in *Racc.*, 1991, II-653, § 6.

¹²¹¹ Cfr., *infra*, § 4.2.

di Amsterdam, è stata “comunitarizzata” la materia dei visti, dell’asilo, dell’immigrazione nonché delle altre politiche legate alla libera circolazione delle persone, oggi disciplinata nel Titolo IV del Trattato istitutivo CE. Infatti l’art. 68 dello stesso Trattato CE ha precisato che, per le richiamate materie, il ricorso per rinvio pregiudiziale può essere proposto esclusivamente dai giudici di ultima istanza¹²¹².

Ciò implica che, alla luce della giurisprudenza *Zuckerfabrick*, i giudici nazionali non di ultima istanza sono in questi casi sempre tenuti a presumere la validità delle norme di diritto comunitario derivato ovvero delle misure interne che ne costituiscono l’applicazione¹²¹³, nel senso che, non avendo la possibilità di

¹²¹² Il rinvio pregiudiziale disciplinato dall’art. 68 del Trattato CE è stato pertanto opportunamente definito “limitato” o “depotenziato” dalla maggior parte della dottrina (cfr., in argomento, ADAM, *La cooperazione in materia di giustizia e affari interni tra comunitarizzazione e metodo intergovernativo*, in *Il diritto dell’Unione Europea*, 1998, 481 ss; ALBORS – LLORENS, *Changes in the Jurisdiction of the European Court of Justice under the Treaty of Amsterdam*, in *Common Market Law Review*, 1998, 1273 ss; P. BIAVATI, *La Corte di Giustizia delle Comunità Europee e le questioni pregiudiziali in materia di giustizia e di sicurezza: verso un modello alternativo?*, in *Essays on transnational and comparative civil procedure* a cura di F. CARPI – M.A. LUPOI, Torino, 2001, 201 ss; C. BLUMANN, *Aspects institutionnels du Traité d’Amsterdam*, in *Rev. trim. dr. eur.*, 1997, 721 ss; C. CURTI GIALDINO, *Schengen e il terzo pilastro: il controllo giurisdizionale secondo il Trattato di Amsterdam*, in *Riv. dir. eur.*, 1998, 41 ss; LANGRISH, *The Treaty of Amsterdam: Selected Highlights*, in *Eur. Law Review*, 1998, 3 ss; TEZCAN, *La coopération dans le domaine de la justice et des affaires intérieures dans le cadre de l’Union européenne et le traité d’Amsterdam*, in *Cah. Dr. eur.*, 1998, 661 ss).

¹²¹³ Cfr. O. DE SCHUTTER, *Les mesures provisoires devant la Cour de Justice des Communautés européennes dans le domaine des droits fondamentaux*, cit., 115. Secondo acuta dottrina, proprio per evitare una siffatta conseguenza, nelle materie di cui al Titolo IV del Trattato CE, dovrebbe essere ammessa, in deroga alla giurisprudenza *Foto-Frost*, una potestà disapplicativa autarchica in capo ai giudici nazionali non di ultima istanza delle norme comunitarie ovvero degli atti interni che ne costituiscano l’attuazione e che gli stessi ritengano illegittimi. Soltanto una tale soluzione sarebbe invero idonea a soddisfare sia, sotto il profilo soggettivo, esigenze di tutela delle parti in lite, sia, sotto quello oggettivo, quelle di legalità degli atti comunitari (così GAROFALO, *Sulla competenza a titolo pregiudiziale della Corte di Giustizia secondo l’art. 68 del Trattato CE*, in *Dir. Un. Eu.*, 2000, 805 ss; cfr. anche GAJA, *The Growing Variety of Procedures Concerning Preliminary Rulings*, in *Judicial Review in European Union Law*, in *Liber Amicorum in Honour of lord Slynn of Hadley*, The Hague – London – Boston, 2000, 143 ss, 148). Non ci sembrano persuasive le argomentazioni utilizzate da G. RAITI, *La collaborazione giudiziaria nell’esperienza del rinvio pregiudiziale comunitario*, cit., 468 ss, per giustificare l’adesione all’opposta tesi: secondo l’A., il quale pure concorda sulla sussistenza di un *vulnus* al principio di effettività della tutela giurisdizionale, esclusivamente la Corte di Giustizia potrebbe sancire in sede pretoria deroghe alla giurisprudenza *Foto-Frost*. Sul punto v. inoltre A. ARNULL, *Les incidences du traité d’Amsterdam sur la Cour de justice des Communautés*, in *R.A.E.*, 2000, 227.

proporre rinvio pregiudiziale di validità alla Corte di Giustizia, non potranno neppure sospendere in via cautelare gli effetti di tali atti¹²¹⁴.

Di talché, privi della possibilità di ottenere tutela cautelare, i ricorrenti individuali potranno meramente sperare nella proposizione del ricorso per rinvio pregiudiziale da parte dei giudici di ultima istanza, tuttavia a ciò soltanto facultizzati e non obbligati, sempre in deroga ai principi sanciti in via generale dall'art. 234 del Trattato istitutivo CE¹²¹⁵. In un tale assetto, pertanto, appaiono del tutto pretermesse, in contrasto con il principio di effettività della tutela giurisdizionale, le esigenze di tutela cautelare dei ricorrenti individuali.

L'unico espediente interpretativo idoneo ad evitare una tale deprecabile conseguenza sarebbe costituito, secondo acuta dottrina, dall'ammettere, nelle materie di cui al Titolo IV del Trattato CE, in deroga alla giurisprudenza *Foto-Frost*, una potestà disapplicativa autarchica in capo ai giudici nazionali non di

¹²¹⁴ Così O. DE SCHUTTER, *Les mesures provisoires devant la Cour de Justice des Communautés européennes dans le domaine des droits fondamentaux*, cit., spec. 115 ss; P. GIRERD, *L'article 68 CE: un renvoi préjudiciel d'interprétation et d'application incertaines*, cit., 245 ss, i quali evidenziano che le limitazioni poste, nelle materie di cui al Titolo IV del Trattato CE, alla possibilità per i giudici non di ultima istanza di sollevare rinvio pregiudiziale si traducono in altrettante limitazioni rispetto alla possibilità per i singoli di ottenere tutela cautelare a fronte dell'apparente illegittimità delle norme comunitarie con conseguente *vulnus*, tra l'altro, di quella costante giurisprudenza della Corte di Giustizia in omaggio alla quale le restrizioni poste alla proponibilità dell'azione di annullamento da parte dei singoli nel sistema comunitario ex art. 230, § quarto, Trattato CE, sono compensate dal rinvio pregiudiziale di validità (v., più diffusamente, anche per una critica ad un tale orientamento, Cap. II, § 2.2.).

¹²¹⁵ Riteniamo, infatti, che a partire dalla lettera dell'art. 68 del Trattato CE, non si possa che considerare discrezionale il potere delle giurisdizioni nazionali di ultima istanza in ordine alla decisione se proporre ricorso per rinvio pregiudiziale di validità o di interpretazione dinanzi alla Corte di Giustizia nelle materie "semicomunitarizzate" della sicurezza, giustizia ed affari interni (in tal senso, in dottrina, v. anche P. BIAVATI, *La Corte di Giustizia delle Comunità Europee e le questioni pregiudiziali in materia di giustizia e di sicurezza: verso un modello alternativo?*, cit., spec. 210 ss; M. DE CRISTOFARO, *Nuovo coordinamento delle giurisdizioni in Europa*, in *Int'lis*, 2002, 82; F. DEHOUSSE, *Le Traité d'Amsterdam: un mélange de modestie et de complexité*, in *Journal des Tribunaux*, 1997, 724; H. LABAYLE, *Le Traité d'Amsterdam. Un espace de liberté, de sécurité et de justice*, in *Rev. trim. dr. eur.*, 1997, 862 ss; J.L. SAURON, *Le traité d'Amsterdam: une réforme inachevée?*, in *Recueil Dalloz*, 1998, 74; contra R. ADAM, *La cooperazione in materia di giustizia e affari interni tra comunitarizzazione e metodo intergovernativo*, cit., 499 ss; C. CURTI GIALDINO, *Schengen e il terzo pilastro: il controllo giurisdizionale secondo il Trattato di Amsterdam*, cit., 53 ss; P. GIRERD, *L'article 68 CE: un renvoi préjudiciel d'interprétation et d'application incertaines*, in *Rev. trim. dr. eur.*, 1999, 239 ss; G. RAITI, *La collaborazione giudiziaria nell'esperienza del rinvio pregiudiziale comunitario*, cit., 466 ss; G. TRISORIO LIUZZI, *Processo civile italiano e rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia della Comunità Europea*, cit., 740).

ultima istanza delle norme comunitarie ovvero degli atti interni che ne costituiscano l'attuazione e che gli stessi ritengano illegittimi. Soltanto una tale soluzione sarebbe invero idonea a soddisfare sia, sotto il profilo soggettivo, esigenze di tutela delle parti in lite, sia, sotto quello oggettivo, quelle di legalità degli atti comunitari¹²¹⁶. Peraltro la prospettata soluzione resta, attualmente, al pari di quella favorevole ad una modifica del richiamato art. 68 Trattato CE, una mera proposta interpretativa che dovrebbe essere avallata da una giurisprudenza la quale, anche molto di recente, ha continuato a ribadire con vigore gli assunti dell'orientamento espresso dalla pronuncia *Foto-Frost* e che, quindi, appare poco incline ad effettuare *distinguo* quanto all'ambito di applicabilità degli stessi¹²¹⁷.

¹²¹⁶ Così L. GAROFALO, *Sulla competenza a titolo pregiudiziale della Corte di Giustizia secondo l'art. 68 del Trattato CE*, in *Dir. Un. Eu.*, 2000, 805 ss; cfr. anche G. GAJA, *The Growing Variety of Procedures Concerning Preliminary Rulings*, in *Judicial Review in European Union Law*, in *Liber Amicorum in Honour of Lord Slynn of Hadley*, The Hague – London – Boston, 2000, 143 ss, 148.

¹²¹⁷ Cfr. in tal senso anche G. RAITI, *La collaborazione giudiziaria nell'esperienza del rinvio pregiudiziale comunitario*, *cit.*, 468 ss, nonché A. ARNULL, *Les incidences du traité d'Amsterdam sur la Cour de justice des Communautés*, in *R.A.E.*, 2000, 227.

BIBLIOGRAFIA

- AA.VV., *Il processo civile di riforma in riforma, I*, Milano, Ipsoa, 2006;
- AA.VV., *Droit processuel. Droit commun et comparé du procès*, 3a ed., Paris, 2005;
- AA.VV., *Il Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa*, in *Foro it.*, 2005, V, 1 ss;
- AA.VV., *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, 2003;
- AA.VV., *Le Corti Supreme Europee: accesso, filtri e selezione*, Milano, 2001;
- AA.VV., *Les Cours Européennes. Luxembourg et Strasbourg*, in *Pouvoirs*, n° 96, 2001;
- AA.VV., *Le nouveau référé administratif*, in *RFDA*, 2000, n. 5;
- AA.VV., *Effektiver Rechtsschutz und verfassungsmässige Ordnung*, Bielefeld, 1983;
- AA.VV., *Le fait et le droit. Études de Logique juridique*, Bruxelles, 1961;
- ABBAMONTE G. – LASCHENA R., *Giustizia amministrativa*, 2a ed., Padova, 2001;
- ABRAHAM R., *Les incidences de la convention européenne des droits de l'homme sur le contentieux administratif français*, in *RFDA*, 1990, 1053 ss;
- ACCONCI P., *Quale gerarchia delle fonti nel nuovo diritto dell'Unione?*, in *Dir. Un. Eur.*, 2005, 253 ss;
- ADAM R., *La cooperazione in materia di giustizia e affari interni tra comunitarizzazione e metodo intergovernativo*, in *Dir. Un. Eur.*, 1998, 481 ss;
- ADINOLFI A., *Le istituzioni giudiziarie nel progetto di Costituzione europea*, in *Riv. dir. internaz.*, 2003, 646 ss;
- ADINOLFI A., *L'accertamento in via pregiudiziale della validità degli atti comunitari*, Milano, 1997;
- AFFERNI G., *La disciplina italiana della responsabilità civile dello Stato per violazione del diritto comunitario imputabile ad un organo giurisdizionale di ultima istanza*, in *Nuova giur. civ. commentata*, 2007, II, 261 ss;
- AIELLO M. – GIACOBBE G. – PREDEN R., *Guida ai provvedimenti d'urgenza*, Milano, 1982;

- AIROLDI M., *La tutela dinanzi alla giurisdizione amministrativa europea*, Torino, 1999;
- ALBORS – LLORENS, *Changes in the Jurisdiction of the European Court of Justice under the Treaty of Amsterdam*, in *Common Market Law Review*, 1998, 1273 ss;
- ALIOTTA E., *La sospensione del provvedimento impugnato dinanzi al Consiglio di Stato*, Napoli, 1948;
- ALLORIO E., *Per una nozione del processo cautelare*, in *Riv. dir. proc.*, 1936, I, 18 ss;
- ALONSO GARCIA R., *La Carta de los derechos fundamentales de la Union europea*, in *Gazeta Juridica de la Union Europea y de la Competencia*, 2000, 3 ss;
- ALPA G., *La responsabilità civile dello Stato per violazione degli obblighi comunitari*, in *Rass. dir. civ.*, 2000, 487 ss;
- ALVES C.M., *La hiérarchie du droit dérivé unilatéral à la lumière de la Constitution Européenne: révolution juridique ou sacrifice au nominalisme ?*, in *Cahiers dr. eur.*, 2005, 691 ss;
- AMADEI D., *Note critiche sul procedimento per l'equa riparazione dei danni da durata irragionevole del processo*, in *Giust. Civ.*, 2002, II, 29 ss;
- AMADEO S., *Norme comunitarie, posizioni giuridiche soggettive e giudizi interni*, Milano, 2002;
- AMORTH A., *Il merito dell'atto amministrativo*, Milano, 1939;
- ANDOLINA I., *Profili della nuova disciplina dei provvedimenti cautelari in generale*, in *Foro it.*, 1992, V, 80 ss;
- ANDRIANTSIMBAZOVINA J., *La Cour de Strasbourg, gardienne des droits fondamentaux dans l'Union européenne ?*, in *RFDA*, 2006, n. 3, 566 ss;
- ANDRIANTSIMBAZOVINA J., *Le modèle juridictionnel de la Cour européenne des droits de l'homme et la réforme de la Cour de justice des C.E.*, in *Revue des affaires européennes*, 2000, 410 ss;
- ANDRIOLI V., voce *Provvedimenti d'urgenza*, in *Enc. giur. Treccani*, XXV, Roma, 1991, 6 ss;
- ANDRIOLI V., *Commento al Codice di procedura civile*, IV, 3a ed., Napoli, 1964;
- ANDRIOLI V., *Su la sospensione del provvedimento impugnato disposta dal giudice amministrativo*, in *Riv. dir. proc.*, 1942, 29 ss;

- ANSELMI S., *Rassegna della giurisprudenza comunitaria in tema di procedure en référé*, in *Dir. Com. Sc. Intern.*, 1981, 295 ss;
- ANTONIUCCI, *Elementi di diritto processuale amministrativo*, Milano, 2002;
- APICELLA, *I provvedimenti cautelari non nominati*, Città di Castello, 1948;
- ARIETA G. – DE SANTIS F., *Diritto processuale societario*, Padova, 2004;
- ARANA MUÑOZ J.R., *Sobre las últimas reformas administrativas en España*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 213 ss;
- ARIETA G., *Problemi e prospettive in tema di reclamo cautelare*, in *Riv. dir. proc.*, 1997, 408 ss;
- ARIETA G., *I provvedimenti d'urgenza*, 2a ed., Padova, 1985;
- ARIETA G., *Funzione non necessariamente anticipatoria dei provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, 604 ss;
- ARNULL A., *Les incidences du traité d'Amsterdam sur la Cour de justice des Communautés*, in *R.A.E.*, 2000, 227 ss;
- ARNULL A., *Private applicants and the action for annulment under article 173 of the EC Treaty*, in *Common Market Law Review*, 1995, 7 ss;
- ARNULL A., *National Courts and the Validity of Community Acts*, in *European Law Review*, 1988, 125 ss;
- ASPRELLA C., *Commento alle riforme del processo civile 2005-2006, Appendice di aggiornamento al Codice di procedura civile a cura di PICARDI N.*, 3a ed., Milano, 2006;
- ATTARDI A., *Le nuove disposizioni sul processo civile*, Padova, 1991;
- ATTARDI A., *In tema di limiti oggettivi della cosa giudicata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1990, 475 ss;
- ATTARDI A., *In tema di questioni pregiudiziali e giudicato*, in *Studi in memoria di E. Guicciardi*, Padova, 1975, 185 ss;
- ATTARDI A., *L'interesse ad agire*, Padova, 1955;
- AUDRETSCH H.A.H., *Supervision in European Community Law*, 2a ed., North Holland, 1986;
- AULETTA F., *Variazioni sul tema del giudicato cautelare*, in *Giur. it.*, 1996, IV, 1 ss;

AUSILI, *La tutela cautelare e sommaria del giudice amministrativo nel quadro della nuova giurisdizione delineata dalla legge 21 luglio 2000 n. 205: profili problematici ed una prima ipotesi ricostruttiva*, in *T.A.R.*, 2000, II, 415 ss;

BACIGALUPO M., *La nueva tutela cautelar en el contencioso-administrativo*, Madrid, 1999;

BALBI C.E., voce *Provvedimenti d'urgenza*, in *Dig. Civ.*, XVI, Torino, 1997, 73 ss;

BALDI S., *Giurisprudenza comunitaria in materia di diritti della difesa*, in *RIDU*, 1996, 354 ss;

BALENA G., voce *Istruzione (procedimento di istruzione preventiva)*, in *Enc. Giur.*, XVIII, Roma, 1990, 5 ss;

BALENA G. – BOVE M., *Le riforme più recenti del processo civile*, Bari, 2006;

BALLU P., *Les référés du lieutenant civil du Chatelet*, in *Bull. Avoués*, 1997, 47 ss;

BAÑO J.M., *Proyecto de Ley de Contractos de las Administraciones Públicas*, in *Anuario del Gobierno Local*, 1995, Barcelona-Madrid, 68 ss;

BAPTISTA DA SILVA O.A., *Per una teoria dell'azione cautelare*, in *Riv. dir. proc.*, 1998, 1122 ss;

BARAV A., *Le juge et le justiciable*, in *Scritti in onore di G.F. Mancini*, II, Milano, 1998, 1 ss;

BARAV A., *La plénitude de compétence du juge national en sa qualité de juge communautaire*, in *Mélanges en l'hommage à Jean Boulouis*, Paris, 1991, 1 ss;

BARAV A., *Enforcement of Community Rights in the National Courts: The Case for jurisdiction to grant an Interim Relief*, in *Common Market Law Review*, 1989, 369 ss;

BARAV A., *Cour constitutionnelle italienne et droit communautaire : le fantôme de Simmenthal*, in *RTDE*, 1985, 313 ss;

BARAV A., « *Injustice normative* » et fondement de la responsabilité extracontrattuelle de la Communauté économique européenne, in *Cah. Dr. Eur.*, 1977, 439 ss;

BARAV A., *Considerations sur la spécificité du recours en carence en droit communautaire*, in *RTDE*, 1975, 53 ss ;

BARAV A., *The Exception of Illegality in Community Law: a Critical Analysis*, in *Common Market Law Review*, 1974, 366 ss;

BARAV A. – SIMON D., *Le droit communautaire et la suspension provisoire des mesures nationales*, in *Rev. Marché Comm.*, 1990, 593 ss;

BARBIERI E.M., *Sulla sospensione dei dinieghi e dei silenzi della Pubblica Amministrazione*, in *Foro amm.*, 1996, 3527 ss;

BARBIERI E.M., *Sulla sospensione dei provvedimenti negativi della Pubblica Amministrazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, 296 ss;

BARELA V., *Il diritto ad un giusto processo: responsabilità e profili riparatori*, in *NGCC*, 2003, II, 138 ss;

BARONA VILAR S., *El proceso cautelar*, in MONTERO AROCA J. – GÓMEZ COLOMER J.L. – MÓNTON REDONDO A. – BARONA VILAR S., *Derecho jurisdiccional*, II, *Proceso civil*, 14a ed., Valencia, 2005, 703 ss;

BARONE A., *Questione pregiudiziale di validità di un regolamento comunitario e poteri cautelari del giudice nazionale*, in *Foro it.*, 1992, IV, 3 ss;

BARTOLE S. – CONFORTI B. – RAIMONDI G. (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2000, 579 ss;

BASILICO G., *I rimedi nei confronti dei procedimenti cautelari*, in *Giur. it.*, 1994, IV, 25 ss;

BASSANINI F. – TIBERI G. (a cura di), *La Costituzione Europea*, Bologna, 2004;

BAUR F., *Studien zum einstweiligen Rechtsschutz*, Tübingen, 1967;

BAYRON S. – NEVILLE BROWN L., *L'affaire Factortame: droit communautaire contre droit public anglais*, RFDA, 1994, 77 ss;

BEAN, *Injunctions*, London, 1991;

BEBR G., *Reinforcement of the Constitutional Review of Community Act under Article 177 EEC Treaty*, in *Common Market Law Review*, 1988, 667 ss;

BEBR G., *Examen en validité au titre de l'article 177 du traité CEE et cohésion juridique de la Communauté*, in *Cah. Dr. eur.*, 1975, 379 ss;

BEBR G., *Les dispositions de droit communautaire directement applicables*, in *CDE*, 1970, 3 ss;

BELFIORE C., *Riflessioni sull'equa riparazione del danno da non ragionevole durata del processo*, in *Giur. merito*, 2002, I, 346 ss;

BELL J., *Sur le pouvoir du juge britannique d'adresser des injonctions à la Couronne*, in *RFDA*, 2002, 192 ss;

BELLIS J.F., *Judicial review of EEC anti-dumping and anti-subsidy determinations after Fediol: the emergence of a new admissibility test*, in *Common Market Law Review*, 1984, 539 ss;

BENOÎT- ROHMER F., *L'adhésion de l'Union à la Convention européenne des droits de l'homme*, in *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, in RUDH, 2000, n. 12, 57 ss;

BENVENUTI L., *La discrezionalità amministrativa*, Padova, 1986;

BÉRARD, *La notion d'intérêt dans le recours pour excès de pouvoir*, Thèse, Paris, 1932;

BERGERÈS C., *Contentieux communautaire*, Paris, 1998;

BERGERÈS C., *Théorie de l'inexistence en droit communautaire*, in *RTDE*, 1989, 393 ss.

BERRI M., *The special procedures before the Court of Justice*, in *Common Market Law Review*, 1971, 22 ss;

BERRI M., *L'intervento nel processo davanti alla Corte di Giustizia delle Comunità Europee*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1964, 682 ss;

BERROD F., *La systématique des voies de droit communautaires*, Thèse, Paris, 2003;

BERROD F. – MARIETTE F., *Le pourvoi dans l'affaire Unión de Pequeños Agricultores c. Conseil: le retour de la procession d'Echternach*, in *Europe*, 2002, n. 10, 11 ss;

BERTONAZZI L., *Brevi riflessioni sulla tutela cautelare nei confronti dei provvedimenti negativi e dei comportamenti omissivi della Pubblica Amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, 1208 ss;

BESSO C., *L'assunzione preventiva della prova sganciata dal periculum in mora non è – secondo la Corte europea di giustizia – un procedimento provvisorio o cautelare*, in *Int'lis*, 2006, n. 2, 76 ss;

BESSO C., *La prova prima del processo*, Torino, 2004;

BIANCARELLI J., *Le contrôle de la Cour de justice des Communautés européennes en matière d'aides publiques*, in *AJDA*, 1993, 412 ss;

BIAVATI P., *Prime impressioni sulla riforma del processo cautelare*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, 563 ss;

BIAVATI P., *Diritto processuale dell'Unione Europea*, 3a ed., Milano, 2005;

BIAVATI P., *Inadempimento degli Stati membri al diritto comunitario per fatto del giudice supremo: alla prova la nozione europea di giudicato*, in *Int'lis*, 2005, 63 ss;

BIAVATI P., *Europa e processo civile*, Torino, 2003;

BIAVATI P., *Accertamento dei fatti e tecniche probatorie nel processo comunitario*, Milano, 1992;

BIEBER R. – SALOME' B., *Hierarchy of Norms in European Law*, in *Common Market Law Rev.*, 1996, 914 ss;

BLAISSE A., *Quo vadis référé ?*, in *JCP*, 1982, I, 3083 ss;

BLAUMANN C. – DUBOUIS L., *Droit institutionnel de l'Union Européenne*, 2a ed., Paris, Litéc, 2005;

BLAUMANN C., *Régime des aides d'Etat : jurisprudence récente de la Cour de justice*, in *Revue Marché Commun*, 1992, 721 ss;

BLAUMANN C., *Aspects institutionnels du Traité d'Amsterdam*, in *RTDE*, 1997, 721 ss;

BONATTI R., *Nuove prospettive sui poteri istruttori del giudice comunitario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, 579 ss;

BONET NAVARRO A., *Los recursos en el proceso civil*, Madrid, 2000;

BONGIORNO G., voce *Spese giudiziali*, in *Enc. giur. Treccani*, XXX, Roma, 1993, 1 ss;

BONICHOT J.C., *Les pouvoirs d'injonction du juge national pour la protection des droits conférés par l'ordre juridique communautaire*, in *RFDA*, 1990, 192 ss;

BONNIE, *Commission discretion under Article 171 (2) E.C.*, in *European Law Review*, 1998, 537 ss;

BORCHARDT G., *The Award of Interim Measures by the European Court of Justice*, in *Common Market Law Review*, 1985, 203 ss;

BORE' J., *Un centenaire: le contrôle par la Cour de Cassation de la dénaturation des actes*, in *Rev. dr. civ.*, 1972, 254 ss.

BORE' L. – BORE' J., *La Cassation en matière civile*, Paris, 2003;

BOULOUIS J., *Nouvelles réflexions à propos du caractère "préjudicielle" de la compétence de la Cour de Justice des Communautés européennes statuant sur renvoi des juridictions nationales*, in *Mélanges en l'honneur de P.H. Teitgen*, Paris, 1984, 23 ss;

- BOULOIS J. – DARMON M. – HUGLO J.C., *Contentieux communautaire*, 2 a ed., Paris, 2001;
- BOVE M., *Art. 111 Cost e “giusto processo civile”*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, 479 ss;
- BOVE M., *Il sindacato della Corte di Cassazione: contenuto e limiti*, Milano, 1993;
- BOZZI, *Sono sospendibili i provvedimenti negativi?*, in *T.A.R.*, 1996, II, 73 ss;
- BRACUGLIA I.M., *Effetti della dichiarazione di invalidità degli atti comunitari nell'ambito dell'art. 177 del Trattato Ce*, in *Dir. sc. Internaz.*, 1978, 667 ss;
- BRIGUGLIO A., *Pregiudiziale comunitaria e processo civile*, Padova, 1996;
- BRIGUGLIO A., *I limiti soggettivi e oggettivi dell'obbligo di rinvio pregiudiziale comunitario*, in *Il diritto processuale civile internazionale visto da Int'lis dal 2002 ad oggi* a cura di CONSOLO C. – DE CRISTOFARO M., Milano, Ipsoa, 2006, 660 ss;
- BRIGUGLIO A., *Sospensione per pregiudizialità comunitaria e regolamento di competenza*, in *Giust. Civ.*, 1999, 3273 ss;
- BRIGUGLIO A., voce *Conciliazione giudiziale*, in *D. Civ.*, III, Torino, 1988, 203 ss;
- BRIGUGLIO A. – CAPPONI B. (a cura di), *Commentario alle riforme del processo civile, I*, Padova, 2007;
- BRISSEON J.F., *L'injonction au service de la chose jugée contre l'administration*, in *Rev. Justices*, 1996, 3, 167 ss;
- BROUWER O. - CARLIN F., *Qualité pour agir dans les procédures antidumping après l'arrêt Extramet*, in *DPCI*, 1991, 243 ss;
- BRUNETTI A., *Sui procedimenti di istruzione preventiva*, Milano, 1960;
- BUCCI A. – SOLDI A.M., *Le nuove riforme del processo civile*, 2a ed., Padova, 2006, 54 ss;
- BÜHLER O., *Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung*, Berlin – Stuttgart – Leipzig, 1914;
- BULTRINI A., *La responsabilité des États membres de l'Union européenne pour les violations de la Convention européenne des droits de l'homme imputables au système communautaire*, in *RTDE*, 2002, 5 ss;
- BUONCRISTIANI D., *Sistema dei “référé”: tutela cautelare dal pregiudizio e tutela urgente senza pregiudizio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, 575 ss;

- CACCIAVILLANI I., *Giudizio amministrativo di legittimità e tutele cautelari*, Padova, 2002;
- CACCIAVILLANI I., *La tutela cautelare nei ricorsi avverso il diniego di provvedimento e l'inerzia della P.A.*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, 91 ss;
- CADIET L. – RICHER L., *Réforme de la justice, réforme de l'Etat*, Paris, 2003;
- CAIAZZO S., *Procedimento sommario e rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia delle Comunità europee*, in *Temi romana*, 1982, 523 ss;
- CALAMANDREI P., *Verità e verosimiglianza nel processo civile*, in *Opere giuridiche*, V, Napoli, 1972, 635 ss;
- CALAMANDREI P., *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, 1936;
- CALAMANDREI P., *La chiamata in garanzia*, Milano, 1913;
- CALVANO R., *La Corte di Giustizia e la Costituzione Europea*, Padova, 2004;
- CALVANO R., *La Corte Costituzionale "fa i conti" per la prima volta con il nuovo art. 117 comma 1 Cost. Una svista o una svolta monista della giurisprudenza costituzionale sulle "questioni comunitarie"?*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it;
- CALVOSA C., *La tutela cautelare. Profilo sistematico*, Torino, 1963;
- CAMMEO F., *Provvedimento incidentale di sospensione dinanzi alla IV Sezione ed eccezioni pregiudiziali*, in *Giur. it.*, 1897, III, 124 ss;
- CANDELA CASTILLO – MONGIN, *La loi européenne désormais mieux protégée : quelques réflexions sur la première décision de la Commission demandant à la Cour de justice de prononcer une sanction pécuniaire au sens de l'article 171 du Traité à l'encontre de certains États membres pour violation du droit communautaire*, in *Rev. du marché unique européen*, 1997, 9 ss;
- CANE P., *The function of standing rules in administrative law*, in *Public Law*, 1980, 303 ss;
- CANEDO M., *L'intérêt à agir dans le recours en annulation du droit communautaire*, in *RTDE*, 2000, 451 ss;
- CANNADA BARTOLI A., *Sospensione dell'efficacia dell'atto amministrativo*, in *N.N.D.I.*, XVII, Torino, 1970, 934 ss;
- CAPILLI G., *La responsabilità civile dello Stato per violazione degli obblighi comunitari*, ora in *Casi scelti in tema di responsabilità civile a cura di ALPA G.* – CAPILLI G. – PUTTI P.M., Padova, 2004, 152 ss;

CAPONI R., *La nuova disciplina dei procedimenti cautelari in generale (l.n. 80 del 2005)*, in *Foro it.*, 2006, V, 69 ss;

CAPONI R., *Provvedimenti cautelari e procedimenti possessori*, in *Foro it.*, 2005, V, 136 ss;

CAPONI R., *La tutela sommaria nel processo societario in prospettiva europea*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, 1359 ss;

CAPONI R., *Le riforme della giustizia civile italiana degli anni novanta sullo sfondo della giustizia civile tedesca*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, 563 ss;

CAPOTORTI F., *Il diritto comunitario dal punto di vista del giudice nazionale*, in *Riv. dir. internaz. priv. proc.*, 1977, 497 ss;

CAPPELLETTI – TALLON (a cura di), *Fondamentale Guarantees of the Parties in Civil Litigation*, Milano – New York, 1973;

CAPPELLETTI – VIGORITI, *I diritti costituzionali delle parti nel processo civile italiano*, in *Riv. dir. proc.*, 1971, 637 ss;

CAPPONI B., *Note in tema di rapporti tra competenza e merito. Contributo allo studio dell'art. 38 c.p.c.*, Torino, 1997;

CAPURSO, *Tutela dei diritti fondamentali e ordinamento comunitario*, in *Diritto e società*, 1978, 213 ss;

CARANTA R., *Diritto comunitario e tutela giuridica di fronte al giudice amministrativo italiano*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 83 ss;

CARANTA R., *Diritto comunitario e tutela cautelare: dall'effettività allo « ius commune »*, in *Giur. it.*, 1994, V, 340 ss;

CARANTA R., *Effettività della garanzia giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione e diritto comunitario: il problema della tutela cautelare*, in *Foro amm.*, 1991, 1885 ss;

CARBONE S.M., *Progetto di Costituzione europea, diritti dell'individuo e tutela giurisdizionale*, in *Dir. comm. int.*, 2003, 12 ss;

CARBONE S.M., *Il nuovo spazio giudiziario europeo. Dalla Convenzione di Bruxelles al regolamento CE 44/2001*, Torino, 2002, 163 ss;

CARBONE S.M., *Organi comunitari, controllo di legittimità e privati*, Padova, 1973;

CARNELUTTI F., *Trattato di diritto processuale civile*, Napoli, 1958;

CARNELUTTI F., *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, Padova, 3a ed., 1942;

- CARPI F., *La tutela d'urgenza fra cautela, sentenza anticipata e giudizio di merito*, in *Riv. dir. proc.*, 1985, 696 ss;
- CARPI F. – LUPOI M.A. (a cura di), *Essays on trasnational and comparative civil procedure*, Torino, 2001;
- CARRATTA A., *Profili sistematici della tutela anticipatoria*, Milano, 1996;
- CARREAU D., *Droit communautaire et droits nationaux: concurrence ou primauté*, in *RTDE*, 1978, 381 ss;
- CARTABIA M., *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milano, 1995;
- CARUSO B., *La giustizia cautelare: i provvedimenti negativi e le ordinanze "propulsive" dei T.A.R.*, in *Foro amm.*, 1994, 2283 ss;
- CASSETTA E., *Le trasformazioni del processo amministrativo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1999, 690 ss;
- CASSIA P., *L'accès des personnes physiques ou morales au juge de la légalité des actes communautaires*, Paris 2002;
- CASTILLO BLANCO F.A. (a cura di), *Estudios sobre la contractación administrativa*, Granada, 1996;
- CASTILLO DE LA TORRE, *La relevé d'office par la juridiction communautaire*, in *Cah. dr. eur.*, 2006, 394 ss;
- CATALANO N., *La protection juridictionnelle indirecte dans le système des traités de Rome*, in *RTDE*, 1966, 25 ss;
- CATALANO N., *Manuale di diritto delle Comunità europee*, Milano, 1962;
- CAVALLONE B., *Il giudice e la prova nel processo civile*, Padova, 1991;
- CECHELLA C., *Il processo cautelare*, Torino, 1997;
- CECHELLA C., *Cognizione ordinaria e cognizione sommaria*, in *Giust. Civ.*, 1986, 123 ss;
- CELOTTO A., *L'efficacia delle fonti comunitarie nell'ordinamento italiano. Normativa, giurisprudenza e prassi*, Torino, 2003;
- CELOTTO A., *I controlimiti presi sul serio*, in www.giustamm.it;
- CERINO CANOVA A., *I provvedimenti d'urgenza nelle controversie di lavoro*, in *MGL*, 1981, 6 ss;
- CERULLI IRELLI V., *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, 463 ss;

CERUTTI A., *Potestà discrezionale della Commissione e provvedimenti cautelari d'urgenza in tema di diritto comunitario della concorrenza*, in *Riv. dir. europeo*, 1985, 159 ss;

CHAPUS R., *Droit administratif général, I*, Montchrestien, 2001;

CHAPUS R., *Le juge administratif face à l'urgence*, in *G. Pal.*, 1985, D, 317 ss;

CHIARLONI S. (a cura di), *Le recenti riforme del processo civile, II*, Bologna, 2007;

CHIARLONI S., *Il presente come storia: dai codici di procedura civile sardi alle recentissime riforme e proposte di riforma*, in *Codici di procedura civile del regno di Sardegna – 1854/1859*, in *Testi e documenti per la storia del processo* a cura di PICARDI N. – GIULIANI A., Milano, 2004;

CHIARLONI S. (a cura di), *Il nuovo processo societario*, Padova, 2004;

CHIARLONI S. (a cura di), *Misure acceleratorie e riparatorie contro l'irragionevole durata dei processi*, Torino, 2002;

CHIARLONI S., *Riflessioni inattuali sulla novella del processo civile (con particolare riguardo ai provvedimenti cautelari ed interinali)*, in *Foro it.*, 1990, V, 499 ss;

CHIARLONI S., *La Cassazione e le norme*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1990, 982 ss;

CHIOVENDA G., *Azioni sommarie. La condanna con riserva*, ora in *Saggi di diritto processuale civile, I*, Milano, 1993, 119 ss;

CHIOVENDA G., *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, rist. 1980;

CHIOVENDA G., *Istituzioni di diritto processuale civile*, 2a ed., I, Napoli, 1940;

CHIOVENDA G., *Sulla "perpetuatio iurisdictionis"*, in *Foro it.*, 1923, I, 362 ss;

CHIRULLI P., *Attività amministrativa e sindacato giurisdizionale in Gran Bretagna. Dal locus standi alla justiciability*, Torino, 1996;

CHITI M.P., *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2004;

CHITI M.P., *Le norme sulla giurisdizione*, in *Una Costituzione per l'Europa, Quaderni di Astrid*, Bologna, 2003, 137 ss;

CHITI M.P., *La Carta europea dei diritti fondamentali: una Carta di carattere funzionale?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2002, 1 ss;

CHITI M.P., *I signori del diritto comunitario: la Corte di Giustizia e lo sviluppo del diritto amministrativo europeo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1991, 816 ss;

- CHIZZINI A., *L'intervento adesivo*, I, II, Padova, 1991 – 1992;
- CIPRIANI F., *Il procedimento cautelare tra efficienza e garanzia*, in *G.P.C.*, 2006, 7 ss;
- CIPRIANI F., *Il regolamento di giurisdizione*, Napoli, 1981;
- CIPRIANI F. – MONTELEONE G. (a cura di), *La riforma del processo civile*, Padova, 2007;
- CIRULLI M., *La nuova disciplina dei rimedi contro i provvedimenti cautelari*, Padova, 1996;
- CLAPHAM A., *Human Rights and the European Convention: A Critical Overview*, in *European Union, The Human Rights Challenge*, I, Nomos, Baden Baden, 1991;
- CLARICH M., *Il processo amministrativo a "rito ordinario"*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, 1058 ss;
- COHEN - JONATHAN G., *L'adhésion de la Communauté européenne à la Convention européenne des droits de l'homme*, in *JTDE*, 1995, n. 17, 49 ss;
- COHEN - JONATHAN G., *La Cour des Communautés européennes et les droits de l'homme*, in *Revue du Marché commun*, 1978, 74 ss;
- COMOGLIO L.P., *La riforma del processo amministrativo e le garanzie del « giusto processo »*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, 633 ss;
- COMOGLIO L.P., *Il principio di economia processuale*, I, Padova, 1980;
- COMOGLIO L.P., *La garanzia costituzionale dell'azione e il processo civile*, Padova, 1970;
- COMOGLIO L.P. – FERRI C., *La tutela cautelare in Italia: profili sistematici e riscontri comparativi*, in *Riv. dir. proc.*, 1990, 965 ss;
- CONIGLIO A., *Sui provvedimenti cautelari innominati*, in *Studi in onore di E. Redenti nel XL anno del suo insegnamento*, I, Milano, 1951, 319 ss;
- CONSOLO C., *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, Padova, 2006;
- CONSOLO C., *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, Padova, 2006;
- CONSOLO C., *Van Uden e Mietz: un'evitabile Babele*, in *Int'lis*, 2002, 30 ss;
- CONSOLO C., *La giurisdizione del giudice amministrativo si giustappone a quella del giudice "ordinario" e ne imita il processo*, in *Giust. Civ.*, 2000, II, 533 ss;

- CONSOLO C., *Disciplina "municipale" della violazione del termine di ragionevole durata del processo: strategie e profili critici*, in *Corr. Giur.*, 2001, 569 ss;
- CONSOLO C., *Ricorsi cautelari ante causam, pluralità di competenze e impedimento da litispendenza*, in *Giur. it.*, 1999, I, 1857 ss;
- CONSOLO C., *Il nuovo processo cautelare. Problemi e casi*, Torino, 1998;
- CONSOLO C., *Fondamento "comunitario" della giurisdizione cautelare*, in *Giur. it.*, 1991, I, 1, 1123 ss;
- CONSOLO C., *Periculum in mora ed inammissibilità della domanda principale nella istruzione preventiva*, in *Giur. it.*, 1979, I, 2, 535 ss;
- CONSOLO C. – LUISO F.P. – SASSANI B., *Commentario alla riforma del codice di procedura civile*, Milano, 1996;
- CONSTANTINESCO V., *Les rapports entre les traités et la constitution: du droit interne au droit communautaire: Libertés, justice, tolérance*, in *Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, I, Bruxelles, 2004, 463 ss;
- CONSTANTINESCO V. – GAUTIER Y. – SIMON D., *Le Traité de Nice, Premières analyses*, Strasbourg 2001;
- CONSTANTINESCO V. – JACQUE' J.P., *L'application du droit international et communautaire au regard de la Constitution*, in *Le contrôle de la constitutionnalité en France et en République fédérale d'Allemagne* a cura di Koerning – Rufner, Berlin, 1985, 174 ss;
- CONTALDI G., *Sui rimedi giurisdizionali avverso atti normativi delle istituzioni comunitarie*, in *Giust. Civ.*, 1992, I, 2601 ss;
- CORDOPATRI F., *L'abuso del processo, I, II*, Padova, 2000;
- COREA U., *Note in tema di pregiudiziale comunitaria di validità e tutela cautelare*, in *Giust. Civ.*, 1998, I, 2072 ss;
- CORNU G., *Vocabulaire juridique*, 8a ed., Paris, 2000;
- CORNU G. – FOYER J., *Procédure civile*, 3a ed., PUF, Paris, 1996;
- CORSINI F., *Il reclamo cautelare*, Torino, 2002;
- COSTA, *Intervento (dir. proc. civ.)*, in *EdD*, XXII, Milano, 1972, 461 ss;
- COSTANTINO G., *Il nuovo processo commerciale: la tutela cautelare*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, 651 ss;
- COSTANTINO G., *Intervento nel processo, I) Diritto processuale civile*, in *E.G.I.*, XVII, Roma, 1989, 1 ss;

COSTANTINO G., *Garanzia (chiamata in)*, in Dig. Civ., Torino, 1992, VIII, 596 ss;

COULON E. – CRAS S., *Contentieux de la légalité dans le domaine des aides d'État: les récentes évolutions dans l'application des articles 173 et 175 du Traité CE*, in *Cahiers dr. Eur.*, 1999, 69 ss;

COUZINET J.F., *Le renvoi en appréciation de validité devant la cour de justice des communautés européennes*, in *Rev. Trim. dr. Eur.*, 1976, 648 ss;

CRISAFULLI V., *Fonti del diritto (diritto costituzionale)*, in Enc. dir., Milano, 1968, XVII, 955 ss;

CRISAFULLI V., *Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1960, 775 ss;

CROZE H. – MOREL C., *Procédure civile*, Paris, 1988;

CURTI GIALDINO C., *Schengen e il terzo pilastro: il controllo giurisdizionale secondo il Trattato di Amsterdam*, in *Riv. dir. eur.*, 1998, 41 ss;

DA CRUZ VILLACA J.L., *La procédure en référé comme instrument de protection juridictionnelle des particuliers en droit communautaire*, in *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*, II, Milano, 1998, 256 ss;

D'ALESSANDRO E., *Il diniego di riconoscimento per contrasto tra provvedimenti nell'interpretazione della Corte di Cassazione francese: il caso dell'ordonnance en référé in conflitto con una sentenza di condanna straniera*, in *Int'lis*, 2006, n. 3 – 4, 134 ss;

D'ALESSANDRO E., *Intorno alla "théorie de l'acte clair"*, in *Giust. Civ.*, 1997, I, 2879 ss;

D'ALESSANDRO E. – GIORGETTI M.C. – SANTAGADA F. – ZUMPANO M.A., *Il nuovo processo societario*, Milano, 2006;

DALMOTTO E., *Il rito cautelare competitivo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, 267 ss;

D'AMICO M., *Un'importante questione di costituzionalità sulla tutela ante causam davanti al giudice amministrativo fra le strettoie del giudizio costituzionale incidentale*, in *Giust. Civ.*, 2001, I, 1998 ss;

DANIELE L., *La protection des droits fondamentaux peut-elle limiter la primauté du droit communautaire et l'obligation de renvoi préjudiciel?*, in *Cahiers dr. eur.*, 2006, nn. 1-2, 67 ss;

DANOVI F., *Tutela cautelare e questioni pregiudiziali*, in *Riv. dir. proc.*, 1997, 844 ss;

- DÄNZER-VANOTTI, *Der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften beschränkt vorläufigen Rechtsschutz*, in *Der Betriebsberater*, 1991, 1015 ss;
- DARMON M., *Juridictions constitutionnelles et droit communautaire*, in RTDE, 1988, 217 ss;
- DASHWOOD A. – JOHNSTON A. *The Future of the Judicial System of the European Union*, Oxford, 2001;
- D'ATENA A., *L'anomalo assetto delle fonti comunitarie*, in *Dir. Un. Eur.*, 2001, 591 ss;
- DAUSES M.A., *La protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire*, in RTDE, 1984, 16 ss;
- DEBARD T., *A propos du processus de constitutionnalisation des traités. Brèves remarques, à mi-parcours, sur les exigences du formalisme juridique et de la démocratie*, in *Mélanges en l'honneur de J.C. Gautron*, Pedone, 2004, 273 ss;
- DEBBASCH R., *Le juge administratif et l'injonction : la fin d'un tabou*, in JCP, 1996, I, n° 3924 ss;
- DE CAROLIS D., *Tutela cautelare ante causam nel processo amministrativo: la Corte Costituzionale pone fine al dibattito?*, in *Urb. e app.*, 2002, 791 ss;
- DE CAROLIS D., *Atti negativi e misure cautelari del giudice amministrativo*, Milano, 2001;
- DE CAROLIS D., *Il nuovo assetto della tutela cautelare*, in *Il nuovo processo amministrativo dopo la legge 21 luglio 2000 n. 205* a cura di CARINGELLA F. – PROTTO M., Milano, 2001, 181 ss;
- DE CRISTOFARO M., *Nuovo coordinamento delle giurisdizioni in Europa*, in *Int'lis*, 2002, 82 ss;
- DEHOUSSE F., *Le Traité d'Amsterdam: un mélange de modestie et de complexité*, in *Journal des Tribunaux*, 1997, 724 ss;
- DEHOUSSE F., *La primauté du droit communautaire sur le droit des Etats membres*, in RTDE, 1965, 212 ss;
- DE LA PLAZA Y NAVARRO M., *El recurso de casación civil*, Madrid, 1944;
- DE LAUBADÈRE A. – VENEZIA J.C. – GAUDEMET Y., *Traité de droit administratif*, 15a ed., LGDJ, Paris, 1999;
- DELLA CANNEA G., *Gli atti amministrativi generali*, Padova, 2000;
- DENTI V., *Questioni pregiudiziali (Diritto processuale civile)*, in Nss. D.I., XIV, 1967, 675 ss;

- DENTI V., *Sui procedimenti di istruzione preventiva*, in *Giur. it.*, 1949, I, 2, 47 ss;
- DENTI V., *Sul concetto di funzione cautelare*, in *Studi giuridici in memoria di P. Ciapessoni*, Milano, 1948, 29 ss;
- DE PETRIS D., *La tutela giurisdizionale amministrativa europea e i principi del processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2002, 699 ss;
- DE SCHUTTER O., *L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme comme élément du débat sur l'avenir de l'Union*, in *L'avenir du système juridictionnel de l'Union européenne* a cura di DONY M. – BRIBOSIA E., Bruxelles, 2002, 205 ss;
- DE SCHUTTER O., *Les mesures provisoires devant la CJCE*, in *Measures conservatoires et droits fondamentaux*, a cura di COHEN-JONATHAN G. – FLAUSS J.F., Brussels, 2005, 93 ss;
- DE SCHUTTER O. – L'HOEST O., *La Cour européenne des droits de l'homme juge du droit communautaire: Gibraltar, l'Union européenne, et la Convention européenne des droits de l'homme*, in *Cahiers dr. eu.*, 2000, 141 ss;
- DE WITTE B., *Retour à « Costa »*. *La primauté du droit communautaire à la lumière du droit international*, in *RTDE*, 1984, 425 ss;
- DIETER EHLERMANN C., *Zur Diskussion über einen Solange III-Beschluß*, in *Eur Beiheft*, 1991, n. 1, 27 ss;
- DI FAZZIO G., *Istanza di istruzione preventiva (“esplorativa”) olandese e foro competente europeo*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 775 ss;
- DI MAJO A., *Responsabilità e danni nelle violazioni comunitarie ad opera dello Stato*, in *Europa e diritto privato*, 1998, II, 745 ss;
- DINNAGE J., *Locus standi and Article 173 EEC: the effect of Metro SB Grossmarkte v. Commission*, in *European Law Review*, 1979, 15 ss;
- DIETZ-HOCHLEITNER J., *Le traité de Maastricht et l'inexécution des arrêts de la Cour de justice par les Etats membres*, in *RMUE*, 1994, 111 ss;
- DI PALMA E., *Tutela cautelare ante causam e giudice amministrativo: un problema che sembrava risolto*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, 148 ss;
- DOLSO G.P. – AMADEO A., *Il Consiglio di Stato tra Corte Costituzionale e Corte di Giustizia*, in *Giur. Cost.*, 2006, 785 ss;
- DONNER A., *Les rapports entre la compétence de la Cour de justice des Communautés européennes et les tribunaux nationaux*, in *RCADI*, 1975, 3 ss;
- DRAETTA U., *Il difficile rapporto della Cassazione con l'art. 117, co. primo, Cost.*, in *Dir. Un. Eur.*, 2005, 355 ss;

DUGRIP O., *L'urgence contentieuse devant les juridictions administratives*, Paris, 1991;

DUTHEIL DE LA ROCHÈRE J., *La hiérarchie des normes*, in *La révision du Traité sur l'Union Européenne. Perspectives et réalités* a cura di MANIN P., Paris, 1996, 58 ss;

DYÈVRE A., *The constitutionalisation of the European Union: discourse, present, future and facts*, in *Eur. Law Rev.*, 2005, n. 2, 165 ss;

DYRBERG P., *What should the Court of Justice be doing?*, in *Eur. Law Rev.*, 2001, 291ss;

EHLE, *Inzidenter Rechtsschutz gegen Handlungen der Europäischen Gemeinschaftsorgane*, in *18 Monatsschrift für deutsches Recht*, 1964, 719 ss;

EMILIOU N., *The Principle of Proportionality in European Law. A Comparative study*, London, 1996;

ESTOUP P., *La pratique des procédures rapides*, 2a ed., Paris, 1998;

ESTOUP P., *Les jugements civils*, Paris, 1988;

EVERLING U., *Brauchen wir Solange III*, in *EuR*, 1990, 195 ss;

FABIANI M., *Il rito cautelare nel processo societario (contraddizioni e dubbi irrisolti)*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, 1181 ss;

FABBRINI G., *Contributo alla dottrina dell'intervento adesivo*, Milano, 1964;

FALCON G., *Separazione e coordinamento tra giurisdizioni europee e giurisdizioni nazionali nella tutela avverso gli atti lesivi di situazioni soggettive europee*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2004, 1157 ss;

FALCON G., voce *Esecutorietà ed esecuzione dell'atto amministrativo*, in *Dig., Disc. Pubbl.*, VI, Torino, 1991, 149 ss;

FAVRET J.M., *Le traité de Nice: vers un affaiblissement de la capacité d'action de l'Union*, in *RTDE*, 2001, 270 ss;

FAYE E., *La Cour de Cassation*, Paris, rist. 1999;

FAZZALARI E. (a cura di), *La giustizia civile nei Paesi comunitari*, Padova, 1994;

FAZZALARI E., *Profili della cautela*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, 4 ss;

FAZZALARI E., *La Cassazione Civile*, Milano, 1960;

- FAZZALARI E., *Diffusione del processo e compiti della dottrina*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, 861 ss;
- FERNÁNDEZ BALLESTEROS M.A., *La ejecución forzosa y las medidas cautelares en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 2001;
- FERRAND F., *Droit privé allemand*, Paris, 1997;
- FERRARI F., *Le norme processuali del codice della proprietà industriale*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 277 ss;
- FERSTENBERT J., *L'application du droit communautaire et la situation constitutionnelle du juge national*, in *RTDE*, 1979, 57 ss;
- FETTWEIS A., *Eléments de la compétence et de la procédure civile*, II, Liège, 1962;
- FOLLIERI E., *La tutela cautelare*, in *La giustizia amministrativa a cura di SCOCA F.G.*, Torino, 2006, 278 ss;
- FOLLIERI E., *La cautela tipica e la sua evoluzione*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, 659 ss;
- FOLLIERI E., *Sentenza di merito "strumentale" all'ordinanza di sospensione di atto negativo, "effetto di reciprocità" e adozione da parte del giudice amministrativo dei provvedimenti ex art. 700 c.p.c. per la tutela degli interessi pretesivi*, in *Dir. proc. amm.*, 1986, 117 ss;
- FOLLIERI E., *Esecuzione delle ordinanze cautelari del giudice amministrativo*, in *Foro amm.*, 1982, I, 629 ss;
- FOLLIERI E., *Giudizio cautelare amministrativo e interessi tutelati*, Milano, 1981;
- FRIGNANI A. – WAELBROECK M., *Disciplina della concorrenza nella Comunità europea*, Torino, 1996;
- FRISINA P., *La tutela cautelare d'urgenza dei diritti a prestazioni pecuniarie*, in *Riv. dir. proc.*, 1986, 973 ss;
- FRISON M.A. - ROCHE, *Le juge des référés, au regard des principes procéduraux*, in *Dalloz*, 1995, Chron. 67;
- FROMONT M., *La convergence des systèmes de justice administrative en Europe*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001, 125 ss;
- FROMONT M., *La protection provisoire des particuliers contre les décisions administratives dans les Etats membres des Communautés européennes*, in *Rev. inter. Sciences adm.*, 1984, 309 ss;

FROMONT M., *L'influence du droit français et du droit allemand sur les conditions de recevabilité du recours en annulation devant la Cour de Justice des Communautés européennes*, in RTDE, 1966, 57 ss;

FRUS G., *Riflessioni sul petitum cautelare, tra rispetto del principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato e potere discrezionale del giudice*, in *Giur. it.*, 1998, I, 1, 197 ss;

FUMAGALLI, *La responsabilità degli Stati membri per violazione del diritto comunitario*, Milano, 2001;

GAMBINERI B., *Garanzia e processo*, I - II, Milano, 2002;

GARBAGNATI E., *Questioni pregiudiziali (dir. proc. civ.)*, in *Enc. Dir.*, XXXVIII, Milano, 1987, 69 ss;

GARCÌA R.A., *Le clausole orizzontali della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comunit.*, 2002, 1 ss;

GARCÌA DE ENTERRÌA E., *La batalla por las medidas cautelares*, 3a ed., Madrid, 2004;

GARCÌA DE ENTERRIA E., *Las medidas cautelares que puede adoptar el juez nacional contro el derecho: la Sentencia Zuckerfabrick del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 21 de febrero de 1991*, in *Rev. esp. der. adm.*, 1991, 537 ss;

GARGIULO, *La sospensione dell'atto amministrativo da parte del Consiglio di Stato*, Napoli, 1948;

GAROFALO L., *Sulla competenza a titolo pregiudiziale della Corte di Giustizia secondo l'art. 68 del Trattato CE*, in *Dir. Un. Eu.*, 2000, 805 ss;

GARSONNET E. – CEZARBRU C., *Traité théorique et pratique de procédure*, Paris, 1904;

GAUDEMET Y., *Les procédures d'urgence dans le contentieux administratif*, in RFDA, 1988, 420 ss;

GAUDIN H., *Amsterdam: l'échec de la hiérarchie des normes?*, in RTDE, 1999, 3 ss;

GAUTRON J.C., *Un ordre juridique autonome et hiérarchisé*, in *De la Communauté de droit à l'Union de droit, continuités et avatars*, Paris, 2000;

GAJA G., *The Growing Variety of Procedures Concerning Preliminary Rulings*, in *Judicial Review in European Union Law*, in *Liber Amicorum in Honour of lord Slynn of Hadley*, The Hague – London – Boston, 2000, 143 ss;

GAJA G., *Fonti comunitarie*, in *Dig. .disc. pubbl.*, Torino, VI, 1991, 433 ss;

- GAJA G., *Aspetti problematici della tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario*, in *Riv. Dir. Internaz.*, 1988, 574;
- GHIRGA M.F., *Le nuove norme sui procedimenti cautelari*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, 781 ss;
- GHIRGA M.F., *La meritevolezza della tutela richiesta*, Milano, 2003;
- GHIRGA M.F., *Principi generali del processo e misure provvisorie*, in *Riv. dir. proc.*, 1997, 489 ss;
- GIACALONE G., *Mancata attuazione di direttive comunitarie e responsabilità dello Stato nei confronti del singolo, un ripensamento della Cassazione*, in *Giust. Civ.*, 2003, 1193 ss;
- GIANNINI M.S., *Giustizia amministrativa*, Roma, 1963;
- GIANNINI M.S., *Provvedimenti amministrativi generali e regolamenti ministeriali*, in *Foro it.*, 1953, III, 9 ss;
- GIANNINI M.S., *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939;
- GILLIAUX P., *L'arrêt Unión de Pequeños Agricultores: entre subsidiarité juridictionnelle et effectivité*, in *Cahiers dr. eur.*, 2003, 177 ss;
- GIMENO FELIU J.M., *Contratos públicos: ámbito de aplicación y procedimiento de adjudicación. La incidencia de las Directivas comunitarias en el Ordenamiento jurídico español*, Madrid, 2003;
- GIORGETTI M.C., *Le nuove norme sulle comunicazioni e notificazioni*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, 712 ss;
- GIORGETTI M.C., *L'equa riparazione per la durata irragionevole del processo*, Bergamo, 2003;
- GIORGETTI M.C., *Domanda e procedimento nelle recenti esperienze del processo cautelare*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, 810 ss;
- GIRERD P., *L'article 68 CE: un renvoi préjudiciel d'interprétation et d'application incertaines*, in *RTDE.*, 1999, 239 ss;
- GIULIANI A. – PICARDI N., *La responsabilità del giudice*, Milano, 1995;
- GLAESNER A., *Die Vorlagepflicht unterinstanzlicher Gerichte im Vorabentscheidungsverfahren*, in *Europa Recht*, 1990, 143 ss;
- GLASSON E. – TISSIER A., *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure*, I, 3a ed., Paris, 1925;
- GLÉLÉ, *Le sursis à exécution d'une décision négative*, in *Dalloz*, 1969, 161 ss;

- GOFFIN L., *Le recours en annulation des particuliers*, in *Cahiers dr. eur.*, 1966, n. 1, 72 ss;
- GONZALEZ BOTIJA, *La tutela cautelar en el marco de la politica de pesca comun*, in *Rev. inst. eur.*, 1996, 171 ss;
- GONZÀLEZ VARAS S., *El Contrato administrativo*, Madrid, 2003;
- GORLA G., *Procedimenti sommari nel diritto anglo-americano*, in *Riv. dir. proc.*, 1967, 56 ss;
- GRABITZ, *Kommentar zum EWG-Vertrag*, Monaco, 1986;
- GRANGER M.P., *Towards a Liberalisation of Standing Conditions for Individuals Seeking Judicial Review of Community Acts: Jègo-Quéré et Cie SA v Commission and Unión de Pequeños Agricultores v Council*, in *The Modern Law Review*, 2003, 124 ss;
- GRASSO G., *Della responsabilità delle parti*, in *Commentario al Codice di procedura civile* diretto da E. Allorio, I, 2, Torino, 1973, 1006 ss;
- GRASSO G., *Dei poteri del giudice*, in *Commentario al Codice di procedura civile* diretto da E. Allorio, I, Torino, 1973, 1254 ss;
- GRAVELLS N.P., *Effective protection of Community Law Rights: Temporary Disapplication of an act of Parliament*, in *Public Law*, 1991, 180 ss;
- GRAY C., *Interlocutory Injunction since Cyanamid*, in *Cambridge Law Journal*, 1981, n. 40, 307 ss;
- GRAY C., *Interim Measures of Protection in the European Court*, in *Eur. Law Rev.* 1979, 80 ss;
- GRAZIOSI A., *L'esibizione istruttoria nel processo civile italiano*, Milano, 2003;
- GRECO G., *Fonti comunitarie e atti amministrativi italiani*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1991, 33 ss;
- GREMENTIERI V., *Le misure cautelari nel processo comunitario*, in *Jus*, 1988, 91 ss;
- GREMENTIERI V., *Il ruolo della Corte di giustizia delle Comunità europee per la protezione dei diritti fondamentali in Europa*, in *Dir. comunit. Sc. Internaz.*, 1979, 1 ss;
- GRÉVISSE F. – BONICHOT J.C., *Les incidences sur l'organisation et l'exercice de la fonction juridictionnelle dans les Etats membres*, in *Mélanges en hommage à J. Boulois*, Paris, 1991, 302 ss;
- GUAGLIONE L., *Il processo cautelare*, Napoli, 2006;

- GUALANDI A., *Spese e danni nel processo civile*, Milano, 1962;
- GUETTIER C., *L'administration et l'exécution des décisions de justice*, in AJDA, 1999, 1 ss;
- GUIHAL A., *L'amélioration des procédures d'urgence devant le tribunal administratif*, in RFDA, 1991, 812 ss;
- GUINCHARD S. – FERRAND F., *Procédure civile. Droit interne et droit communautaire*, 28a ed., Paris, 2006;
- GYSELEN L., *La transparence en matière d'aides d'Etat : les droits des tiers*, in Cah. dr. eur., 1993, 417 ss;
- HANF D., *Le jugement de la Cour constitutionnelle fédérale allemand sur la constitutionnalité du Traité de Maastricht*, in RTDE, 1994, 391 ss;
- HARTLEY, *Interim measures against France in the lamb war*, in *European Law Review*, 1980, 363 ss;
- HENKE, *Die Tatfrage*, Duncker & Humblot, 1966;
- HEURTE', *Le recours sur renvoi des tribunaux judiciaires*, in A.J.D.A., 1958, I, 111 ss;
- HOSKINS, *Tilting the Balance: Supremacy and National Procedural Rules*, in *European Law Rev.*, 1996, 365 ss;
- HUGLO J.C., *Cour de Justice. Le référé*, in *Jurisclasseurs Europe*, Paris, 1992, fasc. 390, 161ss ;
- IANNONE C., *Commento agli artt. 242 – 243 del Trattato CE*, in *Trattati dell'Unione Europea e della Comunità Europea* a cura di TIZZANO A., Milano, 2004, 1145 ss;
- IANNOTTA L., *Sull'annullamento con rinvio dell'ordinanza cautelare per vizi di procedura*, in *Dir. proc. amm.*, 1985, 591 ss;
- IDEM, *El procedimiento de medidas cautelares ante el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades europeas*, Madrid, 1993;
- IDOT L., *Les mesures provisoires en droit de la concurrence : un nouvel exemple de symbiose entre le droit français et le droit communautaire de la concurrence*, in *Rev. trim. dr. eur.*, 1993, n° 29, 582 ss;
- IPSEN H.P., *Europäisches Gemeinschaftsrecht*, Tübingen, 1972;
- JACOB, *La giustizia civile in Inghilterra*, Bologna, 1995;

JACOBS, *Interim Measures in the Law and Practice of the Court of Justice of the European Communities*, in *Interim Measures Indicated by International Courts* a cura di BERNHARDT, Berlin – Heidelberg – New York, 1994, 38 ss;

JACOBS J.I.H., *The Fabric of English Civil Justice*, London, 1987;

JACQUÉ J.P., *L'arrêt Bosphorus, une jurisprudence "Solange II" de la Cour européenne des droits de l'homme?*, in RTDE, 2005, 761 ss;

JACQUE' J.P., *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 3a ed., Paris, 2004;

JACKSON, *Questions of Fact and Questions of Law*, in *Fact and Law* a cura di Twining, Arsp, 1983, 85 ss;

JAUERNIG A., *Der zulässige Inhalt einstweiliger Verfügungen*, ZZZ, 79, 1966, 321 ss;

JOLIET R., *Protection juridictionnelle provisoire et droit communautaire*, in *Riv. dir. eur.*, 1992, 253 ss;

JOLIET R., *Le droit institutionnel des Communautés européennes. Le contentieux*, Liège, 1981;

JOLOWICZ J.A., *Civil and administrative procedure*, in *On civil procedure*, Cambridge, 2000;

JOVE' M.A., *Medidas cautelares innominadas en el proceso civil*, Barcelona, 1995;

JUILLARD P., *Procédure des questions préjudicielles et renforcement du lien communautaire*, in RTDE, 1968, 293 ss;

JUSO R., *Lineamenti di giustizia amministrativa*, Milano, 1998;

KADELBACH S., *Diritto comunitario e giustizia cautelare amministrativa*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2000, 343 ss;

KAPTEYN P.J.G., *Reflections on the Future of the Judicial System of the European Union after Nice*, in *20 Yearbook of European Law*, Oxford 2001;

KAPTEYN P. J. G. – VERLOREN VAN THEMAAT P., *Introduction to the Law of the European Communities*, London, 1998;

KELSEN H., *La dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino, 1975;

KNAUB G., *La procédure devant la Cour de Justice des Communautés Européennes*, in RTDE, 1967, 269 ss;

KOHLER J., *Feststellende einstweilige Verfügungen?*, in ZZZ, 1990, 184 ss;

KOPP F., *Verwaltungsgerichtsordnung*, 7a ed., München, 1986;

KOVAR R., *Vers un statut du droit d'exécution du droit communautaire dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, in *Europe*, 2007, n. 2, 4 ss;

KOVAR R., *La Déclaration n° 16 annexée au Traité sur l'Union Européenne : chronique d'un échec annoncé ?*, in *Cahiers dr. eur.*, 1997, n. 3, 3 ss

KOVAR R., *Cour de Justice, Procédure*, in *Jurisclasseur Europe*, fasc. 320, 1989, § 152;

KOVAR R., *Les États membres et la compétence de la Cour*, in *La Cour de Justice des Communautés européennes et les États membres*, Bruxelles, 1981;

KOVAR R., *L'applicabilité directe du Droit communautaire*, Clunet, 1973;

KRÜGER H.C. – POLAKIEWICZ J., *Proposition pour la création d'un système cohérent de protection des droits de l'homme en Europe*, in *RUDH*, 2001, n. 13, 1 ss;

KUCHINKE, *Grenzen der Nachprüfbarkeit in der tatrichterlicher Würdigung und Feststellung zum Revisionsrecht*, Berlin, 1964;

LABAYLE H., *Le Traité d'Amsterdam. Un espace de liberté, de sécurité et de justice*, in *RTDE*, 1997, 862 ss;

LABAYLE H., *L'effectivité de la protection juridictionnelle des particuliers. Le droit administratif français et les exigences de la jurisprudence européenne*, in *RFDA*, 1992, 628 ss;

LABETOULLE D., *Le projet de réforme des procédures d'urgence devant le juge administratif*, in *AJ*, 1999, 79;

LA CHINA S., voce *Comunicazione (dir. proc. civ.)*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988, 2 ss;

LA CHINA S., *Quale futuro per i provvedimenti d'urgenza?*, in *I processi speciali. Studi offerti a Virgilio Andrioli dai Suoi allievi*, IV, Napoli, 1970, 154 ss;

LA CHINA S., *La chiamata in garanzia*, Milano, 1962;

LAFERRIÈRE E., *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Paris, 1896, t. 2, 602 ss;

LALIGANT M., *La notion d'intérêt pour agir et le juge administratif*, in *RDP*, 1971, 43 ss;

LA MARCA G., *La sospensione cautelare degli appalti pubblici nel procedimento ex art. 169 del Trattato di Roma*, in *Riv. dir. eur.*, 1989, 383 ss;

- LAMBERTI A., *Il ricorso avverso il silenzio*, in *Verso il nuovo processo amministrativo* a cura di CERULLI IRELLI V., Torino, 2000, 241 ss;
- LANCELLOTTI, *Comunicazione (dir. proc. civ.)*, in *Noviss. dig. it.*, III, Torino, 1959, 846 ss;
- LANFRANCHI L., *Diritti dei lavoratori, cassa integrazione guadagni e provvedimenti d'urgenza*, in *Riv. giur. lav.*, 1982, II, 654 ss;
- LANGRISH, *The Treaty of Amsterdam: Selected Hilights*, in *Eur. Law Review*, 1998, 3 ss;
- LA PERGOLA A., *Il giudice costituzionale italiano di fronte al primato e all'effetto diretto del diritto comunitario: note su un incontro di studio*, in *Giur. Cost.*, 2003, 2419 ss;
- LASOK K.P.E., *The European Court of Justice, Practice and Procedures*, London, 1984;
- LAWSON, *Remedies of English Law*, 2a ed., London, 1980;
- LAZZARA P., *Tutela cautelare e misure d'urgenza nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 1167 ss;
- LE BAUT B., *La Communauté européenne et l'autonomie institutionnelle et procédurale des États membres*, Lyon, 1996;
- LECOURT R., *L'Europe des Juges*, Bruxelles, 1976;
- LEIPOLD D., *Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes*, München, 1971;
- LEITAG A.R., *L'effet direct des directives: une mythification?*, in *RTDE*, 1981, 17 ss;
- LENAERTS K., *La modulation de l'obligation de renvoi préjudiciel*, in *Cahiers dr. eur.*, 1983, 471 ss ;
- LENAERTS – ARTS, *Procedural law of the European Union*, Londra, 1999;
- LEVITT M., *Access the file: the Commission's administrative procedures in cases under articles 85 and 86*, in *Common Market Law Review*, 1997, 1413 ss;
- LIEBMAN E.T., *Manuale di diritto processuale civile*, 6a ed., Milano, 2002;
- LIEBMAN E.T., *Sulla sospensione "propria" ed "impropria" del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1958, 153 ss;
- LIEBMAN E.T., *Unità del procedimento cautelare*, in *Riv. dir. proc.*, 1954, I, 248 ss;

LIMBERTI L., *Principio di effettività della tutela giurisdizionale e diritto comunitario: a proposito del potere del giudice nazionale di concedere provvedimenti provvisori cautelari "positivi"*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1996, 991 ss;

LIVRANOS N., *The new specialised courts within the European judicial system*, in *European Law Review*, 2005, 261 ss;

LO CASCIO (a cura di), *La riforma del diritto societario. Il procedimento*, Milano, 2003;

LOMBARDO L., *Natura e caratteri dell'istruzione probatoria nel processo cautelare*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, 464 ss;

LOREDO COLUNGA M., *La casación civil: el ámbito de recurso y su adecuación a los fines casacionales*, Valencia, 2004;

LORENZETTO PESERICO A., *Spese giudiziali*, in *Digesto disc. priv.*, XVII, Torino, 1998, 673 ss;

LOUIS J.V., *Recours constitutionnel et primauté du droit communautaire*, in *Foro it.*, 1975, 1, 2661 ss;

LOUIS J.V., *Le droit des particuliers d'agir en annulation selon le traité du Marché commun*, in *Rev. de Derecho, Jurisprudencia y Administracion*, 1964, 213 ss;

LOUTERMANN D. – FEBVRE M., *Les incidents de procédure au sens de l'article 91 du règlement de procédure de la Cour de justice de Communautés européennes*, in *Gaz. Pal.*, 11 giugno 1989, n° 162, 8 ss;

LUCHAIRE F., *Le contrôle de la constitutionnalité des engagements internationaux et ses conséquences relatives à la Communauté européenne*, in *RTDE*, 1979, 331 ss;

LUISO F.P., *Diritto processuale civile*, I – IV, 3a ed., Milano, 2000;

LUISO F.P. – SASSANI B., *Le riforme più recenti del processo civile*, Milano, 2006;

LYONNET B., *Les pouvoirs du juge des référés, en fonction des notions de contestation sérieuse et d'apparence du droit*, in *Rev. jurisp. comm.*, 1975, 3 ss;

MAGNON X., *Le chemin communautaire du Conseil constitutionnelle: entre ombre et lumière: principe et conséquence de la spécificité constitutionnelle du droit communautaire*, in *Europe*, 2004, étude 9;

MAINETTI, *Il controllo dei soci e la responsabilità degli amministratori nella società a responsabilità limitata*, in *Società*, 2003, n. 7, 941 ss;

- MALFERRARI L., *Annulment Actions by Third Parties Against Decisions of the Italian Competition Authority Held Admissible. Change in the Italian Case Law: Only a Positive Development or the Opening of a Pandora's Box?*, in *E.C.L.R.*, 2006, n. 2, 74 ss;
- MANDRIOLI C., *I provvedimenti d'urgenza: deviazioni e proposte*, in *Riv. dir. proc.*, 1985, 657 ss;
- MANIGK, *Beiträge zum Revisionsrecht*, in *ZZP*, 1960, 385 ss;
- MANIN P., *Droit constitutionnel de l'Union européenne*, Pedone, 2004;
- MARCHAL P., *Les référés*, Bruxelles, 1992 ;
- MARCOU G., *Caractères généraux et évolution de la juridiction administrative en Europe*, in *RFDA*, 2006, n. 1, 84 ss;
- MARELLI F., *La stabilità dei provvedimenti cautelari*, in *Riv. dir. proc.*, 1999, 783 ss;
- MARENCO R., *La discrezionalità del giudice civile*, Torino, 1996;
- MARI S., *La forza del giudicato delle decisioni dei giudici nazionali di ultima istanza nella giurisprudenza comunitaria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, 1007 ss;
- MARIATTE F., *Recours en annulation, Règlement antidumping*, in *Europe*, 2006, n. 3, 15 ss;
- MARINELLI G., *Note in tema di tutela cautelare nel nuovo rito societario*, in *Corr. Giur.*, 2004, 1248 ss;
- MARTIN R., *Le référé, théâtre d'apparence*, in *Dalloz*, 1979, Chron. 158;
- MARTIN R., *Les contradictions de la chose jugée*, in *J.C.P.*, 1959, I, 2938 ss;
- MARTINELLI, *Alcune questioni sull'ambito di applicazione del nuovo rito cautelare uniforme*, in *Foro it.*, 1995, V, 168 ss;
- MARTINO R., *Equa riparazione*, in *Codice di procedura civile a cura di PICARDI N.*, 3a ed., Milano, 2004, 2804 ss;
- MARTINO R., *Sul diritto all'equa riparazione in caso di violazione del termine ragionevole del processo*, in *Riv.dir.proc.*, 2002, 1068 ss;
- MARTINO R., *La giurisdizione italiana nelle controversie civili transnazionali*, Padova, 2000;
- MARZUOLI C., *Discrezionalità amministrativa e sindacato giudiziario: profili generali*, in *Dir pubbl.*, 1998, 127 ss;

- MASI P., *Il gruppo europeo di interesse economico*, Torino, 1994;
- MASSARI H., *La stabilità del provvedimento cautelare nel processo civile tedesco*, in *Riv. dir. proc.*, 1996, 480 ss;
- MASUCCI A., *La lunga marcia della Corte di Lussemburgo verso una “tutela cautelare europea”*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1996, 1155 ss;
- MASTROIANNI R., *Fonti, sussidiarietà ed iniziativa legislativa nel testo della Costituzione per l'Europa*, in *Dir. pubbl. comp. europ.*, 2003, 1739 ss;
- MASTROIANNI R., *Il Trattato di Nizza ed il riparto di competenze tra le istituzioni giudiziarie comunitarie*, in *Dir. Un. Eur.*, 2001, 768 ss;
- MASTROIANNI R., *Rinvio pregiudiziale e sospensione del processo civile: la Cassazione è “più realista del re”?*, in *Dir. Un. Eur.*, 2000, 92 ss;
- MASUCCI A., *La riforma francese dei procedimenti di urgenza davanti al giudice amministrativo*, in *Giorn. Dir. amm.*, 2001, 444 ss;
- MATTARELLA B.G., *L'attività*, in *Trattato di diritto amministrativo* a cura di S. CASSESE, I, Milano, 2003, 751 ss;
- MAZZAROLLI L., *Conferma dell'atto amministrativo*, in *Enc. giur. Treccani*, VIII, Roma, 1988, 1 ss;
- MEHDI R., *La recevabilité des recours formés par les personnes physiques et morales à l'encontre d'un acte de portée générale: l'aggiornamento n'aura pas eu lieu...*, in *RTDE*, 2003, 23 ss;
- MEHDI R., *La double hiérarchie normative à l'épreuve du projet de traité établissant une Constitution pour l'Europe*, in *Etudes en l'honneur de J.C. Gautron*, Paris, 2004, 443 ss;
- MEHDI R., *Le droit communautaire et les pouvoirs du juge national de l'urgence*, in *Rev. trim. dr. eur.*, 1996, 77 ss;
- MEIJERS E.M., *Le développement des ordonnances sur référé en France*, in *Rev. hist. de dr. franç. et étranger*, 1948, 259 ss;
- MENCHINI S., *Processo amministrativo e tutele giurisdizionali differenziate*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, 969 ss;
- MENESTRINA F., *La pregiudiziale nel processo civile*, Vienna, 1904, rist., Milano, 1963;
- MENGONI L., *Note sul rapporto tra fonti di diritto comunitario e fonti di diritto interno degli Stati membri*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, 523 ss;
- MERLIN E., *Le misure provvisorie e cautelari nello spazio giudiziario europeo*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, 759 ss;

- MERLIN E., *Procedimenti cautelari e urgenti in generale*, in *Dig., disc. priv.*, sez. civ., XIV, Torino, 1995, 393 ss;
- MERLIN E., *Variazioni sui rapporti fra misura cautelare, sentenza di accertamento mero, di condanna o costitutiva e giudicato favorevole*, in *Riv. dir. proc.*, 1992, 954 ss;
- MERTENS DE WILMARS J.P., *Het kort geding voor het Hof van Justitie van de Europese gemeenschappen*, in *Sociaal-Economische Wetgeving*, 1986, 32 ss;
- MICHELI G.A., *La prova a futura memoria*, ora in *Opere minori di diritto processuale civile* a cura di COLESANTI V. – PICARDI N. – TARZIA G., Milano, 1982, 472 ss;
- MICHELI G.A. , *Corso di diritto processuale civile*, Milano, 1959;
- MICHOUD M.L., *Étude sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration*, in *Annales de l'Université de Grenoble*, 1913, 439 ss;
- MIEHSLER-VOGLER, *Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention*, Köln, 1986;
- MIGLIAZZA A., *Azioni e provvedimenti di annullamento nel sistema della Corte di giustizia delle Comunità europee*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, 1482 ss;
- MIGLIORANZA M., *Il ricorso di annullamento tra verifica della legittimità degli atti comunitari e garanzia degli interessi dei cittadini*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2004, 1512 ss;
- MISCHO J., *Un rôle nouveau pour la Cour de justice?*, in *Rev. marché comm.*, 1990, 683 ss;
- MODERNE F., *Sur le nouveau pouvoir d'injonction du juge administratif*, in *RFDA*, 1996, 43 ss;
- MODUGNO F., *I principi costituzionali supremi come parametro nel giudizio di legittimità costituzionale*, in *Il principio di unità nel controllo sulle leggi nella giurisprudenza della Corte Costituzionale* a cura di MODUGNO F. – AGRO' A.S. – CERRI A., Torino, 2002, 292 ss;
- MODUGNO F., *Appunti per una teoria generale del diritto*, 2a ed., Torino, 1998;
- MODUGNO F., *Fonti del diritto (gerarchia)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1997, Agg., I, 567ss;
- MONJAL P.J., *La Conférence intergouvernementale de 1996 et la hiérarchie des normes communautaires*, in *RTDE*, 1996, 684 ss;

- MONTANARI M., *Giurisdizione amministrativa e misure cautelari tipiche del processo civile*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 35 ss;
- MONTELEONE G., *Il codice di procedura civile italiano del 1865*, in *Codice di procedura civile del Regno d'Italia – 1865*, in *Testi e documenti per la storia del processo* a cura di PICARDI N. –GIULIANI A., Milano, 2004;
- MONTELEONE S., *Il processo civile alla luce dell'art. 111 Cost*, in *Gust. Civ.*, 2001, II, 523 ss;
- MONTELEONE S., *Intervento in causa*, in *NNDI*, App. IV, Torino, 1983, 345 ss;
- MONTERO AROCA J. – FLOR MATIES, *Los recursos en el proceso civil*, Valencia, 2001;
- MONTESANO L., *Strumentalità e superficialità della cognizione cautelare*, in *Riv. dir. proc.*, 1999, 309 ss;
- MONTESANO L., *Provvedimenti d'urgenza "ante causam" nei giudizi amministrativi*, in *Riv. dir. proc.*, 1998, 1192 ss;
- MONTESANO L., *I provvedimenti d'urgenza nel processo civile*, Milano, 1955;
- MORBIDELLI G., *La tutela giurisdizionale dei diritti nell'ordinamento comunitario*, Milano, 2001;
- MORI P., *Il nuovo art. 171, par. 2, del Trattato CE e le sanzioni per gli Stati membri inadempienti*, in *Riv. dir. int.*, 1994, 58 ss;
- MORI P., *Procedimenti nazionali d'urgenza ed art. 177 del trattato CEE*, in *Riv. dir. internaz.*, 1979, 689 ss;
- MORTATI C., *Discrezionalità*, in *Nss. D.I.*, V, Torino, 1968, 1102 ss;
- MORVIDUCCI C., *Le misure cautelari nel processo comunitario*, Padova, 2004;
- MORVIDUCCI C., *Fumus boni iuris e misure cautelari nel processo comunitario*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1999, 705 ss;
- MOTULSKY H., *Pour une délimitation plus précise de l'autorité de la chose jugée en matière civile*, in *Dalloz*, 1968, *Chron.*, 1 ss;
- MUSCARDINI M., *Potere cautelare dei giudici nazionali in materie disciplinate dal diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1991, 1042 ss;
- MUSSELLI L., *La giustizia amministrativa nell'ordinamento comunitario*, Torino, 2000;
- NAPPI A., *Il sindacato di legittimità nei giudizi civili e penali di cassazione*, Milano, 2006;

NARDO G., *La nuova funzione conciliativa dell'accertamento tecnico preventivo alla luce della recente legge 80/2005*, in www.judicium.it;

NARDO G., *Contributo allo studio dell'istruzione preventiva*, Napoli, 2005;

NASCIMBENE B. – DANIELE L. (a cura di), *Il ricorso di annullamento nel Trattato istitutivo della Comunità europea*, Milano, 1998;

NEGRI M., *Giurisdizione e amministrazione nella tutela della concorrenza*, I, Torino, 2006;

NELA P.L., *Procedimenti cautelari, possessori e di istruzione preventiva, di separazione, nel decreto competitività*, in www.judicium.it;

NERI S., *Le recours en annulation dans la Communauté Européenne: rôles et limite*, in *Rev. Marché Commun*, 1967, 452 ss ;

NEVILLE BROWN L. – JACOBS F.G., *The Court of Justice of the European Communities*, London, 1983;

NICOTINA G., *L'istruzione preventiva nel codice di procedura civile*, Napoli, 1979;

NIEVA FENOLL J., *El recurso de casación civil*, Barcelona, 2002;

NIGRO M., *L'art. 700 conquista anche il processo amministrativo*, in *Giur. it.*, 1985, I, 1, 1297 ss;

NIGRO M., *Il giudicato amministrativo ed il processo di ottemperanza*, in *Atti del XXVII Convegno di Studi di Scienze dell'Amministrazione*, Milano, 1983, 75 ss;

NIGRO M., *Sulla natura giuridica della sospensione da parte del Consiglio di Stato degli atti amministrativi impugnati*, in *Foro amm.*, 1941, 283 – 284;

NIHOUL P., *La recevabilité des recours en annulation introduits par un particulier à l'encontre d'un acte communautaire de portée générale*, in *Rev. trim. dr. eur.*, 1994, 171 ss;

NORDSJO A., *Regulation 1/2003: Power of the Commission to Adopt Interim Measures*, in *E.C.L.R.*, 2006, n. 6, 299 ss;

NUZZO M., *Introduzione alle scienze giuridiche. Norme – soggetti – attività*, Torino, 2005;

OLIVER P., *Law, Politics and Public Accountability. The Search for a New Equilibrium*, in *Public Law*, 1994, 251 ss;

OLIVER P., *Interim Measures : Some Recent Developments*, in *Common Market Law Review*, 1992, 7 ss;

OLIVER P., *Le droit communautaire et les voies de recours nationales*, in *Cahiers dr. Eur.*, 1992, 371 ss;

OLIVIERI G., *Brevi considerazioni sulle nuove norme del procedimento cautelare uniforme*, in www.judicium.it;

OLMI G., *Les rapports entre droit communautaire et droit national dans les arrêts des juridictions supérieures des États membres*, in *R.M.C.*, 1981, 178 ss;

OLMI G., *Les hautes juridictions nationales, juges du droit communautaire*, in *Du droit international au droit de l'intégration. Liber amicorum en l'honneur de Pierre Pescatore*, Baden – Baden, 1987, 499 ss;

OPPERMANN T., *Il processo costituzionale europeo dopo Nizza*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2003, 353 ss;

PAIS ANTUNES L.M., *Interim Measures under EC Competition Law – Recent Developments*, in *Yearbook of European law*, 1993, 83 ss;

PAJARDI A., *La responsabilità per le spese e i danni del processo*, Milano, 1959;

PALEOLOGO G., *Sospensione dell'esecuzione: II) Sospensione dell'esecuzione dell'atto amministrativo e altre misure cautelari*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1993, XXX, 8 ss;

PALEOLOGO G., *Il giudizio cautelare amministrativo*, Milano, 1971;

PALLARO P., *Il ricorso di annullamento degli atti comunitari da parte dei privati: proposte di lettura dell'attuale giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2002, 87 ss;

PALLARO P., *Il diritto all'equo processo nell'ordinamento giuridico comunitario alla luce della recente giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Dir. comunit. sc. internaz.*, 2000, n. 3, 487 ss;

PANZAROLA A., *La modifica dell'art. 696 (accertamento preventivo sulla persona) e la introduzione dell'art. 696 bis (consulenza tecnica preventiva ai fini della conciliazione della lite)*, in *Commentario alla riforma del processo civile, I*, a cura di BRIGUGLIO A. – CAPPONI B., Padova, 2007, 254 ss;

PANZAROLA A., *La Cassazione civile giudice del merito, I e II*, Torino, 2005;

PANZAROLA A., *Il processo cautelare*, in *Il processo davanti al giudice amministrativo. Commento sistematico alla legge n. 205/2000* a cura di SASSANI B. – VILLATA R., 2a ed., Torino, 2004, 60 ss;

PAOLANTONIO N., *Il sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo*, Padova, 2000;

PARGA A.H., *Bosphorus v. Ireland and the protection of fundamental rights in Europe*, in *Eur. Law rev.*, 2006, 251 ss;

- PARISIO V. (a cura di), *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, Milano, 1998;
- PASTOR B., *Actuacion procesal del abogado ante el Tribunal de Justicia de las C.E.*, in *Revista General de Derecho*, 1987, n. 12, 6599 ss;
- PASTOR B. – VAN GINDERACHTER E., *La procédure en référé*, in RTDE, 1989, 561 ss ;
- PASTORI G., *Discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Foro amm.*, 1987, 3165 ss;
- PATERNITI F., *La riforma dell'art. 117, comma 1, Cost. e le nuove prospettive nei rapporti tra ordinamento giuridico nazionale e Unione Europea*, in *Giur. Cost.*, 2004, 2101 ss;
- PEDRAZZOLI, *La tutela cautelare delle situazioni soggettive nel rapporto di lavoro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1973, 1067 ss;
- PERA G., *Possibili soluzioni d'urgenza a favore del lavoratore e dell'assicurato*, in DL, 1967, I, 164 ss;
- PÉREZ DAUDI' V., *Las medidas cautelares. En instituciones del nuevo proceso civil: comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000*, III, Barcelona, 2000;
- PERROT R., *La coercizione per dissuasione nel diritto francese*, in *Riv. dir. proc.*, 1996, 658 ss;
- PERROT R., *L'évolution du référé*, in *Mélanges Pierre Hébraud*, Toulouse, 1981, 645 ss;
- PERROT R., *Chose jugée*, in *Enc. Dalloz, Rép. Proc. civ.*, Paris, 1978;
- PESCATORE P., *The Court of Justice of the Communities and the European Convention on Human Rights*, in *Mélanges Wiarda*, 1988, 457 ss;
- PESCATORE P., *Le mesures conservatoires et les référés*, in *La juridiction internationale permanente*, Paris, 1987, 315 ss;
- PESCATORE P., *L'ordre juridique des Communautés européennes*, 2a ed., Liège, 1973;
- PESCATORE P., *The Protection of Human Rights in the European Communities*, in *Common Market Law Review*, 1972, 73 ss;
- PESCATORE P., *Interpretation of Community Law and the Doctrine of « Acte Clair »*, in *Legal Problems of an Enlarged European Community*, 1972, 27 ss;
- PESCATORE P., *L'attitude des juridictions nationales à l'égard du problème des effets directs du droit communautaire*, in RTDE, 1970, 296 ss;

PETER B., *Spécificités au regard du droit français des procédures d'urgence en droit allemand*, in RDP, 1994, 185 ss;

PETIT B., *L'évidence*, in RTD civ., 1986, 485 ss;

PHILIP, *La Cour de Justice des Communautés européennes et la protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire*, in *Annuaire français de droit int.*, 1975, 383 ss;

PICARDI N., *La responsabilità del giudice: la storia continua*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, 283 ss;

PICARDI N., *Manuale del processo civile*, Milano, 2006;

PICARDI N., *La vocazione del nostro tempo per la giurisdizione*, in *Studi di diritto processuale civile in onore di G. Tarzia*, I, Milano, 2005, 179 ss;

PICARDI N., *"Audiatur et altera pars". Le matrici storico-culturali del contraddittorio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, 7 ss;

PICARDI N., *Il principio del contraddittorio*, in *Riv. dir. proc.*, 1998, 673 ss;

PICARDI N., *Juge, État, communauté*, in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs?*, in *Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Paris, 1996, 651 ss

PICARDI N., *Dalla responsabilità del giudice alla responsabilità dello Stato giudice*, in *Scritti in onore di A. Falzea*, Milano, 1991, vol. III, 2, 697 ss;

PICARDI N., *Il conciliatore*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, 1067 ss;

PICARDI N., *L'art. 700 c.p.c.: uso e abuso di uno strumento per la formazione giudiziale del diritto*, in *Giust. Civ.*, 1983, 324 ss;

PICARDI N., *L'equità integrativa nel nuovo processo del lavoro*, in *Riv. dir. proc.*, 1976, 467 ss;

PICARDI N., *Termine "ragionevole" ed opposizione alla sentenza dichiarativa di fallimento*, in *Riv. dir. proc.*, 1974, 444 ss;

PICARDI N., *Dei termini*, in *Commentario al codice di procedura civile a cura di ALLORIO E.*, I, 2, Torino, 1973, 1532 ss;

PICARDI N., *Per una sistemazione dei termini processuali*, in *Jus*, 1963, 2353 ss;

PICARDI N. – MARTINO R., *Termini – I) diritto processuale civile*, in *Enc. Giur.*, XXXI, Roma, 1994, 1 ss;

PICARDI N. – VACCARELLA R. (a cura di), *La responsabilità del giudice*, in NLCC, 1989, 1203 ss;

- PICO' I JUNOY, *El derecho a la prueba en el proceso civil*, Barcelona, 1996;
- PIGEAU E.N., *La procédure civile des tribunaux de France, démontrée par principes, et mise en action par des formules*, Paris, 1807;
- PIRAS A., *Discrezionalità*, in Enc. dir., XIII, Milano, 1964, 65 ss;
- PIROCHE A., *Les mesures provisoires de la Commission des Communautés européennes dans le domaine de la concurrence*, in RTDE, 1989, 439 ss;
- PROTO PISANI A., *Novità nella disciplina dei procedimenti cautelari in generale (1994/2005)*, in *Foro it.*, 2007, V, 81 ss;
- PROTO PISANI A., *Lezioni di diritto processuale civile*, 5a ed., Napoli, 2006;
- PROTO PISANI A., *La nuova disciplina del processo societario (note a prima lettura)*, in *Foro it.*, 2003, V, 11 ss;
- PROTO PISANI A., *Procedimenti cautelari*, in E.G.I., XXIV, Roma, 1991, 1 ss;
- PROTO PISANI A., *La nuova disciplina del processo civile*, Napoli, 1991;
- PROTO PISANI A., *Appunti sulla tutela cautelare*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, I, 119 ss;
- PROTO PISANI A., *Rilevanza del principio secondo cui la durata del processo non deve andare a danno dell'attore che ha ragione*, in *Foro it.*, 1985, I, 1881 ss;
- PROTO PISANI A., *Appunti sulla giustizia civile*, Bari, 1982;
- PUNZI C., *Delle comunicazioni e delle notificazioni*, in *Commentario del Codice di procedura civile* diretto da E. ALLORIO, I, Torino, 1973, 1438 ss;
- PUNZI C., *Comunicazione*, in Enc. dir., VIII, Milano, 1961, 208 ss;
- PUNZI C., *La notificazione nel processo civile*, Milano, 1956;
- QUERZOLA L., *La tutela cautelare antitrust fra processo e amministrazione: riflessioni minime*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, 279 ss;
- QUERZOLA L., *La tutela anticipatoria fra procedimento cautelare e giudizio di merito*, Bologna, 2006;
- QUERZOLA L., *Colpo d'ariete della Corte di Giustizia al tabù della tutela cautelare ante causam nel processo amministrativo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, 353 ss;
- QUERZOLA L., *La tutela cautelare nel processo comunitario: il bilanciamento degli interessi è il nuovo fulcro della decisione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, 317 ss;

QUERZOLA L., *La parola alla Corte di Giustizia sulla tutela cautelare amministrativa “ante causam”*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, 701 ss;

QUERZOLA L., *L’atteso responso della Consulta: lascino ogni speranza i sostenitori della tutela cautelare amministrativa “ante causam”?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, 1431 ss;

QUERZOLA L., *La nuova tutela cautelare amministrativa è già davanti alla Consulta: una ipotesi di responso*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, 821 ss;

QUERZOLA L., *Appunti sulle condizioni per la concessione della tutela cautelare nell’ordinamento comunitario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, 501 ss;

QUERZOLA L., *La tutela cautelare nel processo amministrativo: avvicinamento o allontanamento dal processo civile?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, 173 ss;

RAITI G., *La collaborazione giudiziaria nell’esperienza del rinvio pregiudiziale comunitario*, Milano, 2003;

RAMOS ROMEU F., *Las medidas cautelares civiles*, Barcelona 2006;

RASMUSSEN H., *Why is Article 173 interpreted against private plaintiffs?*, in *Eur. Law Rev.*, 1980, 112 ss;

RECCHIONI S., *Il processo cautelare uniforme*, in *I procedimenti sommari e speciali, II, Procedimenti cautelari* a cura di CHIARLONI S. – CONSOLO C., Torino, 2005;

RECCHIONI S., *Il pericolo come elemento della fattispecie processuale cautelare: il pericolo come relazione fra eventi*, in *Studi di diritto processuale civile in onore di G. Tarzia, II*, Milano, 2005, 1431 ss;

RENGELLING – MIDDEKE – GELLERMANN, *Rechtsschutz in der Europäischen Union*, Monaco, 1994;

RICCI E.F., *Profili della nuova tutela cautelare del privato nei confronti della p.a.*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, 276 ss;

RICCI E.F., *Su alcuni aspetti problematici del “diritto alla prova”*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, 159 ss;

RIDEAU J. (a cura di), *Union européenne, Commentaire des traités modifiés par le Traité de Nice du 26 février 2001*, in LDGJ, 2001, 1 ss;

RIDEAU J. (a cura di), *Le droit au juge dans l’Union européenne*, in LGDJ, 1998, 191 ss;

RIDEAU J., *Le contentieux de l'application du droit communautaire par les pouvoirs publics nationaux*, in *Rec. Dalloz-Sirey*, 1974, Chron., 147 ss;

RIDEAU J. – CHARRIER, *Code de procédures européennes*, Paris, 1994;

RIDEAU J. – PICOD F., *Le pourvoi sur les questions de droit*, in *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, 1995, 584 ss;

RIGAUX F., *La théorie des limites matérielles à l'exercice de la fonction constituante*, Bruxelles, 1985;

RIGAUX F., *La nature du contrôle de la Cour de cassation*, Bruxelles, 1966;

RITLENG D., *Le principe de primauté du droit de l'Union*, in *RTDE*, 2005, 285 ss;

RIVERO J. – WALINE J., *Droit administratif*, Paris, 2000;

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO J.M., *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho Administrativo*, Madrid, 2000;

RODRIGUEZ IGLESIAS G.C., *La tutela judicial cautelar en el derecho comunitario*, in *El derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*, 1993, 638 ss;

ROMANO A.A., *Il nuovo art. 669-bis tra mediation ed anticipazione della prova*, in *Corr. Giur.*, 2006, 405 ss;

ROMANO A.A., *Riflessioni sui provvedimenti cautelari nel nuovo processo societario*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, 1173 ss;

RONDEAU M.C. – RIVER, *L'évidence et la notion de contestation sérieuse devant le juge des référés*, in *Gaz. Pal.*, 1991, doct., 355 ss;

RONSE T., *Réflexions sur la spécificité du recours en carence*, in *Cah. dr. eur.*, 2000, 595 ss ;

ROPPO V., *La responsabilità civile dello Stato per violazione del diritto comunitario (con una trasgressione nel campo dell'illecito "costituzionale" del legislatore)*, in *Contr. e impr. eur.*, 1999, 101 ss;

ROSSI L.S., *"Constitutionnalisation" de l'Unione européenne et des droits fondamentaux*, in *RTDE*, 2002, 27 ss;

ROSSI R., *Conciliazione giudiziale – 1) diritto processuale civile*, in *E.G.I.*, VII, Roma, 1988, 13 ss;

ROSSI SANCHINI M., *La nuova tutela cautelare*, in *Giorn. Dir. amm.*, 2000, 1090 ss;

- ROTH W.H., *The Application of Community Law in West Germany: 1980-1990*, in *Common Market Law Review*, 1991, 147 ss;
- ROTTOLA A., *Il problema della tutela dei diritti fondamentali nell'ambito dell'ordinamento comunitario*, in *Riv. dir. eur.*, 1978, 219 ss;
- ROUSSE J.P., *La contestation sérieuse, obstacle à la compétence du juge des référés; la contestation sérieuse, condition de la compétence des référés*, in *Gaz. Pal.*, 1974, 2 ss;
- RUIZ D. - JARABO, *La réforme de la Cour de justice opérée par le traité de Nice et sa mise en oeuvre future*, in *RTDE*, 2001, 705 ss ;
- SACCUCCI A., *Le misure provvisorie nella protezione internazionale dei diritti umani*, Torino, 2006;
- SALERNO F. *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere nel regolamento (CE) n. 44/2001*, Padova, 2003;
- SALERNO F., *La giurisdizione italiana in materia cautelare*, Padova, 1993;
- SALETTI A., *Il nuovo regime delle misure cautelari e possessorie*, Padova, 2006;
- SALETTI A., *I controlli sulle misure cautelari*, in *Studi in onore di E. Fazzalari*, III, Milano, 1993, 645 ss;
- SALVANESCHI L., *I provvedimenti di istruzione preventiva*, in *Riv. dir. proc.*, 1998, 809 ss;
- SANDULLI A.M., *Sugli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, in *Foro it.*, 1954, IV, 217 ss;
- SAPORITO G., *La sospensione dell'esecuzione del provvedimento impugnato nella giurisprudenza amministrativa*, I, Napoli, 1982;
- SASSANI B., *Il nuovo giudizio di Cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 217 ss;
- SASSANI B., *Il regime del silenzio e l'esecuzione della sentenza*, in *Il processo davanti al giudice amministrativo. Commento sistematico alla legge 205 del 2000*, 2a ed., a cura di SASSANI B. – VILLATA R., Torino, 2004, 403 ss;
- SASSANI B. (a cura di), *La riforma delle società. Il processo*, Torino, 2003;
- SASSANI B., *Silenzio ed esecuzione della sentenza nella riforma del processo amministrativo*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, 409 ss;
- SASSANI B., *Ancora sul d.lgs. n. 80 del 1998*, in *Giust. Civ.*, 1998, I, 434 ss;
- SASSANI B., *Dal controllo del potere all'attuazione del rapporto. Ottemperanza amministrativa e tutela civile esecutiva*, Milano, 1997;

- SASSANI B., *Rimessione della questione alla Corte Costituzionale e tutela in via d'urgenza*, in *Giust. Civ.*, 1992, I, 1822 ss;
- SASSANI B., *Impugnativa dell'atto e disciplina del rapporto*, Padova, 1989;
- SASSANI B., *Note sul concetto di interesse ad agire*, Rimini, 1983;
- SASSANI B. – TISCINI R., *Il nuovo processo societario. Prima lettura del d.lgs. n. 5 del 2003*, in *Giust. Civ.*, 2003, II, 61 ss;
- SATTA F., *Giustizia amministrativa*, Padova, 1997, 367 ss;
- SATTA S., *Provvedimento d'urgenza e rapporto di lavoro*, in *MGL*, 1971, 455 ss
- SATTA S., *Commentario al codice di procedura civile*, IV, parte I, Milano, rist. 1968;
- SATTA S., *Ancora sui provvedimenti di urgenza in materia di lavoro*, in *MGL*, 1968, 420 ss;
- SATTA S., *Provvedimenti di urgenza e urgenza di provvedimenti*, in *MGL*, 1962, 49 ss;
- SATTA S., *Accertamento incidentale*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 245 ss;
- SATTA S., *Limiti di applicazione dei provvedimenti di urgenza*, in *Foro it.*, 1953, I, 132 ss;
- SAULLE M.R., *Recenti sviluppi della tutela dei diritti individuali in Europa*, in *RTDE*, 1976, 227 ss;
- SCAMBIATO L., *La natura del giudizio dinanzi alla Corte di Giustizia delle Comunità Europee avverso le decisioni del Tribunale di primo grado nel processo comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1995, 1049 ss;
- SCARSELLI G., *Le spese giudiziali civili*, Milano, 1998;
- SCARSELLI G., *La condanna con riserva*, Milano, 1989;
- SCHERMERS H.G., *The Communities Under the European Convention on Human Rights*, in *Legal Issues of European Integration*, 1981, 1 ss;
- SCHERMERS H. – WAELBROECK D.F., *Judicial Protection in the European Union*, 6a ed., London, 2000;
- SCHINAIA M.E., *Evoluzione del processo amministrativo nell'esperienza giurisprudenziale tra garanzia e effettività*, in *Cons. Stato*, 1997, II, 329 ss;
- SCHLIKEN E., *Die Befriedigungsverfügung*, Berlin, 1976;

SCHOCKWEILWER F. – WIVENS G. – GODART J.M., *Le régime de la responsabilité extra-contractuelle du fait d'actes juridiques dans la Communauté européenne*, in RTDE, 1990, 24 ss;

SCHOHE G., *La réforme du contentieux communautaire du point de vue des droits du particulier*, in *Cahiers dr. eur.*, 2005, nn. 5 – 6, 661 ss;

SCHØNBERG S. – STOCKWELL N., *Juges, médiateurs ou négociateurs? Le rôle du règlement amiable des conflits au sein des juridictions communautaires*, in RTDE, 2003, 39 ss;

SCHUMANN R., *Deutscher Richter und der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften*, in ZZZP, 1965, 77 ss;

SCHWAIGER P.N., *Le référé dans la procédure de la Cour de justice des trois Communautés européennes*, Thèse, Montpellier, 1965;

SCHWINGE, *Grundlagen des Revisionsrechts*, 2a ed., 1960;

SCOCA F.G. (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2006;

SCOCA F.G., *Prospettive della tutela cautelare*, in *La riforma della giustizia amministrativa in Italia ed in Spagna a cura di RAIMONDI S. – URSI M.*, Torino, 2002, 228 ss;

SCOCA F.G., *Processo cautelare amministrativo e Costituzione*, in *Dir. proc. amm.*, 1983, 311 ss;

SCOCA F.G., *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano, 1971;

SEGNI A., *Intervento in causa*, in NNDI, VIII, Torino, 1962, 942 ss;

SICA M., *Diritto comunitario e giustizia amministrativa: prime riflessioni a margine di una recente sentenza della Corte di Giustizia della Cee*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, 1110 ss;

SILVESTRI C., *Il référé nell'esperienza giuridica francese*, Torino, 2005;

SILVESTRI C., *Il sistema francese dei "référés"*, in *Foro it.*, 1998, V, 9 ss;

SIMON D., *La jurisprudence récente du Conseil d'État : le grand ralliement à l'Europe des juges ?*, in *Europe*, 2007, n. 3, 5 ss;

SIMON D., *L'arrêt "Sarran": dualisme incompressible ou monisme inversé*, in *Europe*, 1999, n. 3, 4 ss;

SIMON D., *Les exigences de la primauté du droit communautaire : continuité ou métamorphoses ?*, in AA.VV., *Mélanges en hommage à Jean Boulois*, Paris, 1991, 482 ss;

- SLUSNY M., *Les mesures provisoires dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, in RBDI, 1967, 127 ss;
- SOLDATOS P., *L'introuvable recours en carence devant la Cour de justice des Communautés européennes*, in *Cah. Dr. Eur.*, 1969, 313 ss;
- SOMMERMANN K. P., *Le système des actions et la protection d'urgence dans le contentieux administratif allemand*, in RFDA, 1995, 1145 ss;
- SONELLI S., *Appeal on point of law in the Community system – a review*, in *Common Market Law Review*, 1998, 871 ss;
- SORRENTINO F., *Il giudice amministrativo, per la tutela cautelare, riunifica il potere distribuito tra più organi in materia ambientale*, in *Dir. proc. amm.*, 1995, 141 ss;
- SPRY, *The Principles of Equitable Remedies*, London, 1990;
- STEIN E. – VINCING J., “Citizens”. *Access to Judicial Review of Administrative Action in a Transnational and Federal context*, in *AJIL*, 1976, 219 ss;
- STICCHI DAMIANI E., *Sulla suspendibilità dei provvedimenti negativi*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, 425 ss;
- STRICKLER Y., *Le juge des référés, juge du provisoire*, thèse, Strasbourg, 1994;
- TARUFFO M., *Il vertice ambiguo*, Bologna, 1991;
- TARUFFO M., *Diritto processuale nei paesi anglosassoni*, in *Dig., Disc. Priv., sez. civ.*, VI, Torino, 1990, 394 ss;
- TARUFFO M., *Il diritto alla prova nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, 74 ss;
- TARUFFO M., *Studi sulla rilevanza della prova*, Padova, 1970;
- TARULLO S., *Il giusto processo amministrativo. Studio sull'effettività della tutela giurisdizionale nella prospettiva europea*, Milano, 2004;
- TARZIA G. (a cura di), *Il processo cautelare*, 2a ed., Padova, 2004;
- TARZIA G., *Il giudizio di Cassazione nelle proposte di riforma del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, 201 ss;
- TARZIA G., *Lineamenti del processo civile di cognizione*, Milano, 2002;
- TARZIA G., *L'art. 111 Cost. e le garanzie europee del giusto processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, 1 ss;
- TARZIA G., *Sul procedimento di equa riparazione per violazione del termine ragionevole del processo*, in *Giur. it.*, 2001, 2429 ss;

- TARZIA G., *Problemi del processo civile di cognizione*, Padova, 1989;
- TARZIA G., *Rigetto e riproponibilità della domanda cautelare*, in *Riv. dir. proc.*, 1988, 932 ss;
- TARZIA G. (a cura di), *Les mesures provisoires en procédure civile*, Milano, 1985;
- TARZIA G., *Considerazioni comparative sulle misure provvisorie nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1985, 252 ss;
- TARZIA G. – SALETTI A., *Processo cautelare*, in *Enc. dir.*, Agg., V, Milano, 2001, 837 ss;
- TAVASSI M., *Nuove prospettive nei rapporti fra giudici comunitari e giudici nazionali dopo il Trattato di Amsterdam*, in *Dir. Comunit. Sc. Internaz.*, 2000, 463 ss;
- TAVORMINA V., *Sulla tutela giurisdizionale dei diritti scaturenti dal Trattato istitutivo della Comunità europea*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, 1033 ss;
- TELCHINI I., *L'art. 700 c.p.c. e la disapplicazione di leggi nazionali confliggenti con norme comunitarie*, in *Quest. Giust.*, 1992, 383 ss;
- TELCHINI I., *L'intervento nel processo davanti alla Corte di Giustizia delle Comunità europee*, in *Riv. dir. europeo*, 1962, 389 ss;
- TEMPLE LANG J., *The powers of the Commission to order interim measures in competition cases*, in *Common Market Law Review*, 1981, 49 ss;
- TENDLER R., *Le juge des référés, une procédure ordinaire*, in *Dalloz*, 1991, *Chron.*, 139;
- TESAURO G., *Diritto comunitario*, 4a ed., Padova, 2005;
- TESAURO G., *La tutela cautelare nel sistema comunitario*, in *Corr. Giur.*, 1994, 996 ss;
- TESAURO G., *Les mesures provisoires dans le système communautaire*, in *Estudios en homenaye al profesor Don Manuel Diez de Velasco, Hacia en nuevo orden internacional y europeo*, 1993, 1249 ss;
- TEZCAN, *La coopération dans le domaine de la justice et des affaires intérieures dans le cadre de l'Union européenne et le traité d'Amsterdam*, in *Cah. dr. eur.*, 1998, 661 ss;
- THIO S.M., *Locus standi and judicial review*, Singapore, 1971;
- THOMAS E., *L'intérêt pour agir dans le recours pour excès de pouvoir*, Thèse, Paris, 1972;

- TISCINI R., *Il ricorso straordinario in Cassazione*, Torino, 2005;
- TISCINI R., *I nova del procedimento cautelare societario: la cosiddetta strumentalità attenuata e il cosiddetto giudizio abbreviato*, in www.judicium.it;
- TISCINI R., *La giurisdizione esclusiva*, in *Il processo davanti al giudice amministrativo. Commento sistematico alla legge n. 205/2000*, 2a ed., a cura di SASSANI B. – VILLATA R., Torino, 2004, 324 ss;
- TISCINI R., *Il tentativo obbligatorio di conciliazione nelle controversie di lavoro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, 1089 ss;
- TIZZANO A., *La “Costituzione europea” e il sistema giurisdizionale comunitario*, in *Dir. Un. Eu.*, 2003, 45.. ss;
- TIZZANO A., *La gerarchia delle norme comunitarie*, in *Dir. Un. Eur.*, 1996, 460 ss;
- TIZZANO A., *La tutela dei privati nei confronti degli Stati membri dell’Unione Europea*, in *Foro it.*, 1995, IV, 13 ss;
- TIZZANO A., *I provvedimenti urgenti nel processo comunitario*, in *Studi offerti a Virgilio Andrioli dai Suoi Allievi, IV*, Napoli, 1979, 360 ss;
- TOMASEVIC D.A., *L’usage du référé devant la Cour de justice à l’encontre des États membres de la Communauté européenne*, in *Rev. Marché Un. Eur.*, 1999, 25 ss;
- TOMMASEO F., *Lezioni sul processo societario*, Roma, 2005;
- TOMMASEO F., *Provvedimenti d’urgenza*, in *Enc. Dir.*, XXXV, Milano, 1986, 856 ss;
- TOMMASEO F., *I provvedimenti d’urgenza*, Padova, 1983;
- TOMUSCHAT C., *Aller guten Dinge sind III*, in *EuR*, 1990, 340 ss;
- TOMUSCHAT C., *Die gerichtliche Vorabentscheidung nach den Verträgen über die Europäischen Gemeinschaften*, Köln – Berlin, 1964;
- TONETTI A., *I poteri amministrativi comunitari in materia di aiuti di Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2007, 443 ss;
- TONIATTI R. (a cura di), *Diritto, diritti, giurisdizione, la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea*, Padova, 2002;
- TOTH, *Legal Protection of Individuals in the European Communities: I, The Individual and the Community Law*, Amsterdam – New York – Oxford, 1978;

TRAVI A., *Sospensione del provvedimento impugnato (ricorso giurisdizionale amministrativo e ricorso amministrativo)*, in Dig., Disc. Pubbl., XIV, Torino, 1999, 372 ss;

TRAVI A., *La tutela cautelare nei confronti dei dinieghi di provvedimenti e delle omissioni della P.A.*, in *Dir. proc. amm.*, 1990, 329 ss;

TRAVI A., *La tutela cautelare nei confronti dei dinieghi di provvedimenti e delle omissioni della pubblica amministrazione*, in *Dir. proc. Amm.*, 1990, 357 ss;

TRAVI A., *Recenti orientamenti in tema di tutela cautelare nel processo amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1986, 295 ss;

TRISORIO LIUZZI G., *Processo civile italiano e rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia della Comunità Europea*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, 727 ss;

TRISORIO LIUZZI G., *Istruzione preventiva*, in Dig. disc. priv., sez. civ., X, Torino, 1993, 242 ss;

TRISORIO LIUZZI, *La sospensione del processo civile di cognizione*, Bari, 1987;

TROCKER N., *Dal giusto processo all'effettività dei rimedi: l'"azione" nell'elaborazione della Corte europea dei diritti dell'uomo, I*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, 35 ss;

TROCKER N., *Dal giusto processo all'effettività dei rimedi: l'"azione" nell'elaborazione della Corte europea dei diritti dell'uomo, II*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, 439 ss;

TROCKER N., *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e il processo civile*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2002, 1171 ss;

TROCKER N., *L'intervento per ordine del giudice*, Milano, 1984;

TROCKER N., *Processo civile e Costituzione*, Milano, 1974;

TUCCARI F.F., *Tutela cautelare preventiva e processo amministrativo riformato: una quérelle ancora irrisolta*, in *Urb. e app.*, 2001, 770 ss;

ULE C.E., *Verwaltungsprozessrecht*, 9a ed., München, 1987;

USHER, *Compliance with Judgments of the Court of Justice of the European Communities*, in *Compliance with Judgments of International Courts* a cura di BULTERMAN e KUJER, The Hague, 1996, 87 ss;

VACCARELLA R., *Lezioni sul processo civile di cognizione*, Bologna, 2006;

VACCARELLA R., *Il procedimento cautelare dopo l'intervento della Corte Costituzionale sul reclamo avverso i provvedimenti negativi*, in AA.VV., *Prime esperienze del nuovo processo cautelare*, Milano, 1996, 55 ss;

- VACCARELLA R., *Procedimento d'urgenza: una tutela residuale o vicaria?*, in *Dir. lav.*, 1980, II, 525 ss;
- VALLS GOMBAU J.F., *La unificación del procedimiento cautelar*, Madrid, 2000;
- VANACORE A., *Corte Costituzionale, diritto comunitario e Convenzione europea dei diritti dell'uomo, una difficile convivenza in materia di norme processuali*, in *Giur. it.*, 2003, I, 16 ss;
- VANDERMEEREN R., *La réforme des procédures d'urgence devant le juge administratif*, in *AJ*, 2000, 706 ss;
- VANDERSANDEN G., *La réforme du système juridictionnelle communautaire*, Bruxelles, 1964;
- VANDERSANDEN G., *Le recours en intervention devant la Cour de justice de Communautés européennes*, in *RTDE*, 1969, 1 ss;
- VANDERSANDEN G. – BARAV A., *Contentieux communautaire*, Bruxelles, 1977;
- VAN GINDERHACTER G., *Le référé en droit communautaire*, in *Rev. dr. ULB*, 1993, 113 ss;
- VAN GINDERHACTER G., *Référé*, in *Encyclopédie Dalloz, Droit communautaire*, 1992;
- VARANO V., *Injunction*, in *Dig. Disc. Priv. Sez. civ.*, IX, Torino, 1993, 487 ss;
- VARRONE C., *Discrezionalità amministrativa e inibitoria degli atti a contenuto negativo*, in *Foro amm.*, 1996, II, 749 ss;
- VECCHIONE, *Spese giudiziali (diritto processuale civile)*, in *Novissimo Dig. it.*, XVII, Torino, 1970, 1127 ss;
- VERDE G., *La prova nel processo civile (profili di teoria generale)*, in *Riv. dir. proc.*, 1998, 2 ss;
- VERDE G., *Considerazioni sul procedimento d'urgenza (com'è e come si vorrebbe che fosse)*, in *I processi speciali. Studi offerti a Virgilio Andrioli dai Suoi allievi, IV*, Napoli, 1970, 407 ss;
- VERDE G. – CAPPONI B., *Profili del processo civile*, III, Napoli, 1998;
- VILLATA R., *Due anni dopo*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 333 ss;
- VILLATA R., *La Corte Costituzionale ferma bruscamente la tendenza ad ampliare la tutela cautelare nei confronti dei provvedimenti negativi*, in *Dir. proc. amm.*, 1991, 794 ss;

- VILLATA R., *Esecuzione delle ordinanze di sospensione e giudizio di ottemperanza*, in *Dir. proc. amm.*, 1983, 97 ss;
- VINCENT J. – GUINCHARD S., *Procédure civile*, 2a ed., Paris, 1999;
- VIROLE J., *Questions posées par l'interprétation du traité du 25 mars 1957 instituant la Communauté Economique Européenne à propos de la nationalisation de l'électricité en Italie*, in *RTDE*, 1965, 369 ss;
- VIRGA P., *Diritto amministrativo, II, Atti e ricorsi*, 6a ed., Milano, 2001;
- VOCINO C., *Ma la colpa è di Voltaire*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1976, 668 ss;
- VOIGT M., *Indirect judicial protection in EC law – the case of plea of illegality*, in *Eur. Law Rev.*, 2006, 364 ss;
- VON ARNAULD A., *Normenhierarchien innerhalb des primären Gemeinschaftsrechts*, in *Europarecht*, 2003, 191 ss;
- VOULET, *L'interprétation des arrêts de la Cour de cassation*, in *JCP*, 1970, I, 2305 ss;
- VUITTON J. – VUITTON X., *Les référés*, 2a ed., Paris, Litec, 2006;
- VULLO E., *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, in *I procedimenti sommari e speciali, I procedimenti cautelari*, II, a cura di CHIARLONI S. – CONSOLO C., Torino, 2005, 1249 ss;
- WACHMANN P. (a cura di), *Le nouveau juge administratif des référés. Réflexions sur la réforme opérée par la Loi du 30 juin 2000*, Strasbourg, 2002;
- WAELEBROECK D. – VERHEYDEN A.M., *Les conditions de recevabilité des recours en annulation des particuliers contre les actes normatifs communautaires*, in *Cah. Dr. eur.*, 1995, 434 ss;
- WAELEBROECK M., *State aids in the fight among competitors*, in *Antitrust between EC law and national law*, Milano, 2000, 53 ss;
- WAELEBROECK M., *Traité internationaux et juridictions internes*, Bruxelles, 1969;
- WAELEBROECK M. – LOUIS J.V. – VANDERSANDEN G., *Le droit de la Communauté européenne*, vol. 10, *La Cour de justice. Les actes des institutions*, T. I, Bruxelles, 1983, 365 ss;
- WALKER W.D., *Der einstweilige Rechtsschutz im Zivilprozeß und im arbeitsgerichtlichen*, Tübingen, 1993;
- WALTER, *Freie Beweiswürdigung*, Tübingen, 1979;

WEITZEL L., *Demander le sursis à l'exécution ou d'autres mesures provisoires*, in *Evolution récente du droit judiciaire communautaire* a cura di CHRISTIANOS, Maastricht, 1995, II, 33 ss;

WIEDERKEHR G., *L'accélération des procédures et les mesures provisoires*, in *Rev. Intern. Droit comparé*, 1998, 449 ss;

WILS W., *La compatibilité des procédures communautaires en matière de concurrence avec la Convention européenne des droits de l'homme*, in *Cah. dr. eur.*, 1996, 329 ss;

WILSON, *Fact and Law*, in *Law, Interpretation and Reality* a cura di NERHOT, London, 1990, 11 ss;

WOEHLING J.M., *Les nouveaux pouvoirs d'injonction du juge administratif: propositions pour un mode d'emploi*, in *LPA* 24 maggio 1995, 18 ss;

WOLF K., *Le recours en carence dans le droit des Communautés européennes*, in *Revue du Marché Commun*, 1966, 117 ss;

XIOL J.A., *Prática procesal contencioso-administrativa*, IX, Barcelona, 1999;

ZANZUCCHI M.T., *Diritto processuale civile*, Milano, 1964;

ZILLER J., *La nuova Costituzione europea*, 2a ed., Bologna, 2004;

ZUCKERMANN A.S. (a cura di), *Civil Justice in Crisis*, Oxford, 1999;

ZULEEG, *Fundamental Rights and Community Law*, in *Cah. dr. eur.*, 1971, 446 ss.

