CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE GIUSEPPE TESAURO

presentate il 17 maggio 1990 *

Signor Presidente,
Signori Giudici,

1. La risposta che la Corte è chiamata a dare a due quesiti pregiudiziali della House of Lords nella causa Factortame sarà sicuramente annoverata tra quelle che contribuiscono a definire il quadro dei rapporti tra giudice nazionale e diritto comunitario. E aggiungo: su un punto di sicuro rilievo.

I quesiti sono chiari. In attesa che la Corte di giustizia si pronunci sull'interpretazione pregiudiziale di una norma comunitaria provvista di efficacia diretta, l'ordinamento inglese non consente al giudice di sospendere in via cautelare l'applicazione della norma interna che si pretenda confliggente e dunque di riconoscere provvisoriamente il diritto del singolo, vantato sulla base della norma comunitaria ma negato dalla norma interna: 1) deve (o può) il giudice nazionale provvedere in tal senso in base al diritto comunitario? 2) in caso affermativo, con quali criteri?

2. La controversia che ha provocato il rinvio pregiudiziale vede un numero cospicuo di società operanti nel settore della pesca, di diritto inglese ma facenti capo ad interessi spagnoli, contestare la legittimità rispetto al diritto comunitario di una legge inglese che nel 1988 ha modificato, volutamente aggravandoli per gli interessi stranieri (anche comunitari), i requisiti di iscrizione nel registro delle navi da pesca, in particolare quanto alla nazionalità ed alla residenza dell'effettiva proprietà. Invocando talune disposizioni del trattato aventi efficacia diretta, la società Factortame ed alcune altre hanno promosso una procedura di « controllo giudiziario » della legge in questione, chiedendo che: se ne dichiarasse l'inapplicabilità nei loro confronti per contrasto con le norme comunitarie, si inibisse all'amministrazione di considerare caduca l'immatricolazione delle navi ottenuta in base alla vecchia legge, si provvedesse in via cautelare e provvisoria in caso di rinvio della decisione definitiva.

3. Il giudice di primo grado, la Divisional Court della Queen's Bench Division, ha rinviato alla Corte di giustizia per l'interpretazione delle norme comunitarie invocate e, in via cautelare, ha ordinato all'amministrazione di non applicare la nuova legge ai ricorrenti in attesa della decisione definitiva o di una nuova ordinanza cautelare.

4. Impugnato dall'amministrazione, il provvedimento cautelare è stato revocato dalla Court of Appeal, a motivo che il giudice inglese non ha il potere di sospendere in via cautelare l'applicazione delle leggi, né di ingiungere all'amministrazione un facere.

5. Investita del problema, la House of Lords, confermando che in base al diritto inglese non è consentito al giudice di sospendere l'applicazione di una legge appro-

* Lingua originale: l'italiano.

vata dal Parlamento a motivo della sua — sospettata ma non accertata — incompatibilità con il diritto comunitario, ha posto alla Corte di giustizia i ricordati quesiti pregiudiziali, per sapere in sostanza se ciò che non è consentito dal diritto inglese sia imposto o consentito dal diritto comunitario.

6. Preliminarmente, è da precisare che il giudice a quo riconosce il suo potere-dovere di far prevalere, sulla legge interna contrastante, una norma del trattato o derivata che abbia effetti diretti nell'ordinamento inglese; e ciò quando il contrasto sia subito e facilmente rilevabile, vuoi per effetto di una già intervenuta interpretazione della norma comunitaria da parte della Corte di giustizia, vuoi per essere la norma stessa di contenuto sufficientemente « chiaro ». Il problema si è posto, pertanto, perché sull'interpretazione delle norme comunitarie in ipotesi conferenti non vi era certezza, bensì « seri argomenti sia a favore che contro l'esistenza dei diritti invocati », tanto che dal giudice di primo grado ne era stata chiesta l'interpretazione in via pregiudiziale alla Corte di giustizia: questione, quest'ultima, che è oggetto di una procedura diversa e indipendente dalla presente (causa 221/89). Inoltre, e per completare il quadro, ricordo che, in relazione alla pretesa incompatibilità col diritto comunitario della stessa legge inglese in discorso, ma limitatamente al profilo della nazionalità, la Commissione ha introdotto un ricorso ex art. 169 contro il Regno Unito chiedendo altresì un provvedimento cautelare di sospensione dell'applicazione della legge; la Corte ha già reso un'ordinanza di accoglimento e la legge è stata altresì emendata in parte qua [1].

1 — Ordinanza 10 ottobre 1989 (causa 246/89 R, Racc. pag. 3125).

7. Ancora in via preliminare, mi sembra opportuno rilevare che il problema si è posto nel contesto del particolare procedimento di « controllo giudiziario » previsto dal sistema inglese, attivato dagli interessati prima ancora che la nuova legge sul registro navale entrasse in vigore. Al riguardo, sia il giudice a quo nell'ordinanza di rinvio, sia il governo inglese nelle osservazioni scritte, hanno sottolineato che se la questione del conflitto con il diritto comunitario fosse sorta nel corso di un procedimento penale o amministrativo instaurato a carico degli stessi interessati per violazione della legge sul registro navale, il giudice avrebbe ben potuto *sospendere il procedimento* (e persino l'eventuale misura di sequestro delle navi), in attesa dell'esito del rinvio pregiudiziale alla Corte sull'interpretazione delle norme comunitarie rilevanti. Le conseguenze della pronuncia della Corte, favorevoli o sfavorevoli rispetto alla domanda degli interessati, sarebbero poi ricadute su questi ultimi retroattivamente. Il giudice a quo ne deduce che in quel caso « il giudizio penale o per confisca non verrebbe frustrato ma solo sospeso » (pag. 9 dell'ordinanza).

Non è perfettamente chiaro in quale prospettiva sia stata precisata la differenza tra la situazione di specie (procedimento di controllo giudiziario) e quella che si sarebbe potuta verificare in un normale procedimento di tipo sanzionatorio o altro che si fosse instaurato a seguito della violazione della legge. Vero è che, per quanto qui interessa, non mi pare che la differenza sia di grande rilievo. La semplice *sospensione di un processo* a causa del rinvio alla Corte di giustizia ex art. 177 del trattato *non è una misura cautelare* e non soddisfa alcuna esigenza di tutela provvisoria dei diritti vantati; al

contrario, pone senza dubbio in termini più gravi lo stesso problema che determina l'esigenza di tutela cautelare: se, sospeso, il giudizio sia appunto « frustrato » dal ritardo della pronuncia definitiva.

Pertanto il quesito della House of Lords rileva, allo stesso modo e negli stessi termini, rispetto all'una come all'altra situazione processuale segnalate alla Corte. Diverso sarebbe solo se, quale che fosse il procedimento, al giudice fosse consentito, in caso di sospensione con rinvio alla Corte ex art. 177, anche di rendere un provvedimento cautelare del tipo di quello richiesto dai ricorrenti nella specie e se dunque egli avesse il potere di consentire, provvisoriamente, l'immatricolazione delle navi in base alla vecchia legge in attesa della pronuncia definitiva: il che è evidentemente escluso, come è emerso esplicitamente anche all'udienza, sia nel procedimento di controllo giudiziario che in qualsiasi altro procedimento.

8. Viceversa, ritengo che abbia rilievo la circostanza, evidenziata dal giudice a quo, che in una situazione come quella che ci occupa, cioè in mancanza di un provvedimento cautelare, neppure il danno economico subìto dai ricorrenti nelle more del giudizio potrebbe giammai essere risarcito, a ciò ostando una consolidata giurisprudenza nazionale (ordinanza, pag. 6). Ne consegue che, anche nell'ipotesi di una pronuncia interpretativa della Corte conforme alla tesi dei ricorrenti principali, la successiva sentenza del giudice nazionale non potrebbe compensare il danno subìto e il giudizio potrebbe risultare comunque « frustrato ».

Ciò non vuol dire che il risarcimento del danno patrimoniale abbia un rilievo decisivo e costituisca un'alternativa reale alla tutela cautelare, atteso che anche quando fosse previsto non sarebbe da solo sufficiente a soddisfare sempre e comunque l'esigenza di tutela cautelare, esigenza che nasce proprio dall'insufficienza della riparazione in denaro rispetto all'« utilità » della futura sentenza [2]. Piuttosto, la preclusione al risarcimento rende per ipotesi irreparabile il danno patrimoniale subìto nelle more del giudizio.

9. Il giudice inglese ha specificamente individuato i principi del diritto comunitario la cui interpretazione pregiudiziale della Corte gli consentirebbe di risolvere, in un modo o nell'altro, il problema: l'efficacia diretta delle norme comunitarie invocate, l'obbligo di tutela diretta e immediata dei diritti dei singoli, l'efficacia non illusoria dei mezzi di tutela giurisdizionale, l'obbligo di disattendere norme e/o prassi nazionali che rendono impossibile l'esercizio dei diritti e la tutela loro apprestata.

Del pari sono stati evidenziati gli ostacoli formali all'esercizio del potere cautelare da parte del giudice inglese in una fattispecie del tipo in questione: la presunzione di legittimità che assiste la legge nazionale fino al definitivo accertamento, ivi compresa l'interpretazione pregiudiziale della Corte, nonché l'impossibilità di ordinare un facere all'amministrazione, impossibilità, peraltro,

2 — Cfr. ad esempio l'ordinanza della Corte 21 agosto 1981, punto 9 della motivazione (causa 232/81 R, Racc. pag. 2193).

che non riguarda solo i provvedimenti provvisori, ma anche le pronunce definitive (osservazioni del governo inglese, pagg. 13 e 20).

10. I principi del diritto comunitario che la House of Lords ha segnalato come rilevanti e dalla cui interpretazione fa dipendere la sua decisione sono principi fondamentali, scolpiti in numerose pronunce della Corte. Tali principi sono comunque e pacificamente osservati dai giudici inglesi, con la sola riserva che è la ragione e al tempo stesso l'oggetto della presente procedura pregiudiziale: essi vanno interpretati anche nel senso che il giudice nazionale deve (o può) rendere un provvedimento cautelare che consista nell'ingiunzione alla Corona di non applicare, nelle more del giudizio di merito, una « misura » (nella specie una legge approvata dal Parlamento) rispetto alla quale non vi sia la certezza ma solo un sospetto, pur serio, di una incompatibilità col diritto comunitario? Insomma, gli obblighi che il diritto comunitario impone al giudice nazionale in ordine alla tutela dei diritti attribuiti direttamente al singolo comprendono anche la disapplicazione cautelare della legge interna che si pretende confliggente?

11. La risposta a tale quesito richiede, oltre e più che una rapida ricognizione dei principi di diritto comunitario rilevanti, ben noti al giudice a quo, l'individuazione dell'esigenza che è all'origine ed è anche la ragion d'essere della tutela cautelare, figura da tempo radicata nella teoria giuridica generale e negli ordinamenti degli Stati membri.

12. Il presupposto per la valutazione del problema è che, come nella specie è pacifico, si verta in tema di *norme comunitarie direttamente efficaci*, nel senso ormai incontestato di norme che attribuiscono immediatamente ai singoli posizioni giuridiche qualificabili come diritti (soggettivi) e che in quanto tali possono essere fatte valere dinanzi al giudice nazionale. È appena il caso di sottolineare che tale è l'ipotesi sottoposta alla Corte in questa procedura pregiudiziale, non importando affatto di quali norme comunitarie si tratti e quale ne sia l'interpretazione corretta; infatti, non è l'interpretazione delle singole norme del trattato invocate dai ricorrenti nella controversia dinanzi al giudice nazionale che è richiesta nella presente procedura (solo per chiarezza ricordiamo che si tratta degli artt. 7, 52, 58 e 221 del Trattato), bensì l'interpretazione dei principi di diritto comunitario prima ricordati. In altri termini, non è richiesto alla Corte di entrare nel merito delle norme invocate dai ricorrenti, oggetto di altra e distinta procedura pregiudiziale, ripetiamo, ugualmente pendente dinanzi a questa Corte (causa 221/89), bensì di dare una risposta generale in ordine alla tutela cautelare di diritti vantati dal singolo in forza di norme comunitarie direttamente efficaci.

13. Ciò premesso, ricordo a me stesso che le norme del diritto comunitario provviste di efficacia diretta « devono esplicare la pienezza dei loro effetti, in maniera uniforme in tutti gli Stati membri, a partire dalla loro entrata in vigore e per tutta la durata della loro validità »[3] e che « questo effetto riguarda tutti i giudici che, aditi nell'ambito della loro competenza, hanno il compito, in quanto organi di uno Stato membro, di tutelare i diritti attribuiti ai singoli dal diritto

3 — Tra le altre: sentenza 9 marzo 1978, Simmenthal, punto 14 della motivazione (causa 106/77, Racc. pag. 629); sentenza 10 luglio 1980, Ariete, punto 5 della motivazione (causa 811/79, Racc. pag. 2545).

comunitario » (Simmenthal, punto 16). E ancora in quest'ultima pronuncia la Corte ha affermato che, attesa la preminenza del diritto comunitario, le relative norme provviste di efficacia diretta, da una parte, rendono « ipso iure inapplicabile, per il fatto stesso della loro entrata in vigore, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale preesistente »; dall'altra, precludono la « valida formazione di nuovi atti legislativi nazionali, nella misura in cui questi fossero incompatibili con norme comunitarie » (Simmenthal, punto 17).

Com'è ben chiaro, dunque, la norma comunitaria immediatamente efficace all'interno degli Stati membri attribuisce al singolo una posizione giuridica soggettiva fin dalla sua entrata in vigore e per tutta la durata della sua vigenza, indipendentemente ed anche a dispetto della norma nazionale preesistente o successiva che eventualmente negasse quella stessa posizione giuridica. Non ritengo utile, e meno che mai in questa sede, uno sterile esercizio dialettico sull'ancoraggio teorico di tale acquisito stato di cose; ciò che interessa, in quanto qui rilevante, è che il giudice nazionale è tenuto ad apprestare la tutela giurisdizionale dei diritti attribuiti dalla norma comunitaria fin dall'entrata in vigore della norma e per tutta la durata della sua vigenza.

14. Altrettanto pacifico, e in sintonia con il principio di collaborazione sancito dall'art. 5 del Trattato, vera chiave d'interpretazione dell'intero sistema, è che le modalità ed i meccanismi di tutela dei diritti attribuiti ai singoli da norme comunitarie sono e restano quelli predisposti dagli ordinamenti interni degli Stati membri, in assenza di un sistema processuale armonizzato. Tale principio, ricorrente nella giurisprudenza della Corte, si fonda tuttavia su un presupposto fondamentale, dedotto anche dal secondo comma dell'art. 5: che le modalità e le procedure nazionali non siano meno favorevoli di quelle relative ad analoghe azioni a tutela di diritti fondati su norme nazionali e, altresì, non siano tali da rendere praticamente « impossibile l'esercizio di diritti che i giudici nazionali sono tenuti a tutelare » [4].

Del resto, già nella sentenza Simmenthal, la Corte aveva affermato, al punto 22, che è « 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 alla piena efficacia delle norme comunitarie » [5]; in altri termini, sia con i mezzi predisposti dall'ordinamento, sia, in mancanza, « di propria iniziativa » (Simmenthal, punto 24).

4 — Sentenza 16 dicembre 1976, Rewe Zentralfinanz/Landwirtschaftskammer, punto 5 della motivazione (causa 33/76, Racc. pag. 1989); sentenza 16 dicembre 1975, Comet, punti 15 e 16 della motivazione (causa 45/76, Racc. pag. 2043); sentenza 10 luglio 1980, Ariete, punto 12 della motivazione (causa 811/79, Racc. pag. 2545); sentenza 12 giugno 1980, Express Dairy Foods, punto 12 della motivazione (causa 130/79, Racc. pag. 1887); sentenza 27 marzo 1980, Denkavit italiana, punto 25 della motivazione (causa 61/79, Racc. pag. 1205); sentenza 27 febbraio 1980, Hans Just, punto 25 della motivazione (causa 68/79, Racc. pag. 501); sentenza 9 novembre 1983, San Giorgio, punti 12 e seguenti della motivazione (causa 199/82, Racc. pag. 3595).

5 — Ricordo anche la recente sentenza 21 settembre 1989, Commissione/Grecia, punto 23 della motivazione (causa 68/88, Racc. pag. 2965), dove la Corte ribadisce che « l'article 5 du traité impose aux États membres de prendre toutes mesures propres à garantir la portée et l'efficacité du droit communautaire ».

15. È dunque acquisito, alla luce di una consolidata giurisprudenza della Corte, peraltro puntualmente individuata dal giudice a quo, che ai singoli, titolari di posizioni giuridiche soggettive in base a norme comunitarie immediatamente efficaci, i giudici nazionali hanno l'obbligo di apprestare *una tutela giurisdizionale completa ed effettiva*, sul presupposto che la norma comunitaria regola la fattispecie fin dalla sua entrata in vigore. E che da ciò consegue l'incompatibilità col diritto comunitario di qualunque disposizione o prassi nazionale che precluda al giudice di dare « piena efficacia » alle norme comunitarie.

Il rilievo non sembri superfluo, solo perché ricorrente nella giurisprudenza della Corte, poiché proprio da questo rilievo deriva la risposta che suggerisco alla Corte di dare nel caso di specie.

16. Il problema che il giudice nazionale si è posto è generale e non è nuovo, anche se, superato implicitamente da altri giudici [6], per la prima volta viene sottoposto al giudizio della Corte, forse non a caso in occasione di una situazione processuale alquanto peculiare qual è quella del « controllo giudiziario » della legge previsto nel Regno Unito. La questione, dunque, non investe solo il sistema inglese [7], né afferisce solo al rapporto tra una legge nazionale ed una norma comunitaria, bensì investe l'esigenza e l'esistenza stessa della tutela cautelare di un diritto, che non è certo ma è in corso di accertamento, *in un'ipotesi di conflitto fra norme di rango diverso*; conflitto che, nel caso del rapporto tra norma nazionale e norma comunitaria, al di là delle scelte teoriche o terminologiche e delle tecniche utilizzate nei singoli Stati membri, si esprime efficacemente nella nozione di *primauté*, cioè di « prevalenza » della seconda sulla prima.

Il problema nasce dalla *non contestualità* tra i due momenti che fisiologicamente segnano la vicenda giuridica: quello dell'*esistenza* del diritto e quello del suo *accertamento* (defini-

6 — In più di un'occasione di rinvio pregiudiziale alla Corte, per sospetto contrasto della disciplina nazionale (legge o atto amministrativo) con il diritto comunitario, il giudice a quo ha disposto senza esitazioni anche misure cautelari, che in sostanza si risolvevano nella provvisoria disapplicazione di detta disciplina: ad esempio, ordinando che si soprassedesse ad un'espulsione dai Paesi Bassi (sentenza 17 aprile 1986, Reed, causa 59/85, Racc. pag. 1283), o che si mantenesse provvisoriamente un rapporto di lavoro con l'Università di Venezia (sentenza 30 maggio 1989, Allué, causa 33/88, Racc. pag. 1591); ovvero ordinando il rilascio di un permesso provvisorio di soggiorno in Belgio (causa 363/89, pendente).

7 — Un problema analogo a quello che ci occupa si è infatti posto dinanzi a numerose giurisdizioni francesi, quando fu introdotta una nuova legge sui prezzi minimi dei carburanti (così come per i libri), legge che alcuni distributori non osservarono invocandone l'incompatibilità col diritto comunitario. A tale comportamento si opposero altri operatori, che richiesero misure cautelari di inibitoria in base alla nuova legge. Non pochi giudici accolsero la richiesta, fondandosi sulla presunzione di legalità della legge di fronte al mero sospetto di incompatibilità col trattato (ad esempio Tribunal de grande instance Le Mans 11.7.1983, *Gazette du Palais*, 1984, 1, somm., pag. 121); altri giudici negarono la misura cautelare, precisamente a motivo che la violazione di una legge di sospetta incompatibilità col diritto comunitario non era un « trouble manifestement illicite » (Cour d'appel Paris, 4.7.1984, *Gazette du Palais*, 1984, 2, pag. 658, con nota Fourgoix; Tribunal de grande instance Pontoise, 22.2.1984, ibidem, pag. 296; v. in argomento Bertin: « Un trouble manifestement illicite: la lutte contre la vie chère », *Gazette du Palais*, 1983, doct., pag. 419; nonché « Le juge des référés et le droit communautaire », ibidem, 1984, doct., pag. 48). La Cour de cassation ha formalmente avallato questo secondo orientamento (Ch. com. 15.5.1985, *Gazette du Palais*, 1985, 2, panor., pagg. 346 e 347), ma fondandosi sulla pronuncia della Corte di giustizia nel frattempo intervenuta nel senso della incompatibilità della legge controversa (sentenza 10 gennaio 1985, Association des Centres distributeurs Edouard Leclerc ed altri, causa 229/83, Racc. pag. 1 e sentenza 29 gennaio 1985, Henri Cullet e Chambre syndicale des réparateurs automobiles et détaillants de produits pétroliers, causa 231/83, Racc. pag. 305). Successivamente, la Cour de cassation, ancora a seguito di una pronuncia della Corte (sentenza 4 maggio 1988, Bodson, causa 30/87, Racc. pag. 2479), ma in termini più generali, ha affermato che spetta al giudice del référé verificare « si le trouble invoqué était manifestement illicite au regard du traité de Rome » (Ch. com. 10.7.1989, Rec. Dalloz 1989, inf. rap., pag. 243). V. anche Cour de cassation 22.4.1986, Rec. Dalloz, 1986, inf. rap., pag. 242.

tivo), in un contesto articolato e complesso qual è quello che un moderno sistema di tutela giurisdizionale esige.

17. A compensare la non contestualità dei due momenti c'è un primo e generale rimedio. È vero, infatti, che solo l'accertamento definitivo del diritto gli conferisce la pienezza e la certezza di contenuto, nel senso di rendere definitivamente incontestabile il diritto stesso e/o le modalità del suo esercizio (res iudicata in senso sostanziale); ma è anche vero che tale effetto viene riportato al momento in cui il diritto è stato fatto valere attraverso l'attivazione del controllo giurisdizionale. L'effetto dell'accertamento del diritto, impropriamente ma significativamente definito retroattivo, non è che la conseguenza della funzione della norma e del suo modo di essere e di operare, che infatti determina una posizione giuridica soggettiva qualificabile come diritto sin dalla sua entrata in vigore e per tutta la durata della sua vigenza, salvo a subire un ritardo quanto alla sua piena ed effettiva operatività ove sorga l'esigenza di un previo accertamento giurisdizionale ed in particolare di un previo controllo di legittimità della norma in ipotesi applicabile. Ed è appena il caso di aggiungere che il quadro non sarebbe diverso se ci ponessimo dall'opposto punto di vista e considerassimo l'inesistenza del diritto ed il relativo accertamento.

Ciò che preme sottolineare è che al momento della domanda il diritto già esiste (o non esiste), ed è legittima o illegittima la norma che lo attribuisce (o lo nega) al singolo; e che il procedimento di controllo giurisdizionale ne sposta solo l'accertamento, dunque la piena ed effettiva operatività, ad un momento successivo e fatta salva la « retroattività » degli effetti dell'accertamento stesso. Ciò, beninteso, vale sia nell'ipotesi che l'accertamento del diritto implichi una valutazione del collegamento tra il fatto e la norma invocata, sia quando il giudice è chiamato ad individuare la norma applicabile tra due o più norme, anche confliggenti. Pure in tale ultima ipotesi, in cui l'accertamento si può realizzare anche attraverso un controllo di legittimità, la norma che sarà individuata come applicabile (in luogo dell'altra dichiarata illegittima o incompatibile) in realtà lo era sin dal momento della domanda, in quanto a quel momento ciò che mancava era solo l'accertamento del diritto e non anche la sua esistenza. Ciò è stato puntualmente evidenziato anche dalla Corte, quando ha affermato che « (...) l'interpretazione di una norma di diritto comunitario data dalla Corte nell'esercizio della competenza ad essa attribuita dall'art. 177 chiarisce e precisa, quando ve ne sia bisogno, il significato e la portata della norma quale deve, o avrebbe dovuto, essere intesa ed applicata dal momento della sua entrata in vigore » [8].

18. Il ricordato rimedio generale alla non contestualità dell'accertamento rispetto a quello dell'esistenza del diritto non sempre riesce a realizzare lo scopo principale della tutela giurisdizionale. Talvolta, infatti, l'accertamento arriva troppo tardi perché il diritto vantato possa essere pienamente e utilmente esercitato: il che tanto più è probabile quanto più articolata e complessa, e in definitiva garantista, sia la procedura finalizzata al definitivo accertamento. La conseguenza è che in tal caso potrebbe venire a mancare, con l'utilità, l'effettività della tutela giurisdizionale; e potrebbe venire tradito il principio, da tempo acquisito alla teoria giuridica generale, secondo cui *la necessità di servirsi del processo per ottenere ragione non deve tornare a danno di chi ha ragione.*

8 — Sentenza 10 luglio 1980, Mireco, punto 7 della motivazione (causa 826/79, Racc. pag. 2559).

Ora, la tutela cautelare ha esattamente questo scopo obiettivo, di fare in modo che il tempo necessario all'accertamento del diritto non finisca per svuotare irreversibilmente di contenuto il diritto stesso vanificandone le possibilità di esercizio: in breve, di realizzare quello scopo fondamentale di ogni ordinamento giuridico che è l'*effettività della tutela giurisdizionale.* La tutela cautelare mira per quanto possibile ad evitare che il danno provocato dalla non contestualità dell'accertamento rispetto all'esistenza del diritto pregiudichi l'effettività e la funzione stessa dell'accertamento, ciò che è stato puntualmente ribadito anche dalla Corte quando ha collegato la tutela cautelare alla *piena efficacia della futura pronuncia definitiva*[9]; ovvero alla esigenza di « mantenere la situazione impregiudicata in attesa della soluzione della controversia nel merito »[10].

19. Focalizzata la funzione della tutela cautelare, questa si rivela uno strumento fondamentale e ineliminabile di qualsiasi sistema giurisdizionale, mirando a realizzarne in modo puntuale e mai vano lo scopo di accertamento del diritto e più in generale di attuazione della norma giuridica, tutte le volte che la durata del processo è idonea a pregiudicare il raggiungimento di tale scopo e dunque a vanificare l'effetto utile della sentenza.

L'esigenza della tutela cautelare, inoltre, come prima si è accennato, si pone negli stessi termini sia quando l'accertamento investe i fatti e conseguentemente l'individuazione della giusta norma applicabile, dunque quando l'incertezza sull'esito della domanda verte — ma l'espressione non è delle più felici — « sui fatti »; sia quando si tratti di scegliere tra due o più norme in ipotesi applicabili (si pensi ad esempio ad un problema di qualificazione), non importa se assunte entrambe come legittime o se l'una assunta come incompatibile con l'altra di rango superiore o comunque prevalente.

In particolare, nell'ipotesi in cui — come nella specie che ci occupa — l'accertamento del diritto non solo comporta la scelta tra due o più norme in ipotesi applicabili, ma comporta un previo controllo sulla legittimità o compatibilità dell'una rispetto all'altra, di rango superiore o comunque prevalente, il quadro si presenta solo apparentemente diverso, specie quando tale controllo

9 — V. ad esempio ordinanza 12 dicembre 1968, Renkens (causa 27/68, Racc. 1969, pag. 275). V. anche le conclusioni dell'avvocato generale Capotorti in cause 24/80 e 97/80 R, Racc. 1980, pag. 1337. Sostanzialmente negli stessi termini le ordinanze 8 aprile 1965 (causa 18/65 R, Racc. 1966 pag. 185); 14 dicembre 1982 (causa 260/82 R, Racc. pag. 4371); 13 dicembre 1984 (causa 269/84 R, Racc. pag. 4333); 16 marzo 1988 (causa 44/88 R, Racc. pag. 1670). Il collegamento necessario tra effettività della tutela giurisdizionale e tutela cautelare è stato messo a fuoco, com'è noto, soprattutto dalla dottrina italiana (Chiovenda: *Istituzioni di diritto processuale civile,* I, Napoli, 1933, n. 12, nonché già *Principi di diritto processuale civile,* Napoli 1906, pag. 137 e seguenti; Calamandrei: *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari,* Padova, 1936) e da quella tedesca (Hellwig: *System des deutschen Zivilprozeßrechts,* Leipzig, 1913, II, pag. 22 e seguenti). Il principio che *la durata del processo non deve tornare a danno di chi ha ragione* si ritrova con diversa formulazione anche in una sentenza del Tribunale arbitrale misto tedesco-polacco del 29.7.1924: « Par les mesures conservatoires les Tribunaux cherchent à remédier aux lenteurs de la justice, de manière qu'autant que possible l'issue du procès soit la même que s'il pouvait se terminer en un jour »: Rec. déc. TAM, V, pag. 455. Si veda anche *Bundesverfassungsgericht* 19.6.1973, in NJW 1973, 34, pag. 1491 e seguenti (« Der Sinn dieses besonderen Verfahrens besteht darin, einen effektiven Gerichtsschutz gegenüber Maßnahmen der Exekutive zu sichern und durchzusetzen. (...) Das Verfahrensgrundrecht des Art. 19 Abs. 4 bb garantiert nicht nur das formelle Recht und die theoretische Möglichkeit, die Gerichte anzurufen, sondern auch die Effektivität des Rechtsschutzes; der Bürger hat einen substantiellen Anspruch auf eine tatsächlich wirksame gerichtliche Kontrolle »). Cfr. infine Corte costituzionale n. 190 del 28.6.1985, nel senso che « esige rispetto il principio, per il quale la durata del processo non deve andare a danno dell'attore che ha ragione, di cui la dottrina non solo italiana fin dagli inizi del corrente secolo ha dimostrato la validità » (*Foro Italiano,* 1985, I, 1881). Sulle origini ed il fondamento della tutela cautelare in Francia, v. Debbasch: *Procédure administrative contentieuse et procédure civile,* Paris, 1962, pag 300 e seguenti.

10 — Ordinanza 5 agosto 1983, punto 37 della motivazione (causa 118/83 R, Racc. pag. 2583).

sia attribuito ad un organo giurisdizionale ad hoc. Anche quest'ipotesi, infatti, rientra perfettamente nella funzione tipica del processo, che mira all'accertamento e dunque all'attuazione del diritto, sì che l'esigenza della tutela provvisoria della posizione del singolo rimane inalterata, in quanto si tratta anche in questo caso di individuare, interpretare ed applicare alla fattispecie la giusta (e valida) disciplina normativa.

20. Ne consegue che la cosiddetta presunzione di legittimità che si accompagna alla legge e all'atto amministrativo, non meno che all'atto comunitario, fino al momento in cui se ne accerti in via giurisdizionale l'incompatibilità con una norma di rango superiore, o comunque prevalente, *nella misura in cui tale accertamento è previsto*, non costituisce un ostacolo formale alla tutela cautelare di una posizione giuridica soggettiva. Anzi, proprio perché si tratta di una presunzione, che come tale può essere vinta dall'accertamento definitivo, sussiste l'esigenza di rimediare alla tardività e/o all'infruttuosità dell'accertamento stesso.

Invero, è sicuro ed incontestabile che una norma, sia essa contenuta in una legge approvata dal Parlamento o in un atto comunitario, in un atto amministrativo o comunque in un atto di rango inferiore, è assistita da presunzione di legittimità. Ma ciò non può e non deve avere il significato di precludere al giudice di paralizzarne temporaneamente gli effetti rispetto al caso concreto a lui sottoposto quando, in attesa dell'accertamento definitivo sulla legittimità o compatibilità rispetto ad una norma superiore o prevalente, l'una o l'altra delle posizioni giuridiche a confronto rischiano di essere irreversibilmente pregiudicate e quando vi sia il sospetto (salvo a stabilire di quale consistenza) che l'accertamento definitivo possa portare al riconoscimento dell'illegittimità della legge o dell'atto amministrativo di cui trattasi.

21. Insomma, la presunzione di legittimità della legge o dell'atto amministrativo non può e non deve avere il significato di negare la possibilità stessa della tutela cautelare, *nella misura in cui rispetto all'una e all'altro sia prefigurato un sistema di controllo giurisdizionale di legittimità.*

Lungi dal contraddire il principio di legittimità della legge o dell'atto amministrativo, che si concretizza in una presunzione pur sempre superabile dall'accertamento definitivo, la tutela cautelare elimina infatti il rischio che una tale presunzione produca l'effetto perverso — di sicuro non voluto da alcun ordinamento giuridico — di vanificare la funzione del controllo giurisdizionale ed in particolare del controllo sulla legittimità della legge. Pensare diversamente equivarrebbe a negare in radice la possibilità della tutela cautelare: e non solo in relazione alla legge, bensì in assoluto, atteso che qualunque atto di potestà pubblica, sia esso normativo in senso proprio ovvero individuale, si presume legittimo sino all'esito del controllo giurisdizionale di legittimità.

22. In una situazione processuale del tipo di quella che qui interessa, in cui si ipotizza l'incompatibilità di una norma rispetto a quella sovraordinata o prevalente, come si è prima già evidenziato, *è fondamentale considerare che alla fattispecie si collegano in via di ipotesi e fin dal momento della domanda entrambe le norme.* Tanto ciò è vero che l'accertamento definitivo, i cui effetti sono riportati al momento della domanda, non innoverà quanto all'esistenza (o inesistenza)

del diritto vantato, perché le norme a confronto sono in ipotesi alternativemente valide ed operanti (o invalide e inoperanti), ed entrambe sono assistite dalla cosidetta presunzione di legittimità, mentre è differito solo il momento dell'accertamento a causa dei tempi del processo. Nelle more, c'è una situazione definita esattamente come di *apparenza del diritto*, che è la ragione stessa del provvedimento cautelare e che *investe l'insieme del quadro normativo in ipotesi rilevante*. Non c'è dunque certezza (con relativa presunzione di legittimità) sull'una norma e incertezza sull'altra, ma *apparenza della disciplina nel suo insieme, dell'una come dell'altra delle norme a confronto*: e spetta al giudice valutare se l'apparenza è tale da imporre la tutela provvisoria del diritto vantato o da negarla, in base a criteri sostanziali, collegati alla maggiore o minore apparenza di legittimità della disposizione controversa (fumus boni iuris comunque denominato), nonché alla possibilità o meno che l'una o l'altra delle posizioni a confronto restino pregiudicate in attesa dell'esito definitivo del giudizio (periculum in mora).

23. Le osservazioni che precedono trovano ampia conferma nella circostanza che in tutti gli ordinamenti degli Stati membri (il sistema danese costituisce una parziale eccezione) è prevista, pur nella diversità delle forme e delle esigenze connesse alla durata dei processi, la tutela cautelare dei diritti, negati dalla norma di rango inferiore e vantati in forza di una norma sovraordinata.

Anzitutto, è pacifico che l'applicazione dell'atto amministrativo, che pure è assistito da presunzione di legittimità al pari della legge, tanto che l'impugnazione non ne sospende l'operatività (tranne rare eccezioni), può ben essere sospesa in via cautelare nelle more del definitivo giudizio di legittimità.

L'ipotesi di disapplicazione provvisoria della legge, negli ordinamenti in cui ne è ammesso il controllo giurisdizionale di legittimità, è certo più rara.

Spesso il problema della legittimità costituzionale della legge sorge nel contesto di un'impugnazione dell'atto amministrativo che di quella legge fa applicazione, sì che l'esigenza di una disapplicazione della legge in quanto tale non si pone: ciò che in alcuni ordinamenti è l'unica ipotesi possibile.

In altri paesi, viceversa, ed in particolare in quelli dove il controllo sulla legittimità (costituzionale) della legge non è diffuso ma accentrato, ne è prevista, o comunque è realizzata nella prassi, la disapplicazione provvisoria in via cautelare. Ad esempio, in Germania lo stesso giudice costituzionale può sospendere in via cautelare l'applicazione della legge, in un contesto (Verfassungsbeschwerden) non dissimile da quello del « controllo giudiziario » del sistema inglese [11]; ed altrettanto il giudice ordinario, con l'obbligo di rinvio alla Corte costituzionale [12].

Particolarmente rilevante, poi, è il caso italiano, in quanto non solo il giudice ordinario non ha competenza per accertare l'ille-

11 — Bundesverfassungsgericht, 16.10.1977, Schleyer, in *Foro Italiano* 1978, IV, pag. 222; Bundesverfassungsgericht, 19.6.1962, in BVerfGE, Band 14, pag. 153.

12 — Bundesverfassungsgericht, 5.10.1977, in BverfGE, Band 46, pag. 43.

gittimità costituzionale delle leggi e deve dunque rinviare alla Corte costituzionale, ma neppure è espressamente prefigurato un potere cautelare (di disapplicazione della legge) in attesa dell'esito del giudizio di legittimità, né del giudice costituzionale né del giudice ordinario (o amministrativo). Ciò nonostante, numerosi giudici ordinari [13], con il conforto della maggioranza della dottrina [14], hanno ritenuto possibile l'emanazione di provvedimenti cautelari nel senso della sospensione dell'applicazione della legge — limitatamente alle parti in causa, è ovvio — in attesa della pronuncia della Corte costituzionale. Quest'ultima, pur non essendosi mai pronunciata sul punto specifico che ci occupa [15], non ha mancato di affermare, da un lato, l'inerenza necessaria della tutela cautelare all'effettività della tutela giurisdizionale [16], e, dall'altro, l'esistenza di un principio generale e di una « direttiva di razionalità » dell'ordinamento, secondo cui, in presenza dei necessari presupposti (fumus e periculum in mora), spetta al giudice il potere di emanare i provvedimenti d'urgenza idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito [17].

Pur se in diverso contesto, è del pari significativo che il Conseil constitutionnel francese ha dichiarato l'incostituzionalità di una legge che non prefigurava la possibilità di una sospensione cautelare dell'applicazione di una decisione amministrativa da parte del giudice, sospensione peraltro definita « garantie essentielle des droits de la défense » [18].

24. Venendo ora al rapporto tra disposizione nazionale e norma comunitaria, non c'è dubbio che è stato introdotto, attraverso l'interpretazione pregiudiziale della Corte e la competenza « diretta » del giudice nazionale, un meccanismo che nella sostanza consiste in un sindacato di legittimità (o di compatibilità, se si preferisce) della norma nazionale rispetto a quella comunitaria, atteso che il giudice nazionale ha la competenza per dichiarare in via definitiva l'incompatibilità della prima rispetto alla seconda. E se dunque può, anzi deve, disapplicare la legge nazionale contraria alla norma comunitaria immediatamente efficace all'esito dell'accertamento definitivo (o comunque realizzare tale effetto sostanziale), deve poterla disapplicare anche — ricorrendone i presupposti — in via cautelare, quando l'incompatibilità non sia del tutto certa né « accertata », ma eventualmente richieda un'interpretazione pregiudiziale della Corte di giustizia. Diversamente, potrebbe venire vanificata quella tutela giurisdizionale dei diritti attribuiti al singolo dalla norma comunitaria che, come più volte ribadito dalla Corte e come è stato puntualmente rilevato anche dal giudice a quo, è oggetto di un preciso obbligo dei giudici nazionali.

13 — Pretura di Bari, ordinanza 4.2.1978, *Foro Italiano* 1978, I, pag. 1807; Pretura di La Spezia, ordinanza 29.3.1978, *Foro Italiano* 1979, I, pag. 285; Pretura di Pisa, ordinanza 30.7.1977, *Foro Italiano* 1977, I, pag. 2354; Pretura di Pavia, ordinanza 14.3.1977, *Riv. giur. lav.* 1977, II, pag. 640; Pretura di Voltri, ordinanza 1.9.1977, *Riv. giur. lav.* 1977, II, pag. 639; Pretura di La Spezia, ordinanza 23.11.1978, *Foro Italiano* 1979, I, pag. 1921 e segg.

14 — Verde: « Considerazioni sul procedimento d'urgenza », in *Studi Andrioli*, Napoli 1979, pag. 446 e segg.; Mortati: « Istituzioni di diritto pubblico », 1976, II, pag. 1391; Campanile: « Procedimento d'urgenza e incidente di legittimità costituzionale », *Riv. dir. proc.*, 1985, pag. 124 e segg.; Zagrebelsky: « La tutela d'urgenza », in *Le garanzie giurisdizionali dei diritti fondamentali*, Padova, 1988, pag. 27 e segg.; Sandulli: *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1984, II, pag. 1408.

15 — Ma vedi, con riguardo all'ammissibilità della tutela cautelare nelle more del regolamento di giurisdizione, Corte costituzionale n. 73 del 6.6.1973, *Foro Italiano*, 1973, I, pag. 1657; ugualmente Cassazione, sezioni unite, 1.12.1978, n. 5678, *Foro Italiano*, 1978, I, pag. 2704.

16 — Corte costituzionale. 27.12.1974, n. 284, *Foro Italiano*, 1975, I, pag. 263.

17 — Corte costituzionale, 28.6.1985, n. 190, *Foro Italiano*, 1985, I, pag. 1881. Cfr. anche, per taluni spunti rilevanti, Corte di cassazione, sez. unite civili, 1.12.1978, n. 5678, *Foro Italiano*, 1978, I, pag. 2704; Consiglio di Stato, Ad. plen., 14.4.1972, n. 5, *Foro Italiano*, 1972, III, pag. 105; idem, 8.10.1982, n. 17, *Foro Italiano* 1983, II, pag. 41.

18 — Decisione 86-224 DC, del 23.1.1987, JORF del 25.1.1987, pag. 925.

25. Il che ci riporta alla fattispecie concreta sottoposta all'apprezzamento della Corte attraverso i quesiti pregiudiziali della House of Lords. Il diritto dei ricorrenti principali, negato dalla legge nazionale, viene vantato in forza di alcune norme del Trattato provviste di efficacia diretta, dunque a norme che sì prevalgono sulla legge interna, ma la cui interpretazione nel senso invocato non è certa e richiede pertanto una pronuncia pregiudiziale della Corte. Nelle more, il giudice a quo avverte una preclusione alla tutela cautelare dei diritti vantati nella presunzione di legittimità che assiste la legge fino al definitivo accertamento.

Ora, nella misura in cui il giudice inglese, come è pacifico e come egli stesso sottolinea, può e deve dare, all'esito dell'accertamento, la prevalenza alla norma comunitaria « certa » e provvista di effetti diretti, in virtù del sindacato di compatibilità col diritto comunitario che è possibile esercitare sulla legge inglese, egli deve poter anche apprestare, *in presenza dei necessari presupposti*, la tutela cautelare dei diritti vantati in base a norme comunitarie « incerte » e negati dalla disposizione nazionale.

Il problema non è formale, ma sostanziale. La presunzione di legittimità non ha effetto preclusivo, atteso che può essere vinta dall'accertamento definitivo, come è il caso dell'ordinamento inglese anche in virtù del *Communities Act* del 1972, così come la presunzione di legittimità di qualsiasi norma di rango inferiore rispetto alla norma sovraordinata non preclude la tutela cautelare: ed è lo stesso giudice a quo a rilevarlo nell'ordinanza di rinvio, con riguardo alla possibilità di sospendere l'applicazione di un atto di rango inferiore che si sospetti in contrasto con la legge.

26. Voglio dire, dunque, che tale valutazione deve farsi in base a criteri sostanziali e non in base ad un criterio formale, come suggerito dal governo inglese, quale la presunzione di legittimità della legge.

Privilegiare la legge nazionale solo perché non è ancora intervenuto l'accertamento definitivo dell'incompatibilità con la norma comunitaria — *e pertanto sulla base di una compatibilità solo apparente* — può equivalere a privare la seconda di quella tutela giurisdizionale effettiva che va apprestata « dal momento della sua entrata in vigore e per tutta la durata della sua vigenza ». Paradossalmente, il diritto attribuito (apparentemente) da una norma comunitaria riceverebbe in via generale una tutela minore o meno effettiva del diritto attribuito (altrettanto apparentemente) dalla norma nazionale. Sarebbe come dire che il diritto attribuito dalla legge ordinaria può ricevere la tutela cautelare, mentre questa è negata al diritto attribuito dalla norma comunitaria o comunque sovraordinata, in virtù della presunzione di legittimità che assiste la legge: quasi che la medesima presunzione — che in definitiva niente altro è se non l'« apparenza » — non assistesse anche la norma prevalente.

Sia ben chiaro: non voglio con questo dire che il giudice nazionale deve sempre e comunque privilegiare l'apparente diritto comunitario rispetto all'altrettanto apparente diritto nazionale, ma solo che deve avere la possibilità di farlo ove le circostanze di fatto

e di diritto lo richiedano: che insomma non può e non deve trovare ostacoli formali all'eventuale domanda di misure cautelari fondata su norme comunitarie direttamente efficaci.

27. Né vale opporre la presunzione di legittimità che assiste gli atti comunitari, più volte sottolineata dalla Corte, argomento che finisce per dimostrare il contrario. Vale appena ricordare, infatti, l'art. 185 del trattato, che espressamente prefigura la competenza della Corte a « ordinare la sospensione dell'esecuzione dell'atto impugnato », « quando le circostanze lo richiedano ».

Ma v'è di più. Pure in presenza di un sistema di controllo della validità degli atti comunitari rigorosamente accentrato nella Corte di giustizia (anche in relazione alle procedure di rinvio pregiudiziale ex art. 177), quest'ultima non ha mancato di sottolineare che « il principio dell'incompetenza dei giudici nazionali a dichiarare l'invalidità degli atti comunitari può subire temperamenti, date certe condizioni, nell'ipotesi di procedimento sommario » [19].

28. Del pari non è sul piano formale, bensì sostanziale, che va valutata la possibilità che la tutela cautelare si realizzi attraverso (anche) un'ingiunzione all'amministrazione di un facere. Riterrei, ad esempio, irragionevole ipotizzare un'ingiunzione che si traduca in un'ingerenza nella sfera dei poteri discrezionali dell'amministrazione o addirittura del Parlamento (emettere un atto, adottare una legge), mentre reputo del tutto ragionevole e « ortodosso » ordinare un comportamento materiale non discrezionale ovvero, come nella specie, sospendere temporaneamente l'applicazione, con effetti solo per le parti in causa, della legge o dell'atto amministrativo, in attesa che il giudice sia in condizione di applicare o disapplicare in via definitiva l'una o l'altro.

29. In conclusione, la risposta che suggerisco alla Corte di dare al primo quesito posto dalla House of Lords è positiva, nel senso che *in base al diritto comunitario il giudice nazionale deve poter apprestare la tutela cautelare, ricorrendone i presupposti, ai diritti vantati dal singolo in base a norme comunitarie provviste di efficacia diretta, nelle more dell'esito definitivo del giudizio, ivi compreso quello pregiudiziale dinanzi alla Corte.* E suggerisco anche alla Corte di ancorare espressamente tale potere-dovere del giudice nazionale all'*esigenza di tutela giurisdizionale effettiva* che s'impone relativamente alle norme comunitarie non meno che alle norme nazionali.

30. Tale risposta, è appena il caso di aggiungere, non equivale ad imporre mezzi d'impugnazione o procedimenti giurisdizionali diversi da quelli già contemplati dal diritto interno degli Stati membri, ma indica soltanto che questi ultimi devono essere utilizzati « per garantire il rispetto delle norme comunitarie aventi efficacia diretta alle stesse condizioni di ricevibilità e di procedura che valgono quando si tratta di garantire l'osservanza del diritto nazionale » [20]. Ricordiamo, poi, ancora una volta, che il principio in parola, secondo cui le modalità di tutela giurisdizionale dei diritti attribuiti

19 — Sentenza 22 ottobre 1987, Foto-Frost, punto 19 della motivazione (causa 314/85, Racc. pag. 4199).

20 — Sentenza 7 luglio 1981, « Crociere del burro » (causa 158/80, Racc. pag. 1805).

da norme comunitarie restano esclusivamente quelle previste dal diritto interno, non si applica « qualora tali modalità e termini rendessero, in pratica, impossibile l'esercizio di diritti che i giudici nazionali sono tenuti a tutelare » [21].

31. Invero, come risulta anche dall'ordinanza di rinvio e dalle osservazioni del governo inglese, il sistema processuale inglese conosce l'istituto della tutela cautelare di un diritto in attesa del definitivo accertamento, qualora vi sia periculum in mora e fondatezza prima facie della pretesa (la Divisional Court ha ben accordato il provvedimento cautelare richiesto). Sicché, non si verte in tema di procedura non prevista dall'ordinamento nazionale, ma si tratta solo di utilizzare quella già esistente in vista della tutela di un diritto vantato in forza di una norma comunitaria provvista di efficacia diretta. Lo stesso dicasi per la segnalata impossibilità di ordinare un facere dell'amministrazione, trattandosi in realtà di disporre semplicemente la provvisoria non applicazione di una legge agli interessati, fermo restando che è su questi ultimi che può farsi gravare il rischio di un accertamento definitivo ad essi sfavorevole.

Se così non fosse, d'altra parte, sussisterebbe comunque un preciso obbligo di apprestare, in presenza dei dovuti presupposti, la tutela cautelare, atteso che ci troveremmo di fronte precisamente all'ipotesi (ricordo ancora il caso Simmenthal) di un sistema processuale che rende impossibile « l'esercizio di diritti che i giudici nazionali sono tenuti a tutelare ». Il che sarebbe tanto più grave se si pensa alla circostanza, anch'essa segnalata nell'ordinanza di rinvio, che nel sistema inglese l'accertamento definitivo del diritto vantato non comporta neppure il ristoro dei danni patrimoniali subìti nelle more del giudizio dai titolari della posizione giuridica controversa; ciò che, sia ben chiaro, acquista un rilievo negativo autonomo rispetto all'obbligo dei giudici nazionali di dare piena efficacia alle norme comunitarie.

32. Né mi sembra sia fondato argomentare a contrario (come nelle osservazioni del governo inglese e del governo irlandese) che i singoli trovano già sufficiente tutela nella possibilità che ha la Commissione, nel contesto di una procedura d'infrazione ex art. 169, di chiedere alla Corte di giustizia un provvedimento cautelare, ipotesi che si è verificata anche nel caso di specie quanto ai requisiti di nazionalità della legge inglese che ci occupa, come abbiamo già ricordato. Al riguardo, basti ricordare la pronuncia Van Gend & Loos, in cui la Corte affermò che se le garanzie contro la violazione di una norma comunitaria direttamente efficace da parte degli Stati membri « venissero limitate a quelle offerte dagli articoli 169 e 170, i diritti individuali degli amministrati rimarrebbero privi di tutela giurisdizionale diretta » [22].

33. La risposta al primo quesito della House of Lords, pertanto, non può essere che positiva, nel senso che l'obbligo del giudice nazionale di apprestare una tutela giurisdizionale effettiva ai diritti attribuiti al singolo dal diritto comunitario non può non com-

21 — Sentenza Comet, punto 16 della motivazione (causa 45/76, cit.); sentenza Rewe, punto 15 della motivazione (causa 33/76, cit.); sentenza 12 giugno 1980, Express Dairy Food, punto 12 della motivazione, cit. (causa 130/79, Racc. pag. 1887); sentenza 27 marzo 1980, Denkavit, punto 25 della motivazione, cit. (causa 61/79, Racc. pag. 1205); sentenza 10 luglio 1980, Mireco, punto 13 della motivazione, cit. (causa 826/79, Racc. pag. 2559).

22 — Sentenza 5 febbraio 1963, causa 26/62, Racc. pag. 7.

prendere, ove ne ricorrano i presupposti, la tutela cautelare dei diritti vantati, in attesa dell'accertamento definitivo.

Peraltro, il primo quesito è se il diritto comunitario *obblighi* il giudice nazionale a concedere la tutela cautelare ovvero gli dia la *facoltà* di concederla; tanto che il secondo quesito, in ordine ai criteri cui il giudice nazionale deve ispirarsi, è condizionato ad una risposta negativa quanto all'obbligo e positiva quanto alla facoltà.

Ora, al di là della formulazione letterale dei quesiti e delle corrispondenti risposte della Corte, ritengo che occorra ben chiarire la sostanza. In primo luogo, non mi sembra che si ponga un'alternativa in senso proprio tra « obbligo » e « facoltà », atteso che si tratta di un'attività giurisdizionale che si richiede al giudice nazionale e, per ciò stesso, un'attività che implica una valutazione degli elementi di fatto e di diritto che il caso concreto di volta in volta propone. Sicché, si può pure utilizzare l'espressione « obbligo », in armonia con i precedenti giurisprudenziali della Corte, nel senso che il giudice assolva tale obbligo attraverso una sua valutazione caso per caso dei presupposti che generalmente sono posti a base di un provvedimento cautelare.

In proposito, ritengo non solo che al giudice spetti, ovviamente, la valutazione dei presupposti della tutela cautelare; ma anche che tali presupposti debbano essere e restare quelli che i singoli ordinamenti nazionali prefigurano, in difetto di un'armonizzazione comunitaria. D'altra parte, non mi pare che la materia lasci grande spazio alla fantasia o consenta scoperte rivoluzionarie, da tempo la teoria giuridica e gli ordinamenti positivi, ivi compreso quello inglese, avendo indentificato nel fumus boni iuris (comunque denominato) e nel periculum in mora i due presupposti fondamentali della tutela cautelare. Che l'accento sia posto più sull'uno o più sull'altro, a seconda dell'ordinamento; oppure che il fumus coincida perfettamente o meno con la non manifesta infondatezza o con la fondatezza prima facie del diritto aut similia; o che nella valutazione del periculum sia compresa, oltre che il tradizionale e necessario bilanciamento delle posizioni a confronto (ad evitare che la stessa misura cautelare a sua volta determini un danno irreparabile per il convenuto), anche una espressa considerazione dell'interesse pubblico; tutto ciò fa parte del prudente apprezzamento del giudice nazionale, che di volta in volta valuterà al giusto l'opportunità o la necessità di concedere o negare un provvedimento cautelare a tutela provvisoria dei diritti vantati. È appena il caso di segnalare che nella valutazione del fumus boni juris l'apprezzamento del giudice riguarderà la possibilità che la norma nazionale sia dichiarata incompatibile con il diritto comunitario.

In definitiva, per quanto riguarda il secondo quesito in particolare, suggerisco alla Corte una risposta in armonia con la giurisprudenza Comet, nel senso che « modalità e termini » della tutela cautelare sono e restano, in mancanza di armonizzazione, quelli prefigurati dagli ordinamenti nazionali, purché non siano tali da rendere praticamente « impossibile l'esercizio di diritti che i giudici nazionali sono tenuti a tutelare ».

Spetterà quindi al giudice nazionale trarne le dovute conseguenze quanto alla soluzione della causa principale, in base agli elementi specificati nella premessa ai quesiti e di cui la Corte non può evidentemente apprezzare la valenza.

34. In base ai rilievi svolti, propongo pertanto alla Corte di rispondere ai quesiti formulati dalla House of Lords nel modo seguente:

« 1) L'obbligo che il diritto comunitario impone al giudice nazionale di garantire un'effettiva tutela giurisdizionale dei diritti attribuiti al singolo direttamente da norme comunitarie comprende l'obbligo di apprestare la tutela cautelare e d'urgenza dei diritti vantati in base a tali norme comunitarie, ove occorra e ne ricorrano i presupposti di fatto e di diritto, in attesa dell'accertamento definitivo e dell'eventuale interpretazione pregiudiziale della Corte di giustizia.

2) In mancanza di armonizzazione comunitaria, è l'ordinamento di ciascuno Stato membro che disciplina le modalità procedurali ed i presupposti della tutela cautelare dei diritti spettanti ai singoli in forza delle norme comunitarie direttamente efficaci, a condizione che tali modalità e presupposti non rendano impossibile l'esercizio provvisorio dei diritti invocati e non siano meno favorevoli di quelli prefigurati in vista di tutelare diritti in base a norme nazionali, essendo incompatibile col diritto comunitario qualunque disposizione o prassi nazionale che abbia tale effetto ».