

Effettività del diritto dell'Unione e rimedi processuali nazionali ¹

di ENZO CANNIZZARO

SOMMARIO: I. Autonomia processuale e armonizzazione. — II. Altre tecniche di integrazione. — III. Autonomia processuale e asimmetria del processo di integrazione. — IV. Rimedi processuali come completamento di posizioni soggettive stabilite dal diritto dell'Unione. — V. *Segue*. Rimedi processuali ed effettività del meccanismo di rinvio pregiudiziale. — VI. I criteri applicativi: A) L'equivalenza e le norme processuali nazionali "distintamente applicabili". — VII. *Segue*. B) L'effettività e le norme processuali nazionali "indistintamente applicabili". — VIII. Effettività del sistema e definitività delle decisioni.

I. È noto come il principio c.d. dell'autonomia processuale, enunciato dalla Corte di giustizia e ormai ben consolidato nella sua giurisprudenza e nella prassi delle giurisdizioni nazionali, sia fondato sul presupposto dell'assenza di regole dell'Unione dirette ad armonizzare il diritto processuale nazionale. È solo in conseguenza dell'assenza di regole processuali armonizzate, infatti, secondo le espressioni giurisprudenziali classiche, che la tutela di posizioni soggettive assicurate dal diritto dell'Unione europea viene affidata ai rimedi giurisdizionali interni. Ne consegue che tali posizioni soggettive si realizzano secondo le modalità di ciascun ordinamento processuale nazionale e sono assoggettate ai limiti di esso.

Esistono, invero, varie regole dell'Unione tese ad armonizzare il diritto processuale nazionale. Esse sono generalmente fondate sulla constatazione che la disparità delle legislazioni nazionali potrebbe avere un impatto negativo sulla realizzazione del mercato interno. Si tratta di un argomento di carattere funzionale talvolta utilizzato

* La presente rubrica ospita, anche nella versione originale e quindi non necessariamente dopo la consueta rielaborazione, relazioni e interventi a convegni su temi di interesse di questa Rivista. Si ringraziano gli autori e gli organizzatori per la cortese autorizzazione alla pubblicazione.

¹ Testo riveduto della relazione presentata al XVII Convegno SIDI "L'Unione europea a vent'anni da Maastricht: verso nuove regole", Genova, 31 maggio-1° giugno 2012, in corso di pubblicazione in S.M. CARBONE (a cura di), *L'Unione europea a vent'anni da Maastricht: verso nuove regole*, Napoli, 2013.

nella giurisprudenza e nella prassi istituzionale dell'Unione sia al fine di fondare una competenza a favore dell'Unione che di determinarne la natura. Se questa esigenza venisse considerata in via generale, tuttavia, l'Unione potrebbe possedere una competenza molto ampia nel campo del diritto processuale nazionale. Ciò in quanto il diritto processuale serve generalmente a tutelare sia posizioni soggettive di origine puramente interna che posizioni soggettive che traggono origine nel diritto dell'Unione. Ne consegue una notevole resistenza degli ordinamenti nazionali ad accettare questa tecnica di integrazione, la cui portata è assai ampia e potenzialmente onnicomprensiva.

Le due tecniche di integrazione, quella dell'armonizzazione processuale e quella che procede dalla ricostruzione dei limiti all'autonomia processuale, sono assai diverse, sia quanto alla loro natura che quanto agli effetti che esse producono. L'armonizzazione processuale si fonda sull'esistenza di norme comuni che gli Stati debbono adottare nel proprio ordinamento e che quindi interagiscono variamente con le altre norme dell'ordinamento processuale nazionale. Si tratta, quindi, di una tecnica di integrazione che procede attraverso l'uniformità delle norme processuali nei vari ordinamenti. Diversa è l'integrazione che si realizza mediante la posizione di limiti agli ordinamenti processuali nazionali. Tali limiti tendono a valorizzare l'esigenza di assicurare l'equivalenza e l'effettività della tutela nei confronti di posizioni soggettive fondate sul diritto dell'Unione. Di conseguenza, tale tecnica di integrazione procede dal riconoscimento dell'esistenza di posizioni soggettive che sono, in linea di principio, "esterne" rispetto agli ordinamenti nazionali, rispetto alle quali questi gli Stati membri hanno obblighi particolari: un obbligo minimo di assicurare l'equivalenza di trattamento; un obbligo ulteriore, di assicurarne l'effettività.

Mentre la tecnica di integrazione processuale mediante l'armonizzazione si fonda sull'esigenza di assicurare l'uniformità di trattamento delle posizioni soggettive esterne rispetto a quelle interne², l'altra tecnica, data dal riconoscimento dell'autonomia processuale

² Talune norme processuali di armonizzazione hanno invero un campo di applicazione limitato e si applicano alle sole posizioni soggettive derivanti dal diritto dell'Unione. Ciò è una conseguenza del carattere orizzontale dell'armonizzazione, che si svolge sia sul piano sostanziale che su quello processuale. Ad esempio, le norme processuali relative agli appalti o ai diritti di proprietà intellettuale UE, si applicano solo agli appalti o ai diritti ora detti che ricadono nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione per i quali, soltanto, il diritto dell'Unione ha adottato norme sostanziali di armonizzazione. Queste norme processuali di armonizzazione si applicano a norme già armonizzate sul piano sostanziale, che, quindi, fanno già parte dell'ordinamento nazionale. Hanno invece un campo di applicazione generale

temperata dai limiti ad essa, tende piuttosto a riconoscere l'esigenza di una tutela particolare a favore delle posizioni soggettive esterne.

II. Non mancano, nell'esperienza giuridica del diritto europeo, altre tecniche di integrazione processuale. Una di queste, in un certo senso intermedia fra le due indicate sopra, è quella tesa a dedurre regole processuali sulla base di frammenti normativi, espressione di principi processuali di carattere generale³. Questa singolare tecnica di armonizzazione processuale "per principi" è stata largamente applicata, ad esempio, nel campo della tutela dei consumatori.

Uno dei primi esempi viene dalla sentenza *Océano*⁴, nella quale la Corte di giustizia ha valorizzato la funzione delle norme sostanziali, dirette a compensare lo squilibrio fra la posizione del consumatore e quella del professionista attraverso "un intervento positivo da parte di soggetti estranei al rapporto contrattuale"⁵. A tale funzione, la Corte ha quindi ricollegato l'esigenza espressa dall'art. 7 della Direttiva 93/13/CEE⁶, il quale impone agli Stati membri di fornire mezzi adeguati ed efficaci per far cessare l'inserzione di clausole abusive", compresa "la possibilità per le organizzazioni di consumatori riconosciute di adire le autorità giudiziarie perché queste accertino se clausole redatte per un uso generalizzato siano abusive e, eventualmente, ne dichiarino l'illiceità, anche quando esse non siano state inserite in un contratto determinato"⁷. Da tale sistema la Corte ha tratto la conseguenza che "è difficilmente concepibile che il giudice, chiamato a dirimere una controversia su un contratto determinato contenente una clausola abusiva, non possa disapplicarla solo perché il consumatore non ne fa valere l'illiceità"⁸.

le norme di armonizzazione che si applicano alle posizioni soggettive derivanti anche dai diritti nazionali, tra cui quelle relative al diritto internazionale processuale.

³ Sull'armonizzazione processuale per principi generali del diritto UE v. S. PRECHAL, *Competence Creep and General Principle of Law*, in *Rev. of Eur. Adm. Law* 2010, pp. 11-13.

⁴ Corte giust. 27 giugno 2000, cause riunite C-240/98 a C-244/98, *Océano*, in *Racc.*, p. I-4941. Su questa sentenza v. per tutti: A. ORESTANO, *Ricevibilità di ufficio della vessatorietà delle clausole nei contratti dei consumatori*, in *Europa dir. priv.*, 2000, p. 1179 ss.; S. LEIBLE, *Gerichtsstandsklauseln und EG-Klauselrichtlinie*, in *Recht der Internationalen Wirtschaft* 2001, p. 422 ss.; C. WHITERS, *Jurisdiction Clauses and the Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations*, in *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly*, 2002, p. 56 ss.; M. VAN HUFFEL, *La condition procédurale des règles de protection des consommateurs: les enseignements des arrêts Océano, Heinger et Codifis de la Cour de justice*, in *Rev. europ. droit de la consommation*, 2003, p. 79 ss.; V. TRSTENJAK e E. BEYSEN, *European Consumer Protection Law: Curia semper dabit remedium?*, in *Common Market Law Rev.*, 2011, p. 95 ss., spec. p. 119.

⁵ Sentenza *Océano*, cit., para 27.

⁶ Direttiva del Consiglio del 5 aprile 1993, n. GUCE L 95, p. 29.

⁷ Sentenza *Océano*, cit., par. 27.

⁸ "Occorre invece osservare che la facoltà per il giudice di esaminare d'ufficio l'illiceità di una clausola costituisce un mezzo idoneo al conseguimento tanto dell'obiettivo fissato

La Corte sembra indicare come nel campo della tutela dei consumatori non operi il principio dell'autonomia processuale, se non nei limiti ad esso consentiti dalla presenza di principi processuali, ricavabili dal diritto dell'Unione, dai quali ricostruire, per via di un'attività di completamento normativo, una norma processuale completa.

La ricostruzione di un sistema processuale, ancorché parziale, sulla base di "tracce" di armonizzazione è un dato non infrequente nella prassi giudiziaria dell'Unione. Un interessante esempio di questa tecnica di ricostruzione si può rinvenire nelle conclusioni dall'Avv. Gen. Trstenjak del 6 dicembre 2011, causa *Nemzeti Fogysztovédelmi Hatóság*, relative alle norme di procedura necessarie al fine di prestare una efficace protezione ai consumatori nei confronti di clausole abusive.

Le conclusioni valorizzano l'obbligo di risultato, derivante sempre dall'art. 7, par 1, della Direttiva 93/13/CE, che stabilisce a carico degli Stati membri l'obbligo di prevedere « mezzi adeguati ed efficaci » per eliminare in modo effettivo le clausole abusive. Nel riconoscere agli Stati membri la competenza a determinare appropriati

dall'art. 6 della Direttiva, che è quello di impedire che il consumatore sia vincolato da una clausola abusiva, quanto dell'obiettivo dell'art. 7, dato che tale esame può avere un effetto dissuasivo e, pertanto, contribuire a far cessare l'inserimento di clausole abusive nei contratti conclusi tra un professionista e i consumatori". Sentenza *Océano*, cit., par. 28. Analogo percorso argomentativo ha seguito la Corte riguardo alla Direttiva 93/13, cit., in *Cofidis*, Corte giust. 21 novembre 2002, causa C-473/00, in *Racc.*, I-10875; 26 ottobre 2006, causa C-168/05, *Mostaza Claro*, in *Racc.*, p. I-10421, par. 27; P, 4 giugno 2009, causa C-243/08, *annon GSM*, in *Racc.*, p. I-4713; 6 ottobre 2009, causa C-40/08, *Asturcom Telecomunicaciones*, in *Racc.*, p. I-9579; 14 giugno 2012, causa C-618/10, *Banco Español de Crédito SA* non ancora pubblicata. Riguardo alla Direttiva 87/102/CEE del Consiglio 22 dicembre 1986, relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di credito al consumo (*GUCE* L 42, p. 48), come modificata dalla direttiva 98/7/CE del Parlamento europeo e del Consiglio 16 febbraio 1998 (*GUCE* L 101, p. 17), v. Corte giust 4 ottobre 2007, causa C-429/05, *Rampion e Godard*, in *Racc.*, p. I-8017; ord. 16 novembre 2010, causa C-76/10, *Pohotovosts.r.o. c.IvetaKorčkovská* in *Racc.*, p. I-11557. Riguardo alla Direttiva 85/577/CEE del Consiglio 20 dicembre 1985, per la tutela dei consumatori in caso di contratti negoziati fuori dei locali commerciali, in GU L 372 del 31.12.1985, p. 31, v. la sentenza *Eva MartínMartín contro EDP Editores SL*, sentenza del 17 dicembre 2009, C-227/08, in *Raccolta* 2009 I-11939. Riguardo infine alla Direttiva 98/27/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 maggio 1998 relativa a provvedimenti inibitori a tutela degli interessi dei consumatori, in *GUCE* L 166, p. 51, v. Corte giust 18 ottobre 2012, causa C-428/11, *Purely Creative Ltd* non ancora pubblicata. V. E. MARINUCCI, *Impugnazioni del lodo per vessatorietà della clausola arbitrale: inammissibilità di preclusioni*, in *Int'Lis*, 2007, pp. 64-68; P. SCHLOSSER, *Nichtanerkennung eines Schiedsspruchsmangels gültiger Schiedsvereinbarung*, in *IPRax*, 2008, p. 497; D.-U. GALETTA, *Procedural Autonomy of EU Member States: Paradise Lost?*, Berlino, 2010, p. 16 ss.; L. DANIELE, *Direttive per la tutela dei consumatori e poteri d'ufficio del giudice nazionale*, in questa *Rivista*, 2011, p. 683; V. TRSTENJAK e E. BEYSEN, *European* cit., p. 119. Sulla recente sentenza *Banco Español de Crédito SA*, 14 giugno 2012, C-618/10, non ancora pubblicata, v. G. PAISANT, *L'elargissement, par la CJUE, du pouvoir d'office du juge et le refus de la révision d'une clause déclarée abusive*, in *La Semaine Juridique - édition générale* 2012, n. 37, pp. 1637-1640.

meccanismi di controllo, le conclusioni tendono altresì a trarre dall'esistenza di norme di armonizzazione minima, coniugate con l'esigenza di garantire una protezione efficace, una serie di altre implicazioni procedurali che vanno dall'esigenza di riconoscere carattere *erga omnes* dell'accertamento del carattere abusivo di una clausola, alla esigenza di dotare il giudice del potere di pronunciare provvedimenti inibitori⁹.

Queste tecniche di ricostruzione sembrano evidenziare la difficoltà di separare in maniera netta le due principali tecniche di integrazione processuale. L'alternativa fra armonizzazione e autonomia sembra talvolta sfumare a favore di una attività di ricostruzione caso per caso dei rimedi più appropriati al fine di assicurare l'effettività delle posizioni soggettive dell'Unione.

III. L'autonomia processuale può essere vista come la conseguenza della asimmetria che si produce fra le posizioni soggettive garantite dal diritto dell'Unione europea e la loro proiezione sul piano dei rimedi processuali. Non di rado, infatti, le posizioni soggettive assicurate dal diritto dell'Unione vivono solo nella loro dimensione sostanziale. Esse non sono assistite da strumenti relativi alla fase procedurale; alla fase cioè del loro accertamento e delle garanzie della loro esecuzione.

Ciò è una conseguenza della natura trans-ordinamentale dei diritti e degli obblighi assicurati dal diritto dell'Unione, che vengono prodotti in un ordinamento, ma poi subiscono parte del loro processo di concretizzazione in un ordinamento diverso da quello di origine. Tuttavia, la linea che separa la sfera delle competenze dell'Unione europea rispetto a quelle nazionali non è una linea simmetrica, tracciata in relazione al contenuto o agli effetti di tali posizioni. Non di rado, essa è tracciata in maniera trasversale, sì da comportare che all'esistenza di una competenza dell'Unione sul

⁹ V., in particolare, i par. 44 ss. delle conclusioni. Nella sentenza *Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság*, 26 aprile 2012, causa C-472/10, par. 38, non ancora pubblicata, la Corte di giustizia ha quindi concluso che "l'attuazione effettiva di tale obiettivo esige, come rilevato in sostanza dall'avvocato generale al paragrafo 51 delle sue conclusioni, che le clausole delle CG dei contratti stipulati con consumatori dichiarate abusive nell'ambito di un'azione inibitoria promossa avverso il professionista di cui trattasi, quale quella di cui al procedimento principale, non vincolino né i consumatori che siano parti nel procedimento inibitorio né quelli che abbiano stipulato con il professionista un contratto al quale si applicano le medesime CG". Su questa sentenza v. M. BOTTINO, *Arrêt Invitel: l'effet ultra partes des clauses déclarées abusives*, in *Rev. europ. droit de la consommation*, 2012, p. 587 ss.; G. PAISANT, *Effets à l'égard des tiers d'une action en cessation d'une clause abusive intentée au nom des consommateurs par un organisme désigné par la législation hongroise*, in *La Semaine Juridique - Edition générale*, 2012, n. 19, pp. 960-961.

piano sostanziale non corrisponda una competenza sul piano strumentale. A volte, all'esistenza simmetrica della competenza dell'Unione sui due piani, non corrisponde l'esistenza delle condizioni giuridiche o politiche per il loro simmetrico esercizio.

In tutte queste ipotesi, si produce quindi una asimmetria fra l'esistenza di posizioni soggettive individuali, definite dall'ordinamento dell'Unione ma amministrata sul piano procedurale dall'ordinamento degli Stati membri. In tale situazione, che costituisce una inevitabile conseguenza del modo d'essere dei rapporti fra diritto dell'Unione e ordinamenti nazionali, sarebbe difficile ritenere che l'assenza di norme processuali comporti la negazione dell'esistenza di posizioni soggettive derivanti dal diritto dell'Unione. In questa dimensione concettuale, il principio dell'autonomia processuale si struttura come l'inevitabile conseguenza dell'esistenza di posizioni soggettive non assistite da norme processuali relative alle vicende dei diritti assicurati ai singoli dall'ordinamento europeo.

Questo conclusione emerge, ad esempio, dall'itinerario argomentativo seguito dalla Corte nella sentenza *Denkavit*¹⁰, che costituisce una delle prime compiute teorizzazioni del principio¹¹. La Corte ha tratto dal principio di collaborazione, allora enunciato dall'art. 5 del Trattato CE, la conseguenza che, in assenza di una normativa comunitaria di armonizzazione, sussistesse la competenza di ciascun ordinamento nazionale a "designa(re) il giudice competente e stabili(re) le modalità procedurali delle azioni giudiziali intese a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza delle norme comunitarie aventi efficacia diretta"¹².

In tale passaggio si riflette il paradigma concettuale al quale si è ispirata la Corte di giustizia e costantemente sotteso alle espressioni più recenti della giurisprudenza¹³. All'esistenza di posizioni soggettive complete da un punto di vista sostanziale, non corrisponde un sistema processuale adeguato. È quindi in virtù della mancanza di

¹⁰ Corte giust. 27 marzo 1980, causa 61/79, *Denkavit*, in *Racc.*, p. 1205.

¹¹ V., già prima della sentenza *Denkavit*, v. Corte giust. 16 dicembre 1976, causa 33/76, *Rewe-ZentralfinanzG e Rewe-Zentral AG c. Landwirtschaftskammer für das Saarland*, in *Racc.*, p. 1989. Analogo percorso argomentativo ha seguito la Corte nei casi 7 giugno 2007, cause riunite C-222/05 a C-225/05, *J. van der Weerd e altri*, in *Racc.*, p. I-4233; 15 aprile 2008, causa C-268/06, *Impact*, in *Racc.*, p. I-2483; 29 ottobre 2009, causa C-63/08, *Virginie Pontin c. T-Comalux SA*, in *Racc.*, p. I-10467; 26 gennaio 2010, causa C-118/08, *Transportes Urbanos y Servicios Generales SAL c. Administración del Estado*, in *Racc.*, p. I-635; 25 novembre 2010, causa C-429/09, *Günter Fuß c. Stadt Halle*, in *Racc.*, p. I-12167; 8 luglio 2010, causa C-246/09, *Susanne Bulicke c. Deutsche Büro Service GmbH*, in *Racc.*, p. I-7003. V. TRSTENJAK V. e E. BEYSEN, *European cit.*, p. 97-98 e 101 nota 20.

¹² Par. 25.

¹³ V. il paragrafo seguente.

rimedi atti ad assicurare l'effettività delle norme "primarie" dell'Unione, che viene in essere la competenza degli ordinamenti nazionali. Questa costituisce il necessario complemento dell'esistenza di posizioni soggettive perfette che trovano origine nell'ordinamento dell'Unione.

È evidente, in questa costruzione, il mutamento di prospettiva concettuale rispetto ad una concezione fondata esclusivamente sul riparto di competenze. In tale prospettiva, il rinvio agli ordinamenti nazionali diviene infatti un corollario dell'esistenza, nell'ordinamento dell'Unione, di posizioni soggettive compiute ma prive di un apparato strumentale. Ne consegue che l'autonomia processuale e i suoi limiti costituiscono l'espressione di una competenza delegata nell'ambito delle norme secondarie, che gli Stati membri esercitano nell'interesse dell'Unione.

IV. Questa ispirazione concettuale ha attraversato l'intera parabola dell'evoluzione giurisprudenziale.

Essa è sottesa all'affermazione di rimedi restitutori concepiti come forme necessarie di garanzia dei diritti dei singoli¹⁴. Si legge, ad esempio, nella sentenza *San Giorgio* della Corte del 9 novembre 1983, che "il diritto di ottenere il rimborso di tributi riscossi da uno Stato in contrasto con le norme del diritto comunitario è la conseguenza ed il complemento dei diritti riconosciuti ai singoli dalle norme comunitarie che vietano le tasse d'effetto equivalente a dazi doganali o, secondo i casi, l'applicazione discriminatoria di imposte interne"¹⁵.

Una maggiore elaborazione concettuale di tale schema può essere avvertita nella giurisprudenza che ha ricostruito l'esistenza di

¹⁴ V. anche Corte giust. 17 novembre 1998, causa C-228/96, *Aprile*, in *Racc.*, p. I-7141, par. 17-18; 8 marzo 2001, cause riunite C-397 e C-410/98, *Metallgesellschaft e a.*, in *Racc.*, p. I-1727, par. 84; 12 dicembre 2006, causa C-446/04, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, in *Racc.*, p. I-11753, par. 102; 13 marzo 2007, causa C-524/04, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, in *Racc.*, p. I-2107, par. 110. Su queste sentenze v. per tutti V. TRSTENJAK, E. BEYSEN, *European cit.*, p. 100. Analogo percorso argomentativo ha seguito la Corte riguardo alle procedure amministrative relative alle domande di pagamento di indennità ed ai termini di prescrizione ad esse attinenti. V. di recente Corte giust. 15 aprile 2010, causa C-542/08, *Barth*, in *Racc.*, p. I-3189. V. per tutti V. TRSTENJAK e E. BEYSEN, *European cit.*, p. 100 e ivi ulteriori riferimenti giurisprudenziali.

¹⁵ V. novembre 1993, causa 199/82, *Amministrazione delle finanze dello Stato c. SPA San Giorgio*, in *Racc.*, p. 3595, par. 12. V. anche 21 settembre 2000, cause riunite C-441-442/98, *Michailidis*, in *Racc.*, p. I-7145. V. per tutti: L. DANIELE, *Indebito comunitario e ordinamento italiano*, in *Foro it.*, 1984, IV, p. 298 ss.; M. MARESCA, *L'integrazione fra il diritto comunitario e il diritto interno nella disciplina della ripetizione dell'indebito in materia fiscale comunitaria*, in *Dir. pratica tribut.*, 1984, II, p. 3 ss.; M. WAELEBROECK, *La garantie du respect du droit communautaire par les Etats membres. Les actions au niveau national*, in *Cahiers droit europ.*, 1985, p. 37 ss.; V. TRSTENJAK e E. BEYSEN, *European cit.*, p. 101.

una azione risarcitoria, nonché i limiti al suo esercizio, come autonoma articolazione dell'obbligo derivante dai Trattati di assicurare l'effettività del divieto di concludere accordi lesivi della concorrenza, che l'art. 85 (oggi 101) del Trattato stabilisce nei rapporti orizzontale.

Tale schema emerge nitidamente nella sentenza *Courage*¹⁶. La Corte di giustizia era chiamata a verificare se il diritto al risarcimento del danno da attività anticoncorrenziali sorge anche a favore di una parte di un rapporto contrattuale concluso in violazione del divieto imposto agli individui dall'art. 85 del trattato CE (art. 101 TFUE). La Corte ha dapprima chiarito che diritti a favore di individui "sorgono non solo nei casi in cui il Trattato espressamente li menziona, ma anche in relazione agli obblighi che il medesimo impone in maniera ben definita ai singoli, agli Stati membri, alle istituzioni comunitarie"¹⁷. Dall'obbligo imposto agli Stati di assicurare l'effettività del divieto di accordi o pratiche contrarie al diritto antitrust, la Corte ha dapprima tratto la conseguenza generale della necessità di assicurare un rimedio risarcitorio a favore della parte di un rapporto contrattuale concluso in violazione delle norme antitrust. Peraltro, in via di eccezione, la Corte ha quindi limitato tale possibilità in ragione di una sorta di "concorso" nella violazione del diritto antitrust ad opera della parte che intendeva attivare tale rimedio. In particolare, sarebbe ben lecito per gli ordinamenti nazionali restringere tale possibilità qualora il contratto non sia stato stipulato in presenza di un grave squilibrio nella posizione negoziale fra le parti e la limitazione non possa quindi trovare fondamento nella necessità di evitare un arricchimento senza causa di una parte che abbia, a propria volta, infranto la normativa antitrust nell'esercizio della propria libertà contrattuale.

Il carattere funzionale dei rimedi interni rispetto all'esigenza di affermare l'effettività di posizioni soggettive dell'Unione emerge in maniera particolare nel notissimo caso *Francovich*. Si legge, in un passaggio pressoché dimenticato della sentenza: "(v)a constatato che sarebbe messa a repentaglio la piena efficacia delle norme comunitarie e sarebbe infirmata la tutela dei diritti da esse riconosciuti se i

¹⁶ Corte giust. 20 settembre 2001, causa C-453/99, *Courage Ltd c. Bernard Crehan e Bernard Crehan c. Courage Ltd e altri*, in *Racc.*, p. I-6297. V. anche 17 settembre 2002, causa C-253/00, *Muñoz*, in *Racc.*, p. I-7289. V. M. TULIBACKA, *Europeanization of Civil Procedures: in Search of a Coherent Approach*, in *Common Market Law Rev.* 2009, p. 1531; N. TROCKER, *Il diritto processuale e le « tecniche » della sua formazione: l'opera della Corte di giustizia*, in *Europa dir. priv.*, 2010, p. 361 ss.

¹⁷ Sentenza *Courage*, par. 19.

singoli non avessero la possibilità di ottenere un risarcimento ove i loro diritti siano lesi da una violazione del diritto comunitario imputabile ad uno Stato membro. La possibilità di risarcimento a carico dello Stato membro è particolarmente indispensabile qualora, come nella fattispecie, la piena efficacia delle norme comunitarie sia subordinata alla condizione di un'azione da parte dello Stato e, di conseguenza, i singoli, in mancanza di tale azione, non possano far valere dinanzi ai giudici nazionali i diritti loro riconosciuti dal diritto comunitario”¹⁸.

A lungo la dottrina si è interrogata sulla stranezza sistematica del meccanismo originariamente affermato in *Francovich*, che assicura al singolo un rimedio in assenza di un sottostante diritto sostanziale. L'esistenza di un rimedio risarcitorio viene infatti in essere in conseguenza della inattuazione di una direttiva la quale da un lato determinava molti degli elementi essenziali per la formazione di un diritto soggettivo individuale e, d'altro lato, imponeva agli Stati membri di completare tale determinazione consentendo così il sorgere di una posizione soggettiva completa. Or bene, è difficile ricostruire un rimedio risarcitorio che consegue alla violazione di una posizione soggettiva carente dei suoi elementi essenziali e, per tanto, mai giuridicamente sorta.

Questa stranezza sistematica trova peraltro spiegazione qualora si ponga mente alla circostanza che il risarcimento del danno non consegue alla lesione di un diritto incompleto: figura difficilmente sostenibile sul piano della logica giuridica. In *Francovich*, il risarcimento del danno è invece concepito dalla Corte di giustizia come rimedio ancillare rispetto all'inadempimento dell'obbligo di uno Stato membro di individuare, attraverso un corrispondente esercizio di competenza, gli elementi mancanti ad una posizione soggettiva prefigurata, ma non compiutamente definita, ad opera della normativa dell'Unione. In altri termini, il rimedio risarcitorio consegue all'esistenza di un “diritto al diritto” che sorge nell'ordinamento giuridico dell'Unione a favore degli individui e a carico degli Stati membri; di un diritto, cioè, a ché lo Stato membro completi, attraverso la propria attività normativa, le posizioni soggettive lasciate incompiute sulla base dell'ordinamento dell'Unione le quali, oppor-

¹⁸ Corte giust. 19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e C-9/90, *Francovich*, in *Racc.*, p. I-5357, par. 33 e 34. V. di recente A. BIONDI, *In Praise of Francovich*, in L.M. POIARES MADURO, L. AZOULAI (a cura di), *The Past and Future of EU Law: the Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Oxford, p. 413 ss.; T. LOCK, *Is Private Enforcement of EU Law through State Liability a Myth? An Assessment 20 Years after Francovich*, in *Common Market Law Rev.* 2012, p. 1675 ss.; N. TROCKER, *Il diritto processuale europeo cit.*, p. 361 ss.

tunamente completate, possano quindi spiegare pieno effetto a favore dei loro beneficiari.

È chiaro, allora, che il rimedio risarcitorio in *Francovich* non deriva dall'esistenza di un diritto sostanziale sottostante. Esso deriva invece proprio dall'inesistenza di tale diritto che non è mai sorto a causa dell'inadempimento di un obbligo statale: quello di completare una direttiva, attivando quindi i diritti che questa intende stabilire in capo agli individui.

V. Uno schema concettuale in parte diverso è quello in cui i rimedi nazionali vengono fondati non solo sull'esigenza di garantire posizioni soggettive individuali ma altresì su esigenze di carattere sistematico, quali quelle di assicurare l'effettività di un meccanismo processuale dell'Unione, quale quello del rinvio pregiudiziale.

Questo schema emerge con chiarezza in *Factortame*¹⁹, che rappresenta probabilmente il caso paradigmatico di questa operazione ricostruttiva. Si legge al par. 21 della sentenza:

“(v)a aggiunto che la piena efficacia del diritto comunitario sarebbe del pari ridotta se una norma di diritto nazionale potesse impedire al giudice chiamato a dirimere una controversia disciplinata dal diritto comunitario di concedere provvedimenti provvisori allo scopo di garantire la piena efficacia della pronuncia giurisdizionale sull'esistenza dei diritti invocati in forza del diritto comunitario. Ne consegue che in una situazione del genere il giudice è tenuto a disapplicare la norma di diritto nazionale che sola osti alla concessione di provvedimenti provvisori”.

A questa linea argomentativa, incentrata sulla tutela degli interessi processuale, la Corte ne ha però aggiunto una seconda, di carattere sistematico, relativa all'esigenza di assicurare appieno il funzionamento del meccanismo di tutela giurisdizionale dell'Unione. Si legge al par. 22: “(q)uesta interpretazione trova conferma nel sistema istituito dall'art. 177 del Trattato CEE, il cui effetto utile sarebbe ridotto se il giudice nazionale che sospende il procedimento in attesa della pronuncia della Corte sulla sua questione pregiudiziale non potesse concedere provvedimenti provvisori fino al mo-

¹⁹ Corte giust. 19 giugno 1990, causa C-213/89, *Factortame Ltd e A.*, in *Racc.*, p. I-2433. V. anche Corte giust. 11 gennaio 2001, causa C-226/99, *Siples Srl*, in *Racc.*, p. I-277, par. 19; 13 marzo 2007, causa C-432/05, *Unibet (London) Ltd e Unibet (International) Ltd*, in *Racc.*, p. I-2271, par. 67. V. per tutti G. TESAURO, *Tutela cautelare e diritto comunitario*, in *Riv.it. di dir. pub. com.*, 1992, p. 131 ss.. Di recente v. R. GIORDANO, *Norme comunitarie illegittime e tutela cautelare: considerazioni critiche*, in *Giust. civ.* 2006, p. 2647; V. TRSTENJAK e E. BEYSEN, *European cit.*, p. 105-106, nota 38.

mento in cui si pronuncia in esito alla soluzione fornita dalla Corte". Questa osservazione arricchisce notevolmente l'analisi della struttura e della funzione dei limiti all'autonomia processuale degli Stati membri. L'assenza di rimedi cautelari sul piano interno ben potrebbe, infatti, in caso di rinvio pregiudiziale, pregiudicare l'effetto utile del primato del diritto dell'Unione.

L'argomento utilizzato dalla Corte in *Factortame* non è qualitativamente diverso rispetto a quelli relativi alla necessità di assicurare l'effettività di norme sostanziali dell'Unione attraverso una corrispondente compressione dell'autonomia processuale degli Stati membri. Esso, semmai tende a rafforzare la struttura logica di tali argomenti prendendo in considerazione non solo norme di carattere sostanziale ma norme tese a salvaguardare il corretto funzionamento del sistema giurisdizionale dell'Unione. Nel fondare l'esistenza di efficaci rimedi provvisori nazionali sull'esigenza di garantire l'effettività del meccanismo di rinvio pregiudiziale, la Corte sembra quindi concepire tali rimedi come il completamento di tale meccanismo e, quindi, l'esercizio della giurisdizione cautelare interna come un importante articolazione dell'esercizio della giurisdizione pregiudiziale della Corte. Si tratta, vedremo subito, di una concezione che reca con sé importanti conseguenze, sul piano pratico non meno che su quello sistematico.

VI. Se l'autonomia processuale rispondesse ad una logica analoga a quelle espresse internamente dai meccanismi di integrazione alternativi all'armonizzazione e, in particolare dal meccanismo del mutuo riconoscimento, il criterio dell'equivalenza avrebbe, in tale ambito, la funzione di esprimere il divieto di discriminazione fra il trattamento procedurale di fattispecie puramente interne rispetto a quello assicurato a fattispecie che ricadono nell'ambito di applicazione di norme dell'Unione. L'equivalenza si è quindi realizzata soprattutto attraverso l'estensione alle fattispecie "comunitarie" del trattamento processuale delle fattispecie puramente interne. In questa ottica, l'equivalenza esprime effettivamente una integrazione processuale di tipo prevalentemente "negativo".

Questa esigenza si è espressa, in maniera particolarmente evidente, nella giurisprudenza relativa alle normative interne degli Stati membri volte ad imporre soltanto a cittadini di Stati membri diversi da quello del foro il deposito di una *cautio iudicatum solvi* come condizione per poter instaurare il relativo giudizio nel foro.

Così in particolare nel caso *Hayes*, la Corte ha accertato che "anche se in mancanza di una disciplina comunitaria spetta all'or-

dinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro stabilire le modalità procedurali dei ricorsi giurisdizionali intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto comunitario, quest'ultimo pone tuttavia dei limiti a tale competenza [...]. Le norme considerate non possono infatti porre in essere discriminazioni nei confronti di soggetti cui il diritto comunitario attribuisce il diritto alla parità di trattamento né limitare le libertà fondamentali garantite dal diritto comunitario”²⁰. Di conseguenza la Corte ha concluso che “in una situazione in cui l'esercizio di un'azione è connesso all'esercizio delle libertà fondamentali garantite dal diritto comunitario, l'art. 6, n. 1, del Trattato va interpretato nel senso che esso osta a che uno Stato membro esiga il deposito di una *cautio iudicatum solvi* da parte di un cittadino di un altro Stato membro che ha proposto dinanzi a un giudice civile del primo Stato un'azione contro un suo cittadino, qualora una condizione del genere non possa essere imposta ai cittadini di tale Stato che non risiedono e non hanno beni nel suo territorio”²¹.

È rilevante notare come questa esigenza non abbia comportato anche l'applicazione di una sorta di una “equivalenza alla rovescia”, nel senso che il principio di equivalenza non dovrebbe poter estendere a fattispecie di diritto dell'Unione europea, che godono di un trattamento processuale particolarmente favorevole, il trattamento assicurato a fattispecie nazionali da norme procedurali più restrittive.

Questa ipotesi è venuta in rilievo, ad esempio, nel caso *Küçükdeveci*²², nel quale la Corte ha escluso che il principio della disapplicazione delle leggi contrarie al diritto dell'Unione possa essere subordinato ad una richiesta di rinvio pregiudiziale. Ciò, nonostante che una norma procedurale nazionale prevedesse che la disapplicazione di leggi interne contrarie alla Costituzione nazionale potesse solo far seguito ad un rinvio e alla conseguente pronuncia ad opera della Corte costituzionale nazionale.

Conviene notare come la Corte non si sia curata di sottolineare come tale conclusione derivi dal carattere unilaterale dell'equivalenza. L'equivalenza non rappresenta infatti, nel sistema concettuale

²⁰ Corte giust. 20 marzo 1997, causa C-323/95, *Hayes*, in *Racc.*, p. I-1711, par. 13. V. anche sentenza del 2 ottobre 1997, causa C-122/96, *Austin Saldanha*, in *Racc.*, p. I-5325.

²¹ Sentenza *Hayes*, conclusioni.

²² Corte giust. 19 gennaio 2010, causa C-555/07, *Küçükdeveci*, in *Racc.*, p. I-365. Su questa sentenza v. per tutti L. IANNUZZI, *La sentenza sul caso Küçükdeveci: la Corte di giustizia applica la Carta dei diritti fondamentali nel suo valore vincolante*, in *Studi integr. europ.*, 2011, p. 163 ss.; C. FAVILLI, S. GIUBBONI, *Divieto di discriminazione in ragione dell'età ed efficacia diretta orizzontale dei principi generali dell'ordinamento europeo*, in *Massimario giur. lav.*, 2010, p. 442.

della Corte, una esigenza di non discriminazione fra situazioni che ricadono nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione e situazioni che ricadono invece fuori da tale ambito. L'equivalenza rappresenta, infatti, uno standard minimo nel trattamento processuale delle posizioni sostanziali derivanti dal diritto dell'Unione. I rimedi processuali disposti dagli ordinamenti nazionali debbono assicurare un grado di tutela almeno equivalente a quella garantita alle posizioni soggettive interne corrispondenti. Sarebbe ben difficile trarre dal diritto dell'Unione, invece, una esigenza di parità nel trattamento processuale della prima e della seconda categoria di posizioni sostanziali.

La linea argomentativa della Corte punta invece in una direzione diversa. L'applicazione del criterio dell'equivalenza "alla rovescia" avrebbe comportato la trasformazione della facoltà di rinvio pregiudiziale in un vero e proprio obbligo per il giudice nazionale non di ultima istanza di proporre rinvio ai sensi dell'art. 267 del TFUE. Tale trasformazione, a propria volta, avrebbe implicato un indebolimento, e non certo un rafforzamento, dell'effettività delle norme dell'Unione negli ordinamenti nazionali²³. È una logica di sistema, quindi, e non una logica di carattere tecnico, ad aver indotto la Corte a limitare la portata del criterio di equivalenza e a dare a esso un contenuto di carattere unidirezionale. La Corte sembra indicare come l'utilizzazione del criterio di equivalenza non possa comportare la distorsione del sistema del rinvio pregiudiziale e, attraverso esso, una più generale distorsione del principio del primato del diritto dell'Unione: un prezzo troppo alto da pagare rispetto all'esigenza di assicurare la parità di trattamento processuale delle situazioni soggettive europee rispetto a quelle nazionali. Si vedrà, nel prossimo paragrafo, come proprio la considerazione della coerenza del sistema dei rimedi propri del diritto dell'Unione sia stata utiliz-

²³ Si legge nella sentenza, ai paragrafi 53 e 54: "la necessità di garantire piena efficacia al principio di non discriminazione in base all'età, quale espresso concretamente nella direttiva 2000/78, comporta che il giudice nazionale, in presenza di una norma nazionale, rientrante nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, che ritenga incompatibile con tale principio e per la quale risulti impossibile un'interpretazione conforme a quest'ultimo, deve disapplicare detta disposizione, senza che gli sia imposto né gli sia vietato di sottoporre alla Corte una domanda di pronuncia pregiudiziale. La facoltà così riconosciuta dall'art. 267, secondo comma, TFUE di chiedere alla Corte un'interpretazione pregiudiziale prima di disapplicare la norma nazionale contraria al diritto dell'Unione non può tuttavia trasformarsi in obbligo per il fatto che il diritto nazionale non consente a tale giudice di disapplicare una norma interna che egli ritenga contraria alla Costituzione, se tale disposizione non sia stata previamente dichiarata incostituzionale dalla Corte costituzionale. Infatti, in virtù del principio del primato del diritto dell'Unione, di cui gode anche il principio di non discriminazione in ragione dell'età, una normativa nazionale contraria, rientrante nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, deve essere disapplicata".

zata dalla Corte al fine di conformare il contenuto del principio dell'autonomia processuale degli Stati membri e dei suoi limiti.

VII. Se il criterio dell'equivalenza tende ad assicurare la parità di trattamento processuale fra posizioni soggettive interne e posizioni soggettive fondate sul diritto dell'Unione, l'effettività tende piuttosto a garantire a queste ultime un trattamento particolare corrispondente alla loro massima efficacia.

L'effettività ha quindi costituito uno strumento di integrazione rispetto a norme processuali nazionali "indistintamente applicabili". Essa, difatti, tende ad assicurare che meccanismi processuali neutrali quanto all'origine delle posizioni soggettive vengano invece plasmati in relazione all'esigenza di effettività di una particolare categoria di esse: quelle, appunto che traggono origine nel diritto dell'Unione.

Questa notazione sembra definitivamente indicare che il sistema dei limiti all'autonomia singolarità tende a valorizzare gli apparati processuali interni come parte integrante del sistema di norme sostanziali dell'Unione. Se si concepisce l'effettività in riferimento a situazioni soggettive fondate sul diritto dell'Unione europea, e rispetto alle quali i rimedi giurisdizionali nazionali non ne consentano la piena realizzazione, tale criterio fuoriesce dai binari di una integrazione meramente negativa per assumere invece una obiettiva funzione di integrazione processuale "positiva", tesa cioè a conformare il sistema dei rimedi nazionali in maniera da assicurare il risultato voluto dalle norme sostanziali dell'Unione.

Questa funzione emerge, ad esempio, dal lungo dibattito relativo all'alternativa fra i rimedi risarcitori e i rimedi restitutori al fine di garantire l'effettività di posizioni soggettive europee: un'alternativa i cui echi possiamo cogliere anche nella giurisprudenza italiana.

In *von Colson*, del 1984, la Corte non aveva sciolto il dilemma, ma aveva lasciato al giudice nazionale la valutazione circa lo strumento che meglio possa assicurare tale effettività²⁴. Si legge nella pronuncia:

"l'art. 6 impone agli Stati membri l'obbligo di adottare nel loro ordinamento giuridico interno i provvedimenti necessari per consentire a chiunque si consideri leso da una discriminazione 'di far valere i propri diritti per via giudiziaria'. Da questa disposizione

²⁴ Cfr. Corte giust. 10 aprile 1984, causa 14/83, *von Colson*, in *Racc.*, p. 1891. V. anche 2 agosto 1993, causa C-271/91, *Marshall*, in *Racc.*, p. I-4367, par. 23. In dottrina v. N. TROCKER, *Il diritto processuale* cit., p. 361 ss.

discende che gli Stati membri sono obbligati ad adottare provvedimenti che siano sufficientemente efficaci per conseguire lo scopo della direttiva ed a far sì che tali provvedimenti possano essere effettivamente fatti valere dinanzi ai giudici nazionali dagli interessati. Detti provvedimenti possono, ad esempio, comprendere disposizioni che prescrivano al datore di lavoro di assumere il candidato discriminato o contemplino un adeguato risarcimento pecuniario, il tutto sanzionato da un sistema di ammende. Va tuttavia rilevato che la direttiva non impone una sanzione determinata, bensì lascia agli Stati membri la libertà di scegliere fra le varie soluzioni atte a conseguire lo scopo”²⁵. Questa indicazione è stata svolta dalla giurisprudenza italiana, la quale ha tratto da essa delle conseguenze circa l'esigenza di dare prevalenza ai rimedi restitutori in luogo di quelli risarcitori, pur a costo di una distorsione del sistema normativo interno²⁶.

Né questa constatazione è smentita dalla circostanza che il criterio dell'effettività tenda talora a confondersi con quello, ben diverso concettualmente, della tutela giurisdizionale effettiva. Ciò è accaduto, ad esempio, nella sentenza *Alassini*²⁷, del 2010, nella quale Corte ha escluso che l'obbligo della mediazione obbligatoria possa di per sé violare il diritto di accesso al giudice assicurato dalla Direttiva 2002/22 in tema di servizio universale in materia di reti e servizi di comunicazione elettronica²⁸. La Corte ha indicato come, in certi casi, l'obbligo di mediazione obbligatoria potrebbe interferire con l'esigenza di effettività della tutela giurisdizionale. Al di là dell'assonanza terminologica, i due criteri sono però concettualmente e praticamente assai diversi. Mentre il criterio dell'effettività tende ad assicurare una posizione soggettiva sostanziale, il criterio della tutela giurisdizionale effettiva tende piuttosto a garantire un bene di carattere processuale. Essi peraltro convergono, fino quasi ad identificarsi, allorché la posizione soggettiva derivante dal diritto dell'Unione, che deve trovare realizzazione attraverso le norme processuali nazionali, sia, paradossalmente, una posizione soggettiva di

²⁵ V. il par. 18 della sentenza.

²⁶ V., ad esempio, Trib. Siena, sezione lavoro, 13 dicembre 2010, n. di ruolo 858/2010, non ancora pubblicata, disponibile in <http://www.materialidirittoeuropeo.it>. Il Tribunale ha quindi disapplicato la norma di legge nazionale — l'art. 36 d.lgs. 2001/n. 165 — che esclude la possibilità di riordinare il reintegro al lavoro del dipendente pubblico licenziato.

²⁷ Corte giust. 18 marzo 2010, causa C-317-320/08, *Alassini c. Telecom Italia SpA*, in *Racc.*, p. I-2213. Cfr. M. CASTELLANETA, *La soluzione extragiudiziarie delle controversie realizza pienamente l'obiettivo della Direttiva*, in *Guida al dir.*, 2010, n.14, p. 27.

²⁸ Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 7 marzo 2002, 2002/22/CE, relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica (direttiva servizio universale), in *GUCE* L 108, p. 51.

carattere processuale. Tale era, infatti, la situazione prospettata alla Corte nel caso *Alassini*, nel quale era in discussione proprio la compatibilità della procedura di mediazione obbligatoria con l'art. 34 della Direttiva serviziuniversale, che prevede l'obbligo di stabilire efficaci meccanismi di conciliazione extragiudiziale, che tuttavia non pregiudichino il diritto al ricorso giurisdizionale.

VIII. Il sistema dei limiti all'autonomia processuale si distacca definitivamente dall'esigenza di garantire posizioni soggettive sostanziali, e si riconnette esclusivamente all'esigenza di assicurare il funzionamento dei meccanismi giudiziari dell'Unione, nella giurisprudenza in tema di definitività delle decisioni giudiziarie, e in specie delle pronunce giudiziarie civili.

È evidente la difficoltà di ricondurre tali orientamenti nell'alveo della tutela di posizioni soggettive assicurate dal diritto dell'Unione. Solo occasionalmente, infatti, il venir meno del carattere definitivo di decisioni giudiziarie in materia civile è risultato funzionale alla tutela di interessi individuali. In alcuni casi, anzi, esso è risultato addirittura in conflitto con diritti soggettivi individuali, quale il diritto alla stabilità delle pronunce giudiziarie definitive.

Il conflitto fra esigenze di rilievo sistematico proprie del diritto dell'Unione ed esigenze di tutela di interessi individuali alla base degli istituti relativi al giudicato assume valore paradigmatico nel caso *Lucchini* ²⁹.

In *Lucchini*, la pronuncia della Corte appare preordinata alla salvaguardia del principio che impedisce ai giudici nazionali di disapplicare regole dell'Unione senza sollevare rinvio pregiudiziale di validità. Tale esigenza ha quindi prevalso rispetto alla contrastante esigenza di carattere individuale di avvalersi di una sentenza civile passata in giudicato ³⁰. In una lettura plausibile della sentenza,

²⁹ Corte giust. 18 luglio 2007, causa C-119/05, *Lucchini SpA*, in *Racc.*, p. I-6199. Cfr. R. BARATTA, *La cosa giudicata non limita il principio della primauté ... peraltro espulso dal progetto di riforma dell'Unione europea*, in *Giust. civ.* 2007, p. 2659; C. CONSOLO, *La sentenza Lucchini della Corte di giustizia: quale possibile adattamento degli ordinamenti processuali interni e in specie del nostro?*, in *Riv. dir. processuale*, 2008, p. 225 ss.; N. TROCKER, *Il diritto processuale cit.*, p. 361 ss..

³⁰ Analoga conclusione è da trarre dalla sentenza *Olimpiclub*, nella quale l'esigenza di tutela del sistema obiettivo dell'Unione era preordinata ad impedire che lo strumento del giudicato esterno precludesse perpetuamente l'applicazione del diritto dell'Unione al di là dei limiti propri del classico istituto del giudicato, Corte giust. 3 settembre 2009, causa C-2/08, in *Racc.*, p. I-07501. V. D.-U.GALETTA, *Riflessioni sulla più recente giurisprudenza comunitaria in materia di giudicato nazionale (ovvero sull'autonomia procedurale come competenza procedurale funzionalizzata)*, in questa *Rivista*, 2009, p. 961 ss.; C. CONSOLO, *Il percorso della Corte di giustizia, la sentenza Olimpiclub e gli eventuali limiti di diritto europeo all'efficacia esterna ultrannuale del giudicato tributario (davvero ridimensionato in funzione antielusiva IVA del*

la conclusione della Corte è stata ispirata soprattutto dall'esigenza di salvaguardare l'integralità del sistema giudiziario dell'Unione e, in particolare, lo strumento del rinvio pregiudiziale, concepito come strumento di raccordo fra sistema procedurale nazionale e sistema procedurale europeo³¹.

Questa tendenza si è ulteriormente espressa in altre pronunce che conviene ora esaminare.

Nella sentenza *Elchinov*³², del 2010, la Corte di giustizia ha accertato come l'esigenza di applicare correttamente il diritto dell'Unione, nell'interpretazione ad esso data dalla Corte di giustizia, prevalga sul vincolo generalmente imposto in vari ordinamenti nazionali al giudice di rinvio di rispettare il principio di diritto stabilito dal giudice superiore. In *Elchinov*, invero, il giudice del rinvio intendeva proprio sollevare rinvio pregiudiziale alla Corte a costo di discostarsi dal principio di diritto definitivamente deliberato da un giudice di ultima istanza in contrasto con una precedente pronuncia interpretativa della Corte di giustizia³³. La sentenza sembra quindi fondare il dovere del giudice nazionale di non applicare il precetto stabilito dal giudice superiore nell'esigenza di mantenere inalterata la facoltà del giudice di rinvio di sollevare una questione interpretativa innanzi alla Corte di giustizia. È evidente che tale esigenza non sia collegata con la garanzia di posizioni soggettive individuali, dato che, come è ovvio, non vi è alcuna certezza che l'interpretazione del diritto dell'Unione ad opera della Corte di giustizia risulti più sod-

divieto comunitario di abusi della libertà negoziale), in *Riv. dir. trib.* 2010, p. 1143; A. TIZZANO, B. GENCARELLI, *Droit de l'Union et décision nationales définitives dans la jurisprudence récente de la Cour de justice*, in questa *Rivista*, 2010, p. 789 ss..

In *Asturcom*, essa era tesa ad affermare l'equiparazione di una clausola imperativa derivante dal diritto dell'Unione rispetto a quelle assicurate dal diritto interno. V. *Asturcom-Telecomunicaciones SL c. Rodríguez Nogueira*, cit.. V. RAITI G., *Le pronunce Olimpclub ed AsturcomTelecomunicaciones: verso un ridimensionamento della paventata "crisi del giudicato civile nazionale" nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 677 ss.; V. TRSTENJAK, E. BEYSEN, *European cit.*, p. 119.

³¹ Questo aspetto ha riguardato altresì l'analoga evoluzione che ha interessato l'istituto della definitività di decisioni amministrative. V. Corte giust. 13 gennaio 2004, causa C-453/00, *Kühne&Heitz*, in *Racc.*, p. I-837; 12 febbraio 2008, causa C-2/06, *Kempter KG*, in *Racc.*, p. I-411. V. sul punto E. CANNIZZARO, *Sui rapporti fra sistemi processuali nazionali e diritto dell'Unione europea*, in questa *Rivista*, 2008, p. 447 ss.

³² Corte giust. 5 ottobre 2010, causa C-173/09, *Elchinov*, in *Racc.*, p. I-8889.

³³ Espressamente la sentenza indica che, "benché la questione da esso [giudice del rinvio] sottoposta alla Corte non sembri escludere l'ipotesi in cui un giudice nazionale intenda statuire senza rinvio pregiudiziale, discostandosi dalle valutazioni in diritto formulate sulla medesima causa dall'organo giurisdizionale nazionale di grado superiore, che esso giudichi non conformi con il diritto dell'Unione, si deve constatare che questo non corrisponde al caso di specie, poiché il giudice del rinvio ha investito la Corte di una domanda di pronuncia pregiudiziale diretta a chiarire i dubbi che esso nutre in merito alla corretta interpretazione del diritto dell'Unione". Così il par. 23.

disfacente per gli interessi individuali rispetto a quella proveniente dai giudici nazionali.

L'esigenza di sistema collegata alla salvaguardia dei meccanismi giudiziari dell'Unione viene ancor più chiaramente in rilievo nel caso *Interedil*³⁴, e sembra addirittura condensandosi in una dottrina giudiziaria compiuta.

In *Interedil*, la Corte di giustizia ha accertato che un giudice vincolato all'osservanza di un principio di diritto adottato da un giudice nazionale di grado superiore ha il dovere di discostarsi "qualora risulti che le valutazioni svolte dal giudice di grado superiore non sono conformi al diritto dell'Unione, come interpretato dalla Corte"³⁵. Evidente il significato sistematico della pronuncia. Essa porta a compimento il percorso già intrapreso da *Elchinov*³⁶, ricomprendendo nel sistema concettuale di questo precedente anche l'ipotesi in cui il giudice di rinvio non intenda procedere al rinvio pregiudiziale, ma intenda disapplicare il principio di rinvio del giudice superiore fondandosi esclusivamente sull'esistenza di un previo indirizzo interpretativo della Corte di giustizia, la cui mancata osservanza è all'origine del carattere claudicante del principio di diritto formulato dal giudice superiore³⁷.

Due possono quindi essere le chiavi di lettura di questa pronuncia. Da un lato, essa potrebbe semplicemente collocare nel solco tracciato da *Lucchini* svolgendone l'idea che la definitività di una decisione giudiziaria debba necessariamente venir meno allorché essa si fondi sull'inadempimento rispetto all'obbligo del giudice di sollevare rinvio pregiudiziale. Nella sentenza *Lucchini*, non pronunciata da un giudice di ultima istanza, tale obbligo derivava direttamente dalla applicazione del sistema *Foto Frost*³⁸: in forza di esso, un giudice, sia pure non di ultima istanza, non può disapplicare una norma di diritto dell'Unione senza previamente chiedere alla Corte di giustizia di dichiararne l'invalidità. In *Interedil*, vi era, in effetti, un inadempimento del giudice di ultima istanza che aveva formulato il

³⁴ Corte giust. 20 ottobre 2011, causa C-396/09, *InteredilSrl, in liquidazione c. Fallimento InteredilSrl e Intesa Gestione Crediti SpA*, non ancora pubblicata. V. C. HONORATI, *Higher Courts, Lower Courts and Preliminary Ruling: A Lesson from Interedil*, in *Int'l Lis*, 2012, p. 134 ss..

³⁵ Sentenza *Interedil*, par. 34.

³⁶ Sentenza *Elchinov* cit. V. P. MENGOZZI, *I rimedi procedurali in materia di appalti pubblici, l'autonomia procedurale degli Stati membri dell'UE ed il caso Symvouliou*, in *Studi int. europ.*, 2012, p. 137 ss..

³⁷ Nel medesimo senso, rispetto all'effetto vincolante per un giudice di merito di ultima istanza di una sentenza della Corte costituzionale, cfr. la recente Corte giust 15 gennaio 2013, causa C-416/10, *Križan*, par. 62 ss., non ancora pubblicata. V. anche 15 novembre 2012, causa C-180/11, *Bericap Záródástechnikai Bt. c. Plastinnova 2000 Kft*, non ancora pubblicata, par. 55.

³⁸ Corte giust. 22 ottobre 1987, causa 314/85, *Foto-Frost*, in *Racc.*, p. 4199.

principio di diritto senza attenersi all'obbligo di sollevare rinvio pregiudiziale per la soluzione di una questione interpretativa che non soddisfaceva i criteri stabiliti dalla sentenza *CILFIT*³⁹. In questa prospettiva, quindi, *Interedil* si limiterebbe a perfezionare il sistema *Lucchini* estendendone la portata ai casi in cui l'obbligo del giudice nazionale di sollevare rinvio pregiudiziale si riferisca ad una questione interpretativa.

Vi è però una seconda, prospettiva, fors'anche più ricca di implicazioni teoriche.

In *Interedil*, a differenza di quanto occorso in *Elchinov*, la Corte ha affermato come la disapplicazione di un principio vincolante di diritto stabilito da una giurisdizione superiore possa venir meno anche qualora il giudice del rinvio non intenda procedere ad un rinvio pregiudiziale, ma voglia semplicemente conformarsi ad un previo indirizzo interpretativo della Corte di giustizia. Questa considerazione sembra evidenziare, quindi, come il giudice nazionale, pur se non decida in ultima istanza, non disponga di una discrezionalità piena nell'interpretare il diritto dell'Unione europea. In presenza di un orientamento interpretativo della Corte di giustizia, il giudice nazionale non di ultima istanza ha invece un dovere giuridico di conformarsi a tale orientamento, a meno che non decida di sollevare rinvio pregiudiziale e promuovere, quindi, una sua revisione.

In questa prospettiva, quindi, la sentenza *Interedil* presuppone l'applicazione alle questioni interpretative del medesimo modello di rapporti fra giudici nazionali non di ultima istanza e Corte di giustizia, originariamente elaborato da quest'ultima nella sentenza *Foto Frost* in riferimento solo alle questioni di validità.

Se si accogliesse quest'idea, ne dovrebbe risultare ulteriormente confermata l'idea che il limite al principio dell'autonomia processuale, e la disapplicazione di istituti processuali nazionali, possa trovare fondamento primario nell'esigenza di salvaguardare il complesso meccanismo di cooperazione fra giurisdizione dell'Unione e giurisdizioni nazionali.

³⁹ Corte giust. 6 ottobre 1982, causa 283/81, *CILFIT*, in *Racc.*, p. 3415.

