



VIOLAZIONE DELL'ORDINE DELL'UNIONE EUROPEA E PROCESSO NAZIONALE*

di

Giovanni Raiti

*(Professore associato di Diritto processuale civile
Università di Catania)*

28 agosto 2013

1. Il tema prescelto per l'incontro odierno copre un'ampia materia d'analisi, cui lo studioso dei processi d'integrazione nell'ambito dell'Unione ha da accostarsi anzitutto con il consueto umile sguardo ricognitivo di un fenomeno, ancor più che con la pretesa di ricostruzione sistematica di un apparato normativo. È la logica con cui si costruisce l'identità europea ad imporlo, rispondendo essa, anche con riferimento alla materia processuale, ai meccanismi della *governance* – come usa dirsi – ed ai suoi contributi conformativi “dal basso” dell'esperienza giurisprudenziale e sociale, più che a quelli di un compiuto ed organico ordinamento normativo¹.

Nel compiere tale ricognizione, guarderò al tema secondo due diverse prospettive, a seconda che il processo nazionale si ponga esso stesso quale *causa* della violazione, ovvero quale *strumento per scongiurarla*.

Nella prima prospettiva indicata, vanno, peraltro considerate, due distinte ipotesi, in ragione della circostanza che sia *l'apparato normativo* processuale nazionale a generare la violazione

* Articolo sottoposto a referaggio. Il testo riproduce, con la sola aggiunta delle note, la lezione tenuta a Napoli il 24 maggio 2013, nell'ambito delle attività del Corso di Dottorato in *Tutela giurisdizionale dei diritti nell'ordinamento interno e internazionale*, istituito presso l'Università “Federico II”, con il coordinamento del prof. Salvatore Boccagna, che ringrazio del cortese invito.

¹ Sul punto v. RAITI, *Governance ed ordinamento nel processo di armonizzazione delle discipline processual-civilistiche dell'U.E.*, in AA. VV. *La costruzione dell'identità europea: sicurezza collettiva, libertà individuali e modelli di regolazione sociale*, Torino, 2012, tomo I, p. 297 ss.

dell'ordine dell'Unione, ovvero la *singola vicenda giurisdizionale*, per ragioni tanto di rito che di merito.

2. Sotto il primo profilo annunciato, va subito detto che la violazione dell'ordine europeo ad opera della *norma processuale* interna si prospetta – in termini generali – quale circostanza eccezionale: ciò a il corollario del persistere del c.d. *principio di autonomia processuale degli Stati membri*, intaccato ancor oggi *ratione materiae* (nel campo civile, cui principalmente, come intuibile, mi riferirò) per effetto dell'art. 81 del TFUE (già art. 65 Tr. CE), ove le competenze normative delle Istituzioni risultano circoscritte alle materie “con implicazioni transnazionali”. In tale contesto, la violazione all'ordine dell'Unione da parte del legislatore processuale nazionale può derivare, anzitutto, dalla mancata o infedele attuazione delle norme espresse mediante direttiva, ancorché la direttiva non abbia rappresentato uno strumento di frequente impiego nell'azione di armonizzazione delle discipline processuali ².

La violazione può, peraltro, conseguire – altresì - al *vulnus* apportato dal legislatore nazionale a taluni principi, dotati di forza applicativa in campo processuale, tradizionalmente avocati all'area materiale di competenza dei Trattati sin dalle origini del fenomeno integrazionistico, e ritenuti dotati di efficacia diretta, a temperamento, *ante litteram*, dell'autonomia processuale degli Stati membri ³. Si tratta dei principi “di effettività” e “di equivalenza” nelle tutele

² Pensiamo, per fare un recente esempio, alla Direttiva 2008/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 maggio 2008 “relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale”. Né si è trattato del solo caso. Nel 2000 era stata emessa la Direttiva “sulla lotta contro il ritardo nel pagamento delle transazioni commerciali” (la n. 35) il cui art. 5 (oggi replicato dall'art. 10 della nuova Direttiva sulla medesima materia, la 2011/7/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 febbraio 2011, attuata in Italia con il D. lgs. n. 192/2012) costituì l'occasione per la soppressione dell'anacronistico ultimo comma dell'art. 633 c.p.c. (cfr. art. 9 d.lgs. 231 del 9 ottobre 2002). Qualche anno dopo, la direttiva del Consiglio n. 2003/8/CE, del 27 gennaio 2003, nel perseguimento dell'obiettivo di rendere più agevole il contenzioso transfrontaliero, avrebbe posto la definizione di alcune norme comuni sull'assistenza giudiziaria e relative al patrocinio a spese dello Stato. Sull'influenza che le direttive possano spiegare a carico dell'ordinamento processuale interno può indicarsi, esemplarmente, la recente vicenda di duplice rinvio pregiudiziale effettuato alla Corte di giustizia da parte di due giudici italiani (il Giudice di pace di mercato San Severino ed il Tribunale di Bagheria) in merito alla compatibilità con la disciplina di cui alla citata Direttiva 52/2008 di vari aspetti della media-conciliazione obbligatoria italiana contenuti del decreto legislativo n. 28 del 2010. Il rinvio del Giudice di pace di Mercato S. Severino (ord. 26 settembre 2011, causa C-494/11, Di Donna), pende ancora, sebbene lo scorso 11 aprile l'avv. Generale Kokott ha presentato le sue conclusioni, favorevoli – nonostante una diversa posizione espressa dall'Autorità rinviante – alla pronuncia di inammissibilità del rinvio per il “*carattere ipotetico delle questioni determinato dalla sentenza della Corte cost. italiana n. 272 del 2012*”; il Tribunale di Bagheria ha invece revocato l'ordinanza di rinvio (del 7 settembre 2011, causa C-464/11, Galioto) con provvedimento del 23 gennaio 2013, cui è conseguita la cancellazione della causa dal ruolo della Corte di giustizia per disposizione del presidente della terza sezione dello scorso 8 febbraio).

³ Per le prime affermazioni si rinvia alle celeberrime sent. Corte giust. 16 dicembre 1976, causa 33/76, Rewe, in *Racc.*, p. 1989, e 9 novembre 1983, causa 199/82, San Giorgio, in *Racc.*, p. 3595. La più recente è invece in sent. Corte giust. 14 marzo 2013, causa C-415/11, Aziz (cfr. al punto 50 della mot.), reperibile nel sito Internet della Corte.

giurisdizionali delle posizioni d'interesse di fonte europea ⁴, o di altri principi – quali quelli di non discriminazione per ragioni di nazionalità, o di sesso – che si prestano sporadicamente a manifestare ripercussioni sulla materia processuale ⁵.

La reazione del sistema nelle due ipotesi non è – come dirò – affatto uniforme; né il confine tra i due ambiti (almeno nel concreto dell'esperienza applicativa) appare sempre ben delineato: a) per un verso, a causa della nota, controversa individuazione di effetti orizzontali attribuibili a specifici precetti pur trasfusi in direttive, e, b) per altro verso, a seguito dell'incerto limite oltre il quale possa dirsi infruttuoso il compito di interpretazione adeguatrice delle norme attuative interne delle direttive, istituzionalmente affidato al giudice nazionale ⁶, sì da doversi (oltre il detto limite) alternativamente prospettare una violazione dell'obbligo attuativo da parte del legislatore nazionale. Lungo tale confine, peraltro, corre proprio lo spartiacque tra la facoltà di composizione *interna* del conflitto – se del caso, mediante il previo intervento ausiliatore della Corte di giustizia nell'esercizio delle proprie prerogative interpretative - e la composizione *esterna* di esso, affidata, allo strumento della procedura di infrazione, di cui agli artt. 258 ss. TFUE (ex art. 226 Tr CE), ed alla (eventuale) conseguente azione per inadempimento.

L'individuazione degli evocati due strumenti che l'ordinamento dell'Unione prospetta a fronte delle due aree di violazione (ancorché, per ipotesi, perpetrata in entrambi i casi dal legislatore nazionale) dà ragione delle profonde diversità di funzionamento dei rispettivi meccanismi di “riparazione”, cui accennavo.

Nell'una ipotesi – quella della procedura d'infrazione, con (eventuale) conseguente azione d'inadempimento finalizzata alla pronuncia dichiarativa della Corte, assistita se del caso altresì dalle sanzioni pecuniarie a carico dello Stato violatore (ex art. 260, n. 2 TFUE) - la riparazione, affidata, *in forma specifica* potrebbe dirsi, allo stesso legislatore nazionale,

⁴ In base al principio di equivalenza, il sistema normativo dell'Unione non consente che gli ordinamenti processuali nazionali adottino, nell'espletamento della funzione di tutela delle posizioni di diritto di fonte comunitaria, modalità “*meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi di natura interna*”, con la conseguenza che, qualora ciò dovesse accadere, la disciplina nazionale discriminatoria avrebbe da essere disapplicata a favore di quella – più garantista – di fonte pur sempre interna, prevista per le “analoghe posizioni” di diritto sostanziale di fonte nazionale. In termini ancor più laconicamente astratti, ma dotati, secondo un rapporto di proporzionalità inversa rispetto a tale astrattezza, di ampie potenzialità normative, il c.d. principio di “effettività” postula invece che, in ogni caso, le modalità di tutela adottate dai sistemi processuali nazionali non debbano “*rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento comunitario*”.

⁵ Sul punto, si vis, RAITI, *La collaborazione giudiziaria nell'esperienza del rinvio pregiudiziale comunitario*, Milano, 2003, p. 398 ss.

⁶ Sul tema, da ultimo, v., in Italia, GALETTA D. U., *Rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE ed obbligo di interpretazione conforme del diritto nazionale: una rilettura nell'ottica del rapporto di cooperazione (leale) fra giudici*, in *Riv. it. dir. pubb. comun.*, 2012, p. 433 ss.

partecipa dei caratteri dell'organicità e della certezza, favoriti dal contenuto chiarificatore della sentenza accertativa dell'inadempimento.

Ben diverso è il modello di adeguamento all'ordine dell'Unione quando la violazione del medesimo, ancorché, ancora, di fonte legislativa interna, non sia sussumibile dentro lo schema dell'inadempimento ad un "obbligo derivante allo Stato dai Trattati", ma, implicando il contrasto fra norme nazionali e precetti dell'ordine dell'Unione ad efficacia diretta, impone l'applicazione del noto canone di primazia di quest'ultimo sugli ordini nazionali.

In materia processuale, il referente normativo del contrasto sarà normalmente dato, in questi casi, sul fronte europeo, da taluno dei principi sopra ricordati; esso potrà però, altresì, più sporadicamente riguardare anche i regolamenti, le decisioni o le stesse direttive (quale fonte per orientare l'interpretazione della disciplina interna attuatrice, o nella loro eventuale portata precettiva diretta), frutto delle specifiche competenze normative dell'Unione. Sempre, comunque, essendo in gioco la *primauté*, verrà in considerazione l'azione interpretativa giudiziale, spesso mediata dall'intervento pregiudiziale della Corte, che induce ad una conformazione della regola interna al dettato normativo prevalente dell'Unione. È la fonte giurisprudenziale, dunque, a conformare i sistemi normativi nazionali all'ordine dell'Unione: quella della Corte di giustizia, per mezzo delle sentenze pregiudiziali dotate, come usa dirsi, di efficacia paranormativa⁷; o la fonte giurisprudenziale interna, mediante le pronunce dei singoli giudici che autarchicamente facessero valere l'applicazione del canone di prevalenza della norma dell'Unione a discapito di quella interna, con pronunce come noto prive, nei sistemi di *civil law* almeno, di alcun effetto precettivo *ultra-partes*.

In entrambi i casi, gli effetti che l'impatto fra ordine dell'Unione (prevalente) e ordine processuale interno (recedente) appaiono dai contorni costitutivamente incerti e frammentari, come dimostrano – sul fronte della giurisprudenza europea – anche recenti, assai note vicende, quale quella relativa alla sentenza Lucchini (cui più avanti mi riferirò), foriera, all'indomani della sua pronuncia (e fino a sopraggiunti interventi chiarificatori della Corte), di oscillanti interpretazioni della sua portata precettiva, ed ancor oggi reclamante un intervento adeguatore dell'ordinamento italiano ad opera del legislatore processuale, che tarda, invece, ad arrivare⁸. Interpretare sentenze, non è, del resto, mai lo stesso che interpretare norme, causa la diversa genesi dei precetti che, se pur ipoteticamente dotati di forza *ultra vires*, mostrano un insopprimibile più stretto ancoraggio alla fattispecie concreta decisa.

⁷ Sul tema, per tutti, nella dottrina italiana, D'ALESSANDRO E., *Il procedimento pregiudiziale interpretativo dinanzi alla Corte di giustizia. Oggetto e efficacia della pronuncia*, Torino, 2012

⁸ E per il quale, v., per tutti, in dottrina, CONSOLO, *La sentenza Lucchini della Corte di Giustizia: quale possibile adattamento degli ordinamenti processuali interni e in specie del nostro?*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 224 ss.

Non occorre dire nulla sull'intrinseca, evidente frammentarietà che inerisce alle scelte interpretative di adeguamento del sistema nazionale a quello dell'Unione adottate autarchicamente dai singoli giudici nazionali.

Si tratta, peraltro, di una frammentarietà che – in ordinamenti quale quello italiano, caratterizzato dal controllo rigido di costituzionalità – rischia da qualche tempo di caricarsi di una fortissima portata sovversiva dei tradizionali rapporti interni fra poteri: qualora dovesse segnatamente farsi strada l'idea – sulla scorta della formulazione dell'art. 6 del T.U.E., introdotta dal Trattato di Lisbona ⁹ – che un controllo diffuso di compatibilità con l'ordinamento dell'Unione possa riguardare le norme interne (anche) in rapporto ai principi ed alle garanzie fondamentali. A ben guardare, la tentazione di così gravi sommovimenti negli assetti istituzionali degli Stati membri avrebbe potuto cogliere i giudici nazionali ancor prima di Lisbona, se è vero – com'è – che già da tempo, lo si è detto, alcuni principi generali dei Trattati vengono riconosciuti dotati di portata applicativa diretta, con quanto ne consegue in termini di disapplicazione e conformazione delle norme interne incompatibili. Tuttavia, per quel che attiene, in particolare, alla materia processuale, ho l'impressione sia stata frutto di uno spontaneo *self-restraint* dei giudici nazionali la consuetudine di sollecitare sempre, in tali casi, l'intervento mediatore della Corte di giustizia, piuttosto che provvedere in autarchia. La più recente storia del fenomeno integrazionistico appare però attribuire al citato art. 6 del T.U.E. la funzione di una miccia, in grado di innescare una potenziale esplosione e di svelare una prospettiva ancor oggi, tuttavia, (ed opportunamente...) incerta. Una prospettiva che la Corte del Lussemburgo ha, in campo sostanziale, talvolta coltivato ¹⁰ e talaltra contrastato ¹¹,

⁹ Il quale ha, come noto, determinato, da un lato, il conferimento alla Carta di Nizza dello stesso valore giuridico dei Trattati, dall'altro l'esplicita qualificazione come principi generali dell'Unione dei diritti fondamentali riconosciuti dalla C.E.D.U. e di quelli risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni.

¹⁰ La prospettiva di applicabilità diretta di un principio fondamentale consacrato dalla Carta di Nizza, quale quello sul divieto di discriminazione per ragioni di età - è stata – come noto – più decisamente coltivata con la discussa giurisprudenza *Kükükdeveci* (sent. Grande Sezione, 19 gennaio 2010, causa C-555/07, in *Racc.*, 2010 p. I-365), in cui il ricorso al principio generale ha consentito di sopperire alla mancanza di efficacia orizzontale della direttiva. Al par. 51 della sentenza, si afferma, infatti, che "È compito del giudice nazionale, investito di una controversia tra privati, garantire il rispetto del principio di non discriminazione in base all'età, quale espresso concretamente dalla direttiva 2000/78, disapplicando, se necessario, qualsiasi disposizione contraria della normativa nazionale, indipendentemente dall'esercizio della facoltà di cui dispone, nei casi previsti dall'art. 267, secondo comma, TFUE, di sottoporre alla Corte una questione pregiudiziale sull'interpretazione di tale principio".

¹¹ È il caso della giurisprudenza *Dominguez* (sent. Grande Sezione, 24 gennaio 2012, C-282/2010, in *Riv. dir. internaz.*, 2012, p. 255 ss., con nota di N. LAZZERINI), nella quale, negletta la giurisprudenza *Kükükdeveci*, si ribadisce per il privato titolare di una posizione di interesse garantita dalla Carta (nella specie quella alle ferie annuali retribuite, ex art. 31, par. 2), di cui si fosse pure avuta "concreta espressione" (per usare la stessa terminologia di *Kükükdeveci*) in una direttiva non attuata dallo Stato nazionale, la sola tutela risarcitoria per violazione dell'ordinamento dell'Unione alla stregua del principio *Francovich* (per un esplicito suggerimento di disapplicazione della giurisprudenza *Kükükdeveci* era del resto l'Avv. gen. Trstenjak nelle sue conclusioni, argomentando, fra l'altro, proprio in forza delle esigenze di certezza del diritto, non potendosi "mai sapere con

ma che non è affatto escluso possa riguardare la materia processuale. Basti guardare alla sentenza del 5 settembre 2012 – causa C- 42/11 (Lopes da Silva) ¹² – in cui la Corte rivendica implicitamente, ma con chiarezza, in tema di mandato d’arresto europeo, l’applicazione diretta del principio di non discriminazione in base alla nazionalità invitando il giudice remittente ad interpretare la legislazione domestica – attuativa di una decisione quadro (la 2002/584/GAI, come noto) priva, come tale, di effetti orizzontali - in conformità ad esso, onde estendere la facoltà dello Stato (quello francese, nella specie) di opporsi alla consegna in esecuzione di un mandato d’arresto non solo per i propri cittadini – come espressamente previsto dalla legge nazionale – ma anche per i cittadini di altri Stati, allorché analogamente integrati nel Paese ospite ¹³. La sentenza Lopes de Silva è peraltro esemplare di una ricorrente ambiguità della Corte. Che, per un verso, individua nell’obbligo d’interpretazione conforme della norma interna con il principio fondamentale ciò cui unicamente, seppur “adoperandosi al meglio”, è tenuto il giudice nazionale, salvo il divieto di applicazione *contra legem* della norma interna; ma che, per altro verso, sollecita tale interpretazione ed applicazione adeguatrice della norma nazionale con riferimento ad un caso che non pare oggettivamente lasciare margini di manovra per un’interpretazione rispettosa al contempo del principio comunitario e del dettato testuale. Una sentenza, in altri termini, esemplare dell’ambiguità di confine fra riparazione *esterna* alla violazione e riparazione *interna*, di cui dicevamo poc’anzi, a seguito del suggerito latissimo impiego dell’onere di interpretazione conforme della disciplina nazionale .

Analoghe ambiguità evidenzia la giurisprudenza della Corte con riferimento alle garanzie CEDU. Al riguardo, infatti, nell’attesa dell’adesione alla Convenzione da parte dell’Unione,

certezza quando un principio generale non scritto [*rectius*, non trascritto nella normativa derivata, ancorché contenuto in quella primaria], come concretizzato da una corrispondente direttiva, si imporrà rispetto al diritto nazionale scritto”, e conseguentemente “delinea[ndosi] una situazione di incertezza circa la validità del diritto nazionale del tutto simile a quella che si verificherebbe nel caso di un’applicazione diretta della direttiva nell’ambito del rapporto tra privati”. Per una lettura della più recente pronuncia quale sintomo di un arretramento rispetto alle posizioni maturate in merito all’efficacia precettiva della Carta in *Kükükdeveci*, v. L. PECH, *Between judicial minimalism and avoidance: the Court of Justice’s sidestepping of fundamental constitutional issues in Römer and Dominguez*, in *Common Market Law Review*, 2012, 1841 ss.

¹² In *Guida al Diritto*, 2012, n. 38, p. 102 ss., con nota di M. CASTELLANETA.

¹³ Nella pronuncia, peraltro, premesso che (punto 50) “gli Stati membri, qualora traspongano l’articolo 4, punto 6, della decisione quadro 2002/584 nel loro ordinamento interno, non possono, pena la lesione del principio di non discriminazione in base alla nazionalità, limitare tale motivo di non esecuzione [del mandato di arresto europeo. *ndr*] ai soli cittadini nazionali, escludendo in maniera assoluta e automatica i cittadini di altri Stati membri che dimorano o risiedono nel territorio dello Stato membro di esecuzione, indipendentemente dai legami che essi presentano con tale Stato membro”, e preso atto della circostanza che la normativa francese limitava invece la facoltà di non esecuzione dell’ordine a solo vantaggio dei cittadini francesi, concludeva nel senso di ravvisare in capo ai giudici nazionali, secondo il principio di interpretazione conforme” di “adoperarsi” “al meglio, nei limiti delle loro competenze, prendendo in considerazione il diritto interno nel suo insieme ed applicando i metodi di interpretazione riconosciuti da quest’ultimo, al fine di garantire la piena efficacia della decisione quadro di cui trattasi e di pervenire ad una soluzione conforme allo scopo perseguito da quest’ultima”.

dà, testimonianza di un atteggiamento come usa dirsi da Ponzio Pilato la sentenza (Grande Sezione) del 24 aprile 2012, C-571/10, *Servet Kamberaj*, ove si nega che “l’art. 6, par. 3, TUE [...] disciplin[i] il rapporto tra la CEDU e gli ordinamenti giuridici degli Stati membri e [...] determin[i] le conseguenze che un giudice nazionale deve trarre nell’ipotesi di conflitto tra i diritti garantiti da tale convenzione ed una norma di diritto nazionale”, sì da trarsene “che il rinvio operato dall’art. 6, par. 3, TUE alla CEDU *non impone* [ma nemmeno impedisce... ndr] al giudice nazionale, in caso di conflitto tra una norma di diritto nazionale e detta Convenzione, di applicare direttamente le disposizioni di quest’ultima, disapplicando la norma di diritto nazionale in contrasto con essa”¹⁴. Peraltro, non sono mancate nelle giurisprudenze nazionali, e segnatamente anche in quella italiana, posizioni favorevoli alla applicabilità diretta – dopo Lisbona – di alcune norme della CEDU, come dimostrano due oramai celeberrime pronunce del Consiglio di Stato¹⁵ e del TAR Lazio¹⁶, pur a fronte della distinta posizione manifestata nel 2007 dalla Corte delle leggi e da ultimo ribadita nella sentenza 28 novembre 2012, n. 264¹⁷. In termini analoghi è segnalato, peraltro, un *obiter dictum* della Cassazione¹⁸ con riferimento alla Carta di Nizza .

In breve, siamo in una fase storica di forte tensione del sistema per quanto attiene al potere di conformare – sulla scorta di un controllo giudiziale di compatibilità con il diritto dell’Unione “diffuso” – le norme interne a principi e garanzie fondamentali dell’individuo, tra i quali rientrano indubbiamente: la garanzia al giusto processo sancita (per ciò che attiene alla

¹⁴ Per un commento alla pronuncia, che ne evidenzia gli incerti sviluppi sistematici sui versanti nazionali, oltre che per il futuro dei rapporti tra ordinamento convenzionale ed ordinamento dell’Unione, anche nella prospettiva della adesione di esso alla CEDU, v. A. RUGGERI, *La Corte di giustizia marca la distanza tra il diritto dell’Unione e la CEDU e offre un puntello alla giurisprudenza costituzionale in tema di (non) applicazione diretta della Convenzione (a margine di Corte giust., Grande Sez., 24 aprile 2012)*, in <http://www.giurcost.org/studi/> (21 aprile 2012).

¹⁵ Cfr. sent. sez. IV, n. 1220 del 2 marzo 2010, in *Riv. it. dir. pubbl. com.* 2010, 1346 ss.. con nota di S. MIRATE. A commento critico della pronuncia, A. CELOTTO, *Il trattato di Lisbona ha reso la CEDU direttamente applicabile nell’ordinamento italiano?* (in margine alla sentenza 1220/2010 del Consiglio di Stato) in www.giustamm.it del 21.05.2010 ed in www.federalismi.it del 27.10.2010, M. C. VILLANI, *La rinnovata battaglia dei giudici comuni a favore della diretta applicabilità della CEDU. Tra presunta “comunitarizzazione” dei vincoli convenzionali e crisi del tradizionale modello di controllo accentrato della costituzionalità.*

¹⁶ cfr. sent. Sez. II-bis, n. 11984 del 18 maggio 2010, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2010, *loc cit.*

¹⁷ Secondo cui – come noto - nel caso in cui si profili un contrasto tra una norma interna e una norma CEDU, “il giudice nazionale comune deve preventivamente verificare la praticabilità di un’interpretazione della prima conforme alla norma convenzionale, ricorrendo a tutti i normali strumenti di ermeneutica giuridica» (...) e “se questa verifica dà esito negativo e il contrasto non può essere risolto in via interpretativa, il giudice comune, non potendo disapplicare la norma interna né farne applicazione, avendola ritenuta in contrasto con la CEDU, nella interpretazione che ne ha fornito la Corte di Strasburgo, e pertanto con la Costituzione, deve denunciare la rilevata incompatibilità proponendo una questione di legittimità costituzionale in riferimento all’art. 117, c. 1, Cost., ovvero all’art. 10, c. 1, Cost., ove si tratti di una norma convenzionale ricognitiva di una norma del diritto internazionale generalmente riconosciuta”.

¹⁸ In questo senso, infatti, è la sentenza 2352 del 2010, in *Il lav. nella giur.*, 2010, p. 365, con nota di V. DE MICHELE.

materia civile) dall'art. 47 della Carta di Nizza, il principio di effettività delle tutele, il principio di equivalenza e quello stesso di non discriminazione per ragioni di nazionalità, che può sporadicamente svelare riflessi applicativi – come detto – anche in campo processuale¹⁹. Potrebbe non tenere più dunque, nel prossimo futuro, quella regola aurea di misura che aveva sempre impedito ai giudici nazionali di trattare siffatti principi e garanzie alla stregua di ordinari precetti dell'Unione in grado di prevalere come tali sulle disposizioni nazionali che li violassero, sulla scorta di una semplice operazione disapplicativa di queste ultime; e aveva fatto preferire, piuttosto, che fosse la Corte, con lo strumento pregiudiziale, a determinare il grado di conformazione attribuibile a quei principi a carico delle norme interne.

3. Lasciata l'ipotesi in cui la violazione all'ordine dell'Unione provenga dal legislatore – segnatamente, da quello processuale – consideriamo adesso i rapporti che legano l'asserita violazione dell'ordine dell'Unione per mano giurisdizionale ed i rimedi che lo stesso ordinamento “euro-unitario” predispone al riguardo.

È del 2003 la celeberrima affermazione di principio – dapprima sporadicamente contrastata in dottrina²⁰ – secondo cui anche l'operato del potere giurisdizionale statale può implicare la responsabilità dello Stato nei confronti dei singoli secondo il principio sancito – con riferimento specifico, allora, all'obbligo del legislatore di attuazione delle direttive – dalla storica sentenza Francovich del '91. Con la sentenza Kobler²¹, infatti, la Corte di giustizia ha chiarito che anche la violazione dell'ordine comunitario conseguita all'operato dell'autorità giurisdizionale interna (purché, si badi bene) di ultima istanza, può implicare la responsabilità risarcitoria dello Stato; ancorché solo al ricorre di molteplici e stringenti condizioni²².

¹⁹ Pr alcuni esempi, manifestatisi nella giurisprudenza pregiudiziale, si vedano la sentenza Corte giust. 10 febbraio 1994, in causa C-398/92, *Mund & Fester*, in Racc., 1994, p. I-437 ss., dichiarativa della incompatibilità comunitaria, appunto per violazione “indiretta” del canone di non discriminazione di cui all'(allora) art. 6, c. 1, del Trattato, del par. 917 dello ZPO, il quale prevedeva la con cedibilità di sequestro conservativo condizionatamente alla mera circostanza della eseguibilità dello stesso all'estero, e, con riferimento ad un rinvio italiano, la sent. 24 novembre 1998, causa C-274/96, *Bickel e Franz*, in Racc., 1998, p. I-7637 ss., favorevole alla estensione a favore di tutti i cittadini comunitari che dimorino nella provincia di Bolzano di avvalersi della disciplina processuale italiana (il DPR 15 luglio 1988, n. 574, v. in part. gli artt. 14 e 15) sancente il diritto per i cittadini italiani di lingua tedesca a veder svolgere un procedimento penale instaurato nei loro confronti nella loro lingua madre.

²⁰ Sul che, in termini critici, per tutti, FUMAGALLI, *La responsabilità degli Stati membri per la violazione del diritto comunitario*, Milano, 2000, p. 63 ss.. ove, ampi riferimenti al tema.

²¹ Cfr. Corte giust. 30 settembre 2003, causa C-224/01, *Kobler*, in Racc., p. I-10239.

²² E cioè, che la norma di diritto UE violata sia preordinata ad attribuire diritti ai singoli, la violazione sia sufficientemente caratterizzata e sussista un nesso causale diretto tra questa violazione e il danno subito dalle parti lese” e con la puntualizzazione per cui “ al fine di determinare se la violazione sia sufficientemente caratterizzata allorché deriva da una decisione di un giudice che statuisce in ultimo grado, il giudice nazionale competente deve, tenuto conto della specificità della funzione giurisdizionale nonché delle legittime esigenze di certezza del diritto, accertare se tale violazione abbia carattere manifesto”. “In particolare, il giudice nazionale deve tener conto di tutti gli elementi che caratterizzano la controversia sottoposta al suo sindacato.

La sentenza Kobler si muoveva evidentemente sulla scia di una giurisprudenza che in varie occasioni ed in differenti contesti aveva sempre rispettato i giudicati nazionali quali presidio di certezza, da salvaguardare anche a costo della violazione, da parte loro, dell'ordine comunitario (sentenze: *Eco Swiss*, 1° giugno 1999, causa C-126/97 *Kapferer*, 16 marzo 2006, causa C-234/04); il riconoscimento della responsabilità risarcitoria infatti, pur assicurando una tutela alla parte lesa dal giudicato, presupponeva il mantenimento formale del medesimo, fondandosi su una fattispecie genetica sostanziale ben distinta da quella oggetto della cognizione interna.

Non sarà lo stesso con la sentenza Lucchini, del 18 luglio 2007, causa C-119/05²³, mediante cui per la prima volta la Corte di giustizia adotta una posizione di contrasto con il passato, della quale, peraltro, si erano manifestati solo incerti segnali anticipatori nella giurisprudenza *Kühne & Heitz* (Corte giust. 13 gennaio 2004, causa C-453/00)²⁴.

Non è l'occasione per illustrare la complessa vicenda giudiziale di cui parlo. Voglio al riguardo ricordare riassuntivamente l'incisiva espressione di Remo Caponi che definì la sentenza pregiudiziale che ne derivò «un colpo di ramazza con cui ci si libera della sporcizia

Fra tali elementi compaiono in particolare il grado di chiarezza e di precisione della norma violata, il carattere intenzionale della violazione, la scusabilità o l'inescusabilità dell'errore di diritto, la posizione adottata eventualmente da un'istituzione comunitaria nonché la mancata osservanza, da parte dell'organo giurisdizionale di cui trattasi, del suo obbligo di rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 234, terzo comma, CE. In ogni caso, una violazione del diritto comunitario è sufficientemente caratterizzata allorché la decisione di cui trattasi è intervenuta ignorando manifestamente la giurisprudenza della Corte in questa materia.” Per contro “Una violazione del diritto comunitario non ha il carattere manifesto richiesto affinché sussista, in forza del diritto comunitario, la responsabilità di uno Stato membro a causa di una decisione di uno dei suoi organi giurisdizionali di ultimo grado qualora, da una parte, il diritto comunitario non disciplini esplicitamente il punto in diritto controverso, la questione non trovi una soluzione nemmeno nella giurisprudenza della Corte e tale soluzione non sia evidente, e, dall'altra, la detta violazione non presenti un carattere intenzionale ma risulti dall'erronea interpretazione di una sentenza della Corte”.

²³ In *Racc.*, 2007, p. I-6199.

²⁴ Nella pronuncia si ammetteva che un giudicato olandese, affermativo della legittimità di un provvedimento amministrativo, risultato retrospettivamente violatore dell'ordine dell'Unione a causa della manifesta contrarietà con una sopraggiunta sentenza della Corte fosse superabile al ricorrere di quattro condizioni: che la pubblica amministrazione disponga, secondo il diritto nazionale, del potere di ritornare su tale decisione (nel che è corretto ravvisare, a nostro modo di ritenere, un forte *self restraint* della Corte in rapporto alla propria forza di ingerenza nel sistema processuale interno); che la decisione in questione sia divenuta definitiva in seguito ad una sentenza di un giudice nazionale *che statuisce in ultima istanza*; che tale sentenza, alla luce di una giurisprudenza della Corte successiva alla medesima, risulti fondata su un'interpretazione errata del diritto comunitario adottata senza che la Corte fosse adita in via pregiudiziale; che l'interessato si sia rivolto all'organo amministrativo immediatamente dopo essere stato informato della detta giurisprudenza. La sentenza sembra dunque ammettere la cedevolezza dei giudicati nazionali allorché la violazione da parte degli stessi non fosse stata scongiurabile neppure per mezzo del rinvio pregiudiziale (da qui l'esigenza del fatto che il giudicato si incorporasse in una pronuncia dell'autorità di dovuto in ultima istanza), nonostante l'impegno difensivo spiegato al riguardo dalla parte. Tale ultima condizione verrà peraltro smentita nella sentenza qualche anno dopo nella sentenza *Kempter*, Corte giust. 12 febbraio 2008, causa C-2/06, in *Racc.*, 2008 p. I-411. Per una analisi critica di entrambe le pronunce ora citate, volta ad evidenziarne l'ambigua tensione verso l'incorporazione del rimedio pregiudiziale quale strumento la cui mancata attivazione contribuisca a giustificare la cedevolezza del giudicato nazionale, si rinvia, nella dottrina italiana, per tutti, a CANNIZZARO, *Sui rapporti fra sistemi processuali nazionali e diritto dell'Unione europea*, in *Il Dir. dell'Unione europea*, 2008, p. 447 ss.

che nemmeno il giudicato riesce a coprire...»²⁵. Nonostante questo, che lascia intendere l'estrema singolarità del caso e la sua gravità in rapporto alle violazioni dell'ordine comunitario che produceva, la pronuncia Lucchini – anche a causa dell'estrema laconicità della sua motivazione - avrebbe generato un intenso dibattito, incentrato sull'esatta individuazione della sua *ratio* applicativa: se, cioè, dovesse imputarsi il superamento del giudicato italiano, inequivocabilmente imposto dal dispositivo della pronuncia, al carattere di primazia dell'ordine comunitario violato (come lasciavano intendere alcuni passaggi della motivazione)²⁶: o se non dovesse diversamente cogliersene una *ratio* applicativa più circoscritta che inducesse a ritenere travolgibili (con uno strumento che il legislatore processuale di ciascun Paese membro era dalla sentenza implicitamente chiamato ad individuare) solo i giudicati connotati da analoghe violazioni delle competenze esclusive della Commissione in materia di aiuti di Stato, specie allorché esercitate (come nel caso *de quo*) con atti definitivi.

Che la questione fosse aperta lo avrebbe dimostrato ben presto un'altra vicenda italiana: quella relativa, cioè, al caso *Olimpiclub*, caratterizzato dalla richiesta di chiarimento avanzata dalla Corte di cassazione (la sezione tributaria, in specie) in merito alla compatibilità con il diritto dell'Unione dell'orientamento giurisprudenziale sulla cosiddetta *efficacia esterna* del giudicato tributario all'epoca di recente rinverdito²⁷, il quale ammetteva il carattere preclusivo di un accertamento vertente fra due parti e su una data imposta, con riguardo a determinati esercizi finanziari, con portata estesa a distinte annate contributive, qualora ne fossero implicate le medesime questioni di fatto e di diritto già rese oggetto d'accertamento,

²⁵ cfr. R. CAPONI, *Corti europee e giudicati nazionali*, Relazione al XXVII Congresso nazionale dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile, «Corti europee e giudici nazionali», Verona, 25-26 settembre 2009, 79 ss. La vicenda processuale *de qua* non ha peraltro ancora generato un'effettiva rimozione del giudicato in questione, stando a quanto accaduto con la pronuncia del Tribunale civile di Roma 23 marzo 2011, in *Int'l Lis*, 2011, p. 139 ss., con mia nota, *La forza "di acciaio" del giudicato Lucchini nell'inatteso (temporaneo?) epilogo della vicenda pregiudiziale comunitaria dinanzi al Tribunale di Roma*.

²⁶ Ed in questo senso, infatti, per citare solo i più autorevoli processualciviliisti italiani: BIAVATI, *La sentenza Lucchini: il giudicato nazionale cede al diritto comunitario*, in *Rassegna tributaria*, 2007 p. 1591 ss. – il quale afferma: «Se, in estrema conclusione, dovessi riassumere in poche parole il messaggio della sentenza Lucchini, mi limiterei a due idee. La prima è che la *primauté* del diritto comunitario non conosce ostacoli nel diritto nazionale. La seconda è che nel sistema europeo è giusto ciò che è conforme a diritto e non ciò che è stato deciso» (cfr. p. 1603) – e PICARDI, *Eventuali conflitti fra principio del giudicato e principio della superiorità del diritto comunitario*, in *Giust. civ.*, 2008, I, 559 ss. il quale riconnette l'esigenza di individuazione di un rimedio avverso il giudicato lesivo dell'ordine comunitario alla regola costituzionale (v. art. 117) sancente il rispetto dei «vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali», conseguentemente prospettando una «questione di legittimità costituzionale dell'art. 395, n. 1, 2, 3 e 6, c.p.c., nella parte in cui non prevede, quale ulteriore ipotesi di revocazione straordinaria, la violazione di norme europee inderogabili» (cfr p. 561).

²⁷ Cfr. Cass. civ., sez. un., n. 13916 del 16 giugno 2006, in *Corr. giur.* 2006, 1694 ss., con nota di E. MANZON, *I limiti oggettivi del giudicato tributario nell'ottica del «giusto processo»: lo swing-over della Cassazione*.

allorché se ne contestasse, tuttavia, la contrarietà con norme dell'Unione e con la giurisprudenza interpretativa su di esse della Corte di giustizia.

In un ambito materiale ben distinto da quello che aveva generato la sentenza Lucchini, la Cassazione si chiedeva insomma se generali ragioni di primazia dell'ordine comunitario potessero giustificare il travolgimento del giudicato già reso, ed inteso (però) nell'ampia accezione anti-chiovendiana di cui ho fatto cenno. La pronuncia *Olimpiclub*²⁸ avrebbe offerto alla Corte l'occasione per una prima, seppur ambigua presa di distanza dalla lettura largheggiante di Lucchini. Con la pronuncia, infatti, non si sarebbe avallata l'idea di un'incondizionata revocabilità dei giudicati nazionali sol perché asseritamente lesivi dell'ordine dell'Unione, sottolineandosi che la sentenza Lucchini “riguardava una situazione del tutto particolare in cui erano in questione principi che disciplinano la ripartizione delle competenze tra gli Stati membri e la Comunità in materia di aiuti di Stato, posto che la Commissione delle Comunità europee dispone di una competenza esclusiva per esaminare la compatibilità di una misura nazionale di aiuti di Stato con il mercato comune”. La pronuncia peraltro, avrebbe affermato, pur sempre sulla scorta di considerazioni generiche di *effettività dell'ordine dell'Unione*, l'obbligo per l'autorità remittente di dismettere la largheggiante teoria del c.d effetto esterno del giudicato tributario, ritenendo “una siffatta applicazione del principio dell'autorità di cosa giudicata [...], laddove [...] fondat[o] su un'interpretazione delle norme comunitarie relative a pratiche abusive in materia di IVA in contrasto con il diritto comunitario”, causa del riprodursi di tale “non corretta applicazione [...] per ciascun nuovo esercizio fiscale, senza che sia possibile correggere tale erronea interpretazione”. Ed “ostacoli di tale portata all'applicazione effettiva delle norme comunitarie in materia di IVA non possono” – secondo la Corte - “essere ragionevolmente giustificati dal principio della certezza del diritto e devono essere dunque considerati in contrasto con il principio di effettività”.

Una conferma del fatto che solo l'efficacia *esterna* del giudicato tributario italiano, con la sua non necessaria inerenza all'istituto del giudicato in generale, potesse giustificare ancora una volta il superamento di norme come l'art. 2909 del codice civile italiano, quando si ritenesse il giudicato contrastare con l'istanza di legalità comunitaria e che, fuori da tali indebite estensioni dell'istituto, lo stesso meritasse invece di essere mantenuto a dispetto di qualsivoglia asserita violazione dell'ordine dell'Unione sarebbe giunta con la pronuncia

²⁸ Cfr. Corte di giust. CE, sez. II, sent. 3 settembre 2009 (C-2/08), *Fallimento Olimpiclub s.r.l.* Per un commento ad essa, in Italia, C. GLENDI, *Limiti del giudicato e Corte di giustizia europea*, in *Corr. trib.* 2010, 325 ss.

*Asturcom Telecomunicaciones*²⁹, dello stesso anno. In essa la Corte afferma appunto che “al fine di garantire sia la stabilità del diritto e dei rapporti giuridici, sia una buona amministrazione della giustizia, è importante che le decisioni giurisdizionali divenute definitive dopo l’esaurimento delle vie di ricorso disponibili o dopo la scadenza dei termini previsti per questi ricorsi non possano più essere rimesse in discussione” e che di conseguenza “il diritto comunitario non impone ad un giudice nazionale di disapplicare le norme processuali interne che attribuiscono autorità di cosa giudicata ad una decisione, anche quando ciò permetterebbe di porre rimedio ad una violazione di una disposizione, di qualsiasi natura essa sia, del diritto comunitario da parte di tale decisione”. La sentenza, peraltro, vertente sulla controversa annullabilità di un lodo arbitrale non impugnato e perciò consolidatosi, secondo l’ordinamento spagnolo, con effetto di giudicato sostanziale, avrebbe avuto modo di ribadire che “anche le modalità di attuazione del principio dell’autorità di cosa giudicata rientran[d]o nell’ordinamento giuridico interno degli Stati membri in virtù del principio dell’autonomia procedurale di questi ultimi [...] non devono tuttavia essere meno favorevoli di quelle che riguardano situazioni analoghe di natura interna (principio di equivalenza) né essere strutturate in modo da rendere in pratica impossibile o eccessivamente difficile l’esercizio dei diritti conferiti dall’ordinamento giuridico comunitario (principio di effettività)”.

Voglio sottolineare questo passaggio della sentenza, poiché è quello in cui si scioglie un nodo che ha invece caratterizzato altre pronunce – quali esemplarmente, in parte, come detto, la Lucchini – connotate, a differenza della *Asturcom*, dalla commistione tra il tema della primazia dell’ordine dell’Unione e la tenuta interna della norme processuali. In *Asturcom* - lo abbiamo letto - si afferma a chiare lettere che non può l’istanza di legalità europea astrattamente e genericamente considerata valere quale condizione di prevaricazione delle norme processuali interne. Pur consapevoli del fatto che una vicenda giurisdizionale interna può pervenire ad una grave violazione dell’ordine dell’Unione, il giudicato va garantito quale presidio di ordine pubblico processuale. Piuttosto, a poter determinare una giusta conformazione dei sistemi processuali nazionali, ed eventualmente anche delle regole che determinano la formazione del giudicato, sono parametri di funzionalità *intrinseci* al processo, quale *il principio di effettività, e l’esigenza di ordine relazionale fra regole processuali interne che presidiano alla tutela di posizioni di interesse analoghe di fonte nazionale o di*

²⁹ Cfr. Corte di Giust. CE, sez. I, sentenza 6 ottobre 2009 (C-40/08), *Asturcom Telecomunicaciones SL*, in *Riv. dir. proc.* 2010. p. 670 ss., con mia nota, *Le pronunce Olimpclub ed Asturcom Telecomunicaciones: verso un ridimensionamento della paventata «crisi del giudicato civile nazionale» nella giurisprudenza della Corte di giustizia.*

fonte eurounitaria. Per affermare, segnatamente, che non è consentito che a posizioni sostanziali equivalenti possano corrispondere regole processuali disomogenee.

Non sempre però la Corte ha ragionato in questo modo e su tale doppia prospettiva argomentativa vorrei soffermarmi nel tempo che mi resta.

Talvolta, anche in pronunce molto celebrate, come la *Factortame* (del 19 giugno 1990, causa C-213/89)³⁰, i giudici del Kirchberg hanno preferito far derivare la cedevolezza delle norme processuali interne dal ribadito canone generale di *primauté*. In *Factortame* si trattava di valutare il sistema processuale inglese che inibiva la concessione di misure cautelari a carico della parte che facesse valere in giudizio regole dell'ordinamento britannico sospette di violare le norme anti-protezionistiche comunitarie (trattandosi di riconoscere in capo all'autorità giurisdizionale inglese onde il rinvio era scaturito – la *House of Lords* – il potere di disapplicare una norma nazionale sospetta di violare l'ordinamento comunitario: nel caso di specie, la normativa regolamentante l'immatricolazione delle navi da pesca britanniche, nell'attesa che l'accertamento del diritto all'immatricolazione, secondo i canoni risultanti dalla normativa comunitaria, avesse luogo nelle forme della *ordinaria cognitio*). La lacuna nello strumentario delle garanzie era evidente. Il sistema delle tutele giurisdizionali poteva dirsi *non* effettivo poiché incapace ad inibire l'aggravarsi di un pericolo sul diritto di fonte comunitaria. Ciò nonostante, la Corte preferì argomentare la propria pronuncia – una pronuncia storica, che dava copertura comunitaria alla garanzia della tutela cautelare – affermando, piuttosto che il principio di effettività delle tutele giurisdizionali, il principio di primazia dell'ordine comunitario, richiamandosi all'uopo alla sentenza *Simmenthal* e dicendo “incompatibile con le esigenze inerenti alla natura stessa del diritto comunitario qualsiasi disposizione facente parte dell'ordinamento giuridico di uno Stato membro o qualsiasi prassi, legislativa, amministrativa o giudiziaria, la quale porti ad una riduzione della concreta efficacia del diritto comunitario per il fatto che sia negato al giudice, competente ad applicare questo diritto, il potere di fare, all'atto stesso di tale applicazione, tutto quanto è necessario per disapplicare le disposizioni legislative nazionali che eventualmente ostino, anche temporaneamente, alla piena efficacia delle norme comunitarie”. Sarebbe però trascorso solo poco tempo per il verificarsi di un interessante caso che avrebbe svelato la... sdruciolevolezza di tale modo di argomentare. Si tratta della vicenda *Zuckerfabrik*, culminata

³⁰ In *Racc.*, 1990 p. I-2433 ss. Per un commento ad essa, v., per tutti, in Italia, CONSOLO, *Fondamento "comunitario" della giurisdizione cautelare*, in *Giur. it.*, 1991, I, 1, c. 1123 ss.

nella sentenza del 21 febbraio 1991 (cause riunite C-143/88 e C-92/89) ³¹, nella quale, a differenza che per *Factortame*, veniva in considerazione l'esigenza di cautelare la posizione di un ricorrente che faceva valere l'impugnativa di un ordine ingiunzionale della amministrazione doganale tedesca relativo al versamento di un contributo di fonte comunitaria, tacciato, esso stesso, di invalidità; di modo che era stata proprio la fonte regolamentare comunitaria che stabiliva il contributo, ad esser oggetto di un incidente pregiudiziale per l'apprezzamento di validità. Con autonomo incidente, l'autorità rinviante (il *Finanzgericht* di Amburgo), ritenendo così di aderire alla motivazione di *Factortame* – ove, come ricordato, era in gioco la cautela di un diritto asseritamente leso da una legge nazionale sospettata di illegittimità comunitaria – dubitava della propria potestà di sospensione cautelare degli effetti di un atto amministrativo che appariva stavolta derivare la propria invalidità da quella di un regolamento comunitario. La Corte si trovò così a chiarire che tale circostanza non poteva impedire la pari affermazione dello strumento di effettività già configurato a carico dell'ordinamento inglese. “La tutela cautelare garantita dal diritto comunitario ai singoli dinanzi ai giudici nazionali” – disse la Corte – “non può variare a seconda che essi contestino la compatibilità delle norme nazionali con il diritto comunitario oppure la validità di norme del diritto comunitario derivato”, sebbene poi si premurasse di fissare una serie di condizioni alle quali la sospensione dell'esecutività dell'atto impositivo andasse subordinata. La vicenda *Zuckerfabrik* smascherava insomma l'equivoco di *Factortame*, che ragionava sul sistema delle fonti per superare un limite al sistema nazionale di effettività delle tutele, trascurando che il superamento di quel limite discendeva dall'esigenza di effettività delle tutele e si imponeva, dunque, anche al di fuori di qualsivoglia contrasto fra norma nazionale e norma comunitaria.

4. Tutto ciò non ha escluso che lo slittamento del piano argomentativo dal principio di effettività delle tutele (che impone una verifica di efficacia dei rimedi giurisdizionali interni applicati alle posizioni sostanziali di fonte europea) a quello del rapporto fra le fonti, secondo cui sarebbe la primazia dell'ordine dell'Unione ad imporre il superamento di determinate regole processuali nazionali, pena l'inammissibile violazione dell'ordine dell'Unione medesimo, si sia manifestato anche in tempi successivi a *Zuckerfabrick*, e finanche ad *Asturcom*.

³¹ In *Racc.*, 1991 p. I-415 ss. Per un commento alla pronuncia, v. in Italia, G. TESAURO, *Tutela cautelare e diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 1992, p.131-138

5. Voglio a tal riguardo richiamarmi ad un'altra vicenda sensibile: quella del ruolo da riconoscersi al rinvio pregiudiziale, che, valevole esso stesso quale istituto processuale finalizzato all'applicazione effettiva dell'ordine dell'Unione, può incidere più o meno gravemente sui sistemi nazionali, affermandosi a scapito di norme processuali interne.

Siamo evidentemente passati alla seconda ed ultima delle ipotesi generali in apertura annunciate: siamo passati cioè a valutare come la singola vicenda giurisdizionale interna possa porsi a presidio della legalità comunitaria onde *scongiurare* la violazione dell'ordine dell'Unione. Il rinvio pregiudiziale è infatti per definizione un "incidente", che anticipa come tale la decisione interna.

Proprio perché portatrice di una generica istanza di legalità dell'Unione dei *decisa* nazionali, anche la legittimazione al rinvio dei giudici interni può esser vista, analogamente a quanto accaduto in *Factortame* o nei citati passaggi della Lucchini, ancella della *primauté* e veicolo per l'incondizionata compressione dei limiti caratteristici di ogni procedimento organizzato .

Come tutti sappiamo la norma sul rinvio pregiudiziale è molto asciutta. Tale laconicità si è prestata peraltro, anche in tempi assai recenti a fondare una lettura assolutizzante dell'istituto, in grado di infrangere e di superare pur solidi steccati internamente costruiti in funzione di determinate concezioni politiche del processo e di determinati rapporti fra le prerogative di vari poteri.

In passato, il tema si era posto prevalentemente in funzione dell'incidenza da riconoscersi al rinvio pregiudiziale quale veicolo per il superamento di preclusioni interne ai giudizi nazionali ipoteticamente impedienti la prospettazione di questioni costituenti invece tipici, potenziali oggetti del rinvio ³².

A dire il vero, anzi, il tema della forza da riconoscere alla legittimazione al rinvio – obbligatoria o facoltativa – da parte dell'autorità interna, a dispetto di limiti di organizzazione procedimentale tipici del sistema nazionale, si è posto ancor recentissimamente, proprio in virtù di un rinvio italiano della VI sezione del Consiglio di Stato, che con ordinanza del 5 marzo 2012 (n. 1244)³³ ha investito la Corte lussemburghese di un articolato quesito pregiudiziale (la causa pende con il numero C-136/12, *Consiglio Nazionale dei Geologi*, e non risulta siano ancora state depositate le conclusioni dell'Avvocato Generale) con cui si chiede fra l'altro se "osti o meno all'applicazione dell'art. 267, par. 3, TFUE, in relazione all'obbligo del giudice di ultima istanza di rinvio pregiudiziale di una questione di

³² Sul tema, si vis, RAITI, *La collaborazione...*, cit., p. 370 ss.

³³ L'ordinanza è leggibile ne *Il Foro it.*, 2102, III, c. 350 ss., con note di N. PIGNATELLI, *L'obbligatorietà del rinvio pregiudiziale tra primato del diritto comunitario e autonomia processuale degli Stati*, e di E. SCODITTI, *Rinvio pregiudiziale e violazione manifesta del diritto dell'Unione europea*.

interpretazione del diritto comunitario sollevata da una parte in causa, la disciplina processuale nazionale che preveda un sistema di preclusioni processuali, quali termini di ricorso, specificità dei motivi, divieto di modifica della domanda in corso di causa, divieto per il giudice di modificare la domanda di parte”.

Con riferimento ad un altro genere di questioni, la visione della legittimazione al rinvio pregiudiziale quale strumento di effettività dell’ordine dell’Unione ha già manifestato però tutta la sua portata eversiva dei sistemi nazionali.

Mi riferisco al tema della compatibilità con la disciplina di cui all’odierno art. 267 TFUE delle disposizioni nazionali sancenti ipotetici vincoli agli enunciati *in iure* espressi nel corso di una causa dall’autorità giurisdizionale suprema, o comunque superiore, a carico del giudice inferiore incaricato del giudizio rescissorio.

L’art. 267 prevede la legittimazione al rinvio – facoltativa o obbligatoria – in termini, per così dire, puntiformi, istantanei, del tutto alieni dal contesto processuale nel quale la questione costituente potenziale oggetto del rinvio possa venire in considerazione. Tradizionalmente tale decontestualizzazione delle fattispecie di legittimazione al rinvio pregiudiziale era stata intesa quale indice della neutralità dell’istituto rispetto alle tecniche di organizzazione dinamica del processo nazionale; neutralità di cui era stato chiaro sintomo, per molti anni, la posizione assunta dalla Corte in merito alla assoluta libertà per gli Stati membri di prevedere eventuali iniziative impugnatorie interne a carico del provvedimento di rinvio e l’assoggettamento assoluto della Corte a subire l’esito di tali iniziative, una volta assunte con successo³⁴.

Già in anni oramai molto lontani la Corte aveva avuto modo di ribadire tale posizione di assoggettamento ad un eventuale revoca interna del provvedimento di rinvio anche con riferimento ad una fattispecie caratterizzata proprio da un’impugnativa avanzata sul presupposto che l’effettuazione del rinvio pregiudiziale fosse provenuto dall’autorità di rinvio interno dalla cassazione, con evidente violazione del vincolo all’enunciato di diritto superiore stabilito dalla norma processuale interna. Con due note sentenze del 1974 (*Rheinmühlen*) infatti, la Corte, per un verso, letta in termini assoluti la fattispecie di legittimazione al rinvio per i giudici nazionali di non ultima istanza, affermava che *nonostante* la disposizione interna sancente il vincolo al *dictum* dell’autorità superiore il rinvio dovesse ritenersi pienamente ammissibile; per altro verso, dopo aver sottolineato la discrezionalità per gli Stati membri di predisporre un rimedio impugnatorio interno avverso il provvedimento di rinvio pregiudiziale,

³⁴ Al riguardo, *amplius*, si vis, RAITI, *op. ult. cit.*, p. 243 ss., e, precedentemente, BRIGUGLIO, *Pregiudiziale comunitaria e processo civile*, Padova, 1997, p. 377

puntualizzava il proprio assoggettamento ad un eventuale provvedimento di revoca del rinvio da parte della medesima autorità rinviante pur ipoteticamente conseguente all'annullamento interno del provvedimento³⁵.

Le più recenti pronunce sul tema escono, per taluni aspetti opportunamente - si direbbe - dall'aura di malcelata schizofrenia della giurisprudenza *Rheinmühlen*, per sviluppare con chiarezza gli immediati corollari sistematici che pianamente discendono dalla ritenuta operatività della fattispecie di legittimazione. Ed enunciano, così: a) la regola secondo cui, una volta effettuato il rinvio, l'autorità rinviante sarà vincolata al *dictum* pregiudiziale, con conseguente obbligo di disattendere l'eventuale enunciato contrastante della Corte interna superiore³⁶, e, b) l'aperta dichiarazione di incompatibilità con l'ordine dell'Unione della disposizione nazionale sancente il vincolo all'enunciato superiore.

La prima sentenza così esplicita nell'individuare la portata *in parte qua* dirompente per gli ordinamenti processuali nazionali è la *Elchinov*, del 2010 (³⁷); ne farà le spese l'art. 224 del vigente codice bulgaro di procedura amministrativa, secondo cui: «Le istruzioni del Tribunale supremo amministrativo relative all'interpretazione e all'applicazione del diritto sono vincolanti ai fini del riesame della causa».

Il successivo caso lo fornirà invece un rinvio italiano, operato dalla Cassazione civile. Con la sentenza *Interedil*, del 20 ottobre 2011 (C-396/09)³⁸, si dichiarerà, infatti, il diritto dell'Unione ostativo all'applicazione dell'art. 382, comma 1, del codice di rito civile (che, come noto, vincola, in esito ai regolamenti di giurisdizione, in merito all'indicazione di giurisdizione fornita dalla Corte), “qualora risulti che le valutazioni svolte dal giudice di grado superiore non sono conformi al diritto dell'Unione, come interpretato dalla Corte”.

³⁵ Sulla vicenda e sulla sua problematica interpretazione complessiva, v. RAITI, *op. ult. cit.*, p. 279 ss.; per una lettura della medesima senz'altro orientata a ritenere che “*la portée de la position de principe de l'arrêt Rheinmühlen II a été neutralisée par les précisions qui lui ont été ajoutées*”, v. J. CH. BARBATO, *Le droit communautaire et les recours internes exercés contre les ordonnances de renvoi*, Rev. trim. droit eur., 2009, 267 ss., in part. 280. Per la lettura delle sentenze in questione quali proto-affermazioni dell'orientamento che la sentenza *Elchinov* avrebbe apertamente espresso, v., invece, BRIGUGLIO, *op. cit.*, 701 ss.

³⁶ Lo ricordano espressamente i paragrafi 29-30, 36-37 e 69, rispettivamente, delle sentenze *Elchinov*, *Interedil* e *Krizan*.

³⁷ Corte giust., Grande Sezione, sent. 5 ottobre 2010, C-173/09, *Georgi Ivanov Elchinov* In *Racc.*, 2010 p. I-8889 ss. Per un commento in Italia alla pronuncia, W. FERRANTE, *Un duplice aspetto della sentenza “Elchinov” 1. Rimborsabilità dell'assistenza sanitaria prestata in altro Stato membro 2. Autonomia del giudice del rinvio rispetto al principio di diritto enunciato dal giudice di ultimo grado ove reputato in contrasto con il diritto comunitario*, in *Rass. Avv. Stato*, 2011, I, p. 31 ss.

³⁸ In *Foro it.*, 2011, IV, c. 537 ss., con nota di D'ALESSANDRO, *L'ordinanza conclusiva del regolamento di giurisdizione capitola dinanzi alla «primauté» del diritto dell'Unione europea*; per un ulteriore commento alla pronuncia, v. HONORATI, *Higher courts, lower courts and preliminary ruling: a lesson from Interedil*, in *Int'l lis*, 2012, p. 134 ss.

L'ultima affermazione del medesimo orientamento risale allo scorso gennaio, e consegue ad un rinvio slovacco, nel caso *Krizan* (CGUE, Grande sezione, 15 gennaio 2013, C-416/10)³⁹. Qui ad essere dichiarata comunitariamente incompatibile sarà una norma che vincola all'enunciato di diritto reso dalla Corte costituzionale competente sui ricorsi impugnatori avverso le pronunce della Corte suprema di Cassazione della repubblica slovacca per violazione dei diritti e delle libertà garantite dalla Costituzione nazionale o dalla CEDU.

L'impianto motivazionale di tutte e tre le sentenze citate è quanto mai scarno ed incentrato su due punti: a) la lettura assolutizzante delle fattispecie di legittimazione al rinvio, già propria delle sentenze *Rheinmühlen*, e b) l'uso del potentissimo enzima argomentativo della *primauté*. Con parole appena differenti nelle rispettive motivazioni, si afferma infatti: "il giudice nazionale incaricato di applicare, nell'ambito della propria competenza, le norme di diritto dell'Unione ha l'obbligo di garantir[n]e la piena efficacia [...], disapplicando all'occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale". Nella sentenza *Elchinov* l'affermazione è altresì inequivocabilmente supportata dalla citazione della pronuncia *Simmenthal* (v. punto 31 della motivazione).

Siamo dinanzi ad una impostazione del discorso processuale (un discorso dall'evidente impatto processuale, intendo dire) giocata principalmente, ancora una volta, sulla valutazione della fonte. Può accettarsi questo? Allorché l'istanza generale di legalità comunitaria dei giudicati pretenda porsi a ragione di fondamento dell'asserito superamento della stessa regiudicata, soccorre, in chiave critica, l'idea che, così ritenendo, si perviene ad una contraddizione in termini: essendo il giudicato misura, esso stesso, della legalità, non può predicarsene il superamento in funzione della legalità in generale, quanto piuttosto, eventualmente, in ragione di una *rafforzata* istanza di legalità che ricorra in presenza di *specifici e particolarmente gravi vizi*.

Quando l'istanza di primazia e di legalità del diritto dell'Unione genericamente intese vengano diversamente invocate al fine di argomentare il superamento interno di vincoli endoprocedimentali, quale quello all'enunciato di diritto, o eventuali altri vincoli (preclusioni, oneri difensivi a carattere dispositivo, e via dicendo), non viene in considerazione la tautologia di cui si è appena detto. Altre considerazioni, però, credo possano prospettarsi a censura di questo modo di intendere gli strumenti di prevenzione delle violazioni dell'ordine dell'Unione.

³⁹ Sulla pronuncia, *si vis*, RAITI, *Dopo Elchinov ed Interedil, Krizan: ribadita l'incompatibilità con il diritto dell'Unione del vincolo processuale interno all'enunciato in iure della Corte superiore*, in *Int'l lis*, 2013, p. 24 ss.

Invocare la *primauté* a fondamento delle pronunce di conformazione dei sistemi processuali interni, appare, anzitutto, grossolano. Il processo vive di forme e, dunque, di limiti: l'esigenza di perseguire l'affermazione dell'ordine sostanziale dell'Unione per la prevalenza, *ratione fontis*, del relativo ordinamento su quello nazionale equivarrebbe a dire, almeno in potenza, che ogni presidio di regolamentazione formale del processo può essere superato. Significherebbe, in altri termini, negare il processo come entità concettuale.

In secondo luogo, tale visione delle cose contraddice l'istanza di trattamento paritario fra posizioni sostanziali analoghe di fonte interna o di fonte comunitaria postulata dalla stessa Corte di giustizia con il principio di equivalenza. Essa realizza, in altri termini, una sorta di discriminazione alla rovescia.

Altre perplessità di ordine sistematico e funzionale, per le quali mi permetto rinviare a quanto recentissimamente scritto a commento della giurisprudenza Krizan⁴⁰, caratterizzano poi, in particolare, il principio di cedevolezza del vincolo all'enunciato *in iure* della Corte interna superiore a "sanzione" della violazione all'ordine dell'Unione.

In conclusione, desidero ribadire una proposta applicativa del canone di *primauté* tesa a contrastare le criticità del filone giurisprudenziale cui, con riguardo a vari aspetti della giurisprudenza lussemburghese sugli strumenti processuali di contrasto alle violazioni dell'ordine dell'Unione di "mano giurisdizionale", mi sono, nel corso del nostro incontro, riferito.

Ritengo personalmente, infatti, che il prevalere dell'ordine dell'Unione su quelli nazionali abbia da intendersi quale prevalere dei *singoli valori* portati dalle norme, siano essi di natura sostanziale o processuale, e che dunque il canone di *primauté* vada applicato ripartitamente a precetti fra loro contenutisticamente omogenei: sostanziali o processuali. Solo quando «vi sia irriducibile incompatibilità fra la norma interna e quella comunitaria» - volendo usare le parole che furono proprie della sentenza Granital - «è quest'ultima, in ogni caso, a prevalere». Come a dire che l'incompatibilità che la *primauté* risolve attiene al confronto fra specifici precetti e non ad una generica istanza di legalità che - certo, fine ultimo della giurisdizione - non ritengo debba mai farsi slogan e pretesto per interventi manipolativi sul processo non rispondenti ad una ponderata riflessione processualistica.

⁴⁰ Cfr. *supra*, alla nota precedente, p. 27 ss.