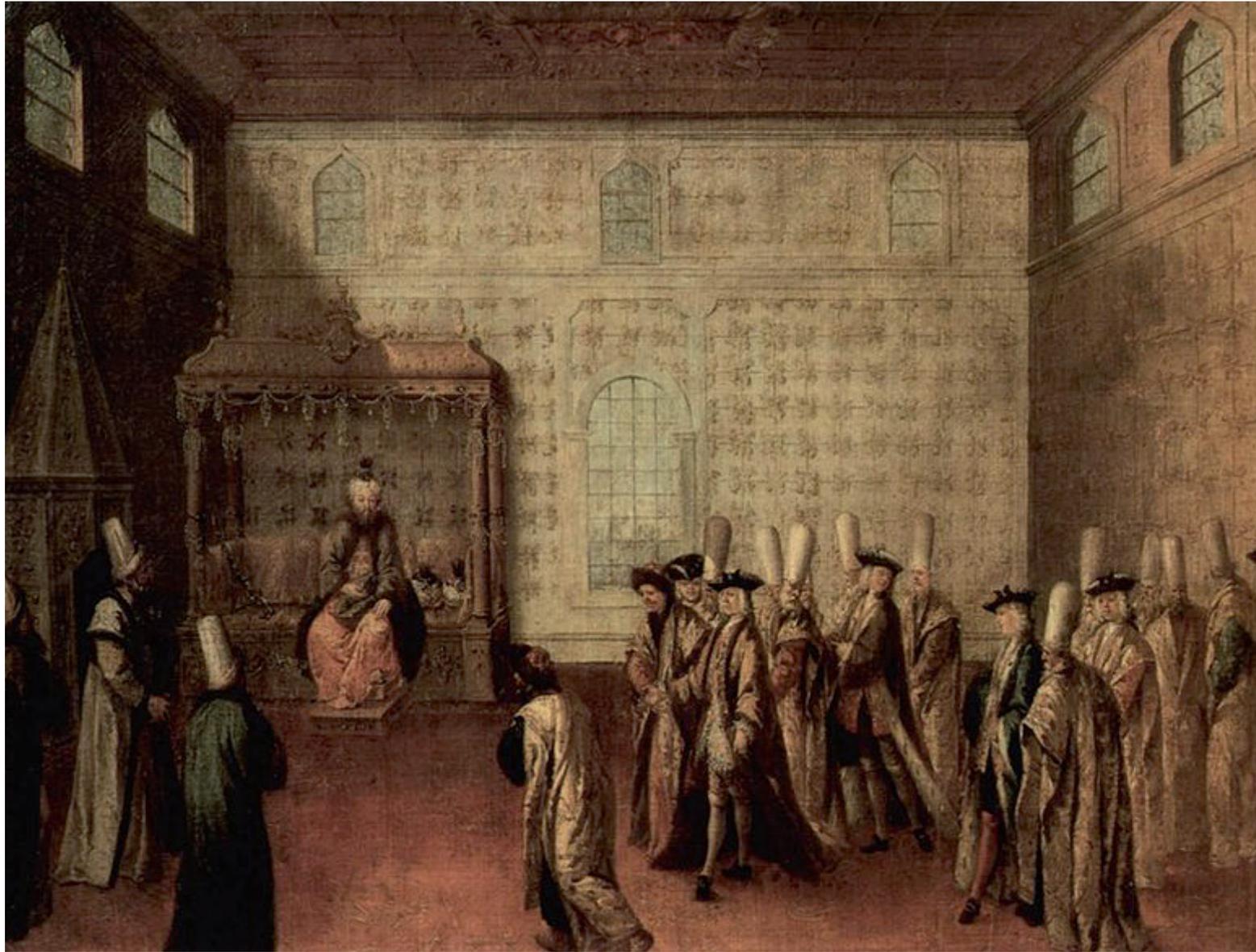




COMPARAZIONE E DIRITTO CIVILE

a cura di Pasquale Stanzione



Anno 2017 - Volume 3

www.comparazionedirittocivile.it



Direttore

Pasquale Stanzone

Condirettore

Salvatore Sica

Comitato scientifico

Pasquale Stanzone (*Università degli Studi di Salerno*), Gabriella Autorino (*Università degli Studi di Salerno*), Aldo Berlinguer (*Università degli Studi di Cagliari*), Guido Biscontini (*Università degli Studi di Camerino*), Irina J. Bogdanovskaya (*Moscow National Research University*), Paolo Carbone (*Università degli Studi di Sassari*), Virgilio D'Antonio (*Università degli Studi di Salerno*), Rosaria Giampetraglia (*Università Parthenope di Napoli*), Raffaele Lener (*Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"*), Mark R. Lee (*University of San Diego*), Gaspare Lisella (*Università degli Studi del Sannio di Benevento*), Fiona Macmillan (*Birbeck College – University of London*), Maria Rosaria Marella (*Università degli Studi di Perugia*), Manuel David Masseno – (*Instituto Politécnico de Beja*), Carlo Mazzù (*Università degli Studi di Messina*), Antonello Miranda (*Università degli Studi di Palermo*), Elina Moustaira (*National and Kapodistrian University of Athens*), Francesco Ruscello (*Università degli Studi di Verona*), Manoel J. Santos (*Fundação Getulio Vargas – Sao Paulo*), Giovanni Maria Riccio (*Università degli Studi di Salerno*), Livia Saporito (*Seconda Università degli Studi di Napoli*), Angelo Saturno† (*Università degli Studi di Salerno*), Salvatore Sica (*Università degli Studi di Salerno*), Bruno Troisi (*Università degli Studi di Cagliari*), Giuseppe Vecchio (*Università degli Studi di Catania*), Virginia Zambrano (*Università degli Studi di Salerno*), Paolo Zatti (*Università degli Studi di Padova*).

Comitato di redazione

Biagio Andò (*Università degli Studi di Catania*), Domenico Apicella (*Università degli Studi di Salerno*), Antonio Astone (*Università degli Studi di Messina*), Valentina Barela (*Università degli Studi di Salerno*), Başak Başoğlu (Istanbul Bilgi Universitesi), Aura Bertoni (*Aske Centre – Università Commerciale "Luigi Bocconi"*), Nicola Brutti (*Università degli Studi di Padova*), Salvatore Casabona (*Università degli Studi di Palermo*), Claudia Cascione (*Università degli Studi di Bari*), Francesco Clementi (*Università degli Studi di Perugia*), Alessandra Cordiano (*Università degli Studi di Verona*), Cristina Costantini (*Università degli Studi di Bergamo*), Valentina Cuocci (*Università degli Studi di Foggia*), Cristina Dalia (*Università degli Studi della Basilicata*), Amalia Chiara Di Landro (*Università Mediterranea di Reggio Calabria*), Vincenzo Durante (*Università degli Studi di Padova*), Giovanni Facci (*Università degli Studi di Bologna*), Rigas Giannopoulos (*Aristotle University of Thessaloniki*), Giorgia Guerra (*Università degli Studi di Padova*), Marco Juric (*University of Zagreb*), Nevena Krivokapić (*University of Belgrad*), Leysser Léon-Hilario (*Pontificia Universidad Católica del Perú*), Antonio Legerén Molina (*Universidade de Coruña*), Francesca Maschio (*Università degli Studi Roma Tre*), Pierluigi Matera (*Università Link Campus, Roma*), Bruno Meoli (*Università degli Studi di Salerno*), Luigi Nonne (*Università degli Studi di Sassari*), Daniela Noviello (*Università Link Campus, Roma*), Annamaria Giulia Parisi (*Università degli Studi di Salerno*), Alessandra Pera (*Università degli Studi di Palermo*), Elena Poddighe (*Università degli Studi di Sassari*), Radim Polcack (*Masarykova Univerzita - Brno*), Tito Rendas (*Universidade Católica Portuguesa*), Paolo Rocca Comite Mascambruno (*Università degli Studi di Salerno*), Giacomo Rojas Elgueta (*Università degli Studi di Roma Tre*), Pieremilio Sammarco (*Università degli Studi di Roma Tre*), Mauro Serra (*Università degli Studi della Basilicata*), Giuseppe Spoto (*Università degli Studi Roma Tre*), Maria Gabriella Stanzone (*Università degli Studi di Salerno*), Andrea Stazi (*Università Europea di Roma*), Derya Tarman (*Koc Universitesi - Istanbul*), Maria Tommasini (*Università degli Studi di Messina*), Claudia Troisi (*Università degli Studi di Salerno*), Salvatore Vigliar (*Università degli Studi di Salerno*), Filippo Viglione (*Università degli Studi di Padova*), Giovanni Ziccardi (*Università degli Studi di Milano*).



Comitato per la valutazione

Stathis Banakas (*University of East Anglia, Norwich*), Alberto Maria Benedetti (*Università degli Studi di Genova*), Ermanno Calzolaio (*Università degli Studi di Macerata*), Paolo Carbone (*Università degli Studi di Sassari*), Adolfo Di Majo (*Università degli Studi "Roma Tre"*), Silvia Diaz Alabart (*Universidad Complutense de Madrid*), Vincenzo Cesaro (*Università degli Studi di Napoli "Parthenope"*), Tommaso Edoardo Frosini (*Università degli Studi di Napoli "Suor Orsola Benincasa"*), Jay P. Kesan (*University of Illinois*), Claudia Lima Marques (*Universidade Federal Rio Grande do Sul*), Fiona Macmillan (*Birkbeck College - University Of London*), Ulrich Magnus (*Universität von Hamburg und Mitarbeiter - Max Planck Institut von Hamburg*), Giovanni Marini (*Università degli Studi di Perugia*), Pier Giuseppe Monateri (*Università degli Studi di Torino*), Maria Lilla Montagnani (*Università Commerciale "Luigi Bocconi"*), Alfonso Hernández Moreno (*Universitat de Barcelona*), Helena Mota (*Universidade do Porto*), Oreste Pollicino (*Università Commerciale "Luigi Bocconi"*), Antonino Procida Mirabelli di Lauro (*Università degli Studi di Napoli "Federico II"*), Pietro Rescigno (*Università degli Studi "La Sapienza" di Roma*), Giorgio Resta (*Università degli Studi "Roma Tre"*), Paolo Ridola (*Università degli Studi di Roma "La Sapienza"*), Liliana Rossi Carleo (*Università degli Studi "Roma Tre"*), Alessandro Somma (*Università degli Studi di Ferrara*), Raffaele Torino (*Università degli Studi di "Roma Tre"*).



Comparazione e Diritto Civile – P.zza Caduti Civili di Guerra, 1 - Salerno
Testata registrata presso il Tribunale di Salerno n. 18 del 21/04/2010
Direttore Responsabile: Salvatore Sica
Per informazioni in merito a contributi e articoli, scrivere a: info@comparazionedirittocivile.it

© COMPARAZIONE E DIRITTO CIVILE - Tutti i diritti riservati





3/2017

INDICE

DOTTRINA

Testamento biologico e autodeterminazione della Persona

Pasquale Stanzone

La clemenza in diritto antitrust: teorie e modelli di riferimento dei leniency programmes

Virgilio D'Antonio

Same sex marriage nell'interpretazione delle corti supreme americane

Valentina Barela

STUDI E RICERCHE

Dall'illiceità (della condotta) all'illegalità (della tradizione)? Alcune riflessioni sui matrimoni forzati, con particolare riferimento al caso del Regno Unito

Giovanna Spanò

La golden share nelle società a partecipazione pubblica: modelli europei a confronto

Carloalberto Giusti

Il "soggetto donna" nel diritto

Federica Tescione

Alimenti, tecnologie e obblighi di etichettatura. Riflessioni comparatistiche sulla convergenza legislativa tra Europa e U.S.A.

Giorgia Guerra

NOTE E RECENSIONI

La Corte di Giustizia sulle opere fuori commercio: quale impatto sulla proposta di direttiva?

Giovanni Maria Riccio

GIURISPRUDENZA

Danni punitivi – Delibazione di sentenza straniera – Incompatibilità – Esclusione – Riconoscimento – Condizioni

Cass. civ., sez. un., 05-07-2017, n. 16601



Filiazione - Riconoscimento del figlio – Esame genetico

Cass. civ., sez. I, 27-07-2017, n. 18626

Cittadinanza dell'Unione

Sentenza della Corte di Giustizia, Grande Sezione, Causa C-133/15, 10 maggio 2017

Tutela dei consumatori

Sentenza della Corte di Giustizia, Prima Sezione, Causa C-75/16, 14 giugno 2017

Proprietà intellettuale e industriale

Sentenza della Corte di Giustizia, Seconda Sezione, Causa C-610/15, 14 giugno 2017

Libera prestazione di servizi

Sentenza della Corte di Giustizia, Prima Sezione, Causa C-49/16, 22 giugno 2017

Libera circolazione dei lavoratori

Sentenza della Corte di Giustizia, Grande Sezione, Causa C-566/15, 18 luglio 2017

Politica estera e di sicurezza comune

Sentenza della Corte di Giustizia, Grande Sezione, Causa C-599/14 P, 26 luglio 2017

Abuso di posizione dominante

Sentenza della Corte di Giustizia, Grande Sezione, Causa C-413/14 P, 6 settembre 2017



3/2017

DOTTRINA

TESTAMENTO BIOLOGICO E AUTODETERMINAZIONE DELLA PERSONA¹

PASQUALE STANZIONE

1. Non è così semplice affrontare conclusioni in questa materia. E non lo è perché è la vita stessa - come dice Pirandello - a non concludere e a sottrarsi ad ogni partizione o aggettivazione che ne separi o ne qualifichi il valore.

Allora diremo, rileggendo le parole dell'Ecclesiaste, che “per ogni cosa c'è il suo momento, il suo tempo per ogni faccenda sotto il cielo... C'è un tempo per nascere e un tempo per morire”.

E così il fisiologico svolgersi dell'esistenza si compie, rispettivamente, all'atto del primo respiro autonomo e a quello della cessazione delle principali funzioni vitali. E tuttavia si assiste ad un prolungamento della vita biologica dell'uomo con l'applicazione delle moderne tecniche della scienza medica. La rianimazione, l'idratazione e la nutrizione mediante sondino naso-gastrico assicurano possibilità di sopravvivenza inimmaginabili fino a poco tempo fa e impediscono la dichiarazione di morte clinica della persona, così come definita nella legge n. 578 del 1993. E' ciò che accade soprattutto nell'ipotesi dei soggetti in stato vegetativo permanente, per i quali prende maggior rilievo la legislazione qui esaminata; anche se l'interesse non si arresta al mero piano giuridico, ma coinvolge profili che attengono all'etica, alla medicina, alla filosofia.

Un primo dato concerne le annotazioni di natura terminologica. Quando l'avv. Ersilia Trotta mi sottopose il progetto di questo Convegno, sorse il problema dell'intitolazione: intestarlo al testamento biologico o alle disposizioni anticipate di trattamento, come è riportato nel disegno di legge n. 2801 approvato dalla Camera dei deputati il 20 aprile 2017?

D'accordo optammo per il testamento biologico, sulla base dell'osservazione che tale sintagma è più noto e di più immediata percezione per tutti.

Ma è corretto il suo uso?

Il testamento biologico o testamento di vita è di chiara derivazione inglese: *living will*. Ma si ha una certa ritrosia da parte del giurista italiano ad adoperare tale formula giacché essa ha contenuto esclusivamente personale ed esistenziale e non già come il testamento dell'art. 587 c.c. che dispone dei beni ed istituisce eredi e legatari.

¹Sono le considerazioni conclusive al Convegno su Testamento biologico e principio di autodeterminazione della persona svoltosi il 2 dicembre 2017 presso il Consiglio dell'Ordine degli avvocati di Salerno, con il patrocinio dell'associazione Cammino



Pertanto, se proprio si vuole utilizzare il termine testamento riferito a quello biologico bisogna guardarlo nella sua nudità: esso cioè deve essere spogliato dal suo tecnicismo.

Ma, proprio perché dichiarazione del soggetto, sul piano giuridico il testamento biologico si connota come negozio unilaterale atipico, con l'ulteriore avvertenza che mentre il testamento normale prende efficacia dalla morte del *de cuius* - questa costituisce la sua *condicio iuris* -; viceversa, il testamento biologico deve trovare attuazione quando la persona che l'ha redatto è ancora in vita, anche se in situazione d'incapacità d'intendere e di volere.

Se poi il testamento biologico contiene la designazione di una persona di fiducia chiamata ad attuare le volontà e a garantire il rispetto del documento, non si può fare ricorso, come taluni suggeriscono, allo schema del mandato (art. 1703 ss. c.c.).

Tra le altre e numerose obiezioni al riguardo, basta considerarne una: la sopravvenuta incapacità del mandante - che è il presupposto per l'efficacia del testamento biologico - estingue il mandato (art. 1722, n. 4, c.c.). Questo dunque muore nel momento in cui dovrebbe incominciare ad operare.

In ogni caso, allo stato attuale della legislazione, è possibile tracciare due limiti sul piano del contenuto: la nullità per illiceità della causa di un testamento biologico che sia finalizzato ad autodeterminare l'eutanasia; la sua irrilevanza se diretto ad impedire forme di accanimento terapeutico.

2. Il disegno di legge unificato è intitolato alle disposizioni anticipate di trattamento. Ma anche qui v'è stata un'evoluzione che al cambiamento terminologico sottende una valutazione sostanziale. Prima, tale fenomeno era chiamato direttive anticipate di trattamento e con esso si sottolineava la natura di imposizione che trascorrevva dal titolare al medico, quasi mero esecutore, appunto, delle direttive. Si è passati poi, in talune altre proposte di legge, a dichiarazioni anticipate di trattamento: e il lemma dichiarazione nel diritto privato è figlio della volontà del soggetto. *Voluntas aegroti suprema lex esto*.

Oggi si discorre di disposizioni, andando al cuore del problema. In effetti, si tratta di un atto di disposizione. ma qual è l'oggetto della disposizione?

Nel nostro sistema ordinamentale esiste l'art. 2 cost., tutela dei diritti basilari della persona; l'art. 32 cost., che individua la salute come diritto dell'individuo oltre che come interesse della collettività; gli artt. 545 e 575 c.p., che reprimono l'omicidio del consenziente e qualsiasi altro atto compiuto con lo scopo di compromettere la vita o l'integrità fisica dell'uomo. Ne consegue l'esistenza di un principio di indisponibilità del bene "vita", che non ammette eccezioni, salvo quelle che derivano sia da un bilanciamento degli interessi coinvolti (es., l'aborto terapeutico) sia dal carattere volontario dei trattamenti sanitari.

Però, il quadro compositivo dei valori in gioco risulta assai differente allorché il soggetto non è in grado di manifestare la sua volontà a causa del suo stato di totale incapacità.

La sua posizione presenta una duplice valenza, a seconda che egli non abbia o abbia esercitato in via preventiva il suo diritto di auto determinazione sanitaria.



Nel primo caso, al silenzio si sostituisce il riemergere del principio di sacralità della vitae, quindi, del dovere del medico di attivarsi nel modo più risoluto in favore della salvezza del malato.

Nell'altro caso, esigenze di eguaglianza, di solidarietà e di rispetto della dignità impongono di restituire alla persona, anche se in stato di incoscienza, il ruolo di co-decisore dei trattamenti sanitari attraverso l'intervento del legale rappresentante, tenuto a decidere non al suo posto né per lui ma con lui (è la nota decisione della Cass., 16 ottobre 2007, n. 21748).

3. Ma prima di ogni altra considerazione, bisogna ribadire il concetto di diritto alla vita. Esso è diritto primo, essenziale tra gli essenziali, vertice e fulcro dei diritti della personalità. Abbandonati principi e regole proprietari, al diritto sulla vita si sostituisce il diritto alla vita: la persona, considerata in sé e nei suoi rapporti con gli altri esseri umani e con le formazioni sociali, diventa essa stessa valore da affermare e proteggere, *prius* logico e cronologico rispetto ad ogni altra regola o principio.

In questa temperie, culturale e giuridica, il diritto alla vita si configura come strumento di tutela della dignità umana: di qui, la sua indisponibilità, inalienabilità. Imprescrittibilità.

Vita e dignità non procedono mai disgiuntamente. Tutta la legislazione persegue la finalità di proteggere la condizione anche solo biologica dell'esistere, che è ritenuta vita a tutti gli effetti come dimostra l'impossibilità (legge n. 578 del 1993) di dichiarare la morte clinica della persona in stato vegetativo: questa non è morta, è ancora malata.

Ma tale conclusione non placa l'uomo inquieto della società attuale che incalza nel tentativo "di riappropriarsi della fine come del principio della vita, sostituendosi alla natura" (sono parole di Giorgio Oppo).

In un'epoca caratterizzata dal pluralismo dei valori e da un nietzchiano senso della libertà, nell'età dell'incertezza, l'indisponibilità del bene-vita è rimessa in discussione quante volte il suo innaturale prolungamento non rifletta più l'immagine soggettiva di salute e di dignità.

Lungo il sottile *discrimen* tra il non essere e l'essere in stato vegetativo corrono le obiezioni, laiche e cattoliche, che oppongono autodeterminazione ed eterodeterminazione, disponibilità e indisponibilità dell'esistere, capacità di sentire e dimostrata insensibilità.

La cassazione ci ricorda che non esistono vite degne o non degne di essere vissute: il soggetto in stato vegetativo persistente "è a tutti gli effetti, persona in senso pieno, deve essere rispettata e tutelata nei suoi diritti fondamentali", senza il necessario filtro di una volontà altrui.

E pur nel *Sein zum Tode* (essere per la morte) che caratterizza il vivere, secondo Martin Heidegger, la nostra costituzione non manca di prestare attenzione alla persona nella sua veste dinamica, còlta nello svolgersi della sua personalità (art. 2) e nel suo pieno sviluppo (art. 3). Ne consegue una nuova, anche se non priva di rischi, chiave di lettura del diritto alla e alla dignità, che nel bilanciamento tra esigenze del singolo e valori della collettività, non rinnega la libertà di autodeterminazione del soggetto che chiede di assecondare il fisiologico spegnersi dell'esistenza terrena.

"Nell'immediatezza di una morte che appare ormai inevitabile e imminente... vi è grande differenza etica tra "procurare la morte" e "permettere la morte": il primo atteggiamento rifiuta e



nega la vita, il secondo accetta il naturale compimento di essa” (sono parole della Dichiarazione su eutanasia della pontificia Accademia per la vita).

Sull'eutanasia vorrei ricordare le riflessioni pacate e soffuse di mestizia che Marguerite Jourcenar nelle Memorie di Adriano mette in bocca all'imperatore: la rinuncia al suicidio prima preteso e poi ordinato al medico, che si avvelena pur di non tradire il giuramento d'Ippocrate, s'impone come doverosa ad Adriano per rispetto della dignità sua e di chi lo circonda. Altro è l'eutanasia; altro è l'abbandono fiducioso e consapevole a un destino in cui “tutto è compiuto” (come ci ricorda il vangelo di Giovanni).

La norma tace del diritto alla morte. Sì che, in una costituzione tutta protesa alla tutela del diritto alla vita, l'evento che nell'armonia dell'universo, in un eracliteo ricomporsi degli opposti, è sin dall'antichità logicamente e ontologicamente parte dell'esistere, assume le più morbide fattezze del diritto di rifiutare le cure. La persona capace – chiosa la Corte di Cassazione – ha la facoltà non solo di scegliere tra le diverse possibilità di trattamento medico, ma anche eventualmente di rifiutare la terapia e di decidere consapevolmente di interromperla, in tutte le fasi della vita, anche in quella terminale.

4. In questa scia si colloca la legislazione che stiamo esaminando. E' in essa sottolineata la centralità della relazione tra medico e paziente. Vorrei anzi a questo riguardo osservare che, in una prospettiva di appropriata terapia del dolore (già regolamentata con l. 15 marzo 2010, n. 38), si prescrive che il medico deve astenersi da ogni ostinazione irragionevole nella somministrazione delle cure e nel ricorso a trattamenti inutili o sproporzionati, potendo altresì far ricorso, in ultima analisi, alla sedazione palliativa profonda, sempre con il consenso del paziente (art. 2 dis. Di legge).

Tramontata l'epoca del paternalismo, anche sotto la forma evoluta della paternità, si passa alla relazione di cura e di fiducia. Ma tale relazione ha un elemento essenziale, indefettibile, costituito dal consenso libero e informato. In esso si fondono l'autonomia decisionale del paziente e la competenza, l'autonomia professionale e la responsabilità del medico. A tal punto che se è avviata una pianificazione condivisa delle cure in una patologia cronica e invalidante o caratterizzata da inarrestabile evoluzione con prognosi infausta, il medico dovrà continuarla se il paziente venga a trovarsi nella condizione di non poter più esprimere il proprio consenso o in una situazione di incapacità (art. 5, comma 1, dis. di legge). L'alleanza terapeutica non si riduce ad un dialogo a due, ma può coinvolgere i familiari, la parte dell'unione civile, il convivente, o una persona di fiducia del paziente, se questi lo vuole. Vedremo che proprio in questo allargamento possono risiedere talune difficoltà applicative.

Intanto, non mi soffermo sulla nozione di consenso informato: ormai è da tempo entrata nel nostro vissuto quotidiano, sì da esonerarmi da ogni ulteriore indugio sull'argomento.

Piuttosto è rilevante sottolineare che le disposizioni anticipate di trattamento valgono per il futuro, sono disposizioni ora per allora: *nulla quaestio* se il paziente mantiene intatte anche nel futuro le sue capacità d'intendere e di volere. Tutt'al più qui bisogna sottolineare che il medico ha il dovere di rispettare la volontà del paziente di rifiuto o di rinuncia al trattamento sanitario, con ciò esonerando il medico da ogni responsabilità civile o penale. E tuttavia v'è qualche importante limite che va richiamato. Il medico non ha più obblighi professionali allorché il paziente esiga trattamenti sanitari contrari a norme di legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali.



Discorso tutt'affatto diverso vale per l'ipotesi in cui il soggetto, prima della perdita di coscienza, abbia esercitato il suo diritto di autodeterminazione sanitaria e abbia, quindi, provveduto a indicare preventivamente i trattamenti sanitari ai quali essere oppure no sottoposto. Successivamente, è intervenuto il suo stato di totale incapacità, che non gli consente *hic et nunc* di manifestare la propria volontà.

Qui, insorgono notevoli difficoltà che contribuiscono a complicare un insieme di vicende, già di per se stesse delicate. E allora per ben decidere bisogna distinguere. Altro è, sul piano soggettivo, la natura dello stato di incapacità; altro è, sul piano oggettivo, le modalità di esercizio del potere di autodeterminazione.

Nel primo punto di vista, è necessaria un'ulteriore distinzione. Così, una cosa è - ad esempio - l'incapacità dovuta al progressivo sviluppo di una malattia degenerativa a un certo stadio o addirittura programmata come conseguenza di un intervento chirurgico; altra cosa è la situazione di incoscienza determinata da eventi di origine accidentale, ad esempio, per un incidente automobilistico.

Ora, nella prima ipotesi, il soggetto, sebbene divenuto incapace, ha ugualmente avuto, fino ad un momento di poco antecedente alla perdita di capacità, una sostanziale e completa conoscenza del decorso della malattia, delle cure praticabili, degli effetti correlati, tale da restituire alla sua volontà attualità, informazione e consapevolezza. Qui, non v'è ragione alcuna per disattendere le indicazioni terapeutiche.

Non così nel secondo caso, relativamente al quale i dubbi sulla vincolatività di una volontà non più attuale sono amplificati dalla sostanziale - come chiamarla? - ignoranza diagnostica, che ne ha preceduto la manifestazione. In effetti, nessun processo patologico era in atto a danno del soggetto al momento dell'esercizio del potere di autodeterminazione sanitaria né vi era in essere una diagnosi che ne rendesse prevedibile l'insorgere. Qui, pertanto, bisogna ricostruirne le scelte, attraverso l'intervento del legale rappresentante tenuto a decidere non al suo posto né per lui ma con lui.

5. Indubbiamente è la capacità a costituire il banco di prova per l'operatività del testamento biologico. E qui la prescrizione del disegno di legge (art. 4) si arresta alle consolidate categorie del diritto privato, limitandosi a rifugiarsi nella tranquillante maggiore età, accompagnata dalla capacità d'intendere e di volere. Alla persona minore d'età è riservata la solita, paternalistica assicurazione che bisogna valorizzare le sue capacità di comprensione, informarla accuratamente per poter esprimere la sua volontà: e tuttavia il consenso al trattamento sanitario o al suo rifiuto è espresso dagli esercenti la responsabilità genitoriale o dal tutore.

Ebbene, è come se decenni di analisi e di proposte della dottrina, di decisioni giurisprudenziali e, per fortuna, di interventi legislativi in altri campi fossero trascorsi invano. Non si ha notizia della capacità di discernimento, intesa come maturità di giudizio raggiunta dal minore a prescindere dall'età maggiore e valutata nella singola, concreta ipotesi. Soprattutto poi in una materia tutta proiettata sul profilo esistenziale e dunque attinente ai diritti fondamentali della persona. E' evidente che la capacità di discernimento è collegata strettamente all'interesse del minore che - come ho scritto altrove e tanto tempo fa - è nozione di difficile, ma non impossibile determinazione. E' la valutazione della persona in situazione a fornire la risposta se il minore sia in grado oppure no di dare disposizioni anticipate in ordine al trattamento. Non si risolve il problema delegando ad altri, siano i genitori sia il tutore, la decisione, con la consolazione che questi devono te-



ner conto della volontà del minore, in relazione alla sua età e al suo grado di maturità (art. 3, comma 2, dis. di legge).

In realtà, altro è tenere conto altro è decidere in proprio.

Perciò, vanno salutate con favore le decisioni giurisprudenziali (è proprio il caso Englaro) che hanno riconosciuto ultrattività alla volontà del minore, quale cristallizzata nel tempo, sia pure in una delicata situazione in cui una volontà negativa alle cure espressa in periodo antecedente all'acquisto della capacità di agire divenga poi vincolante non già per effetto della sua reiterazione da parte dell'autore ormai maggiorenne, ma della ricostruzione che di essa faccia il legale rappresentante in epoca successiva al raggiungimento della maggiore età.

6. Quanto al contenuto delle disposizioni anticipate, la persona ha il diritto di rifiutare qualsiasi accertamento diagnostico o trattamento sanitario o di revocare il consenso già prestato. La dizione adoperata è onnicomprensiva, ma il legislatore del disegno è consapevole delle diatribe, dei contrasti insorti soprattutto intorno ad una specifica situazione. La nutrizione e l'idratazione artificiali sono presidi vitali, dunque da somministrare al paziente anche contro a sua volontà, oppure sono dei trattamenti sanitari? E' inutile che qui ricordi le prese di posizione, le polemiche insorte al riguardo. Ora, la legge pone termine alla questione, prescrivendo che la nutrizione e l'idratazione artificiali, cioè la somministrazione, su prescrizione medica, di nutrienti mediante dispositivi medici, sono trattamenti sanitari (art. 1, comma 5, dis. di legge). Ne consegue che essi possono essere rifiutati dal paziente cosciente ovvero inseriti nell'elenco dei rifiuti previsti nelle DAT.

D'altro canto, si fa strada anche nel campo che più ha avversato tale soluzione – basti fare riferimento alla presa di posizione del Papa pochi giorni fa – la convinzione che i trattamenti, le cure mediche devono essere proporzionati al fine che si persegue, senza accanimenti terapeutici ma neanche senza derive eutanasiche.

7. Residuano taluni profili di natura tecnica. Il problema non attiene più alla qualificazione giuridica delle DAT: si tratta sicuramente di un negozio giuridico, ma che non possiamo definire atipico nel momento in cui con l'approvazione del disegno di legge l'atipicità si trasforma in tipicità.

Piuttosto, è da rilevare il grado di solennità perseguito dal legislatore, allorché per la forma prevede l'atto pubblico o la scrittura privata autenticata o consegnata personalmente dal disponente presso l'ufficio di stato civile del comune di residenza (art. 4, comma 6) : *tertium non datur*. Laddove, com'è noto, per il normale testamento, che opera prevalentemente in campo patrimoniale, è prevista la forma olografa, per di più ampiamente diffusa nella prassi..

Il marcato profili formalistico delle DAT si giustifica, forse, per la finalità di tutela, di protezione che si vuole assicurare al disponente, tenuto conto che in tal modo si stabilisce in maniera certa il *dies a quo* valgono tali disposizioni, senza necessità quindi di un loro rinnovo e fatta sempre salva la possibilità di una loro revoca.

Ora, l'attenzione deve appuntarsi sulla nomina del fiduciario, figura investita del difficile e delicato compito di assicurare il mantenimento dell'alleanza terapeutica anche quando una delle



due parti, il paziente, non sia in grado di esprimersi. A tanto provvede la normativa *in fieri* con l'art. 4, commi 1 e ss.

Interessante semmai è osservare che, per il passato, si è sostenuta la tesi della non necessità di una normativa apposita, dal momento che l'applicazione dell'art. 408 c.c. sofferiva ampiamente alla bisogna. In altri termini, la previsione che l'amministratore di sostegno può essere designato dallo stesso interessato in previsione della propria eventuale futura incapacità avrebbe reso superflua l'introduzione del c.d. testamento biologico.

Ma le differenze sono notevoli. A cominciare dal dato testuale. L'art. 408 discorre di designazione, formula che rinvia ai poteri del giudice tutelare, il quale nomina, se lo ritiene opportuno, il designato, ma può decidere altrimenti. Al contrario, il disegno di legge usa la formula indica, che ha ben altra e intuitiva valenza.

Senza considerare che – ed è aspetto oltremodo rilevante – la funzione è diversa: composta, per dir così, quella dell'amministratore di sostegno; esclusivamente indirizzata a realizzare il diritto all'autodeterminazione quella del fiduciario indicato nelle DAT.

Singolare è, in argomento, la disposizione del comma 40 dell'art. 1 della legge n. 76 del 2016: ciascun convivente può designare l'altro quale suo rappresentante con poteri pieni o limitati, in caso di malattia che comporta incapacità di intendere e di volere, per le decisioni in materia di salute, e ciò può fare in forma scritta e autografa (comma 41).

Taluno ha visto in questa norma una sorta di precursore delle dichiarazioni anticipate di trattamento, con l'ulteriore vantaggio dell'estrema semplicità della forma: una lettera scritta di pugno del disponente. Anche se le note difficoltà di prova hanno consigliato, poi, nella prassi di ricorrere all'atto notarile.

La dottrina in esame si chiede argutamente se si tratta di *felix culpa* o di astuta insinuazione, concludendo che non ha importanza stabilire l'una o l'altra alternativa: quel che rileva è che si ha un modello di DAT. Sì che quando si dovrà scegliere cosa fare per disporre anticipatamente in materia di trattamenti sanitari, si hanno due possibilità: o attenersi allo schema delineato dal disegno di legge oppure seguire la più semplice via di indicare il coniuge, il partner, il convivente come proprio rappresentante.

Alla fine di tutte queste contrastanti, complesse situazioni per noi residua un interrogativo di fondo. *Quid est veritas?*, chiede Ponzio Pilato a Gesù Cristo. *Est vir qui adest*. La risposta: l'uomo, la persona che hai di fronte.

Ebbene, il legislatore, il giurista, l'interprete nelle sue riflessioni deve ben meditare su tale verità.



LA CLEMENZA IN DIRITTO ANTISTRUST: TEORIE E MODELLI DI RIFERIMENTO DEI *LENIENCY PROGRAMMES**

VIRGILIO D'ANTONIO

SOMMARIO: 1. Sui principi ispiratori delle leniency policies. – 1.1. La ratio della clemenza nel diritto antitrust. – 1.2. Premialità e fondamenti costituzionali. - 2. Similitudini e differenze tra leniency e whistleblowing policy. - 3. I programmi di clemenza nella prospettiva della game theory. - 3.1. Il dilemma del prigioniero e l'equilibrio di Nash. - 4. Fattori che incidono sulla razionalità delle scelte dei players. - 4.1. La confliggenza di interessi tra imprese ed individui. - 4.2. Il concorso di differenti formule sanzionatorie. - 4.3. La competenza parallela di differenti sistemi giuridici. - 4.4. La paura di possibili "ritorsioni". – 5. Sullo iato tra modelli teorici ed esperienze concrete: optimal leniency programme ed optimal antitrust law. - 6. Conclusioni.

1. Un noto frammento ulpiano recita che "bonos non solum metu poenarum, verum etiam praemiorum quoque exhortatione efficere cupientes"¹. Nel diritto romano, in effetti, esistevano numerose previsioni volte a codificare ricompense offerte dall'ordinamento in funzione di determinati comportamenti posti in essere dai cives. Come osservato da Rudolf von Jhering, "se al generale vittorioso spettasse un trionfo od un'ovazione oppure se il soldato avesse diritto alla corona muralis, civica, castrensis o navalis (queste erano le decorazioni militari dei romani), tutto era minuziosamente previsto e poteva divenire persino oggetto di un processo"². Al diritto penale corrispondeva un diritto premiale, a volte caratterizzato da una precisione e da una sistematizzazione addirittura superiore a quella del primo³.

Convinto della fondamentale funzione esercitata dalla premialità nell'indurre i consociati alla conformazione al precetto giuridico, il giurista tedesco, constatando l'assenza di disposizioni di tal fatta negli ordinamenti della fine del 1700, si interrogava sulle possibilità di futuro mutamento di questa situazione e "se anche per il sistema della ricompensa statale si compirà quella trasformazione, che già da tempo si è verificata nel sistema della punizione statale (cioè la trasformazione dall'arbitrio soggettivo a regole ben precise, cioè al diritto, il che altro non è che un ritorno all'antico)"⁴.

* Il presente lavoro costituisce revisione ed ampliamento di quello originariamente destinato agli Scritti in onore di Diego Corapi.

¹ In Digesto, lib. I, 1.1, § I, tit. I. Vedi F.C. VON SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts I*, Berlino, 1840, p. 39 ss. (trad. it. di V. SCIALOJA, *Sistema del diritto romano attuale I*, Torino, 1886, p. 63 ss.). In tema, C. FERRINI, *Diritto penale romano*, Milano, 1899, p. 27 ss.

² Il riferimento è a R. VON JHERING, *Der Zweck im Recht*, 1877 – 1883, nella traduzione italiana a cura di M.G. LOSANO, *Lo scopo nel diritto*, Torino, 1972, p. 139.

³ Riflessioni sul tema sono presenti negli *Essais* (1580, 1582, 1588) di MICHEL DE MONTAIGNE (trad. it. a cura di F. GARAVINI, Milano, 1966); nell'*Esprit des Lois* (1748) di MONTESQUIEU (di cui alla trad. it. a cura di S. COTTA, Torino, 1952), ove si discorre espressamente "Des récompenses que le souverain donne" (l. V, cap. XVII); nell'*Entretien d'un philosophe avec la Marechale de **** (1776) di D. DIDEROT, nonché nell'opera di J. BENTHAM, *Punishments and Rewards*, 1811 (trad. it. *Teoria delle pene e delle ricompense. Parte generale*, Roma, 1985).

⁴ Ancora R. VON JHERING, *op. ult. cit.*, p. 140. Non possono non citarsi, nella prospettiva specifica dell'incentivo all'adozione di comportamenti positivi tramite provvedimenti premiali, le opere di G. DRAGONETTI, *Delle virtù de'*



Analoga importanza alla dimensione premiale attribuivano Hans Kelsen, che, nella Teoria generale del diritto e dello Stato⁵, qualificava come sanzioni sia la punizione che la ricompensa, riportando entrambe all'unitario principio della retribuzione, così come Carnelutti, che indicava premio e castigo come due forme di sanzione in senso lato⁶.

Una codificazione del diritto premiale come auspicata da von Jhering, ad ogni modo, ad oggi pare ancora una visione futuristica, sebbene i sistemi giuridici moderni, in alcuni ambiti e, in particolare, in quello penale, si siano aperti ad istituti specifici basati su meccanismi premiali.

È il caso di quanto avvenuto, nel diritto della concorrenza americano della fine degli anni '70, con i programmi di clemenza (o leniency programmes⁷), nella declinazione particolare connessa alla desistenza da un illecito, accompagnata dal "tradimento" dei correi, quale condotta originante la possibilità del premio⁸.

Ora, il termine "clemenza", nel linguaggio filosofico ed in quello tecnico-giuridico, può assumere diverse connotazioni. Se, ad esempio, nell'impostazione hobbesiana, rispetto a determinati delitti, qualsivoglia sanzione più mite della pena di morte può rappresentare, di per sé, già un atto di clemenza intrinseco all'ordinamento, Cesare Beccaria, nel 1764, con la sua monumentale opera, sostenne l'esistenza di un fondamento razionale della clemenza e della mitezza nella determinazione delle sanzioni⁹. In alcuni casi, soprattutto in ambito penale o in ambito religioso, la nozione di clemenza può finire per sovrapporsi a quella di perdono o di misericordia (mercy), assumendo la connotazione di disinteressato e gratuito atteggiamento di tolleranza e compassione espresso nei confronti di un reo o, comunque, di un soggetto subordinato.

Tuttavia, allorché si discorre di clemenza in materia di antitrust policies, la nozione si colora di differenti sfumature di significato. L'operazione di recepimento della nozione nel vocabolario del diritto della concorrenza, infatti, è stata caratterizzata dalla minimizzazione di alcuni aspetti e dalla valorizzazione di talaltri tratti: in tal senso, se certamente non può discorrersi di sanzioni "tiranniche" nel senso ipotizzato nell'opera del Beccaria¹⁰, non v'è neppure sovrapposizione tra

premi, II ed., Modena, 1768 (secondo la ricostruzione di C. MAGNI, *Profilo dragonettiano*, Padova 1966, p. 82), e di M. GIOIA, *Del merito e delle ricompense*, III ed., Lugano, 1832.

⁵ H. KELSEN, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*, 1945, nella traduzione italiana di S. COTTA - G. TREVES, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, II ed., Milano 1954, p. 15 ss.

⁶ F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, III ed., Roma 1951, p. 27 ss. La simmetria tra sanzione e premio era viva anche nel pensiero gramsciano. In particolare, si veda A. GRAMSCI, *Note sul Machiavelli, sulla politica e sullo Stato moderno*, Torino 1966, p. 88 ss., dove si evidenzia come il diritto sia "l'aspetto repressivo e negativo di tutta l'attività positiva di incivilimento svolta dallo Stato", sicché nella concezione dello stesso "dovrebbero essere incorporate anche le attività premiatrici di individui, di gruppi, ecc.; si premia l'attività lodevole e meritoria come si punisce l'attività criminale".

⁷ Nei paesi di Common Law, si utilizza spesso anche la forma "leniency program": è il caso, ad esempio, degli Stati Uniti. In tema, sia consentito rinviare a V. D'ANTONIO, *Le politiche di clemenza in diritto antitrust. Principi, modelli e tecniche in comparazione*, Torino, 2012, p. 28 ss.

⁸ Per una prospettiva più ampia, A. WATSON, *Society and Legal Change*, 2nd ed., Philadelphia, 2001, p. 34 ss., nonché, per riflessioni specifiche sulle problematiche connesse ai mercati ed alla concorrenza, D.A. WESTBROOK, *City of Gold: An Apology for Global Capitalism in a Time of Discontent*, New York - Londra, 2003, p. 64 ss.

⁹ Nel "Dei delitti e delle pene" (Livorno, 1766, a cura di G. ARMANI, Milano, 1987), l'illuminista italiano, al capitolo XXVI, nel discorrere di "dolcezza delle pena", sostenne che "perché una pena ottenga il suo effetto basta che il male della pena ecceda il bene che nasce dal delitto, e in questo eccesso di male dev'essere calcolata l'infallibilità della pena e la perdita del bene che il delitto produrrebbe. Tutto il di più è dunque superfluo e perciò tirannico".

¹⁰ Il diritto antitrust, a parte alcuni sistemi giuridici caratterizzati da una storia recente di deciso inasprimento delle sanzioni (è il caso, ad esempio, degli Stati Uniti a partire dagli anni '90 in poi), è un settore dell'ordinamento tradizionalmente afflitto da problemi di underdeterrence, riconducibili alla difficoltà di disvelamento degli illeciti da parte delle autorità preposte e dalla debole afflittività delle sanzioni (spesso soltanto pecuniarie) comminate ai colpevoli di condotte devianti (underpunishment).



leniency e mercy. In particolare, non si discorre di clemenza nel senso di unilaterale fissazione di sanzioni meno severe da parte delle autorità di controllo del mercato, né di immunità concessa ex gratia; al contrario, la clemenza, in diritto della concorrenza, anche allorché si traduce nella completa immunità rispetto alle sanzioni, presuppone sempre e comunque un ruolo attivo da parte del destinatario, consistente in genere nel disvelamento di informazioni (più o meno) determinanti circa il comportamento illecito. Ciò al fine di ottenere quantomeno la condanna dei complici del destinatario delle misure di clemenza: questo comporta che, in materia antitrust, una leniency policy sia ipotizzabile, in genere, esclusivamente rispetto a condotte illecite plurisoggettive.

È sulla base di questi presupposti che, nell'ambito delle nuove tecniche di deterrence sperimentate nell'alveo del diritto della concorrenza per combattere i cartelli, negli ordinamenti nazionali ed in quelli sovranazionali, una posizione di assoluta preminenza deve essere assegnata ai programmi di clemenza (introdotti anche nel sistema normativo italiano tramite la previsione dell'art. 15, co. 2bis, della legge n. 287/90¹¹).

Da un punto di vista generale, quindi, la clemenza in diritto antitrust si caratterizza quale concessione, da parte dell'ordinamento, di un premio, inteso quale trattamento favorevole consistente nella completa immunità o nella riduzione della sanzione normativamente prevista, in favore dell'autore dell'illecito che abbia fornito informazioni rilevanti in merito all'intesa in cui è coinvolto.

In termini di ratio, la considerazione ultima è che il premio abbia una capacità di orientamento della condotta che va a rafforzare quella indotta dalla sanzione. Tuttavia, al contrario di quest'ultima, che potrebbe non essere tenuta in particolare considerazione, magari perché se ne stima improbabile l'applicazione, la ricompensa viene soppesata dal membro del cartello allorché già si trova nell'orizzonte, più o meno concreto, di un possibile provvedimento sanzionatorio, sicché ha un interesse concreto a sfruttare le chances di premialità offerte dall'ordinamento¹².

Il fulcro che muove la leva di ogni politica di clemenza in materia antitrust può essere sintetizzato nel principio del "divide et impera"¹³: i leniency programmes, infatti, perseguono lo

¹¹ Secondo le modifiche introdotte dal d.l. n. 223 del 4 luglio 2006 (il c.d. "Decreto Bersani sulle liberalizzazioni"), convertito con modifiche nella l. n. 248 del 4 agosto 2006. Cfr. , P. CASSINIS, I nuovi poteri dell'Autorità nell'ambito della dialettica tra public e private enforcement, in *Contr. imp. Eur.*, 2006, p. 719 ss. In un quadro di generale rafforzamento dei poteri dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato quale public enforcer del diritto antitrust nazionale e comunitario, è previsto che essa, con proprio provvedimento generale, possa predisporre programmi di clemenza. Questi ultimi dovranno indicare i casi e le condizioni al verificarsi dei quali, in cambio della qualificata collaborazione prestata dalle imprese nell'accertamento di infrazioni alle regole della concorrenza (nazionali o comunitarie) cui le stesse abbiano preso parte, verrà concessa una riduzione della sanzione ovvero la non irrogazione della stessa. In tema, per tutti, A. FRIGNANI – R. PARDOLESI (a cura di), *La concorrenza*, in *Trattato di Diritto Privato dell'Unione Europea*, diretto da G. AJANI – G.A. BENACCHIO, VII, Torino, 2006, spec. p. 383 ss. Sulla nozione di impresa consolidatasi nel contesto comunitario e sullo statuto giuridico della stessa, vedi D. CORAPI – B. DE DONNO, *La nozione di impresa nel diritto comunitario*, in A. TIZZANO (a cura di), *Diritto privato dell'Unione Europea*, II, *Trattato di diritto privato*, diretto da M. BESSONE, XXVI, Torino, 2000, p. 1491 ss., nonché L. SCUDIERO, *La nozione di impresa nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Foro it.*, 1994, IV, c. 113 ss. (nota a Corte di giustizia, 17 febbraio 1993, C-159/91 e C-160/91, Poucet e Pistre).

¹² Sulla ratio che guida l'introduzione di questi meccanismi premiali, vedi N. BOBBIO, *Verso una teoria funzionalistica del diritto*, in *ID.*, *Dalla struttura alla funzione*, Milano, 1977, p. 63 ss.

¹³ Il riferimento è ripreso da G. SPAGNOLO, *Divide et impera: Optimal Leniency Programs*, CEPR Discussion Paper, n. 4840/2004, consultabile alla pagina web http://papers.ssr.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=716143. Sia consentito anche il rinvio a V. D'ANTONIO, *I programmi di clemenza in diritto antitrust: modelli teorici ed esperienze concrete*, in P.G. MONATERI – A. SOMMA (a cura di), *Patrimonio, persona e nuove tecniche di «governo del diritto»: incentivi, premi, sanzioni alternative*, atti del XIX Colloquio Biennale della Associazione Italiana di Diritto Comparato, Ferrara, 10-12 maggio 2007, Napoli, 2009, p. 775 ss.



scopo principale di minare quel *pactum fiduciae* che, vuoi in maniera esplicita, vuoi implicitamente, costituisce il fondamento di ogni cartello¹⁴.

In tal senso, i programmi di clemenza rappresentano un particolare strumento di deterrenza, la cui specificità deve essere identificata nel nuovo tipo di risposta che l'ordinamento oppone alle condotte anticoncorrenziali: le politiche di leniency, infatti, presuppongono il classico paradigma della corrispondenza "condotta illecita = sanzione", però allo stesso affiancano la diversa formula "condotta illecita + collaborazione = immunità", sicché l'ordinamento offre all'impresa che partecipi al cartello la possibilità di ottenere l'immunità dalle sanzioni in cambio di una fattiva collaborazione nel disvelamento dell'illecito¹⁵.

In buona sostanza, la collaborazione nella lotta ai cartelli – *rectius*, la delazione – è il "prezzo" che l'ordinamento impone all'impresa per evitare, completamente o soltanto in parte, la comminazione di una sanzione. Garanti di questo "patto" che lega Stato ed impresa sono generalmente le autorità preposte al controllo dei mercati, che di norma sono anche gli organismi investiti del potere di comminare le sanzioni e, dunque, i soggetti posti nella posizione ideale per determinare il "valore" da attribuire al contributo dell'impresa "pentita" in termini di riduzione della sanzione¹⁶.

In sostanza, si discorre di una sorta di "ravvedimento operoso", ove si incentiva – *rectius*, si premia – una condotta, la rivelazione del cartello, che, in tutto o in parte, va ad incidere, in termini di contro-offensività, sull'illecito realizzato e sulla sua capacità di produrre effetti ulteriori¹⁷.

Ed allora, l'istituto in esame, in una prospettiva generale, può essere preso in considerazione da un duplice angolo visuale: quello dell'impresa colludente e quello delle autorità preposte alla regolamentazione dei mercati. Dal primo punto di vista, l'adesione al programma di clemenza rappresenta per l'impresa l'unica "via di fuga" al fine di ottenere l'immunità rispetto ad una sanzione per la condotta illecita già posta in essere ed il più delle volte ancora in atto, ma non ancora scoperta: i costi da sopportare, in questo senso, sono quello dell'autodenuncia all'autorità della condotta collusiva e, per altro profilo, quello delle eventuali domande di risarcimento proposte da imprese e consumatori¹⁸. Ponendosi nell'ottica delle autorità, al contrario, la leniency policy rappresenta, al contempo, un meccanismo privilegiato di discovery, dal momento che crea

¹⁴ Sul punto, all'interno di una vasta bibliografia, G.J. STIGLER, *A Theory of Oligopoly*, in 72 *J. Pol. Ec.*, 1964, p. 44 ss.; D.K. OSBORNE, *Cartel Problems*, in 66 *American Econ. Rev.*, 1976, p. 835 ss.; K.N. HYLTON, *Antitrust Law: Economic Theory and Common Law Practice*, Cambridge, 2003, p. 43 ss.; A. FRIGNANI – R. PARDOLESI – A. PATRONI GRIFFI – L.C. UBERTAZZI (a cura di), *Diritto antitrust italiano*, Bologna, 1993, passim; O.E. WILLIAMSON, *The Economic Institutions of Capitalism: Firms, Markets, Relational Contracting*, New York, 1987, passim; I. VAN BAELE – J.F. BELLIS, *Il diritto della concorrenza nella Comunità Europea*, Torino, 1995, p. 35 ss.; M. GRILLO, *Collusion and Facilitating Practices: a New Perspective in Antitrust Analysis*, in *Eur. J. Law and Economics*, 2002, p. 151 ss.; R.H. LANDES, *Optimal Sanctions for Antitrust Violations*, in 50 *Chicago L. Rev.*, 1983, p. 652 ss.; A. FRIGNANI – M. WAELBROECK, *Disciplina della concorrenza nella CE*, IV ed., Torino, 1996, p. 20 ss.; G. FLORIDIA – G.V. CATELLI, *Diritto antitrust: Le intese restrittive della concorrenza e gli abusi di posizione dominante*, Milano 2003, passim.

¹⁵ Per tutti, T.R. TYLER, *Why People Obey the Law*, Yale University Press, 1990, passim. Analoghe riflessioni si ritrovano in W.P.J. WILS, *Optimal Antitrust Fines: Theory and Practice*, in 29 *World Competition*, 2, 2006, p. 6 ss. Si vedano, ad ogni modo, anche i fondamentali contributi di J. RAWLS, *Two Concepts of Rules*, in 64 *Philosof. Rev.*, 3, 1955, p. 4 ss., e di H.L.A. HART, *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law*, Clarendon Press, 1968, passim.

¹⁶ In tema, per tutti, P.E. AREEDA – H. HOVENKAMP, *Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and their Application*, 2nd ed., voll. I-XVIII, New York 2004, passim, e R.H. BORK, *The Antitrust Paradox: a Policy at War with Itself*, New York, 1993, passim.

¹⁷ In prospettiva generale, vedi N. BOBBIO, *Le sanzioni positive*, in ID., *Dalla struttura alla funzione*, cit., p. 33 ss.

¹⁸ Per tutti, G. SPAGNOLO, *Leniency and Whistleblowers in Antitrust*, in P. BUCCIROSSI (a cura di), *Handbook of Antitrust Economics*, Cambridge, 2007, p. 234 ss.



un canale di informazioni “interno” sulle pratiche anticoncorrenziali, e – come detto – uno strumento di deterrence, che per il suo solo esistere crea un nuovo potenziale elemento di frizione tra le imprese partecipanti ad una intesa illecita¹⁹.

In effetti, il “dispositivo” su cui si fonda il funzionamento dei leniency programmes non è assolutamente nuovo, ma è stato già sperimentato in diversi ambiti dell’ordinamento (come la lotta al terrorismo o alla criminalità organizzata)²⁰: l’impresa che ha partecipato ad un cartello può ottenere un beneficio, in termini di riduzione totale o parziale delle sanzioni, se abbandona la pratica anticoncorrenziale e comincia a collaborare attivamente con l’autorità, procurando alla stessa materiale probatorio relativo ai contenuti del patto illecito ed agli altri soggetti coinvolti²¹.

Da un punto di vista concreto, allora, attraverso l’introduzione di programmi di clemenza nel diritto antitrust, si vuole innanzitutto destabilizzare il rapporto fiduciario che è alla base dei cartelli, dal momento che la potenziale adesione al leniency programme di una delle imprese comporta la nascita di una nuova fonte di squilibrio nei rapporti di fiducia/sfiducia che legano i colludenti. Infatti, come è noto, in assenza di una leniency policy, l’unico rapporto di fiducia che i partecipanti ad un cartello devono rispettare è quello che potremmo definire “interno”, legato cioè al rispetto del patto e delle condizioni dell’accordo collusivo. Al contrario, con l’introduzione dei programmi di clemenza, il rapporto di fiducia non è più soltanto interno, ma anche “esterno”, visto che ogni partecipante dovrà fare affidamento non soltanto sul rispetto del patto anticoncorrenziale da parte di tutte le altre imprese colluse, ma anche sul fatto che nessuna di esse aderisca al leniency programme in cambio dell’immunità²².

È evidente, difatti, come l’introduzione di una leniency policy nel diritto antitrust risponda ad una duplice funzione, essendo uno strumento che, ex ante, ha una forte valenza dissuasiva, nella prospettiva della spontanea conformazione delle imprese alle regole antitrust, ed, ex post, contribuisce alla repressione delle pratiche anticoncorrenziali già poste in essere²³.

Peraltro, la pressione esterna esercitata sui cartelli dalle politiche di clemenza si manifesta anche in un altro senso: generalmente, tutti gli ordinamenti prevedono, infatti, che esclusivamente la prima impresa che si autodenuncia (“the-first-in”) possa ottenere l’immunità totale, mentre le eventuali collaboratrici successive potranno giovare al più di una riduzione della sanzione o, addirittura, non si vedranno riconosciuto alcun beneficio. Si tratta del principio del “first-in-the-door” che tutte le politiche di clemenza conoscono, sebbene secondo diverse epifanie concrete e diversi gradi di rigidità²⁴. Tale regola è funzionale a creare una ulteriore fonte di “affanno” in capo alle imprese che partecipano alla pratica illecita, poiché eventuali segnali di crisi nel rapporto fiduciario alla base del cartello o il semplice esaurimento delle sue potenzialità economiche potrebbero determinare una vera e propria “corsa all’autodenuncia”, in cui molto spesso non vi

¹⁹ In tema, C. HARDING – J. JOSHUA, *Regulating Cartels in Europe. A Study of Legal Control of Corporate Delinquency*, Oxford, 2003, p. 208 ss., nonché D.J. GERBER, *Law and Competition in Twentieth Century Europe*, Oxford, 1998, passim.

²⁰ Vedi P. STEIN, *Legal Institutions. Development of Dispute Settlement*, Londra, 1984, nella traduzione italiana di A. DE VITA - M.D. PANFORTI - V. VARANO, *I fondamenti del diritto europeo. Profili sostanziali e processuali dell’evoluzione dei sistemi giuridici*, Milano, 1987, p. 7 ss.

²¹ Non è inappropriato il paragone con i “collaboratori di giustizia”, propri di altre esperienze normative come le “leggi sui pentiti”.

²² Si veda, sul punto, F. GHEZZI, *Clemenza e deterrenza nel diritto antitrust: l’utilizzo dei leniency programs nella lotta contro cartelli e intese hard core*, in *Conc. mercato*, 2002, 10, p. 229 ss., nonché in *Governo dell’impresa e mercato delle regole. Scritti giuridici per Guido Rossi*, Milano, 2002, p. 869 ss.

²³ Per tutti, S.D. HAMMOND, *Detecting and deterring cartel activity through an effective leniency program*, address at the International Workshop on cartels (21/22 novembre 2000), reperibile alla pagina telematica <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/9928.htm>.

²⁴ Cfr. K.N. HYLTON, *Antitrust Law*, cit., p. 110 ss.



sono premi per i secondi arrivati, ma soltanto costi da sostenere (in termini di sanzioni e di risarcimenti dei danni in favore di competitors e consumatori eventualmente pregiudicati dall'illecito)²⁵.

Lo scopo ultimo della leniency policy, dunque, è quello di introdurre nei rapporti tra i partecipanti al cartello una nuova fonte di incertezza e di reciproca diffidenza (“divide”), sì da incentivare l’impresa a tradire il patto anticoncorrenziale e ad affidarsi all’autorità per ottenere l’immunità (“impera”)²⁶.

1.1. I programmi di clemenza rappresentano, dunque, uno dei più moderni ed efficaci strumenti di lotta alle pratiche anticoncorrenziali e, in particolare, alle intese illecite che sia stato sperimentato in materia antitrust. Tant’è che l’istituto, dopo l’originaria formulazione da parte dell’ordinamento statunitense, ha avuto una rapida diffusione a livello globale e lo studio delle dinamiche di funzionamento dello stesso, alla ricerca dell’optimal drafting, costituisce uno dei temi di maggiore interesse dell’odierno dibattito all’interno dell’International Competition Network²⁷.

L’interprete, tuttavia, potrebbe porsi due interrogativi fondamentali, strettamente interrelati tra loro, intorno alle politiche di clemenza, l’uno di carattere ontologico, l’altro di natura metodologica.

Il primo interrogativo, dunque, riguarda la stessa opportunità di prevedere politiche di clemenza rispetto a determinati illeciti. La questione è legata alla considerazione che, sebbene l’introduzione di nuovi strumenti di enforcement rappresenti comunque un vantaggio complessivo per il sistema, tuttavia, nel caso specifico degli istituti fondati sulla clemenza, tale vantaggio deve essere comparato con i costi conseguenti alla disapplicazione (o, eventualmente, alla riduzione) delle sanzioni a carico di alcuni soggetti.

Difatti, premesso che le politiche di clemenza si fondano sempre sulla utile collaborazione di chi vi accede con la giustizia, le stesse sono essenzialmente calibrate sul compromesso tra due interessi pubblici di egual rango: quello, “sacrificato”, teso ad imporre una sanzione in capo a chi ha compiuto un illecito, e l’altro, ritenuto prevalente, al disvelamento dell’illecito stesso²⁸.

In tal senso, la scelta di introdurre, in determinati settori, politiche di clemenza corrisponde, nella logica complessiva di un settore dell’ordinamento, alla realizzazione di almeno due risultati vantaggiosi immediati²⁹. Per un verso, infatti, soprattutto in ambiti caratterizzati da difficoltà nella raccolta del materiale probatorio e nell’emersione delle condotte devianti, le politiche di

²⁵ Cfr. J. ARP – C. SWAAK, A tempting offer: immunity from fines for cartel conduct under the European Commission’s new Leniency notice, in *E.C.L.R.*, 2003, p. 7 ss. Vedi anche GRIFFIN, An Inside Look at a Cartel at Work: Common Characteristics of International Cartels, Washington, 2000, passim.

²⁶ Il complesso gioco di “pesi e contrappesi”, di tensioni, di fiducia e di sfiducia, che è alla base di ogni programma di clemenza, pare pienamente espresso nel titolo di un saggio di C.R. LESLIE, Trust, distrust and antitrust, cit., p. 515 ss. e ripreso, nella dottrina italiana, da M. CLARICH, I programmi di clemenza nel diritto antitrust, relazione svolta alla Giornata di Studio tenutasi a Roma, il 30 ottobre 2006, subPromozione e tutela della concorrenza: le novità del “Pacchetto Bersani”, organizzata dalla Facoltà di Economia dell’Università di Roma “Tor Vergata” e dall’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e reperibile anche alla pagina telematica www.freshfields.com/publications/pdfs/2007/mar28/17988.pdf. L’autorevole dottrina richiamata evidenzia l’efficacia dell’espressione anglosassone nel descrivere il complesso dispositivo psicologico, giuridico ed economico al contempo che sta dietro all’elaborazione di un programma di clemenza.

²⁷ Si vedano R. VAN DEN BERGH – P.D. CAMESASCA, European Competition Law and Economics. A comparative perspective, Antwerpen, 2001, p. 48 ss.; A. FRIGNANI – M. WAELBROECK, Disciplina della concorrenza nella CE, cit., p. 28 ss.

²⁸ In prospettiva più ampia, L. MENGONI, Forma giuridica e materia economica, in *Diritto e valori*, Bologna, 1985, p. 169 ss., e G. OPPO, Diritto dell’impresa e morale sociale, in *Riv. dir. civ.*, 1992, I, p. 15 ss.

²⁹ In tema di diritto antitrust, per tutti, N. ZINGALES, European and American Leniency Programmes: Two Models Towards Convergence?, in *5 Comp. Law Rev.*, 1, 2008, p. 5 ss. e spec. pp. 7-8.



clemenza, basate sul pentitismo premiale, offrono alle autorità di controllo uno strumento di disclosure dalla prospettiva inedita, interna allo stesso illecito. Ciò consente, in molte occasioni, di rivelare illeciti che, altrimenti, sarebbero rimasti occulti e completamente impuniti, esercitando sino all'estremo le proprie ricadute negative sulle società. Per altro verso, nel momento in cui si valuta il “cost” della mancata imposizione della sanzione derivante dalla politica di clemenza deve tenersi in opportuna considerazione il valore, anche in termini economici, dei costi e del tempo risparmiato dall'autorità di controllo nella scoperta dell'illecito³⁰. Ad esempio, tramite l'adesione di un colludente ad un leniency programme, disvelare un cartello con largo anticipo rispetto ai naturali tempi di un'indagine può consentire di ridurre drasticamente non soltanto i costi di indagine, ma anche quelli complessivamente sostenuti dalla società e dal mercato stesso in costanza dell'illecito³¹.

In definitiva, la scelta di un ordinamento di ricorrere a leniency policies, indipendentemente dal settore specifico di applicazione, deve rappresentare il frutto della ponderazione e del bilanciamento di una serie di interessi, dove la mancata imposizione della sanzione, anche da un punto di vista dell'impatto sociale che ciò comporta, deve trovare adeguata compensazione nella possibilità di individuare illeciti che altrimenti rimarrebbero celati, nonché in un risparmio di costi (inteso sia in senso complessivo per la collettività, quale danno cagionato dall'illecito, sia nella prospettiva particolare dell'autorità, quale riduzione dei costi di indagine)³².

In altre parole, nella prospettiva di ciascun sistema, l'adozione di un programma di clemenza rappresenta un compromesso che l'ordinamento, in alcuni casi, è costretto a compiere, comparando il sacrificio (parziale) del proprio potere sanzionatorio con il rafforzamento complessivo dei propri poteri di enforcement in determinati settori. È chiaro, comunque, che gli ambiti ove introdurre leniency policies devono presentare peculiari caratteristiche e, in particolare, caratterizzarsi come particolarmente refrattari al disvelamento dei relativi illeciti. Veniamo, così, al secondo quesito indotto dallo studio dell'istituto in esame.

In tal senso, occorre interrogarsi, nella prospettiva delle metodologie di selezione degli ambiti dell'ordinamento ove applicare politiche di clemenza, circa l'opportunità e la correttezza della scelta normativa di offrire l'immunità (o una reduction of fines) rispetto a determinate sanzioni esclusivamente in relazione alla fattispecie dei cartelli, delle intese anticoncorrenziali. Questo secondo interrogativo, in altre parole, concerne l'opportunità – rectius, l'utilità - di utilizzare leniency policies quale forma di risposta anche in ordine ad altri illeciti e non soltanto nel campo del diritto antitrust³³.

Ora, premesso che esistono diversi ambiti dell'ordinamento ove vengono utilizzate con successo politiche di clemenza e forme di pentitismo premiale³⁴, deve pure sottolinearsi come

³⁰ Secondo N. ZINGALES, op. ult. cit., p. 8, v'è un ulteriore bilanciamento da realizzare e cioè quello “between the costs and time saved by competition authorities and the perspective costs of building up and administering the procedures set for the proper use of this additional enforcement tool”. Una tale ponderazione di considerazione potrebbe comportare che “some countries, argue they have no need for such a complement to their antitrust rules: this may be the case for smaller countries, such as Malta for example, where the number of cartels is still not high enough to call for special policy arrangements in addition to the traditional tools deployed by competition authorities”.

³¹ Vedi anche A. FRIGNANI, Le intese di fronte alla Corte di giustizia: sempre più diluito il concetto di nullità, in *Notiziario giuridico (ora Giur. piem.)*, 1970, p. 783 ss.

³² Cfr. K.N. HYLTON, *Antitrust Law. Economic Theory and Common Law Evolution*, Cambridge, 2003, p. 46 ss., nonché A. FRIGNANI - R. PARDOLESI, *Fonti, fini e nozioni generali del diritto della concorrenza nella CE*, in A. FRIGNANI – R. PARDOLESI (a cura di), *La concorrenza*, cit., p. 1 ss.

³³ In dottrina, R. PARDOLESI, *Intese restrittive della libertà di concorrenza*, in A. FRIGNANI – R. PARDOLESI (a cura di), *La concorrenza*, cit., p. 25 ss.

³⁴ La legislazione premiale caratterizza il settore penale. Tipico esempio di normativa premiale è quella dettata per i collaboratori di giustizia, che risponde alla finalità di incentivare la dissociazione delle persone rese responsabili di



non tutti gli illeciti si prestino ad essere coinvolti nell'orbita dei meccanismi di funzionamento di leniency policies. In particolare, per come sono strutturate, sul presupposto della collaborazione del pentito nel disvelamento di condotte devianti più ampie, le politiche di clemenza mal si adattano alle rivelazione di illeciti monosoggettivi, dove cioè vi sia un unico colpevole, ed a consumazione immediata. In quest'ultimo caso, infatti, dove non vi siano altri soggetti coinvolti e l'illecito abbia già pienamente esaurito i propri effetti, l'autorità di controllo non ha alcun interesse a garantire l'immunità totale al pentito ed un interesse non particolarmente rilevante a concedere riduzioni di pena³⁵.

Al contrario, le politiche di clemenza rappresentano uno strumento ideale ed estremamente efficiente, in termini di deterrence e di discovery, per illeciti plurisoggettivi, a consumazione continuata, ove le condotte illecite e gli effetti delle stesse si protraggono nel tempo. In tal senso, i cartelli, caratterizzati dal necessario coinvolgimento di una pluralità di imprese e dall'indispensabile protrarsi nel tempo degli stessi, rappresentano la fattispecie ideale ove le politiche di clemenza possono offrire risultati particolarmente rilevanti.

Peraltro, in ragione della natura fiduciaria e clandestina che anima i rapporti tra le imprese colluse³⁶, quello dei cartelli rappresenta, da sempre, uno degli ambiti di indagine più complessi per le autorità di controllo dei mercati, sicché i programmi di clemenza si rivelano ancor più utili in

delitti di criminalità organizzata, affinché si adoperino per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, anche aiutando concretamente l'autorità di polizia o giudiziaria nella raccolta di elementi decisivi per la ricostruzione dei fatti e per l'individuazione degli autori. Il "premio" ha natura composita: concessione di speciali misure di protezione per il collaboratore ed i propri familiari (cfr. d.l. 15 gennaio 1991, n. 8, conv. con modificazioni in l. 15 marzo 1991, n. 82, modificata dalla l. 13 febbraio 2001, n. 45); riconoscimento di una riduzione di pena, attraverso l'applicazioni di specifiche circostanze attenuanti (cfr. art. 8 d.l. 13 maggio 1991, n. 152, conv. con modificazioni in l. 12 luglio 1991 n. 203); benefici penitenziari diretti a sottrarre i collaboratori di giustizia alla normativa particolarmente restrittiva dettata per i condannati per reati di criminalità organizzata (cfr. artt. 4-bis e 58-ter ord. penit.). Clausola di salvaguardia del sistema è dettata dall'art. 16-septies del citato d.l. n. 8 del 1991, che prevede la revisione della sentenza di condanna (unico caso di revisione in peius nel nostro ordinamento), allorché le circostanze attenuanti previste in materia di collaborazione siano state applicate per effetto di dichiarazioni false o reticenti o quando chi ha beneficiato delle predette circostanze attenuanti abbia commesso, entro dieci anni dal passaggio in giudicato della sentenza, un delitto per il quale l'arresto in flagranza è obbligatorio, sempre che il delitto, per il quale vi è stata condanna, sia indicativo della permanenza del soggetto nel circuito criminale. Sul versante processuale, risultano ispirati ad una logica di premialità i c.d. riti alternativi al dibattimento, che determinano una definizione anticipata del processo penale. In questi riti, che rispondono a finalità deflattive del carico giudiziario, la rinuncia alle forme della "giurisdizione" (per reati connotati, di solito, da un contenuto disvalore sociale) – che si manifesta attraverso la richiesta dell'imputato (oblazione) o il raggiungimento di un accordo (soggetto, comunque, ad un controllo giurisdizionale) tra "accusa" e "difesa" (applicazione di pena su richiesta delle parti) o, ancora, l'acquiescenza ad un provvedimento di condanna senza giudizio (decreto penale di condanna) – viene ripagata con una consistente riduzione di pena. Ha una funzione solo eventualmente premiale, invece, il giudizio abbreviato, ponendosi la riduzione di pena, che pure avvantaggia l'imputato che venga ritenuto colpevole, come conseguenza possibile, ma non ineluttabile della scelta di un rito, che rappresenta sì una forma di giurisdizione semplificata, ma non per questo meno garantita. Misure premiali sono previste dalla normativa penitenziaria. Si pensi alla liberazione condizionale, che estingue la pena come "premio" per il "sicuro ravvedimento del reo" (artt. 176 e 177 c.p.); alla liberazione anticipata, che riduce la pena da scontare a favore dei detenuti che abbiano "dato prova di partecipazione all'opera di rieducazione" (art. 54 ord. penit.); ai permessi premio, che incentivano la "regolare condotta" dei condannati nei cui confronti è in esecuzione una pena detentiva; alla remissione del debito, che estingue debito per le spese del processo nei confronti di chi si trova in disagiate condizioni economiche e abbia tenuto una "regolare condotta" (art. 6 d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115); alla riabilitazione, che estingue le pene accessorie e gli effetti penali della condanna a favore di cui, dopo l'espiazione o l'estinzione delle pene, "abbia dato prove effettive e costanti di buona condotta" (artt. 178 e 179 c.p.).

³⁵ Cfr. D. HILDEBRAND, *The European School in Competition Law*, in 25 *World Competition*, 2003, p. 3 ss.

³⁶ Cfr. N. ZINGALES, *op. ult. cit.*, p. 8, secondo cui un cartello può essere descritto come "an organization of businesses that is usually hard to detect, but at the same time maintainable in the long run, provided that some strong psychological assumption exist among cartel's members about their reciprocal behaviour".



quanto destinati a minare i rapporti fiduciari che sorreggono l'intesa e, in ultima analisi, determinarne la scoperta attraverso la confessione di uno dei partecipanti.

Ecco perché, anche a differenza di altre fattispecie di illecito tipiche del diritto della concorrenza, soltanto quella delle intese illecite è interessata, in molti ordinamenti nazionali e sovranazionali, da forme di incentivo alla delazione fondate sui programmi di clemenza: rispetto a differenti ipotesi di condotte devianti, infatti, l'introduzione di leniency policies o non è compatibile con la natura stessa dell'illecito oppure finirebbe per rivelarsi inefficiente o del tutto inutile³⁷.

1.2. In assenza di una esplicitazione diretta, non appare agevole ipotizzare una collocazione costituzionale delle politiche di clemenza, così come sono concepite in diritto della concorrenza, cioè quale parziale sacrificio del potere sanzionatorio statale in favore dell'incremento degli strumenti di discovery dell'autorità rispetto a fattispecie di illecito particolarmente complesse da identificare. Come visto, infatti, nell'impostazione ultima dell'istituto, si registra una rinuncia, assoluta o parziale, dell'antitrust authority all'esercizio effettivo della pretesa punitiva nei confronti di quei soggetti che abbiano posto in essere condotte rilevanti in senso contro-tipico rispetto all'illecito commesso e, in particolare, abbiano intrapreso delle forme di collaborazione ai fini dell'accertamento del cartello. In generale, quindi, vi è un effetto mitigatore della sanzione prevista che l'ordinamento riconosce all'autore della condotta deviante in rapporto ad una pratica collaborativa posta in essere da quest'ultimo, normativamente connotata e definita.

In prospettiva sistematica, i programmi di clemenza appartengono, dunque, al più ampio genus del cd. diritto premiale³⁸, particolarmente sviluppato e studiato in ambito penale, ove la premialità permea le tre articolazioni del diritto penale sostanziale, processuale e penitenziario³⁹.

³⁷ Occorre dire, comunque, che in alcune esperienze giuridiche le politiche di clemenza trovano applicazione anche rispetto ad illeciti concorrenziali diversi dalle intese: ad esempio, in Brasile, il programma de leniência copre anche la fattispecie dell'abuso di posizione dominante. Analogo discorso vale per l'ordinamento canadese, ove i programmi vigenti si applicano anche ad alcune ipotesi di pratiche commerciali ingannevoli. Spesso, poi, le leniency policies estendono la propria sfera di efficacia anche a figure peculiari, quali il cd. bid-rigging, che però rappresentano comunque forme di accordi restrittivi della concorrenza. Si rinvia, in materia, alle recenti Guidelines for Fighting Bid Rigging in Public Procurement, pubblicate il 12 giugno 2012 dalla Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) e consultabili alla pagina <http://www.oecd.org/competition/cartelsandanti-competitiveagreements/42851044.pdf>. In tema, vedi comunque infra, capitoli IV e V. Resta tuttavia fermo che la figura paradigmatica di illecito rispetto alla quale vengono comunemente adottati (e poi concretamente applicati) i programmi di clemenza è quella dei cartelli.

³⁸ In tema, N. BOBBIO, Sulla funzione promozionale del diritto, in Riv. trim. dir. e proc. civ., 1969, p. 1312 ss.; M. PISANI, Studi di diritto premiale, II ed., Pavia, 2010, p. 11 ss.; G. MAGGIORE, Principi di diritto penale, I, Bologna 1932, p. 345 ss.; A. DE MATTIA, Merito e ricompensa, in Riv. int. fil. dir., 1937, p. 608 ss. Si ritiene, generalmente, che il diritto premiale, allorché si ammetta l'utilizzo di tale formula definitoria, sia un settore dell'ordinamento che non si presta ad una facile catalogazione ed, ancor meno, ad un coerente inquadramento sistematico. Ciò in quanto lo stesso coinvolge sia il profilo investigativo e, poi, processuale, anteriore alla concreta applicazione della sanzione penale, sia il successivo momento della determinazione concreta della sanzione; sia, ancora, la fase dell'esecuzione della stessa (in diritto penale, tale momento coincide, in genere, con quello penitenziario). In dottrina, V. GIANTURCO, Dei meriti e delle ricompense: variazioni sul tema della giustizia premiale, in Riv. pen., 1968, 1, p. 234 ss.

³⁹ Vedi N. BOBBIO, op. ult. cit., p. 1316. Come osserva C. RUGA RIVA, La premialità nell'ordinamento penale, in Saggi in ricordo di Aristide Tanzi, Milano, 2009, p. 519 ss., "la premialità attraversa il diritto penale in tutte e tre le sue articolazioni (diritto sostanziale, processuale e penitenziario): comportamenti del reo, dell'imputato e del condannato, apprezzati dall'ordinamento sono premiati, rispettivamente, in forma di circostanze attenuanti o di cause in senso lato di non punibilità, di cause di improcedibilità e di diminuenti connesse all'accesso ai riti alternativi al giudizio ordinario, di benefici fruibili in fase di esecuzione della pena". Si pensi, quali esempi paradigmatici, ai benefici penitenziari per i collaboratori di giustizia introdotti dalla legge 13 febbraio 2001, n. 45, recante "Modifica della disciplina della protezione e del trattamento sanzionatorio di coloro che collaborano con la giustizia nonché disposizioni a favore delle persone che prestano testimonianza" (pubblicata nel supplemento ordinario n.50/L alla G.U. n.



In effetti, è comune la contrapposizione tra diritto penale e diritto premiale, ove il primo mira alla repressione e alla prevenzione del disvalore e del comportamento deviante, mentre il secondo, per contrappunto, ha quale funzione la premiazione di determinati comportamenti e l'incentivazione di specifiche condotte (quale può essere anche la desistenza da un illecito)⁴⁰.

In particolare, in ordine ai programmi di clemenza, discorriamo di una fattispecie di diritto premiale sostanziale, per distinguerla dalle ipotesi di diritto premiale tout court⁴¹ e dal diritto promozionale⁴². Ed infatti, secondo la ricostruzione che dello stesso ha operato la dottrina penalistica⁴³, il diritto premiale sostanziale accorda benefici, in termini di non o minore punibilità, ad un soggetto che, intrapresa una condotta potenzialmente qualificabile in termini di illecito (o di reato), adotta un comportamento antagonista rispetto all'offesa (di pericolo o di danno), con il risultato di eliminarla, attenuarla o impedire conseguenze ulteriori.

In tal senso, il membro del cartello che, attraverso la collaborazione con l'autorità, consente la scoperta e/o la cessazione dell'illecito contribuisce ad eliminare l'illecito e, comunque, ad impedire che lo stesso produca ulteriori effetti negativi sui mercati.

Visto il carattere trasversale delle sanzioni imposte dal diritto antitrust in materia di intese, ove alcuni ordinamenti prevedono il concorso di sanzioni penali, amministrative e – lato sensu – risarcitorie ed altri soltanto una o due di tali tipologie sanzionatorie, la valenza delle leniency policies non si ferma al diritto penale premiale sostanziale, ma è riconducibile ad una forma generica di diritto premiale sostanziale, anche di stampo extrapenale o ultrapenale.

Se il diritto premiale, in genere, si sostanzia tanto in un incentivo ex ante rispetto ad una data condotta, quanto in un riconoscimento ex post della preferibilità della stessa tramite la sanzione positiva, questo profilo, grazie al meccanismo delatorio che caratterizza l'istituto e che si innesta su rapporti animati da un forte elemento fiduciario, assume una connotazione particolarmente marcata nelle leniency policies. Questo strumento del diritto della concorrenza, difatti, mira ad avere prima di tutto una spiccata funzione di deterrence, preventiva rispetto alle condotte devianti, allorché l'incentivo alla conformazione positiva, indotto tramite il premio connesso alla cessazione dell'illecito, rappresenta essenzialmente il meccanismo per accrescere i poteri di discovery della competition authorities operanti in materia.

Per tale ragione, i programmi di clemenza, nonostante la formulazione nominalistica, non appartengono al diritto clemenziale propriamente inteso, dal momento che gli elementi che animano quest'ultimo sono fondati sulla concessione della non punibilità o della riduzione di

58 del 10 marzo 2001) o, ancora, alle ipotesi di rimessione in pristino per taluni reati paesistico-ambientali, come previste dall'art. 181, co. 1 quinquies, d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, "Codice dei beni culturali e del paesaggio, ai sensi dell'articolo 10 della legge 6 luglio 2002, n. 137" (in supplemento ordinario n. 28 alla G.U. 24 febbraio 2004, n. 45).

⁴⁰ Cfr. S. ARMELLINI, *Saggi sulla premialità del diritto nell'età moderna*, Roma, 1976, p. 14 ss.

⁴¹ Secondo la definizione di C. RUGA RIVA, op. ult. cit., p. 521, il diritto premiale tout court "attribuisce ricompense (gratificazioni, onorificenze, premi in danaro ecc.) a soggetti che abbiano tenuto condotte ritenute meritorie in sé (qualificabili in termini sociologici come superconformi o supererogatorie, e cioè ulteriori al dovere), non in quanto contrapposte (e seguenti a) precedenti condotte almeno potenzialmente criminose". In questa specifica accezione, il diritto premiale è molto vicino alla concezione romana, così come la intendeva anche R. VON JHERING ne *Lo scopo nel diritto*, cit., p. 139.

⁴² Il rinvio è ancora a C. RUGA RIVA, op. ult. cit., p. 521, che identifica il diritto promozionale come quello comprendente "misure di agevolazione (specie di natura economica e fiscale), tipicamente espressive dello Stato sociale, funzionali a orientare la condotta di una collettività indeterminata di beneficiari a fini socialmente desiderati".

⁴³ Cfr. N. BOBBIO, op. ult. cit., p. 1320 ss. Vedi anche C. RUGA RIVA, op. ult. cit., p. 520, il quale riferisce anche di ulteriori definizioni di diritto premiale sostanziale, collegate a soggetti che, compiuto un reato, tengono comportamenti idonei a suscitare un giudizio di non o minore pericolosità sociale o di avvenuta o più agevole risocializzazione, oppure adottano condotte funzionali alla soddisfazione di interessi diversi da quello offeso, ma pur sempre rilevanti in un'ottica di contemperamento di beni giuridici. Del medesimo Autore, si rinvia pure a *Il premio per la collaborazione processuale*, Milano, 2002, p. 415 ss.



pena per ragioni essenzialmente politiche, non traducibili in via immediata nella logica del bilanciamento tra beni giuridici (che è invece connotato tipico alla base dell'introduzione di un leniency programme in ogni sistema antitrust)⁴⁴.

Nel momento in cui si inquadrano i programmi di clemenza nel contesto della peculiare declinazione del diritto premiale appena vista, allora, il riferimento costituzionale viene in considerazione in una doppia accezione, quale vaglio di costituzionalità della rinuncia dell'ordinamento al proprio potere punitivo, prima, e del compromesso di interessi a fondamento di ogni leniency policy, poi⁴⁵.

Nella prima prospettiva, si ritiene generalmente che un ordinamento, nel rispetto dei principi di uguaglianza (formale e sostanziale), ragionevolezza e certezza del diritto, possa legittimamente disciplinare ipotesi nelle quali rinuncia all'esercizio del proprio potere sanzionatorio: siamo nel campo delle scelte di politica legislativa, ove, nel rispetto dei fondamenti sostanziali dell'intelaiatura costituzionale di un dato sistema giuridico, determinate condotte possono essere liberamente valutate in termini di suscettibilità o meno alla punizione⁴⁶.

In sostanza, il legislatore è libero di valutare positivamente, in termini di non punibilità o di riduzione delle sanzioni altrimenti comminate, il contegno collaborativo di chi, originariamente protagonista di un illecito, decida di cessare la propria condotta deviante e di collaborare, a vario titolo, con l'autorità⁴⁷.

Eppure, deve pur osservarsi come una conclusione in questi termini, allorché letta isolatamente, quasi alla stregua di principio generale innervante l'intero ordinamento, si riveli non pienamente soddisfacente, per l'incertezza di fondo che la stessa reca con sé e, soprattutto, per il sostanziale indebolimento della dimensione della deterrenza delle norme sanzionatorie. Difatti, ove la collaborazione giustificasse sempre e comunque la non punibilità o la mitigazione delle sanzioni, atteggiandosi tale assunto a principio generale di rango sistematico, qualunque consociato potrebbe essere indotto alla violazione delle disposizioni di diritto sostanziale, nella convinzione che il successivo ravvedimento potrebbe garantire una facile "fuga" dall'apparato sanzionatorio di protezione.

⁴⁴ Si pensi ad istituti quali l'amnistia o l'indulto: in tema, C. RUGA RIVA, La premialità nell'ordinamento penale, cit., p. 521, nonché ID., Sanatorie, condoni, indulti: forme e limiti costituzionali dell'impunità retroattiva, in Riv. trim. dir. pen. econ., 2004, p. 209 ss.

⁴⁵ Sui profili costituzionali del diritto antitrust, si vedano R. NIRO, Profili costituzionali della disciplina antitrust, Padova, 1994, p. 23 ss.; A. FRIGNANI – M. WAELBROECK, Disciplina della concorrenza nella CE, cit., p. 6 ss.; C. PICCIOLI, Contributo all'individuazione del fondamento costituzionale della normativa a tutela della concorrenza (c.d. legge antitrust), in Riv. trim. dir. pubbl., 1996, p. 29 ss., e M. PINNARÒ, Diritto di iniziativa economica e libertà di concorrenza. Di taluni eclissi e pleonasmii, nella legge antitrust n. 287 del 10 ottobre 1990, in Giur. comm., 1993, I, p. 430 ss.

⁴⁶ In dottrina, si rinvia a F. BRICOLA, Legalità e crisi: l'art. 25, commi 1 e 2, della Costituzione rivisitato alla fine degli anni '70, in *Questione criminale*, 1980, p. 230 ss.; ID., La discrezionalità nel diritto penale. Nozione e aspetti costituzionali, Milano, 1965, p. 16 ss.; S. MESSINA, La discrezionalità nel diritto penale, Roma, 1947, p. 46 ss., nonché a L. STORTONI, Profili costituzionali della non punibilità, in Riv. it. dir. e proc. pen., 1984, p. 657 ss.

⁴⁷ Come opportunamente rileva D. PULITANÒ, La "non punibilità" di fronte alla Corte Costituzionale, nota a Corte cost. n. 165/1983, in *Foro it.*, 1983, I, c. 1810 ss., il principio di uguaglianza-ragionevolezza deve comunque orientare il legislatore nella scelta di introdurre fattispecie di diritto premiale sostanziale, ove la non punibilità o la riduzione di pena sono costituzionalmente legittime a condizione di non sovvertire, per un verso, la coerenza interna del sistema della legislazione ordinaria e, per un altro, l'ordine dei valori messi in gioco, sicché non sarebbero legittime forme di premialità che manifestassero una grave sproporzione tra le opportunità politico-criminali ad esse sottese e la significatività criminale di determinati tipi di comportamento, in rapporto a beni giuridici fondamentali. In tema, vedi anche C. RUGA RIVA, La premialità nell'ordinamento penale, cit., p. 533.



La conseguenza, evidentemente, sarebbe un ingiustificabile *vulnus* alla dimensione della tutela sostanziale dei diritti, anche di rango fondamentale e non soltanto nei rapporti interprivati⁴⁸.

È questa la ragione per cui si ritiene che il giudizio di conformità costituzionale non possa arrestarsi alla sola dimensione della rinuncia dell'ordinamento al proprio potere punitivo, teoricamente ammissibile, ma debba necessariamente completarsi nella valutazione, sempre in prospettiva costituzionale, del compromesso di interessi a fondamento di qualsivoglia formula di diritto premiale sostanziale e, per quel che qui interessa, di qualunque politica di clemenza.

In siffatta ottica, la sacrificabilità, totale o parziale, del potere punitivo statale nel caso concreto può ottenere giustificazione soltanto allorché essa trovi il proprio presupposto ultimo nella tutela di interessi di rilievo costituzionale, eventualmente anche differenti rispetto a quelli sottesi alle disposizioni di diritto sostanziale violate con la realizzazione dell'illecito.

Nel caso specifico dei leniency programmes in materia concorrenziale, tale comparazione di interessi avviene in relazione alla necessità di dotare le autorità di controllo di strumenti efficienti per disvelare e combattere i cartelli e, in estrema analisi, nella prospettiva di tutelare i mercati ed i rapporti concorrenziali e, con essi, imprese e consumatori.

In altre parole, nel caso di specie, il bene costituzionalmente tutelato, che giustifica il sacrificio del potere punitivo statale, è quello dell'iniziativa economica privata, bene elevato – esplicitamente o implicitamente – a rango di posizione giuridica fondamentale in tutti i principali ordinamenti giuridici.

Nell'ordinamento italiano, i confini di tale figura, ex art. 41 Cost., sono segnati dall'utilità sociale, come dalla sicurezza, la libertà e la dignità umana⁴⁹. In effetti, l'opzione della Costituzione italiana nel senso dell'esplicitazione della libertà d'impresa rappresenta una scelta normativa singolare e, per larghi tratti, "originale" rispetto alla tradizione costituzionale del '900, come delle costituzioni dei paesi industriali in generale.

Nelle altre carte costituzionali della Western Legal Tradition, infatti, la libertà d'iniziativa economica privata (o libertà d'impresa), quand'anche prevista espressamente tra i diritti fondamentali⁵⁰, non si presenta mai così analiticamente regolata, anche rispetto a possibili limitazioni. Anzi, in diverse esperienze costituzionali, tale libertà, pur riconosciuta come valore fondamentale permeante l'ordinamento, non trova alcuna menzione: si pensi, in tal senso, alla Costituzione americana, come a quelle tedesca e francese o, ancora, alle Costituzioni dei paesi nordici. In tutte queste esperienze, la libertà d'impresa viene intesa quale riflesso diretto, parte integrante del diritto di proprietà e, in concreto, attraverso l'opera del formante giurisprudenziale, ha trovato tutela e disciplina propria come estensione di quest'ultima posizione giuridica.

Per quanto concerne lo *specificum* della dimensione giuridica europea, ad ogni modo, la tutela del mercato assume, da sempre, rilevanza costituzionale nel contesto dell'ordinamento

⁴⁸ Cfr. L. MISTELIS, *Regulatory Aspects: Globalization, Harmonization, Legal Transplants and Law Reform: Some Fundamental Observations*, in 34 *Int. Lawyer*, 2000, p. 1055 ss.

⁴⁹ Sull'art. 41 Cost., cfr. A. BALDASSARRE, voce *Iniziativa economica privata*, in *Enc. dir.*, XXI, 1971, p. 582 ss.; F. GALGANO, sub Art. 41, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione. Rapporti economici*, II, artt. 41-44, Bologna-Roma, 1982, p. 1 ss.; M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983, p. 12 ss.; G. OPPO, *L'iniziativa economica*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, I, p. 309 ss. Come noto, la disposizione costituzionale italiana, al terzo comma, prevede che l'iniziativa economica privata possa essere sottoposta ad opportuni programmi e controlli, affinché venga indirizzata e coordinata a fini sociali.

⁵⁰ Esempi, in tal senso, sono l'art. 27 della Costituzione svizzera ("Die Wirtschaftsfreiheit ist gewährleistet. Sie umfasst insbesondere die freie Wahl des Berufes sowie den freien Zugang zu einer privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit und deren freie Ausübung") e l'art. 38 della Costituzione spagnola ("Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación").



comunitario, dal momento che la stessa è direttamente prevista dal Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea e, in particolare, dagli artt. 101 (ex art. 81 TCE) ss. dello stesso, nonché sancita, sin dal 2000, dall'art. 16 della Carta di Nizza⁵¹. Tale disposizione, peraltro, è oggi parte integrante del diritto dell'Unione a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, e prevede espressamente che “è riconosciuta la libertà d'impresa, conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali”⁵². Il mercato e, con esso, la concorrenza e la libertà d'impresa, d'altronde, intesi quali valori di rango costituzionale o paracostituzionale da tutelare, sono storicamente tra gli obiettivi fondamentali dell'integrazione europea, tanto quale derivazione delle tradizioni giuridiche nazionali, quanto come principi propri del diritto comunitario⁵³. Tale approccio, anche grazie all'opera della Commissione, consente di discorrere dell'esistenza di una Costituzione economica europea, in virtù della quale le regole europee del mercato e della unione monetaria e finanziaria sono valutate alla stregua di norme costituzionali degli ordinamenti nazionali⁵⁴.

Sul punto, dunque, deve concludersi che, vuoi per diretta esplicitazione costituzionale, vuoi per l'opera delle corti nell'elaborazione della Costituzione “vivente” di ciascun ordinamento, pressoché tutti i sistemi della Tradizione Giuridica Occidentale possono dirsi accomunati dalla considerazione della libertà d'iniziativa economica privata quale valore di rango primario da tutelare e contemperare con altri diritti fondamentali riconosciuti ai cives⁵⁵.

Ne deriva che la tutela della concorrenza e del mercato e, nell'ambito della stessa, la lotta ai cartelli, una delle fattispecie di illecito antitrust che maggiormente può incidere e condizionare le dinamiche commerciali (e non solo), può costituire certamente un obiettivo che, nelle scelte di politica legislativa, è in grado di incidere sul potere sanzionatorio statale, sino a giustificarne, in determinate fattispecie codificate, il sacrificio parziale.

In altre parole, in relazione ai programmi di clemenza, è costituzionalmente giustificabile, da un punto di vista teorico, la limitazione del potere sanzionatorio delle autorità che tali strumenti impongono, allorché tale risultato sia frutto della effettiva funzionalizzazione

⁵¹ Per tutti, G.F. FERRARI, Diritti fondamentali, in ID. (a cura di), *Atlante di diritto pubblico comparato*, Torino, 2010, p. 383 ss.

⁵² Vedi anche G. GUARINO, Pubblico e privato nella economia. La sovranità tra costituzione ed istituzioni comunitarie, in *Quad. cost.*, 1992, p. 21 ss. La libertà d'impresa di cui all'art. 26 della Carta di Nizza si basa sulla giurisprudenza della Corte di giustizia che ha riconosciuto la libertà di esercitare una attività economica o commerciale in territorio comunitario: sentenza 14 maggio 1974, Nold, causa 4-73, in *Raccolta*, 1974, 491, punto 14 della motivazione; sentenza 27 settembre 1979, SPA Eridania et al., causa 230/78, *ibidem*, 1979, 2749. Sulla libertà contrattuale, C. Giust. CE, 5 ottobre 1999, Spagna contro Commissione, causa C-240/97, *ibidem*, 1999, I-6571. In tema, sia consentito rinviare anche a V. D'ANTONIO, La Carta dei diritti fondamentali, in M. COLUCCI – S. SICA (a cura di), *L'Unione Europea: Principi – Istituzioni – Politiche – Costituzione*, Bologna, 2005, p. 82 ss.

⁵³ Vedi G. DI PLINIO, Costituzione e scienza economica, in *Il Politico*, 2009, 3, p. 168 ss., nonché E.F. OESER, *Evolution and Constitution. The Evolutionary Selfconstruction of Law*, Dordrecht-Boston, 200, p. 47 ss.

⁵⁴In tema, C. JOERGES, What is Left of the European Economic Constitution? A Melancholic Eulogy, in *30 Eur. L. Rev.*, 2005, p. 461 ss.; G. DI PLINIO, Revisioni costituzionali, in G.F. FERRARI (a cura di), *Atlante di diritto pubblico comparato*, cit., p. 178 ss.; ID., La costituzione economica europea e il progetto di Trattato costituzionale, in J. PÉREZ ROYO (a cura di), *Derecho Constitucional para el Siglo XXI*, Navarra, 2006, I, p. 2489 ss. Vedi anche il fondamentale contributo di J. HABERMAS, *La costellazione postnazionale. Mercato globale, nazioni e democrazia*, Milano, 2002, p. 34 ss.

⁵⁵ Per un quadro delle dinamiche attuali che caratterizzano la Western Legal Tradition, vedi H.P. GLENN, *Comparative Legal Families and Comparative Legal Traditions*, in M. REIMANN - R. ZIMMERMANN, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, 2006, p. 421 ss.; A. GAMBARO – A. CANDIAN, *Casi e materiali per un corso di diritto privato comparato. Le tradizioni di Common Law e Civil Law*, Torino, 2008, p. 4 ss.; H. BERMAN, *Law and Revolution: The Formation of the Western Legal Tradition*, Cambridge, 1983, p. 6 ss.; D. GOLDMAN, *Globalisation and the Western Legal Tradition*, Cambridge, 2007, p. 3 ss.;



dell'istituto alla tutela di prerogative fondamentali, quali la libertà d'impresa e la correttezza dei rapporti concorrenziali.

È evidente, tuttavia, che – in concreto – la limitazione, seppur estremamente ridotta, della capacità punitiva statale potrebbe non essere più costituzionalmente coerente ed ammissibile, ove un ordinamento, nell'adozione di una leniency policy, ne ampli eccessivamente l'ambito applicativo (soggettivo o oggettivo) oppure preveda provvedimenti di mitigazione delle sanzioni spropositati rispetto all'utilità effettiva conseguita in termini di lotta ai cartelli e di tutela della libertà d'impresa. In queste ultime ipotesi, infatti, il compromesso tra valori fondamentali, a fondamento di ogni politica di clemenza, sarebbe sproporzionato nel senso che il sacrificio del potere sanzionatorio statale non troverebbe adeguata giustificazione nel rafforzamento della protezione dei diritti fondamentali connessi alla libertà di iniziativa economica privata.

2. I leniency programmes condividono taluni tratti con le cd. whistleblowing policies, presenti in alcuni ordinamenti. Il whistleblower, infatti, è un informatore che rivela un illecito o, comunque, una pratica irregolare compiuta da altri cittadini al fine di ottenere una eventuale ricompensa e con la promessa di protezione rispetto a possibili ritorsioni⁵⁶.

Le whistleblowing policies si sono molto diffuse negli ultimi anni, tanto nella forma pubblica di interventi normativi che prevedono varie forme di premialità in favore dei potenziali delatori, quanto nella forma privatistica di programmi interni adottati dalle imprese per favorire l'emersione di irregolarità compiute dai dipendenti⁵⁷.

Gli interventi normativi in materia sono numerosi, soprattutto nell'area di Common Law: si pensi al Public Interest Disclosure Act del 1994, tramite il quale il governo canadese ha previsto diverse forme di protezione per i dipendenti pubblici che denuncino pratiche illegali compiute negli uffici di appartenenza; al Protected Disclosures Act del 2000, che ha introdotto, sia nel settore pubblico che in quello privato, analoghe previsioni in Sud Africa; o, ancora, in Gran Bretagna, al Public Interest Disclosure Act del 1998⁵⁸. L'istituto della whistleblowing è particolarmente sviluppato negli Stati Uniti, dove, a parte il Whistleblower Protection Act (1998), che introduce tale strumento in favore dei dipendenti pubblici, ed il Sarbanes-Oxley Act (2002), che ne estende l'applicazione anche nel settore privato, esiste una variegata serie di previsioni in materia disseminate nella legislazione statale ed in quella federale⁵⁹.

⁵⁶ In dottrina, J. APESTEGUIA – M. DUFWENBERG – R. SELTEN, *Blowing the Whistle*, in 31 *Ec. Theory*, 2007, p. 143 ss. Uno dei primissimi esempi di legislazione in materia di whistleblowing policies è stato lo United States False Claims Act del 1863 (emendato in 1986), tramite il quale il governo degli Stati Uniti cercava di combattere le frodi da parte dei fornitori pubblici durante la Guerra Civile. L'act, infatti, incoraggia gli informatori con la promessa dell'assegnazione di una percentuale del denaro recuperato e con la protezione dal licenziamento illegittimo. In Cina, la protezione dei whistleblowers è garantita addirittura dall'art. 41 della Costituzione, che incoraggia tutti i cittadini a segnalare all'autorità eventuali condotte devianti, vietando ritorsioni ai danni degli stessi.

⁵⁷ Si distingue, peraltro, tra whistleblowing policies interne ed esterne, a seconda che l'informatore venga invitato a rappresentare la propria denuncia ad organi interni all'apparato ove opera oppure direttamente all'autorità pubblica. Vedi ancora J. APESTEGUIA – M. DUFWENBERG – R. SELTEN, *op. cit.*, p. 146 ss.

⁵⁸ Esempi ulteriori sono rappresentati dall'Anti-Corruption Act sudcoreano del 2001, dal Protected Disclosures Act neozelandese del 2000, nonché, in Canada, dal Public Servants Disclosure Protection Act del 2004. Nell'ordinamento comunitario, è importante segnalare la Whistleblowers' Charter del 1999, tramite cui è stato istituito l'Anti-Fraud Office all'interno della Commissione europea e sono state introdotte procedure per consentire ai dipendenti UE di denunciare condotte illecite ed ottenere, al contempo, protezione rispetto a possibili ritorsioni.

⁵⁹ Per citarne soltanto alcune, a partire dal Lloyd - La Follette Act del 1912, si pensi al Clean Water Act del 1972, al Safe Drinking Water Act del 1974, al Resource Conservation and Recovery Act del 1976, al Toxic Substances Control Act del 1976, all'Energy Reorganization Act del 1974 (che, attraverso un emendamento del 1978, protegge anche gli informatori relativi ad irregolarità connesse all'energia nucleare), al Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability Act del 1980 ed al Clean Air Act del 1990. Forme di protezione analoghe a quelle garan-



Orbene, leniency programmes e whistleblowing policies condividono la medesima ratio e l'impostazione di fondo: sono strumenti funzionali ad incrementare i poteri di discovery delle public authorities tramite la creazione e l'incentivazione di canali informativi interni o, comunque, prossimi all'illecito. Entrambe le figure rappresentano espressioni della più ampia fenomenologia del diritto premiale (sebbene nelle due differenti accezioni del diritto premiale tout court e di quello sostanziale⁶⁰), ove concorrono un aspetto fattuale, obiettivo, dato dall'atteggiamento di collaborazione tenuto da un consociato, ed un profilo normativo, costituito dalle conseguenze favorevoli che l'ordinamento fa discendere in conseguenza di tale comportamento.

Nondimeno, mentre le politiche di whistleblowing realizzano tale finalità garantendo come contropartita all'informatore protezione ed, in genere, una ricompensa (in denaro o benefits di altra natura), al contrario i programmi di clemenza incentivano la delazione e la denuncia dell'intesa tramite l'offerta al cartellista dell'immunità o di una riduzione di pena.

Questa differenza fondamentale è chiaramente dovuta alla diversa condizione che caratterizza il destinatario dei leniency programmes e quello delle whistleblowing policies allorché debba essere incentivato alla delazione: il primo è parte integrante dell'illecito e, di conseguenza, la delazione è anche una autodenuncia; il secondo, invece, è in genere estraneo all'illecito e, semplicemente, si trova in una posizione privilegiata ai fini della scoperta dello stesso (in genere, è un collega di lavoro del colpevole), sicché viene chiamato a porre in essere una condotta "superconforme", cioè eccedente quella giuridicamente doverosa⁶¹.

Di conseguenza, il cartellista che deve aderire al programma di clemenza autodenunciandosi identifica già un vantaggio immediato nell'opportunità di non essere sanzionato, cioè nell'evitare il pregiudizio indotto dalle sanzioni. L'informatore delle whistleblowing policies, al contrario, non teme per sé alcuna sanzione, sicché può essere incentivato alla delazione soltanto ove la ricompensa promessa, intesa qui quale vantaggio positivo, superi i rischi connessi alle possibili ritorsioni conseguenti alla delazione⁶².

Peraltro, il fatto che il whistleblower non sia direttamente coinvolto nell'illecito e, dunque, soggetto a pericolo di sanzioni esclude le whistleblowing policies dalle dinamiche relazionali della teoria dei giochi ed, in particolare, del dilemma del prigioniero; tali dinamiche, invece, rappresentano il "fulcro" ineliminabile di ogni programma di clemenza. Perciò, non è dato registrare in capo al whistleblower l'"affanno" tipico del cartellista, diviso tra fedeltà a cartello e paura delle relative sanzioni, per un verso, e rischio che un diverso membro abbia già rivelato l'esistenza dell'intesa o che l'autorità autonomamente abbia già scoperto la stessa, per un altro. In buona sostanza, l'incidenza della dimensione temporale, che pesa sul leniency applicant, è pressoché indifferente alle dinamiche delle whistleblowing policies, caratterizzate da meccanismi premiali cui, per la natura dell'istituto e le fattispecie di riferimento, non corrispondono incentivi in termini di deterrence⁶³.

tite ai dipendenti sono previste dal Surface Transportation Assistance Act (1982) per proteggere i camionisti o dal Sarbanes–Oxley Act del 2002 per i corporate fraud whistleblowers.

⁶⁰ Vedi supra. In dottrina, C. RUGA RIVA, *La premialità nell'ordinamento penale*, cit., p. 519 ss.

⁶¹ Si veda A. FACCHI, *Diritto e ricompense. Ricostruzione storica di un'idea*, Torino, 1995, p. 175 ss.

⁶² Per citare alcuni esempi dell'entità delle ricompense offerte ai whistleblowers, lo US False Claims Act prevede la corresponsione di somme calcolate entro il range tra il 15% ed il 25% di quanto incassato dal Governo tramite l'imposizione delle sanzioni, l'UK Office of Fair Trading, dal 2008, offre ricompense sino a £ 100.000 ("Rewards for information about cartels") e la Korea Fair Trading Commission, nel 2005, ha elaborato un whistleblowing program con ricompense pari quasi a € 50.000.

⁶³ Cfr. J. APESTEGUIA – M. DUFWENBERG – R. SELTEN, op. ult. cit., p. 143 ss., nonché C. AUBERT – P. REY – W. KOVACIC, *The Impact of Leniency and Whistle-Blowing Programs on Cartels*, in 24 *Int. J. Ind. Org.*, 2006, p. 1241 ss.



Poste tali differenze fondamentali, che separano nettamente i due istituti pur accomunati dalla cennata ratio di fondo, può accadere che gli stessi, rispetto ad alcune fattispecie, sovrappongano le proprie sfere applicative. In particolare, in relazione ai cartelli, provvedimenti quali l'offerta di rewards for information about cartels inglese⁶⁴ o il False Claims Act statunitense, che si inseriscono chiaramente nell'orbita delle whistleblowing policies, possono rappresentare importanti strumenti di discovery per le rispettive competition authorities, contribuendo a rafforzare l'apparato di deterrence complessivo del diritto della concorrenza⁶⁵.

In particolare, ciascun membro del cartello, in costanza di illecito, oltre a dover prendere in considerazione il rischio della violazione del legame fiduciario, inteso nel duplice senso del rispetto del pactum sceleris e della non adesione al leniency programme, da parte delle altre colluse, sarà costretto a tener conto anche della possibilità che qualsivoglia soggetto (individuo o impresa che sia) estraneo all'illecito, ma magari addirittura interno alla propria compagine aziendale, funga da whistleblower rispetto allo stesso, in quanto incentivato dalla promessa di una ricompensa⁶⁶.

In sostanza, il ricorso a whistleblowing policies in materia antitrust può rappresentare un ulteriore strumento di incentivo alla confessione rispetto ai programmi di clemenza, dal momento che tramite le stesse non soltanto si accrescono le potenzialità di discovery delle authorities, ma viene anche introdotta una ulteriore variabile di incertezza – id est, di rischio – in ordine alla permanenza nell'intesa.

Alla luce delle considerazioni di carattere generale che precedono e della cennata distinzione rispetto alle whistleblowing policies, occorre ad ogni modo rilevare come qualsivoglia ricostruzione dei principi ispiratori e della ratio ultima delle politiche di clemenza si rivelerebbe inevitabilmente carente, parziale, ove non inquadrata anche nella prospettiva della game theory e, in particolare, di quella peculiare condizione che è il cd. “dilemma del prigioniero”, vero e proprio nucleo di qualsivoglia leniency programme indipendentemente dall'ordinamento specifico considerato⁶⁷.

3. Come detto, la ratio ultima a fondamento dei programmi di clemenza è quella di sacrificare, almeno in parte, il potere punitivo dell'ordinamento, tramite l'offerta a ciascun partecipante al cartello di una “via di fuga” dalle sanzioni, ottenendo come contraltare uno strumento, particolarmente efficace, di indagine e disvelamento rispetto a determinati illeciti.

⁶⁴ È interessante sottolineare come, nel presentare l'offerta di rewards per informazioni sui cartelli, l'Office of Fair Trading chiarisca che “rewards are granted at the discretion of the OFT. The OFT is entirely free to reject offers of information and it does not have to give reasons for doing so. Furthermore, where the OFT has agreed to accept some information from a person and the information provides a credible basis for further investigation, the OFT is still free to decide, on the basis of other more pressing priorities, that it will not use the information given and will not therefore give a financial reward. This is another reason why it is best to discuss with us in advance what information you may be able to gain for us and how useful that would be to us. Where a reward is available, its amount will depend on a number of factors: the value of the information in terms of what we have been able to achieve from it the amount of harm to the economy and consumers which we believe the information given has helped to put a stop to and/or has helped to disclose the effort you have had to invest in order to give us the information the risk you have had to take in order to give us the information. It is important to understand that we won't bargain over how much will be paid - but we do aim to pay a fair price”. Si rinvia alla pagina web <http://www.offt.gov.uk/OFTwork/competition-act-and-cartels/cartels/rewards>.

⁶⁵ Non a caso il leniency program israeliano specifica, quale clausola di chiusura, che “the existence of the Immunity program will not derogate from the willingness of the State to make State's witness agreements”.

⁶⁶ Si veda C. AUBERT – P. REY – W. KOVACIC, op. ult. cit., p. 1250 ss.

⁶⁷ Il rinvio è ancora a J. APESTEGUIA – M. DUFWENBERG – R. SELTEN, op. ult. cit., p. 143 ss., ed a C. AUBERT – P. REY – W. KOVACIC, op. ult. cit., p. 1241 ss.



A fronte di un tale fondamento sistematico delle leniency policies, il meccanismo di funzionamento su cui esse si basano, in qualunque ordinamento, è costantemente il medesimo: si concede ai membri di un cartello un benefit per la confessione al fine di seminare sfiducia all'interno dell'intesa, minandone i rapporti sottostanti. Il programma di clemenza, ponendosi quale elemento "esterno" di destabilizzazione dei rapporti fiduciari interni al pactum sceleris, aumenta così in maniera considerevole la possibilità che uno dei membri decida di sciogliersi dall'illecito: si tratta di un rischio ulteriore che il cartello finisce per imporre ai collusi e che, teoricamente, allorché considerato in via preventiva dai potenziali partecipanti, dovrebbe favorire la decisione conformativa di spontaneo rispetto della disposizione che vieta le intese anticoncorrenziali⁶⁸.

Dunque, rispetto all'angolo visuale dell'impresa delatrice, la scelta tra la confessione e l'omertà, in relazione all'adesione ad un programma di clemenza, risponde ad uno dei modelli di studio più noti dell'analisi economica ed, in particolare, di quell'ambito di studio identificato come "game theory (of law)"⁶⁹, cioè il "dilemma del prigioniero". Si tratta di una situazione di gioco a informazione completa, dove ciascun soggetto coinvolto può scegliere tra due alternative strategiche in cui l'utilità conseguibile dal singolo dipende anche dalla scelta compiuta da un altro individuo rispetto ad un identico set decisionale⁷⁰.

3.1. Ciascun soggetto coinvolto in un contesto relazionale assimilabile al dilemma del prigioniero viene posto in una situazione di criticità decisionale, in ragione dell'incertezza circa la strategia adottata dagli altri players coinvolti.

Tutte le imprese che partecipano ad una intesa anticoncorrenziale, infatti, si trovano dinanzi al medesimo set decisionale (Confessare; Non Confessare). Allo stesso tempo, ognuna di esse ignora la scelta operata da ciascuna delle altre imprese, sicché è costretta nel dilemma tra confessare, in cambio di un provvedimento di clemenza (che potrà essere totale o parziale), o non confessare, con il rischio di una condanna piena⁷¹.

⁶⁸ In tema, N. ZINGALES, *European and American Leniency Programmes*, cit., p. 8 ss.

⁶⁹ Con l'espressione "game theory" ci si riferisce a quella peculiare scienza matematica che analizza situazioni di conflitto, ricercando soluzioni competitive e cooperative tramite l'elaborazione di modelli comportamentali, ovvero uno studio delle decisioni individuali in situazioni in cui vi sono interazioni tra due o più soggetti, tali per cui le decisioni di ciascuno di essi può influire sui risultati conseguibili da parte degli altri players secondo un meccanismo di retroazione, con finalizzazione al massimo guadagno possibile da parte del decidente. Fondamentali in materia sono i contributi di R. FISHER, *The Genetical Theory of Natural Selection*, Oxford, 1930; J. VON NEUMANN – O. MORGENSTERN, *Theory of Games and Economic Behavior*, Princeton, 1944; J.F. NASH, *Equilibrium points in n-person games*, in 36 *Proceedings of the National Academy of the USA*, 1950, 1, p. 48 ss.; D. LUCE – H. RAIFFA, *Games and Decisions: Introduction and Critical Survey*, Dover, 1957; J.M. SMITH, *Evolution and the Theory of Games*, Cambridge, 1982. Più di recente, si vedano i lavori di R.B. MYERSON, *Game Theory, Analysis of Conflict*, Harvard University Press, 1991; D. FUDENBERG – J. TIROLE, *Game Theory*, MIT Press, 1991; K. BINMORE, *Fun and Games*, Lexington, 1992; R. GIBBONS, *Game Theory for Applied Economists*, Princeton University Press, 1992; P. MORRIS, *Introduction to the Theory of Games*, New York, 1994; H. GINTIS, *Game Theory Evolving*, Princeton University Press, 2000; M. OSBORNE – A. RUBINSTEIN, *A Course in Game Theory*, MIT Press, 1994; R. D. LUCE - H. RAIFFA, *Games and Decisions*, New York, 1957; G. OWEN, *Game Theory*, New York, 1968; P.K. DUTTA, *Strategies and Games: Theory and Practice*, MIT Press, 1999; E. BURGER, *Introduction to the Theory of Games*, Englewood Cliffs, 1963; A. DIXIT - B. NALEBUFF, *Thinking Strategically*, Norton 1991; J. WATSON, *Strategy: An Introduction to Game Theory*, Norton 2002.

⁷⁰ Vedi A.J. JACOBSON, *Origins of the Game Theory of Law and the Limits of Harmony in Plato's Laws*, in 20 *Card. Law Rev.*, 1999, p. 1335 ss., e R. GIBBONS, *Game Theory for Applied Economists*, cit., lectures 4-7.

⁷¹ Vedi anche R.D. COOTER, *Prices and Sanctions*, in 84 *Colum. L. Rev.*, 1984, p. 1523 ss. Tutti i complici, da questo punto di vista, si trovano in posizioni di simmetrica ignoranza circa la scelta altrui. Tuttavia, come è noto, l'assenza di informazioni certe sulle condotte altrui finisce per determinare delle scelte inefficienti. In tema, cfr. la



Rispetto ad un tale contesto di incertezza circa la condotta altrui, si potrebbe ritenere che l'opzione più efficiente per tutti i partecipanti ad un cartello sia quella dell'omertà, perché tutti verrebbero assolti. Questa conclusione, tuttavia, non pare corrispondere al dato reale, ove, invece, anche dinanzi all'omertà di tutti i partecipanti all'intesa, l'autorità, attraverso i propri autonomi poteri di indagine e monitoraggio del mercato, potrebbe giungere a scoprire la condotta anticoncorrenziale. Ciò si rivela tanto più vero – *rectius*, tanto più avvertito dalle imprese colluse - , quando sia stata formalmente aperta una indagine su quello specifico settore di mercato o su quel particolare gruppo di imprese. Da questo punto di vista, allora, l'omertà potrebbe rivelarsi la scelta meno efficiente, poiché tutte le imprese sarebbero ugualmente sanzionate con condanna piena.

La risposta offerta dalla “teoria dei giochi” al dilemma del prigioniero, d'altronde, è la seguente: ciascun player è indotto a seguire il proprio interesse individuale, agendo razionalmente in maniera egoistica, anche quando tutti potrebbero ottenere un guadagno maggiore scegliendo la logica della cooperazione. Il fondamento argomentativo alla base di questa teorica ricostruttiva è che ciascun soggetto coinvolto, considerando la posta in gioco molto alta, finisce per valutare negativamente il rischio insito in strategie che presuppongono la cooperazione con gli altri collusi, a meno che non sia sicuro che questi ultimi facciano altrettanto⁷².

Se, dunque, si assume che ciascuno dei players persegua il proprio interesse individuale, la scelta più razionale per ciascuno di essi, a fronte di tali ulteriori elementi, diventa indubbiamente la prima, cioè quella della confessione e della collaborazione con l'autorità.

Difatti, nel prendere in considerazione il set decisionale a disposizione di ciascun player ed associando a ciascuna scelta la conseguenza attesa, si registra razionalmente una opzione che offre con certezza vantaggi maggiori, cioè la collaborazione con l'autorità – *id est*, la confessione - , ed un'altra che, invece, può comportare, in termini di sanzione attesa, un aggravamento delle conseguenze negative connesse all'illecito, cioè la non collaborazione con l'autorità (in specie, la non confessione).

Il set decisionale, con le relative conseguenze, può essere rappresentato secondo la seguente bimatrice (ove i valori numerici sono indicati casualmente, assumendo che le regole del gioco siano queste: se soltanto uno dei due soggetti coinvolti confessa, questi consegue la sanzione minima “1”, con condanna dell'altro alla sanzione massima “10”; se entrambi confessano, ottengono tutti una sanzione intermedia “5”; se nessuno confessa, ambedue vengono comunque condannati alla sanzione minima “1”)⁷³:

Player 2

posizione di D.D. FRIEDMAN, *L'ordine del diritto. Perché l'analisi economica può servire al diritto*, Bologna, 2004, p. 390 ss.

⁷² Come esposto da N. ZINGALES, *op. ult. cit.*, p. 8, l'esempio classico utilizzato per illustrare il dilemma del prigioniero è il seguente: due prigionieri, che hanno entrambi commesso un crimine, vengono interrogati in prigione dall'autorità. Questa ha già, a disposizione, prove sufficienti per condannare entrambi i sospetti per un crimine meno grave, ma ha interesse a condannarli per uno più grave, per il quale v'è necessità di ulteriori elementi probatori. Per tale motivo, l'autorità cercherà di ottenere una confessione da ciascun prigioniero, promettendo una condanna minore a quello dei due che collabori per primo.

⁷³ La rappresentazione schematica del set decisionale a disposizione di ogni prisoner riportata nel testo è comune negli approfondimenti propri della teoria dei giochi e, specificamente, nella ricostruzione del dilemma del prigioniero: si rinvia, in tal senso, a A.J. JACOBSON, *Origins of the Game Theory of Law and the Limits of Harmony in Plato's Laws*, *cit.*, p. 1335 ss.; K. BINMORE, *Fun and Games*, *cit.*; J. WATSON, *Strategy: An Introduction to Game Theory*, *cit.*; R. GIBBONS, *Game Theory for Applied Economists*, *cit.*, lecture 4. Nell'ambito delle applicazioni giuridiche della game theory, M. CLARICH, *I programmi di clemenza nel diritto antitrust*, *cit.*, e N. ZINGALES, *op. ult. cit.*, p. 10.



		Confessare	Non Confessare
		Confessare	(-5, -5)
1 Player	Non Confessare	(-10, 0)	(-1, -1)

Ora, la situazione nella quale un gruppo si viene a trovare se ogni componente dello stesso fa ciò che è meglio per sé, mirando a massimizzare il proprio profitto individuale a prescindere dalle scelte degli altri players/avversari, viene generalmente spiegata tramite il richiamo alla teoria del cd. “equilibrio di Nash”⁷⁴. Questa soluzione del dilemma, infatti, rappresenta la condizione in cui, dopo aver attuato la propria scelta strategica, nessun giocatore può migliorare l’utile positivo atteso, modificando esclusivamente la propria strategia individuale.

Ed infatti, ritornando all’ipotesi proposta, se entrambi i soggetti coinvolti guardano esclusivamente ai pay-off, al player razionale converrà sempre e comunque confessare, indipendentemente dalla scelta dell’altro: chi confessa rischia la sanzione “0” o quella “5”, a fronte di un rischio, connesso alla non confessione, oscillante tra i valori “1” e “10”. La strategia “confessare”, allora, è, secondo la teoria di Nash, la strategia mista dominante, cioè la strategia ottimale non potendo sapere ciò che fa l’avversario. Ecco perché la scelta che corrisponde all’equilibrio di Nash, per entrambi i players, è la confessione.

Tuttavia, nell’ambito della teoria dei giochi, il dilemma del prigioniero presenta la peculiarità secondo cui la regola dell’equilibrio di Nash e l’efficienza non necessariamente coincidono. Difatti, non è detto che l’equilibrio di Nash rappresenti la soluzione migliore per tutti i soggetti coinvolti. Ciò in quanto, se è vero che, in una situazione di equilibrio di Nash, il singolo giocatore non può aumentare il proprio guadagno modificando soltanto la propria strategia, non è affatto detto che un gruppo di giocatori o, al limite, tutti i players non possano aumentare il proprio profitto individuale allontanandosi congiuntamente dall’equilibrio (con la parallela scelta della “non confessione”).

⁷⁴ Vedi J.F. Nash, *Equilibrium points in n-person games*, cit., p. 48 ss.; J.M. Smith, *Evolution and the Theory of Games*, cit., p. 6 ss.; R.B. Myerson, *Game Theory, Analysis of Conflict*, cit., p. 2 ss.; D. Fudenberg – J. Tirole, *Game Theory*, cit., p. 5 ss.; R. Gibbons, *Game Theory for Applied Economists*, cit., p. 15 ss.; P. Morris, *Introduction to the Theory of Games*, cit., p. 6 ss.; P.K. Dutta, *Strategies and Games: Theory and Practice*, cit., p. 7 ss.; J. Watson, *Strategy: An Introduction to Game Theory*, cit., p. 6 ss. Dunque, nella teoria dei giochi, lo schema comportamentale del dilemma del prigioniero è caratterizzato dal fatto che la regola dell’equilibrio di Nash e l’efficienza non coincidono. In tema, vedi D.G. BAIRD – R.H. GERTNER, *Game theory and the law*, Harvard University Press, 1994, p. 33 ss., citato anche da M. CLARICH, *I programmi di clemenza nel diritto antitrust*, cit., nota (10). Rispetto a determinate ipotesi, l’equilibrio di Nash, tuttavia, può non coincidere con l’ottimo paretiano e, quindi, possono esistere combinazioni di strategie diverse dallo stesso che conducono a migliorare il guadagno di alcuni senza ridurre il guadagno di nessuno o, addirittura, come accade nel caso del dilemma del prigioniero, ad aumentare il guadagno di tutti. Infatti, gli agenti coinvolti nel “dilemma” possono ottimizzare il proprio outcome individuale soltanto addivenendo tutti alla soluzione del “non confessare”, mentre il rispetto della regola di Nash imporrebbe ad ognuno di essi di scegliere la soluzione opposta (id est, il “confessare”). Vale, ad ogni modo, la critica di E. CHAMBERLIN (*The Theory of Monopolistic Competition*, Cambridge, 1933), secondo cui il comportamento strategico molto spesso conta meno del comportamento massimizzante.



In sostanza, le opzioni cooperative interne, allorché i prigionieri abbiano la possibilità di coordinare le proprie strategie, pongono in crisi l'assunto dell'equilibrio di Nash circa l'esistenza di un'unica soluzione favorevole per tutti i prisoners, identificata con la confessione⁷⁵.

Va da sé, comunque, che il modello di spiegazione del dilemma del prigioniero tramite l'equilibrio di Nash funziona soltanto in base all'assunto fondamentale che tutti i "prigionieri" siano razionali e compiano scelte conseguenti: difatti, qualunque opzione nella prospettiva della massimizzazione del profitto individuale si rivelerebbe non coerente, allorché uno dei players in campo si dimostri irrazionale.

In effetti, trascorrendo dal dato teorico a quello concreto, sulla razionalità delle scelte dei soggetti coinvolti in un cartello possono incidere una serie di fattori esterni che l'equilibrio di Nash, nella sua ricostruzione puramente teorica del dilemma del prigioniero, non contempla, con conseguente inadeguatezza di questa teoria a spiegare compiutamente le dinamiche che possono verificarsi all'interno di un'intesa anticoncorrenziale a fronte dell'introduzione di una politica di clemenza.

4. Innanzitutto, bisogna considerare un dato importante: nella rappresentazione teorica del dilemma del prigioniero, la scelta tra collaborazione e non collaborazione coincide, anche nella seconda ipotesi, alla comminazione di una sanzione minima, dal momento che si assume l'autorità abbia già elementi sufficienti in tal senso.

Tale ricostruzione, tuttavia, non coincide con quanto accade, nella maggioranza dei casi, nelle indagini sui cartelli, visto che spesso le antitrust authorities non dispongono delle prove necessarie per imporre alcuna sanzione alle imprese colluse, vuoi perché l'illecito è completamente sconosciuto, vuoi perché tramite gli ordinari strumenti d'indagine non è comunque possibile reperire alcun elemento istruttorio idoneo alla disvelazione del cartello.

Di conseguenza, la bimatrice supra proposta, tesa a rappresentare il set decisionale di ciascun soggetto coinvolto nel dilemma del prigioniero in relazione all'ipotesi formulata, nella maggior parte delle ipotesi di indagini sui cartelli, assume una diversa connotazione, ove la scelta (uniforme per tutti) della non confessione coincide con l'assenza di sanzioni⁷⁶:

		Player 2	
		Confessare	Non Confessare
Confessare		(-5, -5)	(0, -)

⁷⁵ Le dinamiche incidenti sugli equilibri relazionali del dilemma del prigioniero conseguenti a possibili scelte cooperative sono molto studiate nell'ottica della valutazione dei programmi di clemenza: vedi, in tal senso, J.R. BORRELL – J.L. JIMÉNEZ – C. GARCÍA, Evaluating Antitrust Leniency Programs, Xarxa de Referència en Economia Aplicada, working paper, gennaio 2012, presente alla pagina <http://www.ub.edu/ubeconomics/wp-content/uploads/2012/02/XREAP2012-01.pdf>, p. 5 ss. Ad ogni modo, deve pur dirsi che ammettere la possibilità di strategie cooperative tra i prisoners tradisce uno degli elementi fondanti la natura del dilemma, avvicinandolo ai giochi ad informazione perfetta e non più a quelli ad informazione completa. In tema, P.K. Dutta, Strategies and Games: Theory and Practice, cit.; A. Dixit - B. Nalebuff, Thinking Strategically, cit., e J. Watson, Strategy: An Introduction to Game Theory, cit.

⁷⁶ Per la rappresentazione, vedi ancora M. CLARICH, op. ult. cit.; N. ZINGALES, op. ult. cit., p. 10, e J.R. BORRELL – J.L. JIMÉNEZ – C. GARCÍA, op. ult. cit., p. 3 ss.



Player 1			10)
	Non Confessare	(- 10, 0)	(0, 0)

Questa variazione rispetto alla schematizzazione classica del set decisionale del dilemma del prigioniero comporta una alterazione fondamentale nell'equilibrio di Nash: in questa ipotesi, non esiste più una strictly dominant strategy, che è il nome assegnato dalla game theory alla strategia che paga di più, indipendentemente dalla decisione assunta dall'altro giocatore. Ed infatti, in questo caso, rimane vero che la confessione è la scelta più conveniente, soltanto se c'è il rischio che l'altro soggetto coinvolto confessi; al contrario, ove l'altro player decida comunque di non confessare, allora, la soluzione decisionale prescelta diviene indifferente (la sanzione corrisponde sempre e comunque a "0"). Ne deriva che la strategia della confessione non è più strictly dominant, ma weakly dominant, con l'opzione per la "non confessione" altrettanto favorevole⁷⁷.

In altre parole, si realizza in questa ipotesi una schematizzazione con un doppio equilibrio di Nash, consistente sia nella coppia di strategie [confessare, confessare], sia in quella [non confessare, non confessare], con la conseguenza che le parti, confidando nell'assenza di fughe di informazioni sul cartello, potrebbero optare per la non cooperazione.

Eppure, come detto, tutti i soggetti coinvolti in un'intesa anticoncorrenziale vivono essenzialmente di un rapporto fiduciario, profondamente influenzato da elementi di incertezza che alterano la razionalità delle scelte individuali. In particolare, la principale incertezza non è legata soltanto alla fedeltà⁷⁸ dei membri del cartello al pactum sceleris, ma soprattutto alla possibile divulgazione di fonti di informazione incriminanti, derivanti ora dall'interno stesso dell'intesa (è il caso della "diserzione" di uno o più collusi), ora dall'esterno (in questa ipotesi, bisogna por mente non soltanto agli autonomi poteri di discovery delle autorità, ma anche a segnalazioni provenienti da altri competitors come dai consumatori)⁷⁹.

La complessiva considerazione di questi elementi – che poi sono parte integrante e contribuiscono a determinare il livello di deterrence di un dato sistema di norme – comporta che lo schema astratto del dilemma del prigioniero, anche in considerazione della fondamentale variabile cronologica, assuma connotazioni tali per cui le ipotesi di equilibrio descritte non sono più statiche, ma costantemente soggette a mutamenti nel tempo, indipendenti dalle scelte individuali di ciascun player.

In altre parole, ci sono soggetti terzi, estranei al dilemma del prigioniero, che possono in ogni momento alterarne l'equilibrio rendendo inefficienti, in questa prospettiva dinamica, opzioni decisionali che, in una visione statica, sono profittevoli: si pensi, in particolare, all'ipotesi di una

⁷⁷ In tema, C.R. Leslie, *Antitrust Amnesty, Game Theory and Cartel Stability*, in 31 J. Corp. Law, 2006, p. 453 ss., nonché N. ZINGALES, op. ult. cit., p. 10, secondo cui sebbene la scelta di "confessare" rappresenti una strategia debolmente dominante, il che fa della coppia di strategie [confessare, confessare] un equilibrio di Nash, c'è comunque un secondo equilibrio in gioco e cioè quello espresso dall'opzione [non confessare, non confessare]. Sicché, anche in assenza di fughe di informazioni, la collaborazione tra le due parti potrebbe spingere entrambe verso la scelta di non confessare e garantirsi così un pay-off maggiore.

⁷⁸ Come visto, in presenza di un programma di clemenza, la fedeltà dei collusi al cartello deve essere interna, rispetto agli accordi assunti in sede di intesa, ed esterna, in relazione al mancato invito dell'autorità alla delazione.

⁷⁹ Vedi N. Zingales, op. ult. cit., p. 11, che sottolinea come "the setting is, of course, complicated also by the fact that the cartel is formed and maintained only as long as there is a sufficient level of trust among its members".



confessione che giunga allorché l'autorità già dispone degli elementi per comminare la sanzione più grave, raccolti grazie alla segnalazione di un concorrente esterno al cartello.

Se, nella dinamizzazione del dilemma del prigioniero a fondamento di un cartello, possono giocare un ruolo importante consumatori e concorrenti esterni all'intesa, tuttavia il ruolo fondamentale è sempre e comunque rivestito dalle autorità garanti della concorrenza, allorché considerate non quali attori staticamente in attesa della confessione (come nella formulazione teorica del prisoner's dilemma), ma proattivamente tesi alla autonoma ricerca di elementi probatori sull'illecito⁸⁰.

È proprio questo "attivismo" dell'authority che può scardinare i rapporti fiduciosi fondativi e reggenti nel tempo il cartello, dal momento che il dinamismo delle autonome iniziative d'indagine delle autorità di controllo viene avvertito dai soggetti collusi come percezione della probabilità, più o meno elevata, di essere scoperti. In sostanza, attraverso la propria attività, l'autorità ha il potere di creare sfiducia nel cartello e costruire, al contempo, un dilemma del prigioniero più favorevole per sé, ovvero un dilemma in cui la confessione risulti come la strategia dominante⁸¹.

In tal senso, alla luce del ruolo che possono assumere, in prospettiva generale, la valorizzazione della deterrence delle disposizioni in materia di concorrenza e, in ottica particolare, le antitrust authorities con la propria attività di discovery, lo schema che rappresenta le opzioni decisionali nel dilemma del prigioniero può assumere questa ulteriore impostazione⁸²:

		Player 2	
		Confessione	Non Confessare
Player 1	Confessare	$(d + \frac{1}{2}f, d + \frac{1}{2}f)$	$(d, d + f)$
	Non Confessare	$(d + f, d)$	$[p(d + f), p(d + f)]$

⁸⁰ Per una prospettiva più ampia, A. ZUCKERMAN, Court Control and Party Compliance. The Quest for Effective Litigation Management, in N. Trocker - V. Varano, *The Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective*, Torino, 2005, p. 143 ss., e M. Damaska, *The Faces of Justice and State Authority. A Comparative Approach to the Legal Process*, New Haven, 1986, p. 16 ss.

⁸¹ È questa la condivisibile opinione di N. ZINGALES, op. ult. cit., p. 11. L'Autore cita il case *United States v. Sw. Bus Sales*, 20 F.3d 1449 (8th Cir. 1994), quale esempio emblematico di fattispecie nella quale l'Antitrust Division, partendo da informazioni inerenti un illecito minore, è giunta alla scoperta di un importante cartello.

⁸² La rappresentazione grafica è tratta da J.E. HARRINGTON, *Leniency Programs: Past Experiences and Future Challenges*, 13 dicembre 2010, p. 10, paper reperibile on-line alla pagina http://www.econ2.jhu.edu/people/Harrington/Harrington_AAL%20slides.pdf.



In questa ricostruzione, “*P*” è la sanzione evitata tramite la confessione, “*d*” rappresenta la sanzione che in ogni caso sarà inflitta anche con la confessione e “*p*” la probabilità che l’illecito sia comunque scoperto dall’autorità di controllo, indipendentemente dalla confessione. È chiaro, dunque, che è proprio il valore di “*p*” quello sul quale deve andare ad incidere l’autorità: quanto più esso sarà elevato, tanto più lo schema concreto del dilemma del prigioniero a fondamento del cartello tenderà a sovrapporsi alla situazione tipica ove la scelta della confessione rappresenta la strictly dominant strategy⁸³.

La variabile “*p(d+f)*”, in effetti, esprime la percezione della deterrence di quel dato complesso di norme per ciascun partecipante al cartello e, dunque, il grado di disincentivazione di condotte devianti. In tale ottica, a parte incidere sull’entità delle sanzioni e sull’offerta di clemenza, diversi sono i meccanismi cui può concretamente ricorrere un ordinamento per ottenere tale risultato di incremento del valore della deterrence, lavorando sul solo elemento espresso da “*p*”.

Tali meccanismi, poi, dovranno essere razionalmente applicati alla singola fattispecie concreta tramite strategie adeguate attuate dalle autorità di controllo. È il caso, ad esempio, del rafforzamento dei poteri d’indagine dell’autorità di controllo, allorché si consenta alla stessa di allargare, in maniera progressiva, il proprio angolo visuale da un cartello ad un altro, senza limitazioni di sorta: spesso ciò consente di risalire da intese minori ad altre più importanti (è il caso dei meccanismi di disvelamento dei cartelli internazionali, come di quelli relativi a mercati secondari⁸⁴). D’altro canto, anche la semplice minaccia di applicazioni di pene rispetto ad un’intesa minore può indurre uno dei cartellisti a rivelare illeciti più importanti (è questo uno dei meccanismi alla base dell’Amnesty Plus, presente in molti ordinamenti giuridici).

Accade spesso, però, che gli stessi partecipanti all’illecito, tutti o parte di essi, non dispongano delle prove sufficienti per il completo disvelamento dell’illecito: in questi casi, risultano fondamentali le scelte strategiche compiute, nel caso concreto, dalla public authority. Nello specifico, assume importanza fondamentale il momento dell’intervento sanzionatorio ai danni dei cartellisti, visto che anticipare troppo il provvedimento potrebbe significare infliggere sanzioni soltanto per le fattispecie meno gravi e più evidenti; l’attesa potrebbe consentire di raccogliere maggiori informazioni e definire meglio i rapporti fiduciari che reggono il cartello.

È decisiva, in questa ottica, anche la capacità dell’autorità di rappresentarsi quale interlocutore affidabile per il soggetto che voglia sciogliersi dall’illecito (generalmente, nei cartelli, le imprese di minori dimensioni), facendo in modo che giugano allo stesso messaggi di trasparenza e clare loqui in termini procedimentali e di certezza nell’applicazione degli strumenti di leniency offerti.

Il medium ideale attraverso cui veicolare questi messaggi in direzione dei partecipanti al cartello è rappresentato dai programmi di clemenza, tant’è che non a caso si è detto essi rappresentano, nell’ambito delle complesse dinamiche relazionali tra autorità di controllo ed imprese colluse, peculiare espressione di una “strategic game theory”⁸⁵.

⁸³ Vedi W. KOVACIC, *Private Participation in the Enforcement of Public Competition Laws*, Londra, 15 maggio 2003, alla pagina <http://www.ftc.gov/speeches/other/030514biicl.htm>.

⁸⁴ Cfr. D.N. NORTH, *Understanding the Process of Economic Change*, Princeton, 2005, p. 76 ss.

⁸⁵ L’espressione è di N. ZINGALES, op. ult. cit., p. 11, che segnala una ulteriore problematica e, cioè, quella dell’assenza di prossimità relazionale tra soggetti collusi ed autorità di controllo. Si registra, infatti, una tipologia di interazione caratterizzata dalla limitatezza dei contatti e dalla scarsa influenza. Ciò in quanto le authorities non hanno normalmente occasione di incontrare di persona i membri di un cartello per incoraggiare la loro confessione, sicché la singola fattispecie concreta si presenta in una connotazione decisamente più complicata rispetto a quella canonica del dilemma del prigioniero. Le autorità devono riuscire ad inviare segnali ai cartellisti, in modo da spingerli a violare il legame fiduciario che li lega.



In questo “antitrust game”, si è visto, quel che è decisiva è la percezione che i membri del cartello ed, in particolare, quello di essi che più degli altri può prendere in considerazione l’opzione della confessione abbiano degli elementi in campo, in primis dell’offerta di leniency (che è come dire del programma di clemenza).

Ed allora, se le leniency policies, intese in questo senso, servono a riscrivere, nella logica del dilemma del prigioniero, i rapporti fiduciari fondativi e nel tempo reggenti i cartelli, ciò non toglie che, nella prospettiva particolare di ciascun cartellista, allorché valuti l’opzione della confessione, pesano una serie di fattori ulteriori – di carattere essenzialmente metagiuridico - che complicano ulteriormente la formula di base, discostando le fattispecie concrete dallo schema tipico spiegabile tramite le opzioni sovraespresse.

Nello studio delle dinamiche applicative dei programmi di clemenza, il formante dottrinale ha identificato, allora, almeno quattro elementi che contribuiscono profondamente ad alterare, nella realtà, il modello astratto del prisoner’s dilemma⁸⁶.

4.1. Nel modello astratto del dilemma del prigioniero, l’assunzione delle decisioni e le conseguenze delle stesse ricadono nella medesima sfera applicativa: in altre parole, ciascun prisoner sceglie se confessare o meno con la consapevolezza che eventuali provvedimenti di clemenza e/o sanzionatori conseguenti ricadranno immediatamente sulla sua persona.

Nel caso dell’applicazione delle leniency policies ai cartelli questa coincidenza soggettiva tra decidente e destinatario delle conseguenze della decisione si rompe.

Ciò in quanto, di là dai rapporti di incorporazione propri delle persone giuridiche, nell’applicazione dei programmi di clemenza, v’è una netta differenziazione tra singoli e imprese, allorché – di fatto – i primi assumono le decisioni, mentre le seconde ne subiranno le conseguenze⁸⁷.

Questa “dissociazione soggettiva”, che si registra rispetto al dilemma del prigioniero, comporta la possibile emersione di conflitti di interesse tra singoli ed imprese nella logica della scelta ottimale indotta dalla politica di clemenza.

L’emersione o meno di tale potenziale conflitto “interno” all’impresa stessa - che, in ultima istanza, divide i dipendenti e gli amministratori dall’impresa di appartenenza - dipende dalla impostazione del diritto antitrust di un dato ordinamento, come dalle risposte offerte dai leniency programmes. In particolare, la confliggenza di interessi tra individui ed impresa si manifesta in quei sistemi giuridici in cui l’apparato sanzionatorio a tutela del diritto antitrust prevede, accanto alle sanzioni pecuniarie, anche pene detentive a carico dei dipendenti dell’impresa collusa⁸⁸.

Emblematico, in tal senso, è l’esempio dell’ordinamento americano, ove coesistono sanzioni pecuniarie e detentive: teoricamente, l’adesione al programma di clemenza potrebbe giovare all’impresa, in termini di immunità o di riduzione delle sanzioni pecuniarie, ma esporre i dipendenti della stessa alla certezza della carcerazione. In una situazione del genere, quella che è la scelta ottimale per l’impresa – la confessione - non si rivelerebbe conveniente per gli individui (che, peraltro, tale scelta pure sono chiamati di fatto ad assumere).

È questo il motivo per cui i programmi di clemenza prevedono, in genere, forme di derivative leniency in favore di amministratori, dirigenti e dipendenti dell’impresa che aderisca alla policy (accanto all’esperienza americana, si possono annoverare, a titolo esemplificativo, quelle

⁸⁶ Per tutti, N. ZINGALES, op. ult. cit., p. 12 ss.

⁸⁷ In tema, C. AUBERT, Instruments for Cartel Deterrence, and Conflicts of Interests, in V. GHOSHAL - J. STENNEK (a cura di), *The Political Economy of Antitrust*, Oxford, 2007, p. 123 ss.

⁸⁸ Vedi G. Spratling – D. Jarrett – A. Shephard, Making the Decision: What to Do When Faced with International Cartel Exposure. Developments Impacting the Decision in 2006, paper presentato all’American Bar Association Section of Antitrust Law 54th Antitrust Law Spring Meeting, Washington, 2006, p. 42 ss.



australiana e giapponese). La previsione di questi “correttivi” comporta che non vi sia più contrasto interno tra impresa e singoli individui, ma che gli interessi degli stessi siano tutti convergenti verso la collaborazione con l’autorità⁸⁹.

Peculiare, rispetto a questo profilo, è la situazione determinatasi nell’ordinamento comunitario, che – come noto – è caratterizzato dalla compresenza di “diritti della concorrenza”, non uniformi rispetto al quadro sanzionatorio, e da più autorità parallelamente competenti in materia, a livello nazionale (le competition authorities di ciascun sistema) e sovranazionale (la Commissione), ciascuna dotata di un proprio programma di clemenza. Nello specifico, vi sono sistemi nazionali che, in una prospettiva di favor per la dimensione sanzionatoria, prediligono l’adozione di sanzioni particolarmente afflittive, comprese quelle penali (si pensi ad Inghilterra, Francia e Germania), mentre altri lavorano nella logica del rafforzamento dei poteri di discovery delle autorità al fine di implementare comunque la capacità complessiva di deterrence delle norme in materia (è il caso dell’ordinamento italiano e dei Paesi Bassi).

Ora, a fronte di tale contesto, la leniency notice comunitaria, coerentemente con un diritto antitrust privo di sanzioni penali a carico degli individui, si applica esclusivamente alle imprese e non prevede forme di immunità per i dipendenti delle stesse⁹⁰. Eppure, ciò lascia un vuoto di tutela, ove si pensi che, negli ordinamenti di appartenenza, i medesimi dipendenti dell’impresa potrebbero essere costretti a subire anche pene detentive.

In tal senso, emerge forte il conflitto tra interesse dell’impresa alla collaborazione e quello dei dipendenti alla non collaborazione, con possibilità di opzioni finali non razionali secondo lo schema classico del dilemma del prigioniero. Il problema relativo alla mancanza di coordinamento tra i sistemi nazionali di enforcement e i programmi di clemenza (nazionali e comunitario) determina, così, un evidente disequilibrio nel prisoner’s dilemma ed un effetto disincentivante alla collaborazione, soprattutto in quelle fattispecie caratterizzate dalla presenza di membri del cartello in ordinamenti europei che prevedano pene detentive per gli illeciti antitrust⁹¹.

Non è un caso, tra l’altro, che si discuta, da diversi anni, dell’opportunità di introdurre sanzioni penali di matrice comunitaria in ambito antitrust, favorendo così la nascita di un sistema di enforcement europeo uniforme in cui le pene detentive, nonché l’immunità per la clemenza, vengano applicate tanto in sede comunitaria, quanto in ambito nazionale. Ad ogni modo, indipendentemente da ogni conclusione circa l’opportunità o meno di ricorrere a sanzioni penali a livello comunitario, rimane fermo il dato per cui è indispensabile, ai fini della migliore applicazione dei programmi di clemenza nazionali ed europeo, procedere verso una progressiva

⁸⁹ Cfr. C. Aubert, *Instruments for Cartel Deterrence, and Conflicts of Interests*, cit., p. 123 ss. In tema, si rinvia ancora a N. ZINGALES, op. ult. cit., p. 12 ss., il quale evidenzia l’efficienza, sul punto, dell’impostazione del modello statunitense. L’Autore, ad ogni modo, ipotizza l’emersione di potenziali conflitti di interesse tra impresa ed individui anche in assenza di sanzioni penali, allorché alcuni individui siano decisi a rispettare le leggi a prescindere e non vogliono seguire gli interessi comuni indipendentemente dalla leniency prospettata in favore dell’azienda. Tali individui sono intrinsecamente non disposti ad agire come “firm-interest maximizers”, soprattutto quando questo implichi il rischio di imputazioni personali.

⁹⁰ Secondo N. ZINGALES, op. ult. cit., p. 12, ogni tentativo di estendere l’applicazione agli individui del programma di clemenza comunitario si è rivelato fallimentare. Peraltro, secondo l’Autore, il conflitto tra imprese ed individui, nel contesto comunitario, sarebbe inasprito dal modo in cui opera il sistema penale stesso, caratterizzato dalla “mandatory prosecution rule” nella maggior parte dei Paesi dell’Unione Europea. Dunque, anche se il programma di clemenza venisse modificato per includere l’immunità penale in tutti i Paesi europei, l’immunità potrebbe essere presa in considerazione soltanto in una fase successiva del procedimento, non evitando così l’impatto della partecipazione al processo penale stesso.

⁹¹ In tema, M. Bloom, *Benefits and Challenges of Leniency Programmes in the Context of EC Modernization*, in E. Raffaelli (a cura di), *Antitrust between EC Law and National Law*, Treviso, 2005, p. 183 ss., nonché C. Aubert, op. ult. cit., p. 136 ss.



uniformazione degli apparati di deterrence presenti nelle realtà nazionali, magari per il tramite dell'attività di uniformazione svolta in materia dello European Competition Network⁹².

4.2. Nello schema fondamentale del dilemma del prigioniero, che si fonda sulla completa conoscenza delle “regole del gioco” da parte di tutti i partecipanti, le sanzioni che ciascun prigioniero può ragionevolmente attendersi in ragione della propria condotta deviante sono note e pre-determinate, così come l'incidenza sulle stesse della propria strategia.

Apertis verbis, ciascun prisoners può consapevolmente assumere la propria decisione, nella piena cognizione di tutte le potenziali conseguenze della stessa, entro i termini positivi della clemenza e quelli negativi della sanzione piena per l'illecito più grave, assumendo come dato di partenza la pena minima prevista per l'illecito minore già accertato.

Eppure, questo schema è profondamente alterato, nella realtà degli illeciti concorrenziali, da un ulteriore fattore di disequilibrio del dilemma del prigioniero e, cioè, la frequente interazione, in materia, di sanzioni amministrative e sanzioni penali, cui si accompagnano, secondo differenti gradi di diffusione nei determinati ordinamenti, le civil claims della dimensione del private enforcement⁹³.

Pur senza voler ancora considerare l'incidenza delle pene detentive, anche la sola convergenza di queste differenti formule sanzionatorie di matrice pecuniaria, affidate quasi in tutti i sistemi giuridici a distinte autorità, determina, in ultima istanza, una condizione di profonda incertezza in merito all'entità delle conseguenze economiche derivanti dal disvelamento dell'illecito⁹⁴.

Questa considerazione induce a ritenere che un programma di clemenza che aspiri all'efficienza non può prescindere dalla analisi del complessivo apparato sanzionatorio fissato dall'ordinamento nel quale si inserisce, offrendo al potenziale applicant risposte in merito a ciascuna delle dinamiche sanzionatorie previste dal sistema. Peraltro, non è necessario che tali risposte si atteggino in termini di clemenza o di offerta di immunità, ma devono consentire al confessor di poter predeterminare, con ragionevole grado di approssimazione, i costs ed i benefits rispettivi della cooperazione e della non cooperazione⁹⁵.

In caso contrario, il prisoner non sarà mai posto in grado di compiere scelte effettivamente razionali e, dunque, di indirizzarsi verso la confessione: la razionalità delle scelte, infatti, e, più in generale, l'intero schema del dilemma del prigioniero è minato ab origine dall'incertezza.

Si pensi, quale esempio emblematico, all'ordinamento statunitense, dove si assiste alla compresenza di tutte le formule sanzionatorie appena richiamate: sanzioni amministrative, sanzioni detentive e risarcimento dei danni (caratterizzato peraltro dalla treble damages rule).

Ora, la leniency policy di quell'ordinamento offre risposte rispetto a tutte le epifanie dell'apparato sanzionatorio connesso alle intese: accanto all'immunità rispetto alle sanzioni pecuniarie per l'impresa, prevede forme di clemenza anche in ordine alle pene detentive inflitte agli individui, nonché, dopo l'entrata in vigore dell'Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act del 2004, una profonda mitigazione delle conseguenze risarcitorie, con l'esonero – tra l'altro - dal treble damage.

Sebbene con diverse fortune e soluzioni, numerosi ordinamenti giuridici dotatisi di programmi di clemenza, negli ultimi anni, si sono mossi nella direzione di valorizzare l'elemento della prevedibilità ex ante delle sanzioni applicate in forza del public enforcement, ancorando le

⁹² Sul punto, vedi, infra, la parte del volume dedicata all'ECN Model Leniency Programme.

⁹³ Cfr. N. Zingales, op. ult. cit., p. 15 ss.

⁹⁴ Vedi M. BLOOM, op. ult. cit., p. 190 ss.

⁹⁵ In tema, G. Spratling – D. Jarrett – A. Shephard, Making the Decision: What to Do When Faced with International Cartel Exposure, cit., p. 45 ss.



stesse a parametri certi, fondati su diversi fattori come il fatturato dell'impresa o i profitti ricavati tramite l'illecito (non è un caso, d'altronde, il recente diffondersi in parecchie esperienze giuridiche dell'adozione, da parte delle competition authorities, di guidelines inerenti l'applicazione delle sanzioni⁹⁶).

Persistono, tuttavia, non poche incertezze intorno alle conseguenze risarcitorie connesse alle violazioni del diritto della concorrenza, almeno negli ordinamenti dove il private enforcement è concretamente sviluppato, visto che il governo della materia è interamente affidato alle corti che, in non poche occasioni, hanno adottato criteri di liquidazione dei danni singolari e decisamente afflittivi per il danneggiante.

Orbene, ciò comporta che, a fronte dell'interazione esistente tra sanzioni pecuniarie, detentive e risarcitorie, il dilemma del prigioniero assuma la connotazione di un "sequential game", dove la strategia collaborativa non si caratterizza più per essere "strictly dominant"⁹⁷. In effetti, può accadere che sia proprio l'incertezza connessa alle conseguenze risarcitorie dell'illecito a contribuire ad alterare, in maniera determinante, la conformazione del dilemma del prigioniero, impendendo di fatto al membro del cartello una scelta razionale in favore della confessione.

In particolare, emblematica è ancora l'esperienza statunitense, ove esiste un forte incentivo in merito al private enforcement, realizzato non soltanto tramite istituti di diritto sostanziale quale la regola dei treble damages, ma anche attraverso strumenti processuali quali le class actions, funzionali ad ammortizzare i costi elevati connessi all'instaurazione del procedimento, come a deflazionare il numero di controversie. Dunque, il timore di una class action conseguente alla leniency application rappresenta un profondo disincentivo alla collaborazione, visto che l'accertamento del cartello, realizzatosi innanzi alla competition authority, può avere evidenti ripercussioni in sede civilistica, finendo per abbattere profondamente gli oneri probatori dei claimants⁹⁸.

Dunque, il fronte del private enforcement, negli ordinamenti ove tale dimensione si è pienamente sviluppata, costituisce l'elemento di incertezza maggiore per i membri del cartello, allorché valutino la proposta di leniency formulata dall'autorità tramite il relativo programma.

Eppure, soprattutto nelle formulazioni più recenti, le disposizioni delle politiche di clemenza sono particolarmente attente a definire una serie di garanzie per l'applicant rispetto alle

⁹⁶ È il caso, ad esempio, delle guidelines adottate dalla Commissione europea nel 2006, come della Guidance as to the appropriate amount of a penalty, recentemente modificata, in data 10 settembre 2012, dall'Office of Fair Trade britannico. Si rinvia, sul punto, a M.A. SANDULLI, I criteri per l'applicazione e la determinazione delle sanzioni, in C. RABITTI BEDOGNI - P. BARUCCI (a cura di), 20 Anni di antitrust, Torino, 2010, p. 451 ss.; J.M. CONNOR, Has the European Commission become more severe in punishing cartels? Effects of the 2006 guidelines, in E.C.L.R., 2011, 1, p. 27 ss.; B. Vesterdorf, Are fines the final answer to cartels in Europe?, in Concurrences, 2009, 2, p. 1 ss.; K. Hofstetter – M. Ludescher, Fines against Parent Companies in EU Antitrust Law: Setting Incentives for "Best Practice Compliance", in World Comp., 2010, 1, p. 33 ss.

⁹⁷ Così N. ZINGALES, op. ult. cit., p. 20.

⁹⁸ Cfr. M. Friedman - L.J. Savage, The Utility Analysis of Choices Involving Risk, in 56 J. Pol. Ec., 4, 1948, p. 276 ss. Secondo N. ZINGALES, op. ult. cit., p. 20, questa considerazione circa lo strettissimo rapporto che lega procedimenti amministrativi e penali sui cartelli con le vertenze risarcitorie dei privati dovrebbe razionalmente indurre ciascuna impresa, che confessi la propria partecipazione ad un cartello in sede di leniency application, a cercare una transazione con i civil claimants. Dunque, seguendo questo ragionamento, la maggior parte delle cd. "follow-on actions" dovrebbe concludersi con un accordo tra impresa e claimants. Eppure, in concreto, ciò non accade e le imprese, nella maggior parte delle occasioni, preferiscono che il procedimento si concluda con una sentenza. L'Autore ritiene che tale comportamento delle imprese trovi spiegazione nelle leve psicologiche che muovono le decisioni ed, in particolare, in quegli studi economici che qualificano i privati come intrinsecamente "loss-averse" e, di conseguenza, "risk-seeking" in ordine alle perdite. Si tratta, in particolare, degli studi di J.W. Pratt, Risk Aversion in the Small and in the Large, in 32 Econ., 1/2, 1964, p. 122 ss.; J. Tobin, Liquidity Preference as Behavior toward Risk, in 26 Rev. Ec. St., 1958, p. 65 ss.; K.J. Arrow, Essays in the theory of risk-bearing, Chicago, 1976, p. 23 ss.; D. Kahneman – A. Tversky, Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk, in 47 Econ., 2, 1979, p. 263 ss.



conseguenze, in termini risarcitori, della propria collaborazione: in tal senso, a parte previsioni pressoché uniformi dedicate alla stretta confidentiality che accompagna la produzione di materiale probatorio, alcuni programmi impongono all'impresa che voglia aderire agli stessi di impegnarsi a ristorare, per quanto possibile, i danni cagionati al mercato ed ai privati (è il caso, ad esempio, della leniency americana). Clausole del genere, che prevedono l'impegno dell'impresa richiedente al ristoro dei danni ai fini della concessione dell'immunità, rappresentano uno strumento funzionale ad anticipare la considerazione del private enforcement già al momento dell'adesione al programma; tali formule, tuttavia, dovendo necessariamente essere "aperte", con il riferimento al "where possible", non eliminano in toto i margini di incertezza che accompagnano l'application e, dunque, non favoriscono effettivamente la scelta cooperativa.

Probabilmente, in un ordinamento antitrust quale è quello americano, sarebbe opportuno, al momento della concessione della leniency, prevedere un accordo tra Antitrust Division ed impresa, volto alla quantificazione approssimativa dei danni cagionati ai privati ed alla conseguente fissazione di tale somma quale soglia massima che il confessor sarà tenuto a corrispondere nella cause di risarcimento. Eventuali voci di danno eccedenti tale soglia potrebbero essere imputate, a titolo sanzionatorio, sulle altre colluse, che non abbiano aderito al programma di clemenza.

Una soluzione del genere garantirebbe all'impresa di avere assoluta certezza circa le conseguenze, in termini di esborsi economici, collegate alla scelta cooperativa, favorendo quest'ultima rispetto alla opzione non cooperativa, che verrebbe circondata da margini di rischio ed incertezza ancora maggiori.

Nel contesto europeo (comunitario e nazionale), così come in molte esperienze collocate in altre aree geografiche (a titolo esemplificativo, possono citarsi il Brasile, il Sud Africa o il Giappone), la dimensione del private enforcement è ancora poco sviluppata, sicché – per assurdo – tale arretratezza, pur non eliminando margini di incertezza nell'applicazione dei programmi, può costituire un vantaggio nella prospettiva dell'opzione cooperativa del prisoner's dilemma. Infatti, ciascun player, nell'elaborare la propria strategia collaborativa, potrebbe addirittura trascurare l'incidenza dei costs indotti da tale dimensione specifica, dal momento che le conseguenze delle azioni risarcitorie proposte dai privati sono meramente eventuali e, comunque, scarsamente incidenti, in termini afflittivi, rispetto a quelle del public enforcement⁹⁹.

Ad ogni modo, deve pur dirsi che, in ragione della diffusione dei cartelli internazionali come della necessità di garantire effettiva tutela ai diritti dei consumatori, molti ordinamenti, negli ultimi anni, stanno progettando interventi sulle proprie legislazioni in materia al fine di ridurre il gap di enforcement esistente rispetto agli Stati Uniti in materia di civil claims.

Nel sistema giuridico dell'Unione Europea sono espressione di tale finalità riformatrice la pubblicazione, in anni recenti, del White Paper e del Green Paper on antitrust damages actions, nonché del cd. "Ashurst Study", che offre una fotografia dell'attuale situazione del private enforcement nei sistemi nazionali ed in quello comunitario¹⁰⁰. Tra le diverse ipotesi di riforma prese in considerazione, v'è stata anche quella dell'introduzione, nei sistemi nazionali e comunitario, dell'istituto della class action in materia antitrust, nonché di una "double damages rule".

In effetti, una riforma in questa direzione, rappresentando una decisa uniformazione della disciplina europea del private enforcement a quella statunitense, allorché dovessero essere

⁹⁹ Vedi S.K. Mehra, More Is Less: A Law-And-Economics Approach to the International Scope of Private Antitrust Enforcement, in 77 Temp. L. Rev., 2004, p. 47 ss.

¹⁰⁰ In merito a questi pubblicazioni, si rinvia, infra, alle parti del volume specificamente dedicate al private enforcement in rapporto alla leniency ed ai programmi di clemenza.



previste anche forme di efficacia extraterritoriale delle relative disposizioni¹⁰¹, consentirebbe non soltanto una più omogenea applicazione dei programmi di clemenza, ma soprattutto eviterebbe distorsioni dell'istituto connesse alla scelta strategica, da parte del confessor membro di cartelli a rilevanza transazionale, dell'ordinamento più favorevole per la proposizione dell'application¹⁰².

4.3. Il fattore di disequilibrio del dilemma del prigioniero di cui sopra, caratterizzato dall'imposizione di sanzioni (in senso lato) di diversa natura e da parte di diverse autorità, è, per alcuni aspetti, analogo a quello connesso al contemporaneo e frequente coinvolgimento di diverse giurisdizioni rispetto alla medesima fattispecie.

Nel prisoner's dilemma si assume che entrambi i players dialoghino e possano essere sanzionati da un'unica autorità; nell'atteggiarsi concreto degli illeciti concorrenziali, al contrario, vista l'attuale frequenza di cartelli transnazionali e di intese che producono effetti su più mercati, ricadenti sotto diversi ordinamenti giuridici, risulta spesso assai difficile identificare la competenza di un'unica giurisdizione rispetto alla condotta deviante.

Anche questa circostanza incide sulla possibilità dei membri del cartello di adottare strategie razionali in ordine ai programmi di clemenza, in consonanza con l'impostazione relazionale tipica del dilemma del prigioniero. In particolare, potrebbe accadere che il potenziale confessor non sia indotto alla collaborazione per il timore che la confessione ed il materiale istruttorio prodotto innanzi ad un'autorità finiscano per ritorcersi contro in un altro ordinamento e dinanzi ad una differente authority, pure competente rispetto al cartello¹⁰³.

La soluzione di tali problematiche, secondo parte della dottrina, potrebbe venire dalla previsione, all'interno dei programmi di clemenza, di clausole "one-stop-shop", caratterizzate dall'opportunità per il richiedente di presentare la propria application dinanzi ad una sola autorità, ottenendo il medesimo trattamento in tutti gli ordinamenti giuridici¹⁰⁴.

¹⁰¹ Come ha stabilito, negli Stati Uniti, la Corte Suprema per quanto concerne la "treble damages rule": vedi *F. Hoffmann-La Roche Ltd. v. Empagran S.A.*, 542 U.S. 155 (2004). In dottrina, W. Wurmnest, *Foreign Private Plaintiffs, Global Conspiracies and the Extraterritorial Application of U.S. Antitrust Law*, in 28 *Hastings Int. & Comp. L. Rev.*, 2005, p. 205 ss.

¹⁰² In tema, D. Waelbroeck – D. Slater, *The Commission's Green Paper on Private Enforcement: "Americanization" of EC Competition Law Enforcement?*, in C. Ehlermann – I. Atanasiu (a cura di), *European Competition Law Annual 2006: Enforcement of Prohibition of Cartels*, Oxford, 2007 p. 425 ss. L'opzione per l'introduzione di formule ibride, risarcitorie e sanzionatorie al contempo, come una "double damages rule" sembra, tuttavia, attualmente abbandonata. Critico, sul punto, N. ZINGALES, op. ult. cit., pp. 21-22, secondo il quale neppure l'introduzione di istituti analoghi alla class action statunitense negli ordinamenti nazionali europei potrebbe, da sola, favorire lo sviluppo del private enforcement in materia antitrust. In mancanza di concomitanti e realmente afflittive sanzioni imposte dalle authorities di public enforcement, il sacrificio economico imposto al cartellista si rivelerà, comunque e con buona probabilità, inferiore rispetto a quanto illecitamente guadagnato attraverso il cartello. L'Autore, infatti, ritiene obiettivamente difficile che tutti i danneggiati decidano di aderire anche al meccanismo collettivo di risarcimento, specialmente laddove essi dovrebbero anticipare una certa somma per beneficiare del risultato finale. In tal senso, soltanto l'introduzione di formule risarcitorie punitive, rispetto alla mera funzione compensativa, che pure rimane l'obiettivo primario del private enforcement, potrebbe garantire il superamento dei benefici della partecipazione ad un cartello con profonda efficacia deterrente. Vedi anche D. Ginsburg, *Comparing Antitrust Enforcement in the United States and Europe*, in 1 *J. Comp. Law and Ec.*, 2005, 3, p. 435 ss.

¹⁰³ Vedi G. Spratling – D. Jarrett – A. Shephard, *Making the Decision: What to Do When Faced with International Cartel Exposure*, cit., p. 43 ss.

¹⁰⁴ Per l'ordinamento comunitario, si veda l'autorevole opinione di N. Kroes, *The First Hundred Days*, relazione tenuta in occasione del 40th Anniversary of the Studienvereinigung Kartellrecht 1965-2005, International Forum on European Competition Law, Brussels, 7 aprile 2005, reperibile alla pagina <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/05/205&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>, secondo cui "the weaknesses identified in the present leniency application regime need to be addressed. I have already floated the idea of a one stop shop for leniency applications in the EU. Initial reactions have been mostly favourable, from practitioners and businesses alike. Detailed work is underway with the coopera-



Una soluzione in tal senso, tuttavia, si dimostra, allo stato, utopica finanche per il solo sistema giuridico comunitario, dal momento che le legislazioni nazionali in materia di concorrenza sono tuttora molto differenti le une dalle altre, prevedono diversi presupposti ai fini della configurazione degli illeciti concorrenziali, diverse ancora sono le conseguenze sanzionatorie collegate agli stessi, così come – seppur in misura minima - i fondamenti applicativi delle leniency policies.

Nondimeno, l'esigenza di una armonizzazione, che può obiettivamente essere soltanto progressiva e da realizzarsi nel tempo, delle legislazioni antitrust è sempre più avvertita come esigenza pressante da parte di tutte le competition authorities, proprio in funzione della più efficiente applicazione di istituti moderni di lotta ai cartelli, quali i programmi di clemenza. L'eccessiva diversità delle soluzioni rispetto a questi ultimi, infatti, rischia di ingenerare un pernicioso fenomeno di “forum shopping” (rectius, di “programme shopping”), alla ricerca dell'ordinamento che offra condizioni di clemenza più favorevoli rispetto alla fattispecie concreta¹⁰⁵.

Il diffondersi di prassi del genere, tuttavia, rappresenterebbe il sostanziale fallimento delle politiche di clemenza, che verrebbero, nei fatti, sovvertite dagli applicants, inclini a scegliere leniency programmes particolarmente favorevoli, ritardando così i tempi dell'application e perseverando di fatto nell'illecito.

Tant'è che, anche per evitare tali distorsioni, nell'ordinamento statunitense si è consolidata una soluzione particolare per cui la disposizione inerente la treble damages rule trova applicazione non soltanto rispetto alle fattispecie interamente riconducibili al sistema americano, ma può, addirittura, assumere efficacia extraterritoriale. Nel 2004, infatti, la Supreme Court, nel leading case *Hoffman La Roche v. Empagran*¹⁰⁶, ha fissato il principio per cui la regola dei treble damages può essere estesa anche a fattispecie di cartelli verificatesi in altri ordinamenti, dal

tion and input of our colleagues in the European Competition Network. The design of any future system has to take full account of the specific needs of those who will eventually have to operate it. This means that rather than limiting ourselves to centralising solutions, we have to look at the options for one-stop leniency which fully exploit the dimension of the network”.

¹⁰⁵ Vedi W. Van Gerven, *The ECJ Case-law as a Means of Unification of Private Law?*, in A. Hartkamp – C. Joustra (a cura di), *Towards a European Civil Code*, 2nd ed., The Hague, 1998, p. 92 ss.

¹⁰⁶ Il riferimento completo è *Hoffman La Roche Ltd. v. Empagran S.A.*, 542 U.S. 155 (2004): la decisione si fonda, essenzialmente, su una lettura, in combinato disposto, del Foreign Trade Antitrust Improvements Act of 1982 (“FTAIA”) e dello Sherman Act. Si veda l'opinione, fortemente critica, di G. Butler, *The Supreme Court's Destruction of Incentive to Participate in the Justice Department's Cartel Leniency Program*, in 15 *Pub. Int. L.J.*, 2004, p. 169 ss., ed, in particolare, p. 184, ove l'Autore evidenzia che “in *F. Hoffman-La Roche*, the Supreme Court refused to allow foreign victims of global price fixing cartels to maintain civil actions in the United States based solely on foreign effects of the price fixing scheme. In so doing, the Court failed to adequately protect American consumers. The goal of American antitrust law is to provide a fair and competitive marketplace for the benefit of the average consumer. Global price-fixing cartels can violate these laws with impunity and rest assured that their overseas profits will more than make up for any penalties they may face in the United States. Thus, these cartels will continue to operate in America in order to maintain an inflated price across the globe”. Vedi anche M. Fitzpatrick, *Hoffman-La Roche Ltd. v. Empagran S.A.: The Supreme Court Trusts that Foreign Nations Can Preserve Competition without American Interference*, in 13 *Tul. J. Int'l & Comp. L.*, 2005, p. 357 ss. Da notare che molti governi, tra cui quello statunitense, si erano espressi in senso contrario rispetto agli esiti della decisione: si vedano *Brief for the United States as Amicus Curiae Supporting Petitioners*, *F. Hoffman-LaRoche v. Empagran S.A.*, 542 U.S. 155 (2004) (No. 03-724); *Brief of the Governments of the Federal Republic of Germany and Belgium in Support of Petitioners*, *F. Hoffman-LaRoche Ltd. v. Empagran S.A.*, 542 U.S. 155 (2004) (No. 03-724); *Brief of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, Ireland and the Kingdom of the Netherlands as Amici Curiae in Support of Petitioners*, *F. Hoffman-LaRoche Ltd. v. Empagran S.A.*, 542 U.S. 155 (2004) (No. 03-724); *Brief for the Government of Canada as Amicus Curiae Supporting Reversal*, *F. Hoffman-LaRoche v. Empagran S.A.*, 542 U.S. 155 (2004) (No. 03-724); *Brief of the Government of Japan as Amicus Curiae in Support of Petitioners*, *F. Hoffman-LaRoche Ltd. v. Empagran S.A.*, 542 U.S. 155 (2004) (No. 03-724).



momento che, ai fini dell'applicazione della stessa, non è necessario che il danno sia stato subito negli Stati Uniti, né che vi sia stato un effetto pregiudizievole sul mercato americano. Il civil claimant è chiamato a dimostrare esclusivamente che il cartello sia strettamente connesso ad un danno subito negli Stati Uniti¹⁰⁷.

In definitiva, seppure discorrere oggi di un diritto della concorrenza globalizzato appare quantomeno un'astrazione¹⁰⁸, non può trascurarsi che, nella quotidiana applicazione delle politiche di clemenza, le difformità legislative delle fattispecie concorrenziali e quelle applicative dei programmi di clemenza rappresentano uno dei fattori di principale disincentivazione della collaborazione nella prospettiva del dilemma del prigioniero e, peraltro, ciò avviene soprattutto per i cartelli più importanti ed estesi¹⁰⁹.

Alla luce di queste riflessioni, ancor prima e nella prospettiva di soluzioni uniformanti più ampie, è auspicabile la progressiva realizzazione di un modello armonizzato di programmi di clemenza. In tal senso, anche per le realtà giuridiche extraeuropee, quella che sta maturando, in seno allo European Competition Network, può rappresentare un'esperienza importante: si tratta dell'elaborazione di un modello di programma di clemenza essenziale e condiviso da tutti i sistemi nazionali europei, nonché dall'Unione. Questo Model Leniency Programme dovrebbe costituire la base di scrittura di tutti i programmi di clemenza europei e prevede, quale disposizione originale, un meccanismo, definito "summary application system", che consente, a determinate condizioni, di conservare la priority acquisita con la presentazione della domanda di adesione alla leniency notice comunitaria anche dinanzi alle autorità nazionali¹¹⁰.

4.4. In considerazione del fatto che, statisticamente, sono quasi sempre le imprese di dimensioni più piccole, che meno traggono benefici dal cartello, ad aderire alle politiche di clemenza, occorre prendere in considerazione una ulteriore variabile, enucleata dalla dottrina¹¹¹, incidente sulla razionalità delle scelte dei cartellisti rispetto alla leniency: la paura di ritorsioni.

Nell'impostazione fondamentale del dilemma del prigioniero, le scelte di ciascuno dei players sono fortemente influenzate dalla condotta altrui precedente alla opzione in favore di una delle due opportunità comportamentali (confessione; non confessione), ma assunte come

¹⁰⁷ Sui riflessi dell'Empagran case sul diritto della concorrenza europeo, M. Bloom, Should Foreign Purchasers Have Access to US Antitrust Damages Remedies? A Post Empagran Perspective from Europe, in 61 New York University Annual Survey of American Law, 2005, p. 433 ss.

¹⁰⁸ Si vedano tuttavia le riflessioni, sul punto, di N. ZINGALES, European and American Leniency Programmes, cit., p. 23, che suggerisce forme di integrazione positiva tra le diverse legislazioni in materia: l'Autore, pur riconoscendo che si tratta di problematica ancora in gran parte senza soluzione, sottolinea che è sempre più avvertita la necessità di un'armonizzazione fondamentale, di livello globale, delle legislazioni antitrust. Questa impostazione si scontra con la visione di quanti concepiscono il diritto della concorrenza come un settore dell'ordinamento concepito esclusivamente per porre rimedio ai fallimenti di mercato e attraverso il quale riconciliare i bisogni dell'economia di una nazione (è questo il pensiero dei cd. "colbertiani" o "dirigisti"). Questa impostazione, tuttavia, non è condivisa da quanti sostengono che il diritto della concorrenza dovrebbe essere funzionalizzato alla realizzazione, nella prassi, di principi economici sani ed, in definitiva, al benessere globale. In tema, cfr. A.T. Guzman, The Case for International Antitrust, in M. Greve – R. Epstein (a cura di), Competition Law in Conflict: Antitrust Jurisdiction in the Global Economy, Washington, 2004, p. 99 ss., nonché D. Gerber, Antitrust and the Challenge of Internationalization, in 64 Chicago-Kent Law Rev., 1989, p. 689 ss.

¹⁰⁹ Vedi anche G. Spratling – D. Jarrett – A. Shephard, Making the Decision: What to Do When Faced with International Cartel Exposure, cit., p. 48 ss.

¹¹⁰ In ordine al Model Leniency Programme europeo, nonché al meccanismo delle summary applications, vedi infra.

¹¹¹ Vedi N. Zingales, op. ult. cit., p. 24 ss.



indifferenti rispetto al comportamento dell'altro prisoner successivo alla decisione cooperativa o meno¹¹².

Nelle dinamiche relazionali reali che caratterizzano i cartelli, tale ricostruzione non è più veritiera e, infatti, può accadere che, una volta disvelato il cartello in seguito alla delazione di uno dei partecipanti, gli altri collusi, successivamente, cerchino di "punire" il traditore del pactum sceleris.

Il rischio è maggiore nei mercati caratterizzati da oligopoli o, comunque, da collegamenti economico-industriali tra più imprese generati da settori paralleli o collegati: è facile, in tal senso, che l'applicant, dopo aver partecipato al programma di clemenza ed aver contribuito alla condanna degli altri cartellisti, sia costretto a continuare ad avere rapporti economici con gli stessi o con imprese collegate¹¹³.

Una siffatta valutazione, pur estranea al contesto logico immediato del prisoner's dilemma, è suscettibile però di condizionare in maniera pressante la capacità dei membri del cartello di assumere scelte razionali – secondo il significato proprio della game theory - rispetto all'offerta di clemenza.

Sotto questo profilo, in genere, le leniency policies, nel momento in cui il procedimento di contestazione delle infrazioni ai cartellisti giunge a compimento, non assicurano agli aderenti, insieme alla clemenza, anche l'anonimato (fanno eccezione, in questo senso, l'esperienza giapponese e quella sudcoreana); d'altronde, tale risultato non è facilmente perseguibile, ove si pensi che, soprattutto al termine dell'indagine e con l'irrogazione delle sanzioni, difficilmente l'identità del cooperatore può essere celata. In determinate fattispecie, si potrebbe, tuttavia, immaginare una soluzione quantomeno parziale a tale problematica, mediante la menzione, nel provvedimento finale che chiude l'indagine sul cartello, di tutte le imprese colluse, con le relative sanzioni irrogate, nonché dell'applicazione del programma di clemenza. Rimarrebbe celato, tuttavia, il nome dell'impresa o dell'individuo che ha aderito al programma, cui non verrebbero concretamente irrogate le ammende. Questa soluzione, in effetti, avrebbe il pregio di generare anche un ulteriore effetto: l'impossibilità di conoscere il nome dell'impresa delatrice comporterebbe il formarsi di una sfiducia reciproca tra i competitors rispetto alla creazione di futuri cartelli tra le medesime imprese¹¹⁴.

Ad ogni modo, deve pur dirsi che, vista la natura delle intese anticoncorrenziali e dei rapporti tra le imprese colluse, è obiettivamente difficile immaginare che, anche nel silenzio dell'autorità sul punto, l'identità dell'applicant possa rimanere celata in concreto, soprattutto perché, spesso, la menzione della stessa è indispensabile proprio ai fini dell'adozione dei provvedimenti sanzionatori a carico degli altri partecipanti al cartello¹¹⁵.

Se questo vale per il provvedimento finale di imposizione delle sanzioni, al contrario, la riservatezza circa il nome dell'applicant è garanzia offerta, in pressoché tutti gli ordinamenti (pur con eccezioni rilevanti, quale ad esempio quella del programma sudafricano), nel corso delle indagini e durante il procedimento di applicazione del programma di clemenza; addirittura, molte

¹¹² Analoghe riflessioni in C.A. Jones, Private Antitrust Enforcement in Europe: A Policy Analysis and Reality Check, in 27 *World Competition: Law and Economics Review*, 2004, 1, p. 13 ss.

¹¹³ In queste ipotesi, la struttura del mercato spinge a conformarsi al cartello e agisce in questo modo come disincentivo alla confessione. Ovviamente, qui l'implicazione è che la ritorsione è possibile solo a patto che le compagnie denunciate siano abbastanza grandi da rimanere finanziariamente in salute anche dopo l'ammenda, e che siano in seguito disposte a sostenere queste azioni di ritorsione invece di concentrarsi esclusivamente sul recupero delle perdite (così N. ZINGALES, op. ult. cit., p. 24).

¹¹⁴ Cfr. J.D. Medinger, Antitrust Leniency Programs: A Call for Increased Harmonization as Proliferating Programs Undermine Deterrence, in 52 *Emory L. J.*, 2003, p. 1439 ss.

¹¹⁵ Cfr. M. Bloom, Benefits and Challenges of Leniency Programmes in the Context of EC Modernization, cit., p. 187 ss.



policies attualmente prevedono forme di applications anonime anche nei confronti dell'autorità, soprattutto nella fase iniziale del procedimento (a parte i modelli europeo e statunitense, si può citare la leniency brasiliana).

Questa garanzia di riservatezza durante il procedimento consente all'impresa che decida di collaborare con l'autorità di non subire, almeno in via subitanea, il rischio di ritorsioni da parte degli altri cartellisti¹¹⁶. In tal senso, questa previsione è strettamente collegata con quella, presente in molti programmi di clemenza, concernente il momento della cessazione della partecipazione al cartello del confessor. Anche ispirandosi ai modelli statunitense e comunitario, infatti, molte esperienze giuridiche hanno adottato regole flessibili, che consentono alle competition authorities di autorizzare l'applicant a perseverare, almeno formalmente, nella partecipazione al cartello o, comunque, a concordare una exit strategy progressiva. La ratio di tale regola, tuttavia, non è funzionale alla tutela dell'impresa collaboratrice, quanto ad evitare possibili pregiudizi alle attività d'indagine¹¹⁷.

In sostanza, al fine di non introdurre ulteriori elementi di “disturbo” rispetto al prisoner's dilemma che deve condurre l'impresa a valutare la confessione come scelta ottimizzante, la soluzione ideale per una leniency policy è quella di garantire, per quanto possibile, accanto all'immunità (o alla riduzione delle sanzioni), il rigido riserbo circa il nome dell'applicant, affinché questi non debba temere possibili ritorsioni – coeve o successive al disvelamento dell'intesa - da parte degli altri cartellisti. Analogamente, al fine di raggiungere il medesimo obiettivo, è importante che il drafting di un programma di clemenza preveda soluzioni concrete che lascino alle authorities un grado di discrezionalità rilevante ai fini della decisione circa il momento in cui l'impresa dovrà cessare la propria partecipazione al cartello¹¹⁸.

In conclusione, il fine ultimo del lavoro di interpretazione che l'interprete è chiamato a compiere su tutti questi elementi “esterni”, che pure incidono e condizionano l'autonomia come la razionalità delle strategie adottate dai membri di un cartello rispetto ai leniency programmes, è quello di identificare tecniche normative di “sterilizzazione” di tali fonti di disequilibrio, così da “purificare”, per quanto possibile, il dilemma del prigioniero che si realizzerà nella fattispecie concreta, affinché l'opzione collaborativa – cioè, la confessione - risulti essere sempre e comunque come strictly dominant¹¹⁹.

¹¹⁶ La paura della ritorsione, secondo N. ZINGALES, op. ult. cit., p. 25, può rivelarsi fondamentale ove un'impresa sommi tale considerazione alla mancanza di certezza circa la questione del momento opportuno per prendere contatti con l'autorità. Si potrebbe creare, in tal senso, un pungolo psicologico teso a scoraggiare la confessione, che sarebbe stata altrimenti la scelta più razionale, ovvero l'opzione che massimizza i benefits. Per tutte queste ragioni, l'opzione dei programmi di clemenza volta a non costringere l'azienda a porre termine alla partecipazione al cartello “immediatamente” (ma piuttosto soltanto “sollecitamente”) rende la policy più funzionale ed efficiente rispetto a quelle che scelgono soluzioni rigide circa la cessazione dell'attività illecita.

¹¹⁷ Da sottolineare che, rispetto a questo specifico profilo, il modello comunitario, anticipando quello americano, ha adottato formule più flessibili, che consentono alla Commissione di valutare opportunamente sin quando consentire la partecipazione della collaboratrice al cartello.

¹¹⁸ Cfr. D. Wyatt – A. Dashwood – A. Arnall, *Wyatt and Dashwood's European Union Law*, 5th ed., Londra, 2006, p. 232 ss., nonché M. Dougan, *National Remedies Before the Court of Justice: Issues of Harmonisation and Differentiation*, Oxford, 2004, p. 387 ss.

¹¹⁹ Sul ruolo della comparazione giuridica nei processi di uniformazione ed unificazione del diritto, M.J. BONELL, *Comparazione giuridica e unificazione del diritto*, in G. ALPA – M.J. BONELL – D. CORAPI – L. MOCCIA – V. ZENOVICH – A. ZOPPINI, *Diritto privato comparato. Istituti e problemi*, III ed., Roma - Bari, 2011, p. 12 ss. In merito alla funzione svolta dal formante giurisprudenziale in questi processi, vedi B. MARKESINIS – J. FEDTKE, *Judicial recourse to foreign law: a new source of inspiration?*, Londra, 2006, trad. it. a cura di A. TARUFFO, *Giudici e diritto straniero: la pratica del diritto comparato*, Bologna, 2009, p. 34 ss.



5. L'analisi in termini comparatistici dell'istituto dimostra come, attualmente, i modelli principali siano essenzialmente due: quello statunitense e quello comunitario, cui si è negli ultimi anni affiancato l'ECN Model Leniency Programme¹²⁰.

Il primo si può definire certamente come modello originario, dal momento che la realtà giuridica americana è stata la prima a sperimentare, alla fine degli anni '70, l'istituto del leniency program. L'iniziale insuccesso ha portato l'Antitrust Division a riformare in maniera sostanziale questo strumento nel 1993 e nel 1994, con l'introduzione rispettivamente della Corporate Leniency Policy e della Individual Leniency Policy. Dal 1993 in poi, visto il successo conseguito nell'ordinamento di appartenenza, il modello di leniency policy statunitense ha vissuto un periodo di intensa circolazione, venendo riproposto, in maniera pressoché pedissequa, in altre esperienze giuridiche quali quella australiana, sudafricana, coreana, brasiliana e, nell'area europea, inglese ed irlandese. Da questo punto di vista, il modello statunitense può pacificamente qualificarsi come dominante a livello globale¹²¹.

Per quanto concerne il modello comunitario, lo stesso si afferma inizialmente quale soluzione giuridica derivata, in quanto ispirata, almeno nelle sue linee essenziali, alla precedente esperienza statunitense. Tuttavia, la leniency policy europea si è nel tempo discostata dal modello originario, riadattandone formule e contenuti secondo soluzioni originali e caratteristiche, che ne fanno attualmente un modello a sé stante. Cronologicamente, esso fu introdotto dalla Commissione nel 1996 e profondamente riformato nel 2002 e, da ultimo, alla fine del 2006. Il modello comunitario, filtrato anche attraverso l'ECN Model Leniency Programme, influenza tutta l'area giuridica dell'Europa continentale: si pensi, in tal senso, soprattutto alle politiche di clemenza francese, tedesca ed italiana, ma potrebbero citarsi, ad esempio, anche quelle svedesi, spagnola e di numerosi sistemi dell'Est Europa.

Orbene, si è detto che il successo di una leniency policy dipende dalla sua capacità di incentivare le defezioni esterne dai cartelli e la confessione dell'impresa collusa. Da questo punto di vista, tanto il modello comunitario, quanto quello statunitense, al fine di garantirne il successo, hanno calibrato le proprie politiche di clemenza intorno alle medesime variabili di tipo tecnico¹²².

Specificamente, entrambi i modelli hanno considerato innanzitutto il cd. "tempo del perdono", nella scelta tra la concessione dell'immunità soltanto all'impresa che collabori con l'autorità prima dell'apertura di una istruttoria sul cartello autodenunciato (fase preistruttoria) e l'offerta di clemenza anche al collaboratore di giustizia in fase postistruttoria. Dopo una iniziale chiusura, entrambi i modelli si sono aperti anche a forme di clemenza postistruttoria, valutando

¹²⁰ In prospettiva generale sull'importanza di una visione comparatistica delle problematiche giuridiche, R. SACCO, Introduzione al diritto comparato, in ID. (diretto da), Trattato di Diritto Comparato, cit., passim; K. ZWEIGERT – H. KÖTZ, Introduzione al diritto comparato, vol. I, Principi fondamentali, cit., passim; G. GORLA, Diritto comparato e diritto comune europeo, cit., passim; M.G. LOSANO, I grandi sistemi giuridici, Torino, 1978, passim; M. ANCEL, Utilité et méthodes du droit comparé, trad. it. Utilità e metodi del diritto comparato (a cura di P. STANZIONE – G. AUTORINO STANZIONE), cit., passim; A. WATSON, From Legal Transplants to Legal Formants, in 42 Am. J. Comp. Law, 1995, 3, p. 469 ss.; L.J. COSTANTINESCO, Il metodo comparativo, ed. it. a cura di A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, Torino, 2000, passim; S. SICA, Comparazione giuridica e crisi del sistema: talune riflessioni, in Scritti in onore di R. Sacco, I, Milano, 1994, p. 1083 ss.

¹²¹ In prospettiva più ampia, U. MATTEI, A Theory of Imperial Law: A Study on U.S. Hegemony and the Latin Resistance, in 10 Ind. J. Global Legal Stud., 2003, p. 383 ss. Vedi anche le riflessioni di D. KENNEDY, Two Globalizations of Law and Legal Thought, 1850–1968, in 36 Suffolk U. L. Rev., 2003, p. 631 ss., nonché quelle di G. AJANI, By Chance and Prestige: Legal Transplants in Russia and Eastern Europe, in 43 Am. J. Comp. Law, 1995, p. 1 ss.

¹²² In tema, per tutti, G. SPRATLING, Detection and deterrence: rewarding informants for reporting violations, cit., p. 798 ss.; J. MEDINGER, Antitrust Leniency Programs, cit., p. 1441 ss.; G. SPAGNOLO, Optimal Leniency Programs, cit., p. 20 ss.; S.D. HAMMOND, Detecting and deterring cartel activity through an effective leniency program, cit.; C.R. LESLIE, Trust, distrust, and antitrust, cit., p. 520 ss.; M. MOTTA – M. POLO, Antitrust: Economia e politica della concorrenza, cit., p. 154 ss.



che soltanto in quella fase i rapporti di fiducia alla base del cartello entrano effettivamente in crisi e sono più vulnerabili tramite l'offerta di clemenza. In effetti, l'analisi economica, in linea di massima, indurrebbe a ritenere che la clemenza preistruttoria possa effettivamente essere attrattiva per l'impresa collusa soltanto quando caratterizzata da un momento premiale "positivo", sicché con la collaborazione non si ottiene soltanto l'immunità, ma anche una vera e propria ricompensa. Si tratta, tuttavia, di una soluzione puramente teorica, mai testata in concreto in nessun ordinamento¹²³.

Per quanto concerne la seconda variabile di tipo tecnico sperimentata da entrambi i modelli, si tratta dell'applicazione del principio del "winner-takes-all", secondo cui soltanto la prima impresa che decida di collaborare con l'autorità può ottenere l'immunità. Il modello statunitense, rispetto a questo profilo, propone una applicazione del principio assolutamente rigida ed anelastica, sicché se la prima confessante si vede garantita l'immunità totale, alcun beneficio è attribuito alle eventuali ulteriori collaboratrici, neppure in termini di riduzione della sanzione. La rigidità applicativa di questo principio è mitigata attraverso una ulteriore regola caratteristica dell'esperienza americana (e di quelle che ad essa si ispirano): il cd. Amnesty Plus. In base ad essa, come visto, l'impresa che non riesca ad aderire per prima alla leniency policy, può confessare all'Antitrust Division la propria partecipazione ad un ulteriore cartello: rispetto a quest'ultimo otterrà l'immunità totale, in ordine al primo una sostanziosa riduzione delle ammende. Nell'ordinamento statunitense, l'Amnesty Plus, allora, costituisce il correttivo della rigida applicazione del principio del "first-in-the-door". Il modello comunitario non conosce uno strumento analogo all'Amnesty Plus e, d'altronde, non ne avrebbe bisogno, visto che propone una declinazione molto più flessibile ed elastica del principio del "winner-takes-all", sicché se è vero che l'immunità totale è concessa soltanto alla prima confessante, tuttavia una serie di previsioni garantiscono a qualunque impresa fornisca all'autorità nuovi elementi probatori una riduzione della sanzione, entro un range che oscilla tra lo 0 e ed il 50%. Ne deriva che, in relazione a questo specifico elemento, il modello comunitario pare meglio disegnato di quello statunitense, visto che è sempre aperto alla collaborazione di nuove imprese che partecipano al cartello ed offre dunque un incentivo costante alla defezione esterna, indipendentemente dal fatto che la Commissione abbia già avviato una collaborazione con altre imprese.

Quale ulteriore variabile di carattere tecnico che incide sul successo di una leniency policy, entrambi i modelli hanno avuto di mira la progressiva riduzione dei margini di discrezionalità delle autorità di controllo nella concessione dell'immunità. Sotto questo profilo, la certezza applicativa e la trasparenza procedimentale costituiscono importantissimi incentivi nella prospettiva dell'impresa che deve valutare ex ante la "convenienza" dell'adesione ad un programma di clemenza: ciò spiega perché i sistemi statunitense e comunitario si siano mossi nella medesima direzione. Eppure, anche qui il modello europeo pare aver compiuto una scelta più coraggiosa, avendo annullato quasi del tutto gli spazi di discrezionalità della Commissione nella concessione dell'immunità. Al contrario, quello americano ha eliminato ogni sfera di discrezionalità dell'Antitrust Division soltanto rispetto alla pre-investigation leniency, ma qualora la collaborazione dell'impresa cominci in fase postistruttoria riemerge forte il potere discrezionale dell'organo di controllo circa la possibilità di concedere l'immunità. In singolare controtendenza con queste acquisizioni, la recente esperienza italiana ha partorito un programma di clemenza, per

¹²³ Nel lavoro, tuttavia, si è fatto conto delle peculiarità di quelle esperienze che conoscono anche whistle-blowing policies, che si affiancano ai programmi di clemenza e contribuiscono a rafforzarne l'efficacia deterrente: è il caso delle disposizioni premiali della rewards for information about cartels inglese o del False Claims Act americano. In dottrina, si rinvia a J. APESTEGUIA – M. DUFWENBERG – R. SELTEN, *Blowing the Whistle*, cit., p. 143 ss.



certi versi, già “vecchio”, caratterizzato com’è da amplissimi margini di discrezionalità in capo all’AGCM: ciò non fa presagire la possibilità di ottimi risultati¹²⁴.

L’analisi comparatistica delle variabili di tipo tecnico intorno alle quali hanno “lavorato” i due modelli principali di leniency policy, allora, induce a concludere che, da un punto di vista puramente teorico e volendo trascurare il sostanziale processo di uniformazione che fanno registrare le prassi applicative, la politica di clemenza comunitaria sia attualmente dotata di una maggiore via attrattiva rispetto a quella statunitense e meglio calibrata ad assecondare le esigenze di certezza delle imprese.

Eppure, nonostante si sia registrato un parallelo perfezionamento dell’impostazione europea e di quella americana del programma, data la riduzione dell’incertezza e la valorizzazione della trasparenza procedimentale risultanti dalle più recenti versioni delle policies, non può non registrarsi uno iato profondo tra teoria e prassi, dal momento che è innegabile come il leniency programme statunitense abbia conseguito e continui ad ottenere risultati certamente più importanti e cospicui di quello comunitario.

La spiegazione di tale discordanza, del perché il modello teoricamente più efficace sia concretamente meno efficiente è relativamente semplice: bisogna considerare l’ulteriore variabile, questa volta non di tipo tecnico, ma che potremmo definire di carattere “sistemico”. Si tratta, come esposto nel corso del lavoro, del rapporto che intercorre in ogni ordinamento, nell’ambito delle disposizioni in materia di concorrenza, tra leniency e deterrence, quali voci interconnesse ed in relazione di biunivoca influenza¹²⁵.

Il modello comunitario sconta da sempre un endemico deficit di deterrenza: ciò dipende non soltanto dal diverso approccio all’illecito offerto dall’impostazione dell’istituto in questo ordinamento, fondato non tanto sulla deterrence quanto piuttosto sulla discovery della condotta deviante, ma anche e soprattutto da alcune caratteristiche principali del diritto antitrust europeo, non ancora apertosi alle sanzioni penali come alla dimensione della responsabilità individuale¹²⁶.

Al contrario, il modello statunitense, rispetto a questo profilo, si è dimostrato molto più attento di quello comunitario affinché le due dimensioni della deterrence e della leniency si sviluppassero nel tempo in maniera omogenea e coerente¹²⁷. È sufficiente richiamare, in tal senso, tre esempi: il contraltare dell’Amnesty Plus è il Penalty Plus, sicché l’impresa che ottiene l’immunità e non confessa la propria partecipazione ad altri cartelli, qualora scoperta, viene sanzionata più aspramente. Le sanzioni penali a carico di amministratori, dirigenti e dipendenti sono state ulteriormente inasprite nel 2004 e giustificano l’esistenza ed il successo della Individual Leniency Policy. Infine, è razionale il rapporto tra leniency e private enforcement, ove l’applicazione del programma di clemenza non evita all’impresa le conseguenze sul piano risarcitorio, ma la mette al riparo – tra l’altro - dal treble damage¹²⁸.

¹²⁴ Sulle problematiche connesse alla introduzione nell’ordinamento italiano dei programmi di clemenza, si veda anche il contributo di S. GUIZZARDI, I programmi di clemenza per la lotta ai cartelli: riflessioni sull’introduzione nell’ordinamento italiano, cit., p. 1087 ss.

¹²⁵ Così anche C.A. Jones, Private Antitrust Enforcement in Europe: A Policy Analysis and Reality Check, cit., p. 13 ss.

¹²⁶ Si veda G. PRIEST – F. ROMANI, L’antitrust negli Stati Uniti e in Europa. Analisi e psicoanalisi di una divergenza, in Mercato, concorrenza e regole, 2002, 1, p. 151 ss.

¹²⁷ Cfr. i fondamentali contributi di G. ZAGREBELSKY, Il diritto mite, Torino, 1992, passim, e di N. BOBBIO, Elogio della mitezza, in ID., Elogio della mitezza e altri scritti morali, Milano, 1994, p. 11 ss.

¹²⁸ Come evidenziato dal documento UNCTAD “The use of leniency programmes as a tool for the enforcement of competition law against hardcore cartels in developing countries”, cit., p. 8, “follow-on private civil lawsuits for antitrust damage can, similarly, reduce leniency programme effectiveness worldwide. Such lawsuits commonly follow criminal convictions of cartelists in the United States and can substantially increase the financial consequences of being found guilty”.



Risultati analoghi a quelli registrati negli Stati Uniti, ad ogni modo, potranno essere presumibilmente raggiunti anche nel contesto comunitario soltanto quando i diversi drafters europei dei “diritti” della concorrenza e, poi, dei programmi di clemenza elaboreranno soluzioni uniformi e coerenti, affinché l’impresa che si muova in un mercato che è unico sia sicura di ricevere anche risposte se non uniche, quantomeno univoche in termini di clemenza come di deterrenza, in tutti gli ordinamenti degli Stati nazionali, come in quello dell’Unione¹²⁹.

È chiaro che la realizzazione di un tale obiettivo passa necessariamente attraverso uno sforzo fondamentale di integrazione, economica e normativa, ulteriore, consistente nella definizione di fattispecie penali comuni in materia di pratiche anticoncorrenziali e, magari, nella creazione di un sistema di corti indipendenti e sovranazionali con competenza specifica in materia antitrust¹³⁰. Questo processo, in teoria, potrebbe essere agevolato proprio dalla necessità della lotta ai cartelli internazionali e, in questo senso, i programmi di clemenza, congiuntamente agli istituti collegati agli stessi, potrebbero rappresentare il “vettore” ideale per la circolazione delle soluzioni più efficienti e la realizzazione di un processo di soft harmonization, graduale e de facto condiviso¹³¹.

Nondimeno, la situazione politica ed economica dell’Unione e, in particolare, l’attuale stato del processo di integrazione europeo inducono a pensare che, seppure questa idea di un diritto della concorrenza interstatale a formazione progressiva dovesse far breccia nelle naturali ritrosie degli ordinamenti nazionali, non pochi saranno gli ostacoli, come non poche le battute d’arresto.

L’osservazione del presente come dello stato dell’arte, tuttavia, consente all’interprete di trarre alcune conclusioni: per i programmi di clemenza, indipendentemente dall’ordinamento di riferimento, vale il principio dello “stick and carrot”, sicché la carrot risulta appetibile esclusivamente quando lo stick esiste ed è concretamente avvertito come tale. Negli Stati Uniti esiste equilibrio tra “bastone” e “carota”, nell’Unione Europea, al contrario, ad una carrot teoricamente molto appetibile corrisponde uno stick privo di reale capacità affittiva (tale status quo, tranne alcune eccezioni, è comune all’ordinamento comunitario ed a quelli nazionali)¹³².

La scarsità di deterrenza finisce per minare alla base le possibilità di effettivo successo della clemenza, che non può essere considerata in astratto, avulsa dal sistema¹³³. Non esistono optimal leniency policies progettate “a tavolino”, ugualmente valide per tutti i sistemi giuridici e per ogni diritto della concorrenza: al contrario, l’optimization del programma è frutto di un equilibrio mutevole nel tempo e proprio di ciascun ordinamento, anche in considerazione degli obiettivi che in un dato momento storico è necessario perseguire in politica economica¹³⁴.

¹²⁹ In tema, J. Basedow, *Jurisdiction and choice of law in the private enforcement of EC Competition Law*, in *Private enforcement of EC Competition Law*, a cura di J. Basedow, 2007, Alphen aan den Rijn, p. 229 ss., e C. Withers, *Jurisdiction and applicable law in antitrust tort claims*, in *J. Bus. Law*, 2002, p. 250 ss.

¹³⁰ Una tale soluzione è suggerita da N. ZINGALES, op. ult. cit., p. 60. Teoricamente, più che creare un nuovo sistema di corti indipendenti, potrebbero valorizzarsi le competenze in materia della Commissione, come della Corte di Giustizia.

¹³¹ In tema, A. Watson, *From Legal Transplants to Legal Formants*, cit., p. 473 ss. Vedi anche D. Berkowitz – K. Pistor – J.F. Richard, *The Transplant Effect*, in *51 Am. J. Comp. Law*, 2003, p. 163 ss.; J. Fedtke, *Legal transplants*, in J.M. Smits (a cura di), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, Cheltenham, 2006, p. 434 ss.; U. Mattei, *Efficiency in Legal Transplants: An Essay in Comparative Law and Economics*, in *4 Int. Rev. L. Econ.*, 1994, p. 3 ss.; J.M. Smits, *On Successful Legal Transplants in a Future Ius Commune Europaeum*, in A. Harding – E. Örcü (a cura di), *Comparative Law in the 21st Century*, Londra, 2002, p. 137 ss.

¹³² Vedi P.E. AREEDA – H. HOVENKAMP, *Fundamentals of Antitrust Law: 2003 Edition*, voll. I-II, New York, 2003, p. 127 ss., e E. COMBE, *Economie et politique de la concurrence*, Paris, 2005, p. 48 ss.

¹³³ In tema, si veda il fondamentale contributo di P. PIOVANI, voce *Effettività*, cit., p. 420 ss.

¹³⁴ Cfr. P. LEGRAND, *The Impossibility of “Legal Transplants”*, in *4 Maast. J. Eur. & Comp. Law*, 1997, p. 111 ss., nonché E.M. WISE, *The Transplant of Legal Patterns*, in *37 Am. J. Comp. Law*, 1990, p. 1 ss.



Una optimal leniency policies, in ultima analisi, può essere tale soltanto allorché destinata ad operare nell'ambito di una optimal antitrust law, contribuendo a renderla tale.

Ner riprendere, allora, l'immagine dello "stick and carrot", del bastone e della carota, questa riflessione induce a concludere che, come pure è stato osservato¹³⁵, uno strumento giuridico, quale quello dei programmi di clemenza, che in ultima istanza si fonda su tale meccanismo, non potrà mai funzionare correttamente – o meglio, in maniera economicamente efficiente – fintantoché lo stick sarà soltanto minacciato in astratto e mai applicato in concreto o applicato in maniera inefficace e, ancora, fintantoché la carrot non sarà certa ed effettivamente appetibile¹³⁶.

In altre parole, quelle esperienze giuridiche che vorranno effettivamente giovare di una leniency policy in materia antitrust dovranno affrontare, nei prossimi anni, due problematiche logicamente interconnesse: per un verso, il rafforzamento della capacità afflittiva del proprio sistema sanzionatorio e, dunque, del rapporto tra public e private enforcement (id est, il "bastone") e, per un altro, la certezza dei rapporti tra impresa delatrice ed autorità in termini di immunità conseguibili e di circolazione delle informazioni acquisite (id est, la "carota")¹³⁷.

6. Si è detto come l'analisi comparatistica mostri limpidamente che i programmi di clemenza, pur articolando sempre le medesime variabili di tipo tecnico, tendono a presentare impostazioni sostanzialmente rispondenti alle peculiarità del diritto della concorrenza sottostante ed agiscono quale naturale completamento dello stesso¹³⁸.

A chiusura dello studio relativo ad un istituto di nascita recente quale è il leniency programme, che pure nell'ordinamento di più consolidata esperienza, quello statunitense, può vantare circa un quarantennio di storia, pare proficuo provare a tracciare delle prospettive in funzione delle problematiche che lo stesso ha fatto registrare nella prassi applicativa.

In altre parole, ci si può interrogare circa quelli che dovranno essere i tratti salienti dei programmi di clemenza che potremmo identificare come "di terza generazione", dopo la prima stagione di applicazione dell'istituto, collocabile tra la fine degli anni '70 e la prima metà degli anni '90, e la seconda, ancora in corso seppur parrebbe in via di esaurimento, che prende le mosse proprio dalle riforme statunitensi dei primi anni '90.

Orbene, il primo profilo problematico da prendere in considerazione si intreccia con una riflessione più ampia sul diritto della concorrenza a cospetto di fattispecie incidenti su diversi mercati nazionali e, perciò, ricadenti nella sfera di interesse di molteplici ordinamenti. Ad oggi, la mancanza di coordinamento tra le differenti competition authorities, spesso operanti in parallelo ed all'insaputa l'una dell'altra sul medesimo cartello, rappresenta un ostacolo profondo all'applicazione dei programmi di clemenza, che non garantiscono forme di immunità extraterritoriali. Anzi, come visto, proprio il rischio della circolazione di informazioni rilevanti sull'illecito tra differenti giurisdizioni comporta un disincentivo profondo rispetto alle leniency applications¹³⁹.

¹³⁵ Così F. GHEZZI, *Clemenza e deterrenza nel diritto antitrust*, cit., p. 262 ss.

¹³⁶ Vedi anche N. KROES, *Delivering on the crackdown: recent developments in the European Commission's campaign against cartel*, cit., nonché S. BLAKE – D. SCHNICHELS, op. ult. cit., p. 765 ss.

¹³⁷ Propongono analoghe riflessioni A.T. Guzman, *The Case for International Antitrust*, cit., p. 104 ss., nonché D. Gerber, *Antitrust and the Challenge of Internationalization*, cit., p. 693 ss.

¹³⁸ Si pensi, in tal senso, a quanto osservato rispetto alla definizione o meno di possibili forme di individual leniency policies in funzione della presenza o dell'assenza, nel sistema antitrust, di sanzioni penali a carico degli individui. Vedi anche N. Zingales, *European and American Leniency Programmes*, cit., p. 59.

¹³⁹ Vedi anche J. Jupille – J.A. Caporaso, *Domesticating discourses: European law, English judges, and political institutions*, in *Eur. Pol. Sc. Rev.*, 2009, p. 205 ss.; K.J. Alter, *Establishing the Supremacy of European Law: The Making of an International Rule of Law for Europe*, Oxford, 2001, p. 4 ss., e S.S. Andersen - K.A. Eliassen (a cura di), *Making Policy in Europe: The Europeanification of National Policy-Making*, London, 1993, p. 7 ss.



Alla luce di tanto, uno degli ambiti di studio ed evoluzione concreta dei programmi di clemenza cui sarà necessario dedicare maggiore approfondimento, nei prossimi anni, è certamente quello delle possibilità di applicazione cumulativa di diversi programmi di clemenza a seconda dell'estensione territoriale che l'intesa illecita ha interessato¹⁴⁰.

L'esperienza concreta delle dinamiche di mercato, infatti, insegna come le pratiche anticoncorrenziali, nella maggior parte dei casi, si riferiscano a dimensioni di mercato non limitate al singolo ambito nazionale, ma con proiezioni – rectius, diramazioni – a livello internazionale, interessando in contemporanea, ad esempio, l'ordinamento comunitario e quello statunitense o, ancora, quelli asiatici¹⁴¹.

Sotto questo profilo, una impresa potrebbe avere interesse ad aderire nel contempo a più programmi di clemenza, al fine di ottenere una immunità "territoriale" quanto più ampia possibile. Ecco perché diventa cruciale, innanzitutto, l'armonizzazione dei presupposti applicativi delle diverse leniency policies, dal momento che, qualora un'impresa si rendesse conto di poter beneficiare dell'immunità soltanto in determinati ordinamenti e non in altri, ove magari la pratica anticoncorrenziale ha comportato gli illeciti più gravi, potrebbe decidere di non aderire ad alcun leniency programme¹⁴².

Va salutata, allora, con estremo favore la sostanziale assimilazione delle condizioni di applicazione dei programmi di clemenza comunitario e statunitense (così come di altre esperienze giuridiche, anche estranee alla Western Legal Tradition, che a tali modelli si ispirano); residuano, ad ogni modo, delle dissimilitudini che potrebbero comportare non poche problematiche, legate, ad esempio, al trattamento da concedere ai confessanti successivi al primo negli Stati Uniti o alla valutazione degli elementi probatori ritenuti sufficienti per la concessione dell'immunità totale¹⁴³.

Tuttavia, valutando anche le prassi interpretative della Commissione e dell'Antitrust Division, una impresa che voglia aderire contemporaneamente ad entrambi i programmi di clemenza non dovrebbe incontrare particolari difficoltà, anche in ragione della rilevata flessibilità del leniency programme comunitario, idoneo ad applicarsi, con diversi gradi di riduzione della sanzione, anche ai collaboratori successivi al primo¹⁴⁴.

Sempre in quest'ottica, nell'ambito specifico della leniency policy della Commissione, poi, deve essere rilevato come sarebbe decisamente auspicabile una ulteriore armonizzazione – rectius, convergenza - delle discipline dei singoli Stati membri, che già sembrano svilupparsi entro un solco evolutivo comune, in gran parte riconducibile alla spontanea omologazione al modello comunitario e, più di recente, all'ECN Model Leniency Programme.

Una soluzione ottimale sarebbe indubbiamente quella dell'adozione di un programma di clemenza unitario a livello comunitario, che non si limiti ad affiancarsi alle diverse politiche di

¹⁴⁰ Riflessioni sul punto si trovano in D.J. GERBER, *The US – European Conflict over the Globalization of Anti-trust Law: A Legal Experience Perspective*, in 34 *New Eng. L. Rev.*, 1999, p. 123 ss., nonché in F. GHEZZI, *Clemenza e deterrenza nel diritto antitrust*, cit., p. 276 ss.

¹⁴¹ Sul punto, D. GERADIN, *Modernisation and Enlargement: Two Major Challenges for EC Competition Law*, cit., passim, nonché J. FAULL – A. NIKPAY, *The EC Law of Competition*, Oxford-New York, 1999, passim.

¹⁴² Analogamente, S. BLAKE – D. SCHNICHELS, *Leniency following modernisation: safeguarding Europe's leniency programmes*, cit., p. 765 ss., e J.E. HARRINGTON, *When is an Antitrust Authority not Aggressive Enough in Fighting Cartels?*, cit., p. 39 ss.

¹⁴³ Sul punto, F. GHEZZI, *Verso un diritto antitrust comune? Il processo di convergenza delle discipline statunitensi e comunitaria in materia di intese*, in *Riv. soc.*, 2002, 2 - 3, p. 27 ss.

¹⁴⁴ In tal senso, J.T. Lang, *The Implications of the Commission's Leniency Policy for National Competition Authorities*, in 28 *E.L.Rev.*, 2003, p. 430 ss.



leniency nazionali, ma sia applicabile, al contempo, in tutto il territorio comunitario ed a livello di singoli Stati membri¹⁴⁵.

In teoria, perseguendo il fine della progressiva convergenza delle soluzioni proposte, per un verso, dagli Stati membri e dall'Unione e, per un altro, dall'Unione e dagli Stati Uniti, potrebbe ipotizzarsi addirittura la previsione di una sorta di "clausola-ponte" che consenta l'estensione automatica della richiesta di immunità nell'ambito di tutti i principali ordinamenti che contemplino politiche di clemenza in materia antitrust¹⁴⁶. In quest'ottica, potrà essere importante l'esperienza che matureranno, nei prossimi anni, le antitrust authorities europee nell'applicazione del summary applications system previsto dallo European Competition Network: non è detto che un meccanismo analogo, qualora dovesse produrre risultati favorevoli nel contesto del mercato comunitario, non possa essere trasposto, con i dovuti aggiustamenti, anche nell'ambito dei rapporti tra Commissione (intesa quale referente unico per l'intero mercato europeo) ed Antitrust Division¹⁴⁷.

In tal senso, il lavoro dello European Competition Network ed il ruolo "giocato" oggi, nel contesto comunitario, dal Model Leniency Programme può contenere in sé i fondamenti dell'apertura dell'istituto alla "terza stagione" della propria storia applicativa.

D'altro canto, una soluzione di tal fatta può essere ipotizzata soltanto quale risultato di un processo di armonizzazione di lungo periodo, visto che, ad oggi, esistono ancora difficoltà di "dialogo" importanti tra le autorità di controllo dei mercati operanti nei diversi ordinamenti. La problematica della armonizzazione dei leniency programmes a livello internazionale e dell'estensione dell'immunità in diverse realtà ordinamentali, infatti, è strettamente collegata al tema, altrettanto delicato, della circolazione tra le autorità delle informazioni acquisite tramite la collaborazione di una impresa¹⁴⁸.

La posizione del Department of Justice, in tal senso, è particolarmente rigida, visto che l'Antitrust Division, al fine di incentivare l'adesione al proprio programma di clemenza, non comunica alle altre autorità le informazioni acquisite tramite la collaborazione dell'impresa delatrice, a meno che quest'ultima non dichiari specificatamente di essere d'accordo. Secondo una posizione analogamente garantista, in ambito comunitario, la Commissione e le autorità antitrust nazionali, nel 2004, hanno elaborato la Commission notice on Co-operation within the Network

¹⁴⁵ Propongono questa soluzione, ex ceteris, M. CLARICH, I programmi di clemenza nel diritto antitrust, cit., e W.P.J. WILS, European Competition Law and Policy. The Reform of the Competition Law Enforcement: will it work?, in F.I.D.E., 2004, Community Report, p. 69 ss.

¹⁴⁶ È questa la ricostruzione suggerita, inter alios, da F. GHEZZI, Clemenza e deterrenza nel diritto antitrust, cit., p. 281 ss., che propone l'introduzione di uno strumento per certi versi sovrapponibile all'Amnesty Plus statunitense.

¹⁴⁷ Si rinvia, in tal senso, a N. IRTI, La concorrenza come statuto normativo, in N. LIPARI – I. MUSU (a cura di), La concorrenza come statuto normativo, Bari, 2000, p. 63, secondo cui "la concorrenza diviene a mano a mano, da problema di diritto interno, problema di diritto spaziale, cioè de-localizzato e de-storicizzato". L'Autore, dunque, richiama problematiche di interazione tra geo-economia e geo-diritto, che riprenderà in numerose opere quali Norme e luoghi. Problemi di geo-diritto, Roma-Bari, 2001, e Le categorie giuridiche della globalizzazione, in Riv. dir. civ., 2002, I, p. 625 ss. Importanti osservazioni in materia vengono pure da A. FALZEA, Nuove tecnologie e diritto, in New technologies e ricerca strategica nei trasporti, Messina, 2001, p. 73 ss.; F. GALGANO, Diritto ed economia alle soglie del nuovo millennio, in Contr. e impr., 2000, p. 189 ss., e L. MENGONI, Diritto e tecnica, in Riv. trim. dir. e proc. civ., 2001, p. 1 ss.

¹⁴⁸ In tema, inter alios, S. BLAKE – D. SCHNICHELS, op. ult. cit., p. 765 ss., e M. TREBILCOCK – R. HOWSE, A Cautious View of International Harmonization: Implications from Breton's Theory of Competitive Governments, in G. GALEOTTI – P. SALMON – R. WINTROBE (a cura di), Competition and Structure: The Political Economy of Collective Decisions, New York, 2000, p. 386 ss.



of Competition Authorities, che limita fortemente la circolazione di informazioni a livello comunitario¹⁴⁹.

Un'altra questione aperta, cui si è accennato e che si interseca con la tematica dei leniency programmes, è quella della scarsa deterrenza del sistema comunitario del diritto antitrust a confronto con quello statunitense.

Si è osservato più volte come, nella prospettiva dell'impresa che intenda collaborare con l'autorità, il programma di clemenza comunitario, per molti profili di carattere tecnico, debba ritenersi addirittura più convincente ed affidabile di quello statunitense, almeno nella sua formulazione letterale: si pensi, in tal senso, all'applicazione flessibile del principio del "first-in-the-door", alla decisa riduzione della sfera discrezionale della Commissione o, ancora, alla definizione precisa della clausola morale.

Eppure la leniency policy europea, in concreto, registra ancora una applicazione relativamente scarsa e risultati non pienamente convincenti se posta a confronto con quella americana: la circostanza per cui uno strumento teoricamente efficiente, si rivela poi concretamente inefficace trova principale spiegazione nella scarsa forza deterrente del sistema comunitario antitrust che non incentiva affatto le imprese al tradimento del cartello¹⁵⁰.

Da questo punto di vista, non pare priva di fondamento la tesi di quanti sostengono la necessità di aprire anche la normativa antitrust europea alle sanzioni penali contro dipendenti, amministratori e dirigenti delle imprese coinvolte nel cartello: il modello, in tal senso, non deve essere cercato oltreoceano, ma è sufficiente l'esempio di realtà nazionali come quelle tedesca, francese, inglese ed irlandese. La forza dissuasiva della sanzione detentiva, infatti, andrebbe a rendere estremamente più elevato il valore della sanzione attesa (S_a) nella citata equazione [$S_a = A (S_e + R)$], comportando un proporzionale maggiore incentivo alla adesione ai programmi di clemenza. Ciò aprirebbe, inoltre, l'ordinamento comunitario ad una ulteriore prospettiva applicativa delle politiche di clemenza: quella dei programmi individuali, sperimentati con successo non soltanto negli Stati Uniti¹⁵¹.

Ciò nonostante, qualora non volesse percorrersi la strada dell'introduzione di sanzioni penali nel diritto antitrust, una soluzione differente potrebbe essere quella dell'inasprimento delle ammende pecuniarie attualmente esistenti, collegandole ancor più profondamente alla durata del cartello oppure addirittura ai profitti eventualmente ricavati dallo stesso¹⁵².

In effetti, il problema della minor forza del quadro sanzionatorio comunitario rispetto a quello statunitense potrebbe comportare, anche nel breve periodo, non soltanto il fallimento della leniency policy europea, ma anche il proliferare di condotte anticoncorrenziali nel mercato

¹⁴⁹ Sul punto, vedi M. CLARICH, I programmi di clemenza nel diritto antitrust, cit., nonché S. BLAKE – D. SCHNITCHELS, op. ult. cit., p. 771 ss.

¹⁵⁰ Analizza le problematiche connesse al deficit di deterrenza del diritto antitrust comunitario P. ROTH, Bellamy and Child: European Community Law of Competition, London, 2001, passim. Vedi anche W.P.J. WILS, Principles of European Antitrust Enforcement, cit., p. 68 ss.

¹⁵¹ Per una ricostruzione di carattere generale circa le problematiche connesse alla capacità di deterrenza dei moderni sistemi antitrust, cfr. G. AMATO, Antitrust and the Bounds of Power: The Dilemma of Liberal Democracy in the History Market, Oxford - Portland Oregon, 1997 (trad. it. Il potere e l'antitrust: il dilemma della democrazia liberale nella storia del mercato, Bologna, 1998).

¹⁵² Sul punto, si veda S.D. HAMMOND, Detecting and Detering Cartel Activity through Effective Leniency Programs, cit., p. 4, che discorre di "fear of detection". In tema, anche G.J. WERDEN – M.J. SIMON, Why Price Fixers Should Go to Prison, in Antitrust Bull., 1987, p. 928 ss.



comunitario, visto che le imprese potrebbero essere indotte a localizzare le proprie attività illecite nello spazio giuridico dotato di minore capacità inibitoria¹⁵³.

Il discorso circa la complessiva capacità deterrente del sistema comunitario non può non comportare una riflessione sull'immobilismo del private enforcement nell'ordinamento europeo. Sotto questo profilo, infatti, la non applicazione delle sanzioni amministrative pecuniarie in virtù dell'adesione ad un leniency programme non comporta di per sé l'esenzione dalla responsabilità civile nei rapporti con i terzi. Su questo punto, il paragrafo 39 della Comunicazione della Commissione del 2006 chiarisce che la concessione dell'immunità totale o parziale in relazione alle ammende irrogabili non sottrae l'impresa alle conseguenze sul piano del diritto civile relative alla violazione della normativa antitrust. Come ampiamente esposto, negli Stati Uniti questa problematica è stata (almeno in parte) risolta nel 2004, in seguito all'approvazione del Criminal Penalty Enhancement and Reform Act, che stabilisce, a favore del denunciante ammesso all'immunità, la non applicazione del principio del "treble damage" e il venir meno della responsabilità solidale nei confronti degli altri componenti del cartello¹⁵⁴.

Ciò non toglie che, nella prospettiva dell'incentivo all'adesione dei programmi di clemenza, paradossalmente, la circostanza per cui il private enforcement è praticamente inesistente nell'ordinamento comunitario potrebbe rappresentare un incentivo. In considerazione del fatto che il costo del risarcimento del danno ai terzi, in Europa, è più un valore teorico che reale, l'impresa che aderisce alla leniency policy comunitaria, con la concessione dell'immunità, potrebbe ritenere così di evitare l'unico cost effettivo legato al cartello (id est, l'ammenda pecuniaria)¹⁵⁵.

Non può trascurarsi, tuttavia, la possibilità che proprio l'applicazione dei programmi di clemenza possa comportare un incentivo per i privati a servirsi dello strumento risarcitorio, visto che i danneggiati sarebbero notevolmente avvantaggiati dal punto di vista della soddisfazione dell'onere probatorio. L'applicazione dei leniency programmes, infatti, implica il più delle volte l'accertamento della condotta illecita da parte delle autorità e, di conseguenza, nel "costruire" le proprie azioni risarcitorie, i privati sarebbero tenuti a dimostrare esclusivamente l'entità del danno subito ed il nesso di causalità con un illecito già accertato dall'organo di controllo del mercato¹⁵⁶. Questa prospettiva di incentivo del private enforcement comunitario per il tramite dell'applicazione delle leniency policies (non soltanto nazionali), utilizzate quasi a sorta di "volano", è chiaramente collegata alla capacità di ciascuna competition authority europea di dialogare, nel rispetto della confidentiality del materiale istruttorio prodotto dai leniency applicants, con le proprie corti statali di riferimento, eventualmente nel ruolo di amicus curiae¹⁵⁷.

¹⁵³ In tema, A.I. GAVIL – J.B. BAKER – W.E. KOVACIC, *Antitrust Law in Perspective: Cases, Concepts and Problems in Competition Policy*, American casebook series, St. Paul, 2002, passim, nonché M.M. DABBAH, *The Internationalisation of Antitrust Policy*, Cambridge, 2003, passim.

¹⁵⁴ Cfr. W.P.J. WILS, *Principles of European Antitrust Enforcement*, cit., p. 70 ss. Come osservato da M. CLARICH, *I programmi di clemenza nel diritto antitrust*, cit., sui partecipanti al cartello che non abbiano aderito al programma di clemenza, «in aggiunta alla normale responsabilità, viene addossato anche l'onere di corrispondere ai danneggiati la parte del danno (cioè il doppio del danno dimostrato) che non grava più su chi beneficia del programma di clemenza. In definitiva, gli incentivi a denunciare i cartelli sono stato ulteriormente rafforzati». Vedi anche W.C. HOLMES, *Antitrust Law Handbook: 2003 Edition*, Antitrust Law Library, St. Paul, 2003, passim.

¹⁵⁵ Inter alios, J. MEDINGER, *Antitrust Leniency Programs*, cit., p. 1470 ss. Vedi anche D.D. FRIEDMAN, *Why not Hang Them: The Virtues of Inefficient Punishment*, in 107 J. Pol. Ec., 1999, p. 259 ss.

¹⁵⁶ In tema, D. VAUGHAN – S. LEE – B. KENNELLY – P. RICHES, *EU Competition Law General Principles*, Richmond, 2006, passim, e M. HOLMES – L. DAVEY, *Practical Guide to National Competition Rules across Europe*, International Competition Law Series, vol. 13, The Hague, 2004, passim. Vedi anche L. IDOT, *Droit communautaire de la Concurrence: le nouveau système communautaire de mise en oeuvre des articles 81 et 82 CE*, cit., p. 156 ss.

¹⁵⁷ Amplius, P.G. MONATERI, *The "Weak Law": Contaminations and Legal Cultures (Borrowing of Legal and Political Forms)*, in 13 Trans. L. & Contemp. Probs., 2003, p. 575 ss.



In definitiva, la tematica dell'introduzione di una leniency policy in un ordinamento è strettamente collegata a quella della forza del private enforcement, visto che, senza l'adozione di opportuni correttivi sull'esempio statunitense, l'adesione ai programmi di clemenza potrebbe essere scoraggiata in quei sistemi dove il costo dei risarcimenti è molto elevato. Eppure, nelle realtà giuridiche come quella comunitaria, ove il private enforcement soffre di una evidente "crisi di crescita" a confronto con lo sviluppo complessivo del diritto antitrust, proprio l'introduzione di politiche di clemenza potrebbe comportare una riscoperta – rectius, scoperta – dello strumento risarcitorio¹⁵⁸.

In conclusione, le soluzioni che gli ordinamenti nazionali e sovranazionali offriranno, nei prossimi anni, rispetto a queste problematiche non potranno che definire e connotare quelli che sono destinati ad essere i tratti essenziali dei programmi di clemenza "di terza generazione", la cui gestazione l'interprete, utilizzando la lente della comparazione giuridica, già riesce ad intravedere proprio all'interno dello spazio giuridico europeo attraverso l'opera uniformatrice realizzata per il tramite dell'ECN Model Leniency Programme.

¹⁵⁸ Vedi I. VAN BAEL – J.F. BELLIS, *Competition Law of the European Community*, cit., passim. Sia consentito anche il rinvio a V. D'ANTONIO, *La clemenza tra regole di diritto e di mercato*, cit., p. XIV, ove si è avuto modo di scrivere che, nell'ottica dei consumatori e dei professionisti del foro, non è improbabile che nel prossimo futuro i programmi di clemenza, accompagnati anche dall'utilizzo della class action, rappresentino uno strumento importante per lo sviluppo del private enforcement in ambito comunitario.



SAME SEX MARRIAGE NELL'INTERPRETAZIONE DELLE CORTI SUPREME AMERICANE

VALENTINA BARELA

SOMMARIO: 1.Introduzione al tema del *same sex marriage* negli USA.- 2. I primi risultati di un dialogo tra i poteri statali ed i poteri federali in tema di *same-sex marriage*.- 3. Centralità del diritto della persona nel riconoscimento del matrimonio tra persone dello stesso sesso.- 4. *Due Process Clause* e *Equal Protection Clause* in *Obergefell v. Hodges*. 5. Verso l'extrastatalità dei diritti fondamentali.

1. La sussidiarietà, la tutela dei diritti fondamentali e il tema del consenso democratico come condizione per l'armonizzazione della tutela della persona sono questioni che spesso si intrecciano - ed in modo impetuoso - quando sono strumentali a temi che più rappresentano linguaggi delle libertà individuali.

La discriminazione giuridica in ordine all'orientamento sessuale, chiara espressione di limitazione di libertà individuali, ha determinato situazioni di disparità di trattamento, che nel corso degli ultimi decenni, hanno coinvolto sempre più i giuristi, chiamati a porre riparo all'inadeguatezza degli istituti e a regolamentazioni giuridiche improntate su schemi rigidi e predefiniti.

L'inerzia del legislatore ha fatto sì che la natura degli interventi di tutela sia stata prevalentemente ed in prima battuta giudiziaria, sebbene l'interdisciplinarietà di tali temi, in ragione della loro incidenza nella regolamentazione giuridica di molteplici situazioni che interessano il sociale, avrebbe auspicato un intervento legislativo più celere.

Le unioni civili, il matrimonio e il suo accesso da parte di coppie di stesso sesso¹, quest'ultimo talvolta concepito alternativo alle unioni civili e talaltra in sostituzione delle stesse, sono istituti che negli ultimi anni hanno trovato legittimazione negli interventi delle Corti Supreme e di recente, in modo dirompente, nella voce della Corte Suprema Federale degli Stati Uniti.

L'esperienza statunitense, caratterizzata da un sistema a doppio binario, offre sviluppi interessanti sia in merito alla concezione dell'istituto del matrimonio, sia in merito al dialogo tra giurisdizione federale e giurisdizione dei singoli Stati, sia infine in riferimento al rapporto-tensione tra potere legislativo e potere giudiziario², tutti aspetti di cui si auspica un bilanciamento intorno alla necessità di tutela dei diritti e libertà della persona.

¹ Nell'ambito dell'Unione Europea, il matrimonio tra persone dello stesso sesso è riconosciuto nei seguenti Stati: nel Regno Unito (nel 2013 con il *Marriage Act*), in Francia (con la legge n. 304/ 2013), in Spagna (con la legge n. 13/2005), in Portogallo (con la legge n. 9/2010, preceduta da un tentativo giudiziale, fallito, del Tribunale costituzionale, n. 359/2010), Belgio (2003), Paesi Bassi (2001), Lussemburgo (2015), Danimarca (2012), Svezia (2009), Finlandia (2014) e Irlanda (2015).

Mentre l'istituto dell'unione civile o forme analoghe, non conformi al matrimonio, sono state istituite e disciplinate in Germania (2001), Repubblica Ceca (2004), Ungheria (2009), Austria (2009), Malta (2014), Estonia (2016), Italia (2016). Per un'analisi delle esperienze europee in merito alle criticità legate alle scelte di istituti ad hoc, si veda, D. FERRARI, *Lo status giuridico delle coppie same sex in Europa*, in AA.VV., *Lo status giuridico delle coppie same sex: una prospettiva multilivello*, a cura di D. Ferrari, Padova, 2014, p. 9

² G. ROMEO, *The Recognition of Same-Sex Couples' Rights in the US Between CounterMajoritarian Principle and Ideological Approaches: A State Level Perspective*, in D. GALLO, L. PALADINI, P. PUSTORINO, *Same sex Couples before National, Supranational and International Jurisdictions*, Berlin -Heidelberg, 2014, p. 5. Sul dialogo tra Corti Statali e Corti Federali si v.



Quest'ultimo profilo è ben emerso, nelle sue criticità, nella rivoluzionaria sentenza della Corte Suprema Federale, *Obergefell v. Hodges*, del giugno 2015 che ha, senza equivoci, dichiarato l'incostituzionalità della limitazione del matrimonio alle sole coppie eterosessuali.

In particolare, la tensione formante legislativo/formante giurisprudenziale è limpida nelle *dissenting opinions* che hanno contestato la legittimità della stessa Corte a decidere in merito al tema del matrimonio, aperto alle coppie omosessuali dall'opinione di maggioranza, compito che – a parere dei giudici dissenzienti - sarebbe dovuto spettare al potere democratico rappresentato dal Congresso³. Invero, il caso *Obergefell v. Hodges*, sul quale ci si soffermerà in seguito, ha una smisurata importanza perché nel legittimare costituzionalmente il *same sex marriage*, ha di fatto invalidato tutte le norme statali, costituzionali⁴ e non, che negli anni sono state introdotte limitando l'accesso all'istituto del matrimonio alle sole coppie eterosessuali. Inoltre, rappresenta una grande vittoria nelle battaglie affrontate contro tutte le forme di discriminazioni omofobiche, nonché favorisce un rafforzamento dei diritti fondamentali della persona, tra i quali la scelta del vincolo matrimoniale, con tutte le conseguenze giuridiche che ne derivano in materia patrimoniale, successoria, tributaria, di politica sociale e via enumerando.

La complessità e la diversità del tessuto sociale giuridico degli USA rende l'analisi molto singolare, se si pone attenzione alle passate pronunce della Corte Suprema Federale e invero anche a quelle delle Corti Supreme statali, che hanno mostrato aversità verso il riconoscimento di qualsiasi unione omoaffettiva, aversità confermata dalla scelta in passato adottata da più di quaranta Stati di suggellare, a livello costituzionale, la eterosessualità dell'istituto matrimoniale.

Negli anni '70 la negazione della licenza matrimoniale agli omosessuali non era neanche motivata su ragionamenti che avessero anche solo una parvenza di valutazione giuridica, come nel caso *Baker v. Nelson* (Minnesota) quando la Corte Suprema Federale stabilì che “it is unrealistic to think that the original draftsmen of our marriage statutes (...) would have used the term in any different sense” assumendo che il matrimonio è per definizione eterosessuale⁵.

Al di là di questo stato di indifferenza, le aspettative di riconoscimento sono state in passato oltremodo frustrate da pronunce che hanno condannato *in primis* l'omosessualità, come nella sentenza *Bowers v. Hardwick* (1986) che simboleggia il baratro e al tempo stesso il punto di partenza da cui la Corte Suprema Federale ha preso le mosse per una evoluzione del pensiero giuridico sul tema⁶. In questa pronuncia la Corte, ribaltando la posizione della Court of Appeal, confermò la costituzionalità - affermata dal giudice di primo grado - di una legge della Georgia che puniva penalmente taluni atti omosessuali, ledendo in modo profondo la dignità umana.

Sono dovuti trascorrere due lustri perché, la Corte, nella decisione *Romer v. Evans* (1996)⁷, mostrasse un mutamento del suo orientamento; ciò avvenne in occasione della dichiarazione di nullità di un emendamento della Costituzione del Colorado che stabiliva che nessuna istituzione dello Stato poteva emettere alcun tipo di norma, regolamentazione e disciplina che conferisse alle

V. BARELA, *Teaching Anglo-American Law: moving away from the distinction between Comparative Private Law and Comparative Public Law*, in *Comparative Law Review*, vol. 6, n. 1, 2015, pp. 1-20.

³ E' molto ricorrente nei dibattiti giuridici e politici il tema del potere giudiziario quale antimaggioritario nella sua espressione perché gravato dall'onere di far valere all'interno di un sistema democratico, la logica del rispetto dei diritti strutturalmente minoritari.

⁴ Molte Costituzioni Statali, a seguito di emendamenti, hanno prescritto la eterosessualità quale elemento costitutivo ed inderogabile dell'istituto del matrimonio.

⁵ J. PIERCESON, *Same-sex Marriage in the United States*, Rowman & Littlefield Publishers, Inc., 2013, p. 28.

⁶ *Bowers v. Hardwick*, 478 US 186 (1986).

⁷ *Romer v. Evans*, 517 US 620 (1996). E' bene però dire che si tratta di una Corte rinnovata nella sua composizione rispetto al caso *Bowers*; ci sono ben sei giudici di nuova nomina e quasi tutti filorepubblicani. Per un'analisi approfondita si v. M. WINKLER, *Worthy of dignity. La battaglia dei gay e lesbiche d'America per la libertà e l'uguaglianza*, in AA.VV. *Orientamento sessuale e diritti civili. Un confronto con gli Stati Uniti d'America*, a cura di Marilisa D'Amico, Costanza Nardocci, Matteo Winkler, Milano, 2014, p. 73.



persone omosessuali «una tutela o una pretesa di discriminazione». Si trattò di una scelta che volle ovviare ad una misura che, seppur volta ad impedire diritti speciali, di fatto – attraverso un criterio negativo – avrebbe ghetizzato le persone omosessuali in una classe, in un gruppo sociale giuridicamente e politicamente analogo alle minoranze razziali, consentendo una situazione comparabile a quella vissuta dagli schiavi un secolo prima.

Ma solo nel 2003, nel celebre caso *Lawrence v. Texas* (2003), la Corte supera la sentenza *Bowers v. Hardwick*, dichiarando incostituzionale la legge penale del Texas che qualificava, quali reati, gli atti di intimità sessuale tra omosessuali⁸. Questa pronuncia ha avuto una importante risonanza anche in considerazione del tessuto normativo e giurisprudenziale in cui si è innestata. Ben tredici Stati prevedevano discipline analoghe che definivano illecite le condotte omosessuali, tutte leggi e orientamenti giurisprudenziali decaduti a seguito della illegittimità costituzionale pronunciata dalla Corte Suprema Federale⁹. Il caso *Lawrence v. Texas*, inoltre, è singolare per un atteggiamento della Corte del tutto insolito, enucleato dalle parole di Anthony Kennedy che, nel redigere l'opinione di maggioranza della Corte, ha fatto richiamo alla assonante sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo *Dudgeon v. United Kingdom*, 45 Eur. Ct. H. R. (1981) esacerbando un dibattito già sollevato dalle posizioni accademiche, refrattarie ad un'apertura verso esperienze estranee al diritto statunitense¹⁰. La valenza di questa sentenza è stata amplificata non solo dal fatto che il precedente straniero sia servito per un'interpretazione di una disposizione costituzionale, ma anche dal dato che la citazione, in quel contesto specifico, ha rappresentato uno degli argomenti utilizzati per

⁸ Si v. *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003). Per un'analisi sulla pronuncia e, in modo peculiare, sul suo impatto alla luce dei precedenti sul tema si v. l'attento studio di V. BARSOTTI, *Privacy e orientamento sessuale. Una storia americana*, Torino, 2005, *passim* e in particolare a p. 159 ss. ove si mette in evidenza come la Corte Suprema abbia voluto fondare la sua pronuncia sulla violazione della libertà personale e quindi del *due process of law* proprio per poter compiere un *overruling* del caso *Bowers v. Hardwick*. La Corte Suprema Federale era stata chiamata a decidere su due punti, ossia sul se il rapporto intimo tra adulti consenzienti comportasse la violazione del diritto alla privacy e del *due process of law*, e sul se la legge - posta sotto giudizio di costituzionalità - determinasse una potenziale violazione del principio di uguaglianza giacché applicabile solo nei confronti di adulti dello stesso sesso e non anche alle coppie eterosessuali, come invece era previsto dalla legge dello Stato della Georgia che aveva superato il giudizio di costituzionalità della Corte Suprema Federale nella decisione del 1986, *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986).

⁹ Ad ogni modo, se volgiamo lo sguardo al di là dei confini statunitensi, occorre constatare che esistono ancora molte nazioni nelle quali l'omosessualità è un reato: in Africa è reato quasi ovunque, ad eccezione della singolare esperienza del Sud Africa, ove nel 2006 è stato introdotto il matrimonio omosessuale; in Medio Oriente, è sanzionata ed in alcuni casi può essere disposta la pena di morte (in Iran, negli Emirati Arabi Uniti, in Yemen, in Arabia Saudita e in Nigeria). Altre eccezioni, soprattutto in considerazione delle scelte dei paesi confinanti, sono da rinvenire nello Stato di Israele, dove l'unico matrimonio possibile è quello religioso, però sono riconosciuti i matrimoni omosessuali celebrati all'estero; l'Argentina che dal 2010 ha aperto l'istituto del matrimonio anche alle coppie gay, a cui hanno fatto seguito nel 2013 il Brasile e l'Uruguay; di recente, poi, la Corte Suprema messicana ha sancito l'incostituzionalità di qualsiasi legge degli stati federati che delinea il matrimonio come un istituto unicamente finalizzato alla procreazione o che riconosca solo quello celebrato tra un uomo e una donna (Cfr. Sentenza della Corte suprema n. 43/2015).

¹⁰ Invero la Corte Suprema Federale, al fine di dimostrare come la pretesa dei ricorrenti - fondata su radici storiche e culturali della sodomia - sia del tutto erronea, riporta anche gli studi e gli esiti del Parlamento inglese, richiamando il *Report of the Committee on Homosexual Offences and Prostitution* del Parlamento inglese del 1963, sfociato poi nel *Sexual Offences Act 1967*.

Contra. Sull'approccio tipicamente autoreferenziale del giudice americano si v. B. ACKERMAN, *The Rise of World Constitutionalism*, in 83 *Va. L. Rev.* 771 (1997), p. 773 il quale afferma: «*The typical American judge would not think of learning from an opinion by the German or French constitutional court. Nor would the typical scholar - assuming, contrary to fact, that she could follow the natives' reasoning in their alien tongues*». (p. 773). Si v. inoltre R. SCHLESINGER, H.B. BAADE - P.E. HERZOG - E.M. WISE, *Comparative Law. Cases, text, materials*, sesta ediz., Foundation Press, New York, 1998, p. 7 i quali evidenziano come «*American constitutional law is especially insular and inward looking*».



sostenere l'opportunità di ribaltare un precedente vincolante, indi realizzare un *overruling* ed una deroga al principio dello *stare decisis*¹¹.

2. L'attenzione su alcune pronunce di Corti Supreme Statali in tema di *same sex marriage* sollecita l'interprete ad una riflessione sulle reazioni da esse suscitate sia sul versante giurisprudenziale, sia su quello legislativo. Non di rado l'influenza si è tradotta, al di là di alcuni isolati casi¹², in una controtendenza dei legislatori statali esternata in provvedimenti che contrassegnavano una direzione opposta, rigidamente conservativa.

La pronuncia della Corte Suprema delle Hawaii sul caso *Baehr v. Lewin*¹³ offre spunti di riflessione in merito a come le reazioni delle fonti legislative e delle fonti giurisprudenziali possano essere le più disparate e portatrici di paure e debolezze. Questa sentenza *in primis* è estremamente rilevante perché afferma a chiare lettere che la limitazione del matrimonio alle sole coppie eterosessuali rappresenta un'illegitima discriminazione fondata sull'orientamento sessuale. Ma la Corte va anche oltre l'enunciazione di tale principio e sollecita lo scrutinio segreto restrittivo, ai sensi della Costituzione delle Hawaii, in ragione della discriminazione sulla base del sesso, disposta dalla legge delle Hawaii che limitava il matrimonio alle coppie di sesso diverso. E proprio alla luce di questa sollecitazione che nel 2012 fu emanata una legge che disciplina le unioni civili, a cui ha fatto seguito nel 2013 *Hawaii Marriage Equality Act*.

Ma il caso *Baehr v. Lewin* è emblematico sia per la sua funzione propositiva nei confronti del legislatore statale, che non ha mancato di recepire l'invito, sia per la reazione a contrasto che ha suscitato negli altri Stati, nonché nella legislazione federale che ha subito voluto sigillare il carattere eterosessuale della unione matrimoniale¹⁴.

Il Congresso federale, dichiaratamente timoroso che, dopo le Hawaii, altri Stati avrebbero potuto riconoscere il matrimonio tra persone dello stesso sesso, approva nel 1996 con grande maggioranza il *Defence of Marriage Act* (c.d. DOMA)¹⁵, sollevando non poche critiche anche in ragione dell'evidente incursione nelle competenze statali, tra le quali rientra notoriamente il diritto di famiglia.

Il DOMA, *in primis*, nella sec. 3, stabilisce che nell'interpretazione di qualunque atto normativo o amministrativo federale «il termine matrimonio significa soltanto una unione legale tra un uomo ed una donna come marito e moglie» e che il «il termine “coniuge” si riferisce soltanto ad

¹¹ Ci sono altre poche sentenze nelle quali la Corte Suprema federale ha riferito di esperienze straniere, ma mai sino ad allora il richiamo aveva avuto un ruolo centrale. Ad esempio, in *Muller v. State of Oregon* (208 U.S. 412, 1908), la Corte fece ampi riferimenti a legislazioni straniere, non nel testo dell'opinione, ma attraverso un mero richiamo in nota.

¹² Si pensi alla sentenza della Corte Suprema dello Stato del Massachusetts, *Goodridge v. Department of Public Health*, a seguito della quale fu emanata nello Stato del Massachusetts una legge che il 17 maggio 2004 ha riconosciuto il matrimonio civile tra persone dello stesso sesso.

¹³ *Baehr v. Lewin*, 74 Haw. 530, 852 P. 2d 44, (1993).

¹⁴ Invero, l'interpretazione offerta dalla Corte Suprema delle Hawaii è stata recepita da altre Corti statali come modello da imitare; significative sono le pronunce della Corte Suprema dell'Alaska in *Brause v. Bureau of Vital Statistic* (1998 WL 88743) e della Corte Suprema del Vermont, in *Baker v. Vermont* (744 A. 2d 864, 1999). Tuttavia, in Alaska, la prima reazione è stata l'approvazione di un emendamento della Costituzione dell'Alaska che dichiarava che «to be valid or recognized in this State, a marriage may exist only between one man and one woman». Si veda l'attenta ricostruzione compiuta da KEVIN G. CLARKSON, DAVID ORGON COOLIDGE, WILLIAM C. DUNCAN, *The Alaska Marriage Amendment: The People's choice on the last frontier*, in 16 *Alaska Law Review*, p. 213 (1999). Solo nel recente 2015 la US. District Court Alaska ha dichiarato incostituzionale il divieto del *same-sex marriage*.

¹⁵ Il titolo per esteso della legge è: *An Act to define and protect the institution of marriage*, Publ L No 104-199, 110 Stat. 2419 (1996).



una persona del sesso opposto che è un marito o una moglie», optando pertanto per una configurazione del matrimonio rigorosamente eterosessuale.

Inoltre, il DOMA stabilisce che gli Stati non sono obbligati a dare riconoscimento legale ai matrimoni omosessuali contratti in altri Stati in ragione del *faith full and credit clause*¹⁶.

Il fenomeno inaspettato che si verificò successivamente al DOMA fu l'allineamento di quasi tutti i legislatori nazionali che provvidero a specificare, attraverso modifiche costituzionali, la natura necessariamente eterosessuale del matrimonio.

Ebbene, nel 2013 questo processo riceve un forte scossone con la sentenza *United States v. Windsor* (2013) che produce un effetto domino.

La Corte Suprema federale nella risoluzione del caso *United States v. Windsor* (2013) ha nel mirino il DOMA e sancisce l'incostituzionalità della sez. 3 secondo la quale, ai fini dell'applicazione di norme federali, il termine matrimonio doveva riferirsi soltanto alle coppie eterosessuali. La parola chiave del *legal reasoning* è *dignity*, sino a quel momento desueta al pragmatismo statunitense. Supera, invece, il vaglio della legittimità costituzionale e rimane inalterata la sezione posta in difesa dell'autonomia e sovranità dei singoli Stati secondo cui gli Stati non sono obbligati a dare riconoscimento legale ai matrimoni omosessuali contratti in altri Stati in ragione del *faith full and credit clause*.

Il caso riguardava una questione tributaria, materia che invero si presta molto a dare un carattere pragmatico alle situazioni di disuguaglianza, legate al diniego del diritto al matrimonio alle coppie omosessuali. Nel caso *US. v. Windsor*, si lamentava il mancato riconoscimento di un'esenzione fiscale riconosciuta ai coniugi superstiti, negato alla signora Windsor in ragione del fatto che il suo legame matrimoniale con la compagna deceduta, sorto a Toronto e pienamente riconosciuto poi anche nello Stato di New York, non fosse riconosciuto ai fini tributari dalle leggi federali alla luce della sezione 3 del DOMA, secondo cui il termine "coniuge" doveva essere applicato solo per i matrimoni tra un uomo e una donna¹⁷.

Il giudizio di incostituzionalità si è fondato principalmente sulla violazione dell'*equal protection clause* (V emendamento) e pertanto sulle discriminazioni causate da tale definizione di unione legale, senza che fosse trascurata l'incompetenza del Congresso federale, in considerazione che il diritto di famiglia rientra nell'ambito di competenza dei singoli Stati.

Dopo *US. v. Windsor* negli Stati Uniti spira un nuovo vento che determina senza soluzione di continuità un processo iniziato dalle Corti federali e Statali volto al riconoscimento del matrimonio per le coppie gay in molti Stati quali: Alaska, Arizona, Colorado, Florida, Idaho, Indiana, Montana, Nevada, North Carolina, North Dakota, ecc. sino a contare che ben 37 stati, oltre al distretto della Columbia, di fatto hanno oggi eliminato dai propri ordinamenti le restrizioni che impedivano agli omosessuali di sposarsi. In particolare, le decisioni dei giudici dello Utah del 20 dicembre 2013, dell'Oklaoma del 14 gennaio 2014 e della Virginia del 13 febbraio 2014 (ove fino al 2013 l'unione gay era considerata reato), non solo dichiarano l'incostituzionalità del divieto di matrimonio omosessuale, ma, rinvenendo le basi di tali unioni nell'uguaglianza degli individui sancita nella stessa Dichiarazione di Indipendenza degli Stati Uniti, hanno contribuito a determinare

¹⁶ Il riconoscimento dei matrimoni omosessuali contratti in altri paesi non deve essere giustificato attraverso il principio contenuto nella *faith full and credit clause*, enunciato nella prima sezione dell'art. 4 della Costituzione americana a norma del quale: «in ogni Stato saranno attribuiti piena fiducia e pieno credito agli atti, ai documenti pubblici e ai procedimenti giudiziari degli altri Stati; e il Congresso potrà, mediante leggi generali, prescrivere il modo in cui la validità di tali atti, documenti e procedimenti debba essere determinata, nonché gli effetti della validità stessa. Si tratta di un principio che è garante del bilanciamento tra potere Statale e poteri Federali». Così, testualmente sez. 2, art. 4 Costituzione USA.

¹⁷ L'*Internal Revenue Service* rilevò che l'esenzione non si applicava ai matrimoni omosessuali; fu così respinta la richiesta di Windsor, che la costrinse a pagare \$ 363.053 in tasse immobiliari.



l'evoluzione del pensiero della Corte Suprema suggellato nel celebre caso *Obergefell v. Hodges* verso il riconoscimento in termini positivi del “diritto costituzionale” al *same sex marriage*.

3. Il riconoscimento del *same sex marriage* ha preso le mosse da due aspetti: dall'istituto del matrimonio e dalla sua valenza quale diritto fondamentale a più riprese riconosciuto dalla Corte Suprema¹⁸; dal rispetto dei valori delle libertà individuali e della dignità della persona umana che trovano attuazione ed espressione nel diritto fondamentale a contrarre matrimonio.

Corollario di questi due principi è il principio di uguaglianza che richiede che ci sia parità di trattamento e di opportunità per tutte le persone, per cui la negazione all'accesso all'istituto del matrimonio implica la non attuazione e frustrazione del principio di uguaglianza.

Nella Costituzione americana non sussiste una disciplina del matrimonio o una nozione di famiglia¹⁹, al di là dell'incompleto ed inadeguato tentativo, poi cassato, contenuto nel DOMA. Tuttavia le Corti Supreme più volte hanno riferito del ruolo fondamentale che ha il matrimonio nella formazione della identità nazionale negli Usa, come da ultimo nella sentenza *Obergefell v. Hodges*. Ciò determina la centralità del ruolo svolto dal principio di uguaglianza, ed in particolare dal *due process clause* nella sua accezione *substantive* e dalla *equal protection clause*, declinati rispettivamente nel rispetto della dignità (dell'individuo, quale singolo e quale membro di una coppia), e nel divieto di discriminazione basata sull'orientamento sessuale.

Questi due aspetti ad unisono enucleano la necessità del riconoscimento giuridico del *same sex marriage*.

Non si tratta di riconoscere un nuovo diritto alle coppie omosessuali, ma di rispettare il diritto costituzionale di ciascun individuo di esprimere la propria libertà, autonomia e personalità attraverso l'istituto del matrimonio. Potrebbe parlarsi della nuova generazione dei diritti, o anche della terza generazione dei diritti, come autorevole dottrina invita a riflettere, ma non in termini di una configurazione di un nuovo diritto, al pari di quanto è pacificamente condiviso in altri temi, come ad esempio in materia di sviluppo e ambiente²⁰.

Invero, il punto focale non è la coppia omosessuale, bensì la centralità della persona i cui diritti fondamentali hanno avuto un rinnovamento grazie alla demolizione delle barriere legate a superati stereotipi, come quello patriarcale, che isolava la donna in un ruolo di subordinazione e devozione rispetto all'uomo.

E' bene che l'enfaticizzazione, quasi venerazione del matrimonio, da parte della Corte, non distolga l'interprete dalla centralità della persona²¹; difatti - con buona ragione - non mancano

¹⁸ L.D. WARDLE, *A Critical Analysis of Constitutional Claims for Same-Sex Marriage*, in *Brigham Young U.L. Rev.* 1, (1996), p. 26 ; ID., *Legal Claims for Same-Sex Marriage: Efforts to Legitimize a Retreat from Marriage by Redefining Marriage*, in 39 *S. Tex. L. Rev.*, (1998), p. 757.

¹⁹ Diverse sono state nel corso degli anni le proposte di emendamenti costituzionali sul tema. Si v. E. STEIN, *Past and Present Proposed Amendments to the United States Constitution Regarding Marriage*, in *Washington University Law Review*, 82, 2004, p. 611 ss.; per una concezione del matrimonio come unione tra un uomo ed una donna cfr. le riflessioni J.C. YOO, A.VULCHEV, *The Conservative Case Against Federal Marriage Amendment*, in *Hastings Constitutional Law Quarterly*, 32, 2004-2005, p. 725.

²⁰ De Vergottini individua le tre generazioni dei diritti, facendo rientrare la tutela delle persone omosessuali nella terza e ultima generazione dei nuovi diritti. Si v. G. DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale*, ottava ed., Padova 2012, p. 386.

²¹ Cfr. *Obergefell v. Hodges*, 135 S. Ct. 2584, p. 2608 (2018), espressamente enuncia: «non union is more profound than marriage», compiendo, inoltre, una ricostruzione storica e giuridica dell'istituto del matrimonio.



coloro che intravedono nell'apertura post *Obergefell decision* ulteriori insidie per la tutela dei diritti delle coppie che decidono di non volere ricorrere all'istituto del matrimonio²².

Il *same-sex marriage* è uno dei tanti modi di manifestare la libertà di esprimere la propria identità, nonché una forma di declinazione del diritto all'autodeterminazione e allo sviluppo della persona umana. Rientra nella sfera della *individual autonomy*, nella libertà di esprimere il proprio pensiero, intimità e spiritualità, concetto enucleato anche nella dimensione intima nella celebre sentenza *Lawrence v. Texas*, 539 US (2003).

La stessa Corte Suprema Federale nel caso *Obergefell v. Hodges* ricorda come negli anni '70 tante leggi, che ponevano la donna in una posizione subalterna rispetto all'uomo, sono state invalidate proprio perché esprimevano una disegualianza nella coppia basata sul sesso. L'irrilevanza del sesso e la necessità di considerare la persona nella sua unicità e personalità è la chiave di lettura che individua il diritto al matrimonio come un diritto fondamentale della persona²³ quale che sia la sua razza, sesso, lingua e religione.

L'orientamento sessuale è oggi ritenuto, in modo condiviso, uno dei fattori causali di comportamenti discriminatori vietati, al pari di quanto costituzionalmente già riconosciuto in merito al sesso, alla razza e alla religione. L'eziologia delle forme di riconoscimento giuridico delle coppie omosessuali deve anche essere sganciata da valutazioni di tipo religioso e il dato che il vincolo coniugale sia stato affermato in paesi, sia di maggioranza cattolica che protestante, ne è una chiara dimostrazione²⁴.

La logica che porta l'interprete a riconoscere piena valenza giuridica al *same sex marriage* sembrerebbe la stessa adottata nella sentenza *Loving v. Virginia* (388 US 1, 12, 1967), che non ha ricercato un "diritto al matrimonio tra individui di razze diverse", o nella sentenza *Turner v. Safley* (482 U.S. 78, p. 85, 1987) che non ha riconosciuto un "diritto al matrimonio dei prigionieri". Queste pronunce, pur focalizzate sulla *individual autonomy*, proclamano il diritto al matrimonio quale diritto fondamentale under the *Due Process Clause* e pertanto diritto della persona. Analogamente anche in *Zablocki v. Redhail*, (434 U.S. 374, p. 384, 1978) la Corte ha ribadito il diritto al matrimonio come un diritto fondamentale e perciò non soggetto a limitazione anche ove i padri siano morosi in merito all'obbligo alimentare verso i figli²⁵. Tuttavia, in queste pronunce la dignità ha una sua autonomia rispetto all'istituto del matrimonio, mentre in *Obergefell's* la Corte sembrerebbe riconoscere all'istituto matrimoniale la capacità di attribuire dignità a chi ricorra a tale isti-

²² M. MURRAY, *Obergefell v. Hodges and Nonmarriage Inequality*, in *California Law Review*, vol. 104, 5, 2016, p. 1207 ss. L'A. osserva come la Corte suprema Federale nel caso *Obergefell* muove dall'assunto che il matrimonio "is the most profound, dignified, and fundamental institution into which individuals may enter" e che pertanto un'interpretazione coerente indurrebbe a far pensare che tutte le forme alternative al matrimonio, definite anche "nonmarriage" sono in comparazione "undignified, less profound, and less valuable".

²³ A titolo esemplificativo si v. *Kirchberg v. Feenstra*, 450 U.S. 455 (1981); *Wengler v. Druggists Mut. Ins. Co.* 446 U.S. 142 (1980); *Califano v. Westcott*, 443 U.S. 76 (1979); *Orr v. Orr*, 440 U.S. 268 (1979); *Califano v. Goldfarb*, 430 U.S. 199 (1977); *Weinberger v. Wiesenfeld*, 420 U.S. 636 (1975); *Frontiero v. Richardson*, 411 U.S. 677 (1973).

²⁴ E. CECCHERINI, *Quando l'eguaglianza non basta. Brevi riflessioni sulla giurisprudenza statunitense in tema di same-sex marriage alla luce della sentenza Windsor*, p. 157, in AA.VV., *Lo status giuridico delle coppie same-sex: una prospettiva multilivello*, a cura di Daniele Ferrari, Padova, 2014.

²⁵ Tutte pronunce che hanno sviluppato il *diritto alla privacy*, enucleato nel celebre caso *Griswold v. Connecticut*, 381 US 479, 484-486 (1965), ove la Corte Suprema degli Stati Uniti invalidò una legge del Connecticut con la quale si proibiva a chiunque di utilizzare "qualsiasi farmaco, articolo medicinale o strumento al fine di prevenire il concepimento." Con un voto di 7-2, la Corte Suprema invalidò la legge per il fatto che aveva violato il "diritto alla privacy coniugale", proteggendo il *diritto alla privacy* nell'ambito del matrimonio da qualsiasi intrusione governativa. Difatti, nella decisione *Zablocki v. Redhail*, 434 US 374, 384 (1978), ed in particolare nella *opinion* di maggioranza, fu enfatizzato il *right to marry* come forma di diritto alla *privacy*, fondato nel XIV emendamento. Invero, ancor prima cfr. *Cleveland Bd. Of Ed v. La Fleur*, 414 US 632, 639-640 (1974); *Skinner v. Oklahoma ex Rel. Williamson*, 316 US 535, 541 (1942); *Meyer v. Nebraska*, 262 US 390, 399 (1923). Talvolta è stata però legittimata la sua limitazione in presenza di condizioni di limitata libertà personale; come nel caso di regolamenti che limitano il diritto dei carcerati di sposarsi in *Turner v. Safley*, 482 US 78, 95 (1987).



tuzione, sollevando inevitabili problematiche giuridiche, laddove ciò comporti una restrizione dei diritti delle coppie non sposate²⁶, non giustificabile soprattutto quando siano coinvolti i figli, nati dalla relazione di coppia²⁷.

L'analogia con la discriminazione segnata da una segregazione razziale è evidente se si rivolge l'attenzione alla sentenza *Loving v. Virginia* 388 US 1, 12 (1967), con la quale ha avuto inizio questo lungo cammino che ha condotto la Corte ad affermare il diritto al matrimonio non condizionato alla eterosessualità. Così, in *Loving v. Virginia*, la Corte Suprema Federale dichiarò incostituzionale il *Racial Integrity Act* del 1924, ponendo fine alle restrizioni legali relative ai matrimoni interrazziali negli Stati Uniti, e proclamò il matrimonio quale "uno dei diritti essenziali per l'ordinaria ricerca della felicità da parte degli uomini liberi", elevandolo quale luogo di espressione dell'autonomia individuale²⁸. Il principio, su cui si fondò la nullità del divieto del matrimonio interrazziale, erigeva il matrimonio a scelta individuale insita nel concetto di autonomia, evidenziando così una solida interrelazione tra libertà e matrimonio.

Il rispetto dei valori e della dignità della persona umana racchiude il diritto di compiere liberamente scelte intime di vita²⁹, che si manifestano attraverso l'attuazione *equal protection clause* che impone dunque il riconoscimento del matrimonio tra persone dello stesso sesso. Quando le scelte di vita trovano attuazione nel vivere sociale, oltre a riflettere la società, richiedono una approvazione giuridica e, pertanto, normative specifiche, dettate in materia previdenziale e successoria. L'istituto del matrimonio di certo ha perso la sua posizione esclusiva di forma di organizzazione in grado di definire diritti sociali ed economici dei congiunti, anche in relazione alla legittimazione in merito ai legami di discendenza, in passato questi ultimi oltremodo negati o mortificati se sorti al di fuori del matrimonio³⁰. Tuttavia, non può negarsi che lo *status* coniugale sia il fondamento per molteplici diritti, oltre che per benefici e responsabilità, e che la negazione o il riconoscimento degli stessi, ad una persona piuttosto che ad un'altra, sulla base di un orientamento sessuale, viola i diritti fondamentali della persona costituzionalmente tutelati. Si tratta di posizioni in merito alla tassazione³¹, rapporti lavorativi, diritti di proprietà, regole di successione, privilegi coniugali nelle norme sulla prova, accesso ospedaliero o sui poteri di assumere decisioni di carattere medico, diritti relativi all'adozione, certificati di nascita e di morte, norme sull'affidamento, il mantenimento e diritto di visita dei figli. Ciononostante la Corte Suprema federale non si è servita delle classiche tecniche di sindacato costituzionale che si poggiano su clas-

²⁶ Invero, anche con la celebre sentenza *Griswold v. Connecticut* fu cassata la legge del Connecticut che proibiva alle coppie sposate di usare contraccettivi sulla base dell'articolato *right of privacy to marriage* e della *expectation of marital privacy*.

²⁷ Difatti, non può tacersi delle pronunce che solo dopo *Loving v. Virginia* hanno cercato di riscattare i minori - nati fuori dal matrimonio - dalle offensive dichiarazioni che arrivavano a definirli "nonpersons". Cfr. *Levy v. Louisiana*, 391 U.S. 68 (1968) e *Glona v. American Guaranty and Liability Insurance Company*, 391 U.S., 68 (1968).

²⁸ La Virginia sosteneva la legittimità delle sue norme penali che impedivano i matrimoni interrazziali: in base ad esse i bianchi ed i neri erano soggetti alla stessa pena. La Corte Suprema demolì tale argomentazione, riconoscendo che il XIV emendamento non poteva ritenersi soddisfatto con la mera uguaglianza formale della pena e che, in generale, ogni volta che il giudice si trova di fronte a norme o prassi che si basano sulla razza, deve ritenerle sospette.

Con tale sentenza viene per la prima volta elaborato il cosiddetto "test di scrutinio", un percorso logico che i giudici devono seguire per valutare la correttezza delle azioni poste in essere - dal legislatore o dai soggetti privati - per superare la discriminazione o compensare, con attività rimediali, gli effetti della discriminazione passata.

²⁹ Cfr. *Eisenstadt v. Baird*, 405 U.S. 438, 453 (1972) con la quale fu dichiarata l'incostituzionalità - *under the equal protection clause* - della legge che proibiva alle coppie non sposate l'uso di contraccettivi, uso consentito invece alle coppie sposate. Si v. anche *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479, 484, 486 (1965).

³⁰ R. VOLPI, *La fine della famiglia: la rivoluzione di cui non ci siamo accorti*, Milano, 2007, p. 13; G.B. VARNIER, *Il paradigma matrimoniale dell'Occidente cristiano e le sfide della contemporaneità. Qualche riflessione*, a cura di G. Della Torre, C. Gullo, G. Beni, Città del Vaticano, 2012, p. 497.

³¹ In ogni caso, il diritto tributario rappresenta il settore in cui le Corti hanno veicolato il riparo della *equal protection clause*, così come del *substantive due process law*.



sificazioni, in riferimento agli interessi statali potenzialmente opponibili, tra l'altro analoghi a quelli della segregazione razziale, bensì su principi e valori immateriali quali la dignità e il divieto di qualsiasi forma di discriminazione. D'altronde, al di là delle posizioni giuridiche che nascono da posizioni definite, come quelle lavorative, si possono presentare ulteriori situazioni giuridiche non prevedibili, come il ricovero di urgenza in un ospedale a seguito di un incidente e la conseguente necessità di prestare un consenso in sostituzione del coniuge ricoverato che, a causa dell'infortunio si trovi in una temporanea incapacità di intendere e di volere.

4. Il necessario rapporto di reciprocità tra *substantive due process of law* e *equal protection clause*, per cui il rispetto del primo principio implica anche il rispetto del secondo e viceversa, è centrale nel riconoscimento giuridico del *same-sex marriage*. Prima di soffermarci ulteriormente sulla rivoluzionaria pronuncia della Corte Suprema Federale, *Obergefell v. Hodges*, occorre riferire che il primo consenso a livello statale si è avuto nel Massachusetts ad opera della Corte Suprema Statale nel caso *Goodridge v. Department of Public Health (2003)* ove la Corte muovendo dai numerosi benefici sociali, tributari e successori attribuiti alle coppie unite in matrimonio, e dall'esaltazione dei principi di libertà dell'individuo e di garanzia dell'uguaglianza ha dimostrato come la negazione degli stessi alle coppie omosessuali sia una lapalissiana violazione del principio di uguaglianza. La Corte Suprema dello Stato del Massachusetts segna l'inizio di un percorso incentrato sulla centralità dell'istituto del matrimonio che deve necessariamente coniugarsi in una libertà di espressione nella quale "la decisione di sposarsi o meno e di chi sposare" è identificata quale "uno degli atti della vita, fondamentali alla definizione di se stessi"³².

Seguendo il percorso tracciato dalla Corte Suprema dello Stato del Massachusetts, la Corte Suprema Federale, il 26 giugno 2015, con la sentenza *Obergefell v. Hodges* segna l'inizio di una nuova era, verso un processo di uniformazione del diritto e un pieno riconoscimento dell'extrastatalità dei diritti fondamentali della persona. La Corte ha di fatto proscritto in tutto il territorio statunitense qualunque forma di definizione di matrimonio che lo restringa alle coppie eterosessuali, enunciando che il *same-sex marriage* è un diritto costituzionale protetto dal XIV emendamento della Costituzione che richiede – come è noto - il rispetto del *Due Process Law* e della *Equal Protection Clause* da parte degli Stati.

Il ricorso per *certiorari* accorpa la richiesta di 14 coppie dello stesso sesso e di due uomini i cui partner omosessuali erano defunti³³. I resistenti sono funzionari statali responsabili per l'applicazione delle leggi in questione. Le accuse addebitate riguardavano il dovere dello Stato di autorizzare *same sex marriage* e il dovere, derivante dal XIV emendamento della Costituzione federale, di ciascuno Stato di accordare pieno riconoscimento ai matrimoni legalmente celebrati in un altro Stato.

Il *reasoning* riconduce il diritto al matrimonio alla giurisprudenza che ha sviluppato la *due process clause*, per cui il *right to marry* delle coppie aventi lo stesso sesso è inerente al concetto di libertà, tutelato dal XIV emendamento e quindi ad una valutazione sulla ragionevolezza della uguaglianza

³² Si v. *Goodridge v. Department of Public Health*, 798 NE2d 941 (Mass 2003). Per un'analisi approfondita di questa pronuncia si v. P.M. CALIARO, *Il same sex marriage negli Stati Uniti d'America*, Padova, 2006, p. 304.

Invero, il primo rilievo pubblicistico riconosciuto alle unioni omosessuali, in forza dell'indissolubile legame tra il valore della dignità e il principio di eguaglianza, è dato dalla Corte Suprema del Vermont (*Baker v. Vermont* 744 A.2d 864 (vt 1999) che sulla base del nesso tra la *common benefit clause* e il rispetto della natura umana impose il riconoscimento pubblicistico alle unioni omosessuali, riconoscimento prima avvenuto attraverso la normativa delle unioni civili, poi con la legge del 2009, il *Marriage Equality Act*.

³³ Le legislazioni degli Stati delle coppie ricorrenti (Michigan, Kentucky, Ohio e Tennessee) definivano il matrimonio quale un'unione tra uomo ed una donna.



di trattamento con il superamento del requisito della eterosessualità, quest'ultimo basato sullo stereotipo per cui all'identità sessuale corrisponderebbe un ruolo funzionale diverso: per l'uomo il compito di provvedere al sostentamento della famiglia; per la donna un ruolo strettamente legato al focolare domestico³⁴.

Ancora una volta la Corte Suprema Federale ricorre alla tecnica del *constitutional adjudication* che mutua il *Substantive Due Process* per dare valenza e tutela a posizioni giuridiche, ricomprese nel concetto di libertà, ma non ancora unanimemente riconosciute. L'opinione di maggioranza chiarisce a chiare lettere che non intende affermare un *new right*, bensì estendere la protezione di un diritto radicato nella cultura americana che comporta il necessario coinvolgimento di due aspetti, l'uno relativo alla realizzazione individuale, l'altro relativo alla costruzione sociale.

Si ribadisce nuovamente che l'accento non è posto sulla dimensione emancipativa del matrimonio, foriera di digressioni politiche, ma sul dato che esso rappresenta uno degli elementi fondamentali su cui poggia la società civile. Si evince così che strettamente connesso al *right to marry*, contemplato implicitamente nella *Due Process Clause*, è la *Equal Protection Clause*. Il matrimonio esprime una libertà fondamentale che si esplica nell'autonomia individuale, protegge la più intima associazione tra persone, salvaguarda bambini e familiari anche attraverso il legale riconoscimento al diritto all'abitazione, ed è storicamente conosciuto come la pietra miliare dell'ordine sociale, e siccome non esistono differenze tra *same-sex union* e *opposite-sex union* in riferimento al rispetto di questi principi, l'esclusione dal matrimonio delle coppie di stesso sesso comporta la violazione del XIV emendamento.

La Corte ricorre alla concezione di una *living Constitution* che non fa però appello all'originalismo, che presterebbe il fianco a facili manipolazioni³⁵. Ogni ragionamento prende le mosse dalla tradizione giuridica, rilevata non attraverso una ricostruzione mistica del common law³⁶, ma attraverso un'interpretazione razionale che pone luce e valore alle soluzioni e proposte che si sono manifestate nella giurisprudenza nel corso del tempo. D'altronde, l'esegesi dei principi costituzionali è sempre stata compiuta attraverso l'interpretazione di essi resa nelle risoluzioni di controversie, specchio dell'andamento evolutivo del diritto costituzionale. Così, la Corte, dopo un *excursus* storico sull'istituto del matrimonio nelle varie forme di civiltà, ha riferito delle importanti tappe - segnate dalle Corti Supreme - che hanno portato al pieno riconoscimento giuridico dello *status* legale degli omosessuali: dall'attribuzione allo stesso di conseguenze giuridiche penalizzanti e pertanto discriminatorie, alla depenalizzazione di atti omosessuali sino al riconoscimento che limitare il matrimonio solo a persone di sesso diverso costituisce una discriminazione³⁷.

Il Collegio di maggioranza però al termine del suo ragionamento logico-argomentativo, fondato sulla *Due Process Clause* e la *Equal Protection Clause*, rivendica il suo potere contro-maggioritario lì dove l'attesa del consenso della maggioranza possa ulteriormente frustare i diritti e le libertà fondamentali della persona. Tale "giustificazione" motivata sulla mera necessità di un intervento tempestivo, indebolisce la lunga argomentazione della Corte sulla necessità di preservare la razionalità e il bagaglio di saggezza della tradizione giuridica, svuotando di valenza i pro-

³⁵ Si v. DAVID A. STRAUSS, *The living Constitution*, Oxford University Press, 2010, p. 3 ove vengono sollevate aspre critiche all'orientamento conservatore del Justice Antonino Scalia favorevole – secondo l'autore ad un "dead Constitution".

³⁶ L'ricostruzione mistica è sempre ricondotta a quella interpretazione che fa spesso appello a ciò che "Founding Fathers would not tolerate", espressione a cui *judges* ricorrono per introdurre un'interpretazione restrittiva di un principio costituzionale.

³⁷ Stigma, dignità, identità e matrimonio sono i termini di supporto del Justice Kennedy che nell'ultimo decennio ha portato al traguardo la staffetta dei diritti civili, partendo da *Romer v. Evans* e giungendo fino ad oggi, passando per *Lawrence v. Texas* e *United States v. Windsor*. In questi termini, M.M. WINKLER, "Continuity and change" nella sentenza della Suprema Corte American sul matrimonio tra persone dello stesso sesso, in *questionegiustizia.it*.



positi enunciati, seppur con toni umili, volti ad elevare la Corte Suprema Federale quale organo maggiormente idoneo alla tutela dei diritti fondamentali. Invero, ciò che deve convincere senza riserve è la sua inclinazione e adeguatezza ad offrire una uniformità di tutela che è sostanziale per la piena attuazione delle libertà fondamentali della persona che trascina con sé la necessità del rispetto del principio di uguaglianza.

Il potere contro-maggioritario, invocato dalla Corte per rafforzare la sua decisione, crea l'appiglio per i giudici dissenzienti che condividono la ricostruzione argomentativa dell'opinione di maggioranza, manifestando dunque pieno consenso nel merito della questione e superando tutte le obiezioni spesso riservate al potere espansivo del *Due Process of law*, mettendo però in discussione la legittimità della Corte di sostituirsi al potere legislativo, rilevando come sia sempre vivo il dibattito politico sulla demarcazione dei rapporti tra potere legislativo e potere giudiziario.

In particolare Justice Scalia nella sua *dissenting opinion* afferma che la pratica di consentire a nove giudici di sostituirsi al potere democratico del popolo “by extravagant praise of liberty” (...) “robs the People of the most important liberty they asserted in the Declaration of Independence and won in the Revolution of 1776: the freedom to govern themselves”.

Le *dissenting opinions* fanno leva sulla mancata legittimità del potere giurisdizionale di decidere su questioni che rientrerebbero nell'ambito della competenza del legislatore statale. Sono incentrate sull'opportunità di regolamentare questa materia attraverso un consenso politico, e pertanto reclamano un intervento del legislatore attraverso la volontà della maggioranza parlamentare. Ma queste obiezioni devono essere superate dal dato che il diritto delle persone dello stesso sesso di contrarre matrimonio è un diritto la cui esplicazione non può subire limiti di applicazione territoriale, perché è insito nel diritto alla vita e nel diritto alla libertà dell'individuo, intesi come espressione della propria personalità ed individualità. Si tratta di diritti fondamentali che si muovono al di sopra dei parametri territoriali, e non è un caso che le Corti Supreme europee, e non solo, abbiano mostrato forte sensibilità su questo tema, aprendo la strada ad interventi legislativi e talvolta sostituendosi ad essi, pur suscitando obiezioni.

Alle obiezioni sollevate sul ruolo contro-maggioritario dei giudici, lì ove le stesse si radicano nella convinzione che la maggioranza espressa dal popolo attraverso il potere politico sia l'unica espressione di democraticità³⁸, occorre replicare che solo la garanzia dei diritti e delle libertà, anche e soprattutto delle minoranze, assicura la piena attuazione della democrazia³⁹. Questa contrapposizione rappresenta quella, più volte ricorrente, tra i giudici “nazionalisti”⁴⁰, legati all'interpretazione originale del testo costituzionale⁴¹ e i cc.dd. *transnational fine*, che anelano ad un'interpretazione dinamica della Costituzione⁴², pertanto intenta ad applicare i concetti alla realtà e restia ad applicare i principi con i significati propri del secolo in cui sono stati adottati⁴³. Ma il rispetto delle minoranze trova asilo proprio nell'operato delle Corti che pongono riparo segnata-

³⁸ Le più aspre critiche sul potere del *judicial review* quale potenzialmente pericolo e elemento contro-maggioritario nel sistema politico americano sono espresse da A. M. BICKEL, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, Yale University Press, 1986, p. 16; M. V. TUSHNET, *Anti-Formalism in recent Constitutional Theory*, in *Michigan Law Review*, vol. 83, n. 6, 1985, p. 1502 ss.

³⁹ In sostegno di tale posizione si v. R. DWORKIN, *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*, Oxford University Press, 1996, p. 3 ss.

⁴⁰ Il maggiore esponente era il giudice Scalia, la cui presa di posizione è nota non solo nel caso *Obergefell v. Hodges* ma anche nel caso *Atkins v. Virginia*, 536 US 304, (2002).

⁴¹ L'opportunità o meno di un'interpretazione rigida della Costituzione è un tema sensibile, si v. G. ZAGREBELSKY, P. PORTINARO, J. LUTHER, *Il futuro della Costituzione*, Torino, 1996, p. 167 ss.

⁴² Si v. le preziose pagine di R.H. FALLON Jr., *The Dynamic Constitution*, Cambridge University Press, 2004, *passim*.

⁴³ Espressione che si riferisce a cinque giudici che notoriamente sono più Progressisti”: Stevens, O'Connor, Kennedy, Ginsburg e Breyer. Un conflitto che rapidamente può essere trasposto in un conflitto politico come ben spiega R.H. BORK, *Coercing Virtue: The Worldwide Rule of Judge*, 2002, trad. it., *Il giudice sovrano*, a cura di S. Sileoni, Macerata, 2004, pp. 8-9.



mente all'inefficienza degli organi di maggioranza politica di tutelare tali diritti, e far sì che questi siano tutelati al pari dei diritti di maggioranza⁴⁴. Le Corti sono il luogo naturale degli interessi minoritari e anche di quelli diffusi e collettivi e per questo il dialogo, inteso come confronto, è estremamente auspicabile⁴⁵. Inoltre, la tutela dei diritti della persona, quale il diritto di esprimere la propria personalità attraverso scelte di vita “familiari” richiede un'uniformazione di disciplina perché si rivela condizione essenziale ed implicita nell'esplicazione dei diritti stessi.

5. Le grandi forze centripete e difformi che caratterizzano il dualismo federale e il “bipartitismo” in seno alla Corte Suprema Federale, se per un verso incentivano innovazioni politiche, attraverso la strumentalizzazione dei ricorsi giudiziali finalizzati a battaglie ideologiche⁴⁶, per altro verso stagnano le prospettive politiche unidirezionali in tema di diritti fondamentali, acuendo la carenza di uniformità.

Essere sposati in uno Stato e vedersi negata la validità di tale status in un altro Stato è una circostanza – fino a due anni fa ricorrente negli Stati Uniti - che promuove precarietà ed incertezza giuridica, lì dove, invece, tale diritto, quale diritto fondamentale, richiede - senza deroghe - carattere di assolutezza.

La Corte Suprema Federale oggi ha superato in tal modo l'incertezza giuridica legata alla duplicità di *status*, prima possibili a seconda dell'orientamento sessuale della coppia, con tutte le sue possibili declinazioni, come quella sul piano fiscale, che viene bandita dalla opinione di maggioranza della Corte Suprema Federale. Diverse discipline del matrimonio, che escludevano o ricomprendevano le coppie omosessuali, non superavano l'eventualità - meno rara di quanto si possa pensare - che i due status, di coniuge di una coppia omosessuale e di coniuge di una coppia eterosessuale, potessero sovrapporsi⁴⁷, con le inevitabili pericolosissime conseguenze sul piano della certezza del diritto⁴⁸.

Invero, una volta superate le obiezioni sulla legittimità ed opportunità dell'intervento della Corte Suprema Federale (sollevate dalla opinione dissenziente del caso *Obergefell v. Hodges*) un'interpretazione sulla tutela dei diritti fondamentali che non volga lo sguardo al di là dei confini statunitensi rimane ancora riduttiva. I diritti fondamentali cc.dd. “nuovi” sollecitano il ricorso alla comparazione e un'apertura maggiore delle Corti al dialogo, in modo da dare vita ad un *corpus* di

⁴⁴ P. GROSSI, *Principio democratico e giurisdizione*, in *Scritti in onore di Serio Galeotti*, Milano, 1998, p. 721 ss., B. FRIEDMAN, *The History of Countermajoritarian Difficulty. Part One: The Road to Judicial Supremacy*, in *New York University Review*, 73, 1998, p. 333 ss.

⁴⁵ Il dialogo tra le corti dei diversi Stati e quelle federali può essere identificato come una forma di confronto. Cosa diversa, invece, quando le giurisdizioni appartengono a sistemi costituzionali diversi; in questo caso è più opportuno parlare di influenza, di fertilizzazione, di qui il fenomeno di cross-fertilization.

⁴⁶ Thomas F. BURKE, *Lanys, Lawsuits, and Legal Rights: The Battle over Litigation in American Society*, Berkley University Press, 2004, p. 22 e ss.

⁴⁷ Si pensi al caso in cui un coniuge o partner di matrimonio omosessuale di un'unione civile si unisca in matrimonio con un partner eterosessuale in un altro Stato.

⁴⁸ Problemi analoghi sorgono anche per il riconoscimento delle unioni civili. Difatti, nei numerosi paesi, che ad oggi non ammettono le coppie omosessuali al matrimonio, si pone il problema della riconoscibilità nell'ordinamento interno di tali unioni con l'individuazione di procedure e regolamentazioni, indicanti i termini di ammissione delle iscrizioni di tali unioni nei registri civili. Ad esempio in Italia la legge del 20 maggio 2016, n. 76, avente ad oggetto la “Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze” (in GU Serie Generale n.118 del 21-5-2016), oltre a non riconosce il matrimonio tra persone dello stesso sesso, stabilisce che «la capacità matrimoniale e le condizioni per contrarre matrimonio» sono regolate «dalla legge nazionale di ciascun nubendo al momento del matrimonio» (art. 27 legge n. 218/1995 diritto internazionale privato. Si v. G. CARELLA, *Condizioni per contrarre matrimonio*, in *Commentario alla legge 31 maggio 1995 n. 218*, a cura di S. Bariatti, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1996, p. 1157 ss.



diritti universali, costruendo così “una sorta di inedita Costituzione a-territoriale”⁴⁹. Non può negarsi che gli Stati Uniti siano storicamente restii ad ammettere l'utilità e la necessità di un dialogo oltreoceano, inteso quale confronto con le Corti costituzionali straniere⁵⁰; tra l'altro, negli Stati Uniti la tradizione comparatistica è carente e poca attenzione è dedicata allo studio del diritto straniero⁵¹. Inversamente, nell'ambito del più vasto fenomeno della circolazione dei modelli di giustizia costituzionale, il modello americano è stato, specialmente in merito ad alcune scelte, esportato in molti Paesi. In particolare, il *Bill of Rights* statunitense e la giurisprudenza della Corte Suprema in tema di *equal protection clause*, *privacy*, giusto processo e libertà di manifestazione del pensiero hanno rappresentato un modello da emulare anche per le corti costituzionali di *civil law*⁵².

Invero, più che di dialogo si dovrebbe parlare di *cross-fertilization*, espressione che indica quel fenomeno per cui i giudici costituzionali sono indotti ad attingere dai modelli stranieri⁵³, in particolare da sentenze emblematiche, qualora siano idonee a disciplinare fattispecie e forme di tutela dei diritti fondamentali non pienamente elaborate dalla pronunce delle Corti interne; fenomeno che sembra ancora in uno stato embrionale negli Stati Uniti. Tuttavia, il richiamo della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ad opera di Anthony Kennedy nel caso *Lawrence v. Texas*⁵⁴, sembra

⁴⁹ Testualmente, Così, M. R. FERRARESE, *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Bari, 2006, p. 121. Né può negarsi la vocazione ultranazionale della giustizia costituzionale. Al riguardo si v. G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008, p. 403, ove enuclea come la pena di morte, lo stato psichico dei condannati, i diritti delle persone omosessuali, la regolamentazione dell'aborto, i numerosi aspetti dell'esistenza umana messi in crisi dalle tecniche delle scienze biologiche e via enumerando, sono tutti diritti che hanno una valenza ultraterritoriale.

⁵⁰ Non altrettanto può dirsi dell'atteggiamento delle Corti continentali. A titolo esemplificativo si ricorda come la Corte costituzionale italiana nella sentenza del 1975 sull'aborto che decriminalizzava l'aborto si serviva con espresso richiamo all'argomentazione offerta dalla sentenza *Roe v. Wade* della Corte Suprema degli Usa. Si v. G. DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo delle Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Bologna, 2010, p. 22.

Tuttavia, nell'esperienza americana bisogna riferire dei casi- seppur ancora isolati – in cui la Corte Suprema Federale abbia citato una sentenza continentale. Nel celebre caso *Knight v. Florida* (528 U.S. 990,1999) sfociato in un *denial certiorari*, il giudice Breyer nella sua opinione dissenziente, fece riferimento sia al Privy Council, sia alla Corte europea dei diritti dell'uomo, sia ad una decisione delle Corti Suprema dello Zimbabwe che aveva stabilito che l'esecuzione di una sentenza capitale a lunga distanza di tempo dalla condanna è da considerarsi una forma di tortura. O ancora si pensi alla sentenze *Atkins v. Virginia* (536 U.S. 304, 2002) e *Roper v. Simmons* (543 U.S. 551, 2005) che hanno dichiarato incostituzionale la pena di morte comminata a persone mentalmente incapaci e a persone che al momento della commissione del reato erano minori.

⁵¹ Ciò si evince in modo chiaro nei curricula universitari, per poi riflettersi nell'operato del legislatore ed in quello delle Corti. Si v. al riguardo G. SMORTO, *La Comparazione giuridica negli Stati Uniti d'America*, in AA.VV., *Le nuove frontiere della comparazione, Atti del I convegno Nazionale della SIRD*, a cura di L. Antonioli, G.A. Benacchio e R. Toniatti, Trento, 2012, p. 337, ove l'A. indica l'assenza di common core di proposizioni metodologiche e canoni comuni, come la causa di una difficile affermazione del diritto comparato nella comunità scientifica. Inoltre, quando si discorre di diritti fondamentali i termini di un dialogo tra Corti esula dalle tradizionali riflessioni che insigni studiosi hanno voluto rivolgere talvolta alla circolazione dei modelli giuridici, talaltra ai trapianti o ai flussi o innesti. R. SACCO, *Circolazione e mutazione dei modelli giuridici*, in *Digesto IV, sez. civ.*, Vol. II, Torino, 1999; A. WATSON, *Il trapianto di norme giuridiche. Un approccio al diritto comparato*, Napoli, 1984; M. LUPOI, *Sistemi giuridici comparati. Traccia di un corso*, Napoli, 2001. Si v. anche N. IRTI, *La formazione del giurista*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, vol. 3, 2004, p. 647 e ss.

⁵² Cfr. A. LESTER, *The Overseas Trade in the American Bill of Rights*, in *88 Columbia L. Review* (1988), p. 543 e ss.; L. PEGORARO, P. DAMIANI, *Il diritto comparato nella giurisprudenza delle Corti costituzionali*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 1999, p. 411 ss.

⁵³ Il dialogo tra le corti dei diversi Stati e quelle federali può essere identificato come una forma di confronto. Cosa diversa, invece, quando le giurisdizioni appartengono a sistemi costituzionali diversi; in questo caso è più opportuno parlare di influenza, di fertilizzazione, di qui il fenomeno di *cross-fertilization*. Sul processo di *cross-fertilization* si v. l'attenta analisi di G. AUTORINO, *Diritti fondamentali e “cross fertilization”: il ruolo delle Corti Supreme*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2014, IV, p. 2057; G. De VERGOTTINI, *Il dialogo costituzionale tra le Corti*, Napoli, 2010, *passim*; G.G. FERRARI, A. GAMBARO, *Corti nazionali e comparazione giuridica*, Napoli-Roma, 2006, *passim*.

⁵⁴ Al riguardo si v. N. DORSEN, *The Relevance of Foreign Legal Materials in U.S. Constitutional Cases: A Conversation Between Justice Antonin Scalia and Justice Stephen Breyer*, in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 3, 2005, p. 519 ss.; M. TUSHNET, *The Possibilities of Comparative Constitutional Law*, in *The Yale Law Journal*, vol. 108, 1999, p. 1307.



aver segnato l'inizio di un nuovo cammino che lascia intravedere una diversa consapevolezza⁵⁵ della Corte Suprema Federale riguardo l'esistenza di una generale condivisione di valori e principi costituzionali tra i vari Paesi ed una incombente necessità di tutela che non sia territorialmente circoscritta. Si percepisce una diffusa coscienza della necessità di un'armonizzazione tra il diritto internazionale e i valori del diritto costituzionale interno, delegata principalmente alla Corte Suprema Federale⁵⁶. Tuttavia, il procedere della Corte Suprema Federale è caratterizzato sempre da scelte altalenanti, da spinte e contropunte, e proprio in tale altalenanza si può cogliere l'indirizzo del nuovo sentire. Così, non deve sorprendere o essere interpretata quale battuta d'arresto la politica di *self restraint*, adottata nella decisione *United States v. Windsor* (relativa ad un caso analogo a *Lawrence v. Texas*), ove la Corte, pur confermato lo stesso indirizzo, ha evitato qualsiasi riferimento giurisprudenziale straniero mostrando estrema riverenza nei confronti della giurisdizione interna. Per altro verso, non sono mancate le critiche di chi definisce il ruolo e la responsabilità del giudice (soprattutto in occasione della decisione *United States v. Windsor*) come una forma una "promiscuous opportunity", ossia un escamotage per giustificare le personali vedute, qualora quest'ultime siano distanti da quelle coerenti con lo *stare decisis* e le scelte del legislatore⁵⁷.

In contrapposizione a questo dissimulato ricorso alla giurisprudenza straniera, la valutazione sull'uso del diritto e del precedente straniero fra i giudici della Corte Suprema Statale è un tema che sta acquistando sempre più consapevolezza scientifica; difatti, tavole rotonde hanno consentito una classificazione e contrapposizione tra i "transnational five" e i nazionalisti: quest'ultimi restii a qualsiasi confronto oltreoceano; i primi, invece, chiamati così proprio perché riferiti ai cinque giudici notoriamente favorevoli all'inserimento del precedente straniero nella prassi giurisprudenziale interna⁵⁸. Uno dei punti di divergenza è l'extrastatalità dei diritti inerenti la persona, *focus* delle irrisolte problematiche che nascono dalla pluralità degli status. Se la legittimità del *same-sex marriage* riduce i casi di violazione del *substantive due process of law* e del *equal protection clause*, persistono le disuguaglianze conseguenti allo *status filiationis*⁵⁹, determinate ad esempio dalla disomogeneità della regolamentazione dettata nel territorio federale in tema di maternità surrogata. L'ambizione di garantire nell'interesse del minore un unico *status filiationis*, in considerazione del

⁵⁵ Si pensi alle dichiarazioni di stampo palesemente conservativo espresse in *Printz v. U.S.*, 521 U.S. 898 (1997), ove la Corte, nell'opinione di maggioranza, precisa che il ricorso alla comparazione non sia opportuno ai fini interpretativi della Costituzione americana. Ad ogni modo, anche dopo l'apertura manifestatasi in *Lawrence v. Texas*, le reazioni a contrasto non hanno tardato a manifestarsi; così nella Risoluzione "Reaffirmation of American Independence", sottoposta al Congresso dai più di settanta rappresentanti repubblicani e poi dallo stesso approvata, si condanna severamente l'interpretazione del diritto statunitense sulla base di pronunce o leggi di altri ordinamenti, salvo che non ci sia stato un esplicito riferimento nei dibattiti parlamentari. E' evidente che questa Risoluzione si rivela - in modo indiretto - rappresentativa di quella tensione tra il potere legislativo e il potere giudiziario, sempre viva e descrittiva di un rapporto altalenante tra il Congresso e la Corte Suprema Federale, come da ultimo si evince nelle *dissenting opinions* della sentenza *Obergefell v. Hodges*.

⁵⁶ CURTIS A. BRADLEY, *The Supreme Court as a Filter Between International Law and American Constitutionalism*, in *California Law Review*, vol. 104, n. 6, 2016, p. 1567. L'A. compie un'analisi sul ruolo della Corte Suprema Federale di nomofilia e di promozione del *rule of law*, riportando decisioni della Corte in grado di descrivere quattro scenari: la confluenza dei trattati e dei diritti costituzionali della persona; la relazione tra la forza dei trattati e il federalismo americano; le delegazioni alle autorità in merito a istituzioni internazionali; applicazione interna del diritto consuetudinario internazionale.

⁵⁷ Il riferimento è al noto saggio di R.A. POSNER, *Foreword: A Political Court*, in *Harvard Law Review*, vol. 119, 2005, p. 3 ss ed in part. a p. 85.

⁵⁸ In ogni caso, il riferimento alle pronunce straniere da costoro non viene mai considerato vincolante e sempre come forma di approccio ermeneutico di tipo evolutivo. Si v. per un approfondimento L. FABIANO, *Tanto rumore per nulla: il dibattito sull'uso del diritto e del precedente straniero fra i giudici della Corte Suprema Statunitense*, in AA.VV., *I giudici di common law e la (cross)fertilization: i casi di Stati Uniti d'America, Canada, Unione Indiana e Regno Unito*, a cura di P. Martino, Stantarcangelo di Romagna, 2014, p. 22 e ss.

⁵⁹ Sulla necessità dell'unicità dello *status* di figlio alla luce delle fonti internazionali si v. J. LONG, *Il diritto italiano della famiglia alla prova delle fonti internazionali*, Milano, 2006, p. 68 ss.



superamento di un unico modello familiare⁶⁰ è la nuova sfida delle Corti Supreme, in contesto ove la tutela dei diritti fondamentali è una necessità condivisa; ma ciò sarà possibile prendendo atto che lo *status* ha acquistato piena centralità nella tutela dei diritti fondamentali della persona e che l'ineludibile connessione tra diritto e realtà sociale ha registrato un mutato rapporto tra *status* e contratto, scandito non più in una forma di contrapposizione bensì di complementarità dei due termini⁶¹.

⁶⁰ *Ex pluribus*, C.M. BIANCA, *Diritto civile.2. La famiglia. Le successioni*, Milano, 1985, p. 9; P. PERLINGIERI, *Riflessioni sull'unità della famiglia*, in *Dir. fam e pers.*, 1970, p. 7 e ss. Sul pluralismo familiare in Europa si v. V. SCALISI, "Famiglia" e "Famiglie" in Europa, Relazione presentata al Convegno, "Persona e comunità familiare", Salerno 28-29 settembre 2012, in www.comparazionedirittocivile.it/. Per un'analisi sullo stravolgimento degli istituti giuridici del matrimonio e della filiazione, attenta alle recenti pronunce giurisprudenziali, nonché agli interventi legislativi, anche nel panorama europeo si v. di M.G. STANZIONE, *Ordine pubblico costituzionale e status filiationis in Italia e negli ordinamenti europei la normativa e l'esperienza giurisprudenziale*, in www.comparazionedirittocivile.it, ma anche M.G. STANZIONE, *Filiazione e "genitorialità". Il problema del terzo genitore*, Torino, 2010, *passim*.

⁶¹ In tal senso di L. ROSSI CARLEO, *Status e contratto nel mosaico della famiglia*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, n.1, 2016, p. 221 e ss. ed in particolare a p. 226 sullo status unico di figlio quale completamento del processo di frantumazione del modello codicistico della famiglia. Il contributo di L. Rossi Carleo invita ad una rivisitazione del rapporto tra status e contratto, spiegando che la percezione di questo nuovo rapporto è possibile solo dopo aver preso atto che l'autonomia decisionale è funzionalizzata al perseguimento di "criteri valoriali" e che lo status, inteso - come Santoro Passarelli insegnava - quale presupposto di una serie aperta di poteri e doveri, ha una valenza prevalentemente non individualistica, ma in relazione al rapporto della persona con la comunità. Sul "ritorno dal contratto agli status" si v. P. RESCIGNO, *Manuale di diritto privato italiano*, Napoli, 1986, p. 156.



STUDI E RICERCHE

DALL'ILLICEITÀ (DELLA CONDOTTA) ALL'ILLEGALITÀ (DELLA TRADIZIONE)? ALCUNE RIFLESSIONI SUI MATRIMONI FORZATI, CON PARTICOLARE RIFERIMENTO AL CASO DEL REGNO UNITO

GIOVANNA SPANÒ

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Matrimoni forzati e matrimoni combinati: i diversi gradi del consenso (e della forzatura). – 3. Uno scenario (sovranazionale) condiviso. – 3.1. ... e i diversi modelli. – 4. L'esperienza del Regno Unito. Un modello a sé? – 4.1. Un quadro complesso: tra legge e case law. – 4.2. Dal "privato" alla criminalizzazione: il ritorno di un'idea (mai) abbandonata. – 4.3. Le specificità (e l'incerta effettività) di un modello "misto". – 5. Quali (e quanti) modelli?

1. Un'analisi sui cosiddetti "matrimoni forzati" dovrebbe, innanzitutto, confrontarsi con una serie di questioni preliminari e metodologiche. In questo tema, infatti, il sostrato tradizionale appare determinante, al fine di inquadrare determinati istituti giuridici e di misurare l'impatto che su di essi spiega¹. Che la "cultura" o la "tradizione" abbiano giocato un ruolo non secondario nell'indirizzare l'evoluzione di alcune scelte politiche (e legislative) in seno a diversi Stati europei pare dimostrato dagli effetti prodotti da queste ultime principalmente in capo a determinati soggetti, o gruppi minoritari, etnici o religiosi. Non è casuale, in questo senso, che molti dei provvedimenti governativi sui matrimoni forzati abbiano inciso in maniera considerevole sulla disciplina del diritto dell'immigrazione, rendendo le diverse materie coinvolte fortemente dialogiche.

La parabola ascendente, che ha visto l'accentuarsi di tali misure "personali", potrebbe per questo essere esemplificata dal dibattito che ha avuto luogo rispetto alla configurabilità delle circostanze che rendano un matrimonio forzato (i.e. privo di consenso), nonché alla predisposizione di mezzi e strumenti idonei alla sua punibilità. Come si vedrà, in particolare, le modifiche alla procedura per il ricongiungimento familiare hanno rivestito un ruolo chiave tra i mezzi ideati per reprimere il fenomeno, coinvolgendo tanto l'istituto matrimoniale quale causa giustificativa di ingresso in un determinato Stato, quanto i cittadini di Paesi Terzi come destinatari². Non sarebbe

¹ Sulla "Rule of Tradition" e le sue implicazioni, si veda per tutti H. P. GLENN, *Legal Traditions of the World. Sustainable Diversity in Law*, Oxford, 2014, il quale definisce la tradizione in termini di interazione tra la trasmissione di "informazioni" e autorità persuasiva. Peso fondamentale avrebbe anche il concetto di "pastness" che lo stesso autore fatica a rendere con altro termine di medesima efficacia (ammettendo di servirsi di una "licenza poetica"), nonché l'idea che la tradizione abbia a che fare con la "changing presence of the past", valutando nel corso dell'analisi anche i diversi indici di (resistenza al) cambiamento rinvenibili nelle "grandi" esperienze giuridiche tradizionali. Per un approccio "pluralista" al diritto comparato, si rinvia, invece, sin da ora, a M. SIEMS, *Comparative Law*, Cambridge, 2014.

² Cfr. Direttiva 2003/86 relativa al diritto al ricongiungimento familiare, il cui articolo 4, comma 6, recita: "Per assicurare una migliore integrazione ed evitare i matrimoni forzati gli Stati membri possono imporre un limite minimo di età per il soggiornante e il coniuge, che può essere al massimo pari a ventuno anni, perché il ricongiungimento familiare possa aver luogo". Tra gli interventi più mirati, la Direttiva 2011/26/ in materia di "prevenzione e repressione"



del tutto chiaro, appunto, se tali indirizzi abbiano funzionato da (ulteriore) stretta sul controllo dei flussi migratori, per via della specifica incidenza della limitazione su precise comunità (quasi a titolo di uno “statuto” personale), o da reale strumento di prevenzione dei matrimoni forzati.

Dal campo di interesse del diritto privato, d’altro canto, alcune scelte governative hanno virato verso la criminalizzazione delle pratiche de qua, rendendo manifeste le direttrici attraverso le quali la disciplina sia stata orientata e, successivamente, sia stata implementata. Al contempo, all’inasprimento della sanzione si è accompagnata un’accentuazione dell’elemento culturale – come intrinseco a immigrati e cittadini di seconda generazione – sia da parte di coloro che lo hanno reso baluardo del particolarismo giuridico, sia da parte dei detrattori di questo, che, sfruttando le statistiche di incidenza, non hanno mancato di sottolineare la connaturata rilevanza di determinate pratiche in contesti oggettivamente (e soggettivamente) definiti.

L’analisi proposta conterà di tre passaggi: in primo luogo, verranno analizzate le problematiche relative alla definizione della fattispecie, soprattutto per ciò che attiene al discrimine tra i matrimoni forzati e quelli (semplicemente) combinati; secondariamente, partendo dall’assunto che vi sia un collegamento biunivoco tra stretta sul diritto dell’immigrazione e interventi normativi sui matrimoni forzati, saranno esposti due modelli implementati secondo tale paradigma; infine, un focus sul caso del Regno Unito mirerà a sottolineare come una tutela “mista”, la privatizzazione del contenzioso e interventi normativi specifici ma “alluvionali” rischino di inficiare le garanzie di giustiziabilità, anziché fornire valide e alternative opzioni di cui le “vittime” di matrimoni forzati possano beneficiare.

Chiaramente, non si discute di sottigliezze, là dove le varie discipline (e le conseguenze giuridiche) coinvolte contribuirebbero in senso diverso a fornire una risposta al pregiudizio subito. Precisi sarebbero, insomma, i risvolti offerti dal diritto penale, anche in relazione alla presenza di eventuali scriminanti culturali; altre, invece, sarebbero le questioni legate al genere e all’uguaglianza sostanziale tra coniugi e ancora differenti le addizioni configurabili attraverso il richiamo al diritto internazionale.

Questa articolazione del lavoro muove dall’idea che, qualora ci si arrestasse a una valutazione dei matrimoni forzati come collegati a doppio filo con la tradizione, si coglierebbe solo una parte del problema, giungendo a conclusioni sommarie e fissando una discutibile equazione tra essa e l’oppressione³. Non mancano, infatti, lucide critiche a siffatta impostazione⁴, giacché l’ondata di repressione di determinate condotte trae la propria genesi da un dibattito decisamente più articolato, in cui sono state coinvolte argomentazioni politiche e giuridiche piuttosto ondivaghe, tanto nelle giustificazioni quanto nelle finalità perseguite.

2. La questione preliminare attinente alla definizione stessa del matrimonio forzato non è esente da dubbi interpretativi⁵, senza contare la difficoltà di inquadrare la stessa fattispecie sotto il

ne della tratta di esseri umani e protezione delle vittime”, al considerando n. 11, associa il matrimonio forzato allo human trafficking, pur precisando che si tratta di una verifica da effettuare su base casistica.

³ Per tutti, v. S. BENHABIB, *I diritti degli altri. Stranieri, residenti, cittadini*, a cura di S. DE PETRIS, Milano, 2006; S. BENHABIB, *La rivendicazione dell’identità culturale. Eguaglianza e diversità nell’era globale*, a cura di A. R. DICUONZO, Bologna, 2005.

⁴ L. VOLPP, *Blaming culture for bad behaviour*, *Yale Journal of Law and Humanities*, 2000, 12: 89–116; A. WILSON, *The forced marriage debate and the British state*, *Race and Class*, 2007, 49 (1): 25–38; A. BREDAL, *Arranged marriages as a multicultural battle field, in Youth, otherness, and the plural city: Modes of belonging and social life*, a cura di M. ANDERSSON, Y. LITHMAN, O. SERNHEDE, Gothenburg, 2005.

⁵ A titolo esemplificativo, in uno studio patrocinato dal Consiglio d’Europa del 2005, ammettendo le difficoltà definitorie, si legge: ““Forced marriage” is an umbrella term covering marriage as slavery, arranged marriage, traditional marriage, marriage for reasons of custom, expediency or perceived respectability, child marriage, early mar-



vasto ombrello dei cosiddetti crimini o delitti d'onore⁶, per declinarla, diversamente (e doverosamente?), sub specie di violenza di genere o di violazione tout court di diritti umani inalienabili. Di conseguenza, lo spazio ritagliato dal diritto di famiglia porterebbe a domandarsi, a primo acchito, quando e se di matrimonio in senso stretto possa parlarsi, là dove l'elemento della coercizione soverchi per importanza quello essenziale del consenso. Tale ultima ipotesi, oltretutto, impone di distinguere scrupolosamente tra i diversi gradi di esso, inducendo alla consapevolezza che in alcuni casi non si tratti di matrimonio forzato, ma, piuttosto, di matrimonio "combinato". In entrambe le circostanze, il consenso non appare affatto genuino, eppure è possibile distinguere una volontà più o meno "viziata", che non consegna identiche conclusioni (anche) in merito alla validità dell'unione: la differenza tra forced marriage e arranged marriage è, infatti, tutt'altro che surrettizia⁷.

Può apprezzarsi, tuttavia, una netta discrasia tra il quadro formale e quello materiale. Se, infatti, dal primo punto di vista il matrimonio forzato risulta sempre privo di consenso, comportando, come corollari, l'esercizio di una violenza fisica o psicologica in grado di coartare la volontà del soggetto, il secondo potrebbe far considerare un legame perfettamente valido, nella misura in cui il nubendo decida di contrarre matrimonio dietro "consiglio" della propria famiglia (o comunità) e "decida", quindi, di concluderlo come espressione di "fiducia" nei confronti di essa. Nonostante la difficoltà di accettare siffatta impostazione – almeno da una prospettiva liberale in cui l'autodeterminazione e la libera scelta giocano un ruolo fondamentale nell'espressione del consenso – essa potrebbe, al contrario, risultare valida in contesti in cui le dinamiche comunitariste e il sostrato tradizionale sotteso all'istituto prevalgono sulla decisione del singolo⁸. Come la dottrina ha fatto notare, però, ciò non risulta così lineare a livello sostanziale, poiché il matrimonio combinato starebbe in un rapporto di genus-species rispetto a quello forzato, considerata la presenza di una forma di coartazione del consenso, quanto meno, in relazione alla scelta del co-

riage, fictitious, bogus or sham marriage, marriage of convenience, unconsummated marriage, putative marriage, marriage to acquire nationality and undesirable marriage – in all of which the concept of consent to marriage is at issue [...] it is not a term that has explicit legal content and it is defined differently in different countries. This is probably because, in cases other than those where there is actual physical proof that a person's freedom of consent has been denied by physical force or violence – eliminating any doubt that the marriage was forced – it is not always easy to ascertain the state of mind behind the explicit content of the marriage contract" (E. RUDE-ANTOINE, Forced marriages in Council of Europe member states. A comparative study of legislation and political initiatives, Strasbourg, 2005, consultabile all'indirizzo [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cddh/CDDH-MF/CDEG\(2005\)1_en.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cddh/CDDH-MF/CDEG(2005)1_en.pdf)).

⁶ Per una disamina generale si rinvia L. WELCHMAN, S. HOSSAIN, 'Honour': Crimes, Paradigms and Violence against Women, London, 2005. Tale formula definitoria è critica poiché: "The use of the term 'honour crime', or specifically 'honour killing', has at least two further risks: firstly that it takes the description articulated by the perpetrator; and secondly, that reproducing the term may obscure (as may be the intention on the part of the perpetrator) the "real motivation" (or at least, contributing motivational factors) for the crime or attempted crime", pp. 12 e ss. Per un'analisi specifica, invece, a J. BRANDON, S. HAFEZ, Crimes of the Community: Honour-Based Violence in the UK, London, 2008.

⁷ Sulla questione, una efficace ricostruzione è contenuta in A.A. AN-NA'IM, Forced Marriage, 2002, www.soas.ac.uk.

⁸ An-Na'im fa notare che "In an effort to protect the cultural tradition, researchers often make a clear distinction between arranged and forced unions, characterizing the former as legitimate and the latter as objectionable. Yet a closer examination of individual cases indicates that a sharp dichotomy between arranged and forced marriage can be misleading. The danger in this conceptualization, however, is that it may stigmatize the term "arranged marriage," and confuse significantly different forms of marriage. Arranged marriage plays a critical role in the preservation of culture and tradition. The union symbolizes the coming together of two families, not just two individuals. This communal view of marriage affects the way in which partners are found and consent is defined and given", A.A. AN-NA'IM, *supra*, p. 3.



niuge⁹. Bisognerebbe ammettere, infatti, che la summa divisio tra matrimonio forzato e combinato si mostri piuttosto sfuggente e cedevole nella prassi, attraverso una zona d'ombra tra le due fattispecie che (solo, a quanto pare) in teoria apparirebbero abbastanza discernibili e “diversamente” condannabili. In questa prospettiva, allora, il consenso o la forzatura non costituiscono soltanto degli elementi indispensabili per far propendere verso l'una o l'altra ipotesi, ma ben possono creare una fitta rete di interazioni in grado, al limite, anche di far convergere situazioni apparentemente distinte.

La presenza di “due poli”, formalmente opposti, non renderebbe, infatti, sufficiente giustizia alle circostanze, sempre mutevoli e specifiche, in cui possa sostanziarsi o riscontrarsi un aspetto di “forzatura” di cui l'unione matrimoniale costituisca mera esplicazione percepibile esteriormente, forzatura che può atteggiarsi come portato di una serie di posizioni asimmetriche tra la “vittima” della coartazione e il soggetto – o, spesso, la famiglia o la comunità lato sensu intesa – che la ponga in essere. In effetti, alcune riflessioni dottrinali si sono mosse in tale direzione, denunciando la sottovalutazione delle diverse gerarchie da cui possa derivare la “subordinazione”, la quale, lungi dall'essere intrinsecamente (e plasticamente) riferibile a specifiche pratiche tradizionali o a fonti giuridiche con medesime caratteristiche, può essere informata da tutta l'esperienza pregressa del soggetto¹⁰. È in questo senso che si è parlato di coercive burden, oltreché di coercive intent, ed è con simile ratio che Anitha e Gill trattano, giustamente, i due “estremi” del consenso e della coercizione come un continuum, anziché come due cristallizzate antitesi. All'interno di questo spettro, cioè:

“the difference between arranged and forced marriage continues to be framed in binary terms and hinges on the concept of consent [...] consent and coercion in relation to marriage can be better understood as two ends of a continuum, between which lie degrees of socio-cultural expectation, control, persuasion, pressure, threat and force [...] that are not always recognised by the existing exit-centred state initiatives designed to tackle this problem”¹¹.

D'altro canto, poi, nella difficoltosa distinzione tra matrimoni forzati e quelli combinati, gioverebbe la comprensione dello slittamento semantico tra il concetto di consent e quello di consensus¹², che, per il tema in esame, assisterebbe – limitandola – la concezione individualista

⁹ Così, ad esempio: “a forced marriage is an arranged marriage that is forced upon one or both spouses against her or his will. Arranged marriage is a way of organising the choice of marriage partners and entering into marriage that is associated with a collectivist social order. Both its underlying norms and the tradition of arranged marriage itself may be practised in a variety of ways and degrees, and an arranged marriage may be entered into voluntarily or involuntarily. As such, I see ‘arranged marriage’ as a generic term of which forced marriage is a subcategory. What we are discussing, therefore, is not the difference between forced and arranged marriages, but between volition and force within the practice of arranged marriage: in other words, degrees of coercion and volition. Quasi-consent can be enforced in a range of ways, of which psychological pressure is probably the most common”, A. BREDAL, *Border control to prevent forced marriages: choosing between protecting women and protecting the nation*, in *Forced Marriage: Introducing a Social Justice and Human Rights Perspective*, a cura di A. K. GILL, S. ANITHA, London-New York, 2001, p. 91.

¹⁰ S. ANITHA, A. K. GILL, *Coercion, Consent and the Forced Marriage Debate in the UK*, *Fem Leg Stud*, 2009 17:165–184, p. 171 ss.

¹¹ *Ibidem*, p. 165.

¹² Cfr., Y. SAMAD, J. EADE, *Community perceptions of forced marriage*, London, 2002; F. SHARIFF, *Towards a Transformative Paradigm in the UK Response to Forced Marriage: Excavating Community Engagement and Subjectivising Agency*, *Social & Legal Studies*, 1–17, sls.sagepub.com. Con tale sottile traslazione del significato del “consenso”, si intende sottolineare come esso “has to be understood culturally, not in the liberal sense in which parties maintain a right of veto, but as a longer process of negotiations in which input from a number of people within



(forse) sottesa alla nozione riconducibile al “modello” liberale euro-occidentale. Secondo una ricostruzione critica, appunto, le azioni governative intraprese da diversi Stati europei hanno portato a una maggiore stigmatizzazione del ruolo della “comunità” di riferimento nel processo di coartazione della volontà del nubendo (come la concezione dei crimini d’onore pare confermare), anziché porre un freno alla violazione di diritti fondamentali attraverso il coinvolgimento di essa, mirando alla naturale trasformazione della tradizione e non a una forma (a sua volta obbligata) di assimilazione verso una diversa tradizione giuridica¹³.

Esisterebbero, pertanto, ulteriori sfumature dello statico concetto del matrimonio se accostato alla “forza” e alla “pressione”, di ardua inclusione in una (troppo) vasta categoria, la quale, in assenza di un’accurata valutazione materiale delle circostanze, potrebbe, in fin dei conti, frustrare proprio le esigenze di tutela della vittima, omogeneizzando i presupposti del (e le soluzioni di “uscita” dal) vincolo matrimoniale fonte di oppressione. L’insistenza sull’aspetto dell’autodeterminazione, non soltanto tralascia le prospettive diverse (da quella liberale) che possano caratterizzare e determinare il concetto stesso di consenso, ma rende oltremodo difficoltoso vagliare fino a che punto la pressione, soprattutto emotiva, possa “vincere” la sfera di resistenza e di scelta da parte del soggetto, a maggior ragione nel caso del sottile crinale che separa i matrimoni forzati da quelli (semplicemente e legittimamente?) combinati. In aggiunta – e qui il dato culturale tornerebbe con forza – pietrificare positivamente il range delle condotte che possano indurre a valutare un matrimonio come forzato fornirebbe linfa al presupposto per cui, in determinati contesti religiosi, un’assenza di quel (la forma di) consenso sia addebitabile tout court alla tendenza di alcune tradizioni giuridiche a un’inevitabile inerzia. In materia di violenza di genere, nell’alveo della quale, secondo i più, andrebbero inseriti i matrimoni forzati, il diritto internazionale ha mostrato, ad esempio, segni di particolare flessibilità, arricchendo la vitrea formulazione della parità formale tra i coniugi con interventi sempre più mirati verso specifiche situazioni di vulnerabilità. Lo stesso concetto di “vittima”, peraltro, è stato considerato poco proficuo (ma scorretto?) da un punto di vista sostanziale ed “empirico”, dovendosi riconoscere ad esso validità (solo) normativa, indispensabile, cioè, per i profili di giustiziabilità di una determinata situazione giuridica soggettiva, ma nulla più¹⁴.

3. A livello sovranazionale e internazionale, certamente, è significativa la produzione di mezzi volti a tutelare, non solo l’unione matrimoniale in sé, quale atto espressione della libera scelta dei soggetti coinvolti, ma anche a ribadire il disvalore di alcune degenerazioni di essa come aspetto patologico da prevenire o i cui “danni” siano ex post da limitare. Esempi di questa preoccupazione sono forniti, tra le altre ipotesi, già dalla Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo, in cui la tematica è improntata sui concetti di “full age” e “free and full consent”, a sottolineare, per un verso, la necessaria (ma, nel caso, forse eccessivamente presupposta) maturità dei nubendi e, per l’altro, il peso della libera autodeterminazione, tanto nella scelta a monte di accedere

the family is offered, rebuked, given weight or not, depending on relative standing. Because of this some caveats exist. In reality decision-making in the family and extended family takes place in a context of competing claims to legitimacy, authority and power. Whereas the liberal individual may only need to realise her own will – consent – the woman in this context may desire familial or community endorsement – consensus – before she chooses to exercise it”, pp. 12-13.

¹³ Ibidem, p. 13.

¹⁴ Cfr., a titolo esemplificativo, quanto enunciato nelle linee guida UNHCR del 2003, in materia di violenza sessuale e di genere: “the term victim may be appropriate and/or required to conform to relevant laws when seeking legal redress. In non-legal settings, however, the word victim may imply powerlessness and stigmatisation, characterisations that are to be avoided by all concerned parties”.



all'unione matrimoniale, quanto attraverso l'espressione piena del consenso. Anche la Convenzione sulla eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne, del 1979, presenta, all'art. 16, una statuizione del medesimo tenore, distinguendo la scelta di contrarre matrimonio dal consenso prestato al momento della stipula; del pari, il Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, al punto 23, oltre ad affermare il (formale) diritto di contrarre matrimonio e formare una famiglia, ricollega quest'ultimo a una "marriageable age", mentre il Patto internazionale sui diritti economici sociali e culturali si limita a designare seccamente il consenso come "libero", senza alcun riferimento ulteriore alla "pienezza" di esso nel momento in cui venga manifestato. Non restano sottintesi, in aggiunta, i profili di eventuale "doppia discriminazione", là dove gli effetti pregiudizievoli dei matrimoni forzati siano riferibili ad altre situazioni di vulnerabilità, idonee a gravare negativamente sulla libertà di contrarre matrimonio e sull'effettiva consapevolezza circa il consenso espresso¹⁵.

Andrebbe senz'altro segnalata, poi, la (più) recente Convenzione sulla prevenzione e la lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica (Convenzione di Istanbul). Essa risulta degna di nota per un insieme di ragioni: se, da un lato l'art. 32 – non a caso inserito nella parte di diritto "sostanziale" – predispose una serie di conseguenze civili dei matrimoni forzati, dall'altro, la precisa affermazione contenuta all'art. 37 lascia pochi margini di dubbio circa l'auspicabilità di misure legislative che criminalizzino la suddetta condotta. Viene ribadita, in aggiunta, la riconducibilità della tematica nell'alveo della gender-related violence, passo già compiuto, invero, dalle raccomandazioni e linee guida delle Nazioni Unite, soprattutto in relazione all'ampliamento della protezione internazionale ex Convenzione di Ginevra¹⁶.

Si ricorderà, infine, che la CEDU tutela il diritto al matrimonio in una specifica previsione¹⁷, ma una forma di protezione potrebbe già essere ampiamente ricompresa nell'art. 8, sul diritto alla vita privata e familiare.

Il quadro brevemente delineato rivela in modo chiaro l'attenzione tributata alla tematica, permettendo di notare come, in effetti, la riconducibilità di essa allo human rights discourse, o alla tutela del genere sotto ogni sua esplicazione, non rappresenti affatto una novità contemporanea¹⁸. La lettura della problematica dei matrimoni forzati sotto la lente esclusivamente "culturalista", come evidente, eliderebbe in radice tutte le diverse interazioni in cui l'esercizio della pressione o della forza possano sostanziarsi, concentrandosi eccessivamente su dinamiche che, se in-

¹⁵ A esse sono dedicati, tra gli altri, l'articolo 23 della Convenzione sui diritti delle persone con disabilità e l'articolo 19 della Convenzione ONU sui diritti del fanciullo, che qualifica espressamente tanto i matrimoni forzati quanto quelli "precoci" come forma di violenza, facendo convergere le due categorie e le due situazioni attraverso la (sottintesa) giustificazione che la "maturità" idonea a rendere il consenso effettivamente prestato sia in queste ipotesi assente in re ipsa.

¹⁶ UNHCR Guidelines On International Protection: Gender-Related Persecution within the context of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol relating to the Status of Refugees, 2001; per un commento cfr. C. DAUVERGNE, J. MILLBANK, Forced Marriage as a Harm in Domestic and International Law, 2010, 73 *Modern Law Review*, 57-88, soprattutto per la differenza tra "actual forced marriage" e "threatened marriage".

¹⁷ Art. 12, sul diritto al matrimonio: "A partire dall'età minima per contrarre matrimonio, l'uomo e la donna hanno il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia secondo le leggi nazionali che regolano l'esercizio di tale diritto" (enfasi aggiunta).

¹⁸ A proposito della concezione del diritto come un "complex adaptive system" o "multilayered system" composta da diversi livelli ed elementi, si rinvia a S. LIERMAN, Law as a Complex Adaptive System, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* Vol 21, Issue 4, December-01-2014, pp. 611 – 629. Citando Kumm, Lierman fa notare, tra l'altro, l'emersione di una "constitutionalisation of private law", che si apprezza nella misura in cui "although constitutional rights were traditionally developed as a set of constraints on public actors, they currently play a significant role in all legal conflicts, including those related to the relationship between individuals governed by private law. More than ever, private disputes are framed in terms of human rights discourse", p. 618.



dubbiamente presenti in determinati contesti o tradizioni giuridiche, non possono assurgere a paradigma incontrovertibile qualora l'attenzione venga spostata sul piano materiale delle tutele da predisporre. In effetti, coloro che hanno fortemente osteggiato la visione dei matrimoni forzati (soltanto) come honour-based violence non hanno esitato a suggerire un aggiornamento della normativa interna di ciascun Paese – valorizzando in primis il dato sovranazionale – sì da incrementare (e potenziare) le disposizioni in materia di violenza di genere, anziché creare nuove fattispecie di illeciti che risponderebbero, forse, a esigenze troppo particolaristiche, risultando, oltretutto, discriminatorie¹⁹.

3.1. Non tutti gli Stati europei hanno proceduto a criminalizzare il matrimonio forzato come fattispecie di reato a sé stante, giungendo a soluzioni diversificate. Non si rinviene, infatti, né una definizione condivisa del concetto stesso di consenso²⁰, né tantomeno un'uniformità della risposta repressiva – già a partire dall'entità della pena comminata – sensibilmente variabile a seconda della disciplina interna. La ratio tendenzialmente ricorrente sembra essere, però, quella di una stretta interazione tra l'esigenza di normazione in materia di matrimoni forzati e il contenimento delle migrazioni, con una particolare attenzione verso i “nuovi ingressi” che possano aver luogo tramite il canale preferenziale del ricongiungimento familiare.

Cercando di individuare alcuni trends che hanno tracciato una sottile, ma evidente, equazione tra la maggiore sorveglianza “delle frontiere” e le pratiche contrastate, due sono state le direzioni privilegiate: da un lato, la rivisitazione dei procedimenti e l'innalzamento della soglia minima di età necessaria per avviare la richiesta di ricongiungimento, dall'altro il divieto esplicito di concedere a tale titolo un permesso o un visto in presenza del *fumus* che il matrimonio sia stato contratto sotto pressione o forzatura²¹.

Per quanto concerne il primo punto, la Danimarca e la Norvegia hanno inaugurato un periodo di riforme in tema di immigrazione (e matrimoni forzati) assai precocemente, a partire dagli anni novanta, rivelandosi quali precursori di interventi normativi in materia. La prima, prevedendo già nel 1998 che il ricongiungimento familiare venisse negato nel caso in cui si appurasse l'intromissione di terzi nella determinazione della volontà, limitava il rigetto della richiesta alle ipotesi in cui (anche solo) una delle parti fosse minore di venticinque anni, escludendo, di fatto, i casi in cui il matrimonio avesse posto l'approvazione di soggetti altri come condizione (essenziale) per la sua celebrazione. La valutazione di una età come sinonimo di conclamata consapevolezza, nonché l'esplicita attenzione tributata all'indebita interferenza altrui lasciavano evidentemente scoperta una serie molto nutrita di (altre) “zone grigie”, a detrimento dei casi in cui la pressione o la forzatura non si fossero manifestate ab initio, ma, ad esempio, in una fase intermedia o successiva. Con un intervento “correttivo”, l'età minima richiesta è stata poi ridotta a ventiquattro anni – restando comunque la più alta in Europa – per tutti i cittadini di Paesi terzi, senza che ciò abbia inciso sulla ratio della previsione dell'età minima, motivata dalla maggiore “maturità” posseduta dal soggetto rispetto a una inferiore. In aggiunta, la legislazione danese richiede che, ai fini di un

¹⁹ Si vedano, al riguardo, I contributi di A. PHILLIPS, M. DUSTIN, UK Initiatives on Forced Marriage: Regulation, Dialogue and Exit, *Political Studies* 52(3): 531–51, 2004; K. CHANTLER, G. GANGOLI, M. HESTER, Forced marriage in the UK: Religious, cultural, economic or state violence?, *Critical Social Policy*, 0261-0183 101; Vol. 29(4): 587 – 612, 2009, csp.sagepub.com; A. K. GILL, S. ANITHA, Forced marriage. Introducing a social justice and human rights perspective, cit., p. 25 ss.

²⁰ Nondimeno, il “libero consenso” è considerato uno standard europeo irretrattabile. Sul punto, si veda FRA – European Union Agency for Fundamental Rights, *Addressing forced marriage in the EU: legal provisions and promising practices*, Luxembourg, 2014.

²¹ *Ibidem*, p. 23.



provvedimento favorevole, la coppia che proponga istanza di ricongiungimento debba essere in grado di dimostrare la ragione alla base della scelta di stabilirsi in Danimarca e non altrove, attraverso il soddisfacimento del “requisito dell’attaccamento”²².

La Norvegia ha in parte seguito la traccia danese nel 2004, proponendo, dapprima, un’età minima di ventiquattro anni, poi di ventitré e, successivamente, di ventuno, sul presupposto, stavolta, della maggiore “maturità economica” del soggetto, ovvero della (comprovata?) capacità di questi di procurarsi mezzi di sostentamento più stabili e duraturi al raggiungimento di una precisa età²³. Siffatte previsioni, però, in seguito a forti e reiterate critiche, sono state superate dalla ricomposizione del limite minimo a diciotto anni, senza sperequazioni o condizioni di sorta, se non quella per cui entrambe le parti, di cui (almeno) una proveniente da un Paese Terzo, debbano possedere la suddetta età al momento di presentazione dell’istanza. Nonostante ciò, giova rammentare che la Norvegia si sia rivelata assoluta pioniera nella criminalizzazione dei matrimoni forzati nel 2003, a dimostrazione di come diverse forme di tutela siano sovente considerate cumulative e non alternative.

A proposito della bontà del suddetto “modello scandinavo”, però, si opinava circa l’insufficienza di soluzioni così manichee, che, oltre a non a puntare al nocciolo della problematica – risolvendola – avevano creato complesse sovrapposizioni tra matrimoni forzati, combinati e “di convenienza”, riconducendo fattispecie così diverse nell’alveo di una risposta normativa omogenea, e, forse, per questo, non del tutto effettiva. Simile collegamento tra immigrazione e matrimoni forzati, infatti, sollevava l’ulteriore interrogativo circa una confusione concettuale (e materiale) tra il matrimonio forzato e il “matrimonio di convenienza” o pro forma, senza dubbio perfezionato in frode alla normativa vigente, al fine di aggirare i limiti da essa posti all’ingresso nel territorio nazionale²⁴.

Dal punto di vista dell’effettività, poi, l’intromissione di “terzi” (censurato, in particolare, nel caso danese) si sarebbe ugualmente presentata – seppur secondo schemi differenti – sia nell’ipotesi di pressioni operate a monte sul consenso, sia in relazione alla scelta del “candidato” idoneo, su cui, eventualmente, fornire un (successivo) assenso per la conclusione del matrimonio.

La reale e più evidente conseguenza di siffatte politiche ha avuto un impatto negativo, più che altro, su coloro i quali, uniti in matrimonio volontariamente, hanno visto frustrati i propri obiettivi e (ingiustificatamente) diluiti i tempi per il ricongiungimento familiare, in base alla supposizione che una certa età fosse garanzia incontrovertibile di consapevolezza e maturità.

Per quanto riguarda, invece, il secondo “modello”, in cui il fumus della “forzatura” è stato ritenuto di per sé sufficiente per rifiutare un permesso a un coniuge straniero, possono in esso rientrare le soluzioni adottate dalla Germania e della Francia. La prima, nel 2009, ha posto in essere alcune procedure per esplicitare una causa ostativa a primo acchito di sibillina formulazione, quali, ad esempio, delle specifiche modalità di audizione dei soggetti richiedenti in assenza di fa-

²² Ibidem, p. 25 ss. Si rimanda a: the Aliens Act (1998) Act No. 473 of 1 July 1998, come modificato da Act No. 1204 of 27 December 2003; The Minister of Refugees, Immigration and Integration Affairs (2002); ‘Action Plan on Forced, Quasi-Forced and Arranged Marriages’ (2003); Consolidation Act No. 1021 of 19 September 2012; The Ministry for Children, Equal Treatment, Integration and Social Affairs (2012).

²³ Cfr., The Marriage Act 1991-07-04 No. 47, come modificato dall’Act 19 June 2015 No. 65; Norwegian Ministry of Children and Family Affairs (1998); Norwegian Ministry of Local Government and Regional Development (2003); Norwegian Ministry of Local Government and Regional Development (2004); Norwegian Ministry of Labour and Inclusion (2006); Immigration Act (2007); Norwegian Ministry of Children and Equality (2007); Immigration Act of 15 May 2008 On the Entry of Foreign Nationals into The Kingdom Of Norway and Their Stay in the Realm, modificato da Law 19 June 2015 No. 65; Norwegian Directorate of Immigration (2009a); Norwegian Directorate of Immigration (2009b).

²⁴ Cfr., H. WRAY, *Regulating marriage migration in the UK. A stranger in the home*, Burlington, 2011.



miliari o membri della comunità di riferimento, e la valutazione di affermazioni contraddittorie come presunzione (*iuris tantum*) di unione conclusa sotto forzatura²⁵. La Francia, invece, ha richiesto, già nel 2004, l'equipollenza come condizione indispensabile per il riconoscimento della validità del matrimonio, e, quindi, della possibilità per il coniuge non europeo di fare ingresso in territorio francese²⁶. Sebbene non scelse da obiezioni, non sembra del tutto corretto bollare le suddette ipotesi come patenti casi di “suspect subjectivities and suspected marriages”²⁷, ovvero casi in cui si conferisca *de plano* un'aura di illiceità a qualsiasi unione le cui parti siano soggetti provenienti da particolari realtà ordinarie, e in cui si renda la forzatura sempre presupposta. A ben vedere, infatti, nei casi in cui simili soluzioni abbiano inciso sul diritto dell'immigrazione, la conclusione non sembra così scontata, poiché il sospetto in sé (tra l'altro circondato e assistito da guarentigie), seppur essenziale, non è stato considerato da solo sufficiente per rifiutare un permesso basato su motivi familiari, costituendo, al contrario, un utile mezzo per individuare o denunciare casi di matrimoni forzati non (ancora) riportati²⁸.

Opzioni alternative alla criminalizzazione pura e semplice²⁹ hanno oscillato, inoltre, tra la previsione di un'aggravante atta a inasprire la sanzione (come, ad esempio in Francia e in Olanda), e la configurazione di una circostanza rilevante solo in presenza di altro reato, come precedentemente previsto dalla legislazione svedese, che nel 2014 ha, poi, introdotto due nuove fattispecie di reato, ovvero la punizione del matrimonio forzato *sic et simpliciter* e l'altrui adescamento per concludere il matrimonio all'estero³⁰.

Di contro, alcuni Paesi che avevano già provveduto a criminalizzare il matrimonio forzato sono intervenuti massicciamente e nuovamente sul diritto di famiglia, tradendo la (forse implicita) consapevolezza che il solo diritto penale potesse risultare strumento esorbitante rispetto agli obiettivi tratteggiati. L'iter – anche recente – intrapreso da alcuni Stati (come, ad esempio, la Svezia o la Svizzera) si è rivolto, infatti, a un'opzione penale, non scevra da ripensamenti e addizioni. A titolo esemplificativo – e secondo una traiettoria inversa rispetto quella che sarà delineata a proposito del Regno Unito – la consapevolezza circa l'opportunità di novellare ulteriormente il diritto di famiglia è stata raggiunta, lo scorso anno, dalla Germania, la quale ha posto mano alla disciplina relativa all'età minima per contrarre matrimonio, innalzandola a diciotto anni e prevenendo la possibilità di annullare giudizialmente le unioni in cui l'età di uno dei due coniugi fosse ricompresa tra i sedici e i diciassette anni. Disponendo d'ufficio l'invalidità di quei matrimoni in cui uno dei soggetti avesse sedici anni al momento della conclusione ed eliminando del tutto tale

²⁵ FRA – European Union Agency for Fundamental Rights, *Addressing forced marriage in the EU: legal provisions and promising practices*, cit., p. 25-26. Anche la Germania ha poi previsto l'innalzamento dell'età minima per il ricongiungimento familiare a ventuno anni. Cfr., *Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum Aufenthaltsgesetz* del 2009.

²⁶ *Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile* del 2004.

²⁷ A. BREDAL, *Border control to prevent forced marriages: choosing between protecting women and protecting the nation*, in *Forced Marriage: Introducing a Social Justice and Human Rights Perspective*, a cura di A. GILL, A. SUNDARI, cit., p. 100 ss.

²⁸ FRA – European Union Agency for Fundamental Rights, cit., p. 27.

²⁹ La Germania, ad esempio, ha emendato il codice penale già nel 2011, punendo il matrimonio forzato con la reclusione da sei mesi a cinque anni nei casi “più gravi”, e fino a tre anni (o con un'ammenda) negli altri. Nella medesima direzione si sono mossi, in tempi diversi, altri Paesi quali la Danimarca, il Belgio, l'Austria, Cipro, Malta, il Belgio, la Bulgaria, la Croazia, la Spagna, il Lussemburgo, il Portogallo, la Slovenia.

³⁰ Cfr. B. CLARK, C. RICHARDS, *The Prevention And Prohibition Of Forced Marriages—A Comparative Approach*, *International and Comparative Law Quarterly*, 2008, 57(3), 501-528; E. RATIA, A. WALTER, *International exploration on forced marriages. A literature study on legal measures, policy and public debates in Belgium, France, Germany, United Kingdom and Switzerland*. Nijmegen, 2009; A. SABBE, M. TEMMERMAN, E. BREMS, E. LEYE, *Forced marriage: an analysis of legislation and political measures in Europe*, *Crime Law Soc Change*, 2014, 62:171-189.



età quale soglia minima precedentemente prevista se la volontà fosse espressa in giudizio, la Germania ha seguito un percorso opposto rispetto a quello del Regno Unito, (ri)spostando, di fatto, il punto focale della riforma verso una tutela preventiva (di matrice civilistica) e rafforzando i limiti della disciplina sull'immigrazione, anziché "accontentarsi" della punibilità successiva .

4. La scelta di concentrarsi sul Regno Unito risponderebbe a una duplice ragione: da un lato, infatti, esso appare emblema di una congerie di interventi normativi "a tappe progressive" volti a strutturare, in senso sempre più articolato (e incisivo), una risposta (presuntivamente) efficace in termini di repressione del fenomeno. Dall'altro, in virtù della presenza – invero, condivisa da molte altre esperienze – di consistenti flussi migratori più o meno recenti, una prima risposta è confluita in una netta presa di posizione sul diritto dell'immigrazione, abbandonando l'opzione penale come mezzo risolutivo. Formalmente debitore del "modello scandinavo" in materia di ricongiungimento familiare, il Regno Unito si è mosso attraverso un percorso autonomo, dando vita, sostanzialmente, a un sistema "misto", che ha combinato elementi del modello suindicato – precursore, come visto, anche della scelta penalistica – con strumenti privatistici piuttosto efficaci. Sebbene non abbia rappresentato una scelta unanime, e sia stata, sovente, affiancata (o sostituita) da differenti discipline, la criminalizzazione della pratica è stata salutata in alcuni Paesi quale primo e più efficace mezzo di contenimento dei matrimoni forzati. Nel Regno Unito, invece, essa è apparsa una *extrema ratio*, puntellata da un annoso dibattito sulla opportunità di simile via, e riproposta a più riprese previa ampie indagini consultive, tracciando una via intermedia, in cui le tutele si sovrappongono in assenza di un esplicito indice di maggiore o minore effettività di ciascuna.

Al riguardo, bisognerà anticipare come tale interazione tra la materia civilistica, il diritto dell'immigrazione e la creazione di una criminal offence si sia tradotta (inspiegabilmente) in un convinto mantenimento della "privatizzazione" del contenzioso, (ancora) sostanzialmente affidato a metodi di risoluzione stragiudiziale attraverso l'impiego di ADR, con la convinzione che ciò possa meglio servire a promuovere punti di vista e istanze transculturali.

Un altro elemento da notare, poi, attiene alla costanza con cui la giurisprudenza ha costruito (e ha insistito) sulla formalizzazione stessa dei concetti di consenso e di duress, ponendo una serie di dubbi interpretativi in merito alla possibilità di discernere nettamente la conclusione di un matrimonio combinato (con profili di liceità), da uno forzato, sempre biasimevole e passibile di criminalizzazione. Vale la pena ripercorrere i punti cardine della questione, poiché il consenso, al pari del concetto di "pressione" o "forza" sono stati oggetto di un serrato dibattito, nel quale la giurisprudenza è stata senza dubbio protagonista.

Del complesso di tali elementi si cercherà ora di dar conto, fornendo un quadro riassuntivo delle principali argomentazioni che hanno informato il dibattito in materia.

4.1. Partendo dall'evoluzione normativa sul tema, la prima tappa è costituita dal Marriage Act del 1949, mentre i requisiti dell'(in)validità dell'unione matrimoniale, come conseguenza di pressione, errore, incapacità di intendere o comportamento "irragionevole", sono disciplinati nella sezione 12 c del Matrimonial Causes Act del 1973.

Una delle principali opzioni tenute in considerazione dal Regno Unito, invero, è stata la previsione di una specifica criminal offence, volta a perseguire la conclusione di un matrimonio sotto coercizione come fattispecie rilevante per se. Tale intenzione, emersa già nel 2005, però, fu abbandonata repentinamente, a causa delle obiezioni e critiche sollevatesi ad opera di gruppi di advocacy, della riflessione accademica, nonché di una parte dei media, nonostante questi ultimi



abbiano, in fondo, contribuito ad alimentare e amplificare il “fenomeno” dando sovente risalto agli eventi di cronaca sul tema³¹.

Tale fu la ragione sottesa al ripiego verso la novazione della disciplina del diritto di famiglia (e in materia di violenza domestica), attraverso l’addizione – mediante il Forced Marriage (Civil Protection) Act 2007 – di una Parte 4.A al Family Law Act del 1996, in cui, al punto 63.A.6, compare una definizione (sufficientemente) completa della “forza” atta a inficiare il consenso all’unione matrimoniale. In esso si legge:

“force” includes coerce by threats or other psychological means (and related expressions are to be read accordingly)”.

Risulta chiaro da simile formulazione come la coercizione non implichi necessariamente un’idea di violenza fisica o psicologica concreta e imminente, ma che un insieme di comportamenti idonei a coartare il consenso espresso venga ritenuto altrettanto rilevante per la sussistenza della condotta che l’addizione del 2007 ha inteso contrastare. In realtà, a tale assunto si è giunti attraverso la continua specificazione e precisazione in sede giurisdizionale, nonostante l’oggetto di alcune pronunce non abbia pienamente convinto le opinioni avverse, le quali ravvisavano l’ingombrante mancanza di una disamina dettagliata su cosa il consenso stesso fosse, soprattutto al fine di vagliare una sua assenza o manipolazione. Si deve al caso *Hirani v Hirani* del 1983 una (prima) modificazione dell’impianto interpretativo, nonché l’apertura verso il riconoscimento di nuove tipologie di “pressione” o espressioni di “forza”, tali da indurre un soggetto a scegliere l’unione matrimoniale come una sorta di “male minore” rispetto al timore di subire pregiudizi ulteriori. In particolare, nella suddetta decisione, può rinvenirsi la statuizione per cui, ai fini dell’ottenimento di un decree nisi, non sia indispensabile che la pressione si sia concretizzata in una minaccia “to life, limb or liberty”, e, con una definizione che farà scuola, si afferma:

“duress [is] whether the mind of the applicant has in fact been overborne, howsoever that was caused”³².

Le successive decisioni³³, pertanto, riprenderanno tale schema, in virtù del quale un’indebita intromissione nella sfera emotiva di un soggetto doveva essere valutata con caratteristiche sfumate e diversificate, tenendo di conto che la forzatura dell’unione potesse rappresentare soltanto il più evidente, ma non il principale, indizio di un consenso estorto, frutto, magari, di una serie di influenze esercitate a monte.

Nel caso *Re Sk* del 2004³⁴, in occasione di un’injunction diretta alla cessazione di (diversi) atti intimidatori ai danni di una donna bengalese, (probabilmente) costretta alla partenza verso il Paese di origine, pare meritevole sottolineare quanto affermato dal Justice Singer:

³¹ Foreign and Commonwealth Office (FCO) and Home Office, *Forced marriage: A wrong not a right*, London, 2005; Foreign and Commonwealth Office, ‘A wrong not a right—proposals for criminal offence of forced marriage’, (press release), London, 2005b; G. GANGOLI, M. MCCARRY, ‘Criminalising forced marriage’, *Criminal Justice Matters*, 74:1, 44–46, 2008.

³² *Hirani v Hirani* [1983] 4 FLR 232.

³³ Tra le altre, *Mahmood v Mahmood* [1993] SLT 589; *Mahmud v Mahmud* [1994] SLT 599; *Sohrab v Khan* [2002] SCLR 663.

³⁴ *Re SK (Forced Marriage: Appropriate Relief)* [2004] EWHC 3202.



“there is a spectrum of forced marriage from physical force or fear of injury or death in their most literal form, through to the undue imposition of emotional pressure which is at the other end of the forced marriage range, and that a grey area then separates unacceptable forced marriage from marriages arranged traditionally which are in no way to be condemned, but rather supported as a conventional concept in many societies. Social expectations can of themselves impose emotional pressure and the grey area to which I have referred is where one may slip into the other: arranged may become forced but forced is always different from arranged”³⁵.

Sebbene ostacolo ormai superato dal caso *Hirani v Hirani*, il difetto forse più evidente nella teorizzazione, anche giurisdizionale, del (la presenza o meno del) consenso o della sua manifestazione è stato caratterizzato dalla valutazione della “ragionevole alternativa”³⁶ – concetto altrove esplicitato quale *constrained volition*, o *choice prong*³⁷ – come elemento rilevante in fase di accertamento della forzatura insita nell’unione matrimoniale. In particolare, essa presenta analogie con l’impostazione dei due “poli della volontà”, dacché, astrattamente, un soggetto si trovasse a scegliere tra due condizioni: sottostare alla violenza oppure accettare la proposta matrimoniale. Evidentemente, come prevedibile, quest’ultima sarebbe senz’altro da ritenere illegittima, in virtù della sua intrinseca idoneità a inficiare la libera determinazione del soggetto, interesse, questo, meritevole di protezione tanto quanto l’incolumità e l’integrità fisica. Nonostante ciò, la frettolosa coincidenza tra la coartazione e la manifesta “violenza” di una simile opzione ha reso piuttosto impervia la via del riconoscimento di multiple forme di (op)pressione e di dominio.

I medesimi limiti dell’approccio assunto verso la tematica, e di cui si è dato conto nelle righe addietro, sono stati ravvisati in ulteriori provvedimenti, affatto risparmiati dagli strali della dottrina, o, comunque, bersaglio di commenti poco entusiastici da parte di essa. Di poco successiva al *Forced Marriage (Civil Protection) Act* è stata, infatti, la scelta di modificare alcuni requisiti richiesti dal diritto dell’immigrazione, per ciò che concerneva, in particolare, gli elementi essenziali del diritto di ingresso nel territorio nazionale. Al riguardo, le critiche si sono attestate (ancora una volta) sulla presunta faziosità dell’agenda, volta, a parere di molti, a un controllo serrato delle frontiere più che a un sincero slancio verso la sistematizzazione normativa del matrimonio forzato.

Il Regno Unito si è inserito appieno nel filone europeo poco sopra descritto, a proposito delle modalità attraverso le quali sono stati creati dei collegamenti tra i matrimoni forzati e la richiesta di ricongiungimento familiare. Ciò è risultato evidente quando, nel 2008, il Regno Unito ha incrementato l’età per richiedere il ricongiungimento con il coniuge o il compagno non proveniente da un Paese appartenente all’AEE, fissando l’asticella alla soglia minima dei ventuno anni per entrambe le parti, a dispetto dei diciotto precedentemente previsti dalla normativa e dei sedici anni quale età consona per il matrimonio tra cittadini britannici. Questo genere di interventi, finalizzati a fronteggiare e confrontare la questione “alla radice”, pare in parte debitore (della circolazione) del “modello scandinavo”, con tutta una serie di corollari in merito ai contorni poco stringenti di uno statuto personale appositamente modulato su specifici soggetti. L’opzione esercitata

³⁵ *Ibidem*, enfasi aggiunta.

³⁶ V. S. ANITHA, A. K. GILL, *Coercion, Consent and the Forced Marriage Debate in the UK*, cit., pp. 174-175, in cui il concetto è così esplicitato: “The myth of free choice, however, persists in Western liberal theory, and is even enshrined in one piece of legal rhetoric: ‘reasonable alternative’ [...] When courts in the UK apply the test to see whether there is a reasonable alternative to a marriage, their assessment is implicitly based on what would be reasonable for a white male living in the UK. It is with these androcentric assumptions in mind that [...] they have been far more reluctant to accept the influence of factors that may be specific to some communities”.

³⁷ A. WERTHEIMER, *Coercion*, Princeton, 1987.



dal Regno Unito, quindi, non è rimasta del tutto estranea alle dinamiche in precedenza ricordate, intravedendosi (non troppo) in filigrana una stretta interazione tra la tendenza a rinsaldare la normativa in materia di immigrazione e la previsione di una soglia minima di età consona al ricongiungimento con cittadini di Paesi Terzi. Peraltro, tale via sarà percorsa con una certa tenacia, tenuto conto del parere contrario fornito da una ricerca “esplorativa”³⁸ – commissionata dallo stesso Home Office – la quale aveva rilevato un nesso praticamente ininfluenza, se non del tutto inesistente, tra tale politica e l’effettiva repressione dei matrimoni forzati. Ciò che se ne deduceva, infatti, era che l’innalzamento dell’età minima richiesta avrebbe semplicemente posticipato (ma non inibito) la conclusione di matrimoni determinati da pressioni esterne o caratterizzati da un consenso estorto.

Sulla (scarsa) tenuta dell’impianto normativo – già seriamente in dubbio in fase di pratica applicazione – si è definitivamente abbattuta la scure della Corte Suprema, che, nel 2011, ha rilevato l’incompatibilità della (diversa e “speciale”) età minima prevista rispetto all’art. 8 della CEDU. Alla luce di ciò, il limite dei diciotto anni è stato ripristinato, comportando una chiusura del cerchio, ma non, di certo, della questione, rappresentando, piuttosto, la tappa intermedia di un’ulteriore evoluzione politica.

4.2. La novella introdotta nel 2007 al Family Law Act ha assicurato – come suggerito dal titolo stesso della legge, che richiama la “protection” – la possibilità di ricevere una misura preventiva, mirante a inibire ex ante l’ingresso stesso in una unione indesiderata. La vittima, in un certo senso, non era ancora “tale”, poiché il protection order sarebbe stato concesso già prima della conclusione del matrimonio, qualora un soggetto avesse riscontrato il pericolo, anche potenziale, che la propria volontà potesse subire forzature. L’aggiunta di una nuova sezione, specificamente dedicata alla riparazione del pregiudizio derivante da un matrimonio forzato, ha inoltre attestato la volontà di accantonare la prospettiva di una tutela di tipo rimediabile in favore di una esplicita positivizzazione degli strumenti predisposti. I responsabili della coartazione, in ogni caso, sarebbero stati puniti con la reclusione (fino a cinque anni) solo qualora si fosse verificata una violazione del divieto di “interferenza” incorporato nel protection order. Oltre alla protezione sostanziale della vittima, poco, o forse alcuno, spazio residuava, infatti, per una autonoma repressione penale della condotta in sé, fatta eccezione per le ipotesi in cui si fosse registrata la commissione di un reato durante il conseguimento dell’obiettivo primario (il matrimonio forzato), come effetto secondario, più o meno indesiderato, rispetto a quello principale. Siffatta forma di tutela “debole” ha comportato il ritorno in auge del dibattito – invero mai del tutto sopito – sulla necessità di rinsaldare ulteriormente la disciplina in vigore, facendo trasmigrare la previsione civilistica verso l’area di interesse e competenza del diritto penale.

È in simile contesto che, nel 2014, ha visto la luce l’inclusione della sezione 121 A nell’Anti-social Behaviour, Crime and Policing Act, il quale, prevedendo la reclusione fino a sette anni, introduce due reati volti a perseguire chi:

“(a)uses violence, threats or any other form of coercion for the purpose of causing another person to enter into a marriage, and;

(b)believes, or ought reasonably to believe, that the conduct may cause the other person to enter into the marriage without free and full consent”.

³⁸ M. HESTER, K. CHANTLER, G. GANGOLI, Forced marriage: The risk factors and the effect of raising the minimum age for a sponsor, and of leave to enter the UK as a spouse or fiancée, Bristol, 2008.



Alla medesima ratio è stata ricollegata la successiva previsione, in base alla quale commette reato chi:

- “a) practises any form of deception with the intention of causing another person to leave the United Kingdom, and;
- (b) intends the other person to be subjected to conduct outside the United Kingdom”.

Le critiche più consistenti, rivolte a un non necessario passaggio da una disciplina civilistica alla repressione penale dei matrimoni forzati, hanno poggato sulla considerazione che un potenziale o probabile effetto deterrente – non del tutto esente da tratti di pena “esemplare” – non avrebbe costituito sinonimo automatico di efficacia della tutela, oltretutto di effettività della stessa: da un punto di vista emotivo, l'eventuale denuncia della vittima avrebbe comportato l'applicazione della sanzione penale nei confronti di familiari o, almeno, di persone affettivamente vicine, con un serio rischio di sotto-rappresentazione, e non di limitazione, del “fenomeno”³⁹. Ciò che veniva messo in discussione, inoltre, era proprio l'inadeguatezza di aggiungere un'apposita fattispecie al fine di conseguire lo scopo prefissato dalla novella, che, sebbene pensata per rafforzare il quadro normativo preesistente, avrebbe finito con l'ottenere, plausibilmente, il risultato opposto di frammentarlo indebitamente e di allontanarlo definitivamente dagli strumenti offerti per tutti gli altri casi di violenza (di genere).

La tutela preventiva, e chiaramente anche successiva, così come predisposte, in sostanza, sono state avvertite come troppo “normativiste” rispetto alla complessità della realtà materiale, la quale avrebbe richiesto, semmai, una risoluzione caso per caso, che tenesse conto delle innumerevoli sfumature sottese a simile violenza, evitando statiche cristallizzazioni⁴⁰. In aggiunta, come è stato notato, in sede penale l'onere della prova sarebbe divenuto particolarmente gravoso (richiedendo l'accertamento “beyond reasonable doubt” e non attraverso il “balance of probabilities”)⁴¹, soprattutto nei casi di mancanza di prova chiara della pressione subita: la conferma della forzatura

³⁹ Per una ricostruzione delle diverse posizioni si rinvia a *Forced Marriage – A Consultation. Summary Of Responses*, Home office, 2012; K. QUEK, *A Civil Rather Than Criminal Offence? Forced Marriage, Harm and the Politics of Multiculturalism in the UK*, *The British Journal of Politics and International Relations*, Vol 15, Issue 4, 2012, pp. 626 – 646; da notare le riserve già espresse al riguardo, nel 2005, da una ricerca del centro LGS, dal titolo “*Response To The Home Office Consultation Document – ‘Forced Marriage: A Wrong Not A Right’*”, in cui si esprimono tutte le perplessità altrove ribadite: “We believe that it is unrealistic to anticipate a great number of prosecutions under this new law. Since there already exists a range of ‘offences against the person’ in criminal law, the proposed regulation does not appear to close a gap in the existing legislation [...] Changing English law would have little deterrent effect on those who do not, in the first place, perceive it to be the dominant legal system. Many ‘perpetrators’ of forced marriage are genuinely unaware that they are coercing their sons and daughters. They see their actions as part of their legitimate parental duty [...]. In light of this problem, it is unlikely that the proposed law could work effectively as a deterrent, if many people genuinely do not think that it applies to them. The meaning of legitimate consent is so ambiguous cross-culturally that is unlikely that the criminal law can intervene to good effect here”, pp. 7-9. Bisognerà ricordare, inoltre, come un matrimonio religioso non abbia alcuna validità in assenza di una conclusione in sede civile e a identica conclusione si giunge in merito ai casi di divorzio. Come nota Bowen: “Although churches legally register marriages, it has been difficult for mosques to achieve the same status [...]. Some Muslims believe that an Islamic divorce in Britain also divorces them in the eyes of the law—a mistake exacerbated by solicitors who have lent their stamp to “divorce decree” papers that [...] give the appearance of a legally-binding deed”; cfr., in proposito, J. R. BOWEN, *Private arrangement, “Recognizing sharia” in England*, *Boston Review*, 1 March 2009 (<http://www.bostonreview.net/john-bowen-private-arrangements-sharia-England>).

⁴⁰ S. ANITHA, A. GILL, *Coercion, Consent and the Forced Marriage Debate in the UK*, cit., p. 179.

⁴¹ T. GUPTA, K. SAPNARA, *The law, the courts and their effectiveness, in Forced Marriage: Introducing a Social Justice and Human Rights Perspective*, a cura di A. K. GILL, S. ANITHA, cit., p. 171.



alla base dell'unione risulta essere, in questo contesto, una probatio diabolica, senza contare le ipotesi in cui si dovessero (faticosamente) provare in giudizio l'offesa arrecata all'onore della famiglia o lo stigma sociale derivante dal rifiuto di contrarre il matrimonio⁴².

Analogamente a quanto avvenuto in generale nel panorama europeo, quindi, l'argomento che più ha pesato nel dibattito avviato nel Regno Unito – e che ha, poi, condotto alla criminalizzazione – è stata la valutazione positiva, da parte dei sostenitori della misura, della possibilità di sviluppare una tutela strutturata “on the basis that a specific criminal offence speaks to the seriousness of the problem and provides to individual victims a number of effective avenues to redress [...] in addition to operating as a mechanism for reconfiguring intra-group power”⁴³.

Di contro, il rischio di essenzializzare alcune realtà e dinamiche, unito alla sensazione che la criminalizzazione non aggiungesse nulla di più alla tutela principale offerta dal protection order, ha portato a ritenere plausibile il propagarsi dell'idea che i matrimoni forzati avessero sempre a che fare con problematiche di ordine pubblico legate alle migrazioni⁴⁴.

D'altro canto, come già da più parti avvertito, il quadro normativo preesistente sarebbe stato senz'altro idoneo, di per sé, a sopperire all'assenza di una nuova fattispecie di reato, tramite una interpretazione estensiva del concetto di violenza domestica, o rafforzando il campo di azione delle “Carte dei diritti” e, tra tutte, della CEDU⁴⁵. Come è già stato sottolineato altrove, il risvolto “culturalista” della scelta penalista sarebbe uscito rafforzato da simile quadro. Le indispensabili “garanzie secondarie”, insomma, erano già presenti e fruibili, incentivando da un lato la giustiziabilità, attraverso il potenziamento della normativa sovranazionale, dall'altro semplicemente constatando che il diritto penale sarebbe stato, in ogni caso, chiamato in causa come fonte di tutela aggiuntiva e collaterale⁴⁶.

La scelta di inserire una disposizione normativa ad hoc non ha fugato tutti i dubbi circa la ragionevolezza in sé della scelta attuata.

Consultando le statistiche ufficiali presentate nel 2016 dal Foreign and Commonwealth Office⁴⁷, infatti, non si è constatata una particolare flessione nelle richieste di ausilio e consulenza al-

⁴² Ibidem, pp. 172-173.

⁴³ A. K. GILL, S. ANITHA, Framing forced marriage as a form of violence against women, cit., p. 8.

⁴⁴ Una terza via da suggerire per leggere la scelta in favore della criminalizzazione potrebbe, forse, essere quella di una sorta di “requisito della discrezione”, argomento impiegato proprio dalle Corti (in senso diametralmente opposto) in materia di diritto d'asilo e persecuzioni basate sull'orientamento sessuale. In base a esso, sostanzialmente, vi sarebbe una sottile linea che separa e divide la sfera privata da quella pubblica, per cui, solo qualora una determinata condotta o un comportamento diventassero “visibili”, scatterebbe un'esigenza precisa di fornire risposte (e tutela) alle conseguenze pregiudizievoli da essi provocati ai valori o ai principi di una data società. Nel caso in esame, effettivamente, fino al risalto conferito ai fatti di cronaca che hanno repentinamente fatto emergere il “fenomeno”, non si è registrato alcun bisogno di ricavare uno spazio normativo specifico – anche in termini punitivi e non solo di tutela della vittima – per situazioni sicuramente già diffuse, ma non evidentemente emerse. Celebre la decisione “spartiacque” che ha decretato, al riguardo, un momento di rottura con il passato, ovvero H. J. and H. T. v. Secretary of State for the Home Department et al., del 2010.

⁴⁵ Si veda la ricostruzione di S. CHOUDHRY, Forced marriage: the European Convention on Human Rights and the Human Rights Act 1998, in Forced Marriage: Introducing a Social Justice and Human Rights Perspective, a cura di A. K. GILL, S. ANITHA, cit., p. 67 ss.

⁴⁶ Come fanno notare Gupta e Sapnara, in riferimento all'efficacia dello strumento del protection order, “[a]s orders with a power of arrest attached provide a higher level of protection for the victims, this may indicate that the courts have a solid understanding of the substantial risks associated with forced marriage”: cfr., T. GUPTA, K. SAPNARA, The law, the courts and their effectiveness, in Forced Marriage: Introducing a Social Justice and Human Rights Perspective, a cura di A.K. GILL, S. ANITHA, cit., p. 172.

⁴⁷ Forced Marriage Unit Statistics 2016, Home Office, Foreign and Commonwealth Office, 7 march 2017, <https://www.gov.uk/government/statistics/forced-marriage-unit-statistics-2016>.



la Forced Marriage Unit⁴⁸ e, anzi, nei primi momenti successivi all'introduzione della fattispecie penale, è stata evidente, semmai, una decrescita degli accessi, tornati, però, nella media durante lo scorso anno. Probabilmente e (forse non) sorprendentemente, tra il 2009 e il 2010, gli anni di "prova" del Forced Marriage (Civil Protection) Act, si è rinvenuto il più elevato numero di istanze in assoluto, con circa 1800 casi esaminati (nel 2010), contro i 1400 del 2016. Ciò potrebbe costituire una mera coincidenza, ma potrebbe più probabilmente rispondere a dinamiche di maggiore efficienza, in determinati frangenti, di un "canale" privilegiato fortemente voluto per incentivare le denunce e il supporto esterno in caso di matrimonio forzato. A contrario, non appare semplice dato negativo che il crollo della quantità dei beneficiari si sia rapportato (quasi specularmente alla novazione dell'Anti-social Behaviour, Crime and Policing Act. I sospetti dei detrattori, insomma, potrebbero in parte essersi rivelati fondati, soprattutto per quanto attiene al maggior utilizzo dello strumento predisposto dal diritto civile, il quale avrebbe potuto (da solo) assicurare il riconoscimento della nullità dell'unione (decretandone l'invalidità ab initio) oppure imporre successivamente lo scioglimento del vincolo, non inficiando la valutazione sul vizio dei presupposti, ma consentendo un'ideale tutela successiva⁴⁹.

Un ultimo dato da commentare attiene, infine, alle richieste di protezione avanzata dagli uomini alla Forced Marriage Unit, con una percentuale del 39% nel 2016, di certo superiore rispetto alle statistiche degli anni precedenti, sebbene (ancora) sensibilmente minore rispetto alle donne, che costituiscono il 61% del totale; i soggetti LGBT nel 2016 hanno composto, inoltre, il 2% delle istanze. Tali circostanze trasversali, se coordinate ai dati relativi ai Paesi di provenienza dei richiedenti, sollevano e stimolano ulteriori considerazioni. I soggetti provenienti da Pakistan, Bangladesh e India ne rappresentano la maggioranza ma non esauriscono la statistica, elemento che non soltanto porterebbe a smentire una inerente riferibilità della "tradizione" dei matrimoni forzati solo a determinate comunità, ma invita a valutare tale dato come specchio della maggiore presenza nel Regno Unito di soggetti provenienti dal subcontinente indiano. Anche il fattore legato all'età non è esente da corollari, considerando che l'accesso ai servizi della Forced Marriage Unit è stato effettuato, per lo più, da soggetti tra i 18 e i 25 anni⁵⁰, portando a smontare (forse) definitivamente la presunzione che il "maturity argument", influenzato probabilmente dal modello scandinavo, abbia davvero qualcosa da aggiungere da un punto di vista, almeno, della tutela preventiva, interrogativo già risolto, come visto, nel 2011, mediante l'intervento tranchant della Corte Suprema. Poste le infinite chiavi di lettura, dunque, il matrimonio forzato sembra ben più di una categoria concettuale e le sue sfumature non si limitano a una intrinseca differenza (solo) tra tradizioni giuridiche.

4.3. Il caso del Regno Unito, e la diatriba che il tema ha sollecitato, dimostrano che i percorsi inaugurati in alcuni Paesi siano serviti da "calco" o, per certi versi, da apripista per stimolare un intervento sempre più incisivo sul tema, sulla scorta di esperienze altrove già operanti, e attraverso la ricomposizione normativa del dibattito registratosi a partire dai primi anni duemila. Che la legislazione civilistica – al pari degli strumenti di tutela da essa offerti – fosse già idonea ad arginare situazioni in cui la conclusione del matrimonio avvenisse dietro coercizione, è stato com-

⁴⁸ Foreign and Commonwealth Office, 'Forced Marriage Unit' at <http://www.fco.gov.uk/en/fco-in-action/nationals/forced-marriage-unit/forced-marriage>.

⁴⁹ V., ad esempio, l'art. 12 c del Matrimonial Causes Act 1973, secondo cui "[a] marriage shall be voidable on the following grounds only, that is to say- [...] that either party to the marriage did not validly consent to it, whether in consequence of duress, mistake, unsoundness of mind or otherwise [...]".

⁵⁰ Foreign and Commonwealth Office, 'Forced Marriage Unit', supra, pp. 6-8.



provato, tra l'altro, dall'uso sufficientemente ampio che i destinatari delle riforme hanno effettuato mediante il protection order⁵¹.

Andrebbe specificato, inoltre, che la presentazione dell'istanza per il suo ottenimento era già prevista anche in favore di terzi (tra cui le forze dell'ordine e le istituzioni, i legali rappresentanti della parti o gruppi di promozione sociale) che avessero riscontrato un caso di pressione o forzatura a danno di un soggetto, rispondendo all'eventualità che la vittima non denunciasse la propria situazione di subordinazione rispetto alla volontà della famiglia o della comunità di riferimento, per timore di porre queste ultime sotto una luce di disvalore e biasimo o, ancora, di causare un intervento restrittivo nei confronti di esse⁵².

In aggiunta, oltre alla richiesta di divorzio esperibile in virtù dei motivi elencati nell'art. 1 del Matrimonial Causes Act del 1973, una via preferenziale sarebbe stata costituita dalla possibilità di richiedere tout court la nullità dell'unione, evitando tutta una serie di effetti pregiudizievoli (di natura in primis morale) in danno alla vittima stessa⁵³. Vanificando ab initio il matrimonio in sé – attraverso il riferimento esplicito alla situazione di duress contenuto nel punto 12 (c) – la sua validità sarebbe stata messa irrimediabilmente (e giustamente) in discussione, mentre ne sarebbe uscita praticamente intatta qualora l'intervento fosse stato focalizzato sull'istanza di divorzio. Chiaramente, i presupposti e le conseguenze non appaiono identici, tenuta in considerazione anche la maggiore riservatezza della procedura e la possibilità di ottenere specifiche injunctions. L'effettività e deterrenza superiori della normazione penale, di conseguenza, non ha raggiunto livelli considerevoli rispetto alla situazione preesistente, confermando, forse, i timori di una deriva di sotto-rappresentazione da più parti paventati.

L'aporia più evidente risiede, però, nella discrasia poco giustificabile tra la sempre maggiore "pubblicizzazione" della tematica e il mantenimento di una forte privatizzazione in materia di risoluzione delle controversie: il riferimento va al frequente ricorso alle Alternative Dispute Resolutions (ADR) nei casi relativi al diritto di famiglia. Nonostante i numerosi vantaggi in termini di deflazione, di costi e di meccanismi idonei ad addivenire a soluzioni transattive soddisfacenti – oltre alla capacità di incontrare più efficacemente esigenze "transculturali" e di "collaborative law" – la situazione è piuttosto intricata, in quanto:

"this increasing privatisation of disputes takes shape outside the traditional framework of family law [and it] seeks to resolve matrimonial disputes in conjunction with state law process and practice [...] it raises a number of fundamental questions relating to citizenship, personhood and agency at the extent to which the privatisation of ADR mechanisms may undermine traditional conceptions of justice, 'equality before the law' and 'common citizenship'"⁵⁴.

⁵¹ Cfr., ad esempio, S. DICKSON, Data on Forced Marriage Protection Orders, London: Forced Marriage Unit, 2010.

⁵² T. GUPTA, K. SAPNARA, The law, the courts and their effectiveness, cit., p. 164 ss.

⁵³ Ibidem, p. 159 ss.

⁵⁴ S. BANO, The practice of law making and the problem of forced marriage: what is the role of the Muslim Arbitration Tribunal?, in *Forced Marriage: Introducing a Social Justice and Human Rights Perspective*, a cura di A. K. GILL, A. SUNDARI, cit., p. 177; il MAT non andrebbe confuso con gli Shari'a Councils, i quali non hanno carattere ufficiale e svolgono, principalmente, una funzione di mediazione intracomunitaria. Per una disamina su questi ultimi si veda S. BANO, Islamic Family Arbitration, Justice and Human Rights in Britain, 2007 (1) *Law, Social Justice and Global Development Journal* (LGD). Il MAT, invece, creato "per fornire alla comunità musulmana una valida alternativa per risolvere le controversie secondo la Legge Sacra", ha espressamente preso posizione in materia di matrimoni forzati, come si evince dal report *Liberation from Forced Marriages*, (consultabile all'indirizzo http://www.matribunal.com/MAT_Forced_%20Marriage_%20Report.) reclamando la maggiore idoneità della propria sede, in quanto "a community based court would be better placed to deal with the intricacies of the community



In particolare, in materia, l'attenzione è stata focalizzata sull'autorevolezza acquisita dal Muslim Arbitration Tribunal – istituito nel 2007 in virtù dell'Arbitration Act del 1996 – che si articola in cinque sezioni molto attive nella risoluzione di dispute di diversa natura, dalle vicende contrattuali alle successioni. Esso utilizza come fonti principale la Shari'a islamica, la Sunna del Profeta, nonché la ricca congerie di orientamenti della giurisprudenza classica delle quattro scuole giuridiche islamiche (sunnite). Nonostante l'implementazione di una sorta di sistema giurisdizionale parallelo a quello statale, esso non costituisce un unicum, essendo già attivo il Beth Din ebraico che giudica secondo i medesimi parametri derivanti dal sistema tradizionale (religioso) di riferimento. Nondimeno, a parte una maggior influenza dell'operatività del Muslim Tribunal, l'attività di quest'ultimo appare superiore, sia in termini di quantità di casi per i quali è adito, sia in relazione alla qualità (ed effettività?) delle decisioni rese rispetto all'omologo organo ebraico⁵⁵.

L'operatività del MAT ha suscitato una serie di riflessioni in relazione alla possibilità che, costituendosi, di fatto, una forma di giustizia parallela a quella "ordinaria", si cristallizzi un sistema giuridico del tutto alternativo e autosufficiente. Oltre a porre dei quesiti in tema di "giusto processo" e di uguaglianza tra tutti i cittadini, l'interrogativo più rilevante permane quello sui rapporti effettivi tra le diverse "fonti" e, nella fattispecie, sulle interazioni con il sostrato "tradizionale". Ciò che probabilmente rimane ai margini, ma marginale non è, riguarda la netta differenza tra un giudizio (totalmente) improntato sulla Shari'a come legge parallela e "collaterale" e uno che miri, invece, ad armonizzare la Shari'a con il quadro generale della legge dello Stato⁵⁶. A ben vedere, più che di uno "scontro" tra sistemi (e principi) giuridici differenti, si tratterebbe di un processo di integrazione tra livelli di fonti. Questi ultimi, infatti, appaiono in un rapporto di mutua "collaborazione", dimostrata da due esempi emblematici: da un lato, dalla nascita di una sorta di "sistema ibrido" che combina elementi tradizionali e statali e, dall'altro, dalle modalità con cui il Muslim Arbitration Tribunal fronteggia la problematica dei matrimoni forzati.

Per ciò che concerne il primo punto – nonostante non sia questa la sede idonea per approfondire la questione – può notarsi la nascita della cosiddetta angrezi shariat, ovvero "una nuova forma di sharia, una legge islamica inglese che resta non riconosciuta a livello ufficiale ma che sta aumentando in termini di evidenza come forza giuridica dominante nelle varie comunità musulmane", favorita, evidentemente, da un processo sempre più compiuto, ispirato dal e al pluralismo giuridico⁵⁷. In aggiunta, proprio la possibilità di trasformazione dell'elemento tradizionale – già

issues"; D. MacEOIN, *Sharia Law or 'One Law for All'?*, London, 2009; A. KORTEWEG, J. SELBY, A. KORTEWEG, *Debating Sharia: Islam, Gender Politics, and Family Law Arbitration*, Toronto, 2012; N.V.VINDING, *Muslim Position in the Religio-organisational Fields of Denmark, Germany and England*, Copenhagen, Det Teologiske Fakultet No. 42, 2013; J. R. BOWEN, *On British Islam: Religion, Law, and Everyday Practice in Shari'a Councils*, Princeton, 2016.

⁵⁵ Cfr., sul punto, A. A. JAMAL, *ADR and Islamic law: the cases of the UK and Singapore*, NUS Law Working Paper 2015/04, May 2015, che afferma: "In this respect, arbitration, even more so than other ADR methodologies, may be viewed as 'pluralism enhancing' since it opens the possibility of a wide range of different legal orders operating with one jurisdiction [...] However, such a process runs the serious risk of constricting the interpretive plurality inherent in the Shari'a, and thus could, paradoxically, undermine the pluralism enhancing virtues of arbitration", p. 2. L'Autore nota, inoltre, comparando i rapporti tra ADR e legge islamica nel Regno Unito e Singapore, come, nonostante in quest'ultimo caso la Shari'a risulti formalizzata e istituzionalizzata a livello ordinamentale, il primo riesca a fornire e promuovere risposte più efficaci, nonostante si tratti di un "sistema informale".

⁵⁶ Nel 2008, il Lord Chief Justice Philips ha affermato: "There is no reason why Sharia principles, or any other religious code, should not be the basis for mediation or other forms of alternative dispute resolution", cfr. "Top judge sees mediation role for Sharia", <http://uk.reuters.com/article/uk-britain-sharia-idUKL0361209920080703>.

⁵⁷ M. M. KESHAVJEE, *Islam, Sharia and Alternative Dispute Resolution: Mechanisms for Legal Redress in the Muslim Community*, London, 2013. L'autore, inoltre, presenta la angrezi shariat come "the outcome of the interface



peraltro soggetto alla “flessibilità” delle interpretazioni – risulterebbe potenziata proprio nel contesto della “diaspora” avvenuta attraverso i flussi migratori⁵⁸. Risulterà evidente, anche qui, il ruolo “poliedrico” che essi possano rivestire e, non a caso, la disciplina dell’immigrazione viene invocata anche dal MAT – in senso opposto a quello “culturalista” – in relazione alla funzione “suppletiva” da esso svolta in materia⁵⁹. In particolare, viene sottolineata l’assenza di un meccanismo idoneo a rilevare casi di matrimoni forzati, nonostante l’insistenza delle politiche governative su una forma di contenimento degli ingressi:

“In the case that the visa to settle in the UK is refused to the foreign spouse by the ECO, the appellate authorities do interview the sponsoring British citizen, but no emphasis is placed on the finding of whether the marriage was entered into with the consent of the parties. In any event these appeals are costly and time consuming”⁶⁰.

A tal proposito, e, segnatamente, nel caso di un ricongiungimento familiare, la procedura prevista dal Muslim Arbitration Tribunal prevede il deposito, su iniziativa della parte interessata, di una dichiarazione negativa, ovvero che nell’unione non siano (stati) presenti elementi di forza o di coercizione⁶¹. Questa potrà, poi, essere allegata in sede di richiesta del visto necessario per fare ingresso nel Regno Unito, ma, qualora difetti simile “testimonianza”, l’ufficio competente potrà, ovviamente, effettuare tutte le valutazioni ritenute necessarie per chiarire lo “stato” dell’unione matrimoniale⁶².

Determinante, però, appare la formazione dei giudici del MAT⁶³, le cui qualità vengono esplicitamente valorizzate in relazione alla profonda conoscenza della problematica, poiché sperimentata “direttamente” nelle famiglie o comunità di riferimento⁶⁴. L’audizione di fronte a essi, registrata in modo da assicurare la trasparenza e l’attendibilità dell’intera procedura ed evitare “recriminazioni da parte di terzi”, è improntata, oltretutto, al rispetto del soggetto interessato e della sua riservatezza. Come si noterà, il *quid pluris* offerto dal Tribunal consta dell’importante accento posto sulla differenza dei presupposti del “processo”, rispetto alla via ordinaria, e, precisamente, sulla maggiore “vicinanza” e affinità dei giudici con le situazioni e le circostanze che sono chiamati a esaminare, fornendo, al contempo, un mezzo efficace per contrastare simile pratica

between the United Kingdom official laws and the principles of Islamic law and various customary practices followed by various Muslim communities within a very specific juridical context”, p. 99.

⁵⁸ Ibidem, p. 100.

⁵⁹ Il report sul tema dei matrimoni forzati redatto dal MAT afferma, al riguardo: “The current immigration regime offers no point of detection for the incidence of such a marriage. The British citizen will have married and returned to the UK. The parent/guardian that had initially coerced them into the marriage would continue to coerce them into preparing sponsorship documentation in order that an application can be made by the foreign spouse.[...] MAT seeks to put the interest of the British citizen as primary. As established above the primary victim of the forced marriage is the British citizen. The current immigration system entirely misses out the British citizen from its process”, *Liberation from Forced Marriages*, cit., pp. 11-13, enfasi aggiunta.

⁶⁰ Ibidem p. 12, enfasi aggiunta.

⁶¹ Si noti, in aggiunta, che il MAT enuclea un’ulteriore e differente categoria, rispetto ai matrimoni forzati e combinati, ovvero i “coerced marriage”, caratterizzati dalla circostanza per cui “the two individuals concerned are not consulted at all or the consultation is at best ceremonial. [...] Marriages that use the method of coercion are ones where the parents or other members of the family pressurise the individuals using tactics. [...] In the vast majority of these circumstances the will of the parents usually prevail”. Ibidem, p. 8.

⁶² Ibidem, p. 13.

⁶³ E esso, oltre a rispettare delle “procedure predefinite”, si compone (almeno) di un “dottore” della legge islamica e un *solicitor* o un *barrister*.

⁶⁴ Ibidem, p. 14.



“dall’interno”⁶⁵. Il protection order, infatti, potrebbe risultare anche non effettivo, soprattutto per ciò che concerne le problematiche sostanziali che il matrimonio forzato presenta, tra le quali, il MAT elenca: l’assenza di chiare infrastrutture di supporto per la vittima e di strategie di “uscita” dal vincolo che siano dettagliate e definite, l’eventualità che lo stesso order venga utilizzato con finalità ritorsiva da parte della famiglia che ne è destinataria, la ritrosia del soggetto interessato nell’azionare il proprio diritto di fronte a una Corte o il pericolo che esso venga silenziato e represso ad opera della “comunità” di appartenenza. Nonostante ciò, in ogni caso, qualora la forzatura o la coercizione alla base dell’unione fossero acclamate, il MAT può richiedere, di propria iniziativa, il rilascio di un protection order in favore della vittima.

Da simile circostanza si evince chiaramente come l’intento della soluzione “alternativa” sia principalmente quello di accostarsi ma non sostituirsi alla procedura ordinaria. A proposito delle (differenti) risposte offerte, infatti, si evince chiaramente che:

“It is clear that the process envisaged by MAT will not give an absolute solution to the problem of forced marriages. However, in proposing the process of MAT alongside the parameters of the Forced Marriages Act 2007, at least the message will be absolute to the perpetrators. If the forced marriages are identified in the first place and visas refused, many young people will not be trapped in loveless, arranged marriages”⁶⁶.

Un maggior coinvolgimento del sostrato giuridico tradizionale di riferimento, almeno in una fase, per così dire, pregiudiziale, può, dunque, non solo offrire una vicinanza più marcata nei confronti di determinate tematiche, ma risultare perfino preferibile, là dove dinamiche comunitarie o prassi “tradizionali” risultino senz’altro più alla portata del Muslim Tribunal, anche in termini di “preparazione” in materia.

Certamente, non risultano fugati tutti i dubbi in merito alla scelta di non affidarsi all’adversary trial, nella misura in cui anche questa opzione potrebbe essere frutto, al pari dell’unione messa in discussione, di una forma di pressione instillata nel soggetto che “subisca” una (aggiuntiva) decisione altrui. Le asimmetrie di cui si discuteva a proposito del coercive burden potrebbero finanche risultare raddoppiate e replicate in un simile contesto, reiterando le medesime imposizioni cui una vittima di pressione altrui tenti di sottrarsi. Tali perplessità potrebbero rafforzarsi nel momento in cui il Tribunal statuisca che di matrimonio forzato si tratti, senza essere tenuto, al contempo, a motivare il proprio convincimento, oltre alla circostanza per cui risulti piuttosto complicato rintracciare le decisioni da esso emesse.

Le apprensioni non sembrano del tutto fondate, comunque, per la semplice ma decisiva ragione in base alla quale la decisione ottenuta non solo non è affatto definitiva, ma necessita comunque di un passaggio di validazione da parte della giurisdizione “ordinaria”, tale che tanto nel caso in cui il ricorso alla risoluzione alternativa della disputa non sia del tutto consensuale, quanto nella ipotesi di scarsa legittimità (e compatibilità) del suo contenuto con la legge dello Stato, essa non produrrebbe effetto alcuno.

Come ribadito poc’anzi, infatti, i rischi di una privatizzazione del contenzioso sono arginati da una serie di correttivi, oltre a prevedere, nel caso in cui vi siano gli estremi di una condotta penale, l’insindacabile decisione finale della giurisdizione ordinaria, per cui a nulla varrebbe una volontà di non procedere (eventualmente o potenzialmente) espressa dal Tribunale Arbitrale Musulmano. Sarebbe da sottolineare, semmai, come anche questo dato confermi la natura ancora

⁶⁵ Il MAT è chiaro nel dichiarare che i matrimoni forzati – a differenza di quelli combinati – non trovino ancoraggio alcuno nella legge islamica, comportandone in tutti i casi la nullità.

⁶⁶ Supra, p. 17.



precaria della direzione intrapresa dalla nuova normativa penale in tema di matrimoni forzati, se è vero che una certa stretta sul controllo della pratica, tale da configurare ex novo un caso di criminal offence, non appare del tutto convergente con simile strumento, insieme con la possibilità per il destinatario di “scegliere” la tutela da azionare.

Inoltre, proprio l’“incertezza del diritto”, scaturente da una disciplina “a più strati” ha comportato una tutela sostanziale inversamente proporzionale alle alternative previste in via formale⁶⁷. Oltre all’incoerenza insita nel poter esercitare un’ampia opzione in base alla via ritenuta più consona in relazione alla giustiziabilità – al netto, peraltro, della possibilità delle stesse autorità di avviare motu proprio e d’ufficio dei procedimenti nei confronti del responsabile – la lacuna maggiore è rappresentata dalla discrasia tra la tensione verso il rafforzamento di esigenze di sicurezza legate all’ordine pubblico e la deferenza verso “pratiche” di difficoltosa armonizzazione con i principi generali dell’ordinamento. Il percorso intrapreso dal Regno Unito, infatti, non è assimilabile in toto né al modello scandinavo, che, in tempi decisamente anteriori, ha esplicitamente intrapreso una convinta repressione del fenomeno anche attraverso il contenimento dell’età per l’ingresso, tantomeno alle procedure qualche rigo addietro indicate, in cui il divieto di ingresso per i cittadini terzi è stato inesorabilmente imposto in presenza di una mera presunzione di forzatura. Proprio la particolare attenzione verso le esigenze multiculturali ha giocato un ruolo “doppio”: da un lato, ha comportato una creazione progressiva di una disciplina poco lineare e un avvicinamento dubbioso alla creazione della specifica fattispecie penale, dall’altro ha mantenuto (con una certa consapevolezza) le specialità degli istituti tradizionali in relazione alle garanzie sostanziali. Di conseguenza (e paradossalmente), nonostante la forte “pubblicizzazione” della tematica, permane una “privatizzazione” dei diritti di azione e di difesa in capo ai titolari, di faticoso adattamento alla novellata disciplina e di difficile discernimento rispetto alle finalità di politica governativa a essa sottese.

L’aver (volontariamente) ignorato o sottovalutato la sufficienza della disciplina civilistica, insieme con gli strumenti di diritto sovranazionale, fa ritenere la strada intrapresa dal Regno Unito una scelta, non troppo celata, verso una stretta sul diritto dell’immigrazione, cui si aggiunge l’incerta efficacia dimostrata dalla tutela penale, almeno nei primi anni della sua implementazione.

5. Come appurato, gli orientamenti seguiti da diversi Stati europei sono stati dettati da esigenze diversificate, unite ad adattamenti o circolazioni di modelli già implementati. Di conseguenza, non si potrebbe giungere serenamente alla conclusione per cui i matrimoni forzati siano da tutti avvertiti come un problema legato all’ordine pubblico o, in senso forse più “irenico”, alla ricerca di convergenze con tradizioni giuridiche, prassi e istituti appartenenti a cittadini di seconda generazione o a specifiche minoranze etnico-religiose.

Evidentemente, le determinazioni in favore di una sistematizzazione della problematica attraverso il diritto civile o penale non possono essere valutate astrattamente, rispondendo a contingenze eterogenee, in relazione al background normativo e istituzionale di ciascun Paese. Non vi sarebbe, in effetti, una preferenza decisa verso l’impiego di una sola delle due discipline, e una normazione che accompagni i profili definitori dell’una con gli strumenti di tutela dell’altra appare prassi decisamente più seguita. In aggiunta, anche i Paesi in cui la scelta verso la criminalizzazione

⁶⁷ Così si esprime, per esempio, Bano: “the Muslim Arbitration Tribunal [which] operates as a civil law mechanism under the auspices of the 1996 Arbitration Act to produce decisions that may be enforced and relied upon in the civil courts. Within British Muslim communities we therefore currently have a three-tier approach to resolving matrimonial disputes: state law, unofficial community mediation (Sharia Councils) and the new Muslim Arbitration Tribunal”, S. BANO, *Muslim Women and Shari'ah Councils: Transcending the Boundaries of Community and Law*, London, 2012, p. 54.



non è risultata in una *extrema ratio*, ma, piuttosto, in quella principale, hanno avvertito la necessità di rinsaldare la disciplina del diritto di famiglia, di fatto aprendo la strada a forme di tutela strettamente intersecate.

In conclusione, il filo conduttore di tutti gli interventi sembra rispondere a tale ultimo obiettivo, il quale spiegherebbe l'assenza di una netta prevalenza degli strumenti offerti dal diritto civile o da quelli più incisivi previsti da una specifica fattispecie penale.

Che vi sia (stata) mutua influenza tra i diversi "esperimenti" legislativi europei, con successivi aggiustamenti o adattamenti di schemi altrove elaborati, risulta, dunque, abbastanza chiaro, nonostante non possa decretarsi con certezza fino a che punto gli esempi disponibili abbiano avuto o avranno un peso decisivo nel delineare la fisionomia di ciascuna legislazione interna, né quale sia la principale *sedes materiae* di riferimento.

Il caso del Regno Unito, segnatamente, potrebbe rappresentare un valido modello per quegli Stati in cui la legislazione in materia si attesti ancora in una fase embrionale o in cui il dibattito sulla multiculturalità e la pluralità delle fonti giuridiche risulti ancora piuttosto acerbo. Tra i tanti Paesi, l'Italia, certamente, rientrerebbe in questa seconda categoria. Proprio l'atteggiamento "ondulatorio", mostrato dalle politiche sul tema, potrebbe condurre gli Stati che abbiano virato verso la disciplina penalistica a rivalutare un'integrazione con le tutele di matrice civilistica, stante la maggiore efficacia riscontrata nel caso in esame e le statistiche positive in merito all'accesso agli strumenti predisposti. Di contro, per coloro i quali spingono verso una criminalizzazione, non ancora discussa, né formalizzata, il case study proposto può validamente fungere da "test di proporzionalità", al fine di verificare quanto sia effettivamente "conveniente" (e desiderabile) rispetto all'inquadramento della disciplina in un campo di interesse più generale, quale quello dei diritti fondamentali o la prevenzione della violenza di genere. Esso, infatti, esemplifica in modo paradigmatico quanto di poco stringente vi sia nel collegare la ricerca di strumenti di normazione più incisivi con l'aggiunta costante di nuovi e specifici interventi, situazione qui aggravata dalla evidenziata incoerenza per ciò che concerne i mezzi predisposti per la giustiziabilità.

LA GOLDEN SHARE NELLE SOCIETÀ A PARTECIPAZIONE PUBBLICA: MODELLI EUROPEI A CONFRONTO

CARLOALBERTO GIUSTI*

SOMMARIO: 1. Il regime della *golden share* in Italia - 2. Regno Unito - 3. Francia - 4. Germania - 5. Spagna - 6. Portogallo - 7. L'incidenza della Corte di Giustizia: riflessioni conclusive.

1. La trasformazione degli enti pubblici in società per azioni si è realizzata in Italia attraverso un procedimento bifasico: in una prima fase si è proceduto alla privatizzazione meramente formale, prodromica all'effettiva alienazione delle azioni delle imprese statali agli investitori privati, consistente nella mera trasformazione della forma giuridica dell'impresa pubblica in società



privata, pur lasciando in mano statale la proprietà delle azioni societarie⁶⁸; nella seconda fase, infatti, le azioni fino a quel momento detenute sono state trasferite definitivamente ai soggetti privati, salvo mantenere una serie di poteri speciali, anche se di minoranza. Si tratta di deroghe disposte in funzione di conservare una qualche forma di controllo pubblico su imprese che operano in settori strategici dell'economia del Paese, che sovente hanno comportato un rapporto di sostanziale direzione mantenuto in capo ad organismi pubblici⁶⁹. È il caso, meglio noto, del regime della “golden share”, presente anche in altri paesi⁷⁰ ed utilizzato per introdurre negli statuti delle società privatizzate delle clausole che attribuivano poteri speciali al soggetto pubblico. Si potrebbe dire che l'ingresso della *golden share* si è avuto nel nostro ordinamento a partire dal decreto legge n. 332/1994, il cui art. 2, nella sua originaria formulazione, prevedeva che tra le società controllate direttamente o indirettamente dallo Stato, operanti in determinati settori (difesa, trasporti, telecomunicazioni, fonti di energia e altri pubblici servizi), erano individuate con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri quelle nei cui statuti, prima di ogni atto implicante la perdita del controllo, doveva essere introdotta con deliberazione dell'assemblea straordinaria una clausola che attribuiva al Ministro del tesoro la titolarità di uno o più poteri speciali⁷¹.

Con riguardo alla natura di siffatti poteri, taluni, in dottrina, li hanno ricondotti nell'alveo dei poteri amministrativi anziché in quello dei poteri *stricto sensu* societari. A conferma di tale assunto vale ricordare il caso della privatizzazione dell'ENI⁷², in cui all'alienazione del 51% del capitale non corrispose la perdita del controllo da parte del Ministero del tesoro, dal momento che esso, pur detenendo soltanto una partecipazione minoritaria – nella specie, il 49% del capitale azionario, mentre il restante 51% in mano ad investitori privati – conservò i poteri speciali e con essi quindi una posizione di supremazia nei confronti della suddetta società.

Un caso analogo è possibile riscontrare anche con la cessione della Telecom Italia s.p.a. all'Olivetti. Nel 2002, in particolare, il Ministero del tesoro ha ceduto il rimanente delle azioni della Telecom in suo possesso, corrispondente al 3,5 % del capitale azionario della società, conservando, tuttavia, la titolarità dei poteri speciali. In seguito, in data 15 aprile 2003, i consigli di amministrazione di Telecom e di Olivetti si riunirono per definire il progetto ultimo di integrazione tra le due società, stabilendo, in quell'occasione, che il Ministero del tesoro avrebbe conservato i poteri speciali sulla società derivante dalla fusione, ancorché ridimensionati.

L'introduzione di poteri speciali sulla Telecom è stata decisa con D.P.C.M. 21 marzo 1997 - rubricato “Individuazione di Stet s.p.a. e Telecom Italia S.p.a. quali società nei cui statuti introdurre poteri speciali a favore del Ministro del tesoro” - e con D.M. emanato nella stessa data, rubricato “Contenuto dei poteri speciali attribuiti al Ministro del tesoro da introdurre negli statuti di

*Il presente saggio costituisce parte di un lavoro monografico di prossima pubblicazione nella collana “*Diritto dell'economia*”, diretta da Lener R. e Picozza E., Torino, 2017.

⁶⁸ Autorevole dottrina distingue le privatizzazioni intese come perdita del controllo da parte dei poteri pubblici dalle mere cessioni di quote azionarie di minoranza; sul punto cfr. Galli G., Privatizzazioni e riforma della regolamentazione in Italia, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1998, p. 474.

⁶⁹ Carlotti G., Clini A., *Diritto amministrativo*, Sant'Arcangelo di Romagna, 2014, p. 310

⁷⁰ Caringella F., *Manuale di diritto amministrativo*, IX, 2016, Roma, p. 537.

⁷¹ Così Fenucci T., *I poteri speciali dopo la privatizzazione delle imprese statali: una storia infinita*, in *Comparazione e diritto civile*, 2016, p. 14, il quale richiama a sua volta, Cassese S., *I controlli pubblici sulle privatizzazioni*, in *Giorn. dir. amm.*, 2001, p. 857.

⁷² Cavallo B., *Le privatizzazioni degli enti pubblici economici*, in AA.VV., *Il mercato: le imprese, le istituzioni, i consumatori*, Bari, 2002, p. 61.



Stet s.p.a. e Telecom Italia s.p.a.⁷³. Infatti era previsto che il Ministro del tesoro conservasse il potere di veto su alcune delibere di particolare importanza all'interno della società nonché il diritto di gradimento per l'ingresso di nuovi azionisti intenzionati ad acquisire partecipazioni rilevanti, mentre veniva meno il potere di nomina di un amministratore in rappresentanza del Ministro nel consiglio di amministrazione della società.

A partire dagli anni novanta del secolo scorso, dunque, le partecipazioni pubbliche in Italia hanno segnato il passaggio da un'economia pubblica ad un'economia di libero mercato. La privatizzazione formale, a differenza di quella sostanziale, ha interessato la forma degli attori economici, attuata con il passaggio da una forma di diritto pubblico (ente pubblico, azienda autonoma ed ente gestore di partecipazioni statali) ad una forma di diritto privato (società per azioni), senza alcun mutamento in termini di *corporate governance*; la privatizzazione sostanziale, viceversa, ha riguardato il trasferimento del capitale sociale dalla mano pubblica alla mano privata, in tutto o in parte.

Le ragioni che hanno indotto gli Stati ad adottare politiche di privatizzazione sono molteplici. In primo luogo si colloca l'obiettivo di ridurre il debito pubblico, come di fatto avvenuto in vari ordinamenti europei⁷⁴. Accanto a tale aspetto, la stessa appartenenza all'Unione europea ha rivestito un ruolo chiave nel processo di privatizzazione, in particolare con l'adesione ad un mercato unico europeo e con la crescente integrazione economica tra gli Stati membri fino all'introduzione di una moneta unica: ciò ha fatto venir meno molte forme di regolamentazione nazionale e imposto il rispetto di rigidi parametri in materia di bilancio⁷⁵. Accanto a tali fattori, se ne aggiungono altri di tipo "ideologico", specie in paesi come Regno Unito e Francia, ove le privatizzazioni hanno rappresentato un punto importante nei programmi dei partiti, preceduti da ampi dibattiti incentrati sulla volontà di ridurre il coinvolgimento statale nell'economia, diversamente che in Italia ove la privatizzazione è stata in larga parte attuata in un periodo privo di Governi stabili e forti⁷⁶. Testimonianza di ciò è evincibile dalla copiosa produzione legislativa susseguitasi nel tempo, frutto di compromessi e non esente da contraddizioni.

Ciononostante, la legittimità dell'istituto della *golden share* è stata messa in discussione sia in merito alla sua compatibilità con i diritti nazionali sia rispetto ai principi fondamentali di libera circolazione di capitali e di diritto di stabilimento sancito dal diritto dell'Unione, inducendo la Commissione europea, a partire dagli anni 2000, a proporre una serie di ricorsi per infrazione riguardanti gli istituti di *golden share* presenti in diversi ordinamenti nazionali, tutti conclusi con sentenze di condanna della Corte di Giustizia ad eccezione della controversia contro lo Stato del Belgio. La Corte di Giustizia, in tale contesto, ha ricoperto il ruolo di giudice protagonista in un conflitto che ha visto contrapporsi, da un lato, gli Stati membri e, dall'altro, la Commissione europea, ferma nel considerare i vari regimi di *golden share* adottati incompatibili con i principi del diritto dell'Unione⁷⁷.

⁷³ Cfr. Sanino M., *Le privatizzazioni: stato attuale e problematiche emergenti*, Roma, 1997, p. 112.

⁷⁴ Sul punto, v. GRUNDMANN S. e MOSLEY F., *Golden shares – State control in Privatised Companies: Comparative Law, European Law and Policy Aspects*, in *Eur. Bank and Fin. Law Jour.*, 4, 2001-2002, p. 633.

⁷⁵ Fenucci T., *op. cit.*, p. 4, il quale cita a sua volta Fazioli R., *Dalla proprietà alle regole: l'evoluzione dell'intervento pubblico nell'era delle privatizzazioni*, Milano, 1995, pp. 91 ss.

⁷⁶ Fenucci T., *op. cit.*, pp. 5, 11.

⁷⁷ Scarcillo G., *Dalla Golden Share alla Golden Power: la storia infinita di uno strumento societario. Profili di diritto europeo e comparato*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2, 2015, 619, il quale richiama a sua volta Harris D.J., *Il programma di privatizza-*



Appare opportuno, pertanto, dare conto nel corso del presente lavoro delle normative adottate in altri paesi appartenenti all'Unione, pur osservando come l'effetto *Brexit* in corso di definizione possa parzialmente mutare il quadro normativo con riferimento all'esame del sistema del Regno Unito.

2. In dottrina si è soliti affermare che l'istituto della *golden share* trovi origine nell'ordinamento britannico: la *golden share*, infatti, è stata «introdotta negli anni ottanta all'epoca delle prime privatizzazioni del governo Thatcher ed utilizzata poi in tutte le più importanti e delicate operazioni: *British Telecom, British Gas, British Aerospace, Britoil, Cable and Wireless, Enterprise Oil, British Airways*»⁷⁸. Il Regno Unito, quindi, è stato il primo ordinamento europeo ad intraprendere un'ampia politica di privatizzazione delle imprese pubbliche, ed è stato altresì il sistema in cui è stato introdotto per la prima volta un meccanismo di controllo statale sulle imprese dismesse, caratterizzato dalla costituzione di *Independent Regulatory Agencies* e dall'introduzione di quell'innovativa *golden share* che, successivamente, ha rappresentato per i vari legislatori nazionali europei una vera e propria fonte di ispirazione, i quali ben presto introdussero meccanismi simili all'interno delle proprie società⁷⁹.

L'istituto in parola, in realtà, non ha conosciuto nel Regno Unito una compiuta disciplina generale, venendo ad essere regolamentato direttamente nelle norme statutarie delle società privatizzate, definite in base ai principi del diritto societario, alle quali hanno poi fatto rinvio i vari provvedimenti settoriali emanati dal Legislatore nazionale per consentire agli operatori economici di diritto privato di accedere a specifici comparti produttivi⁸⁰. In altri termini, non essendovi una disciplina in termini generali della *golden share*, si è assistito al proliferarsi di varie configurazioni e modalità di esercizio dei poteri pubblici sulle società privatizzate, seppur accomunate da un elemento ricorrente, ossia il limite temporale entro cui siffatti poteri debbono essere esercitati (di regola cinque anni)⁸¹. La previsione di tale termine era in sintonia con lo scopo primario sotteso allo strumento giuridico dell'azione dorata, ossia la volontà di monitorare e intervenire affinché la transizione delle più importanti società inglesi, da pubbliche a private, potesse avvenire nella maniera migliore⁸².

Le poche disposizioni rilevanti in materia si limitarono, generalmente, ad abilitare l'autorità ministeriale competente, in accordo con il Tesoro, a procedere all'acquisto di azioni delle società privatizzate entro il c.d. *target investment limit*, ad esercitare i diritti da azionista anche tramite delegati e a prescrivere il consenso del Tesoro relativamente alle attività di gestione delle azioni di

zione realizzato nel Regno Unito, in *Economia e Politica industriale*, 55/1987, pp. 97 ss.; Jenkinson T. e Mayer C., *The privatization process in France and the U.K.*, in *Eur. Economic Rev.*, 1988, p. 482 ss.; Kay J., *La privatizzazione nel Regno Unito*, in *Economia Pubblica*, 1989, n. 19, p. 87 ss.; Marsh D., *Privatization under Mrs Thatcher: a Review of the Literature*, in *Public Administration*, Vol. 69, 1991, pp. 459-480; Richardson G. e Dudley G., *Le privatizzazioni in Gran Bretagna: innovazione di successo e implementazione difficile?*, in *Stato e mercato*, 1996, n. 47, pp. 235-269; Rutabanzibwa A.P., *What is golden in the golden share? Company law implications of privatisation*, in *The Company Lawyer*, 1996, vol. 17, n. 2; Wright V., *Le privatizzazioni in Gran Bretagna*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1988, p. 86 ss.

⁷⁸ Sodi J., *Poteri speciali, Golden share e false privatizzazioni*, in *Società*, 1996, p. 374, citato a sua volta Di Francesco G., *Libertà di circolazione dei capitali, privatizzazione e controlli pubblici*, Torino, 2015, p. 66.

⁷⁹ Scarchillo G., *op. cit.*, pp. 626-627.

⁸⁰ Lombardo G., voce *Golden Share*, in *Enc. Giur.*, p. 2.

⁸¹ Gaspari F., *Libertà di circolazione dei capitali, privatizzazioni e controlli pubblici*, Torino, 2015, p. 67.

⁸² Ciononostante, in alcuni casi fu prevista una durata della *golden share* illimitata, come nelle vicende *Rolls Royce, Jaguar, British Telecom* e *British Aerospace*, onde garantire e salvaguardare il più possibile settori come quello metalmeccanico, automobilistico, aeronautico e delle telecomunicazioni, da eventuali cordate estere che avrebbero potuto compromettere la gestione di società che svolgevano servizi essenziali per il Paese.



proprietà pubblica. I poteri derivanti dal possesso della “azione dorata” traevano origine, in particolare, da una fonte contrattuale, ossia gli statuti societari. Tale peculiare fonte ha sollevato non pochi problemi atteso che parte della giurisprudenza considerò inizialmente la natura statutaria della *golden share* alla stregua di una condizione ostativa in relazione sia alla sua legittimità ed alle sue modalità di esercizio, sia alla possibilità di un eventuale controllo giudiziale dello strumento societario⁸³. Conseguenza di ciò era, ad avviso di tale orientamento, l'impossibilità di sottoporre i poteri di *golden share* ad alcun controllo giudiziale di merito da parte degli inglesi, non trovando essi fondamento in uno statuto o in una specifica legge. In senso opposto, dottrina maggioritaria e altre corti inglesi hanno sostenuto la natura pubblica di siffatti poteri, senza negare così alcuna possibilità di controllo di natura giudiziale sull'utilizzo della *golden share*.

Nello specifico, è possibile distinguere due tipologie di *golden share* utilizzate dal governo d'oltremarica: con la prima, definita “*built in majority*”, veniva riconosciuto all'azionista speciale pubblico (c.d. “*special shareholder*”) un diritto di voto in più rispetto alla totalità delle azioni in mano privata nei confronti di qualsiasi decisione presa nell'assemblea ordinaria, di guisa da garantire sempre la maggioranza, per l'appunto una *built in majority*, e il diritto di convocare l'assemblea straordinaria, nella quale, potendosi assicurare una maggioranza certa, si garantiva la possibilità di proporre e di far approvare qualsiasi decisione che ritenesse utile all'interno della compagine sociale. Mediante questo modello, dunque, veniva concesso allo Stato un penetrante intervento nelle vicende gestionali delle società privatizzate.

Con la seconda (“*relevant person*”), invece, si è voluto assicurare il rispetto di eventuali limiti al possesso di pacchetti azionari nelle società, sebbene non si tratta di una vera e propria *golden share* in quanto per la realizzazione dell'obiettivo perseguito non era necessariamente richiesta la presenza di azioni speciali⁸⁴. I limiti in questione consistevano nella previsione dell'obbligo in capo ai soci di notificare il possesso di partecipazioni azionarie che superassero il 5% del totale e di provvedere alla dismissione obbligatoria di quelle azioni con diritti di voto oltre la soglia del 15% delle azioni della società. Nei confronti dei detentori di partecipazioni eccedenti tale soglia (“*relevant person*”), gli amministratori erano tenuti ad instaurare un contraddittorio, al termine del quale si poteva procedere alla cessione coattiva del pacchetto azionario, in modo da ripristinare i limiti stabiliti dallo statuto e dalla *golden share*. Prima della decisione circa la dismissione delle azioni eccedenti la soglia citata, l'azionista era privo di qualsiasi diritto di voto⁸⁵.

Al pari di quanto avvenuto nell'ordinamento francese, *infra par. 2*, anche la normativa britannica relativa alla privatizzazione delle *public corporations* è stata oggetto di attenzione da parte della Corte di Giustizia, ed in particolare nella vicenda della privatizzazione della British Airports Authority (BAA)⁸⁶.

La British Airports Authority, titolare di sette aeroporti internazionali nel Regno Unito, venne privatizzata con l'*Airports Act* dell'8 luglio 1986.

⁸³ Scarchillo G., *op. cit.*, p. 628.

⁸⁴ Si è proceduto all'utilizzo di tale tipologia nelle privatizzazioni di *British Telecom*, *British Steel*, *National Power* e *PowerGen British*.

⁸⁵ Tale forma di azione fu adottata, ad esempio, negli statuti societari di società quali *British Telecom*, *British Steel* ed in società incaricate della gestione di acqua potabile ed energia elettrica quali la *National Power* o la *Power-Gen British*.

⁸⁶ CGUE, sentenza 13 maggio 2003, causa C-90/01.



Secondo tale legge, il *Secretary of State* aveva il potere di approvare, con o senza modifiche, lo statuto della società chiamata ad assumere le funzioni della *British Airports Authority*. Nel 1987 venne creata, pertanto, la BAA ed un'azione speciale da una sterlina fu creata a favore del *Secretary of State for Transport*. L'art. 10 dello statuto della BAA, rubricato "L'azione speciale", prevedeva il necessario consenso scritto dell'azionista speciale, tra l'altro, per le modifiche normative volte a eliminare le norme che prevedevano i diritti speciali, la cessione dei beni appartenenti a tale società o a una qualunque delle sue controllate, la cessazione del controllo sulle sue società controllate, la sua liquidazione o scioglimento. Inoltre, l'articolo 40, n. 1, del medesimo statuto disponeva che lo stesso fosse destinato ad impedire che un soggetto non autorizzato fosse, fosse ritenuto o apparisse agli amministratori titolare di diritti su azioni della società che conferissero o fossero suscettibili di conferire in determinate circostanze oltre il 15% dei voti esprimibili in sede di adozione di qualunque delibera nell'ambito di qualsiasi assemblea generale della società; i commi successivi del medesimo articolo descrivevano come attuare nello specifico la norma in parola⁸⁷. Nel corso del giudizio dinanzi alla Corte di Giustizia, il governo britannico ha esposto le proprie difese evidenziando l'assenza di misure discriminatorie, ma tale strategia difensiva non fece breccia nel giudizio finale dei giudici di Lussemburgo.

Se da un lato il Regno Unito ha sempre considerato l'istituto delle *golden shares* come esercizio di un potere privato, tale da non giustificare l'intervento comunitario, sebbene titolare di tali azioni sia il Ministro, il quale si limiterebbe a svolgere una mera attività economica, dall'altro lato i giudici di Lussemburgo hanno stabilito di poter valutare la compatibilità della *golden share* britannica con il diritto dell'Unione, in quanto tale specifico potere richiede comunque l'approvazione dello statuto della società con atto legislativo e va oltre la mera applicazione del diritto privato delle società. Così argomentando, lo Stato, una volta approvato lo statuto con atto legislativo, agisce pur sempre come autorità pubblica, sottostando conseguentemente alle regole sulla libertà di circolazione dei capitali. A conclusione del procedimento, la Corte di Giustizia ha dichiarato incompatibile con il diritto comunitario lo statuto della BAA adottato il 7 luglio 1987 in quanto impediva, ed in particolare gli artt. 40 e 10, n.2 del medesimo statuto, laddove prevedevano rispettivamente disposizioni che limitano l'acquisto di partecipazioni, e che restringevano in altro modo la possibilità di partecipare effettivamente alla gestione di una società o al suo controllo, in quanto restrittive della libera circolazione di stabilimento e dei capitali di cui agli artt. 43 e 56 del TCE (oggi artt. 49 e 63 TFUE).

3. Dopo il Regno Unito, è stato il governo d'Oltralpe a fare ricorso alle privatizzazioni nell'ambito dei servizi pubblici. A partire dagli anni ottanta, infatti, l'ordinamento francese si è segnalato per la presenza massiccia di società miste (c.d. *sociétés d'économie mixte locales*). La privatizzazione francese trova fondamento in una serie di ragioni: da un lato l'esigenza di tutelare alcuni profili di interesse nazionale, come i livelli di occupazione e gli investimenti, e dall'altro le necessità di evitare la dipendenza della società dal capitale straniero ovvero la formazione di oligopoli o monopoli.

Si segnalano, nello specifico, due importanti programmi politici attuati, rispettivamente, dal Governo Chirac – leggi 2 luglio e 6 agosto 1986 – e dal Governo Balladur nel 1993. Si osserva, tuttavia, come le previsioni costituzionali in tema di necessaria proprietà pubblica per i servizi pubblici e per i monopoli naturali abbia costituito, almeno inizialmente, un ostacolo per talune

⁸⁷ Fenucci T., *op. cit.*, p. 37.



privatizzazioni, laddove al punto 9 del preambolo della Costituzione del 27 ottobre 1946 si affermava che «Ogni bene, ogni impresa, la cui utilizzazione ha o acquista i caratteri di un servizio pubblico nazionale o di un monopolio di fatto, deve diventare proprietà della collettività.»

Ciononostante, il processo di privatizzazione è stato reso possibile mediante l'istituto dell'*action spécifique* (azione specifica), introdotta con la Loi n. 86-912 du 6 août 1986 relative aux modalités des privatisations e della *noyau dur*.

Con specifico riguardo all'*action spécifique*⁸⁸, essa può dirsi paragonabile alla *golden share* di matrice anglosassone, laddove permette al Governo di porre un veto a chiunque intenda acquistare una quota superiore al 10% del capitale azionario; come per quella elaborata in Gran Bretagna, anche essa aveva una durata massima di cinque anni, trascorsi i quali diventava un'azione ordinaria. Nel 1993, tuttavia, il legislatore ha eliminato tale limite temporale e ha riservato al Ministro dell'Economia la possibilità di trasformare in qualsiasi momento, qualora ve ne fosse necessità, l'*action spécifique* nuovamente in azione ordinaria.

Poco prima dell'istituzione dell'*action spécifique*, il legislatore aveva approvato la Loi n. 86-793 du 2 juillet 1986 autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social, che stabiliva la disciplina generale in merito alle imprese pubbliche privatizzabili e le possibilità di attuazione del processo di privatizzazione.

La succitata legge n. 86-912, modificata da ultimo con la Loi n. 2006-1770 du 30 décembre 2006, contiene quindi la disciplina sulle modalità di applicazione delle privatizzazioni.

In particolare, l'art. 2 prevede l'istituzione di un'autorità amministrativa indipendente, quale la Commission des participations et des transferts, deputata a fissare le regole per la valutazione delle imprese privatizzabili.

L'art. 10 della legge stabilisce, altresì, che spetta al Governo valutare l'opportunità, ai fini della protezione degli interessi nazionali, di trasformare un'azione ordinaria dello Stato in *action spécifique* ed eventualmente attuarla mediante decreto. Nel momento in cui viene disposta un'azione specifica, possono essere poste alcune speciali prerogative in capo al Governo: la possibilità che il Ministro dell'economia esprima un consenso preventivo sul superamento da parte di un azionista, o di più azionisti che agiscano di concerto, di specifici tetti di possesso azionario; la nomina, all'interno del Consiglio di amministrazione di un'impresa, di uno o due rappresentanti dello Stato, senza poteri deliberativi; la possibilità di opporsi ad eventuali cessioni di attivo da parte della società, che possano recare pregiudizio agli interessi nazionali⁸⁹. Per determinate società, inoltre, l'acquisto da parte di persone fisiche o giuridiche straniere di alcune percentuali di capitale sociale deve essere sottoposto ad autorizzazione preventiva da parte del Ministro dell'economia.

Il decreto istitutivo di un'*action spécifique*, previsto con riferimento a ciascuna delle imprese menzionate all'art. 2 della Loi n.93-923 du 19 juillet 1993 de privatisation, deve essere emanato prima che intervenga la *Commission des participations et des transferts*.

⁸⁸ V., *ex multis*, Gippini Fournier E. - Rodríguez Miguez J.A., *Actions spécifiques dans les sociétés privatisées: le beurre ou l'argente du beurre*, in *Rev. du droit de l'Union européenne*, 2003, pp. 39 ss.; Carraeu D., *Privatisations et droit comunitaire: la validation conditionnelle des actions spécifiques* (ou "Golden Shares"), in *Contr. impr./Europa*, 2002, p. 1191 ss.

⁸⁹ Cfr. Camera dei deputati - XVI Legislatura - Dossier di documentazione, *La disciplina della golden share in Francia e Germania*, N. 34/I - 28 marzo 2012, A.C. 5052



È fatta salva, in ogni momento, la riconversione dell'azione specifica in azione ordinaria, mediante decreto a sua volta, tenendo tuttavia conto dei rischi connessi all'indipendenza nazionale in gioco.

In Francia, dunque, diversamente da quanto visto nel sistema anglosassone, l'azione ordinaria della società subisce la trasformazione in *action spécifique* mediante un apposito atto normativo, il quale ne determina al contempo i poteri utilizzabili all'interno della medesima società⁹⁰.

Tra i decreti emanati per l'istituzione di azioni specifiche in imprese privatizzate, degno di nota è il Décret n.93-1298 du 13 décembre 1993, successivamente abrogato nel 2002, con il quale è stata disposta una *golden share* dello Stato nella *Société nationale Elf Aquitaine*: il decreto, in particolare, stabiliva che fosse il Ministro dell'economia a beneficiare del potere di approvare in via preventiva ogni superamento dei limiti massimi di detenzione diretta o indiretta di titoli azionari della società, nonché della facoltà di opporsi contro decisioni di cessione o di attribuzione a titolo di garanzia di elementi patrimoniali.

Nel 1999, la Commissione europea, come anticipato, avvedutasi dei rischi connessi ai fenomeni di privatizzazione così previsti, dopo aver inviato al Governo francese una prima lettera di diffida asserendo l'incompatibilità di alcune disposizioni contenute nel decreto n. 93-1298 con il diritto comunitario, ed avendo ritenuto insufficienti le contro-proposte dell'Eliseo, ha presentato ricorso alla Corte di giustizia delle Comunità europee, impugnando l'art. 2, nn.1 e 3, del Décret n.93-1298 per violazione dei principi di libertà di stabilimento dei cittadini, di libera circolazione dei capitali, oggi rispettivamente sanciti agli artt. 43⁹¹ e 56⁹² TUE. In particolare, le prime due disposizioni, come noto pongono il principio della libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro e quello della libera circolazione dei capitali tra Stati membri. Il governo francese, in risposta alle censure così mosse, ha rilevato che le eventuali

⁹⁰ I poteri speciali conferiti allo Stato, e utilizzabili dal Governo in caso di bisogno all'interno delle vicende societarie di gran parte delle ex imprese statali francesi privatizzate nel corso degli anni, erano di varia tipologia tra i quali si menzionano: a) il potere di esprimere, tramite il Ministero dell'Economia, il consenso preventivo al superamento di determinati tetti al possesso azionario da parte di uno o più azionisti che agiscano di concerto (tale prerogativa conferita al Governo risultava essere di fondamentale importanza poiché permetteva di opporsi all'assunzione di partecipazioni di controllo da parte di investitori esteri c.d. "indesiderati"); b) il potere di nomina, all'interno del consiglio di amministrazione della società, di uno o due rappresentanti statali, ai quali però veniva negata la capacità di esprimere un voto deliberativo (con ciò, invero, si voleva consentire al Governo di conoscere direttamente le politiche che si apprestava ad adottare l'impresa); c) il potere attribuito al Ministero dell'Economia di opporsi alle delibere di cessione di attivi da parte della società, qualora queste potessero recare pregiudizio agli interessi nazionali; d) il potere di applicare, per i detentori di partecipazioni acquisite in maniera irregolare, sanzioni quali il divieto di esercitare diritti di voto corrispondenti a tali titoli e l'obbligo di cedere gli stessi entro tre mesi dal loro acquisto, pena la loro vendita coattiva.

⁹¹ Art. 43 TUE: 1. Nel quadro delle disposizioni che seguono, le restrizioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro vengono vietate. Tale divieto si estende altresì alle restrizioni relative all'apertura di agenzie, succursali o filiali, da parte dei cittadini di uno Stato membro stabiliti sul territorio di uno Stato membro. 2. La libertà di stabilimento importa l'accesso alle attività non salariate e al loro esercizio, nonché la costituzione e la gestione di imprese e in particolare di società ai sensi dell'articolo 48, secondo comma, alle condizioni definite dalla legislazione del paese di stabilimento nei confronti dei propri cittadini, fatte salve le disposizioni del capo relativo ai capitali.

⁹² Art. 56 TUE: 1. Nell'ambito delle disposizioni previste dal presente capo sono vietate tutte le restrizioni ai movimenti di capitali tra Stati membri, nonché tra Stati membri e paesi terzi. 2. Nell'ambito delle disposizioni previste dal presente capo sono vietate tutte le restrizioni sui pagamenti tra Stati membri, nonché tra Stati membri e paesi terzi.



restrizioni ai due principi fossero giustificate sia dall'eccezione di pubblica sicurezza – della quale si sarebbe avvalsa onde tutelare la continuità dell'approvvigionamento di prodotti petroliferi in caso di crisi, sia da motivi imperativi di interesse generale.

Con sentenza del 4 giugno 2002⁹³, la Corte di giustizia dell'Unione, a conclusione del procedimento, pur confermando, da un lato, il legittimo interesse pubblico del rifornimento di prodotti petroliferi per la Francia in caso di crisi, ha dall'altro fornito un'interpretazione restrittiva circa l'eccezione delle esigenze di pubblica sicurezza, laddove esse «*devono essere intese in senso restrittivo, di guisa che la loro portata non può essere determinata unilateralmente da ciascuno Stato membro senza il controllo delle istituzioni comunitarie. La pubblica sicurezza può essere quindi invocata solamente in caso di minaccia effettiva ed abbastanza grave ad uno degli interessi fondamentali della collettività (v., sentenza *Église de Scientologie*)*»⁹⁴.

La Corte, inoltre, ravvisa nel potere del Ministro dell'economia di autorizzare il superamento di limiti massimi di detenzione di titoli azionari della società *Elf Aquitaine* «*un potere discrezionale così ampio che rappresenta un grave pregiudizio alla libera circolazione dei capitali che può portare alla soppressione di quest'ultima. Pertanto il regime controverso va manifestamente oltre quanto necessario per conseguire l'obiettivo fatto valere dal governo francese, ossia la prevenzione di un pregiudizio alla fornitura minima di prodotti petroliferi in caso di reale minaccia*»⁹⁵. Ugualmente, il potere del Ministro di opporsi contro decisioni di cessione o di attribuzione a titolo di garanzia di elementi patrimoniali rappresenta, per i giudici di Lussemburgo, un ampio potere discrezionale, non limitato da alcuna condizione, e che va «*manifestamente oltre quanto necessario a conseguire l'obiettivo fatto valere dal governo francese, vale a dire la prevenzione di un pregiudizio alla fornitura minima di prodotti petroliferi in caso di reale*»⁹⁶.

Con la “*noyau dur*” (il c.d. *nocciolo duro*) si è voluta garantire la stabilità delle imprese attraverso l'acquisto di una quota del capitale (dal 20 al 30%) da parte di 10-20 grandi azionisti, ciascuno dei quali possiede una quota oscillante tra lo 0,25 e il 5% del capitale. Gli azionisti componenti il nocciolo duro, scelti dal Ministro delle Finanze, detengono una posizione privilegiata di controllo e per compensare tale privilegio è previsto che essi pagano un prezzo superiore a quello pagato nell'offerta pubblica, mentre la maggiorazione oscilla tra il 2 e il 10% del prezzo dell'offerta.

4. In Germania, diversamente da quanto sin qui esaminato, a partire dalla fine del secondo conflitto bellico, non vi son state nazionalizzazioni significative, in quanto le imprese pubbliche allora esistenti appartenevano principalmente ai *Länder*, ai comuni e agli altri enti locali. Tale situazione è rimasta pressoché invariata fino agli anni Ottanta, allorché a seguito del successo elettorale dei liberal-conservatori, la nuova coalizione di governo ha autorizzato la cessione di quote dell'industria automobilistica *Volkswagen*, dell'azienda chimica ed energetica *VEBA* e della compagnia di trasporto aereo *Deutsche Lufthansa*, realizzando così il primo vero processo di privatizzazione delle imprese pubbliche tedesche⁹⁷.

La vendita delle aziende pubbliche è stata realizzata seguendo due tipologie di azione: la privatizzazione formale e la privatizzazione sostanziale.

⁹³ CGUE, sentenza 4 giugno 2002, C-483/99, *Commissione delle Comunità europee contro Repubblica francese*.

⁹⁴ CGUE, *ult. cit.*, par. 48.

⁹⁵ *Idem*, par. 51.

⁹⁶ *Idem*, par. 52.

⁹⁷ Gaspari F., *op. cit.*, p. 77.



La privatizzazione formale ha riguardato le imprese dipendenti dalle amministrazioni regionali o locali, ove il privato ha sostituito il pubblico mediante la costituzione di società di diritto privato in cui l'autorità pubblica rappresentava l'azionista di maggioranza.

La privatizzazione sostanziale, invece, ha interessato le imprese soggette al controllo del Governo centrale, in cui la responsabilità delle operazioni è stata attribuita al Ministro federale delle finanze con potere di veto sulla gestione della vendita.

Dal punto di vista normativo, l'ordinamento tedesco non ha mai avuto una legge quadro sulle privatizzazioni di imprese pubbliche, richiedendo per ciascuna di esse un apposito provvedimento. Una specifica normativa è stata introdotta, tuttavia, per la *Kreditanstalt für Wiederaufbau (KfW)*, l'Agenzia di diritto pubblico creata nel 1948 con lo scopo di coordinare l'utilizzo dei fondi del Piano Marshall per la ricostruzione e il sostegno alle imprese, e in seguito utilizzata come *holding* di partecipazioni destinate al mercato, presso cui sono stati collocati i pacchetti azionari di diverse società a partecipazione pubblica⁹⁸. Il richiamo è degno di nota in quanto alla KfW è stato assegnato il compito di consulente dello Stato nell'ambito del processo privatizzazione di imprese pubbliche, come è accaduto ad esempio nel caso della *Deutsche Telekom* e della *Deutsche Post*. Dall'ultima relazione sulle partecipazioni statali presentata dal Ministro federale delle finanze nel 2015 risultano oltre 100 le imprese a partecipazione diretta dello Stato, mentre il numero di partecipazioni dirette con un capitale nominale di almeno 50.000 euro e una quota azionaria di almeno il 25% è di circa 30⁹⁹.

Un caso particolare ha avuto come protagonista la nota casa automobilistica Volkswagen, a seguito della sentenza del 23 ottobre 2007¹⁰⁰, in cui la Corte di giustizia ha affrontato il delicato tema delle restrizioni alla libertà di circolazione dei capitali sancita dall'art. 56 del Trattato CE¹⁰¹.

All'attenzione della Corte di Lussemburgo sono state sottoposte, in particolare, alcune norme della legge 21 luglio 1960, relativa alla trasformazione della Volkswagen da società a responsabilità limitata a società per azioni (*Gesetz über die Überführung der Anteilsrechte an der Volkswagenwerk Gesellschaft mit beschränkter Haftung in private Hand - VWGmbHÜG*). La Commissione europea contestava la contrarietà al diritto comunitario di tale legge laddove introduceva nello statuto della nuova società regole diverse rispetto agli schemi generali del diritto societario, per tre specifici aspetti: a) i diritti di voto in assemblea dei singoli azionisti era limitato ad un massimo di 1/5 dei voti disponibili anche per gli azionisti che detenevano una quota superiore del capitale sociale; b) il Governo federale e il Land della Bassa Sassonia avevano il diritto di designare ciascuno due membri del consiglio di sorveglianza della società, purché possedessero azioni della stessa; c) nelle ipotesi in cui le norme sulle società in generale richiedono la maggioranza in assemblea di almeno 3/4, la legge sulla VW richiedeva una maggioranza di 4/5.

⁹⁸ Gaspari F., *op. cit.*, p. 78.

⁹⁹ *Beteiligungsbericht 2015* consultabile al link www.bundesfinanzministerium.de

¹⁰⁰ CGUE, C-112/05, sentenza 23 ottobre 2007, Commissione c. Repubblica federale di Germania.

¹⁰¹ Per un commento cfr., *ex multis*, Barzagli G., *La forza espansiva dei principi affermati dalla giurisprudenza comunitaria in tema di golden share*, in *I Contratti dello Stato e degli Enti Pubblici*, 3/2008., 149 ss.; Mucciarelli F. M., *La sentenza "Volkswagen" e il pericolo di una "convergenza" forzata tra gli ordinamenti societari*, in *Giur. comm.*, 2009, II, 273 ss.; Spattini G. C., <<Vere>> e <<false>> <<golden shares>> nella giurisprudenza comunitaria. <<La deriva sostanzialista>> della Corte di giustizia, ovvero il <<formalismo>> del principio della <<natura della cosa>>: il caso Volkswagen, e altro..., in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2008, 303 ss.



La Corte, all'esito del procedimento, ritenne le tre succitate regole aventi quale effetto quello di rendere meno attraente l'investimento diretto in azioni della VW, in quanto costitutive di un "contesto giuridico" tale da conferire al Governo federale e al Land della Bassa Sassonia la possibilità di esercitare, con un investimento di modesta portata, "un'influenza sostanziale" sulla società così privatizzata.

La legge sulla Volkswagen venne successivamente modificata nel 2008, sebbene le nuove modifiche non siano state ritenute sufficienti dalla Commissione europea, richiedendo un nuovo intervento della Corte di giustizia, la quale si è pronunciata con sentenza del 22 ottobre 2013¹⁰².

In caso di mancato adeguamento sono state proposte multe definite "stellari" da alcune testate giornalistiche: una retroattiva di € 31.114,72 al giorno dal 23 ottobre 2007 (data della sentenza della Corte) fino a quando non fosse stata ulteriormente modificata la legge contestata; l'altra, notevolmente più elevata, di € 282.725,10 al giorno a decorrere dal nuovo giudizio della Corte, qualora questo fosse giunto prima ancora del necessario intervento legislativo. Diversamente da quanto avvenuto nel primo giudizio, tuttavia, la Corte di Giustizia respinse il ricorso avanzato dalla Commissione, ritenendo che, avendo abrogato, da un lato, l'articolo 4, paragrafo 1, della legge VW e, dall'altro lato, l'articolo 2, paragrafo 1, di tale legge, eliminando in tal modo il combinato disposto di quest'ultima disposizione e dell'articolo 4, paragrafo 3, di detta legge, la Repubblica federale di Germania si era conformata, nei termini assegnati, agli obblighi che le incombono ai sensi dell'articolo 260, paragrafo 1, TFUE.

5. In Spagna la necessità di procedere ad una razionale privatizzazione delle attività economiche svolte dal settore pubblico aveva determinato in passato, in alcuni casi, l'alienazione della partecipazione dello Stato, diretta o indiretta, in imprese di carattere commerciale¹⁰³. Tuttavia questo meccanismo ha finito per costituire spesso una forma di garanzia o di attuazione di un interesse pubblico. Per tali ragioni, è intervenuto il legislatore con la Ley 5/1995, de 23 de marzo, de Régimen jurídico de enajenación de Participaciones Públicas en determinadas empresas, che individuava appunto un meccanismo alternativo di protezione dell'interesse collettivo, sottoponendo a un preciso regime di autorizzazione amministrativa gli accordi e gli atti intercorrenti tra Stato e altri soggetti commerciali privati¹⁰⁴.

In base alla legge testé citata, le imprese che presentavano nel proprio capitale sociale una partecipazione pubblica superiore al 25% e la cui attività includeva la prestazione di servizi essenziali o lo svolgimento di attività di interesse generale sono assoggettate ad un regime di autorizzazione preventiva – delle delibere societarie più importanti, qualora la partecipazione dello Stato a) si riduca, per effetto di operazioni di trasferimento, in percentuale pari o superiore al 10% del capitale sociale e divenga inferiore al 50%; b) si riduca, a seguito di qualsiasi atto o negozio, ad una quota inferiore al 15% del capitale sociale.

¹⁰² CGUE, C-95/12, sentenza 22 ottobre 2013.

¹⁰³ Cfr., sul tema, Cociolo E., *La golden share in Spagna. Regulating corporate governance*, in *Servizi pubblici*, 2004, pp. 247 ss.

¹⁰⁴ Cfr., in merito, Nico A.M., *Le privatizzazioni in Spagna*, in AA.VV., *Le privatizzazioni in Europa*, in *Trattato di diritto amministrativo*, Santaniello G. (a cura di), Padova, 2003, pp. 395 ss., richiamato a sua volta da Gaspari F., *op. cit.*, p. 82.



Anche la normativa spagnola non è stata esente da censure da parte della Corte di Giustizia¹⁰⁵, la quale dichiarò nel 2003 la *ley* 5/1995 (e la successiva disciplina di dettaglio) in conflitto con il diritto comunitario.

In particolare il regime di previa autorizzazione amministrativa venne ritenuto non giustificato da ragioni imperative di interesse generale, in assenza di criteri obiettivi, duraturi nel tempo e resi pubblici, e non conforme al principio di proporzionalità.

Al fine di adeguarsi al *diktat* dei giudici di Lussemburgo, è stata emanata la successiva *Ley* 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social riscrisse profondamente la *Ley* 5/1995, che ha sostituito il precedente regime dell'autorizzazione con quello di notificazione. Ma il Governo spagnolo, investito di una nuova lettera di intimazione rivolta dalla Commissione europea al Governo spagnolo il 7 luglio 2004 ha indotto il legislatore a intervenire ancora una volta, onde scongiurare il rischio delle gravose sanzioni prospettate, con la *Ley* 13/2006, de 26 de mayo, por la que se deroga el régimen de enajenación de participaciones públicas en determinadas empresas establecido por la *Ley* 5/1995, de 23 de marzo, y sus disposiciones de desarrollo y ejecución, che ha definitivamente abrogato l'intera normativa in materia.

Nel 2008 la Corte di Giustizia è intervenuta nuovamente con due pronunce.

La prima, in data 14 febbraio, con la quale il giudice europeo ha dichiarato contraria ai principi di libera circolazione dei capitali la normativa spagnola che prevedeva misure limitative dei diritti di voto connessioni ad azioni possedute da enti pubblici in imprese nazionali nell'ambito del settore energetico. Il riferimento è alla causa C-274/06, Commissione c. Regno di Spagna, in cui i giudici conclusero nel senso che «*mantenendo in vigore misure come quelle previste dalla ventisettesima disposizione addizionale della legge 29 dicembre 1999, n. 55, concernente misure fiscali, amministrative e sociali, nella versione modificata dall'art. 94 della legge 30 dicembre 2003, n. 62, che limitano i diritti di voto corrispondenti alle azioni detenute da enti pubblici nelle imprese spagnole operanti nel settore energetico, il Regno di Spagna è venuto meno agli obblighi ad esso incombenti in forza dell'art. 56 CE*».

La seconda decisione menzionata, invece, risale al 17 luglio del medesimo anno, relativa alla normativa nazionale che assoggettava a una previa autorizzazione l'acquisizione di partecipazioni in imprese che esercitavano attività regolamentate nel settore dell'energia e degli attivi necessari per svolgere tali attività¹⁰⁶. Anche in tale occasione lo Stato spagnolo rimase soccombente in quanto avendo adottato le disposizioni del n. 1, secondo comma, della quattordicesima funzione della Commissione nazionale per l'energia prevista dall'undicesima disposizione addizionale, parte terza, n. 1, della legge 7 ottobre 1998, n. 34/1998, disciplinante il settore degli idrocarburi (*Ley* 34/1998, del sector de hidrocarburos), come modificata dal Regio decreto legge 24 febbraio 2006, n. 4/2006 (*Real Decreto-ley* 4/2006), al fine di assoggettare a previa autorizzazione della Commissione nazionale per l'energia l'acquisizione di talune partecipazioni in imprese che esercitano determinate attività regolamentate nel settore dell'energia nonché l'acquisizione degli attivi necessari per svolgere tali attività, il Regno di Spagna aveva violato gli obblighi ad esso incombenti in forza degli artt. 43 CE e 56 CE.

¹⁰⁵ CGUE, C-463/00, sentenza 13 maggio 2003.

¹⁰⁶ CGUE, causa C-207/07, 17 luglio 2008, *Commissione c. Spagna*.



6. L'intervento della Corte di Giustizia ha interessato anche la normativa portoghese in materia di *golden share*. Precisamente, le disposizioni interessate sono state la legge 5 aprile 1990, n. 11 - legge quadro sulle privatizzazioni (*Diario da República* I, serie A, n. 80, del 5 aprile 1990, p. 1664), in particolare l'art. 13, n. 3, della stessa; i decreti legge sulla privatizzazione di imprese successivamente emanati per la sua attuazione; i decreti legge 15 novembre 1993, n. 380 (*Diario da República*, I, serie A, n. 267, del 15 novembre 1993, p. 6362), e 28 febbraio 1994, n. 65 (*Diario da República* I, serie A, n. 49, del 28 febbraio 1994, p. 933). Come per gli altri sistemi stranieri previamente considerati, anche in tal caso era previsto un regime di autorizzazione amministrativa preventiva.

In particolare l'art. 13, n. 3, della L. n. 11/90 prevedeva che in caso di privatizzazione la quantità di azioni, che potevano essere acquisite o sottoscritte da società straniere o il cui capitale maggioritario era detenuto da società straniere, poteva essere limitata. Stabilito il valore massimo della loro partecipazione al capitale sociale e il tipo di controllo corrispondente a condizioni da prevedere in seguito, si stabiliva la sanzione della vendita forzata delle azioni eccedenti tali limiti, la perdita del diritto di voto conferito da tali azioni, o la nullità delle acquisizioni o sottoscrizioni. La possibilità offerta dall'art. 13, n. 3, della L. n. 11/90, era stata utilizzata in un gran numero di decreti legge di privatizzazione di imprese operanti nel settore bancario, delle assicurazioni, dell'energia e dei trasporti e in ciascun caso era prevista la partecipazione straniera massima autorizzata. L'articolo unico del D.L. n. 65 del 1994, adottato in attuazione della suddetta legge n. 11 del 1990, prevedeva che per l'applicazione del citato articolo 13, n. 3, della legge da ultimo citata, il limite di partecipazione di soggetti stranieri nel capitale delle società derivanti dal processo di riprivatizzazione era fissato al 25%, salvo che un limite superiore fosse già stato fissato dal testo normativo che ne prevedeva la riprivatizzazione. Poi l'articolo 1 del D.L. n. 380 del 1993 stabiliva che l'acquisizione *inter vivos*, a titolo oneroso o gratuito, da parte di un'unica persona, fisica o giuridica, di azioni societarie che rappresentano più del 10% del capitale con diritto di voto, nonché l'acquisizione di azioni che, sommate a quelle già possedute, superavano tale limite, nel caso di società destinate ad operazioni di riprivatizzazione, era soggetta a previa autorizzazione del Ministro delle Finanze.

Tale regime di previa autorizzazione da parte della Repubblica portoghese per l'acquisto di una partecipazione superiore a un certo livello in talune imprese nazionali venne ritenuto ostativo alla libera circolazione dei capitali. Di rilievo, a tal proposito, fu la decisione dell'8 luglio 2010, concernente le azioni privilegiate dello Stato portoghese nella Portugal Telecom SGPS SA¹⁰⁷.

Nel caso di specie, la Repubblica portoghese contestava il carattere di provvedimento nazionale della misura controversa, facendo valere la natura privata delle azioni privilegiate in questione, la cui introduzione nello statuto della Portugal Telecom SGPS SA (in seguito "PT") risultava, ad avviso del governo portoghese, unicamente dalla volontà di questa società e non da quella dello Stato.

La Corte, al riguardo, rilevava che era senz'altro vero che la legge quadro sulle privatizzazioni (*Lei Quadro das Privatizações*) del 5 aprile 1990 e il decreto legge n. 44/95 si limitavano ad ammettere la possibilità di prevedere azioni privilegiate nel contratto di società della PT e che era proprio in forza delle disposizioni dello statuto di tale società, adottate in applicazione di questa

¹⁰⁷ CGUE, causa C-171/08, 8 luglio 2010, Commissione c. Portogallo.



normativa, che dette azioni erano state introdotte e attribuite allo Stato. Ciononostante, restava il fatto che tali disposizioni fossero state adottate il 4 aprile 1995, vale a dire non soltanto subito dopo l'adozione di detto decreto legge, ma soprattutto in un periodo in cui la Repubblica portoghese deteneva una partecipazione maggioritaria nel capitale sociale della PT, esercitando, di conseguenza, un controllo su questa società. In tale contesto, si doveva considerare che la Repubblica portoghese stessa, da un lato, avesse autorizzato in qualità di legislatore la creazione di azioni privilegiate in seno alla PT, e che, dall'altro, in quanto autorità pubblica, in applicazione dell'art. 15, n. 3, della LQP e dell'art. 20, n. 1, del decreto legge n. 44/95, avesse deciso d'introdurre azioni privilegiate nella PT, di attribuirle allo Stato e di definire i diritti speciali che esse conferiscono.

Peraltro, come rilevato dall'avvocato generale sue conclusioni, occorre altresì constatare che la creazione di dette azioni privilegiate non derivasse da un'applicazione normale del diritto societario, in quanto le azioni privilegiate previste nella PT, in deroga al codice portoghese delle società commerciali, erano destinate a rimanere proprietà dello Stato e non sono quindi trasmissibili. Pertanto, la creazione di dette azioni privilegiate doveva essere considerata imputabile allo Stato, rientrando conseguentemente nell'ambito di applicazione dell'art. 56, n. 1, CE.

In merito alla natura restrittiva del sistema di detenzione di azioni privilegiate da parte dello Stato nella PT, previsto dalla normativa nazionale in combinato con lo statuto di detta società, doveva constatarsi che un sistema siffatto potesse dissuadere gli operatori di altri Stati membri dall'investire nel capitale di questa società. Difatti, in forza di tale sistema, l'approvazione di un numero significativo di decisioni importanti concernenti la PT, riguardanti sia l'acquisizione di partecipazioni superiori al 10% del capitale sociale della società sia la gestione di quest'ultima, dipendeva dall'accordo dello Stato portoghese, dato che dette decisioni, come imposto dallo statuto della PT, non potevano essere approvate senza la maggioranza dei voti conferiti alle azioni di categoria A.

A tal proposito, occorre precisarsi che una simile maggioranza fosse richiesta in particolare per qualunque decisione di modifica dello statuto della PT, cosicché l'influenza dello Stato portoghese sulla PT poteva essere ridotta solo se lo stesso Stato membro vi avesse acconsentito.

In tal modo, la detenzione da parte dello Stato portoghese di tali azioni privilegiate, conferendo a quest'ultimo un'influenza sulla gestione della PT che non era giustificata dall'importanza della partecipazione che esso detiene in detta società, poteva dissuadere gli operatori di altri Stati membri dall'effettuare investimenti diretti nella PT, in quanto non avrebbero potuto concorrere alla gestione e al controllo di tale società proporzionalmente al valore delle loro partecipazioni.

Parimenti, la disposizione delle azioni specifiche, oggetto di esame da parte della Corte poteva, avere un effetto dissuasivo sugli investimenti di portafoglio nella PT poiché un eventuale rifiuto dello Stato portoghese di approvare una decisione importante indicata dagli organi della società interessata come rispondente all'interesse della stessa avrebbe potuto avere un'influenza sul valore delle azioni di tale società, e quindi sull'appetibilità di un investimento in siffatte azioni.

Alla luce di ciò, i giudici hanno ritenuto che la detenzione da parte dello Stato portoghese delle azioni privilegiate costituisca una restrizione della libera circolazione dei capitali ai sensi dell'art. 56, n. 1, CE.



Una constatazione simile non poteva nemmeno essere rimessa in discussione dagli argomenti addotti dalle autorità portoghesi relativi all'applicabilità al caso di specie dell'art. 295 CE nonché all'asserita logica sottesa alla sentenza *Keck e Mithouard*¹⁰⁸, richiamata nel corso del medesimo giudizio.

Per quanto concerne, in primo luogo, l'art. 295 CE (oggi trasfuso nell'art. 345 TFUE), secondo cui «il (...) trattato lascia del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri», detto articolo non deve essere inteso nel senso di sottrarre i regimi di proprietà esistenti negli Stati membri ai principi fondamentali posti dal Trattato, e, pertanto, non poteva essere invocato al fine di giustificare ostacoli alle libertà previste dal Trattato, derivanti dai privilegi che accompagnano la posizione degli Stati membri di azionisti in un'impresa privatizzata.

Riguardo, in secondo luogo, alla citata sentenza *Keck e Mithouard*, la Corte rilevare che i provvedimenti oggetto del giudizio non erano analoghi alle normative sulle modalità di vendita che detta sentenza aveva escluso dalla sfera di applicazione dell'art. 28 CE.

Infatti, secondo tale sentenza, l'applicazione a prodotti provenienti da altri Stati membri di disposizioni nazionali che limitano o vietano, sul territorio dello Stato membro d'importazione, talune modalità di vendita non era atta a ostacolare il commercio tra Stati membri, a condizione che, in primo luogo, esse si applicassero a tutti gli operatori interessati che svolgevano la loro attività sul territorio nazionale e, in secondo luogo, che colpissero allo stesso modo, sia di diritto sia di fatto, lo smercio dei prodotti nazionali e quello di prodotti provenienti da altri Stati membri. Ciò in quanto l'applicazione di tali disposizioni non era atta a impedire ai secondi l'accesso al mercato dello Stato membro d'importazione o ad ostacolarlo più di quanto non ostacolasse quello dei prodotti nazionali.

Nella vicenda in esame, invero, sebbene le restrizioni censurate erano indistintamente applicabili sia ai residenti sia ai non residenti, esse incidevano sulla situazione dell'acquirente di una quota sociale in quanto tale e dunque erano idonee a dissuadere gli investitori di altri Stati membri dall'effettuare simili investimenti e, pertanto, a condizionare l'accesso al mercato.

Precisato ciò, restava da esaminare se e a quali condizioni la restrizione controversa poteva essere ammessa sulla base delle giustificazioni fatte valere dalla Repubblica portoghese.

Secondo una giurisprudenza consolidata, provvedimenti nazionali che limitano la libera circolazione dei capitali possono essere giustificati dai motivi di cui all'art. 58 CE o da motivi imperativi di interesse generale, a condizione che essi siano idonei a garantire il conseguimento dello scopo perseguito e non vadano oltre quanto necessario per il suo raggiungimento¹⁰⁹.

Per quanto riguarda anzitutto le giustificazioni basate su motivi imperativi d'interesse generale fatte valere dalle autorità portoghesi, i giudici europei rammentano come la Corte avesse già dichiarato che l'interesse alla salvaguardia delle condizioni di concorrenza su un determinato mercato non possa costituire una valida giustificazione delle restrizioni alla libera circolazione dei capitali.

¹⁰⁸ CGUE, sentenza 24 novembre 1993, cause riunite C-267/91 e C-268/91.

¹⁰⁹ CGUE, sentenza 23 ottobre 2007, Commissione/Germania.



Un'ulteriore decisione, emessa a distanza di pochi mesi da quella appena riportata, è stata quella inflitta in materia di azioni privilegiate detenute dallo Stato portoghese nella società EDP (*Energias de Portugal*)¹¹⁰. All'interno di quest'ultima lo Stato aveva mantenuto alcuni diritti speciali, attribuiti in connessione con azioni privilegiate («golden shares») detenute nel capitale sociale della suddetta società, e relativi all'esenzione dal limite massimo di voto del 5% previsto in merito alle manifestazioni di voto da parte degli altri azionisti, al diritto di designare un amministratore della società, nel caso in cui lo Stato voti contro la proposta che ha avuto il maggior numero di voti in sede di elezione degli amministratori di detta società, e al diritto di veto rispetto a talune delibere dell'assemblea generale degli azionisti relative a: a) la modifica dello statuto, compreso l'aumento di capitale, la fusione, la scissione e lo scioglimento; b) la conclusione di patti sociali di coordinazione e subordinazione; c) la soppressione o la limitazione del diritto di sottoscrizione privilegiata degli azionisti in caso di aumento di capitale. La Corte, orbene, ritiene anche in tal caso che il Portogallo abbia violato il Trattato, impedendo la libera circolazione dei capitali.

7. Un primo dato che emerge dalle plurime pronunce della Corte di Giustizia nell'ambito dei vari regimi europei di *golden shares* è rappresentato dal fatto che essa non si sia mai pronunciata sulla legittimità dell'uso dei poteri speciali o dei regimi di autorizzazione amministrativa in quanto tali, limitandosi, al contrario, ad esaminare le singole disposizioni presenti negli ordinamenti dei vari Stati membri e a giudicarne la compatibilità con il diritto dell'Unione in base all'applicazione che concretamente esse hanno ricevuto: i giudici di Lussemburgo, difatti, non hanno mostrato un atteggiamento di ostilità verso l'adozione della *golden share* nelle privatizzazioni delle imprese operanti in settori strategici, bensì verso le modalità con le quali tale strumento è stato concretamente applicato¹¹¹.

Conseguentemente, la Corte di giustizia ha sempre mantenuto ferma l'esigenza di garantire la libera circolazione dei capitali e la libertà di stabilimento, obliterando sistematicamente le modalità di applicazione dei poteri speciali o strumenti affini adottati dagli Stati membri. Da una parte, come osservato da alcuni autori, questo atteggiamento di rigidità potrebbe essere considerato lodevole, in forza dell'inevitabile alterazione delle normali dinamiche societarie causata da tali forme di poteri speciali; dall'altra, tuttavia, ci si potrebbe domandare se, non essendo stata negata in astratto agli Stati la possibilità di utilizzare poteri speciali, un sano realismo non imponesse alle istituzioni comunitarie medesime di valutare con maggiore flessibilità l'esigenza concreta di difesa da parte degli Stati delle proprie società operanti in settori strategici nei confronti di scalate potenzialmente ostili e pericolose per la sicurezza nazionale provenienti da paesi esterni all'Unione, peraltro rese più facili a causa della perdurante difficoltà economica in cui versano ancora molti paesi dell'area in questione¹¹².

¹¹⁰ CGUE, Causa C-543/08, sentenza 11 novembre 2010, *Commissione europea contro Repubblica portoghese*.

¹¹¹ V. Freni E., *L'incompatibilità con le norme comunitarie della disciplina sulla golden share*, in n *Giornale di diritto amministrativo*, 2001, p. 1147.

¹¹² Fenucci T., *op. cit.*, p. 46



IL “SOGGETTO DONNA” NEL DIRITTO*

FEDERICA TESCIONE

SOMMARIO: 1. Il passato della donna soggetta al diritto - 2. Il presente della donna Soggetto nel diritto - 3. Il futuro della donna: Persona (anche) nel diritto.

1. Il titolo di queste riflessioni è “La donna soggetto nel diritto”. Il tema evoca da subito nella mente dei non più giovanissimi la parabola ascendente che ha visto la donna divenire gradualmente centro di imputazione di effetti giuridici diversificati tali da renderla protagonista di un importante numero di fatti della vita che la interessano¹. Mi riferisco all’ideale cammino della donna da soggetta al diritto a Soggetto del diritto. Si tratta, com’è fin troppo noto, di un cammino dalle numerose tappe e forse dal traguardo non ancora completamente raggiunto.

Queste brevi riflessioni traggono spunto da una semplicissima domanda: la donna può dirsi oggi davvero Soggetto del diritto² nel modo più maschile del termine?

Per una risposta plausibile mi pare doversi preliminarmente guardare al passato senza il quale è spesso difficile comprendere il presente nella sua moderna complessità.

I diritti delle donne, nei vari ambiti del nostro mondo giuridico, appaiono oggi naturale patrimonio culturale ma le nuove generazioni sono ignare, se non per sentito dire, del travaglio che ha accompagnato questo percorso.

La condizione giuridica delle donne è argomento antico ma dal fascino immutato per come si appalesa sin dalle prime pagine di uno studio condotto dal Gabba, giurista di altri tempi, sulla “condizione giuridica delle donne”³. Era il 1880 e il codice del 1865 aveva da poco attribuito alle donne diritti rivoluzionari per quei tempi⁴: il diritto di successione intestata a pari condizione con i fratelli o la patria potestà sui figli in caso di vedovanza.

Nonostante queste conquiste la donna appariva **soggetta** e sottoposta al diritto e alle sue regole, al marito e alla famiglia d’origine, se non anche allo Stato nella convinzione di una limitata capacità di gestirsi e di gestire la propria vita salvo l’incontestato ruolo di custode del focolare domestico.

Si discuteva e si dubitava finanche della sua moralità. Gabba diceva: “Due appunti si fanno oggidì alla moralità delle donne: si dice che esse troppo sacrificano al lusso e alla moda, e che vanno perdendo l’amore alla casa e lo zelo per le faccende domestiche. Ambedue le accuse sono verissime”⁵. Sic!

*Queste pagine rielaborano la relazione tenuta al convegno di comparazione italo-spagnola su "Dinamiche familiari, tutela di genere e salvaguardia del familiare debole", svoltosi nei giorni 16 e 17 marzo 2016 presso il DiGiEc dell’Università Mediterranea di Reggio Calabria, i cui atti sono in corso di pubblicazione.

¹ Per interessanti approfondimenti si veda DUBY, PERROT, Storia delle donne in Occidente, Vol. IV, L’ottocento, Roma-Bari, Laterza, 1993; ID., Storia delle donne in Occidente, Il Novecento, Roma-Bari, Laterza, 1992.

² Sul soggetto del diritto, tra i tanti studi, continua ad ergersi quello del Maestro, Prof. ANGELO FALZEA, Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici, Milano, 1939.

³ GABBA, Della condizione giuridica delle donne - Studio storico, Unione tipografico editrice, Torino, 1880.

⁴ Per una lettura molto critica si veda però MOZZONI, Delle condizioni civili e politiche delle italiane, Bergamo, 1878.

⁵ GABBA, op. cit., p. 24.



Ma v'è di più poiché “Nulla di più frequente del sentire dire in oggi che la moglie d'un merciaio cambia più abiti in un mese di quello che una volta ne mutassero in un anno le più ricche dame della nobiltà, e che l'enorme spesa della toeletta femminile condanna al celibato un grandissimo numero di giovani onesti e di fanciulle di poca dote”⁶.

In un clima così descritto si avvertiva però la “vera importanza della quistione”⁷ essendo chiaro all'Autore di quel tempo che “Ogni grave imperfezione nella condizione sociale delle donne è sintomo e causa di minor moralità e di meno progredita civiltà”, senza poi dire che “lo zelo che un popolo mette nel migliorare la condizione delle donne e nell'allargare i diritti, è fra i più efficaci fattori del suo progresso, perché tali miglioramenti risolvonsi in ultima analisi nel rialzare il livello della moralità generale, tanto nell'ordine delle idee, quanto in quello dei fatti”⁸.

2. Nella storia delle donne molte pagine sono state scritte e molte ancora lo saranno senza per questo potersi dire sopita ogni questione che riguardi il loro status non solo giuridico.

Esse sono ad oggi destinatarie di molti effetti giuridici orientati ora nella direzione assiologica del potere ora in quella -cui forse sono per natura più inclini- del dovere.

In questa logica lungo potrebbe essere l'elenco degli interventi -non solo- normativi in cui è consacrata la metamorfosi della donna da **soggetto sottoposto** al diritto in **soggetto protagonista** del diritto.

Finanche banale il richiamo alla riforma del diritto di famiglia del 1975⁹ che ha impresso un nuovo volto a quella parte del diritto che più di ogni altra è sensibile ai valori e agli interessi delle persone coinvolte, donne o uomini che siano¹⁰.

Si pensi a solo titolo esemplificativo che per il vecchio art. 144 c.c. “Il marito è il capo della famiglia, la moglie segue la condizione giuridica di lui, ne assume il cognome ed è obbligata ad accompagnarlo dovunque egli crede opportuno di fissare la sua residenza”. Si consideri che ex art. 145 c.c. il marito aveva “il dovere di proteggere la moglie, di tenerla presso di sé e di somministrarle tutto ciò che è necessario ai bisogni della vita in proporzione alle sue sostanze”. Il codice del 1942, pur ammettendo la separazione per causa di adulterio, di volontario abbandono, eccessi, sevizie, minacce o ingiurie gravi, prevedeva che “Non è ammessa l'azione di separazione per adulterio del marito se non quando concorrono gravi circostanze tali che il fatto costituisca un'ingiuria grave alla moglie”¹¹. Senza poi dire che prima della riforma la moglie sostituiva il proprio cognome a quello del marito¹².

⁶ GABBA, op. cit., pp. 24-25, per il quale “è anche verissimo che la smania del grandeggiare ha ingenerato in molte donne delle classi minori, non la passione del lusso, ma anche una certa irrequietudine e intolleranza del vivere modesto, delle noie e delle abnegazioni domestiche, di guisa che esse se ne stanno in casa quasi come ospiti di passaggio, e vi regnano a guisa di sovrani costituzionali, lasciando i figli senza guida e senza impero, e l'azienda domestica senza una forte e seria direzione. Del qual sistema, se pur merita questo nome, le conseguenze sono assai più pregiudizievole alle famiglie mezzane che alle grandi, perché in queste l'azione dei genitori, e della madre specialmente, può essere supplita fino ad un certo punto da quella dell'ajo e delle governanti; in quelle invece, ove appena si rallenti l'azione dei genitori, tutto si confonde e rovina”.

⁷ Per come emerge da GABBA, op. cit., p. 29.

⁸ GABBA, op. cit., pp. 32-33.

⁹ Legge 19 maggio 1975, n. 151, “Riforma del diritto di famiglia”.

¹⁰ A ragione si è detto che “Il diritto di famiglia si modifica, di generazione in generazione (1942, 1975, 2012)”: CARBONE, La diversa evoluzione della responsabilità genitoriale paterna e di quella materna, in *Fam. dir.*, 2, 2016, p. 209.

¹¹ Art. 151 c.c. nella formulazione anteriore alla riforma del 1975.

¹² Tutelando l'individualità della donna l'art. 143 bis c.c. prevede invece che la moglie aggiunga al proprio cognome quello del marito, conservandolo durante lo stato vedovile finché non passi a nuove nozze in ossequio al principio di unità della famiglia.



In questo modello di vita familiare, disegnato da norme superate nei fatti dai nuovi costumi invalsi, si inserì il (ormai non più tanto) nuovo art. 143, 1° co., c.c. realizzando una prorompente rottura con il passato per quel “Con il matrimonio il marito e la moglie acquistano gli stessi diritti e assumono i medesimi doveri” in conformità a quanto già enunciato dall’art. 29 della Costituzione.

La donna e l’uomo, *rectius* i coniugi, con le proprie uniche individualità, sono così pian piano divenuti un “noi” riconosciuto anche dal diritto e posto al governo della famiglia, senza distinzione di poteri e di ruoli (almeno nelle aspettative dichiarate).

Di tanto v’è pure traccia nelle novità in tema di regime patrimoniale ove la scelta ordinamentale per il principio della contribuzione paritaria al soddisfacimento dei bisogni della famiglia¹³ ha svelato l’abbandono, non solo ideologico, dell’inferiorità della moglie rispetto al marito, facendo in pari tempo trasparire il bisogno di un adeguamento dei rapporti patrimoniali tra i coniugi alla nuova aspirazione di una completa comunione di vita tra gli stessi¹⁴.

L’attività casalinga fu valorizzata¹⁵ anche per il tramite dell’opzione normativa privilegiata della comunione legale di talché il coniuge che non presti attività lavorativa fuori casa ha diritto ad una quota della proprietà dei beni acquistati in costanza di matrimonio. Del resto quante e quali rinunce, non solo nel campo professionale, si celano dietro una simile scelta con la quale comunque (soprattutto) la donna contribuisce indirettamente all’incremento del patrimonio familiare¹⁶.

Un ulteriore significativo passo in avanti sulla strada dell’evoluzione della posizione della donna nel diritto si è compiuto con l’affermazione del divieto di costituzione di dote di cui all’art. 166 bis¹⁷ ossia di quei beni che la moglie o altri in sua vece apportavano al marito per contribuire a sostenere i pesi del matrimonio.

Lungo questo ideale cammino come non pensare agli interventi carichi di innovazione attenti al ruolo della donna nella filiazione anche oltre la riforma del 1975.

¹³ In questa direzione va l’art. 143, 3° co., c.c. per il quale “Entrambi i coniugi sono tenuti, ciascuno in relazione alle proprie sostanze e alla propria capacità di lavoro professionale o casalingo, a contribuire ai bisogni della famiglia”.

¹⁴ Si vede nitidamente sullo sfondo di questi cambiamenti la tutela della posizione del coniuge economicamente più debole, che in quei tempi - e molto spesso ancora oggi - era sicuramente la moglie.

¹⁵ Si pensi nuovamente all’ultimo comma dell’art. 143 c.c. o all’art. 230 bis, 2° co., c.c. in tema di impresa familiare ove “Il lavoro della donna è considerato equivalente a quello dell’uomo”.

¹⁶ Già la relazione della Commissione reale al progetto del libro I del c.c. aveva ben evidenziato che “col matrimonio si verifica una unione personale cui deve corrispondere una unione patrimoniale. E’ assurdo considerare i coniugi come due estranei uno all’altro mentre sono indissolubilmente legati nella vita di famiglia. Se il marito, durante la vita, con la sua attività fa degli acquisti, anche la moglie coopera con la buona economia e col risparmio e non è giusto che gli acquisti restino di proprietà esclusiva del marito, mentre la moglie ne sia totalmente esclusa”. Verso una pericolosa esasperazione del principio di uguaglianza tra i coniugi anche oltre il matrimonio (nella fase patologica del divorzio) sembra oggi condurre Cass. civ. Sez. I, 10 maggio 2017, n. 11504, in *Giustizia Civile Massimario 2017*, ove ridimensionando la solidarietà post-matrimoniale si prevede che: “Il parametro del “tenore di vita” - se applicato anche nella fase dell’an *debeatur* - collide radicalmente con la natura stessa dell’istituto del divorzio e con i suoi effetti giuridici: infatti, con la sentenza di divorzio il rapporto matrimoniale si estingue sul piano non solo personale ma anche economico-patrimoniale - a differenza di quanto accade con la separazione personale, che lascia in vigore, seppure in forma attenuata, gli obblighi coniugali di cui all’art. 143 cod. civ. -, sicché ogni riferimento a tale rapporto finisce illegittimamente con il ripristinarlo sia pure limitatamente alla dimensione economica del “tenore di vita matrimoniale” ivi condotto - in una indebita prospettiva di “ultrattività” del vincolo matrimoniale”.

¹⁷ L’articolo è stato inserito dall’art. 47 della legge 19 maggio 1975, n. 151, cit.



Finanche superfluo il richiamo alla potestà, da molto tempo non più patria, che si è oggi trasformata, per effetto della riforma sulla filiazione¹⁸, in responsabilità genitoriale¹⁹.

La donna conserva il diritto all'anonimato potendo scegliere di non essere menzionata nell'atto di nascita²⁰. Di contro non è possibile richiedere l'anonimato paterno ed anzi il rifiuto ingiustificato da parte del padre di sottoporsi agli esami ematologici può essere liberamente valutato dal giudice²¹.

Come non menzionare il diritto all'aborto che la legge attribuisce esclusivamente alla donna²² relegando il padre del concepito ad un ruolo marginale e solo eventuale²³.

Le risposte del legislatore alle nuove fattispecie della fenomenologia femminile²⁴ si sono nel tempo moltiplicate dando vita ad un sistema di norme collocate in diversi ambiti che concorrono

¹⁸ Legge 10 dicembre 2012, n. 219, "Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali".

¹⁹ Si veda al riguardo l'art. 316 c.c. per come sostituito dall'art. 39 del Decreto legislativo 28 dicembre 2013, n. 154, "Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, a norma dell'articolo 2 della legge 10 dicembre 2012, n. 219".

²⁰ Per come riconosciuto dall'art. 30, 1° co., ord. St. civ. ai sensi del quale "La dichiarazione di nascita è resa da uno dei genitori, da un procuratore speciale, ovvero dal medico o dalla ostetrica o da altra persona che ha assistito al parto, rispettando l'eventuale volontà della madre di non essere nominata". Alla luce dei più recenti orientamenti giurisprudenziali, per qualche riflessione sull'anonimato materno e sul diritto a conoscere le proprie origini da parte dell'adottato in caso di morte della madre rimasta anonima sia consentito rinviare a TESCIONE, L'anonimato materno: un diritto al banco di prova, in *Rassegna di diritto civile*, in stampa.

²¹ In tal senso, ex pluribus, Cass., sez. I, 23 febbraio 2016, n. 3479, in *Guida al diritto*, 2016, 16, 86, secondo cui "Nel giudizio promosso per la dichiarazione giudiziale di paternità naturale, il rifiuto ingiustificato del padre di sottoporsi agli esami ematologici può essere liberamente valutato dal giudice, ai sensi dell'art. 116, comma 2, c.p.c., anche in assenza di prova dei rapporti sessuali tra le parti, non derivando da ciò né una restrizione della libertà personale del preteso padre, che conserva piena facoltà di determinazione in merito all'assoggettamento o meno ai prelievi, né una violazione del diritto alla riservatezza, essendo rivolto l'uso dei dati nell'ambito del giudizio solo a fini di giustizia, mentre il sanitario, chiamato a compiere l'accertamento, è tenuto al segreto professionale e al rispetto dalla disciplina in materia di protezione dei dati personali".

²² V. art. 12, legge 22 maggio 1978, n. 194, "Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza", per il quale "La richiesta di interruzione della gravidanza secondo le procedure della presente legge è fatta personalmente dalla donna".

²³ Per effetto dell'art. 5, legge 22 maggio 1978, n. 194, cit., "Il consultorio e la struttura socio-sanitaria, oltre a dover garantire i necessari accertamenti medici, hanno il compito in ogni caso, e specialmente quando la richiesta di interruzione della gravidanza sia motivata dall'incidenza delle condizioni economiche, o sociali, o familiari sulla salute della gestante, di esaminare con la donna e con il padre del concepito, ove la donna lo consenta, nel rispetto della dignità e della riservatezza della donna e della persona indicata come padre del concepito, le possibili soluzioni dei problemi proposti, di aiutarla a rimuovere le cause che la porterebbero alla interruzione della gravidanza, di metterla in grado di far valere i suoi diritti di lavoratrice e di madre, di promuovere ogni opportuno intervento atto a sostenere la donna, offrendole tutti gli aiuti necessari sia durante la gravidanza sia dopo il parto. Quando la donna si rivolge al medico di sua fiducia questi compie gli accertamenti sanitari necessari, nel rispetto della dignità e della libertà della donna; valuta con la donna stessa e con il padre del concepito, ove la donna lo consenta, nel rispetto della dignità e della riservatezza della donna e della persona indicata come padre del concepito, anche sulla base dell'esito degli accertamenti di cui sopra, le circostanze che la determinano a chiedere l'interruzione della gravidanza; la informa sui diritti a lei spettanti e sugli interventi di carattere sociale cui può fare ricorso, nonché sui consultori e le strutture socio-sanitarie".

²⁴ La fenomenologia familiare di qualsiasi donna, nell'arco di un'intera vita, è molto articolata, per usare solo un eufemismo. E' sempre figlia. Può esser moglie o eventualmente compagna di un uomo o di un'altra donna. Può esser madre: madre di uno o più figli, madre di figli sani o nella più difficile e dolorosa delle ipotesi di figli non sani con l'ulteriore, evidente aggravamento del proprio ruolo nella famiglia e nella società. Può esser, a volte solo in ultimo, lavoratrice, con un bagaglio di difficoltà forse non pareggiabili con quelle incontrate, a parità di condizioni, dai colleghi del sesso c.d. "forte". Quale che sia la personale individualità della donna, uguali sono comunque le sue biodiversità da preservare, tutelare, coltivare, insomma non obliterare. Da questo angolo prospettico una parità con gli uomini non è mai stata raggiunta e forse non sarà mai raggiunta. Forse ciò non è neanche un grave male se non per la



ad un rafforzamento della posizione della donna e della sua tutela percepita come valore da preservare e realizzare in un diritto che voglia dirsi davvero moderno.

Si pensi, a solo titolo esemplificativo, alle varie disposizioni inserite nel codice civile e di procedura civile, nel codice penale e di procedura penale, ispirate tutte dall'esigenza di tutelare il convivente debole (anche ove non sposato) da ogni forma di violenza all'interno del nucleo familiare²⁵.

Taccio del divorzio, del diritto di elettorato, dei diritti connessi alla maternità anche sul posto di lavoro, del diritto al lavoro stesso e di tutte le azioni positive, ultima la legge contro il c.d. femminicidio²⁶, volte a realizzare nella realtà vissuta ogni giorno dalle donne il principio di parità ormai dappertutto proclamato che, per come da tempo chiarito dalla Corte Cost.²⁷, non deve essere inteso necessariamente come trattamento indifferenziato, potendo valutarsi come ragionevoli alcune differenziazioni nei rapporti e nelle situazioni confrontate²⁸.

Mi pare comunque significativo che la maggior parte delle leggi sulle donne provengano dall'attività parlamentare di donne impegnate nel superamento di retaggi di disuguaglianza che secoli di storia hanno sedimentato nella società, nelle coscienze e nel diritto per come ben raccontato in un'opera del 2013 sulle leggi delle donne che hanno cambiato l'Italia²⁹ a cura della fondazione Nilde Iotti, prima donna a ricoprire la carica di Presidente della [Camera dei deputati](#).

3. Questo è lo stato dell'arte. Quali sono invece le prospettive orientando la freccia del tempo verso il futuro?

La donna è ormai consapevole della centralità del suo ruolo dentro e fuori la famiglia.

E' titolare di molti diritti, ma di non meno significativi doveri a non dire d'altro verso i figli e verso i propri compagni di vita.

In altri termini, in termini giuridici, è soggetto del diritto.

Ma, riprendendo il quesito che ha originato queste brevi riflessioni, v'è da chiedersi se la donna sia oggi soggetto del diritto al pari dell'uomo o ancora portatrice di una soggettività³⁰ "debole" soprattutto all'interno del rapporto affettivo, quale che ne sia la fonte.

La risposta, sol apparentemente scontata, merita di esser considerata e forse riverificata agli albori del nuovo millennio, in una stagione in cui tutto sembra esser cambiato anche oltre il diritto.

donna almeno per la famiglia di cui la donna è, sempre e da sempre, anima insostituibile nonostante le varianti della vita. Ma questo non è il tema di queste brevi riflessioni.

²⁵ Valga al riguardo il richiamo agli ordini di protezione contro gli abusi familiari di cui alla legge 4 aprile 2001, n. 154, "Misure contro la violenza nelle relazioni familiari", con la quale sono stati inseriti nel codice civile gli artt. 342 bis e ter e nel codice di procedura civile l'art. 736 bis.

²⁶ Legge 15 ottobre 2013, n. 119, "Conversione in legge, con modificazioni, del decreto legge 14 agosto 2013, n. 93, recante disposizioni urgenti in materia di sicurezza e per il contrasto della violenza di genere, nonché in tema di protezione civile e di commissariamento delle province".

²⁷ Si veda Corte cost., 11 luglio 1969, n. 123, con nota di GRASSI, Collocamento a riposo e art. 37 Cost.: un problema ancora aperto, in *Giur. cost.*, 1969, p. 1700.

²⁸ Anche se poi di fatto alcune buone occasioni per realizzarlo sono state già perse. Penso ad esempio alle riforme pensionistiche che, negli ultimi anni, hanno condotto verso una graduale riduzione del divario di genere circa l'età pensionabile e ciò nonostante finanche il giudice delle leggi, in tempi a noi lontani, avesse affermato la ragionevolezza di una diversa età pensionabile per le donne al fine di salvaguardare "l'essenzialità della funzione familiare della donna". In tal senso Corte cost., 11 luglio 1969, n. 123, cit.

²⁹ Le leggi delle donne che hanno cambiato l'Italia, a cura della fondazione Nilde Iotti, Ediesse editore, 2013.

³⁰ Per una moderna riflessione sulla soggettività si veda BUSNELLI, Ai confini della soggettività, in *Persona e soggetto - Il soggetto come fattispecie della persona - S. Trada di Reggio Calabria - 7/8 ottobre 2008*, a cura di Federica Tescione, Napoli, 2010, p. 35 ss.



Pur essendovi molto da fare soprattutto nel campo dei diritti sociali, ma tenendo nel dovuto conto i limiti di qualunque generalizzazione sembra che lo stereotipo del passato sia superato per come par emergere da più d'un dato.

A titolo esemplificativo, si pensi soltanto che la giurisprudenza di legittimità ha affermato la risarcibilità in capo al marito del danno da perdita della capacità di lavoro domestico (in precedenza negato) sul presupposto che “non rientra nell'ordine naturale delle cose che il lavoro domestico venga svolto da un uomo”³¹.

Come non pensare oggi alle parole del Gabba per il quale poco consolante era lo spettacolo del “vedere in molte famiglie del mezzo ceto invertite le parti per modo che al povero marito e padre, affaticato da mattina a sera per procacciare il sostentamento della moglie e dei figli, tocca poi rientrando in casa, passare in rivista i figliuoli, fare i conti ai domestici, e dar occhio magari anche al guardaroba e alla cucina. Pochi sono gli uomini virtuosi capaci di tanto, e più pochi ancora sono quelli a cui il matrimonio non faccia paura, anche solo per virtù di simile prospettiva”³².

Anche in dottrina sembra avvertirsi una nuova percezione della condizione maschile tanto da parlare di diversa evoluzione della responsabilità genitoriale paterna e di quella materna³³. In questa prospettiva si osserva come le scoperte scientifiche, specie quella del DNA, ed i mutati costumi stiano sviluppando diversamente la “responsabilità genitoriale” sì da aprire, nell'interesse del minore, ampi spazi alla responsabilità paterna³⁴.

Non si può nascondere una certa incredulità, almeno da parte di una donna, nel leggere che “La donna rispetto all'uomo, anche dopo la scoperta della verità biologica, gode di una situazione di privilegio non sempre coerente con l'interesse del figlio generato”³⁵.

Sembra quasi che l'uomo come soggetto voglia sempre più appropriarsi di prerogative proprie della donna della quale forse avverte e teme la positiva diversità che si appalesa evidente soprattutto nel rapporto genitoriale ove la capacità di procreare e di portare in grembo il proprio figlio è tratto distintivo della sola donna come Persona prima di tutto.

Si assiste al paradosso per cui la donna ha sempre aspirato ad esser **Soggetto** al pari dell'uomo che par oggi aspirare a diventare **Persona** al pari della donna, recuperando ambiti della vita familiare da sempre propri del mondo femminile.

Il tutto in un gioco di parti in cui i ruoli cambiano e si confondono alla ricerca di una relazionalità spontanea cui forse solo le donne sono per natura veramente capaci.

³¹ Cass., Sez. III, 18 novembre 2014, n. 24471, in *Fam. Dir.*, 2015, 8-9, p. 753, secondo la quale “Per il risarcimento del danno patrimoniale consistito nella perdita o diminuzione del lavoro domestico non rileva che tale lesione sia patita dal marito o dalla moglie, ponendosi una diversa soluzione in contrasto con il principio di parità e pari contribuzione dei coniugi ai bisogni della famiglia, nel cui ambito la scelta del riparto delle faccende domestiche risponde a criteri soggettivi e a costumi sociali, nonché con l'id quod plerumque accidit, attesa la necessità per ogni persona di occuparsi, se non altro per le proprie personali esigenze, di una porzione di lavoro domestico”.

³² GABBA, op. cit., p. 25.

³³ CARBONE, op. cit., p. 209 ss.

³⁴ CARBONE, op. cit., p. 209, che evidenzia come “mentre la paternità dell'uomo, anche se avvenuta a sua insaputa, può essere dimostrata con ogni mezzo nell'interesse del nato che ha diritto ad essere mantenuto, educato, istruito ed assistito moralmente dai genitori in funzione della loro responsabilità genitoriale (art. 30 Cost. e art. 315 bis c.c.), la mamma può ancora abbandonare il figlio, dopo la nascita, con la garanzia giuridica dell'anonimato materno”: CARBONE, op. cit., p. 215. L'Autore sottolinea come ulteriore elemento di possibile disuguaglianza tra la posizione dell'uomo e quella della donna, “l'impossibilità per il padre biologico di riconoscere il figlio concepito con una donna sposata, potendo attualmente il padre biologico riconoscere solo il figlio concepito con una donna nubile” posto che ex art. 231 “Il marito è padre del figlio concepito o nato durante il matrimonio”: CARBONE, op. cit., p. 211.

³⁵ CARBONE, op. cit., p. 215.



Se questa può essere la nuova percezione della condizione dell'uomo e della donna - a prescindere dal matrimonio - non dovrebbe destare alcuna sorpresa il titolo di una recentissima pubblicazione "La tutela del marito nella crisi della famiglia"³⁶ che fino a qualche tempo fa avrebbe avuto per lo più solo il gusto di un'intrigante provocazione.

A ben pensare sino a quel momento, il momento della crisi, sino a quando i rapporti si snodano nella idilliaca, banale normalità i coniugi sono persone prima e più ancora che soggetti³⁷ e già per questo in grado, con le proprie diversità, di completarsi ed arricchirsi reciprocamente. Come sempre capita nei momenti di difficoltà tutto si complica ed anche le dinamiche relazionali coniugali si spostano di piano: dal piano delle Persone, rispetto alle quali poco o niente può e deve il diritto, al piano dei Soggetti che al diritto invece si rimettono in cerca di aiuto e in attesa di risposte.

In questo contesto si colloca, oggi, tra mille contraddizioni vere o solo percepite, la condizione giuridica delle donne da sempre soggetti nel diritto, da non troppo tempo soggetti del diritto, per sempre persone con le proprie infinite potenze.

Non so rispondere con certezza alla domanda che ha originato queste riflessioni. Non so dire a che punto sia arrivato il cammino verso l'uguaglianza dei soggetti, uomo o donna che siano, per la quale tanto si sono battute le generazioni che hanno preceduto la mia. Spero però che la diversità delle persone³⁸, e delle donne in particolare, sia sempre protetta rifuggendo da ogni tentazione di omologazione anche rispetto agli uomini³⁹. Del resto la diversità è ricchezza quando non diventa oggetto di discriminazione.

³⁶ CASSANO, GRIMALDI, *La tutela del marito nella crisi della famiglia*, Maggioli editore, 2016.

³⁷ Sulla possibile distinzione tra persona e soggetto del diritto si veda GORASSINI, *Il soggetto come logos del diritto*, in *Panorami*, 1995. Sull'argomento anche gli atti del convegno *Persona e soggetto – Il soggetto come fattispecie della persona*, cit.

³⁸ Sulla centralità della persona nella scala valoriale dell'ordinamento si veda PERLINGIERI, *La persona e i suoi diritti*, *Problemi del diritto civile*, Napoli, 2005, ma ancor prima: ID., *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972.

³⁹ Sarà sicuramente un caso, ma la persona, e non già il soggetto, è sostantivo singolare femminile in quasi tutte le lingue del mondo!



ALIMENTI, TECNOLOGIE E OBBLIGHI DI ETICHETTATURA. RIFLESSIONI COMPARATISTICHE SULLA CONVERGENZA LEGISLATIVA TRA EUROPA E U.S.A.

GIORGIA GUERRA

SOMMARIO : 1. Introduzione. – 2. Prodotto alimentare “non tradizionale” vs. prodotto "naturale": tra diritto e cultura. – 3. La regolamentazione delle biotecnologie in Europa ed in America: due policies a confronto. – 4. L’etichettatura degli ogm in Europa. – 5. Regolare ed etichettare le new breeding techniques: l’Europa nel limbo. – 6. L’etichettatura degli alimenti negli USA - 7. La legge federale americana del 7 luglio 2016 S. 764 – 8. Note conclusive.

1. Nell’attesa di conoscere gli orientamenti della Corte di Giustizia europea sull’inquadramento giuridico delle new breeding techniques (Nbt) , già (impropriamente) note alle cronache come ogm di seconda generazione, le pagine che seguono ripercorrono i principi cardine delle policies europea ed americana dedicate alle biotecnologie, focalizzandosi in particolare sugli obblighi di etichettatura per componenti alimentari ottenute con tecniche di ingegneria genetica.

L’etichetta alimentare ha assunto un ruolo centrale per il consumatore, anche in ragione dell’aumentata presenza nel mercato di cibi "hi-tech": la necessità di distinguere i rischi da ignoto tecnologico , dai dubbi generati dalle diffidenze sociali verso il nuovo aumenta il bisogno del consumatore di informazioni autentiche, chiare e precise. L’etichetta è, tecnicamente, lo strumento legale che veicola le informazioni sul mercato, accompagnando il prodotto dal momento della sua produzione fino all’atto del consumo. Essa concretizza, e a sua volta rinforza, la funzione preventiva della disciplina generale della sicurezza dei prodotti attuata con i regolamenti europei, quale apparato di regole complementare e coordinato alle regole di responsabilità civile .

In via generale, il diritto all’informazione nelle sue forme più varie, tra le quali certamente si include l’etichetta, è riconosciuto dal nostro ordinamento e garantito dalla normativa europea quale strumento funzionale a raggiungere un elevato livello di protezione dei consumatori sancito dalla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea ed affermato nell’art. 169 TFUE. L’informazione è funzionale a realizzare la massima trasparenza circa la composizione, la qualità e l’origine di ciò che si immette sul mercato.

L’etichetta è anche il principale strumento che permette al consumatore di compiere scelte di acquisto informate e consapevoli. Alle indicazioni in essa contenute, parte della dottrina ha attribuito la natura di clausole contrattuali che, come tali, identificherebbero l’oggetto del contratto e le caratteristiche della proposta dell’offerente , da cui dipendono l’accettazione della proposta da parte del consumatore ed il perfezionamento del contratto.

In ogni caso, i nuovi elementi di complessità di origine tecnoscientifica che caratterizzano il contesto produttivo agroalimentare, almeno tanto quanto altri ambiti delle politiche europee , fanno riflettere sull’evoluzione della funzione dello strumento in esame.



Quando, infatti, il giurista allarga il compasso dell'indagine per comprendere la reale pericolosità per la salute, dovuta all'ingestione di alimenti "non tradizionali", deve considerare quale incidenza ha la percezione sociale del rischio, rispetto agli studi scientifici ed epidemiologici, sulla scelta del legislatore di introdurre l'obbligatorietà di un determinato contenuto informativo in etichetta.

Lo scritto si propone di individuare la funzione preminente assoluta dall'etichetta nel caso di alimenti hi-tech, attraverso l'analisi di due modelli regolatori, quello europeo e quello americano, i quali sembrano avvicinare le proprie soluzioni operative, a seguito della recente legge federale S 764 del 7 luglio 2016. L'obiettivo esorta a guardare oltre il dato legislativo, attraverso la lente della legal culture: indispensabile prospettiva in un contesto, quale quello alimentare, dove le preferenze del consumatore sono al crocevia delle mode, dei modelli culturali, delle tradizioni e dei cambiamenti personali. La stessa prospettiva fornirà elementi utili a chiedersi se il diritto del consumatore, di conoscere gli ingredienti al solo fine di compiere scelte alimentari volte a realizzare la propria personalità (beneficio), sia sufficiente a giustificare le misure precauzionali aggiuntive, e cioè i labels ad hoc (costo), pur in assenza di evidenze scientifiche circa il rischio di danno per la salute.

2. Occorre, innanzitutto, chiarire l'oggetto di studio. L'analisi si concentra, infatti, sui contenuti informativi dell'etichetta apposta ai cibi che possono, con una definizione non tecnica, essere definiti cibi derivanti da tecnologie non tradizionali.

Si tratta di una vasta classe di alimenti ed è importante saper riconoscerli e distinguerli, poiché «una mancata distinzione tra biotecnologia e biotecnologia ha troppo spesso portato all'impoverimento del dibattito».

Data la varietà delle modificazioni genetiche, è opportuno, dunque, offrire un primo, sintetico, chiarimento terminologico circa le tipologie di mutazioni oggetto dei dibattiti.

Sebbene non si tratti di prodotti ottenuti con le biotecnologie, conviene, però, descrivere, in breve anche i novel foods. E' un'espressione riferita a qualsiasi alimento o ingrediente che fino al 15 maggio 1997 non veniva consumato in misura significativa all'interno dell'Unione europea. Nell'elenco dei Novel food ritroviamo tutti quei prodotti o ingredienti costituiti a partire da microrganismi, funghi e alghe, piante, animali o parti dei medesimi (anche insetti), alimenti con struttura molecolare nuova o modificata o risultanti da un nuovo processo di produzione o costituiti da nanomateriali ingegnerizzati, e infine vitamine, minerali ed altre sostanze non utilizzate prima dell'entrata in vigore del nuovo Regolamento (sono esclusi gli alimenti Ogm e gli alimenti quando e nella misura in cui sono usati come enzimi alimentari, gli additivi e gli aromi alimentari e i solventi da estrazione). Con l'entrata in vigore del nuovo Regolamento UE 2015/2283, che dallo scorso 1° gennaio 2018 abroga integralmente il vecchio regolamento, è stato istituito un apposito Elenco dell'Unione dei nuovi alimenti autorizzati; sono stati approvati 90 nuovi alimenti all'interno del nostro mercato; ed un iter di approvazione più snello e veloce, riducendo i tempi di attesa da quando si invia la richiesta a quando si ottiene una risposta di approvazione.

Ed ora gli alimenti derivanti da tecniche di ingegneria genetica.

Per la normativa europea si definisce organismo geneticamente modificato (d'ora in poi: ogm) «un organismo, diverso da un essere umano, il cui materiale genetico è stato modificato in modo diverso da quanto avviene in natura con l'accoppiamento e/o la ricombinazione genetica naturale». In pratica, si tratta di organismi viventi, animali o vegetali, il cui materiale genetico è stato modificato artificialmente, al fine di aumentare la resistenza ad



una malattia, un insetto o alla siccità, o ancora per aumentare la produttività. Il dibattito pubblico che ha caratterizzato il contesto europeo lo rendono il tema più controverso per eccellenza. Molti casi di ogm sono stati oggetto delle pronunce della Corte di Giustizia europea, la quale ha espresso un orientamento, in seguito recepito a livello legislativo, in base al quale si afferma l'irragionevolezza di un divieto a priori degli ogm, non essendo disponibili informazioni scientifiche che lo legittimerebbero. Recentemente il Comitato nazionale per la Biosicurezza, Biotecnologie e Scienze della Vita, ha osservato che la «Direttiva 2001/18/EC si basa su una definizione di OGM ormai superata sia dalle conoscenze scientifiche sul trasferimento naturale di geni e sia dallo sviluppo di nuove tecniche. È auspicabile una modifica della normativa che semplifichi la regolamentazione delle piante transgeniche, modulandola in proporzione ai caratteri trasferiti e alla loro funzionalità e origine, con lo scopo di accomunare, dal punto di vista normativo, le piante ottenute mediante incroci tradizionali a quelle prodotte mediante genome editing, ove quest'ultime non presentino combinazioni di geni diverse da quelle potenzialmente ottenibili mediante mutagenesi o incrocio».

Questa constatazione introduce una questione molto attuale: dagli ogm, si sono distinte le c.d. *new breeding techniques*, ovvero le nuove tecnologie di creazione varietale, che comprendono un'ampia varietà di approcci e permettono la correzione o revisione del genoma (*genome editing*) per l'ottenimento di precise modificazioni della sequenza di DNA di piante ed animali.

Nell'aprile 2017, la Commissione europea ha pubblicato una nota esplicativa sulla natura e le caratteristiche delle nuove tecniche di miglioramento genetico, in merito alla quale il Ministero dell'Ambiente, della Tutela del Territorio e del Mare ha richiesto un parere al Comitato Nazionale per la Biosicurezza, le Biotecnologie e le Scienze della Vita, espresso nel documento del 17 luglio 2017, «Le *new breeding techniques* (NBT): 1. La posizione dei principali portatori di interessi italiani». A livello definitorio, il documento da atto di adottare la classificazione dell'*High Level Group of Scientific Advisors* del *Scientific Advice Mechanism* (SAM), in base alla quale si distinguono tecniche convenzionali di miglioramento genetico (*Conventional Breeding Techniques - CBT*); tecniche consolidate di modificazione genetica (*Established Techniques of Genetic Modification - ETGM*) e tecniche innovative di miglioramento genetico (*New Breeding Techniques - NBT*). Quest'ultime, a loro volta, ricomprendono un'ampia varietà di tecniche che rappresentano un perfezionamento delle CBT o sono usate in combinazione con le ETGM, o più spesso con le CBT. Le NBT più innovative sono quelle che permettono la correzione o revisione del genoma (il cosiddetto *genome editing*) per conseguire precise modificazioni della sequenza di DNA, le quali possono variare da mutazioni puntiformi (modificazione di uno o pochi nucleotidi) all'inserzione di geni *ex novo*.

Le manipolazioni (*rectius*: modificazioni) genetiche indotte in organismi mediante *genome editing*, pur essendo spesso ottenute usando tecniche di ingegneria genetica, risultano in molti casi indistinguibili da quelle ottenute mediante metodi convenzionali di mutagenesi o derivanti da mutazioni spontanee, generando, di conseguenza, molte incertezze circa il loro inquadramento normativo.

Da tempo, le modificazioni genetiche degli alimenti sono al centro di un serrato dibattito pubblico. Per quell'inscindibile legame che caratterizza il rapporto preferenze alimentari e tradizioni socio-culturali, l'opinione pubblica ha giocato un ruolo chiave nel promuovere gli interventi normativi necessari a mantenere un elevato livello di trasparenza



informativa. Sono molte le misure di compromesso introdotte al fine di aumentare l'accettabilità sociale degli alimenti geneticamente modificati .

Nel sentire comune un alimento che deriva da una modificazione genetica si contrappone al prodotto c.d. "naturale", poichè si pensa in prima battuta alle modificazioni che avvengono per mano dell'uomo, attraverso le biotecnologie, fino alla biologia sintetica . “Prodotto naturale”, “naturalmente sano”, “di origine naturale”, “100% naturale” sono espressioni molto in voga nelle etichette. La normativa europea non definisce i contorni del termine "naturale", ma si limita a stabilire dei principi generali per garantire la correttezza delle informazioni ed evitare che il consumatore sia ingannato. Un contributo significativo è dato dall'agenzia alimentare britannica (la Food Standard Agency), secondo la quale il prodotto naturale "contiene ingredienti naturali prodotti dalla natura, non dal lavoro dell'uomo o con il suo intervento. È scorretto usare il termine per descrivere alimenti o ingredienti per i quali sono state usate sostanze chimiche per cambiarne la composizione o comprendono i risultati di nuove tecnologie, tra i quali additivi e aromi che sono il prodotto dell'industria chimica o ottenuti da processi chimici" . In tal senso un alimento a cui sono stati aggiunti additivi di natura chimica ben difficilmente potrà vantare di essere "naturale".

Anche il mercato americano è interessato da un utilizzo sempre più diffuso del termine, tanto che nel 2011 l'espressione all-natural ha rappresentato il secondo claim più utilizzato dall'industria agroalimentare . Per rispondere alle pressanti richieste dei consumatori, la Food and Drug Administration (Fda) ha lanciato una recente consultazione pubblica sull'introduzione di una disposizione di legge volta a definire il termine , poichè per lungo tempo, l'agency ha fornito solo una definizione informale, priva di forza di legge .

Le definizioni usate portano a chiedersi quale alimento sia davvero “contro natura”, cosa significhi, in termini di assunzione di rischi per la salute, e come distinguerlo dal prodotto più autentico, o per usare un termine di moda, “biologico”. La letteratura scientifica divulgativa degli anni più recenti ha chiarito che tutte le specie sono il risultato di una modificazione del Dna , mettendo in guardia dai falsi allarmi. Per millenni il miglioramento delle specie vegetali è avvenuto per mano degli agricoltori che selezionavano le piante migliori. Le varietà di grano sono un esempio. Il pomodoro Flavr Savr ha rappresentato la prima pianta transgenica immessa nel mercato (1994), modificata per aumentarne le capacità di conservazione. Il salmone è stato modificato per resistere al freddo. Tutti prodotti comunemente utilizzati.

«Il cibo naturale non esiste, così come, paradossalmente, non esiste il cibo «contro natura». Esiste semplicemente il cibo, che abbiamo sempre modificato e che continueremo a modificare». Così si esprimono gli scienziati nel tentativo di far comprendere come oggi i cibi contenenti o derivanti da modificazioni genetiche siano comunemente impiegati. Uno degli aspetti meno compresi è proprio il fatto che l'impiego degli ogm serve per ridurre l'uso della chimica in agricoltura. Cibo ogm non significa, quindi, pericoloso per la salute. La stessa espressione potrebbe anche indicare l'esatto opposto: un alimento salutare .

3. Le caratteristiche delle discipline europea ed americana in tema di etichettatura degli alimenti derivanti da tecnologie non tradizionali rispecchiano le diverse, e per certi versi opposte, policies in materia di impiego delle biotecnologie .

Il favor per lo sviluppo delle biotecnologie caratterizza l'ordinamento americano fin dagli anni Ottanta. E' della metà di quel decennio, infatti, il Coordinated Framework for the Regulation of Biotechnology pubblicato dall'Office of Science and Technology Policy .



L'indirizzo di fondo fu quello di ritenere sufficientemente adeguate le normative già in vigore in materia di tutela della salute e sicurezza, poichè certe ed immediate per le imprese rispetto all'ipotetica introduzione di una nuova legge. Nel 2017, il Coordinate Framework fu aggiornato dal Modernizing the Regulatory System for Biotechnology Products .

Il Framework delinea l'architettura strutturale e normativa applicabile alle biotecnologie fornendo le linee direttive alle tre autorità preposte alla disciplina della sicurezza alimentare: Food and Drug Administration (FDA); US Department of Agriculture (USDA); e Environmental Protection Agency (EPA) .

Fulcro della policy è il seguente principio che permea le regole operazionali applicabili: la normativa in vigore è sufficiente a regolamentare i prodotti alimentari biotecnologici che si presumono sostanzialmente uguali a quelli tradizionali, in assenza di prove che accertino il contrario.

I principi cardine espressi sono sostanzialmente due. Il primo concerne l'oggetto di valutazione ai fini di determinare la sicurezza del prodotto: dev'essere il prodotto alimentare in sé per sé e non il processo.

E' necessario raffrontare le caratteristiche finali del prodotto nuovo, con quello che si presume equivalente e già presente nel mercato (substantial equivalence) , sulla base delle procedure di validità della comunità scientifica.

Un principio correlato a quello della substantial equivalence e cruciale nella valutazione dei novel food è la nozione di GRAS, generally recognized as safe . Secondo il Code of Federal Regulations una sostanza viene generalmente riconosciuta come sicura in base alla valutazione di esperti qualificati e dell'esperienza di valutazione di sicurezza delle sostanze direttamente o indirettamente aggiunte all'alimento. Tali valutazioni si basano su processi di risk assessment o, in caso di sostanze utilizzate nei cibi anteriormente al 1958, attraverso i dati già disponibili relativi al consumo di tali cibi .

In base a questo percorso, le sostanze che si aggiungono ai novel food, essendo equivalenti a quelle tradizionali, devono essere qualificate, a loro volta, come GRAS.

Il modello opposto è attuato in Europa, complice l'influsso del principio di precauzione al quale si informano le politiche in materia di tutela della salute . BSE, diossina, influenza aviaria, influenza suina, mozzarelle blue sono solo alcuni dei casi che hanno contribuito a modellare il diritto alimentare europeo nelle sue linee generali: i principi e precetti di portata generale ruotano intorno all'obiettivo di tutela della sicurezza alimentare, intesa principalmente come safety, ovvero quella componente della food security che mira a garantire le caratteristiche igienico-sanitarie: la qualità dell'alimento .

Con riguardo agli alimenti ottenuti attraverso l'impiego di processi tecno-scientifici, la disciplina europea non è uniforme. Questo riflette la mancanza di una visione comune dello sviluppo delle biotecnologie e delle scienze della vita che ha caratterizzato l'Europa per lungo tempo, lasciando un vuoto nel coordinamento efficace e nella predisposizione di obiettivi condivisi, come enfatizzava, nel 2002, l'incipit della Comunicazione della Commissione europea in cerca di una strategia proprio per lo sviluppo delle stesse .

La regolamentazione in materia si differenzia, infatti, a seconda del tipo di prodotto: l'ingegneria genetica, da un lato, e tutte le altre tecnologie (chimica e biologia organiche; nanotecnologie; biologia sintetica etc), dall'altro. Alla prima sono dedicati i Regolamenti 1829 e 1830 del 2003 (oggi in fase di revisione, a seguito della Comunicazione della Commissione sulle Political Guidelines della Commissione del 15 luglio 2014 , la quale chiede di rivedere il processo di decision-making di alimenti OGM estendendo loro l'approccio adottato dalla Direttiva (EU) 2015/412 in tema di sementi). Alla seconda categoria, invece, si



applica il Regolamento (Ue) 2015/2283 del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 novembre 2015 relativo ai nuovi alimenti, o novel food il quale sostituisce il precedente Regolamento 258/97 .

Dal diverso inquadramento regolatorio derivano due diversi procedimenti di approvazione di alimenti e, conseguentemente, diverse sono le normative applicabili in tema di etichettatura, poichè il procedimento di approvazione di un alimento riguarda anche l'etichettatura e, in particolar modo, l'indicazione della novità dell'alimento .

4. La disciplina europea dedicata alla regolamentazione delle informazioni al consumatore di alimenti configura l'etichetta come uno strumento «informativo e distintivo» , essenziale, sia per individuare le caratteristiche del prodotto offerto, sia per permettere al consumatore di "orientare" le proprie scelte, in maniera quanto più consapevole e conforme alle proprie esigenze e volontà.

La disciplina generale per la fornitura di informazioni sugli alimenti ai consumatori è contenuta nel testo unitario del Regolamento UE n. 1169/2011 , cui soggiacciono anche i nuovi alimenti con l'integrazione delle recenti disposizioni: essa regola la descrizione dell'alimento, la sua origine, la sua composizione o le sue condizioni d'uso per garantire che i consumatori siano sufficientemente informati sulla natura e sulla sicurezza del nuovo alimento, in particolare per quanto riguarda i gruppi vulnerabili della popolazione.

Secondo la bipartizione previamente introdotta, agli alimenti che derivano dall'impiego dell'ingegneria genetica, ed al relativo profilo dell'etichettatura si applica la disciplina di cui ai Regolamenti 1829 e 1830 del 2003.

Concretizzatasi dapprima in materia di coltivazioni ogm, e tuttora al centro di dibattiti per quanto riguarda gli alimenti contenenti ogm, le recenti soluzioni legislative che l'ordinamento ha adottato appaiono vere e proprie scelte di "compromesso" tra i diversi attori, nonchè di risposta ai timori espressi dall'opinione pubblica in merito alla loro accettabilità. Il pacchetto di riforma della materia promosso, in materia di coltivazioni, nel 2015 si basa, infatti, sulla regola di opt-out la quale, nel campo delle coltivazioni transgeniche, concede agli Stati membri la libertà di adottare decisioni nazionali dirette a limitare o vietare l'uso di OGM negli alimenti o nei mangimi entro il loro territorio, quand'anche essi siano stati autorizzati a livello europeo, senza dover invocare la clausola di salvaguardia . Ciò significa che lo Stato membro può vietare l'introduzione di coltivazioni transgeniche sulla base di considerazioni etiche, senza quindi dover fondare le proprie scelte sulla valutazione delle informazioni emergenti dai processi di risk assessment. Tale scelta legislativa pare informata a quella visione trasversale introdotta con la strategia Europa 2020, secondo la quale le narrative delle politiche europee sono chiamate a rispondere ai tre parametri di accettabilità etica, sostenibilità e desiderabilità sociale .

In sintesi, nel mercato europeo prevale un implicito "sentimento" di avversione agli ogm collegato alla loro presunta potenziale pericolosità, sebbene siano tollerate tracce minime, non superiori allo 0.9%. Ciò significa che quando la presenza di ogm nei prodotti alimentari è accidentale o deriva da contaminazione non altrimenti evitabile, e non supera quella soglia, l'alimento non sarà soggetto agli obblighi di etichettatura previsti specificatamente dal Regolamento 1830/2003, in virtù dell'art. 12 co. 2 dello stesso . L'alimento che contiene ogm che supera tale soglia, invece, dovrà soddisfare i requisiti posti da tale regolamento che ha una natura integrativa rispetto al Regolamento UE n. 1169/2011 .

Problema ricorrente in materia è dato dall'interpretazione dei contenuti informativi delle etichette espresse in maniera negativa (prodotto che non contiene ogm), in luogo di



quelle affermative (questo prodotto contiene ogm), quale dicitura prediletta dal Regolamento. Tali indicazioni di non utilizzo di ogm sono spesso adottate da aziende o catene della grande distribuzione e sono di natura volontaria (ex art. 36 del Reg. 1169/2011).

Nessun atto legislativo europeo prevede la categoria dei prodotti "OGM free", "non OGM", "senza OGM" o simili. Vengono, infatti, disciplinate due sole categorie di prodotti: prodotti OGM, o che li contengano o ne siano derivati; prodotti convenzionali, non realizzati a partire da OGM (pur soggetti a soglie di tolleranza in caso di presenza accidentale o tecnicamente inevitabile di tracce di OGM).

Tuttavia, la presenza nel mercato di etichette che riportano diciture indicanti l'assenza di OGM è già consistente, e al fine di regolamentarle in assenza di previsioni specifiche, si dovrebbe fare richiamo ai principi generali di etichettatura dei prodotti alimentari. In base a questi ultimi, l'etichetta deve, in primis, tutelare il consumatore in modo da non indurlo in errore: l'etichetta deve, pertanto, evitare di suggerire che il prodotto possiede caratteristiche particolari, quando tutti i prodotti alimentari analoghi possiedono caratteristiche identiche. Se un produttore intende etichettare l'alimento con la dicitura "non OGM" deve, innanzitutto, attribuire allo stesso delle caratteristiche "particolari". Sul punto, è utile distinguere due ipotesi: (i) prodotti inevitabilmente "non OGM"; (ii) prodotti solo ipoteticamente "non OGM", o "OGM free".

La prima tipologia di dicitura non sembra conforme ai principi in tema di etichettatura appena ricordati. Ci sono, infatti, degli alimenti che non potrebbero avere nessuna caratteristica distintiva rispetto ad un parametro inesistente (cioè la variante ogm dello stesso alimento).

La seconda tipologia presenta il dubbio che tali alimenti siano derivati da ogm, per natura o per gli ingredienti contenuti. Considerando che l'assenza di ogni indicazione specifica di ogm in etichetta sarebbe già sufficiente a connotare il prodotto come convenzionale, il problema risiede allora nell'individuazione delle caratteristiche particolari che enfatizzano la necessità di introdurre la dicitura "ipoteticamente non OGM". Certamente significherebbe che l'alimento non è il risultato di un processo di produzione interamente segregato nel suo percorso "dai campi alla tavola" (come dovrebbe avvenire quando il produttore indica "OGM free", unica condizione che permette di escludere l'applicazione delle soglie di tolleranza).

5. Merita attenzione specifica la questione delineata in apertura relativa all'inquadramento normativo nella UE delle new breeding techniques, poichè da tale scelta deriva, naturalmente, l'individuazione delle regole operazionali atte a disciplinare i singoli profili, tra cui anche quello che qui interessa.

Questa situazione di stallo potrebbe causare problemi di non poco conto se si considera che alcune varietà ottenute con le Nbt sono già presenti sul mercato internazionale, o lo saranno presto. Va detto, inoltre, che sebbene si stia parlando di coltivazioni, il passaggio da coltivazione ad alimento contenente Nbt sarà breve.

Pertanto, la questione centrale cui la Corte di Giustizia è chiamata a rispondere in seguito al rinvio del Consiglio di Stato francese, è la seguente: se tali piante vadano disciplinate nella cornice degli OGM, con conseguente applicazione della disciplina specifica della rintracciabilità ed etichettatura; oppure, se esse debbano seguire il regime ordinario, o una terza via ad oggi ancora indefinita. Il giudizio è pendente e molte associazioni ed organismi di rappresentanza hanno già, provocatoriamente, identificato l'ipotesi dell'eventuale classificazione delle Nbt quali ogm, alla stregua di un'ulteriore prova del "cimitero tecnologico", esse esprimono il timore che l'Unione europea possa bloccare questo importante progresso



scientifico inserendo il genome editing nel regime normativo degli organismi geneticamente modificati, con tutti gli oneri ulteriori a carico dei produttori.

Una conseguenza che appare verosimile nel caso la Corte di Giustizia si pronunci per la classificazione delle Nbt alla stregua degli ogm, è la perdita di competitività dell'agricoltura europea su questo fronte. La profilazione di un quadro disomogeneo della regolamentazione degli ogm a livello internazionale fa, inoltre, presagire «futuri contenziosi commerciali». Per questo - rileva il documento del Comitato per la biosicurezza - «è fortemente auspicabile che la regolamentazione delle varietà vegetali ottenute mediante Nbt sia armonizzata a livello internazionale, così da evitare squilibri competitivi tra gli operatori del mercato unico in termini di accesso alle risorse, permettere la libera circolazione delle merci e ridurre i prezzi praticabili al consumatore».

Considerate nel contesto del mercato globale, queste circostanze, che al momento determinano una sorta di “limbo” giuridico per l'Europa, enfatizzano ancor di più la necessità di affinare gli strumenti funzionali a garantire la fiducia del consumatore rispetto ai processi di produzione e distribuzione, affinché il consumatore possa compiere scelte consapevoli relativamente alle caratteristiche dell'alimento. Da qui, il ruolo principe dell'etichetta.

Le Nbt sono già in circolazione negli Stati Uniti, nel rispetto della normativa dedicata ai prodotti convenzionali. L'ultimo di questi è uno champignon, che rappresenterà, probabilmente, la prima coltivazione commerciale modificata con la ormai famosa tecnica CRISPR/Cas9. Questa tecnica non dev'essere confusa con la transgenesi, cioè l'aggiunta di geni di altri organismi, come siamo abituati a pensare quando ci immaginiamo un ogm. Essa, in pratica, permette di modificare il DNA in maniera estremamente precisa: nel caso dello champignon, “spegnendo” un gene si riduce l'imbrunimento del fungo allungandone così la conservabilità.

6. Per lungo tempo, l'FDA ha esonerato i produttori dall'obbligo di indicare in etichetta caratteristiche dell'alimento diverse da quelle caratterizzanti i prodotti equivalenti.

Il principio dell'equivalenza sostanziale tra prodotti non può giustificare forme di etichettatura differenziata qualora il prodotto nuovo non differisca nelle sue caratteristiche nutrizionali.

L'FDA fa un passo ulteriore, pronunciandosi anche sulle informazioni volontarie, e ritiene illegittime indicazioni “in negativo”: in altri termini, l'FDA rigetta forme di etichettatura volte a comunicare che quello commercializzato non è un prodotto nuovo, o ottenute attraverso tecniche nuove.

Un esempio ormai “classico” per illustrare concretamente la posizione dell'FDA è rappresentato dal caso dell'uso della somatropina bovina ricombinata (rbST) nelle mucche da latte. Si tratta di una proteina ottenuta sinteticamente per riprodurre la somatropina bovina, che è invece naturalmente presente negli animali. La sostanza viene somministrata all'animale per aumentare la produzione del latte: il latte prodotto è stato considerato dall'FDA sostanzialmente equivalente a quello proveniente da animali non trattati con l'rbST, come tale non è stato sottoposto ad alcun pre-market approval. Tuttavia, tracce di questa sostanza possono essere rinvenute nel latte appena munto: sulla scorta di tali considerazioni, alcuni produttori di latte “tradizionale” avevano chiesto di poter etichettare il proprio prodotto come bST-free o from cows non treated with rbST. In risposta, l'FDA pubblicò nel 1994 delle apposite linee guida, con le quali vietò l'uso di espressioni quali quelle ricordate, sottolineando come queste costituirebbero informazione ingannevole, poiché



non vi è alcuna evidenza scientifica che dimostri l'esistenza di differenze tra i due tipi di latte.

Per le stesse ragioni, anche l'etichetta attribuita agli alimenti contenenti ogm non fu oggetto di disciplina specifica tenendo, così, una posizione che non potrebbe essere stata più distante da quella seguita in Europa fin dal 2003.

Nonostante, però, l'Fda abbia per lungo tempo negato la predisposizione di norme ad hoc per l'etichettatura degli ogm, in ottemperanza a quanto stabilito nello Statement of Policy: Foods Derived from New Plant Varieties molti Stati, nel tentativo di fornire una risposta concreta alle preoccupazioni dell'opinione pubblica, legiferarono in maniera opposta rispetto alla policy espressa dall'Fda. Il Vermont, per esempio, nel 1996 rese obbligatoria l'indicazione in etichetta dei prodotti derivati dal latte delle mucche trattate con rBST. Tale legge statale fu successivamente dichiarata incostituzionale, e solo più tardi, nel 2014 a seguito di altri simili iniziative legislative in Connecticut e Maine, lo stesso Vermont emanò una seconda legge, il Vermont Labelling Act, conosciuto anche come Act 120, per introdurre l'obbligo in questione.

7. Tutte le leggi statali appena ricordate sono state "preempted" dalla legge federale National Bioengineered Food Disclosure Standard (S. 764 del 29 luglio 2016), relativa all'obbligo di indicare in etichetta ingredienti derivanti dall'ingegneria genetica, inclusa, quindi, la presenza di ogm. La legge istituisce uno standard federale per gli alimenti prodotti con materie prime geneticamente modificate. Uno degli aspetti più controversi riguarda il modo in cui l'informazione relativa alla presenza di alimenti bioingegnerizzati è indicata nel package del prodotto alimentare: i produttori potranno avvalersi del barcode; QR code (da leggere con lo smartphone); o il numero 1-800 o website. Si tratta, chiaramente, di modalità meno trasparenti: esse, peraltro, implicano che il consumatore medio abbia dimestichezza con gli strumenti tecnologici ed, infatti, in considerazione di ciò, la stessa legge ha già previsto che sia attuato uno studio di monitoraggio relativo all'applicazione ed al controllo dell'effettività di tali strumenti (c.d. "Study of Electronic or Digital Link Disclosure").

Il § 1639 definisce l'ambito di applicazione della disciplina, destinando le misure federali solamente alle componenti bioingegnerizzate che sono state modificate in vitro con tecniche di DNA ricombinante e secondo modalità non ottenibili con le normali tecniche di ibridazione: il testo legislativo impiega i termini "bioingegnerizzato", "modificato geneticamente", o simili, ed esclude tutti gli alimenti con grassi o zuccheri derivati da piante geneticamente modificati. Si tratta, quindi, di cibi bioingegnerizzati che sono tali in conformità agli standard federali.

La ratio della legge è desumibile dalla sec. 293 (establishment of national bioengineered food disclosure standard), laddove dichiara che "...a bioengineered food that has successfully completed the pre-market Federal regulatory review process shall not be treated as safer than, or not as safe as, a non-bioengineered counterpart of the food solely because the food is bioengineered or produced or developed with the use of bioengineering".

La disposizione conferma, pertanto, che le misure adottate non sono fondate sul processo di risk assessment, ossia l'analisi scientifica - qualitativa e quantitativa - dei rischi per la salute associati ad una determinata ed ipotetica fonte di rischio, in base al quale non emergono dati diversi o ulteriori sul rischio rispetto a quelli già esistenti. Il report pubblicato nel 2016 dalla National Academies of Sciences, Engineering and Medicine ha confermato quello che scienziati americani ed europei affermavano già da tempo: il cibo geneticamente modificato non aumenta il rischio di danno alla salute rispetto al cibo prodotto con l'agricoltura convenzionale.



Proprio per il fatto che l'oggetto dei costi relativi all'aggiunta nel label delle indicazioni ad hoc relative alle componenti bioingegnerizzate del cibo, non trova giustificazione nel rischio effettivo di danno, tra le misure più importanti per l'attuazione della legge, vi è l'analisi costi-benefici demandata alle executive agencies.

Per sciogliere il nodo problematico, o quanto meno trovare elementi di analisi per affrontarlo, è utile ricorrere agli elementi di analisi offerti dagli studi giureconomici: nel report "on Mandatory Labeling, with Special Reference to Genetically Modified Foods", Cass R. Sunstein ha analizzato le difficoltà che incontra il Department of Agriculture americano nel dimostrare i benefici delle informazioni aggiuntive necessarie a giustificare i costi delle stesse. Nonostante, infatti, i costi dei labels siano relativamente contenuti, i benefici, se riferiti ai soli potenziali rischi per la salute e l'ambiente, non giustificherebbero di per sé l'intervento amministrativo. L'attenzione, dedicata nel report, al comportamento del consumatore offre, però, gli elementi di analisi per ritenere che l'avversione dei consumatori verso gli organismi geneticamente modificati, e la relativa richiesta di indicazione specifica in etichetta, si basi spesso su percezioni e disinteresse.

D'altro canto non è la prima volta che ciò accade. In numerosi contesti, il Congresso richiede o autorizza le agenzie federali ad imporre determinati contenuti informativi. In tutti questi contesti, è stata poi commissionata alle executive agencies l'analisi costi-benefici per dimostrare che questi ultimi giustificano i primi.

8. Questo scritto giunge a due considerazioni conclusive. La prima, riguarda l'importanza assunta dall'etichetta alimentare quale strumento funzionale alla realizzazione del diritto di autodeterminazione del consumatore, nella consapevolezza che il cibo è elemento costitutivo dell'identità culturale dell'individuo. Una valorizzazione, in altri termini, di quanto affermato nella seconda parte del disposto di cui all'art. 3 del Regolamento 1169/2011, secondo il quale, la fornitura di informazioni sugli alimenti tende a un livello elevato di protezione della salute e degli interessi dei consumatori, fornendo ai consumatori finali le basi per effettuare delle scelte consapevoli e per utilizzare gli alimenti in modo sicuro, nel rispetto, in particolare, di considerazioni sanitarie, economiche, ambientali, sociali ed etiche.

L'evoluzione è più evidente nell'ipotesi in cui gli alimenti siano ottenuti attraverso processi tecno-scientifici avanzati. L'introduzione di contenuti informativi ad hoc in etichetta risponde principalmente alle preoccupazioni di ordine etico, religioso o solo a paure collettive.

Tale scelta è comune all'ordinamento americano ed a quello europeo, entrambi prevedono di indicare in etichetta la presenza di organismi geneticamente modificati. Vi è, però, una differenza sostanziale relativamente alla soglia di ogm contenuta negli alimenti, la quale determina l'applicabilità degli obblighi di etichettatura: la soglia dello 0,9%, prevista dal Regolamento europeo, è del tutto assente nella legge federale americana. Questo presupposto, rispetto a quello americano, indica che in Europa la misura precauzionale (label specifico obbligatorio), si applica solo qualora vi sia una quantità di ogm tale da superare una soglia di tolleranza.

Se, però, si considera quanto appena sopra affermato circa la funzione specifica dell'informazione, l'apposizione di una soglia minima di tolleranza non sembra tutelare la libertà di scelta di tutti quei consumatori che optano per l'assenza di ogm per motivi diversi dalla tutela della salute.



La seconda constatazione deriva dalle diverse letture degli interventi legislativi esaminati.

In sintesi, una lettura sensibile alle istanze sociali indicherebbe che le scelte regolatorie in materia di etichettatura di alimenti non tradizionali hanno ravisato nella trasparenza informativa lo strumento per realizzare le molte sfaccettature della personalità del consumatore, e dei suoi cambiamenti. Ciò non rappresenta una novità dato che, anche in altri ambiti del diritto privato, il diritto all'informazione ha conosciuto analoga evoluzione: da diritto che tutela, quale bene ultimo, la salute psico-fisica, a diritto di autodeterminazione, diritto della personalità per eccellenza. Si pensi all'informazione in ambito medico .

Una lettura più attenta e completa, però, dovrebbe prendere le mosse da una constatazione: l'ingegneria genetica applicata al campo alimentare non è mai stata identificata come tecnica rischiosa per la salute e per l'ambiente. Eppure, la regolamentazione europea in materia è stata rivista e modificata diverse volte a partire dal 1990, così come, in tempi assai più recenti, anche la regolamentazione americana, e proprio in riferimento al profilo qui di interesse ha optato per una misura eccezionale rispetto alla logica della substantial equivalence. Sono chiare risposte alle paure collettive rispetto al nuovo alimento, non in linea con la logica precauzionale .

Sulla scia di queste considerazioni, l'etichettatura specifica degli ogm comporta dei costi aggiuntivi che vanno giustificati con la necessità di affrontare la rilevanza sociale dell'incertezza tecno-scientifica, divenuta una priorità del legislatore.

Eppure, un dubbio rimane: il contenuto informativo aggiuntivo circa la presenza di ogm potrebbe ingenerare nel consumatore, che normalmente non si cura di individuare la ratio ad esso sottesa, il dubbio di un rischio intrinseco di danno per la salute. Rischio che fino ad oggi la scienza ha negato. Ciò imporrebbe di riflettere sulla funzione delle scelte regolatorie nei contesti in cui la stessa condizione di incertezza è inevitabile.



NOTE E RECENSIONI

LA CORTE DI GIUSTIZIA SULLE OPERE FUORI COMMERCIO: QUALE IMPATTO SULLA PROPOSTA DI DIRETTIVA?

GIOVANNI MARIA RICCIO

La sentenza della Corte di Giustizia sulle opere fuori commercio (causa C-301/15, Soulier e Doke) è senza dubbio destinata ad avere un impatto significativo e non solo sull'ordinamento francese, direttamente investito dal caso.

Il Conseil d'État, con decisione del 6 maggio 2015, ha rimesso alla Corte di Giustizia la domanda di pronuncia pregiudiziale sull'interpretazione degli artt. 2 e 5 della direttiva 2001/29/CE (direttiva c.d. InfoSoc) in relazione al Decreto n. 2013-182, del 27 febbraio 2013, recante applicazione degli articoli da L. 134-1 a L. 134-9 del Codice della proprietà intellettuale. Gli articoli in questione, introdotti in Francia dalla Legge del 1 marzo 2012 sullo sfruttamento digitale dei libri non disponibili del XX secolo, prevedevano la possibilità della digitalizzazione di massa per le opere letterarie fuori commercio e pubblicate prima del 2001.

La legge francese prevede che le collecting society rappresentative possano autorizzare le biblioteche a digitalizzare tali opere e a metterle a disposizione del pubblico per mezzo di una banca dati pubblica. È appena il caso di ricordare che tali opere, pur essendo fuori commercio, sono ancora coperte da diritti d'autore: la legge, quindi, in caso di disaccordo, riconosce all'autore o all'editore, in caso di disaccordo, la facoltà di notificare alla collecting society la propria volontà di escludere dalla banca dati anzidetta le opere di cui detengono i diritti. Tale comunicazione deve avvenire entro sei mesi dall'inserimento dell'opera nella predetta banca dati.

Il quesito affrontato dalla Corte di Giustizia è essenzialmente questo: una legge che consenta alle collecting society la facoltà di autorizzare la riproduzione e la comunicazione al pubblico delle opere è in contrasto con gli artt. 2 e 5 della direttiva InfoSoc, che concedono invece detta facoltà agli autori e non agli organismi che gestiscono collettivamente i loro diritti?

La risposta della Corte, in linea con l'opinione dell'Avvocato Generale del luglio scorso, è affermativa. È necessario, quindi, il consenso del titolare del diritto (autore o editore) per l'inserimento dell'opera nella banca dati.

La sentenza, però, puntualizza che le norme precitate della direttiva InfoSoc non prescrivono le modalità attraverso le quali il consenso deve essere manifestato, "sicché tali disposizioni non possono essere interpretate nel senso che impongono che tale consenso sia necessariamente espresso in forma esplicita". A giudizio della Corte – nella scia di quanto già affermato nel caso Svensson – potrebbe essere ammissibile anche un consenso implicito, a condizione che i titolari dei diritti siano adeguatamente informati in merito alle future utilizzazioni delle proprie opere.

L'influsso di tale decisione, come si diceva, è destinato a riverberarsi anche sulla proposta di direttiva sul diritto d'autore che, agli artt. 7 e 8, si occupa di opere fuori commercio. Il testo della proposta prevede, infatti, che siano le società rappresentative degli autori



ad autorizzare la digitalizzazione di massa delle opere presenti in biblioteche e archivi accessibili al pubblico.

L'art. 8, inoltre, ammette una *extended collecting licensing* ossia una licenza, concessa da una collecting society, che abbraccia anche le opere degli autori non iscritti. Una previsione che, alla luce della sentenza in esame, collide evidentemente con le disposizioni della direttiva InfoSoc e rischia di finire anch'essa sotto la scure dei giudici comunitari.

Una possibile via di uscita potrebbe essere quella di modificare il testo della direttiva, inserendo una nuova eccezione, e abbandonando il sistema delle licenze. In questo modo, peraltro, si risolverebbero una serie di problemi che sono già stati stigmatizzati dalla dottrina, *in primis*, la difficoltà di armonizzare le singole licenze nazionali.

In senso contrario, pare però più verosimile ritenere che gli organi legislativi comunitari si spingeranno oltre tale decisione, come già avvenuto in passato in altri settori, lasciando immutata l'architettura della proposta di direttiva.



GIURISPRUDENZA

DANNI PUNITIVI – DELIBAZIONE DI SENTENZA STRANIERA – INCOMPATIBILITÀ – ESCLUSIONE – RICONOSCIMENTO – CONDIZIONI

CASS. CIV., SEZ. UN., 05-07-2017, N. 16601

Nel vigente ordinamento, alla responsabilità civile non è assegnato solo il compito di restaurare la sfera patrimoniale del soggetto che ha subito la lesione, poiché sono interne al sistema la funzione di deterrenza e quella sanzionatoria del responsabile civile. Non è, quindi, incompatibile con l'ordinamento italiano l'istituto di origine statunitense dei risarcimenti punitivi. Il riconoscimento di una sentenza straniera che contenga una pronuncia di tale genere deve, però, corrispondere alla condizione che essa sia stata resa nell'ordinamento straniero su basi normative che garantiscano la tipicità delle ipotesi di condanna, la prevedibilità della stessa e i limiti quantitativi, dovendosi avere riguardo, in sede di delibazione, unicamente agli effetti dell'atto straniero e alla loro compatibilità con l'ordine pubblico.

FATTI

La società NOSA Inc., con sede in Florida (USA), ha ottenuto dalla Corte di appello di Venezia che siano dichiarate efficaci ed esecutive, nell'ordinamento italiano, tre sentenze pronunciate negli Stati Uniti d'America, passate in giudicato: la sentenza del 23 settembre 2008, esecutiva, della Circuit Court of the 17th Judicial Circuit for Broward Count (Florida), confermata in appello dal District Court of Appeal of the State of Florida, dell'8 agosto 2010, che aveva condannato la società italiana AXO Sport spa a pagare la complessiva somma di dollari USA 1.436.136,87, oltre interessi al tasso annuo dell'11%, a seguito di procedimento giudiziario svoltosi davanti a quell'autorità; la sentenza del 14 gennaio 2009, con cui il medesimo giudice aveva liquidato dollari USA 106.500,00, a titolo di rifusione dei costi, delle spese legali e degli interessi al tasso annuo dell'8%; la sentenza del 13 ottobre 2010 che aveva liquidato, in relazione al giudizio di appello, l'ulteriore somma di dollari USA 9.000,00, a titolo di rifusione dei costi, delle spese legali e degli interessi al tasso annuo del 6%. Con tali pronunce, i giudici americani hanno accolto la domanda di garanzia promossa da NOSA, in relazione ad un indennizzo di un milione di euro transattivamente corrisposto ad un motociclista che aveva subito danni alla persona in un incidente avvenuto in una gara di motocross, per un asserito vizio del casco prodotto da AXO, distribuito da Helmet House e rivenduto da NOSA. Nel giudizio promosso dal danneggiato anche nei confronti della società importatrice distributrice del casco (Helmet), NOSA aveva accettato la proposta transattiva del motociclista, e il giudice americano successivamente ha ritenuto che dovesse essere manlevata da AXO. NOSA ha ottenuto dalla Corte di appello di Venezia (sentenza 3 gennaio 2014) il riconoscimento delle suddette pronunce, a norma della L. 31 maggio 1995, n. 218, articolo 64, avendo la AXO accettato la giurisdizione straniera. La AXO ha proposto ricorso per cassazione, affidato a tre motivi, cui si è opposta la NOSA. Le parti hanno presentato memorie. La causa è stata rimessa al Primo Presidente, per l'assegnazione alle Sezioni Unite, a seguito di ordinanza n. 9978/16 della Prima sezione, che ha sollecitato un ripensamento sul tema della riconoscibilità



delle sentenze straniere comminatorie di danni punitivi. Nuove memorie delle parti sono state depositate prima della discussione conclusiva.

MOTIVI DELLA DECISIONE

2) Con il primo motivo di ricorso AXO denuncia violazione della L. n. 218 del 1995, articolo 64, nonché omesso esame di un fatto decisivo. Lamenta che la Corte di appello abbia ritenuto non contraria all'ordine pubblico la condanna della ricorrente, ancorché il giudice americano abbia pronunciato contro AXO in forza dell'applicazione dell'istituto del potential liability test, senza verificare il fondamento della domanda di garanzia. Parte ricorrente espone che in base all'istituto de quo, allorché il garantito addivenga, con il danneggiato, ad una composizione transattiva del giudizio, il garante viene posto davanti all'alternativa di approvare la transazione stipulata inter alios, subendone gli effetti, ovvero assumere la difesa del garantito. Quest'ultimo pertanto risulterebbe comunque vittorioso, semplicemente dimostrando che al momento della stipula dell'accordo vi era ragionevole probabilità di un esito a sé sfavorevole del giudizio. L'assenza di controllo sulla fondatezza della domanda di garanzia vedrebbe il garante coartato ad abbandonare le proprie difese rispetto alla domanda di garanzia, dando luogo ad una violazione dei principi dell'equo processo, del diritto alla difesa e al contraddittorio. Verrebbero lesi i principi di relatività dei contratti e della res judicata, che segnano, secondo la ricorrente, "i confini dell'efficacia soggettiva anche della transazione". La Corte di appello avrebbe errato nel ritenere sufficiente per la delibazione la possibilità, offerta ad AXO spa, di costituirsi nel giudizio di responsabilità del venditore e il non aver essa sollevato obiezioni alla transazione. Ne potrebbe influire, ai fini della conformità all'ordine pubblico italiano, il rilievo della Corte veneta secondo cui vi era comunque stato un giudizio prognostico sul - rischio di causa, poiché trattavasi di valutazione che riguardava solo la posizione del garantito. 2.1) Nella giurisprudenza di questa Corte si rinvencono significative affermazioni che aiutano a valutare la questione posta. In tema di riconoscimento di sentenze straniere si è detto (Cass. 11021/13) che il concetto di ordine pubblico processuale è riferibile ai principi inviolabili posti a garanzia del diritto di agire e di resistere in giudizio, non anche alle modalità con cui tali diritti sono regolamentati o si esplicano nelle singole fattispecie, e cioè in ragione delle statuizioni della Corte di Giustizia le cui pronunce (non solo il dispositivo, ma anche i motivi "portanti" della decisione) costituiscono l'interpretazione autentica del diritto dell'Unione europea e sono vincolanti per il giudice "a quo". Ne consegue che anche il diritto di difesa tenuto conto degli orientamenti della Corte di Giustizia delle Comunità europee. (sentenza 2 aprile 2009, causa C-394/2007, Gambazzi) - non costituisce una prerogativa assoluta ma può soggiacere, entro certi limiti, a restrizioni. Si è aggiunto (Cass. 17519 del 03/09/2015) che "Il giudice deve verificare se siano stati soddisfatti i principi fondamentali dell'ordinamento, anche relativi al procedimento formativo della decisione, con la precisazione che non è ravvisabile una violazione del diritto di difesa in ogni inosservanza di una disposizione della legge processuale straniera a tutela della partecipazione della parte al giudizio, ma soltanto quando essa, per la sua rilevante incidenza, abbia determinato una lesione del diritto di difesa rispetto all'intero processo, ponendosi in contrasto con l'ordine pubblico processuale riferibile ai principi inviolabili a garanzia del diritto di agire e di resistere in giudizio, e non quando, invece, investa le sole modalità con cui tali diritti sono regolamentati o si esplicano nelle singole fattispecie. Invero, secondo quanto si evince dalla giurisprudenza comunitaria il diritto di difesa può subire una moderata limitazione nel caso in cui il provvedimento sia stato emesso nei confronti di un soggetto che abbia avuto comunque la possibilità di partecipare attivamente al processo, quantomeno nella fase precedente a quella conclusasi con l'emissione del provvedimento". 2.2) Anche le sentenze di stati estranei all'Unione euro-



pea sono soggette, come comprovato dalle pronunce citate e dalle molte altre che hanno progressivamente raffinato la nozione di ordine pubblico, all'assetto che questo istituto ha acquisito per effetto delle Carte fondamentali del diritto dell'Unione. Si può dire che, almeno a partire dalla sentenza Krombach (Corte europea diritti dell'uomo, 13-02-2001), si è avviato un fenomeno definito in dottrina di comunitarizzazione/europeizzazione del diritto internazionale privato e processuale. In forza di questo fenomeno si è detto che l'ordine pubblico da strumento di tutela dei valori nazionali, da opporre alla circolazione della giurisprudenza, diviene progressivamente "veicolo di promozione" della ricerca di principi comuni agli Stati membri, in relazione ai diritti fondamentali. La tutela del diritto fondamentale ad un equo processo, più volte enunciata, non è stata intesa come prerogativa assoluta, cioè intransigente ricerca di qualsivoglia violazione in relazione alle moventi processuali di ogni singolo Stato, ma come mezzo per impedire, tramite l'esecuzione di sentenze, soltanto lesioni manifeste e smisurate del diritto delle parti al contraddittorio e alla difesa. Ciò comporta prioritariamente, sul piano processuale, la ricerca di fattori unificanti e non di impedimenti all'esecuzione. Pertanto le lesioni devono essere state tali da intaccare in concreto e in modo sproporzionato (si consideri in proposito il caso Renault, regolato dalla Corte di Giustizia) la sostanza stessa delle facoltà difensive. Inoltre la parte non può attestarsi a mo' di trincea sul fronte dell'exequatur, se non ha fatto valere i propri diritti nel corso del giudizio a quo svoltosi nello Stato in cui sia stata evocata in giudizio. 2.3) Alla luce di queste considerazioni, le Sezioni Unite ritengono che il motivo di ricorso sia infondato. La sentenza della Corte di appello ha chiarito puntualmente che il motociclista danneggiato aveva agito contro Nosa sul presupposto che le lesioni fossero derivate da un vizio del casco; che a seguito della transazione sulla base di un milione di dollari, Nosa aveva chiesto al produttore di "rifondere l'esborso effettuato"; che anche Axo era stata citata in giudizio dal motociclista e, dopo le transazioni di venditore e importatore del casco, aveva a sua volta "tacitato le pretese del danneggiato nei suoi confronti con il pagamento della somma di cinquantamila dollari". La Corte ha correttamente rilevato che non forma oggetto della delibazione la verifica delle doglianze concernenti la asserita carenza di responsabilità con riferimento ai danni patiti dal motociclista. Ha specificato che il fondamento della condanna a garantire Nosa risiede nelle scelte processuali di AXO, la quale non ha voluto partecipare, sostituendosi a NOSA, al giudizio di responsabilità intentato dal motociclista - si badi qui: per i danni derivatigli da difetti del casco - e si è giovata della transazione conclusa dal venditore. AXO ha infatti successivamente concluso una propria transazione diretta con il motociclista, per importo mitigato dalla soddisfazione dichiarata da quest'ultimo "anche alla luce degli esborsi già ricevuti". Le censure addotte da parte ricorrente si concentrano nella asserita carenza di accertamento della responsabilità del garante e sulla tesi che la valutazione della Corte statunitense sarebbe stata limitata a una stima "probabilistica dell'esito della sola causa intentata dal danneggiato nei confronti del garantito". Queste doglianze non evidenziano però alcuna lesione del principio fondamentale, prima ricordato, che regge la materia del riconoscimento di sentenze straniere, secondo il quale non ogni differenza rispetto all'ordinamento processuale italiano può configurare il divieto di circolazione, ma solo la lesione del diritto di difesa rispetto all'intero processo. La responsabilità nei confronti del garantito non è sorta infatti in assenza di possibilità di difesa, ma dopo che era stata offerta alla parte la possibilità di intervenire in giudizio e sostenere la posizione del venditore del casco, che vantava nei suoi confronti la garanzia per i vizi del prodotto acquistato e rivenduto al motociclista. Considerata la premessa della citazione, AXO avrebbe potuto difendere la propria posizione di produttore assumendo la difesa del rivenditore. Non risultano, e neanche in questa sede sono state prospettate, ragioni difensive che siano state sacrificate per effetto del meccanismo del potential liability test, cioè del rifiuto di accettare la assunzione diretta della difesa. Ed ancora, come ha notato la Corte di appello: nemmeno in presenza di



anticipata comunicazione della proposta di transazione motociclista/Nosa, la odierna ricorrente aveva sollevato obiezioni, opponendosi. Va poi osservato che un'opportunità difensiva piena e diretta di AXO era sorta in forza della citazione coevamente rivolta contro di lei dal motociclista, iniziativa giudiziaria anch'essa significativamente chiusasi con una transazione, cioè senza opporre difese tali da distinguere la posizione del produttore. Anche in ragione di questa circostanza, che pur ha considerato un mero antefatto della pretesa di garanzia cui si riferiscono le sentenze da riconoscere, la Corte di appello ha escluso che vi sia stato un qualche significativo sacrificio delle facoltà difensive. Ha infatti opportunamente rilevato che, a differenza di quanto genericamente dedotto, parte AXO non era stata in grado di indicare quali altre domande del motociclista - diverse da quelle risarcitorie per l'infortunio nel sinistro - essa avesse transatto. Ed ancora, a riguardo dell'assenza di sacrificio di posizioni difensive, mette conto richiamare un altro profilo, evidenziato dalla Corte di appello, che rafforza il giudizio di insieme sulla compatibilità, ai fini che interessano, del sistema processuale attuato: era stata la stessa AXO ad accettare che il processo con Nosa fosse deciso su un'unica questione, rappresentata dal valutare se al momento della stipula della transazione Nosa avesse ragionevole motivo per temere le domande del motociclista.

2.3.1) Resta ancora da rilevare che il meccanismo processuale qui denunciato era strutturato sia sulla base della opportunità difensiva piena offerta al garante: assumere la difesa del proprio cliente/rivenditore in una causa imperniata sulla responsabilità per difetti del bene venduto; oppure alla transazione preventivamente comunicata; sia sulla valutazione probabilistica del giudice che ha ammesso il meccanismo processuale. Ciò il giudice ha fatto sulla base dei presupposti appena descritti, trattandosi inequivocabilmente di regolare una chiamata in garanzia che, nel sistema processuale del paese in cui si è svolta la causa, è atteggiata diversamente dal sistema italiano, ma non impedisce la difesa sul fondo della responsabilità del chiamato. Il sistema consente cioè che il produttore evocato in giudizio per rispondere delle conseguenze dannose di asseriti difetti di un proprio prodotto dimostri la assenza dei presupposti della propria responsabilità e, nel giudizio con il garantito, verifica complessivamente il comportamento processuale del garante, il quale ha un variegato armamentario difensivo. È stato fatto valere un meccanismo processuale che si fonda non certo su una responsabilità oggettiva, ma sull'onere del soggetto che è all'origine della catena causale del danno di "farsi avanti" se ha ragioni per contrastare la pretesa risarcitoria. Qualora il garante abbia omesso di valersi delle opportunità difensive interne al sistema a quo, non gli è consentito nel giudizio di riconoscimento di far valere le differenze dei sistemi processuali, che non si siano risolte in compromissione irragionevole e sproporzionata del suo diritto di difesa.

3) Contro queste considerazioni si infrangono anche le doglianze esposte nel secondo motivo. Parte ricorrente attacca due parti della sentenza già esaminate: a) quella in cui si afferma che AXO aveva "profittato, ai sensi dell'articolo 1304 c.c., dell'accordo stipi, lato da NOSA Inc"; b) quella in cui la Corte ha ritenuto che il processo statunitense fosse stato limitato alla sola questione del rischio di condanna di Nosa in favore del motociclista. Quanto al profilo sub a), parte ricorrente nega di aver mai profittato dell'accordo concluso da Nosa e sostiene che la Corte di appello avrebbe errato nell'inquadrare gli accordi intercorsi tra le parti, perché avrebbe omesso di considerare che con le sue dichiarazioni il motociclista aveva rinunciato ad ogni pretesa contro AXO a fronte del pagamento di 50.000 USD e di altro "idoneo corrispettivo" ricevuto in precedenza. L'accettazione di soli cinquantamila dollari sarebbe maturata in un contesto che faceva presagire "prospettive alquanto nefaste" per l'attore, sicché, se la Corte di appello avesse correttamente inteso la vicenda, avrebbe dovuto escludere che AXO sport avesse profittato della transazione che in precedenza gli altri convenuti avevano concluso con il motociclista. Secondo parte ricorrente ciò avrebbe dovuto condurre la Corte di appello a negare il riconoscimento, per non esservi stata alcuna "cognizione in ordine alla responsabilità di AXO Sport spa" e alcun ac-



certamento circa la effettiva responsabilita' del garante, che non si era avvalso della transazione di alcun condebitore. La censura e' sotto ogni profilo priva di fondamento. In primo luogo va rilevato che in sentenza non v'e' nessuna traccia di ulteriori versamenti che (ricorso pag. 34) sarebbero stati fatti da AXO al motociclista. Questo riferimento, come rilevato in controricorso, sembra introdurre un'allegazione nuova in punto di fatto e quindi un tema di indagine non ammesso in sede di legittimita'. In memoria 2016 parte ricorrente non ha potuto replicare a questo rilievo, che e' confortato dal puntuale accertamento della Corte di appello circa il fatto che la transazione diretta motociclista - AXO ebbe a riguardare proprio la domanda risarcitoria di danni e a completare la soddisfazione del danneggiato in considerazione degli "indennizzi pagati dal venditore e dall'importatore del casco". E' dunque smentita nei presupposti di fatto la tesi, illustrata in memoria, secondo cui detta transazione costituisse non accettazione ma negazione della volonta' di avvantaggiarsi della transazione "stipulata inter alios". Di qui l'inattendibilita' della ulteriore conseguenza, peraltro di per se' irraggiungibile per la marginalita' dell'assunto di partenza, che il motivo di ricorso ha preso di mira: l'inammissibilita' del riconoscimento di una sentenza resa (nel giudizio NOSA/AXO) senza che il garante abbia potuto contestare la fondatezza della domanda di garanzia per il solo fatto che il garante avesse "gia' autonomamente definito, in via transattiva, i propri rapporti con il danneggiato". Resta infatti saldo il giudizio di assenza di lesione del diritto di difesa in relazione a un giudizio tra le parti che e' stato articolato su premesse - il rifiuto di esercitare direttamente la difesa del rivenditore; l'accettazione di una propria transazione nel giudizio intrapreso dal danneggiato contro AXO sugli stessi presupposti risarcitori; la valutazione probabilistica del giudice americano nell'ammettere, traendone fondamento per la pronuncia di garanzia, il meccanismo processuale ora denunciato - che dimostrano l'esistenza di spazi difensivi non incompatibili con il nostro ordinamento processuale. 3.1) Privo di decisivita' contro queste considerazioni e' anche il secondo profilo del motivo, con il quale si contesta che fosse stata AXO stessa ad accettare di restringere il processo con NOSA sull'unica questione attinente la opportunita' della transazione stipulata da quest'ultima a fronte del rischio di una condanna per importi molto maggiori. Parte ricorrente lamenta che sia stato omesso l'esame dell'affidavit dell'avv. Di Salvo, da cui e' stata tratta questa considerazione della Corte di appello. Deduce che la pre trial stipulation era stata conformata dalla mera presa d'atto della regola del potential liability test, con la conseguenza che il diritto di difesa e al contraddittorio sarebbero stati conculcati tra il dover accettare la transazione altrui e il doversi accollare la difesa del garantito. La tesi e' vanificata da una prima considerazione: solo "ad abundantiam" la Corte di appello ha valorizzato la circostanza che il processo con NOSA era stato spontaneamente circoscritto all'esame della ragionevolezza della transazione di NOSA. Il rilievo non sarebbe quindi decisivo. In ogni caso, come si e' notato nei paragrafi precedenti, la possibilita' di una diversa perimetrazione della materia del contendere e' stata pregiudicata da AXO con le altre scelte processuali fatte, quali il rifiuto di assumere la difesa del rivenditore e la stipula di una transazione diretta con il danneggiato. Queste scelte hanno autolimitato e addirittura impedito l'accertamento della insussistenza di responsabilita' del produttore, che non ha neppure indicato cosa avrebbe potuto dedurre di nuovo, in cosa concretamente sarebbe consistita la perdita di chances difensive. 4) Il terzo motivo denuncia violazione della L. n. 218 del 1995, articolo 64, e vizio di motivazione e lamenta che la Corte veneziana non avrebbe ravvisato che la sentenza della Corte USA riguardava, senza specifica motivazione in ordine alla tipologia di danni indennizzati, un indennizzo corrisposto al danneggiato anche a titolo di danni punitivi, perche' la proposta transattiva NOSA, accettata dal motociclista, fissava l'importo "a titolo di composizione integrale di tutte le pretese risarcitorie del sig. D., comprese quelle per punitive damages". La Corte di appello ha respinto questo profilo delle difese di parte AXO, circa la contrarieta' all'ordine pubblico della sentenza americana, sulla base di tre convergenti osservazio-



ni. Si possono così riassumere: a) La sentenza non ha specificato quali danni sono stati indennizzati perché ha recepito "l'importo della transazione con il danneggiato"; b) non è necessario individuare la tipologia di danni, perché comunque AXO si è avvantaggiata di tale transazione; c) non risulta in atti il riconoscimento di tale profilo risarcitorio, ed anzi l'accordo va inteso diversamente. AXO, oltre a richiamare le difese già oggetto delle precedenti censure, sostiene che il testo della proposta transattiva imputava espressamente "il pagamento di cui alla transazione" a "risarcimento di danni punitivi" e che a Corte di appello non ne avrebbe tenuto conto. In secondo luogo la violazione di legge e il vizio di motivazione vengono denunciati in riferimento alla carenza di motivazione della sentenza americana circa la tipologia dei danni liquidati. La tesi svolta è che tale carenza motivazionale sarebbe ostativa al riconoscimento, "in presenza di un quantum risarcitorio abnorme". A questo proposito la ricorrente invoca Cass. 1781/12 e Cass. 1183/07, precedenti di cui da conto l'ordinanza di rimessione 9978/16 nel chiedere un ripensamento delle Sezioni Unite in ordine alla compatibilità dell'istituto dei punitive damages con l'ordine pubblico italiano. 4.1) Il motivo risulta inammissibile, giacché è imperniato su un presupposto insussistente: la configurabilità, nella condanna addebitata al garante, di una liquidazione di "danni punitivi" in favore della vittima del sinistro. Su questo punto, che il ricorso non riesce a scalfire, la valutazione della Corte di appello non è viziata da omesso esame di alcun fatto decisivo, nel senso voluto dalla riforma dell'articolo 360 c.p.c., n. 5. Occorre subito ricordare che secondo la giurisprudenza della Corte (SU 805:3/14) va esclusa qualunque rilevanza del semplice difetto di "sufficienza" della motivazione e viene in rilievo, ai fini del controllo sulla motivazione, soltanto l'omesso esame di un fatto storico, principale o secondario, la cui esistenza risulti dal testo della sentenza o dagli atti processuali, che abbia costituito oggetto di discussione tra le parti e abbia carattere decisivo. Nel caso di specie va escluso che vi sia stata la lamentata "totale oblitterazione del fatto che la proposta transattiva" accettata da Nosa e posta a base della sentenza di condanna del garante riguardasse anche la pretesa per punitive damages. Nell'ultimo periodo di pag. 21, la Corte di appello ha chiaramente considerato la circostanza che si era discusso tra le parti di danni punitivi. Ha però ritenuto che l'accordo non implicasse la liquidazione di danni punitivi e il loro recepimento, ma "solo che NOSA inc. richiese una rinuncia anche a pretese per danni punitivi, in un'ottica di chiusura complessiva dei rapporti tra le parti". Questa inequivocabile motivazione, che rimanda a un'interpretazione della sentenza americana alla luce della transazione che sta alla base della liquidazione, non è quindi viziata dall'omissione ipotizzata nel motivo di ricorso. L'accordo transattivo è stato considerato e la maggiore o minore plausibilità delle conclusioni raggiunte in ordine alla sua portata non è sindacabile in questa sede (circa i limiti del controllo sull'apprezzamento del giudice di merito sul contenuto del provvedimento da delibare, indagine di fatto riservata al medesimo giudice cfr proprio Cass. 1183/07 e, ivi, i richiami a Cass. n. 1266/1972, n. 3709/1983, n. 3881/1969). La censura è quindi inammissibile. 4.2) Anche il secondo profilo del motivo è inammissibile. Esso afferma che la sentenza americana sarebbe veicolo di una liquidazione di danni punitivi, sul presupposto dell'abnormità del risarcimento accordato al danneggiato. Questo presupposto, indispensabile premessa della tesi che propugna il divieto di riconoscimento nel nostro ordinamento, ex articolo 64, dei c.d. danni punitivi, è tuttavia enunciato apoditticamente. Va ricordato in proposito che, se è vero che in caso di contestazione del riconoscimento della sentenza straniera, ai sensi dell'articolo 67 della legge 31 maggio 1995, n. 218, l'indagine relativa alla sussistenza dei requisiti del riconoscimento deve essere compiuta dal giudice anche d'ufficio (Cass. 13662/04), tuttavia tale indagine incontra i limiti delle risultanze processuali, secondo i relativi oneri probatori delle parti. Nel caso di specie, a fronte di grave pregiudizio alla persona (al calcolato silenzio del ricorso sul punto, ha fatto riscontro il dettagliato controricorso, che ha specificato i particolari delle lesioni craniche e dei postumi invalidanti subiti



dall'infortunato) la liquidazione, peraltro su base transattiva, di un importo di un milione di euro (o due, considerando la analoga transazione stipulata dall'infortunato con Helmet, come sottolineato negli scritti di parte), non è definibile di per sé abnorme. L'apprezzamento di fatto reso sotto questo profilo dalla Corte di appello non è sindacabile in questa sede, perché la Corte di appello ha valorizzato la considerazione della sentenza americana circa la ragionevolezza della transazione e ha osservato, a chiusura, che ulteriore somma era stata aggiunta a quell'importo con la transazione diretta AXO-motociclista. Se così è, non v'è margine in sede di legittimità per una nuova valutazione della pretesa abnormità degli effetti della sentenza americana nell'ordinamento italiano (questo è l'ambito del sindacato della Corte Suprema, che non può valutare la correttezza della soluzione adottata alla luce dell'ordinamento straniero o della legge italiana: cfr. 9483/13, ma già, acutamente, Cass. 10215/07). Non vi è questo spazio soprattutto perché lo si propugna in relazione all'asserita liquidazione di danni punitivi, dedotta in assenza di una puntuale evidenziazione, in ricorso, delle circostanze che legittimerebbero tale affermazione, relative alla articolazione (tra danni patrimoniali, morali ed eventualmente punitivi) delle richieste delle parti, al loro fondamento giuridico nel sistema a quo, all'insorgere delle contestazioni insorte sul punto nel giudizio americano, etc.. Ne giova a parte ricorrente dedurre che in carenza di indicazione, nella sentenza, di regole e/o criteri di liquidazione del danno si dovrebbe presumere una natura parzialmente sanzionatoria del quantum transatto. Questa via, che si inerpica nuovamente sulla strada impercorribile del vizio di motivazione, è contraddetta dalle stesse ammissioni (pag. 13 di memoria 2016) circa il fatto che nell'affidavit Di Salvo, oltre alle spese mediche sostenute per 335.000 USD, la sola perdita della capacità di guadagno era stata stimata dai due a tre milioni di dollari. Pertanto a poco vale addurre che inizialmente il difensore del motociclista aveva testimoniato avanti la giuria della Florida che il valore della domanda oscillava dai 10 ai 30 milioni di dollari. Proprio questa prospettiva, che avrebbe potuto essere grossolanamente sanzionatoria e abnorme, risulta abbandonata dal ridimensionamento della transazione ben sotto i limiti della sola componente patrimoniale del risarcimento richiesto. Ne discende che non v'è alcun modo per ipotizzare il carattere "punitivo" della condanna pronunciata, carattere che comunque non si può presumere sol perché manchi nella sentenza, o meglio nella transazione recepita dal giudice americano, una chiara distinzione delle componenti del danno. Il motivo in questo senso ripropone una lettura "radicale" dei precedenti specifici citati, i quali erano però fondati (cfr in particolare Cass. 1781/12) sul riscontro dell'"insufficienza argomentativa", canone ormai non utilizzabile e che costringe quindi chi si opponga al riconoscimento a individuare inequivocabilmente eventuali profili normativi falsamente applicati dal provvedimento di deliberazione. 5) L'esito dei tre motivi svolti da parte ricorrente conduce al rigetto del ricorso. L'inammissibilità dell'ultimo motivo da' tuttavia alle Sezioni Unite la facoltà di pronunciarsi sulla questione in esso dibattuta, potendosi interpretare l'articolo 363 c.p.c., comma 3, nel senso che la enunciazione del principio di diritto è consentita anche in relazione a inammissibilità di un singolo motivo di ricorso che involga una questione di particolare importanza, ancorché il ricorso debba nel suo complesso essere rigettato. Nella specie le condizioni che giustificano l'enunciazione del principio di diritto si desumono dall'esteso dibattito dottrinale che da tempo sollecita un intervento giurisprudenziale sul tema e dalla stessa ordinanza di rimessione, stimolata dalla sagacia espositiva delle parti. 5.1) Nel 2007 la Cassazione ha fondato il rifiuto di riconoscimento di una pronuncia in materia, sancendo l'estraneità al risarcimento del danno dell'idea di punizione e di sanzione, nonché l'indifferenza della "condotta del danneggiante". Ha affermato il carattere monofunzionale della responsabilità civile, avente la sola funzione di "restaurare la sfera patrimoniale" del soggetto leso. Immediatamente censurata dalla dottrina maggioritaria, che ha criticato il contrasto tra queste proposizioni e il dinamico percorso dalla nozione di responsabilità civile nei lustri anteriori, la sentenza 1183/07 ha trovato conferma



qualche anno dopo. In Cass. 1781/2012 l'esclusione del carattere sanzionatorio della responsabilità civile è stata più esplicitamente riferita ai limiti della "verifica di compatibilità con l'ordinamento italiano della condanna estera al risarcimento dei danni da responsabilità contrattuale". Le Sezioni Unite ritengono che questa analisi sia superata e non possa più costituire, in questi termini, idoneo filtro per la valutazione di cui si discute. Già da qualche anno le Sezioni Unite (cfr. SU 9100/2015 in tema di responsabilità degli amministratori) hanno messo in luce che la funzione sanzionatoria del risarcimento del danno non è più "incompatibile con i principi generali del nostro ordinamento, come una volta si riteneva, giacché negli ultimi decenni sono state qua e là introdotte disposizioni volte a dare un connotato lato sensu sanzionatorio al risarcimento". Le Sezioni Unite hanno tuttavia precisato che questo connotato sanzionatorio non è ammissibile al di fuori dei casi nei quali una "qualche norma di legge chiaramente lo preveda, ostandovi il principio desumibile dall'articolo 25 Cost., comma 2, nonché dall'articolo 7 della Convenzione europea sulla salvaguardia dei diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali". Se si completa quest'avvertenza con il richiamo, altrettanto pertinente, all'articolo 23 Cost., si può comprendere perché mai, perfino nello stesso ambito temporale, ritornino (l'esempio più significativo: SU n. 15350/15) dinieghi circa la funzione sanzionatoria e di deterrenza della responsabilità civile. Essi risalgono, quando non si tratta di meri arricchimenti argomentativi, alla esigenza di smentire sollecitazioni tese ad ampliare la gamma risarcitoria in ipotesi prive di adeguata copertura normativa. Non possono valere tuttavia a sopprimere quanto è emerso dalla traiettoria che l'istituto della responsabilità civile ha percorso in questi decenni. In sintesi estrema può dirsi che accanto alla preponderante e primaria funzione compensativo-riparatoria dell'istituto (che immancabilmente lambisce la deterrenza) è emersa una natura polifunzionale (un autore ha contato più di una decina di funzioni), che si proietta verso più aree, tra cui sicuramente principali sono quella preventiva (o deterrente o dissuasiva) e quella sanzionatorio-punitiva. 5.2) Indispensabile riscontro di questa descrizione è il panorama normativo che si è venuto componendo. Esso da un lato denota l'urgenza che avverte il legislatore di ricorrere all'armamentario della responsabilità civile per dare risposta a bisogni emergenti, dall'altro dimostra, con la sua vivacità, quanto sia inappagante un insegnamento che voglia espungere dal sistema, confinandole in uno spazio indeterminato e asfittico, figure non riducibili alla "categoria". A incaricarsi di formare questo elenco, per definizione mai completo, sono state, oltre agli studi dell'Ufficio del Massimario, l'ordinanza di rimessione n. 9978/16 e la sentenza n.7613/15, chiamata a vagliare la compatibilità con l'ordine pubblico italiano delle misure di astreintes previste in altri ordinamenti (nella specie in quello belga). Quest'ultima ha recensito: " in tema di brevetto e marchio, il Regio Decreto 29 giugno 1127, n. 1939, articolo 86, e Regio Decreto 21 giugno 1942, n. 929, articolo 66, abrogati dal Decreto Legislativo 10 febbraio 2005, n. 30, che ha dettato a tal fine le misure dell'articolo 124, comma 2, e articolo 131, comma 2; il Decreto Legislativo 6 settembre 2005, n. 206, articolo 140, comma 7, c.d. codice del consumo, dove si tiene conto della "gravità del fatto"; secondo alcuni, l'articolo 709 ter c.p.c., nn. 2 e 3, introdotto dalla L. 8 febbraio 2006, n. 54, per le inadempienze agli obblighi di affidamento della prole; l'articolo 614 bis c.p.c., introdotto dalla L. 18 giugno 2009, n. 69, articolo 49, il quale contempla il potere del giudice di fissare una somma pecuniaria per ogni violazione ulteriore o ritardo nell'esecuzione del provvedimento, "tenuto conto del valore della controversia, della natura della prestazione, del danno quantificato o prevedibile e di ogni altra circostanza utile"; il Decreto Legislativo 2 luglio 2010, n. 104, articolo 114, redatto sulla falsariga della norma appena ricordata, che attribuisce analogo potere al giudice amministrativo dell'ottemperanza." Ha considerato "le ipotesi in cui è la legge che direttamente commina una determinata pena per il trasgressore: come - accanto alle disposizioni penali degli articoli 388 e 650 c.p. - l'articolo 18, comma 14, dello statuto dei lavoratori, ove, a fronte dell'accertamento dell'illegittimità di un licenziamento di particola-



re gravita', la mancata reintegrazione e' scoraggiata da una sanzione aggiuntiva; la L. 27 luglio 1978, n. 392, articolo 31, comma 2, per il quale il locatore paghera' una somma in caso di recesso per una ragione poi non riscontrata; l'articolo 709 ter c.p.c., n. 4, che attribuisce al giudice il potere di infliggere una sanzione pecuniaria aggiuntiva per le violazioni sull'affidamento della prole; o ancora il Decreto Legge 22 settembre 2006, n. 259, articolo 4, convertito in L. 20 novembre 2006, n. 281, in tema di pubblicazione di intercettazioni illegali". L'ordinanza 9978/16 ha menzionato tra gli altri: gli L. 22 aprile 1941, n. 633, articolo 158, e, soprattutto, Decreto Legislativo 10 febbraio 2005, n. 30, articolo 125, (proprietà industriale), pur con i limiti posti dal cons. 26 della direttiva CE (cd. Enforcement) 29 aprile 2004, n. 48 (sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale), attuata dal Decreto Legislativo 16 marzo 2006, n. 140 (v. articolo 158) e la venatura non punitiva ma solo sanzionatoria riconosciuta da Cass. n. 8730 del 2011; - il Decreto Legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, articolo 187 undecies, comma 2, (in tema di intermediazione finanziaria); - "il Decreto Legislativo 15 gennaio 2016, n. 7 (articoli 3 - 5), che ha abrogato varie fattispecie di reato previste a tutela della fede pubblica, dell'onore e del patrimonio e, se i fatti sono dolosi, ha affiancato al risarcimento del danno, irrogato in favore della parte lesa, lo strumento afflittivo di sanzioni pecuniarie civili, con finalità sia preventiva che repressiva". Entrambe le pronunce annettono precipuo rilievo alla L. 8 febbraio 1948, n. 47, articolo 12, che prevede una somma aggiuntiva a titolo riparatorio nella diffamazione a mezzo stampa e al novellato articolo 96, comma 3, c.p.c., che consente la condanna della parte soccombente al pagamento di una "somma equitativamente determinata", in funzione sanzionatoria dell'abuso del processo (nel processo amministrativo l'articolo 26, comma 2, del d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104). Mette conto citare anche l'articolo 28 del d.lgs n. 150/2011 sulle controversie in materia di discriminazione, che dà facoltà al giudice di condannare il convenuto al risarcimento del danno tenendo conto del fatto che l'atto o il comportamento discriminatorio costituiscono ritorsione ad una precedente azione giudiziale ovvero ingiusta reazione ad una precedente attività del soggetto leso volta ad ottenere il rispetto del principio della parità di trattamento. E ancora, si vedano l'articolo 18 comma secondo dello Statuto dei lavoratori, che prevede che in ogni caso la misura del risarcimento non potrà essere inferiore a cinque mensilità della retribuzione globale di fatto; il Decreto Legislativo n. 81 del 2015, articolo 28, comma 2, in materia di tutela del lavoratore assunto a tempo determinato e la anteriore norma di cui alla L. n. 183 del 2010, articolo 32, commi 5, 6 e 7, che prevede, nei casi di conversione in contratto a tempo indeterminato per illegittimità dell'apposizione del termine, una forfeiture del risarcimento. L'elenco di "prestazioni sanzionatorie", dalla materia condominiale (articolo 70 disp. att. c.c.) alla disciplina della subfornitura (L. n. 192 del 1998, articolo 3, comma 3), al ritardo di pagamento nelle transazioni commerciali (Decreto Legislativo n. 231 del 2002, articoli 2 e 5) è ancora lungo. Non è qui il caso di esaminare le singole ipotesi per dirimere il contrasto tra chi le vuol sottrarre ad ogni abbraccio con la responsabilità civile e chi ne trae, come le Sezioni Unite ritengono, il complessivo segno della molteplicità di funzioni che contraddistinguono il problematico istituto. 5.3) Giova segnalare, piuttosto, che nella stessa giurisprudenza costituzionale si trovano agganci meritevoli di considerazione. Corte Cost. n. 303 del 2011, riferendosi alla normativa in materia laburistica da ultimo citata (L. n. 183 del 2010), ha avuto modo di chiarire che trattasi di una novella "diretta ad introdurre un criterio di liquidazione del danno di più agevole, certa ed omogenea applicazione", avente "l'effetto di approssimare l'indennità in discorso al danno potenzialmente sofferto a decorrere dalla messa in mora del datore di lavoro sino alla sentenza", senza ammettere la detrazione dell'aliunde perceptum e così facendo assumere all'indennità onnicomprensiva "una chiara valenza sanzionatoria". Corte Cost. n. 152 del 2016, investita di questione relativa all'articolo 96 c.p.c., ha sancito la natura "non risarcitoria (o, comunque, non esclusivamente tale) e, più propriamente, sanzionatoria, con finalità deflative" di



questa disposizione e dell'abrogato articolo 385 c.p.c.. Vi e' dunque un riscontro a livello costituzionale della cittadinanza nell'ordinamento di una concezione polifunzionale della responsabilita' civile, la quale risponde soprattutto a un'esigenza di effettivita' (cfr. Corte Cost. 238/2014 e Cass. n. 21255/13) della tutela che in molti casi, della cui analisi la dottrina si e' fatta carico, resterebbe sacrificata nell'angustia monofunzionale. Infine va segnalato che della possibilita' per il legislatore nazionale di configurare "danni punitivi" come misura di contrasto della violazione del diritto eu-rounitario parla Cass., sez. un., 15 marzo 2016, n. 5072. Cio' non significa che l'istituto aquiliano abbia mutato la sua essenza e che questa curvatura deterrente/sanzionatoria consenta ai giudici italiani che pronunciano in materia di danno extracontrattuale, ma anche contrattuale, di imprimere soggettive accentuazioni ai risarcimenti che vengono liquidati. Ogni imposizione di prestazione personale esige una "intermediazione legislativa", in forza del principio di cui all'articolo 23 Cost., (correlato agli articoli 24 e 25), che pone una riserva di legge quanto a nuove prestazioni patrimoniali e preclude un incontrollato soggettivismo giudiziario. 6) Questo inquadramento del tema illumina la questione della compatibilita' con l'ordine pubblico di sentenze di condanna per punitive damages. La descrizione dell'ordine pubblico internazionale, "come complesso dei principi fondamentali caratterizzanti l'ordinamento interno in un determinato periodo storico, ma fondati su esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo comuni ai diversi ordinamenti e desumibili, innanzi tutto, dai sistemi di tutela approntati a livello sovraordinato rispetto alla legislazione ordinaria" (cfr. ord. 9978/16 pag. 21), puo' far pensare a una "riduzione della portata del principio di ordine pubblico". Cio' che va registrato e' senz'altro che la nozione di "ordine pubblico", che costituisce un limite all'applicazione della legge straniera, ha subito profonda evoluzione. Da "complesso dei principi fondamentali che caratterizzano la struttura etico-sociale della comunita' nazionale in un determinato periodo storico, e nei principi inderogabili immanenti nei piu' importanti istituti giuridici" (cosi' Cass. 1680/84) e' divenuto il distillato del "sistema di tutele approntate a livello sovraordinato rispetto a quello della legislazione primaria, sicche' occorre far riferimento alla Costituzione e, dopo il trattato di Lisbona, alle garanzie approntate ai diritti fondamentali dalla Carta di Nizza, elevata a livello dei trattati fondativi dell'Unione europea dall'articolo 6 TUE (Cass. 1302/13)". La dottrina ha spiegato che l'effetto principale recato dal recepimento e dall'interiorizzazione del diritto sovranazionale non e' la riduzione del controllo avverso l'ingresso di norme o sentenze straniere che possono "minare la coerenza interna" dell'ordinamento giuridico. Come si e' anticipato sub p. 2.2, a questa storica funzione dell'ordine pubblico si e' affiancata, con l'emergere e il consolidarsi dell'Unione europea, una funzione di esso promozionale dei valori tutelati, che mira ad armonizzare il rispetto di questi valori, essenziali per la vita e la crescita dell'Unione. E' stato pertanto convincentemente detto che il rapporto tra l'ordine pubblico dell'Unione e quello di fonte nazionale non e' di sostituzione, ma di autonomia e coesistenza. Le Sezioni Unite ne traggono riprova dall'articolo 67 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), il quale afferma che "l'Unione realizza uno spazio di liberta', sicurezza e giustizia nel rispetto dei diritti fondamentali nonche' dei diversi ordinamenti giuridici e delle diverse tradizioni giuridiche degli Stati membri". Pertanto a fungere da parametro decisivo non basta il confronto tra le reazioni delle corti dei singoli Stati alle novita' provenienti da uno Stato terzo, o da un altro stato dell'Unione; ne' lo e' un'enunciazione possibilista come quella, proprio in tema di danni non risarcitori, contenuta nel Considerando n. 32 del reg. CE 11 luglio 2007 n. 864. La sentenza straniera che sia applicativa di un istituto non regolato dall'ordinamento nazionale, quand'anche non ostacolata dalla disciplina europea, deve misurarsi con il portato della Costituzione e di quelle leggi che, come nervature sensibili, fibre dell'apparato sensoriale e delle parti vitali di un organismo, inverano l'ordinamento costituzionale. Se con riguardo all'ordine pubblico processuale, ferma la salvaguardia dell'effettivita' dei diritti fondamentali di difesa, il se-



taccio si e' fatto piu' largo per rendere piu' agevole la circolazione dei prodotti giuridici internazionali, con riguardo all'ordine pubblico sostanziale non puo' dirsi altrettanto. Gli esiti armonizzanti, mediati dalle Carte sovranazionali, potranno agevolare sovente effetti innovativi, ma Costituzioni e tradizioni giuridiche con le loro diversita' costituiscono un limite ancora vivo: privato di venature egoistiche, che davano loro "fiato corto", ma reso piu' complesso dall'intreccio con il contesto internazionale in cui lo Stato si colloca. Non vi potra' essere percio' arretramento del controllo sui principi essenziali della "lex fori" in materie, come per esempio quella del lavoro (v. significativamente Cass. 10070/13) che sono presidiate da un insieme di norme di sistema che attuano il fondamento della Repubblica. Nel contempo non ci si potra' attestare ogni volta dietro la ricerca di una piena corrispondenza tra istituti stranieri e istituti italiani. Non avrebbe utilita' chiedersi se la ratio della funzione deterrente della responsabilita' civile nel nostro sistema sia identica a quella che genera i punitive damages. L'interrogativo e' solo il seguente: se l'istituto che bussava alla porta sia in aperta contraddizione con l'intreccio di valori e norme che rilevano ai fini della delibazione. 7) Le considerazioni svolte fanno da guida alle conclusioni che si intendono raggiungere in materia di riconoscimento di sentenze che condannino a risarcire punitive damages. Schematicamente si puo' dire che, superato l'ostacolo connesso alla natura della condanna risarcitoria, l'esame va portato sui presupposti che questa condanna deve avere per poter essere importata nel nostro ordinamento senza confliggere con i valori che presidiano la materia, valori riconducibili agli articoli da 23 a 25 Cost.. Cosi' come (cfr p. 5.2) si e' detto che ogni prestazione patrimoniale di carattere sanzionatorio o deterrente non puo' essere imposta dal giudice italiano senza espressa previsione normativa, similmente dovra' essere richiesto per ogni pronuncia straniera. Cio' significa che nell'ordinamento straniero (non per forza in quello italiano, che deve solo verificare la compatibilita' della pronuncia resa all'estero) deve esservi un ancoraggio normativo per una ipotesi di condanna a risarcimenti punitivi. Il principio di legalita' postula che una condanna straniera a "risarcimenti punitivi" provenga da fonte normativa riconoscibile, cioe' che il giudice a quo abbia pronunciato sulla scorta di basi normative adeguate, che rispondano ai principi di tipicita' e prevedibilita'. Deve esservi insomma una legge, o simile fonte, che abbia regolato la materia "secondo principi e soluzioni" di quel paese, con effetti che risultino non contrastanti con l'ordinamento italiano. Ne discende che dovra' esservi precisa perimetrazione della fattispecie (tipicita') e puntualizzazione dei limiti quantitativi delle condanne irrogabili (prevedibilita'). Resta poi nella singolarita' di ogni ordinamento, a seconda dell'attenzione portata alla figura dell'autore dell'illecito o a quella del danneggiato, la declinazione dei risarcimenti punitivi e il loro ancoraggio a profili sanzionatori o piu' strettamente compensatori, che rispondera' verosimilmente anche alle differenze risalenti alla natura colposa o dolosa dell'illecito. Presidio basilare per la analisi di compatibilita' si desume in ogni caso dall'articolo 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione relativo ai "Principi della legalita' e della proporzionalita' dei reati e delle pene". La sua applicazione comporta, e' stato notato anche in dottrina, che il controllo delle Corti di appello sia portato a verificare la proporzionalita' tra risarcimento riparatorio-compensativo e risarcimento punitivo e tra quest'ultimo e la condotta censurata, per rendere riconoscibile la natura della sanzione/punizione. La proporzionalita' del risarcimento, in ogni sua articolazione, e', a prescindere da questo disposto normativo, uno dei cardini della materia della responsabilita' civile. 7.1) E' d'uopo a questo punto dar conto della circostanza che nell'ordinamento nordamericano, dal quale provengono le condanne per le quali la giurisprudenza degli Stati europei si affatica, vi e' stata una rapida evoluzione, che ha ormai scacciato la prospettiva dei danni cosiddetti grossly excessive. Se nel 1996 gia' la Corte Suprema (caso BMW Supreme Court (Usa), 20-051996.) aveva ripudiato, con due sole opinioni dissenzienti, questa configurazione dell'istituto, dodici anni dopo il percorso si era quasi ultimato. Nel mentre gran parte degli Stati disciplinavano normativamente l'istituto, sottraendolo a



verdetti imprevedibili delle giurie (pur costituite, in origine, per garantire al danneggiante il giudizio dei suoi pari), la Supreme Court (20-022007, caso Philip Morris) sanciva che nel diritto statunitense le due process clause, di cui al XIV emendamento della Costituzione, la concessione di danni punitivi basati sul valore del diritto di credito vantato da tutti coloro che non hanno instaurato la lite. E la sentenza EXXON (U.S. Supreme Court, 25 giugno 2008) e' giunta a stabilire anche un rapporto massimo di 1 a 1 tra importo della somma riconosciuta a titolo compensativo e liquidazione punitiva. A guisa di esempio puo' essere utile uno sguardo all'attuale legge della Florida (Florida Statute), stato da cui provengono le sentenze di cui si tratta, ove sono stati introdotti limiti al fenomeno della responsabilita' multipla. Limiti costituiti dal divieto del ne bis in idem, dall'introduzione di massimali alternativi a seconda del tipo di responsabilita' che si configura, dalla necessita' di seguire un complesso rito con una verifica iniziale della responsabilita' ed una fase successiva relativa agli eventuali punitive damages (un miniprocesso, significativo per quanto riguarda il nostro sistema in quanto rafforzamento della garanzia sul procedimento ex articolo 24 Cost.). Non e' dunque puramente teorica la possibilita' che viene schiusa con la revisione giurisprudenziale che le Sezioni Unite stanno adottando. Il caso di specie, che neppure comporta pronuncia a risarcimenti punitivi, non offre il destro per ulteriori approfondimenti, che la casistica potra' incaricarsi di vagliare. Cio' che conta ribadire e' che la riconoscibilita' del risarcimento punitivo e' sempre da commisurare agli effetti che la pronuncia del giudice straniero puo' avere in Italia, con tutta l'ampiezza di verifica che si deve praticare nel recepimento, con le pronunce straniere, di un istituto sconosciuto, ma in via generale non incompatibile con il sistema. 8) E' quindi possibile enunciare il seguente principio di diritto: Nel vigente ordinamento, alla responsabilita' civile non e' assegnato solo il compito di restaurare la sfera patrimoniale del soggetto che ha subito la lesione, poiche' sono interne al sistema la funzione di deterrenza e quella sanzionatoria del responsabile civile. Non e' quindi ontologicamente incompatibile con l'ordinamento italiano l'istituto di origine statunitense dei risarcimenti punitivi. Il riconoscimento di una sentenza straniera che contenga una pronuncia di tal genere deve pero' corrispondere alla condizione che essa sia stata resa nell'ordinamento straniero su basi normative che garantiscano la tipicita' delle ipotesi di condanna, la prevedibilita' della stessa ed i limiti quantitativi, dovendosi avere riguardo, in sede di delibazione, unicamente agli effetti dell'atto straniero e alla loro compatibilita' con l'ordine pubblico. Il ricetta del ricorso comporta la sussistenza delle condizioni per il raddoppio del contributo unificato. Le spese di questo grado del giudizio possono essere interamente compensate, in considerazione della novita' e complessita' delle questioni esaminate.

P.Q.M.

La Corte, a Sezioni Unite, rigetta il ricorso e compensa tra le parti le spese del giudizio di legittimita'. Enuncia, ai sensi dell'articolo 363 c.p.c., il principio di diritto di cui al punto 8 della motivazione. Da' atto della sussistenza delle condizioni di cui al Decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 2002, n. 115, articolo 13, comma 1 quater, introdotto dal comma 17 della L. n. 228 del 2012, articolo 1, per il versamento di ulteriore importo a titolo di contributo unificato. Cosi' deciso in Roma, nella Camera di Consiglio delle Sezioni Unite Civili, il 7 febbraio 2017. Depositato in Cancelleria il 5 luglio 2017



FILIAZIONE - RICONOSCIMENTO DEL FIGLIO – ESAME GENETICO

CASS. CIV., SEZ. I, 27-07-2017, N. 18626

In tema di impugnazione per difetto di veridicità del riconoscimento del figlio nato fuori dal matrimonio, costituisce fonte decisiva del convincimento del giudice, a fronte di una situazione di incertezza probatoria circa la sussistenza della genitorialità biologica, il rifiuto ingiustificato dell'autore del riconoscimento di sottoporsi all'esame genetico.



FATTI

1. Con sentenza depositata in data 18 marzo 2010 il Tribunale di Ferrara, accogliendo l'impugnazione per difetto di veridicità proposta dal sig. Co. Ma. in relazione al riconoscimento, da parte del sig. Za. Ge., dei figli gemelli, partoriti fuori dal matrimonio dalla sig.ra Bo. El., Z. F. e Fr., dichiarava che il predetto convenuto non era il padre biologico degli stessi, affermando al contempo la propria incompetenza in merito alla domanda attorea di riconoscimento del rapporto di filiazione. 2. Tale decisione si fondava sui seguenti elementi: l'inizio della convivenza fra lo Za. e la Bo. in epoca successiva al concepimento, che viceversa era avvenuto durante il periodo cui risaliva la relazione fra la madre dei minori e il Co.; il rifiuto dei convenuti al prelievo dei campioni per l'effettuazione di una consulenza genetica, la compatibilità del Co. al 99,99 per cento risultante da un test di laboratorio prodotto dall'attore, sulla base di campioni biologici prelevati dai predetti gemelli. 3. Con la decisione indicata in epigrafe la Corte di appello di Bologna ha accolto l'impugnazione proposta dalla sig.ra Bo., ed ha quindi rigettato la domanda del Co.. 4. E' stato in particolare osservato che, non potendo attribuirsi valore probatorio al risultato dell'esame di laboratorio eseguito nell'interesse del Co. in assenza del rispetto di qualsiasi garanzia di veridicità e del principio del contraddittorio, la circostanza stessa del prelievo all'insaputa dello Za. - dei campioni sui minori da parte della madre, per consegnarli al Co., dimostra che la Bo. evidentemente aveva dei dubbi sulla effettiva paternità dei minori. Ne conseguiva che, essendo evidente che all'epoca la madre intratteneva rapporti tanto con lo Za. quanto con il Co., mancava la prova certa dell'impossibilità oggettiva che l'autore del riconoscimento fosse il padre dei gemelli. 5. Per la cassazione di tale decisione il Co. propone ricorso, affidato ad unico motivo, illustrato da memoria, cui resiste con controricorso la signora Bo.. Lo Za. e la curatrice speciale dei minori, avv. B. F., non svolgono attività difensiva.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. Con unico e articolato motivo, deducendo violazione e falsa applicazione degli articoli 263 e 2729 c.c., articoli 115 e 116 c.p.c., si sostiene che erroneamente la Corte felsinea avrebbe disatteso il principio secondo cui, in materia di accertamenti afferenti alla paternità ed alla validità dei correlati atti dichiarativi, il rifiuto di consentire il compimento dell'esame biologico è sufficiente ad integrare la prova in ordine alla sussistenza ovvero all'insussistenza del rapporto parentale. 2. Il ricorso è fondato. Vale bene prendere le mosse da una recente decisione di questa Corte nella quale viene particolarmente approfondito il tema della rilevanza degli aspetti probatori nelle azioni di status, rimarcandosi come, prima della disciplina introdotta con il Decreto Legislativo n. 154 del 2013, in materia di impugnazione del riconoscimento di figlio nato fuori del matrimonio per difetto di veridicità, si affermava che l'attore dovesse fornire piena prova della non veridicità del riconoscimento, apparendo tale maggior rigore giustificato dall'ampiezza dei soggetti legittimati alla proposizione della relativa azione. L'accesso alla prova genetica doveva quindi essere preceduto dal positivo vaglio del materiale probatorio acquisito, nel senso che si riteneva la necessità della previa acquisizione, secondo i più recenti orientamenti, di almeno un principio di prova per poter dare ingresso ad un esame genetico (tra le altre, Cass. n. 10585 del 2009; n. 17895 del 2013; n. 3217 del 2014). Di recente, poi, si è data rilevanza al rifiuto di sottoporsi al predetto esame, pur richiedendosi l'acquisizione di congrua documentazione, ovvero un'adeguata istruttoria testimoniale (Cass., 26 marzo 2015, n. 6136, in cui si afferma, fra l'altro, che "nell'attuale contesto socioculturale caratterizzato da ampie possibilità di accertamento del patrimonio bio-genetico



dell'individuo, pensare di "segregare" l'atto negoziale di accertamento della paternita', escludendo il controinteressato dal fornire la prova del suo difetto di veridicita' significa, ignorando il livello attuale delle cognizioni scientifiche e delle potenzialita' di indagine, consentire ogni forma di abuso del diritto e, quindi, di adozione mascherata e fraudolenta del minore, non tollerabile in una societa' civile e trasparente"). 3. Con riferimento al procedimento relativo all'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicita', e' stato ribadito il carattere "decisivo" della consulenza tecnica d'ufficio ematologica, o genetica (Cass., 13 novembre 2015, n. 23290), tanto "da rendere comportamento processuale dotato di pregnante rilevanza il suo ingiustificato rifiuto (Cass., 25 marzo 2015, n. 6025; Cass., 21 maggio 2014, n. 11223). 4. Il ricorso all'accertamento tecnico, e quindi, la valutazione del comportamento della parte che con il proprio rifiuto non ne consenta l'effettuazione, e' stato giustificato anche in presenza della "non univocita' e alla discordanza tra gli elementi acquisiti" (Cass., 16 aprile 2008, n. 10007). Tale assunto appare assolutamente condivisibile, in quanto il mancato ricorso a uno strumento, reso disponibile dal progresso scientifico e dotato di un elevato grado di attendibilita' (Cfr. Corte cost., n. 266 del 2006), non appare del tutto coerente rispetto all'esigenza di verificare la fondatezza di una domanda attinente a una delicata questione attinente allo status della persona. Sotto tale profilo non sembra del tutto condivisibile la riferita tesi secondo cui la maggiore ampiezza dei soggetti legittimati alla proposizione della domanda ex articolo 263 c.c., legittimerebbe un diverso regime probatorio, caratterizzato, quanto a quest'ultima, da maggior rigore, relativo alle azioni, sostanzialmente speculari, in materia di filiazione. D'altra parte, l'orientamento secondo cui "l'azione di impugnazione del riconoscimento del figlio naturale per difetto di veridicita' postula, a norma dell'articolo 263 c.c., la dimostrazione dell'assoluta impossibilita' che il soggetto, autore dell'originario riconoscimento, sia, in realta', il padre biologico del soggetto riconosciuto come figlio", con conseguente impossibilita' di prendere in considerazione come prova della non veridicita' del riconoscimento il rifiuto del figlio riconosciuto di sottoporsi al prelievo ematologico (Cass., 11 settembre 2015, n. 17970; Cass., 10 luglio 2013, n. 17095), non trova alcun riscontro nel tenore della norma, apparendo poi distonico non solo rispetto al carattere decisivo dell'accertamento di natura genetica come sopra delineato, ma anche rispetto alla circostanza che l'attore e' chiamato a fornire la prova di un fatto negativo. 5. In proposito giova richiamare il principio secondo cui tale prova deve essere resa mediante l'allegazione di fatti positivi di segno contrario, e puo' essere raggiunta anche attraverso dichiarazioni testimoniali o presunzioni (cfr., ex multis, Cass., 20 agosto 2015, n. 17009, nonche', con riferimento all'azione ex articolo 263 c.c., Cass., 19 marzo 2002, n. 3976). In tale ambito si colloca il principio, gia' affermato da questa Corte (Cass., 22 novembre 1995, n. 12085), secondo cui l'azione di impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicita' puo' essere accolta non solo quando l'attore provi che l'autore del riconoscimento, all'epoca del concepimento, era affetto da "impotentia generandi" o non aveva la possibilita' di avere rapporti con la madre, ma anche quando fornisca la prova di essere il vero genitore. 6. Tanto premesso, deve verificarsi come debba essere valutato, nel procedimento in esame, il rifiuto di sottoporsi ai prelievi di natura biologica, che, com'e' noto, deve ricondursi nella previsione dell'articolo 116 c.p.c., comma 2. Come sottolineato da recente e attenta dottrina, l'argomento di prova delineato da tale disposizione, che la giurisprudenza di questa Corte considera componente sufficiente a fondare il convincimento del giudice (cfr., Cass., 3 aprile 2013, n. 8088; Cass., 16 dicembre 2011, n. 27149; Cass., 29 settembre 2009, n. 20819), assume un valore intrinsecamente "relazionale", nel senso che il grado di intensita' della connessione fra il thema probandum e taluna delle circostanze indicate nella norma sopra richiamata puo' consentire, nei casi in cui assuma particolare rilevanza, di utilizzare anche in via esclusiva l'argomento di prova come fonte esclusiva del convincimento. Ove si consideri l'elevato grado di certezza che si puo' conseguire attraverso l'acquisizione della prova scientifica in esame,



appare evidente come al comportamento ingiustificato della parte che non consenta di raggiungere quel risultato debba attribuirsi un elevato di significatività, tale da renderlo, come sostenuto da autorevole dottrina, "autosufficiente ai fini del giudizio di fatto". 7. La Corte di appello di Bologna non si è conformata ai principi sopra esposti. Dopo aver sottolineato che la ricostruzione della vicenda presentava delle incertezze (sulla base del rilievo che, avendo la Bo. prelevato i campioni utilizzati per un accertamento genetico ante causam all'insaputa dello Za., evidentemente "il concepimento poteva essere anche opera sua"), il giudice del merito afferma che, dovendosi "escludere la certezza pretesa dall'articolo 263 c.c.", l'inizio della convivenza fra lo Za. e la madre dei gemelli quando costei si trovava al settimo mese di gravidanza assume un carattere "equivoco", e "ancor meno vale la sottrazione processuale alla consulenza tecnica d'ufficio sul D.N.A.". In tale modo l'argomento di prova desumibile dal rifiuto di sottoporsi all'esame genetico, il cui carattere decisivo è stato assolutamente negletto, sarebbe utilizzabile quando, essendosi già conseguita la prova dell'assenza del rapporto di filiazione biologica, non si tratterebbe di superare una situazione di incertezza, ma di aggiungere certezza a certezza. 8. La sentenza impugnata, pertanto, deve essere cassata, con rinvio alla Corte di appello di Bologna che, in diversa composizione, applicherà il seguente principio di diritto: "Nel giudizio di impugnazione del riconoscimento di figlio nati fuori dal matrimonio per difetto di veridicità, il rifiuto ingiustificato di sottoporsi ad esame genetico, in presenza di una situazione di incertezza, sul piano probatorio, circa la sussistenza o meno del rapporto di filiazione biologica fra l'autore del riconoscimento ed il figlio, deve essere valutato dal giudice, ai sensi dell'articolo 116 c.p.c., comma 2, come decisiva fonte di convincimento". Il giudice del rinvio provvederà, inoltre, al regolamento delle spese relative al presente giudizio di legittimità.

P.Q.M.

Accoglie il ricorso; cassa la sentenza impugnata e rinvia, anche per le spese, alla Corte di appello di Bologna, in diversa composizione. Dispone che in caso di diffusione del presente provvedimento siano omesse le generalità e gli altri dati significativi. Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio della Sezione Prima Civile, il 9 gennaio 2017. Depositato in Cancelleria il 27 luglio 2017.



SENTENZA DELLA CORTE (Grande Sezione) 10 maggio 2017

«Rinvio pregiudiziale – Cittadinanza dell’Unione – Articolo 20 TFUE – Diritto di soggiorno in uno Stato membro costituente un presupposto per l’accesso agli aiuti sociali ed agli assegni familiari – Cittadino di un paese terzo che si assume l’onere quotidiano ed effettivo del proprio figlio minore, cittadino di tale Stato membro – Obbligo per il cittadino di un paese terzo di dimostrare l’incapacità dell’altro genitore, cittadino di questo Stato membro, di occuparsi del figlio minore – Rifiuto di soggiorno che può obbligare il minore a lasciare il territorio dello Stato membro, o persino il territorio dell’Unione»

Nella causa C-133/15,

avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell’articolo 267 TFUE, dal Centrale Raad van Beroep (Corte d’appello per le questioni in materia di sicurezza sociale e di funzione pubblica, Paesi Bassi), con decisione del 16 marzo 2015, pervenuta in cancelleria il 18 marzo 2015, nel procedimento

**H. C. Chavez-Vilchez,
P. Pinas,
U. Nikolic,
X. V. Garcia Perez,
J. Uwituze,
I. O. Enowassam,
A. E. Guerrero Chavez,
Y. R. L. Wip**

contro

**Raad van bestuur van de Sociale verzekeringsbank,
College van burgemeester en wethouders van de gemeente Arnhem,
College van burgemeester en wethouders van de gemeente 's-Gravenhage,
College van burgemeester en wethouders van de gemeente 's-Hertogenbosch,
College van burgemeester en wethouders van de gemeente Amsterdam,
College van burgemeester en wethouders van de gemeente Rijswijk,
College van burgemeester en wethouders van de gemeente Rotterdam,**

LA CORTE (Grande Sezione),

composta da K. Lenaerts, presidente, A. Tizzano, vicepresidente, R. Silva de Lapuerta, M. Ilešič, J. L. da Cruz Vilaça, E. Juhász, M. Berger, A. Prechal ed E. Regan, presidenti di sezione, A. Rosas (relatore), C. Toader, M. Safjan, D. Šváby, E. Jarašiūnas e C. G. Fernlund, giudici, avvocato generale: M. Szpunar

cancelliere: C. Strömholm, amministratore

vista la fase scritta del procedimento e in seguito all’udienza del 10 maggio 2016,

considerate le osservazioni presentate:



- per A. E. Guerrero Chavez, I. O. Enowassam, J. Uwituze, X. V. Garcia Perez, U. Nikolic, P. Pinas e H. C. Chavez-Vilchez, da E. Cerezo-Weijnsfeld, J. Kruseman, S. Çakici-Reinders e W. Fischer, advocaten;
- per Y. R. L. Wip, da H. de Roo e T. Weterings, advocaten;
- per il governo neerlandese, da C. S. Schillemans e M. K. Bulterman, in qualità di agenti;
- per il governo belga, da C. Pochet, M. Jacobs e S. Vanrie, in qualità di agenti;
- per il governo danese, da C. Thorning, M. Lyshøj e M. Wolff, in qualità di agenti;
- per il governo francese, da R. Coesme, in qualità di agente;
- per il governo lituano, da R. Krasuckaitė e V. Čepaitė, in qualità di agenti;
- per il governo polacco, da B. Majczyna, in qualità di agente;
- per il governo del Regno Unito, da V. Kaye, C. Crane e M. Holt, in qualità di agenti, assistiti da D. Blundell e B. Lask, barristers;
- per il governo norvegese, da I. Jansen e M. K. Moen, in qualità di agenti;
- per la Commissione europea, da D. Maidani, C. Tufvesson e G. Wils, in qualità di agenti,

sentite le conclusioni dell'avvocato generale, presentate all'udienza dell'8 settembre 2016, ha pronunciato la seguente

Sentenza

1 La domanda di decisione pregiudiziale verte sull'interpretazione dell'articolo 20 TFUE.

2 Tale domanda è stata presentata nell'ambito di controversie che oppongono la sig.ra H. C. Chavez-Vilchez e altre sette cittadine di paesi terzi, madri di uno o più figli minorenni di nazionalità neerlandese, dei quali esse hanno la responsabilità quotidiana e effettiva, alle competenti autorità neerlandesi, e vertenti sul rigetto delle loro domande di aiuto sociale e di assegni familiari, determinato dal fatto che esse non disponevano di un diritto di soggiorno nei Paesi Bassi.

Contesto normativo

Diritto dell'Unione

3 L'articolo 2 della direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, che modifica il regolamento (CEE) n. 1612/68 ed abroga le direttive 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE (GU 2004, L 158, pag. 77, e, per rettifica, GU 2004, L 229, pag. 35, e GU 2005, L 197, pag. 34), intitolato «Definizioni», recita:

«Ai fini della presente direttiva, si intende per:

- 1) “cittadino dell'Unione”: qualsiasi persona avente la cittadinanza di uno Stato membro;
- 2) “familiare”:
(...)
- d) gli ascendenti diretti a carico e quelli del coniuge o partner di cui alla lettera b);



3) “Stato membro ospitante”: lo Stato membro nel quale il cittadino dell’Unione si reca al fine di esercitare il diritto di libera circolazione o di soggiorno».

4 L’articolo 3 di questa stessa direttiva, intitolato «Aventi diritto», prevede, al paragrafo 1, quanto segue:

«La presente direttiva si applica a qualsiasi cittadino dell’Unione che si rechi o soggiorni in uno Stato membro diverso da quello di cui ha la cittadinanza, nonché ai suoi familiari ai sensi dell’articolo 2, punto 2, che accompagnino o raggiungano il cittadino medesimo».

5 L’articolo 5 della direttiva 2004/38, intitolato «Diritto d’ingresso», così dispone:

«1. Senza pregiudizio delle disposizioni applicabili ai controlli dei documenti di viaggio alle frontiere nazionali, gli Stati membri ammettono nel loro territorio il cittadino dell’Unione munito di una carta d’identità o di un passaporto in corso di validità, nonché i suoi familiari non aventi la cittadinanza di uno Stato membro, muniti di valido passaporto.

Nessun visto d’ingresso né alcuna formalità equivalente possono essere prescritti al cittadino dell’Unione.

2. I familiari non aventi la cittadinanza di uno Stato membro sono soltanto assoggettati all’obbligo del visto d’ingresso, conformemente al regolamento (CE) n. 539/2001 [del Consiglio, del 15 marzo 2001, che adotta l’elenco dei paesi terzi i cui cittadini devono essere in possesso del visto all’atto dell’attraversamento delle frontiere esterne e l’elenco dei paesi terzi i cui cittadini sono esenti da tale obbligo (GU 2001, L 81, pag. 1)] o, se del caso, alla legislazione nazionale. Ai fini della presente direttiva il possesso della carta di soggiorno di cui all’articolo 10, in corso di validità, esonera detti familiari dal requisito di ottenere tale visto.

Gli Stati membri concedono a dette persone ogni agevolazione affinché ottengano i visti necessari. Tali visti sono rilasciati il più presto possibile in base a una procedura accelerata e sono gratuiti.

(...).

6 L’articolo 7, paragrafi 1 e 2, della citata direttiva è formulato nei seguenti termini:

«1. Ciascun cittadino dell’Unione ha il diritto di soggiornare per un periodo superiore a tre mesi nel territorio di un altro Stato membro, a condizione:

a) di essere lavoratore subordinato o autonomo nello Stato membro ospitante; o
b) di disporre, per se stesso e per i propri familiari, di risorse economiche sufficienti, affinché non divenga un onere a carico dell’assistenza sociale dello Stato membro ospitante durante il periodo di soggiorno, e di un’assicurazione malattia che copra tutti i rischi nello Stato membro ospitante; o

c) – (...) – di disporre di un’assicurazione malattia che copre tutti i rischi nello Stato membro ospitante e di assicurare all’autorità nazionale competente, con una dichiarazione o con altro mezzo di sua scelta equivalente, di disporre, per se stesso e per i propri familiari, di risorse economiche sufficienti, affinché non divenga un onere a carico dell’assistenza sociale dello Stato membro ospitante durante il suo periodo di soggiorno; o

d) di essere un familiare che accompagna o raggiunge un cittadino dell’Unione rispondente alle condizioni di cui alle lettere a), b) o c).

2. Il diritto di soggiorno di cui al paragrafo 1 è esteso ai familiari non aventi la cittadinanza di uno Stato membro quando accompagnino o raggiungano nello Stato membro ospitante



il cittadino dell'Unione, purché questi risponda alla condizioni di cui al paragrafo 1, lettere a), b) o c)».

Diritto neerlandese

7 L'articolo 1 della Vreemdelingenwet 2000 (legge del 2000 sugli stranieri), nella versione applicabile ai fatti del procedimento principale (in prosieguo: la «legge sugli stranieri»), dispone quanto segue:

«Ai sensi della presente legge e delle disposizioni adottate in base ad essa, si intende per:

(...)

e) cittadini comunitari:

1. i cittadini degli Stati membri dell'Unione europea che, in base al Trattato istitutivo della Comunità europea, sono autorizzati a fare ingresso e a soggiornare nel territorio di un altro Stato membro;

2. i familiari delle persone di cui al punto 1 aventi la cittadinanza di un paese terzo e che, in forza di una decisione adottata in esecuzione del Trattato istitutivo della Comunità europea, sono autorizzati a fare ingresso e a soggiornare nel territorio di uno Stato membro;

(...).».

8 L'articolo 8 della legge suddetta recita:

«Allo straniero è riconosciuto il soggiorno regolare nei Paesi Bassi soltanto:

(...)

e) in quanto cittadino comunitario, nei limiti in cui egli soggiorni nei Paesi Bassi in forza di una normativa adottata ai sensi del Trattato istitutivo della Comunità europea o dell'Accordo sullo Spazio economico europeo;

f) qualora, in attesa della decisione su una domanda di permesso di soggiorno (...), l'espulsione del richiedente debba essere sospesa, conformemente alle disposizioni della presente legge o adottate in forza della stessa ovvero in base a una decisione giurisdizionale, fino a che non si sarà statuito su detta domanda;

g) qualora, in attesa della decisione su una domanda di permesso di soggiorno (...) o di proroga della validità di un permesso di soggiorno (...) o di modifica del medesimo, l'espulsione del richiedente debba essere sospesa, conformemente alle disposizioni della presente legge o adottate in forza della stessa ovvero in base a una decisione giurisdizionale, fino a che non si sarà statuito su detta domanda;

h) qualora, in attesa della decisione su un ricorso amministrativo o giurisdizionale, l'espulsione del richiedente debba essere sospesa, conformemente alle disposizioni della presente legge o adottate in forza della stessa ovvero in base a una decisione giurisdizionale, fino a che non si sarà statuito su detto ricorso».

9 L'articolo 10 delle legge sugli stranieri così dispone:

«1. Lo straniero che non si trova in una situazione di soggiorno regolare non ha diritto a prestazioni, indennità e sussidi concessi in base a decisione di un organo amministrativo. Il primo periodo del presente paragrafo si applica mutatis mutandis alle esenzioni o alle autorizzazioni concesse per legge o per disposizione amministrativa di carattere generale.

2. Deroghe al paragrafo 1 sono consentite se la pretesa fatta valere riguarda l'istruzione, la prestazione di cure mediche indispensabili, la prevenzione di rischi per la salute pubblica o il patrocinio giuridico allo straniero.



3. La concessione di prestazioni non conferisce un diritto al soggiorno regolare».

10 La Vreemdelingencirculaire 2000 (circolare del 2000 sugli stranieri), nella versione applicabile alle controversie di cui al procedimento principale (in prosieguo: la «circolare sugli stranieri»), comprende un insieme di disposizioni dettate dal Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie (Segretario di Stato per la Sicurezza e la Giustizia, Paesi Bassi). Tale circolare è accessibile a tutti e ciascuno può invocarne le disposizioni. Nell'esaminare le domande di titoli di soggiorno, l'autorità nazionale competente – nella fattispecie l'Immigratie- en Naturalisatiedienst (Servizio dell'immigrazione e delle naturalizzazioni, Paesi Bassi; in prosieguo: l'«IND») – è tenuta a rispettare le suddette disposizioni. Detta autorità può discostarsi da queste ultime soltanto in maniera motivata e in casi eccezionali che non siano stati presi in considerazione al momento della redazione di tali disposizioni.

11 Il paragrafo 2.2. della parte B della circolare sugli stranieri dispone quanto segue:

«Uno straniero si trova in una situazione di soggiorno regolare ai sensi (...) della [legge sugli stranieri] qualora egli soddisfi tutte le seguenti condizioni:

- lo straniero abbia un figlio minore che possiede la cittadinanza neerlandese;
- tale figlio sia a carico dello straniero ed abiti presso di lui, e
- in caso di diniego del diritto di soggiorno allo straniero, il figlio dovrebbe seguire lo straniero e lasciare il territorio dell'Unione europea.

In ogni caso, l'IND non presume che il figlio [il cui padre o la cui madre sia straniero o straniera] debba seguire [il genitore straniero] e lasciare il territorio dell'Unione europea, qualora vi sia un altro genitore che si trovi in una situazione di soggiorno regolare in forza (...) della legge sugli stranieri, ovvero che abbia la cittadinanza neerlandese, e tale genitore sia effettivamente in grado di occuparsi del figlio.

In ogni caso l'IND presume che l'altro genitore sia effettivamente in grado di occuparsi del figlio qualora:

- l'altro genitore abbia l'affidamento del figlio, ovvero tale affidamento possa ancora essergli attribuito, e
- l'altro genitore possa avvalersi, per la cura e l'educazione, di aiuto e di assistenza forniti dallo Stato o dalle organizzazioni sociali. Tra tali prestazioni l'IND include anche il versamento di un'indennità a carico delle risorse generali dello Stato, alla quale in linea di principio hanno diritto i cittadini neerlandesi nei Paesi Bassi.

In ogni caso, l'IND presume che l'altro genitore non sia effettivamente in grado di occuparsi del figlio qualora tale genitore:

- si trovi in stato di detenzione, o
- dimostri che non può essergli conferito l'affidamento del figlio».

12 A norma della Wet werk en bijstand (legge sul lavoro e sugli aiuti sociali; in prosieguo: la «legge sugli aiuti sociali») e della Algemene Kinderbijslagwet (legge generale sugli assegni familiari; in prosieguo: la «legge sugli assegni familiari»), i genitori aventi la cittadinanza di paesi terzi devono risiedere legalmente nei Paesi Bassi e dunque beneficiare di un diritto di soggiorno per poter chiedere gli aiuti sociali e gli assegni familiari.

13 Il 1° luglio 1998 è entrata in vigore la Wet tot wijziging van de Vreemdelingenwet en enige andere wetten teneinde de aanspraak van vreemdelingen jegens bestuursorganen op verstrekingen, voorzieningen, uitkeringen, ontheffingen en vergunningen te koppelen aan het re-



chtmatig verblijf van de vreemdeling in Nederland (legge recante modifiche della legge sugli stranieri e di alcune altre leggi al fine di subordinare al soggiorno regolare nei Paesi Bassi la richiesta, da parte degli stranieri, dinanzi agli organi amministrativi, di prestazioni, assegni, esenzioni ed autorizzazioni), del 26 marzo 1998 (Stb. 1998, n. 203). Per gli stranieri diversi dai cittadini di uno Stato membro dell'Unione europea, tale legge ha introdotto, nella normativa in materia di aiuti sociali, il requisito consistente nella necessità di ottenere dall'autorità competente un titolo di soggiorno al fine di essere equiparato a un cittadino neerlandese e, nella legge sugli assegni familiari, un obbligo equivalente necessario per essere considerato quale assicurato.

14 La domanda di permesso di soggiorno deve essere presentata dinanzi all'IND. Tale servizio decide sul diritto di soggiorno in nome del Segretario di Stato per la Sicurezza e la Giustizia.

15 Le domande di assegni familiari ai sensi della legge sugli assegni familiari vengono presentate dinanzi alla Sociale verzekeringsbank (Cassa di previdenza sociale, Paesi Bassi; in prosieguo: la «SvB»).

16 Le domande di aiuto sociale ai sensi della legge sugli aiuti sociali devono essere presentate dinanzi alla giunta comunale del Comune nel quale l'interessato è domiciliato.

17 L'articolo 11 della legge sugli aiuti sociali enuncia quanto segue:

«1. Ogni cittadino neerlandese residente nei Paesi Bassi che, nel paese, si trovi o rischi di trovarsi in una situazione in cui non disponga dei mezzi necessari al proprio sostentamento ha diritto all'assistenza sociale accordata dalle autorità pubbliche.

2. Al cittadino neerlandese di cui al paragrafo 1 viene equiparato lo straniero residente nei Paesi Bassi e che ivi soggiorni regolarmente ai sensi dell'articolo 8, lettere da a) ad e) nonché l), della [legge sugli stranieri], ad eccezione dei casi di cui all'articolo 24, paragrafo 2, della direttiva [2004/38].

(...).».

18 L'articolo 16 della legge sugli aiuti sociali dispone quanto segue:

«1. In deroga alla presente sezione, la giunta [comunale] può, alla luce di tutte le circostanze, può concedere assistenza sociale a una persona che non ne ha diritto qualora circostanze molto gravi lo richiedano.

2. Il paragrafo 1 non si applica a stranieri diversi da quelli di cui all'articolo 11, paragrafi 2 e 3».

19 L'articolo 6 della legge sugli assegni familiari è formulato nei seguenti termini:

«1. Per assicurato ai sensi delle disposizioni della presente legge si intende la persona che:

a) sia residente;

b) non sia residente ma sia assoggettata all'imposta sul reddito a motivo di un'attività di lavoro subordinato esercitata nei Paesi Bassi.

2. Non sono assicurati gli stranieri che non soggiornano in maniera regolare nei Paesi Bassi ai sensi dell'articolo 8, lettere da a) ad e) nonché l), della [legge sugli stranieri].».

Procedimenti principali e questioni pregiudiziali

20 Le otto controversie di cui al procedimento principale riguardano domande di aiuti sociali (*bijstandsuitkering*) e di assegni familiari (*kinderbijslag*), presentate dinanzi ad autorità neerlandesi competenti ai sensi, rispettivamente, della legge sugli aiuti sociali e della legge sugli assegni



familiari da donne cittadine di paesi terzi, madri di uno o più figli aventi la cittadinanza neerlandese, e il cui padre è pure cittadino neerlandese. Tali figli sono stati tutti riconosciuti dai rispettivi padri, ma vivono principalmente con le loro madri.

21 La sig.ra Chavez-Vilchez, cittadina venezuelana, è entrata con un visto turistico nei Paesi Bassi nel corso dell'anno 2007 o dell'anno 2008. Dalla sua relazione con un cittadino neerlandese è nato, il 30 marzo 2009, un bambino che possiede la cittadinanza neerlandese. I genitori e il bambino hanno vissuto in Germania fino al mese di giugno 2011, nel corso del quale la sig.ra Chavez-Vilchez e suo figlio sono stati costretti a lasciare l'alloggio familiare. Essi si sono presentati nel centro di accoglienza d'urgenza del Comune di Arnhem (Paesi Bassi) dove hanno soggiornato per un certo periodo. La sig.ra Chavez-Vilchez ha da allora la cura e custodia del proprio figlio ed ha dichiarato che il padre di quest'ultimo non contribuiva né al suo mantenimento né alla sua educazione.

22 La sig.ra Pinas, cittadina surinamese, era titolare dall'anno 2004 di un permesso di soggiorno nei Paesi Bassi, che le è stato ritirato nel corso dell'anno 2006. Essa è domiciliata in Almere (Paesi Bassi) ed è madre di quattro figli. Uno di questi figli, nato il 23 dicembre 2009 dalla sua relazione con un cittadino neerlandese, possiede per tale motivo la cittadinanza neerlandese. La sig.ra Pinas condivide con il padre la responsabilità genitoriale per il loro figlio comune, ma essi vivono separatamente, e il padre non contribuisce al mantenimento del bambino. I due genitori restano in contatto, ma non è stato concordato alcun regolamento del diritto di visita. Il 17 maggio 2011, la sig.ra Pinas e i suoi figli si sono visti accordare un permesso di soggiorno per una durata determinata. Grazie a tale permesso, è stato concesso un assegno familiare a partire dal terzo trimestre dell'anno 2011.

23 La sig.ra Nikolic è arrivata dall'ex Jugoslavia nei Paesi Bassi nel corso dell'anno 2003. La sua nazionalità rimane incerta, in assenza di documenti di identità. La sua domanda di permesso di soggiorno è stata respinta nel corso dell'anno 2009. Il 26 gennaio 2010, dalla sua relazione con un cittadino neerlandese è nato un bambino, che possiede la cittadinanza neerlandese. La sig.ra Nikolic è domiciliata in Amsterdam (Paesi Bassi) ed ha l'affidamento di suo figlio. Entrambi vivono in un centro di accoglienza del loro comune. La sig.ra Nikolic ha dichiarato di non poter coabitare con il padre del suo bambino, mentre quest'ultimo è stato collocato in un istituto per la gioventù nell'ambito del quale seguiva un programma di alloggio assistito.

24 La sig.ra García Pérez, cittadina nicaraguense, è arrivata dal Costa Rica nei Paesi Bassi nel corso dell'anno 2001 o 2002, accompagnata da un cittadino neerlandese. Il 9 aprile 2008, dalla relazione tra i due è nato un bambino, che possiede la cittadinanza neerlandese. La sig.ra García Pérez è domiciliata in Haarlem (Paesi Bassi) e vive in un centro di accoglienza di questo comune. Essa ha l'affidamento del suo bambino, mentre il padre di quest'ultimo non contribuisce al suo mantenimento e non si conosce il suo domicilio.

25 Il 12 dicembre 2011 la sig.ra Uwituzze, cittadina ruandese, ha dato alla luce un bambino che, come il padre dello stesso, ha la cittadinanza neerlandese. Tale padre non contribuisce né al mantenimento né all'educazione del bambino. Egli ha dichiarato che non può né vuole occuparsi di lui. La sig.ra Uwituzze è domiciliata in 's-Hertogenbosch (Paesi Bassi) e vive con suo figlio in un centro di accoglienza di tale comune.

26 La sig.ra Wip, cittadina surinamese, ha dato alla luce due bambini, rispettivamente il 25 novembre 2009 e il 23 novembre 2012. Come il loro padre, i bambini possiedono la cittadi-



nanza neerlandese. I genitori sono separati, ma il padre continua ad intrattenere dei contatti con i figli più volte alla settimana. Egli riceve un aiuto sociale nonché un assegno familiare. Egli non contribuisce al mantenimento dei figli e si limita a trasferire l'assegno familiare alla sig.ra Wip. Durante il periodo che rileva ai fini del procedimento principale, la sig.ra Wip era domiciliata in Amsterdam.

27 La sig.ra Enowassam, cittadina camerunense, è arrivata nei Paesi Bassi nel corso dell'anno 1999. Dalla sua relazione con un cittadino neerlandese è nato, il 2 maggio 2008, un bambino, che possiede la cittadinanza neerlandese. I genitori hanno l'affidamento congiunto del loro figlio, ma vivono separati. Il bambino è registrato come domiciliato presso l'indirizzo del padre, ma abita in realtà con la madre, la quale risiede in una struttura di accoglienza d'urgenza del Comune dell'Aia (Paesi Bassi). Il bambino abita per tre fine settimana al mese presso il padre e talvolta passa periodi di vacanza con lui. Il padre versa EUR 200 al mese a titolo di assegno alimentare. Egli percepisce altresì un assegno familiare che ritrasferisce alla sig.ra Enowassam. Lavoratore a tempo pieno, egli ha dichiarato che, per questo motivo, non poteva occuparsi di suo figlio.

28 La sig.ra Guerrero Chavez, cittadina venezuelana, è arrivata nei Paesi Bassi il 24 ottobre 2007 ed è poi ritornata in Venezuela il 2 novembre 2009. Essa è ritornata nei Paesi Bassi nel mese di gennaio 2011 ed è domiciliata in Schiedam (Paesi Bassi). Il 31 marzo 2011, dalla sua relazione con un cittadino neerlandese è nato un bambino, che possiede la cittadinanza neerlandese. La sig.ra Guerrero Chavez è separata dal padre del bambino. Costui ha un contatto quasi quotidiano con il minore, ma non è disposto a occuparsene, e contribuisce alle spese di mantenimento in misura limitata. La sig.ra Guerrero Chavez si occupa quotidianamente del proprio figlio e ne ha la cura e custodia.

29 In ciascuna delle controversie di cui al procedimento principale, le domande di aiuti sociali e di assegni familiari presentate dalle interessate sono state respinte dalle autorità competenti a motivo del fatto che, in assenza di titolo di soggiorno, esse non avevano, sulla base della normativa nazionale, alcun diritto a percepire tali aiuti e assegni.

30 Nel corso dei periodi, compresi tra l'anno 2010 e l'anno 2013, per i quali esse avevano chiesto la prestazione di aiuti sociali e di assegni familiari, nessuna delle ricorrenti del procedimento principale era titolare di un permesso di soggiorno nei Paesi Bassi. Tuttavia, mentre alcune di esse, in attesa di una decisione su una domanda di permesso di soggiorno, si trovavano in una situazione di soggiorno regolare nel territorio dei Paesi Bassi, altre vi soggiornavano in maniera irregolare, ma non avevano costituito l'oggetto di alcuna misura di accompagnamento alla frontiera. Infine, le ricorrenti dei procedimenti principali non erano autorizzate a lavorare.

31 Essendo stati respinti, con sentenze emesse da giudici nazionali di primo grado, i ricorsi presentati al fine di contestare le decisioni di diniego di concessione a loro favore degli aiuti e degli assegni richiesti, le ricorrenti di cui al procedimento principale hanno interposto appello contro tali sentenze dinanzi al Centrale Raad van Beroep (Corte d'appello per le questioni in materia di sicurezza sociale e di funzione pubblica, Paesi Bassi).

32 Il giudice del rinvio si chiede se le ricorrenti di cui ai procedimenti principali, che hanno tutte la cittadinanza di un paese terzo, possano, in quanto madri di bambini cittadini dell'Unione, vantare un diritto di soggiorno sulla base dell'articolo 20 TFUE nelle circostanze specifiche di ciascuna di esse. Detto giudice ritiene che, in caso di risposta affermativa, le interes-



sate potrebbero avvalersi delle disposizioni della legge sugli aiuti sociali e della legge sugli assegni familiari che permettono di considerare quali cittadini neerlandesi gli stranieri soggiornanti in maniera regolare nei Paesi Bassi, e beneficiare, eventualmente, di aiuti sociali o di assegni familiari in virtù di tali leggi, senza che sia necessaria a tal fine una decisione dell'IND che concede loro un permesso di soggiorno o un documento attestante la regolarità del soggiorno.

33 Secondo il giudice del rinvio, risulta dalle sentenze dell'8 marzo 2011, Ruiz Zambrano (C-34/09, EU:C:2011:124), e del 15 novembre 2011, Dereci e a. (C-256/11, EU:C:2011:734), che le ricorrenti di cui al procedimento principale beneficerebbero, sulla base dell'articolo 20 TFUE, di un diritto di soggiorno nei Paesi Bassi, derivante dal diritto di soggiorno dei loro figli, cittadini dell'Unione, purché questi ultimi si trovassero in una situazione quale quella descritta nelle sentenze sopra citate. Occorrerebbe, in ciascuna delle controversie di cui al procedimento principale, stabilire se le circostanze siano tali per cui questi bambini sarebbero, di fatto, obbligati a lasciare il territorio dell'Unione nel caso in cui il diritto di soggiorno venisse rifiutato alla loro madre.

34 Il giudice del rinvio si chiede, in tali circostanze, quale importanza debba essere attribuita, alla luce della giurisprudenza della Corte, al fatto che il padre, cittadino dell'Unione, soggiorni nei Paesi Bassi oppure nell'Unione, globalmente intesa.

35 Detto giudice indica, inoltre, che spetta agli organi amministrativi incaricati dell'applicazione della legge sugli aiuti sociali e della legge sugli assegni familiari, nonché ai giudici competenti, valutare autonomamente se il genitore cittadino di un paese terzo possa, alla luce della giurisprudenza della Corte relativa all'articolo 20 TFUE, avvalersi di tale disposizione per vedersi riconoscere un diritto di soggiorno. I citati organi amministrativi, vale a dire le giunte comunali e la SvB, sarebbero tenuti – sulla base delle informazioni che le interessate hanno loro trasmesso, nonché di quelle che, se necessario, potrebbero dover essere ulteriormente comunicate – ad effettuare, di concerto con l'IND, un esame inteso a stabilire se un diritto di soggiorno nei Paesi Bassi possa essere riconosciuto in virtù dell'articolo 20 TFUE.

36 A questo proposito, il giudice del rinvio rileva che, nella pratica, vari organi amministrativi interpretano le sentenze dell'8 marzo 2011, Ruiz Zambrano (C-34/09, EU:C:2011:124), e del 15 novembre 2011, Dereci e a. (C-256/11, EU:C:2011:734), in maniera restrittiva e reputano che la giurisprudenza enunciata in tali pronunce sia applicabile soltanto in situazioni in cui il padre non è in grado, secondo criteri oggettivi, di occuparsi del minore, in quanto sia, ad esempio, detenuto, ricoverato in un istituto specializzato o in un ospedale, od anche deceduto. Al di fuori di tali situazioni, spetterebbe al genitore cittadino di un paese terzo dimostrare in maniera convincente che il padre non è capace di occuparsi del figlio, neppure con l'eventuale aiuto di terzi. Tali regole scaturirebbero dalle disposizioni della circolare sugli stranieri.

37 Il giudice del rinvio aggiunge che, in ciascuna delle controversie di cui al procedimento principale, le giunte comunali interessate, la SvB e l'IND non hanno considerato pertinenti né il fatto che fosse la madre, cittadina di un paese terzo, e non il padre, cittadino dell'Unione, ad occuparsi quotidianamente ed effettivamente del figlio, né la natura dei contatti tra il figlio e suo padre, né la misura in cui quest'ultimo contribuiva al mantenimento e all'educazione del bambino, né infine la questione se il padre fosse disposto a occuparsene. Non è stato considerato pertinente neppure il fatto che il padre non avesse l'affidamento del figlio, in quanto non sarebbe stato dimostrato in maniera convincente che tale affidamento non poteva essergli conferito. Il giudice



del rinvio si chiede se occorra interpretare la giurisprudenza della Corte in maniera a tal punto restrittiva.

38 Per il caso in cui la Corte dovesse giudicare, in ciascuna delle controversie di cui al procedimento principale, che il semplice fatto che il figlio dipenda dalla madre per il suo mantenimento quotidiano non costituisce un criterio determinante per stabilire se il bambino sia a tal punto dipendente dalla madre che egli si troverebbe, di fatto, obbligato a lasciare il territorio dell'Unione qualora alla madre venisse negato il diritto di soggiorno, il giudice del rinvio chiede quali siano le ulteriori circostanze di tali controversie che possono essere pertinenti a questo riguardo.

39 Sulla scorta di tali circostanze, il Centrale Raad van Beroep (Corte d'appello per le questioni in materia di sicurezza sociale e di funzione pubblica) ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Se l'articolo 20 TFUE debba essere interpretato nel senso che esso osta a che uno Stato membro neghi il diritto di soggiorno nel suo territorio a un cittadino di un paese terzo il quale si occupi quotidianamente ed effettivamente del figlio minore, cittadino di questo medesimo Stato membro.

2) Se, ai fini della risposta a tale questione, sia rilevante il fatto che l'onere, sotto il profilo giuridico, finanziario e/o affettivo, di occuparsi del minore non sia interamente sopportato da tale genitore e, inoltre, che non sia escluso che l'altro genitore, cittadino dello Stato membro in questione, possa essere effettivamente in grado di prendersi cura del minore stesso.

3) Se, in tal caso, il genitore cittadino di un paese terzo debba dimostrare in maniera plausibile che l'altro genitore non può assumere la custodia del minore, cosicché quest'ultimo sarebbe costretto a lasciare il territorio dell'Unione qualora al genitore cittadino di un paese terzo venisse negato il diritto di soggiorno».

Sulle questioni pregiudiziali

Osservazioni preliminari

40 In limine, occorre evidenziare che le situazioni di cui si discute nel procedimento principale presentano, al di là di alcune analogie, un certo numero di particolarità di cui è necessario tener conto.

41 Invero, come si è indicato al punto 30 della presente sentenza, ognuna delle situazioni in discussione nel procedimento principale riguarda una cittadina di un paese terzo, la quale, nei periodi cui si riferisce il rigetto delle sue domande di assegni familiari o di aiuto sociale, soggiornava nei Paesi Bassi senza disporre di un titolo di soggiorno, era madre di almeno un figlio minore, avente la cittadinanza neerlandese che viveva con essa, si occupava quotidianamente ed effettivamente di tale figlio, ed era separata dal padre del minore, tenendo presente che anche il padre aveva la cittadinanza neerlandese ed aveva riconosciuto il bambino.

42 Tuttavia, le situazioni di cui si discute nel procedimento principale presentano delle differenze, per quanto riguarda i rapporti tra i genitori e i figli in materia di diritto di affidamento e di contribuzione alle spese di mantenimento, la situazione delle madri sotto il profilo del loro diritto di soggiornare nel territorio dell'Unione, nonché la situazione dei figli minorenni stessi.

43 In primo luogo, per quanto riguarda i rapporti tra i genitori e i figli, risulta dalla decisione di rinvio che i contatti tra i bambini e i loro padri erano, a seconda dei casi, frequenti, rari o persino inesistenti. Infatti, in un caso, il padre era irrimediabile, in un altro, seguiva un programma



di alloggio assistito. In tre casi, il padre contribuiva alle spese di mantenimento del minore, mentre in cinque altri casi non veniva versato alcun contributo. Mentre in due casi su otto l'affidamento era condiviso tra i due genitori, esso era, in altri sei casi, esercitato in maniera quotidiana ed effettiva unicamente dalla madre. Infine, nella metà dei casi, il minore abitava con la madre in strutture di accoglienza d'urgenza.

44 Per quanto riguarda, in secondo luogo, la situazione delle ricorrenti del procedimento principale sotto il profilo del loro diritto di soggiornare nel territorio dell'Unione, occorre rilevare che, nel frattempo, è stato concesso un permesso di soggiorno a due di esse.

45 In concreto, all'udienza, i rappresentanti delle sig.re Wip e Chavez-Vilchez nonché il governo neerlandese hanno segnalato che costoro si trovano oggi in situazione regolare per quanto riguarda il loro soggiorno. Infatti, la sig.ra Wip ha ottenuto un permesso di soggiorno in Belgio, dove essa lavora e risiede con la figlia. Quanto alla sig.ra Chavez-Vilchez, essa ha ottenuto, nel mese di aprile 2015, un permesso di soggiorno nei Paesi Bassi, sulla base dell'articolo 8 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, ed esercita un'attività professionale in Belgio.

46 In terzo luogo, per quanto riguarda la situazione dei figli minorenni stessi, occorre sottolineare che il figlio della sig.ra Chavez-Vilchez ha vissuto in Germania con i suoi genitori fino al mese di giugno 2011 prima di ritornare nei Paesi Bassi con la madre, che ha poi presentato una domanda di assegni familiari presso le autorità neerlandesi.

47 Per contro, i figli minorenni delle altre sette ricorrenti di cui al procedimento principale non hanno mai esercitato il loro diritto di libera circolazione prima o durante il periodo cui si riferiscono le domande di aiuto sociale o di assegni familiari in discussione nel procedimento principale, ed essi risiedono dalla nascita nello Stato membro del quale hanno la cittadinanza.

48 In conformità di quanto ripetutamente statuito dalla Corte, anche se, sul piano formale, il giudice del rinvio ha limitato le proprie questioni all'interpretazione del solo articolo 20 TFUE, tale circostanza non osta a che la Corte fornisca a detto giudice tutti gli elementi di interpretazione del diritto dell'Unione che possano essere utili per dirimere le controversie ad esso sottoposte, indipendentemente dal fatto che tale giudice vi abbia fatto o no riferimento nella formulazione delle proprie questioni (v., in tal senso, sentenze del 5 maggio 2011, McCarthy, C-434/09, EU:C:2011:277, punto 24; del 19 settembre 2013, Betriu Montull, C-5/12, EU:C:2013:571, punto 41, nonché del 10 ottobre 2013, Alokpa e Moudoulou, C-86/12, EU:C:2013:645, punto 20).

49 Nel caso di specie, occorre esaminare, da un lato, la situazione del figlio della sig.ra Chavez-Vilchez e di quest'ultima alla luce dell'articolo 21 TFUE e della direttiva 2004/38, che mira a facilitare l'esercizio del diritto fondamentale e individuale di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, diritto che viene conferito direttamente ai cittadini dell'Unione dall'articolo 21, paragrafo 1, TFUE ed ha segnatamente per oggetto di rafforzare il suddetto diritto (v., in tal senso, sentenze del 5 maggio 2011, McCarthy, C-434/09, EU:C:2011:277, punto 28, e del 12 marzo 2014, O. e B., C-456/12, EU:C:2014:135, punto 35), e, dall'altro lato, la situazione dei figli delle altre ricorrenti di cui al procedimento principale, i quali hanno sempre soggiornato con le loro madri, prima e durante il periodo cui si riferiscono le domande di aiuto sociale o di assegni familiari in questione nel procedimento principale nello Stato



membro del quale essi hanno la cittadinanza, e quella delle suddette ricorrenti, dal punto di vista dell'articolo 20 TFUE.

50 Per quanto riguarda il figlio della sig.ra Chavez-Vilchez, egli ha esercitato la propria libertà di circolazione prima della presentazione, da parte di sua madre, della domanda di assegni nei Paesi Bassi per periodi compresi tra il 7 luglio 2011 e la fine del mese di marzo 2012, avendo egli soggiornato, fino al mese di giugno 2011, con i suoi genitori in Germania, Stato membro in cui suo padre risiede e lavora, prima di ritornare, accompagnato dalla madre, nei Paesi Bassi, Stato membro del quale egli possiede la cittadinanza.

51 Come indicato dal governo neerlandese all'udienza, malgrado che la sig.ra Chavez-Vilchez abbia successivamente ottenuto un permesso di soggiorno nei Paesi Bassi, l'esame della sua situazione e di quella di suo figlio alla luce delle disposizioni in materia di cittadinanza dell'Unione conserva un interesse per il giudice del rinvio, in quanto la concessione di tale permesso di soggiorno è intervenuta successivamente ai periodi cui si riferiscono le domande di assegni familiari in questione nel procedimento principale.

52 Per quanto riguarda l'esistenza di un diritto di soggiorno derivato, fondato sull'articolo 21, paragrafo 1, TFUE e sulla direttiva 2004/38, la Corte ha statuito che tale direttiva vale a conferire diritti di ingresso e di soggiorno in uno Stato membro non a tutti i cittadini di un paese terzo, ma soltanto a quelli che sono familiari, ai sensi dell'articolo 2, punto 2, della direttiva stessa, di un cittadino dell'Unione che abbia esercitato il proprio diritto alla libera circolazione stabilendosi in uno Stato membro diverso da quello di cui ha la cittadinanza (sentenze del 15 novembre 2011, Dereci e a., C-256/11, EU:C:2011:734, punto 56; del 6 dicembre 2012, O e a., C-356/11 e C-357/11, EU:C:2012:776, punto 41, nonché del 18 dicembre 2014, McCarthy e a., C-202/13, EU:C:2014:2450, punto 36).

53 La Corte ha inoltre constatato che la direttiva 2004/38 è destinata unicamente a disciplinare le condizioni di ingresso e di soggiorno di un cittadino dell'Unione negli Stati membri diversi da quello di cui egli ha la cittadinanza. Pertanto, le disposizioni di detta direttiva non permettono di far sorgere un diritto di soggiorno derivato a favore dei cittadini di un paese terzo, familiari di un cittadino dell'Unione, nello Stato membro di cui tale cittadino possiede la cittadinanza (v., in tal senso, sentenza del 12 marzo 2014, S. e G., C-457/12, EU:C:2014:136, punto 34).

54 Tuttavia, la Corte ha statuito che, al ritorno di un cittadino dell'Unione nello Stato membro di cui il medesimo ha la cittadinanza, le condizioni di concessione di un diritto di soggiorno derivato sulla base dell'articolo 21, paragrafo 1, TFUE, ad un cittadino di un paese terzo, familiare del cittadino dell'Unione in parola, con il quale quest'ultimo ha soggiornato, unicamente in qualità di cittadino dell'Unione, nello Stato membro ospitante, non dovrebbero, in via di principio, essere più rigorose di quelle previste dalla direttiva 2004/38 per la concessione di un siffatto diritto di soggiorno a un cittadino di un paese terzo, familiare di un cittadino dell'Unione, il quale abbia esercitato il proprio diritto di libera circolazione stabilendosi in uno Stato membro diverso da quello di cui ha la cittadinanza (v., in tal senso, sentenza del 12 marzo 2014, O. e B., C-456/12, EU:C:2014:135, punto 50).

55 Infatti, sebbene un siffatto caso di ritorno non sia disciplinato dalla direttiva 2004/38, quest'ultima deve essere applicata per analogia per quanto riguarda le condizioni di soggiorno del cittadino dell'Unione in uno Stato membro diverso da quello di cui il medesimo ha la cittadinanza, dato che, in entrambi i casi, è il cittadino dell'Unione che costituisce la persona di



riferimento affinché a un cittadino di un paese terzo, familiare del suddetto cittadino dell'Unione, possa essere accordato un diritto di soggiorno derivato (sentenza del 12 marzo 2014, O. e B., C-456/12, EU:C:2014:135, punto 50).

56 Spetta al giudice del rinvio valutare se le condizioni enunciate dalla direttiva 2004/38, in particolare agli articoli da 5 a 7 di quest'ultima, che disciplinano l'ingresso e il soggiorno nel territorio degli Stati membri, fossero soddisfatte nel periodo cui si riferisce il rigetto delle domande di assegni, di modo che la sig.ra Chavez-Vilchez potesse far valere un diritto di soggiorno derivato fondato sull'articolo 21 TFUE e sulla direttiva 2004/38.

57 Se così non fosse, occorrerà allora esaminare la situazione del figlio, cittadino dell'Unione, e del suo ascendente, cittadino di un paese terzo, alla luce dell'articolo 20 TFUE.

58 Per quanto riguarda i figli della sig.ra Wip, che risiedevano con la loro madre nei Paesi Bassi nel momento in cui quest'ultima ha chiesto la concessione di un aiuto sociale per i mesi di ottobre e novembre 2012, è stato evidenziato, all'udienza, che costoro risiedono attualmente con la loro madre in Belgio, dove costei ha ottenuto un permesso di soggiorno ed esercita un impiego. Poiché l'esercizio, da parte di tali figli, della loro libertà di circolazione e di soggiorno in quanto cittadini dell'Unione in uno Stato membro diverso da quello di cui essi hanno la cittadinanza e l'ottenimento, da parte della loro madre, di un permesso di soggiorno in questo altro Stato membro sono intervenuti successivamente al periodo di cui si discute nel procedimento principale, permane la necessità di valutare se la loro madre avrebbe potuto beneficiare, per il periodo di cui trattasi, di un diritto di soggiorno derivato facendo riferimento all'articolo 20 TFUE.

Sulla prima e sulla seconda questione pregiudiziale

59 Con la sua prima e la sua seconda questione pregiudiziale, che occorre esaminare congiuntamente, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'articolo 20 TFUE debba essere interpretato nel senso che esso osta a che uno Stato membro rifiuti il diritto di soggiorno nel suo territorio ad un genitore, cittadino di un paese terzo, che si occupi quotidianamente ed effettivamente di un figlio minorenne avente la cittadinanza di questo Stato membro, qualora non sia escluso che l'altro genitore, avente la cittadinanza del medesimo Stato membro, possa occuparsi quotidianamente ed effettivamente del figlio minorenne. Detto giudice intende sapere se il fatto che l'onere, sotto il profilo giuridico, finanziario o affettivo, di occuparsi del minore non sia interamente sopportato dal cittadino di un paese terzo sia pertinente al riguardo.

60 Sulla scorta di una consolidata giurisprudenza della Corte, i figli di cui alle controversie nel procedimento principale possono, in quanto cittadini di uno Stato membro, far valere, anche nei confronti dello Stato membro di cui hanno la cittadinanza, i diritti connessi al loro status di cittadini dell'Unione, ad essi riconosciuto dall'articolo 20 TFUE (v., in tal senso, sentenze del 5 maggio 2011, McCarthy, C-434/09, EU:C:2011:277, punto 48; del 15 novembre 2011, Dereci e a., C-256/11, EU:C:2011:734, punto 63, nonché del 6 dicembre 2012, O e a., C-356/11 e C-357/11, EU:C:2012:776, punti 43 e 44).

61 La Corte ha statuito che l'articolo 20 TFUE osta a provvedimenti nazionali, comprese eventuali decisioni di rifiuto del diritto di soggiorno ai familiari di un cittadino dell'Unione, le quali abbiano l'effetto di privare i cittadini dell'Unione del godimento effettivo del contenuto essenziale dei diritti conferiti dal loro status (sentenze dell'8 marzo 2011, Ruiz Zambrano, C-34/09, EU:C:2011:124, punto 42, nonché del 6 dicembre 2012, O e a., C-356/11 e C-357/11, EU:C:2012:776, punto 45).



62 Per contro, le disposizioni del Trattato relative alla cittadinanza dell'Unione non conferiscono alcun diritto autonomo ai cittadini di un paese terzo. Infatti, gli eventuali diritti conferiti a tali cittadini non sono diritti propri di questi ultimi, bensì diritti derivati da quelli di cui gode il cittadino dell'Unione. La finalità e la ratio di tali diritti derivati si basano sulla constatazione che il rifiuto del loro riconoscimento è idoneo a pregiudicare, in particolare, la libertà di circolazione del cittadino dell'Unione (sentenze del 13 settembre 2016, *Rendón Marín*, C-165/14, EU:C:2016:675, punti 72 e 73, nonché del 13 settembre 2016, *CS*, C-304/14, EU:C:2016:674, punti 27 e 28 nonché la giurisprudenza ivi citata).

63 A questo proposito, la Corte ha già constatato che esistono situazioni molto particolari in cui, malgrado il fatto che il diritto derivato relativo al diritto di soggiorno dei cittadini di paesi terzi non sia applicabile e che il cittadino dell'Unione interessato non si sia avvalso della propria libertà di circolazione, un diritto di soggiorno deve nondimeno essere accordato a un cittadino di un paese terzo, familiare di detto cittadino dell'Unione, a pena di pregiudicare l'effetto utile della cittadinanza dell'Unione, qualora, come conseguenza del rifiuto di riconoscimento di un siffatto diritto, il cittadino dell'Unione si vedesse di fatto obbligato a lasciare il territorio dell'Unione globalmente inteso, venendo così privato del godimento effettivo del contenuto essenziale dei diritti conferiti da tale status (v., in tal senso, sentenze dell'8 marzo 2011, *Ruiz Zambrano*, C-34/09, EU:C:2011:124, punti 43 e 44; del 15 novembre 2011, *Dereci e a.*, C-256/11, EU:C:2011:734, punti 66 e 67; del 13 settembre 2016, *Rendón Marín*, C-165/14, EU:C:2016:675, punto 74, nonché del 13 settembre 2016, *CS*, C-304/14, EU:C:2016:674, punto 29).

64 Le situazioni menzionate al punto precedente sono caratterizzate dal fatto che esse, pur essendo disciplinate da normative che in astratto rientrano nella competenza degli Stati membri – ossia quelle sul diritto di ingresso e di soggiorno dei cittadini di paesi terzi al di fuori del campo di applicazione delle disposizioni del diritto derivato dell'Unione, che, a certe condizioni, prevedono il conferimento di un siffatto diritto –, hanno però una relazione intrinseca con la libertà di circolazione e di soggiorno di un cittadino dell'Unione, la quale osta a che tale diritto di ingresso e di soggiorno venga rifiutato ai suddetti cittadini di paesi terzi nello Stato membro in cui risiede il cittadino dell'Unione in questione, per evitare che detta libertà sia pregiudicata (sentenze del 13 settembre 2016, *Rendón Marín*, C-165/14, EU:C:2016:675, punto 75, nonché del 13 settembre 2016, *CS*, C-304/14, EU:C:2016:674, punto 30 e la giurisprudenza ivi citata).

65 Nel caso di specie, se il rifiuto di soggiorno opposto alle cittadine di paesi terzi di cui al procedimento principale portasse le interessate a dover lasciare il territorio dell'Unione – circostanza questa che spetta al giudice del rinvio verificare –, ne potrebbe risultare una restrizione dei diritti che sono conferiti ai loro figli dallo status di cittadino dell'Unione, in particolare del diritto di soggiorno, dato che detti figli potrebbero essere costretti ad accompagnare la loro madre e dunque a lasciare il territorio dell'Unione, globalmente considerato. L'eventuale obbligo, per le madri, di lasciare il territorio dell'Unione priverebbe così i loro figli del godimento effettivo del contenuto essenziale dei diritti che sono ad essi nondimeno conferiti dal loro status di cittadino dell'Unione (v., in tal senso, sentenza del 13 settembre 2016, *Rendón Marín*, C-165/14, EU:C:2016:675, punto 78 e la giurisprudenza ivi citata).

66 Il governo neerlandese sostiene tuttavia che il semplice fatto che un genitore cittadino di un paese terzo si occupi quotidianamente del figlio e sopporti effettivamente, anche solo in parte, l'onere giuridico, finanziario o affettivo correlato a quest'ultimo non consente di concludere



re automaticamente che il figlio, cittadino dell'Unione, sarebbe costretto a lasciare il territorio dell'Unione nel caso in cui a tale cittadino di un paese terzo venisse rifiutato un diritto di soggiorno. La presenza, nel territorio dello Stato membro di cui tale figlio ha la cittadinanza ovvero nel territorio dell'Unione, globalmente considerato, dell'altro genitore, lui stesso cittadino dell'Unione e potenzialmente idoneo ad occuparsi del figlio, costituirebbe un fattore importante per tale valutazione.

67 Il medesimo governo evidenzia che, in alcune circostanze, le autorità nazionali competenti considerano dimostrato il fatto che il genitore, cittadino dell'Unione, è impossibilitato ovvero incapace di occuparsi del figlio. Ciò si verifica quando tale genitore sia deceduto o irreperibile; quando sia detenuto, ricoverato od ospedalizzato per un trattamento di lunga durata; quando, secondo fonti obiettive, come una dichiarazione della polizia o di un servizio di sostegno ai giovani, detto genitore si riveli incapace di occuparsi del figlio; e, infine, quando la sua domanda di attribuzione dell'affidamento, anche condiviso, sia stata rigettata in sede giudiziaria.

68 A questo proposito occorre ricordare che, nella sentenza del 6 dicembre 2012, O e a. (C-356/11 e C-357/11, EU:C:2012:776, punti 51 e 56), la Corte ha considerato come elementi pertinenti – al fine di stabilire se il rifiuto di riconoscere un diritto di soggiorno al genitore, cittadino di un paese terzo, di un figlio, cittadino dell'Unione, comporti per quest'ultimo la privazione del godimento effettivo del contenuto essenziale dei diritti ad esso conferiti dal suo status – la questione dell'affidamento del figlio, nonché quella incentrata sul punto se l'onere giuridico, finanziario o affettivo correlato a tale figlio sia sopportato dal genitore cittadino di un paese terzo.

69 Per quanto riguarda quest'ultima circostanza, la Corte ha sottolineato che è la relazione di dipendenza tra il cittadino dell'Unione in tenera età e il cittadino di un paese terzo al quale viene rifiutato un diritto di soggiorno l'elemento che può pregiudicare l'effetto utile della cittadinanza dell'Unione, dal momento che è tale dipendenza che farebbe sì che il cittadino dell'Unione si vedrebbe obbligato, di fatto, a lasciare non soltanto il territorio dello Stato membro del quale è cittadino, ma anche quello dell'Unione globalmente considerato, come conseguenza di una siffatta decisione di rifiuto (v., in tal senso, sentenze dell'8 marzo 2011, Ruiz Zambrano, C-34/09, EU:C:2011:124, punti 43 e 45; del 15 novembre 2011, Dereci e a., C-256/11, EU:C:2011:734, punti da 65 a 67, nonché del 6 dicembre 2012, O e a., C-356/11 e C-357/11, EU:C:2012:776, punto 56).

70 Nel caso di specie, per valutare il rischio che il figlio in questione, cittadino dell'Unione, sia costretto a lasciare il territorio dell'Unione e venga così privato del godimento effettivo del contenuto essenziale dei diritti a lui conferiti dall'articolo 20 TFUE, nel caso in cui il suo genitore, cittadino di un paese terzo, si veda negare il riconoscimento di un diritto di soggiorno nello Stato membro di cui trattasi, occorre stabilire, in ciascuna controversia di cui al procedimento principale, quale sia il genitore che ha la custodia effettiva del minore e se esista una relazione di dipendenza effettiva tra quest'ultimo e il genitore cittadino di un paese terzo. Nell'ambito di tale valutazione, le autorità competenti devono tener conto del diritto al rispetto della vita familiare, quale enunciato all'articolo 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, tenendo presente che tale articolo deve essere letto in combinato disposto con l'obbligo di prendere in considerazione l'interesse superiore del minore, riconosciuto all'articolo 24, paragrafo 2, della Carta suddetta.



71 Ai fini di tale valutazione, il fatto che l'altro genitore, cittadino dell'Unione, sia realmente capace di e disposto ad assumersi da solo l'onere quotidiano ed effettivo del figlio minore costituisce un elemento pertinente, ma che non è di per sé solo sufficiente per poter constatare che non esiste, tra il genitore cittadino di un paese terzo e il minore, una relazione di dipendenza tale per cui quest'ultimo sarebbe costretto a lasciare il territorio dell'Unione qualora il suddetto cittadino di un paese terzo venisse rifiutato un diritto di soggiorno. Infatti, una constatazione in tal senso deve essere fondata sulla presa in considerazione, nell'interesse superiore del minore di cui trattasi, dell'insieme delle circostanze del caso di specie, e, segnatamente, dell'età del minore, del suo sviluppo fisico ed emotivo, dell'intensità della sua relazione affettiva sia con il genitore cittadino dell'Unione sia con il genitore cittadino di un paese terzo, nonché del rischio che la separazione da quest'ultimo comporterebbe per l'equilibrio di tale minore.

72 Alla luce delle considerazioni che precedono, occorre rispondere alla prima e alla seconda questione dichiarando che l'articolo 20 TFUE deve essere interpretato nel senso che, al fine di valutare se un minore, cittadino dell'Unione, sarebbe costretto a lasciare il territorio dell'Unione globalmente inteso e verrebbe così privato del godimento effettivo del contenuto essenziale dei diritti ad esso conferiti dall'articolo di cui sopra nel caso in cui il suo genitore, cittadino di un paese terzo, si vedesse rifiutare il riconoscimento di un diritto di soggiorno nello Stato membro di cui trattasi, il fatto che l'altro genitore, cittadino dell'Unione, sia realmente capace di e disposto ad assumersi da solo l'onere quotidiano ed effettivo del minore costituisce un elemento pertinente ma non sufficiente per poter constatare l'assenza, tra il genitore cittadino di un paese terzo e il minore, di una relazione di dipendenza tale per cui quest'ultimo subirebbe una costrizione siffatta nel caso di un rifiuto di soggiorno quale sopra evocato. Una valutazione del genere deve essere fondata sulla presa in considerazione, nell'interesse superiore del minore, dell'insieme delle circostanze del caso di specie, e, segnatamente, dell'età del minore, del suo sviluppo fisico ed emotivo, dell'intensità della sua relazione affettiva sia con il genitore cittadino dell'Unione sia con il genitore cittadino di un paese terzo, nonché del rischio che la separazione da quest'ultimo comporterebbe per l'equilibrio del minore stesso.

Sulla terza questione pregiudiziale

73 Con la sua terza questione pregiudiziale, il giudice del rinvio chiede in sostanza se l'articolo 20 TFUE debba essere interpretato nel senso che esso osta a che uno Stato membro subordini il diritto di soggiorno nel proprio territorio di un cittadino di un paese terzo, genitore di un figlio minore avente la cittadinanza di tale Stato membro, del quale egli si occupa quotidianamente ed effettivamente, all'obbligo per il suddetto cittadino di un paese terzo di dimostrare che l'altro genitore, cittadino dello Stato membro in questione, non è in grado di occuparsi quotidianamente ed effettivamente del minore.

74 Secondo il governo neerlandese, in virtù della regola generale secondo cui il soggetto che fa valere taluni diritti deve dimostrare che questi sono applicabili alla sua situazione, la quale trova riconoscimento nel diritto dell'Unione (v., in tal senso, sentenze dell'8 maggio 2013, Alarape e Tijani, C-529/11, EU:C:2013:290, punto 38, nonché del 16 gennaio 2014, Reyes, C-423/12, EU:C:2014:16, punti da 25 a 27), l'onere della prova dell'esistenza di un diritto di soggiorno ricavato dall'articolo 20 TFUE incombe alle ricorrenti del procedimento principale. Spetterebbe a queste ultime dimostrare che, a motivo di ostacoli oggettivi che impediscono al genitore cittadino dell'Unione di occuparsi concretamente del minore, quest'ultimo sarebbe a tal punto dipendente



dal genitore cittadino di un paese terzo che un rifiuto di riconoscere a quest'ultimo un diritto di soggiorno avrebbe come effetto di obbligare il minore a lasciare, di fatto, il territorio dell'Unione.

75 A questo proposito, occorre rilevare che, nel caso in cui un cittadino di un paese terzo, genitore di un figlio minorenni cittadino di uno Stato membro, del quale egli si occupa quotidianamente ed effettivamente, intenda ottenere dalle autorità competenti di tale Stato membro il riconoscimento di un diritto di soggiorno derivato fondato sull'articolo 20 TFUE, spetta a detto cittadino di un paese terzo fornire gli elementi che consentano di valutare se siano soddisfatti i presupposti di applicazione di tale articolo, e segnatamente quelli comprovanti che una decisione di rifiuto del diritto di soggiorno al genitore cittadino di un paese terzo priverebbe il minore del godimento effettivo del contenuto essenziale dei diritti connessi allo status di cittadino dell'Unione, obbligandolo a lasciare il territorio dell'Unione, globalmente considerato.

76 Tuttavia, come rilevato dalla Commissione europea, se invero, in linea di principio, spetta al genitore cittadino di un paese terzo fornire gli elementi intesi a dimostrare che egli vanta un diritto di soggiorno sulla base dell'articolo 20 TFUE, in particolare quelli comprovanti che, in caso di rifiuto di soggiorno, il minore si vedrebbe obbligato a lasciare il territorio dell'Unione, ciò non toglie che, nell'ambito della valutazione dei presupposti necessari affinché detto cittadino possa beneficiare di un siffatto diritto di soggiorno, le autorità nazionali competenti devono fare in modo che l'applicazione di una normativa nazionale in materia di onere della prova quale quella in discussione nelle controversie di cui al procedimento principale non possa compromettere l'effetto utile dell'articolo 20 TFUE.

77 Così, l'applicazione di una siffatta normativa nazionale riguardante l'onere della prova non dispensa le autorità dello Stato membro in questione dal procedere, sulla base degli elementi forniti dal cittadino di un paese terzo, alle ricerche necessarie per stabilire dove risieda il genitore cittadino di tale Stato membro e per verificare, da un lato, se questi sia o no realmente capace di e disposto ad assumersi da solo l'onere quotidiano ed effettivo del minore, e, dall'altro, se esista o no una relazione di dipendenza tra il minore e il genitore cittadino di un paese terzo tale per cui una decisione di rifiuto del diritto di soggiorno a quest'ultimo priverebbe il minore del godimento effettivo del contenuto essenziale dei diritti connessi al suo status di cittadino dell'Unione, obbligandolo a lasciare il territorio dell'Unione, globalmente considerato.

78 Alla luce delle considerazioni che precedono, occorre rispondere alla terza questione dichiarando che l'articolo 20 TFUE deve essere interpretato nel senso che esso non osta a che uno Stato membro subordini il diritto di soggiorno nel proprio territorio di un cittadino di un paese terzo, genitore di un figlio minorenni avente la cittadinanza di tale Stato membro, del quale egli si occupa quotidianamente ed effettivamente, all'obbligo per il suddetto cittadino di un paese terzo di fornire gli elementi atti a dimostrare che una decisione di rifiuto del diritto di soggiorno al genitore cittadino di un paese terzo priverebbe il minore del godimento effettivo del contenuto essenziale dei diritti connessi allo status di cittadino dell'Unione, obbligandolo a lasciare il territorio dell'Unione, globalmente considerato. Spetta tuttavia alle autorità competenti dello Stato membro di cui trattasi procedere, sulla base degli elementi forniti dal cittadino di un paese terzo, alle ricerche necessarie per poter valutare, alla luce dell'insieme delle circostanze del caso di specie, se una decisione di rifiuto avrebbe conseguenze siffatte.

Sulle spese



79 Nei confronti delle parti nel procedimento principale la presente causa costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese. Le spese sostenute da altri soggetti per presentare osservazioni alla Corte non possono dar luogo a rifusione.

Per questi motivi, la Corte (Grande Sezione) dichiara:

1) **L'articolo 20 TFUE deve essere interpretato nel senso che, al fine di valutare se un minore, cittadino dell'Unione europea, sarebbe costretto a lasciare il territorio dell'Unione globalmente inteso e verrebbe così privato del godimento effettivo del contenuto essenziale dei diritti ad esso conferiti dall'articolo di cui sopra nel caso in cui il suo genitore, cittadino di un paese terzo, si vedesse rifiutare il riconoscimento di un diritto di soggiorno nello Stato membro di cui trattasi, il fatto che l'altro genitore, cittadino dell'Unione, sia realmente capace di e disposto ad assumersi da solo l'onere quotidiano ed effettivo del minore costituisce un elemento pertinente ma non sufficiente per poter constatare l'assenza, tra il genitore cittadino di un paese terzo e il minore, di una relazione di dipendenza tale per cui quest'ultimo subirebbe una costrizione siffatta nel caso di un rifiuto di soggiorno quale sopra evocato. Una valutazione del genere deve essere fondata sulla presa in considerazione, nell'interesse superiore del minore, dell'insieme delle circostanze del caso di specie, e, segnatamente, dell'età del minore, del suo sviluppo fisico ed emotivo, dell'intensità della sua relazione affettiva sia con il genitore cittadino dell'Unione sia con il genitore cittadino di un paese terzo, nonché del rischio che la separazione da quest'ultimo comporterebbe per l'equilibrio del minore stesso.**

2) **L'articolo 20 TFUE deve essere interpretato nel senso che esso non osta a che uno Stato membro subordini il diritto di soggiorno nel proprio territorio di un cittadino di un paese terzo, genitore di un figlio minorente avente la cittadinanza di tale Stato membro, del quale egli si occupa quotidianamente ed effettivamente, all'obbligo per il suddetto cittadino di un paese terzo di fornire gli elementi atti a dimostrare che una decisione di rifiuto del diritto di soggiorno al genitore cittadino di un paese terzo priverebbe il minore del godimento effettivo del contenuto essenziale dei diritti connessi allo status di cittadino dell'Unione, obbligandolo a lasciare il territorio dell'Unione, globalmente considerato. Spetta tuttavia alle autorità competenti dello Stato membro di cui trattasi procedere, sulla base degli elementi forniti dal cittadino di un paese terzo, alle ricerche necessarie per poter valutare, alla luce dell'insieme delle circostanze del caso di specie, se una decisione di rifiuto avrebbe conseguenze siffatte.**



SENTENZA DELLA CORTE (Prima Sezione) 14 giugno 2017

«Rinvio pregiudiziale – Tutela dei consumatori – Procedure di risoluzione alternativa delle controversie (ADR) – Direttiva 2008/52/CE – Direttiva 2013/11/UE – Articolo 3, paragrafo 2 – Opposizione proposta da consumatori nell’ambito di un procedimento per ingiunzione di pagamento promosso da un istituto di credito – Diritto di accesso alla giustizia – Normativa nazionale che prevede il ricorso obbligatorio a una procedura di mediazione – Obbligo di essere assistito da un avvocato – Condizione di procedibilità del ricorso giurisdizionale»

Nella causa C-75/16,
avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell’articolo 267 TFUE, dal Tribunale Ordinario di Verona (Italia), con ordinanza del 28 gennaio 2016, pervenuta in cancelleria il 10 febbraio 2016, nel procedimento

Livio Menini,
Maria Antonia Rampanelli
contro
Banco Popolare Società Cooperativa,

LA CORTE (Prima Sezione),
composta da R. Silva de Lapuerta (relatore), presidente di Sezione, E. Regan, J.-C. Bonichot, C.G. Fernlund e S. Rodin, giudici,
avvocato generale: H. Saugmandsgaard Øe
cancelliere: R. Schiano, amministratore
vista la fase scritta del procedimento e in seguito all’udienza del 24 novembre 2016,
considerate le osservazioni presentate:
– per il governo italiano, da G. Palmieri, in qualità di agente, assistita da D. Del Gaizo, avvocato dello Stato;
– per il governo tedesco, da M. Hellmann e T. Henze, in qualità di agenti;
– per la Commissione europea, da E. Montaguti, C. Valero e M. Wilderspin, in qualità di agenti,
sentite le conclusioni dell’avvocato generale, presentate all’udienza del 16 febbraio 2017,
ha pronunciato la seguente

Sentenza

1 La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull’interpretazione della direttiva 2013/11/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2013, sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori, che modifica il regolamento (CE) n. 2006/2004 e la direttiva 2009/22/CE (direttiva sull’ADR per i consumatori) (GU 2013, L 165, pag. 63), e della direttiva 2008/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2008, relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale (GU 2008, L 136, pag. 3).

2 Tale domanda è stata proposta nell’ambito di una controversia che contrappone il sig. Livio Menini e la sig.ra Maria Antonia Rampanelli al Banco Popolare Società Cooperativa,



controversia avente ad oggetto il regolamento del saldo debitore di un conto corrente di cui il sig. Menini e la sig.ra Rampanelli sono titolari presso il Banco popolare, a seguito di un'apertura di credito concessa loro da quest'ultimo.

Contesto normativo

Diritto dell'Unione

Direttiva 2008/52

3 I considerando 8 e 13 della direttiva 2008/52 così recitano:

«(8) Le disposizioni della presente direttiva dovrebbero applicarsi soltanto alla mediazione nelle controversie transfrontaliere, ma nulla dovrebbe vietare agli Stati membri di applicare tali disposizioni anche ai procedimenti di mediazione interni.

(...)

(13) La mediazione di cui alla presente direttiva dovrebbe essere un procedimento di volontaria giurisdizione nel senso che le parti gestiscono esse stesse il procedimento e possono organizzarlo come desiderano e porvi fine in qualsiasi momento. (...).

4 Ai sensi dell'articolo 1 di tale direttiva:

«1. La presente direttiva ha l'obiettivo di facilitare l'accesso alla risoluzione alternativa delle controversie e di promuovere la composizione amichevole delle medesime incoraggiando il ricorso alla mediazione e garantendo un'equilibrata relazione tra mediazione e procedimento giudiziario.

2. La presente direttiva si applica, nelle controversie transfrontaliere, in materia civile e commerciale tranne per i diritti e gli obblighi non riconosciuti alle parti dalla pertinente legge applicabile. Essa non si estende, in particolare, alla materia fiscale, doganale e amministrativa né alla responsabilità dello Stato per atti o omissioni nell'esercizio di pubblici poteri (acta iure imperii).

(...).

5 L'articolo 2, paragrafo 1, della suddetta direttiva dispone quanto segue:

«Ai fini della presente direttiva per controversia transfrontaliera si intende una controversia in cui almeno una delle parti è domiciliata o risiede abitualmente in uno Stato membro diverso da quello di qualsiasi altra parte alla data in cui:

- a) le parti concordano di ricorrere alla mediazione dopo il sorgere della controversia;
- b) il ricorso alla mediazione è ordinato da un organo giurisdizionale;
- c) l'obbligo di ricorrere alla mediazione sorge a norma del diritto nazionale; o
- d) ai fini dell'articolo 5, un invito è rivolto alle parti».

6 L'articolo 3, lettera a), della medesima direttiva definisce la nozione di «mediazione» come un procedimento strutturato, indipendentemente dalla denominazione, dove due o più parti di una controversia tentano esse stesse, su base volontaria, di raggiungere un accordo sulla risoluzione della medesima con l'assistenza di un mediatore. Tale procedimento può essere avviato dalle parti, suggerito od ordinato da un organo giurisdizionale o prescritto dal diritto di uno Stato membro.

7 L'articolo 5, paragrafo 2, della direttiva 2008/52 così prevede:

«La presente direttiva lascia impregiudicata la legislazione nazionale che rende il ricorso alla mediazione obbligatorio oppure soggetto a incentivi o sanzioni, sia prima che dopo l'inizio del procedimento giudiziario, purché tale legislazione non impedisca alle parti di esercitare il diritto di accesso al sistema giudiziario».



Direttiva 2013/11

8 Ai sensi dei considerando 16, 19 e 45 della direttiva 2013/11:

«(16) (...) La presente direttiva dovrebbe applicarsi ai reclami presentati dai consumatori nei confronti dei professionisti. Essa non dovrebbe applicarsi ai reclami presentati dai professionisti nei riguardi di consumatori o alle controversie tra professionisti. Tuttavia, essa non dovrebbe impedire agli Stati membri di adottare o mantenere in vigore disposizioni relative a procedure per la risoluzione extragiudiziale di tali controversie.

(...)

(19) Alcuni atti giuridici dell'Unione in vigore già contengono disposizioni relative [alla risoluzione alternativa delle controversie (ADR)]. Per garantire la certezza giuridica è opportuno prevedere che, in caso di conflitto, prevalga la presente direttiva, salvo qualora sia espressamente previsto altrimenti. In particolare, la presente direttiva non dovrebbe pregiudicare la direttiva [2008/52], che definisce già un quadro di riferimento per i sistemi di mediazione a livello di Unione per quanto concerne le controversie transfrontaliere, senza impedire l'applicazione di tale direttiva ai sistemi di mediazione interna. La presente direttiva è destinata a essere applicata orizzontalmente a tutti i tipi di procedure ADR, comprese le procedure ADR contemplate dalla direttiva [2008/52].

(...)

(45) Il diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale sono diritti fondamentali sanciti dall'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Pertanto, l'obiettivo delle procedure ADR non dovrebbe essere né quello di sostituire le procedure giudiziali né quello di privare i consumatori o i professionisti del diritto di rivolgersi agli organi giurisdizionali. È opportuno che la presente direttiva non contenga alcun elemento che possa impedire alle parti di esercitare il diritto di accesso al sistema giudiziario. Nei casi in cui una controversia non possa essere risolta secondo una determinata procedura ADR il cui esito non sia vincolante, è auspicabile che alle parti non sia successivamente impedito di avviare un procedimento giudiziario in relazione a tale controversia. Gli Stati membri dovrebbero avere la possibilità di scegliere i mezzi appropriati per conseguire tale obiettivo. Essi dovrebbero poter prevedere, tra l'altro, che i termini di prescrizione o decadenza non vengano a scadenza durante una procedura ADR».

9 L'articolo 1 della direttiva in parola è così formulato:

«L'obiettivo della presente direttiva è di contribuire, mediante il raggiungimento di un livello elevato di protezione dei consumatori, al corretto funzionamento del mercato interno garantendo che i consumatori possano, su base volontaria, presentare reclamo nei confronti di professionisti dinanzi a organismi che offrono procedure indipendenti, imparziali, trasparenti, efficaci, rapide ed eque di [ADR]. La presente direttiva non pregiudica la legislazione nazionale che prevede l'obbligatorietà di tali procedure, a condizione che tale legislazione non impedisca alle parti di esercitare il loro diritto di accedere al sistema giudiziario».

10 L'articolo 3 della suddetta direttiva prevede quanto segue:

«1. Salvo ove la presente direttiva disponga diversamente, in caso di conflitto tra una qualsiasi disposizione della presente direttiva e una disposizione di un altro atto giuridico dell'Unione riguardante le procedure extragiudiziali di ricorso avviate da un consumatore nei confronti di un professionista, prevale la disposizione della presente direttiva.

2. La presente direttiva si applica fatta salva la direttiva [2008/52].



(...)).

11 L'articolo 4 della medesima direttiva è del seguente tenore:

«1. Ai fini della presente direttiva, si intende per:

a) “consumatore”: qualsiasi persona fisica che agisca a fini che non rientrano nella sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale;

b) “professionista”: qualsiasi persona fisica o giuridica che, indipendentemente dal fatto che si tratti di un soggetto privato o pubblico, agisca nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale, anche tramite qualsiasi altra persona che agisca in suo nome o per suo conto;

c) “contratto di vendita”: qualsiasi contratto in base al quale il professionista trasferisce o si impegna a trasferire la proprietà di beni al consumatore e il consumatore ne paga o si impegna a pagarne il prezzo, inclusi i contratti che hanno come oggetto sia beni che servizi;

d) “contratto di servizi”: qualsiasi contratto diverso da un contratto di vendita in base al quale il professionista fornisce o si impegna a fornire un servizio al consumatore e il consumatore ne paga o si impegna a pagarne il prezzo;

e) “controversia nazionale”: una controversia contrattuale derivante da un contratto di vendita o di servizi, nell'ambito della quale il consumatore, quando ordina i beni o i servizi, risiede nello stesso Stato membro in cui è stabilito il professionista;

f) “controversia transfrontaliera”: una controversia contrattuale derivante da un contratto di vendita o di servizi, nell'ambito della quale il consumatore, quando ordina i beni o i servizi, risiede in uno Stato membro diverso da quello in cui è stabilito il professionista;

g) “procedura ADR”: una procedura di cui all'articolo 2 conforme ai requisiti di cui alla presente direttiva ed eseguita da un organismo ADR;

h) “organismo ADR”: qualsiasi organismo, a prescindere dalla sua denominazione, istituito su base permanente, che offre la risoluzione di una controversia attraverso una procedura ADR ed è inserito in elenco ai sensi dell'articolo 20, paragrafo 2;

i) “autorità competente”: qualsiasi autorità pubblica designata da uno Stato membro ai fini della presente direttiva e istituita a livello nazionale, regionale o locale.

2. Il professionista è stabilito:

– se si tratta di una persona fisica, presso la sua sede di attività,

– se si tratta di una società o di un'altra persona giuridica o di un'associazione di persone fisiche o giuridiche, presso la sua sede legale, la sua amministrazione centrale o la sua sede di attività, comprese le filiali, le agenzie o qualsiasi altra sede.

3. L'organismo ADR è stabilito:

– se è gestito da una persona fisica, nel luogo in cui svolge le attività ADR,

– se l'organismo è gestito da una persona giuridica o da un'associazione di persone fisiche o di persone giuridiche, nel luogo in cui tale persona giuridica o associazione di persone fisiche o giuridiche svolge le attività ADR o ha la sua sede legale,

– se è gestito da un'autorità o da un altro ente pubblico, nel luogo in cui tale autorità o altro ente pubblico ha la propria sede».

12 L'articolo 8 della direttiva 2013/11 è redatto nei seguenti termini:

«Gli Stati membri garantiscono che le procedure ADR siano efficaci e rispettino i seguenti requisiti:



a) la procedura ADR è disponibile e facilmente accessibile online e offline per entrambe le parti, a prescindere dalla loro ubicazione;

b) le parti hanno accesso alla procedura senza essere obbligate a ricorrere a un avvocato o consulente legale senza che la procedura precluda alle parti il loro diritto di ricorrere al parere di un soggetto indipendente o di essere rappresentate o assistite da terzi in qualsiasi fase della procedura;

c) la procedura ADR è gratuita o disponibile a costi minimi per i consumatori;

(...).

13 Ai sensi dell'articolo 9 di tale direttiva:

«1. Gli Stati membri garantiscono che nell'ambito delle procedure ADR:

(...)

b) le parti siano informate del fatto che non sono obbligate a ricorrere a un avvocato o consulente legale, ma possono chiedere un parere indipendente o essere rappresentate o assistite da terzi in qualsiasi fase della procedura;

(...)

2. Nell'ambito delle procedure ADR volte a risolvere la controversia proponendo una soluzione, gli Stati membri garantiscono che:

a) le parti abbiano la possibilità di ritirarsi dalla procedura in qualsiasi momento se non sono soddisfatte delle prestazioni o del funzionamento della procedura. Le parti sono informate di tale diritto prima dell'avvio della procedura. Nel caso in cui le norme nazionali prevedano la partecipazione obbligatoria del professionista alle procedure ADR, la presente lettera si applica esclusivamente ai consumatori;

(...)

3. Qualora, conformemente al diritto nazionale, le procedure ADR prevedano che il loro esito diventi vincolante per il professionista una volta che il consumatore abbia accettato la soluzione proposta, l'articolo 9, paragrafo 2 deve leggersi come applicabile solo al consumatore».

14 L'articolo 12 della medesima direttiva così dispone:

«1. Gli Stati membri provvedono affinché alle parti che, nel tentativo di dirimere una controversia, ricorrono a procedure ADR il cui esito non sia vincolante, non sia successivamente impedito di avviare un procedimento giudiziario in relazione a tale controversia in ragione della scadenza dei termini di prescrizione o decadenza nel corso della procedura ADR.

2. Il paragrafo 1 lascia impregiudicate le disposizioni relative alla prescrizione o alla decadenza contenute negli accordi internazionali di cui gli Stati membri sono parte».

Diritto italiano

15 L'articolo 4, comma 3, del decreto legislativo del 4 marzo 2010, n. 28, recante attuazione dell'articolo 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali (GURI n. 53 del 5 marzo 2010, pag. 1; in prosieguo: il «decreto legislativo n. 28/2010»), che garantisce il recepimento della direttiva 2008/52 nell'ordinamento italiano, nella sua versione applicabile *ratione temporis* prevede quanto segue:

«All'atto del conferimento dell'incarico, l'avvocato è tenuto a informare l'assistito della possibilità di avvalersi del procedimento di mediazione disciplinato dal presente decreto e delle agevolazioni fiscali di cui agli articoli 17 e 20. L'avvocato informa altresì l'assistito dei casi in cui



l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale. L'informazione deve essere fornita chiaramente e per iscritto. In caso di violazione degli obblighi di informazione, il contratto tra l'avvocato e l'assistito è annullabile. (...)».

16 L'articolo 5 del decreto legislativo n. 28/2010 dispone quanto segue:

«(...)

1-bis. Chi intende esercitare in giudizio un'azione relativa a una controversia in materia di (...) contratti assicurativi, bancari e finanziari, è tenuto, assistito dall'avvocato, preliminarmente a esperire il procedimento di mediazione ai sensi del presente decreto ovvero il procedimento di conciliazione previsto dal decreto legislativo 8 ottobre 2007, n. 179, ovvero il procedimento istituito in attuazione dell'articolo 128-bis del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni, per le materie ivi regolate. L'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale. (...)

(...)

2-bis. Quando l'esperimento del procedimento di mediazione costituisce condizione di procedibilità della domanda giudiziale la condizione si considera avverata se il primo incontro dinanzi al mediatore si conclude senza l'accordo.

(...)

4. I commi 1-bis e 2 non si applicano:

a) nei procedimenti per ingiunzione, inclusa l'opposizione, fino alla pronuncia sulle istanze di concessione e sospensione della provvisoria esecuzione;

(...))».

17 L'articolo 8 del suddetto decreto legislativo è così formulato:

«1. All'atto della presentazione della domanda di mediazione, il responsabile dell'organismo designa un mediatore e fissa il primo incontro tra le parti non oltre trenta giorni dal deposito della domanda. La domanda e la data del primo incontro sono comunicate all'altra parte con ogni mezzo idoneo ad assicurarne la ricezione, anche a cura della parte istante. Al primo incontro e agli incontri successivi, fino al termine della procedura, le parti devono partecipare con l'assistenza dell'avvocato. (...)

(...)

4-bis. Dalla mancata partecipazione senza giustificato motivo al procedimento di mediazione il giudice può desumere argomenti di prova nel successivo giudizio ai sensi dell'articolo 116, secondo comma, del codice di procedura civile. Il giudice condanna la parte costituita che, nei casi previsti dall'articolo 5, non ha partecipato al procedimento senza giustificato motivo, al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di una somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto per il giudizio.

(...))».

18 Il decreto legislativo del 6 agosto 2015, n. 130, recante attuazione della direttiva 2013/11/UE sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori, che modifica il regolamento (CE) n. 2006/2004 e la direttiva 2009/22/CE (direttiva sull'ADR per i consumatori) (GURI n. 191 del 19 agosto 2015; in prosieguo: il «decreto legislativo n. 130/2015»), ha inserito, nel decreto legislativo del 6 settembre 2005, n. 206, recante Codice del consumo (GURI n. 235 dell'8 ottobre 2005; in prosieguo: il «codice del consumo»), un titolo II-bis rubricato «Risoluzione



extragiudiziale delle controversie». L'articolo 141 di tale codice, come modificato dal decreto legislativo n. 130/2015, che figura all'interno di questo nuovo titolo, prevede quanto segue:

«(...)

4. Le disposizioni di cui al presente titolo, si applicano alle procedure volontarie di composizione extragiudiziale per la risoluzione, anche in via telematica, delle controversie nazionali e transfrontaliere, tra consumatori e professionisti residenti e stabiliti nell'Unione europea, nell'ambito delle quali l'organismo ADR propone una soluzione o riunisce le parti al fine di agevolare una soluzione amichevole e, in particolare, agli organismi di mediazione per la trattazione degli affari in materia di consumo iscritti nella sezione speciale di cui all'articolo 16, commi 2 e 4, del decreto legislativo [n. 28/2010], e agli altri organismi ADR istituiti o iscritti presso gli elenchi tenuti e vigilati dalle autorità di cui al comma 1, lettera i), previa la verifica della sussistenza dei requisiti e della conformità della propria organizzazione e delle proprie procedure alle prescrizioni del presente titolo. (...)

(...)

6. Sono fatte salve le seguenti disposizioni che prevedono l'obbligatorietà delle procedure di risoluzione extragiudiziale delle controversie:

a) articolo 5, comma 1-bis, del decreto legislativo [n. 28/2010], che disciplina i casi di condizione di procedibilità con riferimento alla mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali;

(...))».

Procedimento principale e questioni pregiudiziali

19 Il Banco Popolare ha concesso al sig. Menini e alla sig.ra Rampanelli aperture di credito in conto corrente sulla base di tre contratti successivi al fine di consentire loro l'acquisto di azioni, tra cui quelle emesse dal Banco Popolare stesso o da altre società al medesimo appartenenti.

20 Il 15 giugno 2015 il Banco Popolare ha ottenuto un decreto ingiuntivo nei confronti del sig. Menini e della sig.ra Rampanelli, per un importo di EUR 991 848,21, corrispondente al saldo che, a suo avviso, gli era ancora dovuto sulla base di un contratto firmato il 16 luglio 2009 per l'apertura di un conto corrente con garanzia ipotecaria. Il sig. Menini e la sig.ra Rampanelli hanno proposto opposizione a tale decreto, chiedendo la sospensione della provvisoria esecuzione del medesimo.

21 Il Tribunale Ordinario di Verona (Italia), giudice del rinvio, rileva che, ai sensi del diritto nazionale, condizione di procedibilità di una simile opposizione è il previo esperimento ad opera delle parti di una procedura di mediazione, in applicazione dell'articolo 5, commi 1-bis e 4, del decreto legislativo n. 28/2010. Esso rileva altresì che la controversia al suo esame rientra nell'ambito di applicazione del codice del consumo, come modificato dal decreto legislativo n. 130/2015, che ha recepito la direttiva 2013/11 nell'ordinamento italiano. Infatti, il sig. Menini e la sig.ra Rampanelli dovrebbero essere considerati «consumatori», ai sensi dell'articolo 4, lettera a), di tale direttiva, i quali hanno stipulato contratti qualificabili come «contratti di servizi» a norma dell'articolo 4, lettera d), della medesima direttiva.

22 Secondo il giudice del rinvio, non vi è chiarezza sul fatto che l'espreso rinvio della direttiva 2013/11 alla direttiva 2008/52 implichi che la prima di queste direttive abbia inteso riservare agli Stati membri la facoltà di prevedere il ricorso obbligatorio a una procedura di media-



zione anziché alla procedura di ADR contemplata dalla direttiva 2013/11 in materia di controversie riguardanti i consumatori. Infatti, l'articolo 5, paragrafo 2, della direttiva 2008/52, laddove consente agli Stati membri di prevedere la mediazione come condizione di procedibilità delle procedure giudiziali, non avrebbe carattere precettivo, lasciando tale scelta alla discrezionalità degli Stati membri.

23 Ciò premesso, il giudice nazionale ritiene che le disposizioni di diritto italiano in materia di mediazione obbligatoria siano in contrasto con la direttiva 2013/11. Infatti, quest'ultima istituirebbe un sistema unitario, esclusivo e armonizzato per le controversie riguardanti i consumatori, che vincolerebbe gli Stati membri al conseguimento dell'obiettivo da essa perseguito. Tale direttiva dovrebbe quindi applicarsi anche ai procedimenti previsti dalla direttiva 2008/52.

24 Il giudice del rinvio sottolinea anche il fatto che l'articolo 9 della direttiva 2013/11 lascia alle parti la scelta non solo di partecipare o meno alla procedura ADR, ma anche di ritirarsi in qualsiasi momento dalla stessa, ragion per cui il ricorso obbligatorio alla mediazione, previsto dal diritto nazionale, porrebbe il consumatore in una posizione più sfavorevole di quella in cui si troverebbe se un simile ricorso avesse mero carattere facoltativo.

25 Infine, secondo il giudice del rinvio, la procedura di mediazione obbligatoria prevista dal diritto nazionale non è conforme all'articolo 9, paragrafo 2, della direttiva 2013/11, in quanto, nel procedimento nazionale, le parti non possono ritirarsi dalla procedura di mediazione in ogni momento, e senza conseguenze di sorta, se non sono soddisfatte delle prestazioni o del funzionamento della procedura. Esse potrebbero farlo solamente in presenza di un giustificato motivo, a pena di esporsi a una sanzione pecuniaria che il giudice è tenuto a infliggere quand'anche la parte che abbia così rinunciato alla procedura di mediazione risulti vittoriosa al termine del procedimento giudiziario.

26 In tale contesto, il Tribunale Ordinario di Verona ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Se l'articolo 3, paragrafo 2, della direttiva 2013/11, nella parte in cui prevede che la medesima direttiva si applichi “fatta salva la direttiva 2008/52”, vada inteso nel senso che fa salva la possibilità per i singoli Stati membri di prevedere la mediazione obbligatoria per le sole ipotesi che non ricadono nell'ambito di applicazione della direttiva 2013/11, vale a dire le ipotesi di cui all'articolo 2, paragrafo 2 della direttiva 2013/11, le controversie contrattuali derivanti da contratti diversi da quelli di vendita o di servizi oltre quelle che non riguardino consumatori.

2) Se l'articolo 1 (...) della direttiva 2013/11, nella parte in cui assicura ai consumatori la possibilità di presentare reclamo nei confronti dei professionisti dinanzi ad appositi organismi di risoluzione alternativa delle controversie, vada interpretato nel senso che tale norma osta ad una norma nazionale che prevede il ricorso alla mediazione, in una delle controversie di cui all'articolo 2, paragrafo 1 della direttiva 2013/11, quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale della parte qualificabile come consumatore, e, in ogni caso, ad una norma nazionale che preveda l'assistenza difensiva obbligatoria, ed i relativi costi, per il consumatore che partecipi alla mediazione relativa ad una delle predette controversie, nonché la possibilità di non partecipare alla mediazione se non in presenza di un giustificato motivo».

Sulle questioni pregiudiziali

Sulla ricevibilità della domanda di pronuncia pregiudiziale



27 I governi italiano e tedesco mettono in discussione la ricevibilità della domanda di pronuncia pregiudiziale, in quanto la direttiva 2013/11 non sarebbe applicabile alla controversia principale. Il governo italiano afferma che tale controversia si innesta in un procedimento per ingiunzione di pagamento promosso da un professionista nei confronti di un consumatore e, a questo titolo, è escluso dall'ambito di applicazione della direttiva 2013/11. Quanto al governo tedesco, esso considera che il giudice del rinvio non precisa se la procedura di mediazione istituita dal decreto legislativo n. 28/2010 configuri una «procedura ADR» dinanzi a un «organismo ADR» secondo le definizioni fornite dalla direttiva 2013/11, unica ipotesi in cui tale direttiva sarebbe applicabile.

28 Secondo costante giurisprudenza della Corte, il rigetto da parte di quest'ultima di una domanda proposta da un giudice nazionale è possibile solo quando appaia in modo manifesto che l'interpretazione del diritto dell'Unione richiesta da tale giudice non ha alcuna relazione con l'effettività o con l'oggetto del procedimento principale, qualora il problema sia di natura ipotetica oppure, ancora, quando la Corte non disponga degli elementi di fatto o di diritto necessari per fornire una soluzione utile alle questioni che le vengono sottoposte (sentenza del 14 marzo 2013, Allianz Hungária Biztosító e a., C-32/11, EU:C:2013:160, punto 26 e giurisprudenza ivi citata).

29 Nella fattispecie, risulta tuttavia che la questione dell'applicabilità della direttiva 2013/11 alla controversia principale è indissolubilmente collegata alle risposte che devono essere fornite alla domanda di pronuncia pregiudiziale in esame. Alla luce di tali considerazioni, la Corte è competente a rispondere a tale domanda (v., per analogia, sentenza del 7 marzo 2017, X e X, C-638/16 PPU, EU:C:2017:173, punto 37 e giurisprudenza ivi citata).

Sulla prima questione

30 Con la sua prima questione, il giudice del rinvio domanda, in sostanza, se l'articolo 3, paragrafo 2, della direttiva 2013/11, nella parte in cui dispone che tale direttiva si applichi «fatta salva» la direttiva 2008/52, debba essere interpretato nel senso che esso osta a una normativa nazionale, come quella di cui al procedimento principale, che prevede una procedura di mediazione obbligatoria nelle controversie indicate all'articolo 2, paragrafo 1, della direttiva 2013/11.

31 Si deve ricordare che l'articolo 1, paragrafo 1, della direttiva 2008/52 enuncia che essa ha l'obiettivo di facilitare l'accesso alla risoluzione alternativa delle controversie e di promuovere la composizione amichevole delle medesime incoraggiando il ricorso alla mediazione. Il successivo paragrafo 2 sottolinea che tale direttiva si applica alle controversie transfrontaliere in materia civile e commerciale, ossia, conformemente al suo articolo 2, alle controversie in cui almeno una delle parti è domiciliata o risiede abitualmente in uno Stato membro diverso da quello di qualsiasi altra parte.

32 Orbene, nella fattispecie, è pacifico che la controversia principale non integra una controversia transfrontaliera siffatta.

33 È pur vero che, come enunciato dal considerando 8 della direttiva 2008/52, nulla vieta agli Stati membri di applicare tale direttiva ai procedimenti di mediazione interni, facoltà di cui, come emerge dalla domanda di pronuncia pregiudiziale, il legislatore italiano si è avvalso. Nello stesso senso, il considerando 19 della direttiva 2013/11 ricorda che la direttiva 2008/52 definisce un quadro di riferimento per i sistemi di mediazione a livello di Unione per quanto concerne le controversie transfrontaliere, senza impedire l'applicazione di tale direttiva ai sistemi di mediazione interna.



34 Tuttavia, come rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 60 delle conclusioni, la scelta del legislatore italiano di estendere l'applicazione del decreto legislativo n. 28/2010 alle controversie nazionali non può avere l'effetto di ampliare l'ambito di applicazione della direttiva 2008/52, come definito all'articolo 1, paragrafo 2, della stessa.

35 Ne consegue che, poiché la direttiva 2008/52 non è applicabile a una controversia come quella principale, non è necessario, nella presente causa, pronunciarsi sulla questione dei rapporti tra tale direttiva e la direttiva 2013/11. Quanto al punto se quest'ultima direttiva osti a una normativa nazionale come quella di cui al procedimento principale, esso è precisamente oggetto della seconda questione sollevata dal giudice del rinvio e deve, pertanto, essere esaminato in tale contesto.

36 Alla luce delle suesposte considerazioni, non occorre rispondere alla prima questione.

Sulla seconda questione

37 Con la sua seconda questione, il giudice del rinvio domanda, in sostanza, se la direttiva 2013/11 debba essere interpretata nel senso che essa osta a una normativa nazionale, come quella di cui al procedimento principale, la quale prevede, in primo luogo, il ricorso obbligatorio a una procedura di mediazione, nelle controversie indicate all'articolo 2, paragrafo 1, di tale direttiva, come condizione di procedibilità della domanda giudiziale relativa a queste medesime controversie, in secondo luogo, che, nell'ambito di una mediazione siffatta, i consumatori debbano essere assistiti da un avvocato e, in terzo luogo, che i consumatori possano sottrarsi a un previo ricorso alla mediazione solo se dimostrano l'esistenza di un giustificato motivo a sostegno di tale decisione.

38 Per rispondere a tale questione, occorre esaminare, in limine, se la direttiva 2013/11 possa applicarsi a una normativa come quella di cui al procedimento principale.

39 A tale riguardo occorre rilevare che, conformemente al suo articolo 1, la direttiva 2013/11 è volta a dare ai consumatori la possibilità di presentare, su base volontaria, reclamo nei confronti di professionisti attraverso procedure ADR.

40 La direttiva 2013/11 si applica non a tutte le controversie che coinvolgono consumatori, ma solo alle procedure che soddisfano i seguenti presupposti cumulativi: in primo luogo, la procedura deve essere stata promossa da un consumatore nei confronti di un professionista con riferimento a obbligazioni contrattuali derivanti da contratti di vendita o di servizi, in secondo luogo, conformemente all'articolo 4, paragrafo 1, lettera g), della direttiva 2013/11, tale procedura deve soddisfare i requisiti previsti dalla suddetta direttiva – e in particolare, sotto tale profilo, essere indipendente, imparziale, trasparente, efficace, rapida ed equa – e, in terzo luogo, detta procedura deve essere affidata a un organismo ADR, ossia, conformemente all'articolo 4, paragrafo 1, lettera h), della medesima direttiva, a un organismo, a prescindere dalla sua denominazione, istituito su base permanente, che offre la risoluzione di una controversia attraverso una procedura ADR ed è inserito in elenco ai sensi dell'articolo 20, paragrafo 2, della direttiva 2013/11, elenco notificato alla Commissione europea.

41 Per determinare se la direttiva 2013/11 sia applicabile a una procedura ADR come quella discussa nel procedimento principale, occorre verificare la sussistenza dei suddetti presupposti.

42 Quanto al primo presupposto, la questione se una procedura ADR, come quella discussa nel procedimento principale, si debba considerare promossa non da un professionista, ma



da un consumatore, ricade nella sfera di valutazione del giudice nazionale e in quella di applicazione del diritto interno di ciascuno Stato membro. Di conseguenza, con riferimento al procedimento principale, spetta al giudice del rinvio valutare se l'opposizione a un decreto ingiuntivo nonché la domanda di sospensione della provvisoria esecuzione del medesimo configurino un reclamo presentato da un consumatore, avente carattere autonomo rispetto al procedimento di ingiunzione promosso da un professionista del settore creditizio, come quello di cui al procedimento principale.

43 Quanto al secondo e al terzo presupposto, la domanda di pronuncia pregiudiziale non precisa se la procedura di mediazione prevista dalla normativa italiana si svolga dinanzi a un organismo ADR, ai sensi della direttiva 2013/11. Anche sotto tale profilo, spetta al giudice del rinvio valutare se l'organismo previsto all'articolo 141, comma 4, del codice del consumo, come modificato dal decreto legislativo n. 130/2015, sia un organismo ADR, che soddisfa i requisiti imposti dalla direttiva 2013/11, dal momento che ciò costituisce un presupposto per la sua applicazione.

44 Ne consegue che la direttiva 2013/11, fatte salve le verifiche da compiersi a cura del giudice del rinvio, può trovare applicazione a una normativa come quella discussa nel procedimento principale.

45 Per quanto riguarda i tre elementi contenuti nella questione sollevata dal giudice del rinvio e, in primo luogo, quanto al requisito di una procedura di mediazione come condizione di procedibilità di un'azione giudiziaria riguardante la controversia oggetto di tale procedura, requisito previsto all'articolo 5, paragrafo 1-bis, del decreto legislativo n. 28/2010, è pur vero che l'articolo 1, prima frase, della direttiva 2013/11 prevede la facoltà per i consumatori di presentare «su base volontaria» reclamo nei confronti dei professionisti dinanzi a organismi ADR.

46 A questo proposito il giudice del rinvio si domanda se, sulla base di un'interpretazione letterale di detto articolo 1, prima frase, gli Stati membri siano autorizzati a mantenere un simile ricorso preventivo e obbligatorio alla mediazione per le sole tipologie di controversie che non rientrano nell'ambito di applicazione di tale direttiva.

47 Tuttavia, secondo costante giurisprudenza della Corte, ai fini dell'interpretazione delle disposizioni di diritto dell'Unione si deve tener conto non soltanto del loro tenore letterale, ma anche del loro contesto e degli scopi perseguiti dalla normativa di cui esse fanno parte (sentenza del 15 ottobre 2014, Hoštická e a., C-561/13, EU:C:2014:2287, punto 29).

48 A tale riguardo, anche se l'articolo 1, prima frase, della direttiva 2013/11 utilizza l'espressione «su base volontaria», si deve rilevare che la seconda frase di detto articolo prevede espressamente la possibilità, per gli Stati membri, di rendere obbligatoria la partecipazione alle procedure ADR, a condizione che una tale legislazione non impedisca alle parti di esercitare il loro diritto di accedere al sistema giudiziario.

49 Tale interpretazione è corroborata dall'articolo 3, lettera a), della direttiva 2008/52, che definisce la mediazione come un procedimento strutturato, indipendentemente dalla denominazione, dove due o più parti di una controversia tentano esse stesse, su base volontaria, di raggiungere un accordo sulla risoluzione della medesima. Infatti, tale procedimento può essere avviato dalle parti oppure suggerito od ordinato da un organo giurisdizionale, ma anche prescritto dal diritto di uno Stato membro. Inoltre, conformemente all'articolo 5, paragrafo 2, della direttiva 2008/52, quest'ultima lascia impregiudicata la legislazione nazionale che rende il ricorso alla me-



di mediazione obbligatoria, purché tale legislazione non impedisca alle parti di esercitare il diritto di accesso al sistema giudiziario.

50 Come emerge dal considerando 13 della direttiva 2008/52, il carattere volontario della mediazione consiste, pertanto, non già nella libertà delle parti di ricorrere o meno a tale procedimento, bensì nel fatto che «le parti gestiscono esse stesse il procedimento e possono organizzarlo come desiderano e porvi fine in qualsiasi momento».

51 Assume quindi rilevanza non il carattere obbligatorio o facoltativo del sistema di mediazione, ma il fatto che il diritto di accesso delle parti al sistema giudiziario sia preservato. A tal fine, come rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 75 delle conclusioni, gli Stati membri conservano la loro piena autonomia legislativa, a condizione che sia rispettato l'effetto utile della direttiva 2013/11.

52 Pertanto, il fatto che una normativa nazionale come quella di cui trattasi nel procedimento principale abbia non solo introdotto una procedura di mediazione extragiudiziale, ma abbia, in aggiunta, reso obbligatorio il ricorso a quest'ultima prima di adire un organo giurisdizionale non è tale da pregiudicare la realizzazione dell'obiettivo della direttiva 2013/11 (v., per analogia, sentenza del 18 marzo 2010, *Alassini e a.*, da C-317/08 a C-320/08, EU:C:2010:146, punto 45).

53 Indubbiamente, è evidente che, condizionando la procedibilità delle domande giudiziali presentate nelle materie previste all'articolo 5, paragrafo 1-bis, del decreto legislativo n. 28/2010 all'esperimento di un tentativo di mediazione obbligatoria, la normativa nazionale di cui al procedimento principale introduce una tappa aggiuntiva da superare prima di poter accedere al giudice. Tale condizione potrebbe incidere sul principio della tutela giurisdizionale effettiva (v., in tal senso, sentenza del 18 marzo 2010, *Alassini e a.*, da C-317/08 a C-320/08, EU:C:2010:146, punto 62).

54 Tuttavia, secondo costante giurisprudenza della Corte, i diritti fondamentali non si configurano come prerogative assolute, ma possono soggiacere a restrizioni, a condizione che queste rispondano effettivamente a obiettivi di interesse generale perseguiti dalla misura di cui trattasi e non costituiscano, rispetto allo scopo perseguito, un intervento sproporzionato e inaccettabile, tale da ledere la sostanza stessa dei diritti così garantiti (sentenza del 18 marzo 2010, *Alassini e a.*, da C-317/08 a C-320/08, EU:C:2010:146, punto 63 e giurisprudenza ivi citata).

55 Come rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 81 delle conclusioni, sebbene la sentenza del 18 marzo 2010, *Alassini e a.* (da C-317/08 a C-320/08, EU:C:2010:146), riguardi una procedura di conciliazione, il ragionamento seguito dalla Corte nell'ambito di quella sentenza è trasponibile a normative nazionali che rendano obbligatorio il ricorso ad altre procedure extragiudiziali, quali la procedura di mediazione discussa nel procedimento principale.

56 Ciò rilevato, come enunciato, in sostanza, dal considerando 45 della direttiva 2013/11, gli Stati membri sono liberi di scegliere i mezzi che giudicano appropriati per far sì che l'accesso al sistema giudiziario non sia ostacolato, fermo restando che, da un lato, il fatto che l'esito della procedura ADR non sia vincolante per le parti e, dall'altro, il fatto che i termini di prescrizione o decadenza non scadano durante una procedura siffatta costituiscono due mezzi che, tra gli altri, sarebbero adeguati per conseguire tale obiettivo.

57 Per quanto riguarda il carattere vincolante dell'esito della procedura ADR, l'articolo 9, paragrafo 2, lettera a), della direttiva 2013/11 impone agli Stati membri di garantire che,



nell'ambito di tale procedura, le parti abbiano la possibilità di ritirarsi dalla stessa in qualsiasi momento se non sono soddisfatte delle sue prestazioni o del suo funzionamento. Inoltre, conformemente all'articolo 9, paragrafo 2, lettera b), di tale direttiva, al termine della procedura ADR, viene solamente proposta una soluzione alle parti, e queste sono libere di accettare o seguire la soluzione proposta o meno.

58 Anche se l'articolo 9, paragrafo 3, della direttiva 2013/11 sancisce la possibilità per le normative nazionali di prevedere che l'esito delle procedure ADR sia vincolante per i professionisti, una simile possibilità richiede che il consumatore abbia precedentemente accettato la soluzione proposta.

59 Quanto ai termini di prescrizione o decadenza, l'articolo 12 della direttiva 2013/11 dispone che gli Stati membri provvedano affinché alle parti che ricorrono a una procedura ADR nel tentativo di dirimere una controversia non sia impedito di avviare un procedimento giudiziario in ragione della scadenza dei termini di prescrizione o decadenza nel corso di tale procedura.

60 Peraltro, a termini dell'articolo 8, lettera a), della direttiva 2013/11, la procedura ADR dev'essere accessibile online o offline per entrambe le parti, a prescindere dalla loro ubicazione.

61 Il requisito di una procedura di mediazione come condizione di procedibilità di un ricorso giurisdizionale può quindi rivelarsi compatibile con il principio della tutela giurisdizionale effettiva qualora tale procedura non conduca a una decisione vincolante per le parti, non comporti un ritardo sostanziale per la proposizione di un ricorso giurisdizionale, sospenda la prescrizione o la decadenza dei diritti in questione e non generi costi, ovvero generi costi non ingenti, per le parti, a patto però che la via elettronica non costituisca l'unica modalità di accesso a detta procedura di conciliazione e che sia possibile disporre provvedimenti provvisori nei casi eccezionali in cui l'urgenza della situazione lo impone (v., in tal senso, sentenza del 18 marzo 2010, *Alassini e a.*, da C-317/08 a C-320/08, EU:C:2010:146, punto 67).

62 Spetta quindi al giudice del rinvio verificare se la normativa nazionale discussa nel procedimento principale, in particolare l'articolo 5 del decreto legislativo n. 28/2010 nonché l'articolo 141 del codice del consumo, come modificato dal decreto legislativo n. 130/2015, non impedisca alle parti di esercitare il loro diritto di accesso al sistema giudiziario, come richiesto dall'articolo 1 della direttiva 2013/11, in quanto risponde ai requisiti indicati al punto precedente.

63 Qualora tale esigenza sia rispettata, il requisito di una procedura di mediazione come condizione di procedibilità di un ricorso giurisdizionale sarebbe infatti compatibile con l'articolo 1 della direttiva 2013/11.

64 In secondo luogo, quanto all'obbligo, per il consumatore, di essere assistito da un avvocato per promuovere una procedura di mediazione, la risposta a tale questione emerge dalla formulazione dell'articolo 8, lettera b), della direttiva 2013/11. Tale articolo, infatti, relativo all'efficacia della procedura, stabilisce che gli Stati membri garantiscono che le parti abbiano accesso alla procedura ADR senza essere obbligate a ricorrere a un avvocato o a un consulente legale. Inoltre, l'articolo 9, paragrafo 1, lettera b), della suddetta direttiva dispone che le parti siano informate del fatto che non sono obbligate a ricorrere a un avvocato o a un consulente legale.

65 Pertanto, una normativa nazionale non può imporre al consumatore che prende parte a una procedura ADR di essere assistito obbligatoriamente da un avvocato.



66 Infine, in terzo luogo, quanto alla questione della necessità di interpretare la direttiva 2013/11 nel senso che essa osta a una disposizione di diritto nazionale secondo la quale i consumatori possono ritirarsi da una procedura di mediazione nel solo caso in cui dimostrino l'esistenza di un giustificato motivo a sostegno di tale decisione, a pena di sanzioni nell'ambito del successivo procedimento giudiziario, si deve ritenere che una limitazione siffatta sia tale da restringere il diritto di accesso delle parti al sistema giudiziario, contrariamente all'obiettivo perseguito dalla direttiva 2013/11, richiamato al suo articolo 1. Infatti, l'eventuale ritiro del consumatore dalla procedura ADR non deve avere conseguenze sfavorevoli nei suoi confronti nell'ambito del ricorso giurisdizionale relativo alla controversia che è stata, o avrebbe dovuto essere, oggetto di tale procedura.

67 Quest'ultima considerazione è corroborata dalla formulazione dell'articolo 9, paragrafo 2, lettera a), della direttiva 2013/11, il quale, con riferimento alle procedure ADR volte a risolvere la controversia proponendo una soluzione, impone agli Stati membri di garantire che le parti abbiano la possibilità di ritirarsi dalla procedura in qualsiasi momento se non sono soddisfatte delle prestazioni o del funzionamento della procedura.

68 Questa stessa disposizione precisa altresì che, nel caso in cui la normativa nazionale preveda la partecipazione obbligatoria del professionista alle procedure ADR, il consumatore, e solamente lui, deve sempre beneficiare di tale diritto di ritirarsi.

69 Di conseguenza, la direttiva 2013/11 dev'essere interpretata nel senso che essa osta a una normativa nazionale che limita il diritto dei consumatori di ritirarsi dalla procedura di mediazione al solo caso in cui dimostrino l'esistenza di un giustificato motivo a sostegno di tale decisione.

70 Ciò constatato, occorre rilevare che, durante l'udienza, il governo italiano ha dichiarato che l'imposizione di un'ammenda da parte del giudice in un successivo procedimento è prevista soltanto in caso di mancata partecipazione senza giustificato motivo alla procedura di mediazione, e non in caso di ritiro dalla medesima. Se così è, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare, la direttiva 2013/11 non osta a una normativa nazionale che consente al consumatore di rifiutare di partecipare a una previa procedura di mediazione solamente per un giustificato motivo, purché egli possa porvi fine senza restrizioni successivamente al primo incontro col mediatore.

71 Alla luce delle suesposte considerazioni, occorre rispondere alla seconda questione dichiarando che:

– la direttiva 2013/11 dev'essere interpretata nel senso che essa non osta a una normativa nazionale, come quella di cui al procedimento principale, che prevede il ricorso a una procedura di mediazione, nelle controversie indicate all'articolo 2, paragrafo 1, di tale direttiva, come condizione di procedibilità della domanda giudiziale relativa a queste medesime controversie, purché un requisito siffatto non impedisca alle parti di esercitare il loro diritto di accesso al sistema giudiziario;

– la medesima direttiva dev'essere invece interpretata nel senso che essa osta a una normativa nazionale, come quella di cui al procedimento principale, la quale prevede che, nell'ambito di una mediazione siffatta, i consumatori debbano essere assistiti da un avvocato e possano ritirarsi da una procedura di mediazione solo se dimostrano l'esistenza di un giustificato motivo a sostegno di tale decisione.



Sulle spese

72 Nei confronti delle parti nel procedimento principale la presente causa costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese. Le spese sostenute da altri soggetti per presentare osservazioni alla Corte non possono dar luogo a rifusione.

Per questi motivi, la Corte (Prima Sezione) dichiara:

La direttiva 2013/11/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2013, sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori, che modifica il regolamento (CE) n. 2006/2004 e la direttiva 2009/22/CE (direttiva sull'ADR per i consumatori), dev'essere interpretata nel senso che essa non osta a una normativa nazionale, come quella di cui al procedimento principale, che prevede il ricorso a una procedura di mediazione, nelle controversie indicate all'articolo 2, paragrafo 1, di tale direttiva, come condizione di procedibilità della domanda giudiziale relativa a queste medesime controversie, purché un requisito siffatto non impedisca alle parti di esercitare il loro diritto di accesso al sistema giudiziario.

La medesima direttiva dev'essere invece interpretata nel senso che essa osta a una normativa nazionale, come quella di cui al procedimento principale, la quale prevede che, nell'ambito di una mediazione siffatta, i consumatori debbano essere assistiti da un avvocato e possano ritirarsi da una procedura di mediazione solo se dimostrano l'esistenza di un giustificato motivo a sostegno di tale decisione.



SENTENZA DELLA CORTE (Seconda Sezione) 14 giugno 2017

«Rinvio pregiudiziale – Proprietà intellettuale e industriale – Direttiva 2001/29/CE – Armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi – Articolo 3, paragrafo 1 – Comunicazione al pubblico – Nozione – Piattaforma di condivisione online – Condivisione di file protetti, senza l'autorizzazione del titolare»

Nella causa C-610/15,
avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'articolo 267 TFUE, dallo Hoge Raad der Nederlanden (Corte suprema dei Paesi Bassi), con decisione del 13 novembre 2015, pervenuta in cancelleria il 18 novembre 2015, nel procedimento

Stichting Brein

contro

Ziggo BV,

XS4ALL Internet BV,

LA CORTE (Seconda Sezione),

composta da M. Ilešič (relatore), presidente di sezione, A. Prechal, A. Rosas, C. Toader e E. Jarašiūnas, giudici,

avvocato generale: M. Szpunar

cancelliere: M. Ferreira, amministratore principale

vista la fase scritta del procedimento e in seguito all'udienza del 27 ottobre 2016,

considerate le osservazioni presentate:

- per la Stichting Brein, da J.C.H. van Manen, advocaat;
- per la Ziggo BV, da F.E. Vermeulen e E.A. de Groot, advocaten;
- per la XS4ALL Internet BV, da C. Alberdingk Thijm e C.F.M. de Vries, advocaten;
- per il governo spagnolo, da V. Ester Casas e A. Gavela Llopis, in qualità di agenti;
- per il governo francese, da D. Segoin, in qualità di agente;
- per il governo italiano, da G. Palmieri, in qualità di agente, assistita da F. Di Matteo, avvocato dello Stato;
- per il governo portoghese, da L. Inez Fernandes e M. Figueiredo, in qualità di agenti, assistiti da T. Rendas, consigliere giuridico;
- per il governo del Regno Unito, da G. Brown e J. Kraehling, in qualità di agenti, assistite da N. Saunders, barrister;
- per la Commissione europea, da J. Samnadda, T. Scharf e F. Wilman, in qualità di agenti,

sentite le conclusioni dell'avvocato generale, presentate all'udienza dell'8 febbraio 2017,
ha pronunciato la seguente

Sentenza

1 La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione, da un lato, dell'articolo 3, paragrafo 1, e dell'articolo 8, paragrafo 3, della direttiva 2001/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 maggio 2001, sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto



to d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione (GU 2001, L 167, pag. 10), e, dall'altro, dell'articolo 11 della direttiva 2004/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale (GU 2004, L 157, pag. 45, e rettifica GU 2004, L 195, pag. 16).

2 Tale domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia tra la Stichting Brein, una fondazione che protegge gli interessi dei titolari del diritto d'autore, e la Ziggo BV nonché la XS4ALL Internet BV (in prosieguito: la «XS4ALL»), fornitori di accesso a Internet, relativamente ad alcune domande presentate dalla Stichting Brein e dirette a far ingiungere alle due società di bloccare i nomi di dominio e gli indirizzi IP della piattaforma di condivisione online «The Pirate Bay» (in prosieguito: la «piattaforma di condivisione online TPB»).

Contesto normativo

3 I considerando 9, 10, 23 e 27 della direttiva 2001/29 sono così formulati:

«(9) Ogni armonizzazione del diritto d'autore e dei diritti connessi dovrebbe prendere le mosse da un alto livello di protezione, dal momento che tali diritti sono essenziali per la creazione intellettuale. La loro protezione contribuisce alla salvaguardia e allo sviluppo della creatività nell'interesse di autori, interpreti o esecutori, produttori e consumatori, nonché della cultura, dell'industria e del pubblico in generale. Si è pertanto riconosciuto che la proprietà intellettuale costituisce parte integrante del diritto di proprietà.

(10) Per continuare la loro attività creativa e artistica, gli autori e gli interpreti o esecutori debbono ricevere un adeguato compenso per l'utilizzo delle loro opere, come pure i produttori per poter finanziare tale creazione. Gli investimenti necessari a fabbricare prodotti quali riproduzioni fonografiche, pellicole o prodotti multimediali e servizi quali i servizi su richiesta (“on-demand”) sono considerevoli. È necessaria un'adeguata protezione giuridica dei diritti di proprietà intellettuale per garantire la disponibilità di tale compenso e consentire un soddisfacente rendimento degli investimenti.

(...)

(23) La presente direttiva dovrebbe armonizzare ulteriormente il diritto d'autore applicabile alla comunicazione di opere al pubblico. Tale diritto deve essere inteso in senso lato in quanto concernente tutte le comunicazioni al pubblico non presente nel luogo in cui esse hanno origine. Detto diritto dovrebbe comprendere qualsiasi trasmissione o ritrasmissione di un'opera al pubblico, su filo o senza filo, inclusa la radiodiffusione, e non altri atti.

(...)

(27) La mera fornitura di attrezzature fisiche atte a rendere possibile o ad effettuare una comunicazione non costituisce un atto di comunicazione ai sensi della presente direttiva».

4 L'articolo 3 di tale direttiva, intitolato «Diritto di comunicazione di opere al pubblico, compreso il diritto di mettere a disposizione del pubblico altri materiali protetti», al suo paragrafo 1 così dispone:

«Gli Stati membri riconoscono agli autori il diritto esclusivo di autorizzare o vietare qualsiasi comunicazione al pubblico, su filo o senza filo, delle loro opere, compresa la messa a disposizione del pubblico delle loro opere in maniera tale che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelti individualmente».

5 L'articolo 8 della stessa direttiva, intitolato «Sanzioni e mezzi di ricorso», al paragrafo 3 prevede quanto segue:



«Gli Stati membri si assicurano che i titolari dei diritti possano chiedere un provvedimento inibitorio nei confronti degli intermediari i cui servizi siano utilizzati da terzi per violare un diritto d'autore o diritti connessi».

6 Il considerando 23 della direttiva 2004/48 è così formulato:

«Fatti salvi eventuali altre misure, procedure e mezzi di ricorso disponibili, i titolari dei diritti dovrebbero avere la possibilità di richiedere un provvedimento inibitorio contro un intermediario i cui servizi sono utilizzati da terzi per violare il diritto di proprietà industriale del titolare. Le condizioni e modalità relative a tale provvedimento inibitorio dovrebbero essere stabilite dal diritto nazionale degli Stati membri. Per quanto riguarda le violazioni del diritto d'autore e dei diritti connessi, la direttiva 2001/29/CE prevede già un ampio livello di armonizzazione. Pertanto l'articolo 8, paragrafo 3, della direttiva 2001/29/CE non dovrebbe essere pregiudicato dalla presente direttiva».

7 Ai sensi dell'articolo 11 della direttiva 2004/48, intitolato «Ingiunzioni»:

«Gli Stati membri assicurano che, in presenza di una decisione giudiziaria che ha accertato una violazione di un diritto di proprietà intellettuale, le autorità giudiziarie possano emettere nei confronti dell'autore della violazione un'ingiunzione diretta a vietare il proseguimento della violazione. Se previsto dalla legislazione nazionale, il mancato rispetto di un'ingiunzione è oggetto, ove opportuno, del pagamento di una penale suscettibile di essere reiterata, al fine di assicurarne l'esecuzione. Gli Stati membri assicurano che i titolari possano chiedere un provvedimento ingiuntivo nei confronti di intermediari i cui servizi sono utilizzati da terzi per violare un diritto di proprietà intellettuale, senza pregiudizio dell'articolo 8, paragrafo 3, della direttiva 2001/29/CE».

Procedimento principale e questioni pregiudiziali

8 La Stichting Brein è una fondazione dei Paesi Bassi che protegge gli interessi dei titolari del diritto d'autore.

9 La Ziggo e la XS4ALL sono fornitori di accesso ad Internet. Una parte rilevante dei loro abbonati utilizza la piattaforma di condivisione online TPB, un indice BitTorrent. BitTorrent è un protocollo con il quale gli utenti (denominati «peers») possono condividere file. La caratteristica essenziale di BitTorrent consiste nel fatto che i file da condividere sono divisi in piccole parti, per cui non è necessario disporre di un server centrale per la memorizzazione dei medesimi, circostanza che alleggerisce l'onere dei server individuali durante il processo di condivisione. Per poter condividere i file, gli utenti devono prima scaricare un software specifico, denominato «client-BitTorrent», che non viene fornito dalla piattaforma di condivisione online TPB. Tale «client-BitTorrent» è un software che consente di creare file torrent.

10 Gli utenti (denominati «seeders») che intendono mettere un file presente sul loro computer a disposizione di altri utenti (denominati «leechers») devono creare un file torrent con l'ausilio del loro client-BitTorrent. I file torrent rinviano a un server centrale (denominato «tracker») che identifica gli utenti disponibili a condividere un determinato file torrent nonché il relativo file multimediale. Tali file torrent sono caricati (mediante upload) dai seeders su una piattaforma di condivisione online, quale TPB, che provvede quindi a indicizzarli, affinché possano essere reperiti dagli utenti della piattaforma di condivisione online e affinché le opere cui tali file torrent rinviano possano essere scaricate (mediante download) in diversi frammenti sui computer degli utenti, con l'ausilio del loro client-BitTorrent.



11 Invece dei file torrent spesso si utilizzano «magnet links». Tali link identificano il contenuto di un file torrent utilizzando un'impronta digitale.

12 I file torrent proposti sulla piattaforma di condivisione online TPB rinviano, in gran parte, ad opere protette dal diritto d'autore, senza che i titolari del diritto abbiano dato la loro autorizzazione agli amministratori e agli utenti di tale piattaforma ad effettuare gli atti di condivisione di cui trattasi.

13 Nell'ambito del procedimento principale, la Stichting Brein chiede anzitutto che venga ingiunto alla Ziggo e alla XS4ALL di bloccare i nomi di dominio e gli indirizzi IP della piattaforma di condivisione online TPB, al fine di evitare che i servizi di tali fornitori di accesso a Internet possano essere utilizzati per violare il diritto d'autore e i diritti connessi dei titolari dei diritti di cui la Stichting Brein protegge gli interessi.

14 Il giudice di primo grado ha accolto le domande della Stichting Brein. Tuttavia, esse sono state respinte in appello.

15 Lo Hoge Raad der Nederlanden (Corte suprema dei Paesi Bassi) rileva che, nella presente causa, è accertato che, mediante la piattaforma di condivisione online TPB, opere protette sono messe a disposizione del pubblico senza l'autorizzazione dei titolari dei diritti. È parimenti accertato che, mediante tale piattaforma, gli abbonati della Ziggo e della XS4ALL rendono accessibili, senza l'autorizzazione dei titolari dei diritti, opere protette, violando così il diritto d'autore e i diritti connessi di tali titolari.

16 Lo Hoge Raad der Nederlanden (Corte suprema dei Paesi Bassi) rileva tuttavia che la giurisprudenza della Corte non consente di rispondere con certezza alla questione di stabilire se la piattaforma di condivisione online TPB configuri anche una comunicazione al pubblico delle opere ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2001/29, in particolare:

- creando e mantenendo operativo un sistema nel quale gli utenti di Internet si colleghino tra loro per poter condividere, per frammenti, opere che si trovano sui loro computer;
- gestendo un sito Internet sul quale gli utenti possono mettere online file torrent che rinviano a frammenti di siffatte opere; e
- indicizzando e categorizzando su detto sito Internet i file torrent caricati, cosicché i frammenti delle relative opere possono essere localizzati e gli utenti possono scaricare (interamente) tali opere sui loro computer.

17 In tali circostanze, lo Hoge Raad der Nederlanden (Corte suprema dei Paesi Bassi) ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Se si configuri una comunicazione al pubblico, ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva [2001/29], ad opera del gestore di un sito Internet ove sul sito in parola non si trovano opere protette, ma esiste un sistema (...) con il quale vengono indicizzati e categorizzati per gli utenti metadati relativi ad opere protette disponibili sui loro computer, consentendo loro in tal modo di reperire e caricare e scaricare le opere protette.

2) Qualora la prima questione debba essere risolta negativamente:

se gli articoli 8, paragrafo 3, della direttiva [2001/29] e 11 della direttiva [2004/48] consentano di emettere un'ingiunzione nei confronti di un intermediario ai sensi di tali disposizioni, ove siffatto intermediario faciliti attività illecite di terzi, come indicato nella prima questione».

Sulle questioni pregiudiziali

Sulla prima questione



18 Con la sua prima questione il giudice del rinvio chiede sostanzialmente se la nozione di «comunicazione al pubblico», ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2001/29, debba essere interpretata nel senso che comprende, in circostanze come quelle di cui al procedimento principale, la messa a disposizione e la gestione, su Internet, di una piattaforma di condivisione che, mediante l'indicizzazione di metadati relativi ad opere protette e la fornitura di un motore di ricerca, consente agli utenti di tale piattaforma di localizzare tali opere e di condividerle nell'ambito di una rete tra utenti (peer-to-peer).

19 Dall'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2001/29 risulta che gli Stati membri sono tenuti a provvedere affinché gli autori godano del diritto esclusivo di autorizzare o vietare qualsiasi comunicazione al pubblico, su filo o senza filo, delle loro opere, compresa la messa a disposizione del pubblico delle loro opere in maniera tale che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelti individualmente.

20 In forza di tale disposizione, gli autori dispongono pertanto di un diritto di natura precauzionale che consente loro di frapporsi tra eventuali utenti della loro opera e la comunicazione al pubblico che detti utenti potrebbero voler effettuare, e ciò al fine di vietare quest'ultima (sentenza del 26 aprile 2017, Stichting Brein, C-527/15, EU:C:2017:300, punto 25 e giurisprudenza ivi citata).

21 Poiché l'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2001/29 non precisa la nozione di «comunicazione al pubblico», occorre determinare il senso e la portata di tale disposizione in considerazione degli obiettivi perseguiti dalla direttiva stessa ed in considerazione del contesto in cui la disposizione interpretata si colloca (sentenza del 26 aprile 2017, Stichting Brein, C-527/15, EU:C:2017:300, punto 26 e giurisprudenza ivi citata).

22 In proposito, si deve rammentare che dai considerando 9 e 10 della direttiva 2001/29 risulta che quest'ultima persegue quale obiettivo principale la realizzazione di un livello elevato di protezione a favore degli autori, consentendo ai medesimi di ottenere un adeguato compenso per l'utilizzazione delle loro opere, in particolare in occasione di una comunicazione al pubblico. Ne consegue che la nozione di «comunicazione al pubblico» dev'essere intesa in senso ampio, come espressamente enunciato dal considerando 23 di tale direttiva (sentenza del 26 aprile 2017, Stichting Brein, C-527/15, EU:C:2017:300, punto 27 e giurisprudenza ivi citata).

23 La Corte ha inoltre sottolineato, per quanto riguarda la nozione di «comunicazione al pubblico», ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2001/29, che essa comporta una valutazione individualizzata (sentenza del 26 aprile 2017, Stichting Brein, C-527/15, EU:C:2017:300, punto 28 e giurisprudenza ivi citata).

24 Dall'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2001/29 si evince che la nozione di comunicazione al pubblico consta di due elementi cumulativi, vale a dire un «atto di comunicazione» di un'opera e la comunicazione di quest'ultima a un «pubblico» (sentenza del 26 aprile 2017, Stichting Brein, C-527/15, EU:C:2017:300, punto 29 e giurisprudenza ivi citata).

25 Per valutare se un utente effettui un atto di «comunicazione al pubblico», ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2001/29, occorre tener conto di svariati criteri complementari, di natura non autonoma e interdipendenti fra loro. Occorre pertanto applicarli tanto individualmente quanto nella loro reciproca interazione, considerando che, nelle diverse situazioni concrete, possono essere presenti con intensità molto variabile (sentenza del 26 aprile 2017, Stichting Brein, C-527/15, EU:C:2017:300, punto 30 e giurisprudenza ivi citata).



26 Tra tali criteri la Corte ha messo in evidenza, in primo luogo, il ruolo imprescindibile dell'utente e il carattere intenzionale del suo intervento. Tale utilizzatore realizza infatti un atto di comunicazione quando interviene, con piena cognizione delle conseguenze del suo comportamento, per dare ai suoi clienti accesso a un'opera protetta, in particolare quando, in mancanza di questo intervento, tali clienti non potrebbero, o potrebbero solo con difficoltà, fruire dell'opera diffusa (v., in tal senso, sentenza del 26 aprile 2017, *Stichting Brein*, C-527/15, EU:C:2017:300, punto 31 e giurisprudenza ivi citata).

27 Essa ha poi precisato che la nozione di «pubblico» riguarda un numero indeterminato di destinatari potenziali e comprende, peraltro, un numero di persone piuttosto considerevole (sentenza del 26 aprile 2017, *Stichting Brein*, C-527/15, EU:C:2017:300, punto 32 e giurisprudenza ivi citata).

28 La Corte ha altresì ricordato che, secondo una giurisprudenza costante, un'opera protetta, per essere qualificata come «comunicazione al pubblico», deve essere comunicata secondo modalità tecniche specifiche, diverse da quelle fino ad allora utilizzate o, in mancanza, deve essere rivolta ad un «pubblico nuovo», vale a dire a un pubblico che non sia già stato preso in considerazione dai titolari del diritto d'autore nel momento in cui hanno autorizzato la comunicazione iniziale della loro opera al pubblico (sentenza del 26 aprile 2017, *Stichting Brein*, C-527/15, EU:C:2017:300, punto 33 e giurisprudenza ivi citata).

29 Infine, la Corte ha più volte evidenziato che il carattere lucrativo di una comunicazione, ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2001/29, non è privo di rilevanza (sentenza del 26 aprile 2017, *Stichting Brein*, C-527/15, EU:C:2017:300, punto 34 e giurisprudenza ivi citata).

30 Per quanto riguarda, in primo luogo, la questione se la messa a disposizione e la gestione di una piattaforma di condivisione online, come quella di cui al procedimento principale, configurino un «atto di comunicazione», ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2001/29, occorre rilevare, come emerge dal considerando 23 della direttiva 2001/29, che il diritto d'autore di comunicazione al pubblico, di cui all'articolo 3, paragrafo 1, comprende qualsiasi trasmissione o ritrasmissione di un'opera al pubblico non presente nel luogo in cui la comunicazione ha origine, su filo o senza filo, inclusa la radiodiffusione.

31 Inoltre, come risulta dall'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2001/29, perché vi sia un «atto di comunicazione» è sufficiente, in particolare, che l'opera sia messa a disposizione del pubblico in modo che coloro che compongono tale pubblico possano avervi accesso, dal luogo e nel momento da loro scelti individualmente, senza che sia determinante che utilizzino o meno tale possibilità (v., in tal senso, sentenza del 26 aprile 2017, *Stichting Brein*, C-527/15, EU:C:2017:300, punto 36 e giurisprudenza ivi citata).

32 La Corte ha già dichiarato, a detto proposito, che il fatto di mettere a disposizione su un sito Internet collegamenti cliccabili verso opere protette, pubblicate senza alcun limite di accesso su un altro sito, offre agli utilizzatori del primo sito un accesso diretto a tali opere (sentenza del 13 febbraio 2014, *Svensson e a.*, C-466/12, EU:C:2014:76, punto 18; v. anche, in tal senso, ordinanza del 21 ottobre 2014, *BestWater International*, C-348/13, EU:C:2014:2315, punto 15, e sentenza dell'8 settembre 2016, *GS Media*, C-160/15, EU:C:2016:644, punto 43).

33 La Corte ha altresì statuito che ciò avviene anche nel caso della vendita di un lettore multimediale nel quale sono state preinstallate estensioni, disponibili su Internet, contenenti col-



legamenti ipertestuali a siti web liberamente accessibili al pubblico sui quali sono state messe a disposizione del pubblico opere tutelate dal diritto d'autore senza l'autorizzazione dei titolari di tale diritto (v., in tal senso, sentenza del 26 aprile 2017, *Stichting Brein*, C-527/15, EU:C:2017:300, punti 38 e 53).

34 Da tale giurisprudenza si può pertanto evincere che, in linea di principio, ogni atto con cui un utente dà, con piena cognizione di causa, accesso ai suoi clienti ad opere protette può costituire un «atto di comunicazione», ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2001/29.

35 Nel caso di specie occorre constatare anzitutto, come sostanzialmente rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 45 delle conclusioni, che è pacifico che opere protette dal diritto d'autore sono messe, mediante la piattaforma di condivisione online TPB, a disposizione degli utenti di tale piattaforma, di modo che questi possono accedervi dal luogo e nel momento che scelgono individualmente.

36 Inoltre è vero che, come sottolineato dal giudice del rinvio, le opere così messe a disposizione degli utenti della piattaforma di condivisione online TPB sono state messe online su tale piattaforma non dagli amministratori di quest'ultima, bensì dai suoi utenti. Tuttavia detti amministratori, mediante la messa a disposizione e la gestione di una piattaforma di condivisione online, come quella di cui al procedimento principale, intervengono con piena cognizione delle conseguenze del proprio comportamento, al fine di dare accesso alle opere protette, indicizzando ed elencando su tale piattaforma i file torrent che consentono agli utenti della medesima di localizzare tali opere e di condividerle nell'ambito di una rete tra utenti (peer-to-peer). A tale riguardo, come sostanzialmente indicato dall'avvocato generale al paragrafo 50 delle conclusioni, senza la messa a disposizione e la gestione da parte dei suddetti amministratori di una siffatta piattaforma, le opere in questione non potrebbero essere condivise dagli utenti o, quantomeno, la loro condivisione su Internet sarebbe più complessa.

37 Occorre pertanto considerare che, con la messa a disposizione e la gestione della piattaforma di condivisione online TPB, gli amministratori di quest'ultima offrono ai loro utenti un accesso alle opere di cui trattasi. Si può quindi ritenere che essi svolgano un ruolo imprescindibile nella messa a disposizione delle opere in questione.

38 Non si può infine ritenere che gli amministratori della piattaforma di condivisione online TPB realizzino una «mera fornitura» di attrezzature fisiche atte a rendere possibile o ad effettuare una comunicazione, ai sensi del considerando 27 della direttiva 2001/29. Risulta infatti dalla decisione di rinvio che tale piattaforma provvede a indicizzare i file torrent, di modo che le opere a cui tali file torrent rinviano possono essere facilmente localizzate e scaricate dagli utenti della suddetta piattaforma di condivisione. Inoltre, dalle osservazioni presentate alla Corte emerge che la piattaforma di condivisione online TPB propone, in aggiunta a un motore di ricerca, un indice che classifica le opere in diverse categorie, a seconda della natura delle opere, del loro genere o della loro popolarità, e che gli amministratori di tale piattaforma verificano che un'opera sia inserita nella categoria adatta. Inoltre detti amministratori provvedono ad eliminare i file torrent obsoleti o errati e filtrano in maniera attiva determinati contenuti.

39 Alla luce delle suesposte considerazioni, la fornitura e la gestione di una piattaforma di condivisione online, come quella di cui al procedimento principale, devono essere considerate un atto di comunicazione, ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2001/29.



40 In secondo luogo, per rientrare nella nozione di «comunicazione al pubblico» ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2001/29, è necessario inoltre che le opere protette siano effettivamente comunicate ad un pubblico (sentenza del 26 aprile 2017, *Stichting Brein*, C-527/15, EU:C:2017:300, punto 43 e giurisprudenza ivi citata).

41 A tale riguardo, la Corte ha precisato, da un lato, che la nozione di «pubblico» comporta una certa soglia de minimis, il che esclude da detta nozione una comunità di interessati troppo esigua, se non addirittura insignificante. Dall'altro, occorre tener conto degli effetti cumulativi che derivano dalla messa a disposizione di opere protette presso destinatari potenziali. Pertanto, è opportuno non soltanto sapere quante persone abbiano accesso contemporaneamente alla medesima opera, ma altresì quante tra di esse abbiano accesso alla stessa in successione (v., in tal senso, sentenza del 26 aprile 2017, *Stichting Brein*, C-527/15, EU:C:2017:300, punto 44 e giurisprudenza ivi citata).

42 Nella fattispecie, dalla decisione di rinvio risulta che una parte rilevante degli abbonati della Ziggo e della XS4ALL ha scaricato file multimediali mediante la piattaforma di condivisione online TPB. Dalle osservazioni presentate alla Corte risulta anche che tale piattaforma sarebbe utilizzata da un numero considerevole di persone, dal momento che gli amministratori della TPB hanno indicato, sulla loro piattaforma di condivisione online, diverse decine di milioni di «peers». A tale riguardo, la comunicazione di cui al procedimento principale riguarda, quantomeno, l'insieme degli utenti della piattaforma in questione. Detti utenti possono accedere, in ogni momento e contemporaneamente, alle opere protette condivise mediante la suddetta piattaforma. Pertanto, tale comunicazione riguarda un numero indeterminato di destinatari potenziali e comprende un numero di persone considerevole (v., in tal senso, sentenza del 26 aprile 2017, *Stichting Brein*, C-527/15, EU:C:2017:300 punto 45 e giurisprudenza ivi citata).

43 Ne consegue che, mediante una comunicazione come quella di cui al procedimento principale, alcune opere protette sono effettivamente comunicate a un «pubblico» ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2001/29.

44 Inoltre, per quanto riguarda la questione se tali opere siano state comunicate a un pubblico «nuovo» ai sensi della giurisprudenza citata al punto 28 della presente sentenza, si deve rilevare che la Corte, nella sua sentenza del 13 febbraio 2014, *Svensson e a.* (C-466/12, EU:C:2014:76, punti 24 e 31), nonché nella sua ordinanza del 21 ottobre 2014, *BestWater International* (C-348/13, EU:C:2014:2315, punto 14), ha statuito che un siffatto pubblico è un pubblico che non è stato preso in considerazione dai titolari del diritto d'autore al momento in cui hanno autorizzato la comunicazione iniziale.

45 Nel caso di specie, dalle osservazioni presentate alla Corte risulta, da un lato, che gli amministratori della piattaforma di condivisione online TPB sono stati informati del fatto che tale piattaforma, che essi mettono a disposizione degli utenti e che gestiscono, dà accesso ad opere pubblicate senza l'autorizzazione dei titolari di diritti e, dall'altro, che gli stessi amministratori manifestano espressamente, sui blog e sui forum disponibili su detta piattaforma, il loro obiettivo di mettere a disposizione degli utenti opere protette, incitando questi ultimi a realizzare copie di tali opere. In ogni caso, dalla decisione di rinvio risulta che gli amministratori della piattaforma di condivisione online TPB non potevano ignorare che tale piattaforma dà accesso ad opere pubblicate senza l'autorizzazione dei titolari di diritti, dato il fatto, espressamente sottolineato dal giudice del rinvio, che gran parte dei file torrent che compaiono sulla piattaforma di condivisione onli-



ne TPB rinvia ad opere pubblicate senza l'autorizzazione dei titolari di diritti. In simili condizioni, si deve ritenere che sussista comunicazione a un «pubblico nuovo» (v., in tal senso, sentenza del 26 aprile 2017, Stichting Brein, C-527/15, EU:C:2017:300, punto 50).

46 Peraltro non si può contestare che la messa a disposizione e la gestione di una piattaforma di condivisione online, come quella di cui al procedimento principale, sono realizzate allo scopo di trarne profitto, dal momento che tale piattaforma genera, come risulta dalle osservazioni presentate alla Corte, considerevoli introiti pubblicitari.

47 Pertanto, occorre ritenere che la messa a disposizione e la gestione di una piattaforma di condivisione online, come quella di cui al procedimento principale, configurino una «comunicazione al pubblico» ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2001/29.

48 Alla luce dell'insieme delle suesposte considerazioni, occorre rispondere alla prima questione dichiarando che la nozione di «comunicazione al pubblico», ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2001/29, deve essere interpretata nel senso che comprende, in circostanze come quelle di cui al procedimento principale, la messa a disposizione e la gestione, su Internet, di una piattaforma di condivisione che, mediante l'indicizzazione di metadati relativi ad opere protette e la fornitura di un motore di ricerca, consente agli utenti di tale piattaforma di localizzare tali opere e di condividerle nell'ambito di una rete tra utenti (peer-to-peer).

Sulla seconda questione

49 Alla luce della risposta fornita alla prima questione, non è necessario rispondere alla seconda questione.

Sulle spese

50 Nei confronti delle parti nel procedimento principale la presente causa costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese. Le spese sostenute da altri soggetti per presentare osservazioni alla Corte non possono dar luogo a rifusione.

Per questi motivi, la Corte (Seconda Sezione) dichiara:

La nozione di «comunicazione al pubblico», ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2001/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 maggio 2001, sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione, deve essere interpretata nel senso che comprende, in circostanze come quelle di cui al procedimento principale, la messa a disposizione e la gestione, su Internet, di una piattaforma di condivisione che, mediante l'indicizzazione di metadati relativi ad opere protette e la fornitura di un motore di ricerca, consente agli utenti di tale piattaforma di localizzare tali opere e di condividerle nell'ambito di una rete tra utenti (peer-to-peer).



SENTENZA DELLA CORTE (Prima Sezione) 22 giugno 2017

«Rinvio pregiudiziale – Libera prestazione di servizi – Restrizioni – Condizioni per il rilascio di una concessione per l'organizzazione di giochi d'azzardo on-line – Impossibilità pratica di ottenere una simile autorizzazione per gli operatori privati aventi sede in altri Stati membri»

Nella causa C-49/16,

avente ad oggetto una domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'articolo 267 TFUE, dal Fővárosi Közigazgatási és Munkaügyi Bíróság (Tribunale amministrativo e del lavoro di Budapest, Ungheria), con decisione del 9 dicembre 2015, pervenuta in cancelleria il 27 gennaio 2016, nel procedimento

Unibet International Ltd.

contro

Nemzeti Adó- és Vámhivatal Központi Hivatala,

LA CORTE (Prima Sezione),

composta da R. Silva de Lapuerta, presidente di sezione, E. Regan, J.-C. Bonichot, C.G. Fernlund e S. Rodin (relatore), giudici,

avvocato generale: M. Szpunar

cancelliere: I. Illéssy, amministratore

vista la fase scritta del procedimento e in seguito all'udienza del 15 dicembre 2016,

considerate le osservazioni presentate:

- per Unibet International Ltd., da A. Jádi-Németh e A. Kovács, ügyvédek;
- per il governo ungherese, da M.Z. Fehér, G. Koós e E.E. Sebestyén, in qualità di agenti;
- per il governo belga, da L. Van den Broeck e M. Jacobs, in qualità di agenti, assistite da P. Vlaeminck, R. Verbeke et J. Van den Bon, advocaten;
- per il governo portoghese, da L. Inez Fernandes, M. Figueiredo e A. Silva Coelho, in qualità di agenti;
- per la Commissione europea, da H. Tserepa-Lacombe e L. Havas, in qualità di agenti,

sentite le conclusioni dell'avvocato generale, presentate all'udienza del 5 aprile 2017,

ha pronunciato la seguente

Sentenza

1 La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione dell'articolo 56 TFUE.

2 Tale domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia tra l'Unibet International Ltd. (in prosieguito: l'«Unibet»), una società maltese, e il Nemzeti Adó- és Vámhivatal Központi Hivatala (Ufficio centrale dell'amministrazione nazionale delle imposte e delle dogane, Ungheria; in prosieguito: l'«autorità fiscale ungherese»), in merito a talune decisioni adottate da detta autorità che hanno ordinato il blocco temporaneo dell'accesso ai siti Internet dell'Unibet, accessibili sotto i nomi di dominio hu.unibet.com e hul.unibet.com.



Contesto normativo

Diritto ungherese

Normativa vigente prima del 25 giugno 2014

– *La legge sull'organizzazione di giochi d'azzardo*

3 L'articolo 1 della szerencsejáték szervezéséről szóló 1991. évi XXXIV. törvény (legge n. XXXIV del 1991 sull'organizzazione di giochi d'azzardo), quale vigente il 25 giugno 2014 (in prosieguo: la «legge sull'organizzazione di giochi d'azzardo»), ai suoi paragrafi da 3 a 5 disponeva come segue:

«(3) Si considerano attività volte all'organizzazione di giochi d'azzardo, ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 1, punto i), della koncesszióról szóló 1991. évi XVI. törvény [(legge n. XVI del 1991 sulle concessioni; in prosieguo: la “legge sulle concessioni”)]:

(...)

e) l'organizzazione di giochi d'azzardo on-line,

(...)

(4) Qualsiasi attività di organizzazione di giochi d'azzardo accessibili attraverso sistemi o strumenti di telecomunicazione dal territorio ungherese può essere svolta esclusivamente secondo le disposizioni della presente legge.

(5) La pubblicazione di offerte di partecipazione a giochi d'azzardo organizzati attraverso sistemi o strumenti di telecomunicazione richiede l'autorizzazione dell'autorità fiscale nazionale. Le istituzioni finanziarie e i fornitori di servizi di telecomunicazioni non possono contribuire alla pubblicazione o all'accettazione di offerte di partecipazione a giochi d'azzardo privi di autorizzazione, né possono fornire il proprio supporto tecnico in relazione ad essi».

4 L'articolo 2, paragrafi 2a e 3, della suddetta legge prevedeva quanto segue:

«(2a) La prestazione di servizi di giochi d'azzardo on-line è subordinata all'autorizzazione dell'autorità fiscale statale. Tali servizi rientrano nell'ambito di applicazione della presente legge

a) quando i giochi d'azzardo on-line sono organizzati in territorio ungherese, oppure

b) quando il destinatario del servizio partecipa al gioco d'azzardo on-line in territorio ungherese, oppure

c) quando il servizio si rivolge a destinatari che si trovano in territorio ungherese, in particolare quando è accessibile in ungherese o viene pubblicizzato in territorio ungherese.

(3) L'autorità fiscale statale rilascia un'autorizzazione a coloro che soddisfino i requisiti personali, materiali ed economici necessari per gestire i giochi d'azzardo in modo sicuro e professionale».

5 Ai sensi del successivo articolo 3:

«(1) Un'attività di organizzazione di giochi d'azzardo non liberalizzata

a) può essere garantita mediante un organismo economico detenuto al 100% dallo Stato ungherese, istituito per esercitare regolarmente un'attività di organizzazione di giochi d'azzardo (in prosieguo: l'“operatore statale di giochi d'azzardo”), nonché mediante una società commerciale avente l'operatore statale di giochi d'azzardo quale azionista unico, nonché mediante un organismo economico di cui lo Stato detenga una partecipazione maggioritaria;



b) lo Stato può cedere temporaneamente a terzi il diritto di esercitare tale attività attraverso un contratto di concessione.

(...).

6 L'articolo 4 della legge sull'organizzazione di giochi d'azzardo disponeva, ai suoi paragrafi 1 e 6, come segue:

«(1) Ai fini della stipula di contratti di concessione, il Ministro indice una pubblica gara ai sensi dell'articolo 5, paragrafo 1, della legge sulle concessioni.

(...)

(6) In forza dell'articolo 10/C, paragrafo 2, della legge sulle concessioni, il Ministro può inoltre stipulare, senza indire alcuna pubblica gara, un contratto di concessione con un operatore di giochi d'azzardo di comprovata affidabilità ai sensi della presente legge».

7 L'articolo 5, paragrafo 1, di tale legge prevedeva quanto segue:

«Qualora venga indetta una pubblica gara a norma dell'articolo 5, paragrafo 1, della legge sulle concessioni, il Ministro può concludere il contratto di concessione con l'aggiudicatario della gara».

8 L'articolo 29/D della medesima legge era così formulato:

«Nel caso previsto dall'articolo 3, paragrafo 1, lettera a), la società commerciale avente l'operatore statale di giochi d'azzardo quale azionista unico o l'organismo economico di cui lo Stato detenga una partecipazione maggioritaria o, nel caso previsto dall'articolo 3, paragrafo 1, lettera b), la società concessionaria devono disporre di un capitale sociale minimo di 200 milioni di fiorini ungheresi [(HUF) (pari a circa EUR 620 000)]».

9 Ai sensi dell'articolo 36, paragrafo 1 della legge sull'organizzazione di giochi d'azzardo:

«L'autorità fiscale nazionale esercita un controllo amministrativo sull'organizzazione dei giochi d'azzardo. A tal fine, controlla regolarmente che l'attività sia conforme alle norme giuridiche, alle autorizzazioni e al piano di gioco».

10 L'articolo 36/G, paragrafi 1 e 2, della suddetta legge prevedeva quanto segue:

«(1) L'autorità fiscale nazionale dispone il blocco temporaneo dell'accesso ai dati pubblicati attraverso una rete di telecomunicazioni elettroniche (in prosieguo, ai fini dell'applicazione del presente capo: i "dati elettronici"), la cui pubblicazione o divulgazione integri l'organizzazione illegale di giochi d'azzardo.

(2) Il blocco temporaneo dell'accesso consiste nell'impedire temporaneamente l'accesso ai dati elettronici. L'autorità fiscale nazionale dispone detto blocco temporaneo dell'accesso ai dati in parola per un periodo di 90 giorni.

(...).

11 L'articolo 37, paragrafo 30, della suddetta legge stabiliva quanto segue:

«Per operatore di giochi d'azzardo di comprovata affidabilità si intende l'operatore di giochi d'azzardo che costituisce un organismo trasparente a norma dell'articolo 3, paragrafo 1, punto 1, della nemzeti vagyonról szóló 2011. évi CXCVI. törvény [(legge n. CXCVI del 2011, relativa al patrimonio nazionale)]

a) che abbia adempiuto tutti gli obblighi di dichiarazione e di pagamento in relazione a oneri fiscali o parafiscali superiori a HUF 500 000 [(circa EUR 1550)], registrati dall'autorità fisca-



le nazionale, senza essere mai incorso in una mora di oltre 90 giorni nell'adempimento di tali obblighi;

b) sui cui conti bancari l'autorità fiscale non abbia mai emesso un ordine di addebito diretto per un importo superiore a HUF 500 000 [(circa EUR 1550)] e che, nello svolgimento della sua attività, non sia stato oggetto di un procedimento esecutivo con un valore superiore a HUF 500 000 [(circa EUR 1550)];

c) che, nello svolgimento e nell'ambito della sua attività, non abbia mai commesso una violazione passibile di un'ammenda di importo superiore a HUF 5 milioni [(pari a EUR 15 500)];

d) che abbia esercitato, per un periodo di almeno dieci anni, un'attività di organizzazione di giochi d'azzardo in Ungheria;

e) che abbia rispettato appieno le norme concernenti l'identificazione dei giocatori e la conseguente gestione dei dati, qualora tale obbligo incombesse su di esso».

– *La legge sulle concessioni*

12 L'articolo 4, paragrafo 1, della legge sulle concessioni così disponeva:

«Lo Stato o le amministrazioni locali devono obbligatoriamente indire una gara ai fini della stipulazione di un contratto di concessione, salvo in caso di proroga di un contratto ai sensi dell'articolo 12, paragrafo 3, della legge n. CXCVI del 2011 relativa al patrimonio nazionale oppure di stipulazione di un contratto ai sensi dell'articolo 10/C della presente legge. La procedura di gara è pubblica, salvo che gli interessi della difesa o della sicurezza nazionale impongano una procedura ristretta.

(...).»

13 L'articolo 5, paragrafo 1, di tale legge prevedeva quanto segue:

«Il ministro competente per il ramo di attività interessato ha la competenza ad indire la gara, a scegliere fra i concorrenti e a stipulare il contratto di concessione, d'intesa con il ministro responsabile del controllo del patrimonio dello Stato.

(...).»

14 Ai sensi dell'articolo 10/C, paragrafi da 1 a 6, di detta legge:

«(1) Un contratto di concessione può essere altresì concluso con un operatore di giochi d'azzardo di comprovata affidabilità, ai sensi della legge settoriale, conformemente alle disposizioni del presente articolo.

(2) Il ministro competente nella materia interessata può rinunciare all'indizione di una pubblica gara in vista dell'attribuzione di una concessione qualora il contratto di concessione possa essere concluso anche con un operatore di giochi d'azzardo di comprovata affidabilità.

(3) Per esercitare l'attività di organizzazione di giochi d'azzardo, l'operatore di giochi d'azzardo di comprovata affidabilità presenta un'offerta. L'autore dell'offerta indica l'ubicazione delle unità – definite nella legge sull'organizzazione dei giochi d'azzardo – che intende gestire, impegnandosi a pagare, per ciascuna di esse, un canone di concessione annuo corrispondente almeno al doppio del canone di concessione stabilito nella legge finanziaria dello Stato applicabile.

(4) Il ministro competente nella materia interessata decide in merito all'accettazione dell'offerta nei trenta giorni successivi alla ricezione della stessa, presentata in forma scritta dall'operatore di giochi d'azzardo di comprovata affidabilità. In caso di accettazione dell'offerta, esso provvede a stipulare, entro un termine di trenta giorni, un contratto di concessione.



(5) In forza del contratto di concessione concluso ai sensi del presente articolo, il concessionario può gestire un numero massimo di cinque unità.

(6) Le disposizioni della presente legge e quelle della legge sull'organizzazione di giochi d'azzardo si applicano, in via suppletiva, al contratto di concessione ed al concessionario.

(...)).

15 L'articolo 11, paragrafo 1, della legge sulle concessioni così disponeva:

«Qualora la stipulazione del contratto di concessione non avvenga ai sensi dell'articolo 10/C, la persona o entità che agisce a nome dello Stato o dell'amministrazione locale può concludere il contratto di concessione solo con il soggetto aggiudicatario di una gara. La gara è aggiudicata al soggetto che ha presentato allo Stato o all'amministrazione locale l'offerta complessivamente più vantaggiosa in conformità al bando di gara.

(...)).

16 L'articolo 21, paragrafo 1, di detta legge era così formulato:

«Se, in forza di una norma speciale, l'esercizio di un'attività soggetta a concessione richiede un'autorizzazione amministrativa, la società concessionaria può svolgere la sua attività solo qualora sia in possesso di detta autorizzazione.

(...)).

Normativa vigente il 29 agosto 2014

– *La legge sull'organizzazione di giochi d'azzardo modificata*

17 L'articolo 3 della legge sull'organizzazione di giochi d'azzardo, quale vigente il 29 agosto 2014 (in prosieguo: la «legge sull'organizzazione di giochi d'azzardo modificata», disponeva, al suo paragrafo 3, come segue:

«L'organizzazione di lotterie e scommesse – eccezion fatta per le scommesse ippiche, i giochi d'azzardo on-line e il servizio di allibratori – rientra nella competenza esclusiva dell'operatore statale di giochi d'azzardo».

18 L'articolo 29/D, paragrafi 1 e 2, della legge sull'organizzazione di giochi d'azzardo modificata prevedeva quanto segue:

«(1) Nel caso previsto dall'articolo 3, paragrafo 1, lettera a), la società commerciale avente l'operatore statale di giochi d'azzardo quale azionista unico o l'organismo economico di cui lo Stato detenga una partecipazione maggioritaria o, nel caso previsto dall'articolo 3, paragrafo 1, lettera b), la società concessionaria o l'operatore di giochi d'azzardo di comprovata affidabilità devono disporre di un capitale sociale minimo di HUF 50 milioni [(circa EUR 155 000)].

(2) La società concessionaria di cui al paragrafo 1 – tenuto conto dell'articolo 20, paragrafo 1, della [legge sulle concessioni, nella versione vigente il 29 agosto 2014 (in prosieguo: la «legge sulle concessioni modificata»)] – può operare altresì come società commerciale con sede all'estero.

(...)).

19 L'articolo 37, paragrafo 31, di tale legge prevedeva quanto segue:

«Ai fini dell'organizzazione dei giochi d'azzardo on-line, per operatore di giochi d'azzardo di comprovata affidabilità si intende l'operatore di giochi d'azzardo che costituisce un organismo trasparente a norma dell'articolo 3, paragrafo 1, punto 1, della legge CXCVI del 2011 relativa al patrimonio nazionale



a) che abbia adempiuto tutti gli obblighi di dichiarazione e di pagamento in relazione a oneri fiscali o parafiscali, superiori a HUF 500 000 [(circa EUR 1 550)], registrati dall'autorità fiscale nazionale o dall'autorità fiscale dello Stato in cui detto operatore è stabilito o dello Stato che ha rilasciato l'autorizzazione per l'attività di organizzazione di giochi d'azzardo, senza essere mai incorso in una mora di oltre 90 giorni nell'adempimento di tali obblighi;

b) sul cui conto bancario l'autorità fiscale dello Stato che ha rilasciato l'autorizzazione per l'attività di organizzazione di giochi d'azzardo non abbia mai emesso un ordine di addebito diretto per un importo superiore a HUF 500 000 [(circa EUR 1 550)] e che, nello svolgimento della sua attività, non sia stato oggetto, nello Stato che ha rilasciato la suddetta autorizzazione, di un procedimento esecutivo con un valore superiore a HUF 500 000 [(circa EUR 1 550)];

c) che, nello svolgimento e nell'ambito della sua attività, non abbia mai commesso, nello Stato che ha rilasciato l'autorizzazione per l'esercizio dell'attività di organizzazione di giochi d'azzardo, una violazione passibile di un'ammenda di importo superiore a HUF 5 milioni [(pari a EUR 15 500)];

d) che abbia esercitato, per un periodo di almeno tre anni, l'attività di organizzazione di giochi d'azzardo nello Stato che ha rilasciato l'autorizzazione per l'esercizio dell'attività di organizzazione di giochi d'azzardo, e

e) che abbia rispettato appieno le norme concernenti l'identificazione dei giocatori e la conseguente gestione dei dati nello Stato che ha rilasciato l'autorizzazione per l'esercizio dell'attività di organizzazione di giochi d'azzardo, qualora tale obbligo incombesse su di esso.

Se l'operatore di giochi d'azzardo dispone o ha disposto di un'autorizzazione per l'attività di organizzazione di giochi d'azzardo in vari Stati, il rispetto dei requisiti di cui alle lettere da a) ad e) deve essere dimostrato nei confronti di uno di tali Stati».

– *La legge sulle concessioni modificata*

20 L'articolo 10/C, paragrafo 3a, della legge sulle concessioni modificata enuncia:

«Le disposizioni di cui al paragrafo 3 si applicano alla presentazione di offerte aventi ad oggetto l'organizzazione di giochi d'azzardo on-line, con le seguenti eccezioni:

a) la presentazione delle offerte può avvenire esclusivamente da parte degli operatori di comprovata affidabilità ai sensi dell'articolo 37, punto 31, della [legge sui giochi d'azzardo modificata];

b) l'offerta deve indicare, per ciascuna tipologia di gioco, il canone annuo della concessione, per un importo pari almeno al canone di riferimento stabilito nella legge finanziaria dello Stato in base alla tipologia di gioco, e

c) i soggetti che presentano un'offerta senza essere stabiliti in Ungheria o senza disporre di un'autorizzazione ungherese per l'attività di organizzazione di giochi d'azzardo devono allegare ad essa una certificazione dell'osservanza dei requisiti previsti all'articolo 37, punto 31, della [legge sui giochi d'azzardo modificata], emessa dall'autorità dello Stato in cui detto soggetto è stabilito oppure dall'autorità dello Stato che ha emesso l'autorizzazione per l'esercizio dell'attività di organizzazione di giochi d'azzardo, unitamente alla sua traduzione certificata conforme in lingua ungherese».

Procedimento principale e questioni pregiudiziali

21 L'Unibet è una società con sede a Malta la cui attività consiste in particolare nell'organizzazione di giochi d'azzardo on-line. A tal fine, è titolare di autorizzazioni rilasciate dal-



le autorità nazionali di diversi Stati membri. A seguito di indagini effettuate nell'estate 2014 relative al contenuto dei siti Internet in lingua ungherese gestiti dall'Unibet accessibili sotto i nomi di dominio hu.unibet.com et hul.unibet.com, l'autorità fiscale ungherese ha dichiarato che tali siti permettevano di accedere a contenuti che rappresentavano giochi d'azzardo ai sensi della normativa ungherese sull'organizzazione dei giochi d'azzardo, sebbene l'Unibet non fosse in possesso dell'autorizzazione necessaria in Ungheria.

22 In conseguenza di tale infrazione, l'autorità fiscale ungherese ha adottato due decisioni attraverso le quali ha, in un primo momento, imposto il blocco temporaneo dell'accesso dall'Ungheria ai siti Internet dell'Unibet e, in un secondo momento, inflitto all'Unibet un'ammenda.

23 L'Unibet ha quindi presentato dinanzi al Fővárosi Közigazgatási és Munkaügyi Bíróság (Tribunale amministrativo e del lavoro di Budapest, Ungheria) un ricorso volto all'annullamento delle suddette decisioni, facendo valere che la normativa ungherese sulla cui base erano state adottate era in contrasto con l'articolo 56 TFUE. Essa ha affermato di essere, alla luce dei requisiti previsti da tale normativa, essenzialmente privata della possibilità di ottenere la qualità di concessionaria, che costituisce il prerequisito per il rilascio di un'autorizzazione all'organizzazione di giochi d'azzardo on-line. Ad avviso dell'Unibet, essa si trova nell'impossibilità di stipulare il contratto di concessione, che sia secondo l'uno o l'altro procedimento previsto dalla normativa nazionale.

24 L'Unibet fa valere, da un lato, che il Ministro dell'Economia non ha indetto alcuna pubblica gara ai fini della conclusione di un contratto di concessione, privandola quindi di tale prima procedura. Dall'altro, essa sostiene che, per quanto riguarda la seconda procedura che dovrebbe consentirle di presentare un'offerta al Ministro ai fini della stipulazione di un contratto di concessione, riservata agli operatori «di comprovata affidabilità» ai sensi della normativa ungherese, essa non era autorizzata a presentare un'offerta alla data della prima decisione poiché non rispondeva ai criteri di legge che le avrebbero consentito di essere qualificata come operatore di giochi d'azzardo «di comprovata affidabilità» ai sensi della normativa nazionale. Inoltre, a seguito dell'adozione della seconda decisione, a motivo della data di entrata in vigore della normativa che modifica la definizione dell'operatore di giochi d'azzardo «di comprovata affidabilità», essa non avrebbe disposto di un lasso di tempo sufficiente per predisporre un'offerta dettagliata.

25 Secondo l'autorità fiscale ungherese, la normativa ungherese non è contraria all'articolo 56 TFUE. L'assenza di una pubblica gara per l'attribuzione dei contratti di concessione non significherebbe che la normativa ungherese viola il diritto dell'Unione, posto che, se una simile procedura di gara fosse stata indetta, l'Unibet avrebbe potuto presentare un'offerta. Inoltre, alla data di adozione della seconda decisione, ben avrebbe potuto l'Unibet dimostrare di essere un operatore di giochi d'azzardo «di comprovata affidabilità» ai sensi della normativa nazionale, il che le avrebbe consentito di presentare un'offerta al Ministro ai fini di stipulare un contratto di concessione. Detta autorità ha precisato che sarebbe stato adottato un decreto ministeriale allo scopo di completare le disposizioni della legge sull'organizzazione di giochi d'azzardo per quanto riguarda i giochi on-line.

26 L'autorità fiscale ungherese ha altresì indicato che, poiché l'ambito che sarà disciplinato dall'adottando decreto rientra nell'ambito di applicazione della direttiva 98/34/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 giugno 1998, che prevede una procedura d'informazione



nel settore delle norme e delle regolamentazioni tecniche (GU 1998, L 204, pag. 37), la sua notifica alla Commissione era un preliminare indispensabile per la sua entrata in vigore. Secondo detta autorità, anche nell'ipotesi di incompatibilità della normativa ungherese con il diritto dell'Unione, non potrebbe affermarsi che i giochi d'azzardo on-line nel territorio ungherese possano essere organizzati senza alcuna autorizzazione o restrizione.

27 Il giudice del rinvio si chiede se, alla luce della giurisprudenza della Corte relativa all'interpretazione dell'articolo 56 TFUE nella materia dei giochi d'azzardo, possa essere conforme al disposto di detto articolo una normativa nazionale come quella ungherese, che non ha istituito una situazione di monopolio sul mercato dei giochi d'azzardo e che garantisce agli attori di detto mercato la possibilità teorica di entrare nel mercato ungherese dei giochi d'azzardo on-line, ma la cui attuazione effettiva continua, in pratica, a privare gli attori del mercato della possibilità di offrire i loro servizi.

28 Secondo detto giudice, gli operatori di giochi d'azzardo disponevano, all'epoca dei fatti oggetto del procedimento principale, di due possibilità di concludere un contratto di concessione per l'organizzazione di giochi d'azzardo on-line. Esso rileva che la prima possibilità, vale a dire l'indizione di una pubblica gara da parte del Ministro dell'Economia, non è stata utilizzata da quest'ultimo durante tutto il periodo di cui è causa. Per quanto riguarda la seconda possibilità, vale a dire la presentazione di un'offerta al fine della stipulazione di un contratto di concessione, detto giudice osserva che solo un operatore qualificabile come «operatore di giochi d'azzardo di comprovata affidabilità», ai sensi della normativa vigente il 25 giugno 2014, era autorizzato a presentarla. Ebbene, in applicazione di tale normativa, alla data di adozione della prima decisione di blocco dei siti Internet dell'Unibet, gli operatori che non potevano dimostrare di aver effettuato prestazioni di servizi in Ungheria per dieci anni non rientravano nell'ambito di applicazione della nozione di «operatore di giochi d'azzardo di comprovata affidabilità». Pertanto, secondo detto giudice, l'Unibet era esclusa dal mercato dei giochi d'azzardo on-line. Inoltre, il giudice del rinvio sostiene che, stante la brevità del termine trascorso tra il 15 luglio 2014, data in cui la definizione di «operatore di comprovata affidabilità» è stata modificata con legge nel senso che l'Unibet potrebbe eventualmente rientrare in detta nozione, e il 29 agosto 2014, data di adozione della seconda decisione di blocco dei siti Internet dell'Unibet, quest'ultima è stata impossibilitata a presentare un'offerta redatta in modo dettagliato.

29 Quindi, detto giudice desidera sapere se, alla luce dell'articolo 56 TFUE, l'assenza di norme dettagliate relative alle condizioni tecniche richieste ai fini dell'attribuzione delle autorizzazioni per l'organizzazione di giochi d'azzardo on-line possa giustificare l'esclusione, in pratica, di un operatore di giochi d'azzardo dalla procedura di aggiudicazione, sebbene la normativa nazionale preveda che l'attribuzione delle autorizzazioni sia in linea teorica possibile. Ancora, esso chiede se una tale assenza di norme tecniche dettagliate possa nondimeno giustificare le sanzioni amministrative inflitte dalle autorità competenti agli operatori di giochi d'azzardo che non potevano, in pratica, ottenere le autorizzazioni richieste per l'organizzazione di giochi d'azzardo on-line.

30 In tali circostanze, il Fővárosi Közigazgatási és Munkaügyi Bíróság (Tribunale amministrativo e del lavoro di Budapest) ha deciso di sospendere la decisione e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:



«1) Se l'articolo 56 TFUE debba essere interpretato nel senso che esso osta a una misura nazionale secondo cui la normativa di uno Stato membro che indicendo, eventualmente, una gara per l'attribuzione di una concessione o accettando un'offerta presentata per l'ottenimento di quest'ultima, garantisce la possibilità teorica che qualsiasi operatore che soddisfi i requisiti giuridici – compreso un operatore stabilito in un altro Stato membro – ottenga la concessione per la prestazione di servizi di giochi d'azzardo on-line non liberalizzati, attraverso una pubblica gara oppure mediante la presentazione di un'offerta, quando, in realtà, lo Stato membro in questione non indice alcuna gara per l'attribuzione della concessione e il prestatore del servizio non ha, in pratica, la possibilità di presentare un'offerta e, tuttavia, le autorità dello Stato membro dichiarano che il prestatore del servizio, avendo fornito quest'ultimo senza l'autorizzazione basata sulla concessione, ha infranto la legge e gli infliggono la sanzione amministrativa prevista dalla normativa (inaccessibilità temporanea e ammenda in caso di violazione ripetuta).

2) Se l'articolo 56 TFUE osti a che uno Stato membro introduca norme, di rango superiore sotto il profilo del suo diritto nazionale, tali da offrire agli operatori di giochi d'azzardo on-line la possibilità teorica di prestare, a livello transfrontaliero, servizi concernenti siffatti giochi mentre, in assenza di norme esecutive di rango inferiore all'interno dello Stato membro, tali operatori non possono realmente ottenere dalle autorità le autorizzazioni necessarie per la prestazione del servizio.

3) Laddove il giudice investito della controversia principale dichiarerà, alla luce delle risposte fornite alle questioni precedenti, che la misura dello Stato membro si pone in contrasto con l'articolo 56 TFUE, se detto giudice agisca compatibilmente al diritto dell'Unione qualora ritenga contrarie all'articolo 56 TFUE sia la violazione delle norme giuridiche dichiarata nelle decisioni delle autorità dello Stato membro, a causa della prestazione del servizio senza autorizzazione, sia la sanzione amministrativa inflitta a causa di tale violazione (inaccessibilità temporanea e ammenda)».

Sulle questioni pregiudiziali

Sulla prima e sulla seconda questione

31 Con la prima e la seconda questione, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'articolo 56 TFUE debba essere interpretato nel senso che osta ad una normativa, come quella oggetto del procedimento principale, che istituisce un regime di concessioni e di autorizzazioni per l'organizzazione di giochi d'azzardo on-line ai sensi del quale gli operatori possono concludere un contratto di concessione – e, sulla base di quest'ultimo, ottenere l'autorizzazione per l'organizzazione di giochi d'azzardo on-line – partecipando a una gara ai fini della stipulazione di un contratto di concessione indetta dal Ministro dell'Economia oppure presentando un'offerta al Ministro ai fini della stipulazione di un contratto di concessione, ove quest'ultima possibilità è aperta agli operatori di giochi d'azzardo «di comprovata affidabilità» ai sensi della normativa nazionale.

32 Occorre ricordare che l'articolo 56 TFUE impone l'eliminazione di qualsiasi restrizione alla libera prestazione di servizi, ancorché applicabile indistintamente ai prestatori nazionali e a quelli degli altri Stati membri, nel caso in cui essa sia idonea a vietare, a ostacolare o a rendere meno attraenti le attività del prestatore stabilito in un altro Stato membro, dove egli fornisce legittimamente servizi analoghi (v., in tal senso, sentenza dell'8 settembre 2009, Liga Portuguesa de



Futebol Profissional e Bwin International, C-42/07, EU:C:2009:519, punto 51 e giurisprudenza ivi citata).

33 A tal riguardo, la Corte ha già dichiarato che una normativa di uno Stato membro che vieti l'organizzazione di giochi d'azzardo in assenza di una previa autorizzazione rilasciata dalle autorità amministrative costituisce una restrizione alla libera prestazione dei servizi garantita dall'articolo 56 TFUE (v., in tal senso, sentenza del 30 aprile 2014, Pflieger e a., C-390/12, EU:C:2014:281, punto 39 e giurisprudenza ivi citata).

34 Pertanto, si deve constatare che una normativa nazionale, come quella oggetto del procedimento principale, che istituisce un regime di concessioni e di autorizzazioni per l'organizzazione dei giochi d'azzardo costituisce una restrizione alla libera prestazione dei servizi ai sensi dell'articolo 56 TFUE.

35 Occorre esaminare se tale restrizione possa essere comunque giustificata.

36 Per quanto riguarda le giustificazioni che possono essere ammesse in presenza di misure interne restrittive della libera prestazione dei servizi, la Corte ha a più riprese rilevato che, considerati nel loro insieme, gli obiettivi perseguiti dalle normative nazionali adottate nel settore dei giochi e delle scommesse si ricollegano il più delle volte alla tutela dei destinatari dei servizi interessati e, più in generale, dei consumatori, nonché alla tutela dell'ordine sociale. La Corte ha altresì sottolineato che tali obiettivi rientrano nel novero delle ragioni imperative di interesse generale atte a giustificare limitazioni alla libera prestazione dei servizi.

37 Inoltre, è pacifico che spetta a ciascuno Stato membro decidere se, nel contesto dei legittimi scopi da esso perseguiti, sia necessario vietare totalmente o parzialmente attività aventi ad oggetto l'organizzazione di giochi d'azzardo, oppure soltanto limitarle e prevedere a tal fine modalità di controllo più o meno rigorose, tenendo presente che la necessità e la proporzionalità delle misure adottate devono essere valutate unicamente alla luce degli obiettivi così perseguiti e del livello di tutela che le autorità nazionali interessate intendono garantire (v., in tal senso, sentenza dell'8 settembre 2010, Carmen Media Group, C-46/08, EU:C:2010:505, punto 46 e giurisprudenza ivi citata).

38 Nel caso di specie, dalle osservazioni scritte presentate alla Corte risulta che l'Ungheria fa valere, in modo generale, gli obiettivi di tutela dei consumatori e i rischi per l'ordine pubblico e la salute pubblica al fine di giustificare le misure oggetto del procedimento principale.

39 La Corte ha già dichiarato che tali motivi possono essere idonei a giustificare restrizioni alle libertà fondamentali nel settore dei giochi d'azzardo. Infatti, un certo numero di motivi imperativi di interesse generale, quali gli obiettivi di tutela dei consumatori, di prevenzione della frode e dell'incitamento dei cittadini ad una spesa eccessiva collegata al gioco, nonché di prevenzione di turbative all'ordine sociale in generale sono stati ammessi dalla giurisprudenza (v., in tal senso, sentenza del 6 marzo 2007, Placanica e a., C-338/04, C-359/04 e C-360/04, EU:C:2007:133, punto 46).

40 Nondimeno, risulta da una giurisprudenza consolidata che le restrizioni imposte dagli Stati membri devono soddisfare il principio di proporzionalità e che una normativa nazionale è idonea a garantire la realizzazione dell'obiettivo invocato soltanto se i mezzi impiegati sono coerenti e sistematici (sentenze del 6 marzo 2007, Placanica e a., C-338/04, C-359/04 e C-360/04, EU:C:2007:133, punti 48 e 53, nonché del 16 febbraio 2012, Costa e Cifone, C-72/10 e C-77/10, EU:C:2012:80, punto 63).



41 Perciò, affinché una tale normativa sia giustificata, anche se deroga a una libertà fondamentale, dalla giurisprudenza della Corte risulta che un regime di concessioni e di autorizzazioni per l'organizzazione di giochi d'azzardo deve essere fondata su criteri oggettivi, non discriminatori e noti in anticipo, in modo da circoscrivere l'esercizio del potere discrezionale delle autorità nazionali entro limiti idonei ad evitarne un utilizzo arbitrario (v., in tal senso, sentenza del 4 febbraio 2016, Ince, C-336/14, EU:C:2016:72, punto 55 e giurisprudenza ivi citata).

42 Oltre a ciò, le autorità pubbliche che rilasciano le concessioni sono tenute a rispettare l'obbligo di trasparenza. Quindi, il suddetto obbligo di trasparenza, che si applica laddove la concessione di servizi di cui trattasi possa interessare un'impresa avente sede in uno Stato membro diverso da quello in cui tale concessione è attribuita, benché non implichi necessariamente l'obbligo di procedere ad una gara, impone all'autorità concedente di garantire, a favore di ogni offerente potenziale, un adeguato grado di pubblicità che consenta l'apertura della concessione di servizi alla concorrenza, nonché il controllo dell'imparzialità delle procedure di aggiudicazione (v., in tal senso, sentenza del 9 settembre 2010, Engelmann, C-64/08, EU:C:2010:506, punti 49 e 50).

43 Inoltre, il principio di certezza del diritto, che ha come corollario quello della tutela del legittimo affidamento, impone, segnatamente, che le norme di diritto siano chiare, precise e prevedibili nei loro effetti, in particolare quando possono avere sugli individui e sulle imprese conseguenze sfavorevoli (sentenza dell'11 giugno 2015, Berlington Hungary e a., C-98/14, EU:C:2015:386, punto 77 e giurisprudenza ivi citata).

44 Per quanto riguarda, in primo luogo, una normativa nazionale come quella vigente il 25 giugno 2014, si deve constatare che una disposizione di uno Stato membro, come quella oggetto del procedimento principale, secondo cui gli operatori di giochi d'azzardo di comprovata affidabilità dovrebbero aver esercitato, per un periodo di almeno dieci anni, un'attività di organizzazione di giochi d'azzardo nel territorio di detto Stato membro, genera una disparità di trattamento in quanto sfavorisce gli operatori di giochi d'azzardo aventi sede in altri Stati membri rispetto agli operatori nazionali interessati, che possono più agevolmente soddisfare la medesima condizione.

45 La mera invocazione di un obiettivo di interesse generale non può bastare a giustificare una simile disparità di trattamento. Ebbene, in assenza di una ragione per la quale sia necessario aver esercitato un'attività di organizzazione di giochi d'azzardo nel territorio dello Stato membro ospitante piuttosto che in quello di un altro Stato membro al fine di rispondere ai criteri fatti valere, e, questo, per almeno dieci anni, una regola di questo tipo dev'essere considerata discriminatoria e contraria all'articolo 56 TFUE.

46 Per quanto riguarda, in secondo luogo, una normativa nazionale come quella vigente il 29 agosto 2014, l'obbligo di aver esercitato per tre anni in uno Stato membro un'attività di organizzazione di giochi d'azzardo non genera vantaggi in favore degli operatori con sede nello Stato membro ospitante e potrebbe essere giustificata da un obiettivo di interesse generale. Occorre tuttavia che le disposizioni in questione siano applicate in modo trasparente nei confronti di tutti gli offerenti. Va inoltre ricordato che l'obbligo di trasparenza, che costituisce un corollario del principio di uguaglianza, ha essenzialmente lo scopo di garantire che qualsiasi operatore interessato possa decidere di partecipare a procedure di gara sulla base dell'insieme delle informazioni pertinenti, nonché quello di garantire l'esclusione di qualsiasi rischio di favoritismo e arbitrarietà da parte dell'autorità aggiudicatrice. Esso implica che tutte le condizioni e le modalità della procedu-



ra di aggiudicazione siano formulate in maniera chiara, precisa e univoca, in modo tale per cui, da un lato, sia consentito a tutti gli offerenti ragionevolmente informati e normalmente diligenti di comprenderne l'esatta portata e di interpretarle nella stessa maniera e, dall'altro, siano fissati dei limiti al potere discrezionale dell'autorità concedente e quest'ultima sia messa in grado di verificare effettivamente se le offerte dei candidati rispondano ai criteri disciplinanti la procedura in questione (sentenza del 4 febbraio 2016, Ince, C-336/14, EU:C:2016:72, punto 87).

47 Non rispetta tale requisito una normativa nazionale, come quella oggetto del procedimento principale, nella quale le condizioni per l'esercizio dei poteri del Ministro dell'Economia nell'ambito di una tale procedura nonché le condizioni tecniche che devono essere soddisfatte dagli operatori di giochi d'azzardo nella presentazione della loro offerta non risultano definite con sufficiente precisione.

48 Di conseguenza, alle questioni sollevate occorre rispondere affermando che l'articolo 56 TFUE dev'essere interpretato nel senso che esso osta a una normativa nazionale, come quella oggetto del procedimento principale, che istituisce un regime di concessioni e di autorizzazioni per l'organizzazione di giochi d'azzardo on-line, qualora essa contenga disposizioni discriminatorie nei confronti degli operatori con sede in altri Stati membri oppure qualora contenga disposizioni non discriminatorie, ma che sono applicate in modo non trasparente o attuate in modo da impedire o da rendere più difficoltosa la candidatura di taluni offerenti che hanno sede in altri Stati membri.

Sulla terza questione

49 Con la terza questione, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'articolo 56 TFUE debba essere interpretato nel senso che esso osta a sanzioni, come quelle di cui è causa nel procedimento principale, inflitte a motivo della violazione della normativa nazionale che istituisce un regime di concessioni e di autorizzazioni per l'organizzazione di giochi d'azzardo, nel caso in cui una simile normativa nazionale risulti contraria al suddetto articolo.

50 Al riguardo, è sufficiente ricordare che, qualora sia stato istituito un regime restrittivo in materia di giochi d'azzardo e tale regime sia incompatibile con l'articolo 56 TFUE, la sua violazione da parte di un operatore economico non può costituire oggetto di sanzioni (sentenza del 30 aprile 2014, Pflieger e a., C-390/12, EU:C:2014:281, punto 64 e giurisprudenza ivi citata).

51 Alla terza questione occorre rispondere affermando che l'articolo 56 TFUE deve essere interpretato nel senso che esso osta a sanzioni, come quelle di cui trattasi nel procedimento principale, inflitte a motivo della violazione della normativa nazionale che istituisce un regime di concessioni e di autorizzazioni per l'organizzazione di giochi d'azzardo, nel caso in cui una simile normativa nazionale risulti contraria al suddetto articolo.

Sulle spese

52 Nei confronti delle parti nel procedimento principale la presente causa costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese. Le spese sostenute da altri soggetti per presentare osservazioni alla Corte non possono dar luogo a rifusione.

Per questi motivi, la Corte (Prima Sezione) dichiara:

1) L'articolo 56 TFUE dev'essere interpretato nel senso che esso osta a una normativa nazionale, come quella oggetto del procedimento principale, che istituisce un regime di concessioni e di autorizzazioni per l'organizzazione di giochi d'azzardo on-line, qualora essa contenga disposizioni discriminatorie nei confronti degli operatori con sede



in altri Stati membri oppure qualora contenga disposizioni non discriminatorie, ma che sono applicate in modo non trasparente o attuate in modo da impedire o da rendere più difficoltosa la candidatura di taluni offerenti che hanno sede in altri Stati membri.

2) L'articolo 56 TFUE deve essere interpretato nel senso che esso osta a sanzioni, come quelle di cui trattasi nel procedimento principale, inflitte a motivo della violazione della normativa nazionale che istituisce un regime di concessioni e di autorizzazioni per l'organizzazione di giochi d'azzardo, nel caso in cui una simile normativa nazionale risulti contraria al suddetto articolo.



SENTENZA DELLA CORTE (Grande Sezione) 18 luglio 2017

«Rinvio pregiudiziale – Libera circolazione dei lavoratori – Divieto di discriminazione – Elezioni dei rappresentanti dei lavoratori nel consiglio di sorveglianza di una società – Normativa nazionale che limita il diritto di voto attivo e passivo ai soli lavoratori degli stabilimenti situati nel territorio nazionale»

Nella causa C-566/15,
avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'articolo 267 TFUE, dal Kammergericht (Tribunale superiore del Land di Berlino, Germania), con decisione del 16 ottobre 2015, pervenuta in cancelleria il 3 novembre 2015, nel procedimento

Konrad Erzberger

contro

TUI AG,

con l'intervento di:

Vereinigung Cockpit eV,

Betriebsrat der TUI AG/TUI Group Services GmbH,

Frank Jakobi,

Andreas Barczewski,

Peter Bremme,

Dierk Hirschel,

Michael Pönipp,

Wilfried H. Rau,

Carola Schwirn,

Anette Stempel,

Ortwin Strubelt,

Marcell Witt,

Wolfgang Flintermann,

Stefan Weinhofer,

ver.di – Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft,

LA CORTE (Grande Sezione),

composta da K. Lenaerts, presidente, A. Tizzano, vicepresidente, R. Silva de Lapuerta, M. Ilešič e J.L. da Cruz Vilaça, presidenti di sezione, A. Borg Barthet, J. Malenovský, E. Levits (relatore), J.-C. Bonichot, A. Arabadjiev, C. Vajda, S. Rodin e F. Biltgen, giudici,

avvocato generale: H. Saugmandsgaard Øe

cancelliere: K. Malacek, amministratore

vista la fase scritta del procedimento e in seguito all'udienza del 24 gennaio 2017,

considerate le osservazioni presentate:

- per K. Erzberger, da J. Brandhoff, C. Behme e S. Richter, Rechtsanwälte;
- per TUI AG, da C. Arnold e M. Arnold, Rechtsanwälte;
- per Vereinigung Cockpit eV, da M. Fischer, Rechtsanwältin;



- per Betriebsrat der TUI AG/TUI Group Services GmbH e a., da M. Schmidt, Rechtsanwältin;
- per il governo tedesco, da J. Möller e T. Henze, in qualità di agenti;
- per il governo francese, da R. Coesme, in qualità di agente;
- per il governo lussemburghese, da P. Kinsch, avocat;
- per il governo dei Paesi Bassi, da H. Stergiou, in qualità di agente;
- per il governo austriaco, da G. Eberhard, in qualità di agente;
- per la Commissione europea, da M. Kellerbauer e D. Martin, in qualità di agenti;
- per l’Autorità di vigilanza EFTA, da M. Moustakali e C. Zatschler, in qualità di agenti,

sentite le conclusioni dell’avvocato generale, presentate all’udienza del 4 maggio 2017, ha pronunciato la seguente

Sentenza

1 La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull’interpretazione degli articoli 18 TFUE e 45 TFUE.

2 Tale domanda è stata presentata nell’ambito di una controversia tra il sig. Konrad Erzberger e la TUI AG, con sede in Germania, di cui il ricorrente è azionista, in relazione alla composizione del consiglio di sorveglianza di detta società, e più nello specifico in relazione al diritto di voto attivo e passivo alle elezioni dei rappresentanti dei lavoratori in seno a detto consiglio.

Contesto normativo

3 L’articolo 96 dell’Aktiengesetz (legge sulle società per azioni), del 6 settembre 1965 (BGBl. 1965 I, pag. 1089), prevede quanto segue:

«(1) Il consiglio di sorveglianza è costituito

da membri che rappresentano gli azionisti e da membri che rappresentano i lavoratori, nel caso di società sottoposte alla legge sulla cogestione da parte dei lavoratori,

(...)

da membri che rappresentano i soli azionisti, nel caso degli altri tipi di società.

(...).».

4 Il Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer (legge sulla cogestione da parte dei lavoratori dipendenti), del 4 maggio 1976 (BGBl. 1976 I, pag. 1153; in prosieguo: il «MitbestG»), così dispone, al suo articolo 1, intitolato «Imprese interessate»:

«(1) Nelle imprese

1. costituite sotto forma di società per azioni, di società in accomandita per azioni, di società a responsabilità limitata o di cooperativa, e

2. alle cui dipendenze si trovano abitualmente oltre 2 000 persone,

la presente legge riconosce ai lavoratori dipendenti un diritto alla cogestione.

(...).».

5 L’articolo 3, paragrafo 1, punto 1, del MitbestG così dispone:

«Sono considerati lavoratori dipendenti ai sensi della presente legge:

1. i soggetti designati all’articolo 5, paragrafo 1, della legge relativa all’organizzazione delle imprese (...).».

6 L’articolo 5, paragrafo 1, prima frase, del MitbestG così recita:



«Quando un'impresa (...) è la capogruppo (...), i lavoratori dipendenti delle imprese del gruppo sono equiparati ai lavoratori dipendenti della capogruppo ai fini dell'applicazione della presente legge».

7 L'articolo 7 del MitbestG prevede quanto segue:

«(1) Il consiglio di sorveglianza di un'impresa

(...)

3. che consti abitualmente di oltre 20 000 lavoratori dipendenti si compone di dieci membri in rappresentanza degli azionisti e di dieci membri in rappresentanza dei dipendenti.

(...)

(2) Tra i membri del consiglio di sorveglianza che rappresentano i lavoratori dipendenti devono figurare

(...)

3. in un consiglio di sorveglianza che consti di dieci rappresentanti dei lavoratori dipendenti, sette dipendenti dell'impresa e tre rappresentanti sindacali.

(...))».

8 L'articolo 10 del MitbestG così dispone:

«(1) In ogni stabilimento dell'impresa i lavoratori scelgono alcuni delegati, con voto segreto e nel rispetto dei principi della rappresentanza proporzionale.

(2) Il diritto di voto per la scelta dei delegati è riconosciuto ai lavoratori dipendenti dell'impresa che hanno compiuto 18 anni (...).

(3) Sono eleggibili come delegati i lavoratori indicati nel paragrafo 2, prima frase, che soddisfano le condizioni di eleggibilità indicate nell'articolo 8 della legge tedesca relativa all'organizzazione delle imprese.

(...))».

9 L'articolo 8 del Betriebsverfassungsgesetz (legge relativa all'organizzazione delle imprese, BGBI. 2001 I, pag. 2518) così recita:

«(1) Sono eleggibili tutti gli aventi diritto al voto che, da almeno sei mesi, lavorano presso lo stabilimento o che lavorano in regime di telelavoro prevalentemente per lo stabilimento. Nei suddetti sei mesi di appartenenza allo stabilimento sono computati i periodi immediatamente precedenti in cui il lavoratore è stato alle dipendenze di un altro stabilimento della stessa impresa o dello stesso gruppo di imprese (...).

(2) Se lo stabilimento esiste da meno di sei mesi, in deroga a quanto previsto dalla disposizione di cui al paragrafo 1 sull'appartenenza semestrale allo stabilimento, sono eleggibili quei lavoratori che, all'atto dell'avvio delle elezioni del comitato di impresa, erano impiegati presso lo stabilimento e che soddisfano le altre condizioni di eleggibilità».

Procedimento principale e questioni pregiudiziali

10 Il sig. Erzberger è azionista della TUI, che è a capo di un gruppo societario attivo nel settore del turismo (in prosieguo: il «gruppo TUI»).

11 Il gruppo TUI opera a livello mondiale. Detto gruppo, all'interno dell'Unione europea, ha più di 50 000 dipendenti, e di questi un po' più di 10 000 lavorano in Germania.

12 La TUI, che rientra nel campo di applicazione del MitbestG, ha due organi di amministrazione e controllo, ossia il consiglio d'amministrazione, cui spetta l'amministrazione della società, e il consiglio di sorveglianza, che ha il compito di vigilare sul consiglio d'amministrazione



con la partecipazione dei lavoratori. Detto consiglio di sorveglianza è composto da 20 membri: una metà, rappresentanti degli azionisti; l'altra metà, rappresentanti designati dai lavoratori dipendenti.

13 Il giudice del rinvio rileva che, in base all'opinione prevalente in dottrina e in giurisprudenza in Germania, per dipendenti, ai fini dell'applicazione del MitbestG, s'intendono solo i dipendenti degli stabilimenti situati sul territorio nazionale. Secondo tale prevalente opinione, i dipendenti di una società partecipata di un gruppo situato al di fuori del territorio tedesco, in particolare in un altro Stato membro, non hanno il diritto di voto né il diritto di candidarsi alle elezioni dei rappresentanti al consiglio di sorveglianza della società a capo del gruppo di cui trattasi. Inoltre, i lavoratori del gruppo TUI che esercitino funzioni in seno al consiglio di sorveglianza della società capogruppo devono spogliarsi di tali funzioni quando vengono occupati presso una delle società partecipate del gruppo, situate in uno Stato diverso dalla Repubblica federale di Germania.

14 Tale approccio sarebbe fondato non sulle norme del MitbestG, ma sul «principio di territorialità», in virtù del quale le disposizioni tedesche in materia di rapporti tra le parti sociali non possono estendersi al territorio di altri Stati, nonché sulla genesi di detta legge.

15 Il sig. Erzberger fa valere, per contro, che il consiglio di sorveglianza della TUI sarebbe stato costituito in maniera irrituale. Impedire ai lavoratori occupati presso una società partecipata del gruppo TUI situata in uno Stato membro diverso dalla Repubblica federale di Germania, presumibilmente non tedeschi in generale, di far parte del consiglio di sorveglianza della TUI sarebbe contrario all'articolo 18 TFUE. Inoltre, la perdita dello status di membro del consiglio di sorveglianza, in caso di trasferimento in uno Stato membro diverso dalla Repubblica federale di Germania, potrebbe dissuadere i lavoratori dall'esercitare il proprio diritto di libera circolazione nel territorio degli Stati membri, previsto all'articolo 45 TFUE.

16 Visto il contrario avviso della TUI, il sig. Erzberger ha esercitato il proprio diritto, conferito dalla normativa nazionale, di adire il tribunale in caso di disaccordo sulle disposizioni di legge applicabili alla composizione del consiglio di sorveglianza.

17 Il Landgericht Berlin (Tribunale del Land di Berlino, Germania) ha respinto il ricorso di quest'ultimo. Non vi sarebbe infatti alcuna discriminazione fondata sulla cittadinanza, né ostacolo alla libera circolazione dei lavoratori, in quanto la perdita del diritto di voto in caso di trasferimento non influirebbe sulla decisione dei lavoratori di occupare un impiego in uno Stato membro diverso dalla Repubblica federale di Germania.

18 Il Kammergericht (Tribunale superiore del Land di Berlino, Germania), adito in appello, ritiene possa sussistere una violazione del diritto dell'Unione. A parere di tale tribunale, è ipotizzabile che la normativa tedesca in materia di cogestione comporti una discriminazione dei lavoratori dipendenti basata sulla cittadinanza e pregiudichi la libera circolazione dei lavoratori.

19 Infatti, da un lato, contrariamente a quanto accade ai lavoratori occupati nella Repubblica federale di Germania, quelli che sono occupati in un altro Stato membro, nel caso di specie circa l'80% dei dipendenti del gruppo TUI, non sono rappresentati nel consiglio di sorveglianza della TUI.

20 Dall'altro lato, per il Kammergericht (Tribunale superiore del Land di Berlino), il rischio di perdere, nel caso, lo status di membro del consiglio di vigilanza può dissuadere i lavora-



tori dal candidarsi a posti concretamente offerti in uno Stato membro diverso dalla Repubblica federale di Germania e, a tal fine, a muoversi liberamente nel territorio dell'Unione.

21 Il giudice del rinvio ritiene non sia ravvisabile alcuna giustificazione sufficiente al riguardo. Alla luce di tali considerazioni, il Kammergericht Berlin (Tribunale superiore del Land di Berlino) ha deciso di sospendere il giudizio e di proporre alla Corte la seguente questione pregiudiziale:

«Se sia compatibile con l'articolo 18 TFUE (...) e con l'articolo 45 TFUE (...) il fatto che uno Stato membro riconosca il diritto di voto [attivo e passivo] per i rappresentanti dei lavoratori nell'organo di vigilanza di un'impresa soltanto a quei lavoratori, che sono occupati in stabilimenti dell'impresa o in imprese del gruppo site sul territorio nazionale».

Sulla questione pregiudiziale

Osservazioni preliminari

22 Per rispondere utilmente alla questione proposta dal giudice del rinvio si deve tener conto della varietà di situazioni che interessano i diversi lavoratori occupati in società appartenenti al gruppo TUI.

23 Va anche osservato, come precisato in udienza dal rappresentante della TUI, che il gruppo TUI, al di fuori della Repubblica federale di Germania, comprende solo enti con autonoma personalità giuridica.

Sui lavoratori del gruppo TUI impiegati da una società partecipata stabilita in uno Stato membro diverso della Repubblica federale di Germania

24 Innanzitutto, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se gli articoli 18 TFUE e 45 TFUE debbano essere interpretati nel senso che essi ostano alla normativa di uno Stato membro, come quella di cui al procedimento principale, che prevede che solo i lavoratori di un gruppo di società occupati presso una società partecipata situata sul territorio di un altro Stato membro, non abbiano un diritto di voto attivo e passivo alle elezioni dei rappresentanti dei lavoratori in seno al consiglio di sorveglianza della società capogruppo.

25 Per consolidata giurisprudenza, richiamata dall'avvocato generale al paragrafo 39 delle sue conclusioni, l'articolo 18 TFUE, che sancisce il divieto generale di discriminazione in base alla cittadinanza, è destinato ad applicarsi autonomamente solo nelle situazioni disciplinate dal diritto dell'Unione per le quali il Trattato FUE non stabilisca divieti specifici di discriminazione (sentenza del 4 settembre 2014, Schiebel Aircraft, C-474/12, EU:C:2014:2139, punto 20 e giurisprudenza ivi citata).

26 Orbene, l'articolo 45, paragrafo 2, TFUE prevede, in favore dei lavoratori dipendenti, un divieto specifico di discriminazione fondata sulla cittadinanza in materia di condizioni di lavoro.

27 Ne consegue che la situazione dei lavoratori di cui al punto 24 della presente sentenza dev'essere esaminata unicamente alla luce dell'articolo 45 TFUE.

28 A tal proposito, va ricordato che, secondo consolidata giurisprudenza, le norme del Trattato in materia di libera circolazione delle persone non possono essere applicate a situazioni che non presentino nessun criterio di collegamento con una qualsivoglia situazione prevista dal diritto dell'Unione. Pertanto, dette norme non sono applicabili a lavoratori che non abbiano mai esercitato il proprio diritto alla libera circolazione all'interno dell'Unione e che non prevedano di



farlo (v., in tal senso, sentenza del 1° aprile 2008, *Gouvernement de la Communauté française e gouvernement wallon*, C-212/06, EU:C:2008:178, punti 33, 37 e 38).

29 Come rilevato dall'avvocato generale ai paragrafi 49 e 55 delle sue conclusioni, la circostanza che la società partecipata che occupa i lavoratori di cui trattasi sia controllata da una società capogruppo stabilita in uno Stato membro diverso da quello in cui detta partecipata ha sede non vale a stabilire un criterio di collegamento con una qualsivoglia situazione prevista dall'articolo 45 TFUE.

30 Ne consegue che la situazione dei lavoratori di cui al punto 24 della presente sentenza non rientra nel campo di applicazione dell'articolo 45 TFUE.

Sui lavoratori del gruppo TUI occupati in Germania che lasciano tale posto di lavoro per essere occupati presso una società partecipata appartenente al medesimo gruppo stabilita in un altro Stato membro

31 Il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se gli articoli 18 TFUE e 45 TFUE debbano essere interpretati nel senso che essi ostano alla normativa di uno Stato membro, come quella di cui al procedimento principale, in virtù della quale i lavoratori occupati presso gli stabilimenti di un gruppo situati nel territorio di detto Stato membro sono privi del diritto di voto attivo e passivo alle elezioni dei rappresentanti dei lavoratori al consiglio di sorveglianza della società capogruppo, stabilita nel citato Stato membro, nonché, se del caso, del diritto di esercitare o di continuare ad esercitare le funzioni di rappresentante in seno a detto consiglio, allorché tali lavoratori lasciano il proprio posto di lavoro in uno dei citati stabilimenti per essere occupati presso una società partecipata appartenente al medesimo gruppo e stabilita in un altro Stato membro.

32 Si tratta qui della situazione dei lavoratori che, in seno al gruppo TUI, esercitano il proprio diritto di cui all'articolo 45 TFUE. Pertanto, come rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 68 delle sue conclusioni e come discende dai punti 25 e 26 della presente sentenza, l'articolo 18 TFUE non si applica a tale situazione.

33 Per consolidata giurisprudenza della Corte, l'insieme delle disposizioni del Trattato relative alla libera circolazione delle persone mira a facilitare, ai cittadini dell'Unione europea, l'esercizio di attività lavorative di qualsivoglia natura nel territorio dell'Unione ed osta ai provvedimenti che potrebbero sfavorirli qualora intendessero svolgere un'attività nel territorio di un Stato membro diverso da quello di origine. In tale contesto, i cittadini degli Stati membri dispongono, in particolare, del diritto, conferito loro direttamente dal Trattato, di lasciare il paese d'origine per entrare nel territorio di un altro Stato membro ed ivi soggiornare al fine di esercitarvi un'attività. Di conseguenza, l'articolo 45 TFUE osta a qualsiasi misura nazionale che possa rendere più difficile od ostacolare l'esercizio, da parte dei cittadini dell'Unione, della libertà fondamentale garantita da detto articolo (v., in tal senso, sentenze del 1° aprile 2008, *Gouvernement de la Communauté française e gouvernement wallon*, C-212/06, EU:C:2008:178, punti 44 e 45, nonché del 10 marzo 2011, *Casteels*, C-379/09, EU:C:2011:131, punti 21 e 22).

34 Tuttavia, il diritto primario dell'Unione non può garantire ad un lavoratore che il trasferimento in uno Stato membro diverso dal proprio Stato membro di origine resti neutrale in materia previdenziale, in quanto un tale trasferimento, in considerazione delle disparità tra i regimi e le normative degli Stati membri, può, a seconda dei casi, risultare più o meno favorevole per l'interessato sotto tale profilo (v., per analogia, sentenze del 26 aprile 2007, *Alevizos*, C-392/05, EU:C:2007:251, punto 76 e giurisprudenza ivi citata, nonché del 13 luglio 2016, *Pöpperl*, C-187/15, EU:C:2016:550, punto 24).



35 Pertanto, come in sostanza rilevato dall'avvocato generale ai paragrafi 75 e 78 delle sue conclusioni, l'articolo 45 TFUE non accorda a detto lavoratore il diritto di avvalersi, nello Stato membro ospitante, delle condizioni di lavoro di cui egli beneficiava nello Stato membro di origine in conformità alla normativa nazionale di quest'ultimo.

36 A tal proposito, va aggiunto che in assenza, nella materia di cui trattasi, di misure di armonizzazione o di coordinamento a livello dell'Unione, gli Stati membri, in linea di principio, restano liberi di definire i criteri di collegamento che rendano applicabile la propria normativa, purché detti criteri siano oggettivi e non discriminatori.

37 In tale contesto, il diritto dell'Unione non osta a che, in materia di rappresentanza e di tutela collettiva degli interessi dei lavoratori negli organi amministrativi e di controllo di una società di diritto nazionale – materia che, ad oggi, non è stata oggetto di armonizzazione né di coordinamento a livello dell'Unione –, uno Stato membro preveda che le norme che ha adottato si applichino solo ai lavoratori occupati presso stabilimenti situati nel proprio territorio nazionale, così come è consentito ad un altro Stato membro di fare ricorso ad un diverso criterio di collegamento ai fini dell'applicazione delle proprie norme nazionali.

38 Nel caso di specie, la procedura di cogestione istituita dal MitbestG, che mira a far partecipare i lavoratori, per il tramite di rappresentanti eletti, agli organi decisionali e strategici della società, riguarda, a tale titolo, sia il diritto societario tedesco che il diritto dei rapporti collettivi di lavoro tedesco, il cui campo di applicazione la Repubblica federale di Germania ha il diritto di circoscrivere ai lavoratori occupati presso stabilimenti situati nel proprio territorio, dal momento che tale delimitazione si fonda su di un criterio oggettivo e non discriminatorio.

39 Da quanto precede discende che non si può ritenere che la perdita del diritto di cui al procedimento principale, subita dai lavoratori di cui al punto 31 della presente sentenza, costituisca un ostacolo alla libera circolazione dei lavoratori garantita dall'articolo 45 TFUE.

40 Per quanto concerne, in particolare, i lavoratori che, dopo essersi visti conferire un incarico di rappresentanza, nel corso del loro periodo di occupazione presso uno stabilimento sito in Germania, in seno al consiglio di sorveglianza di una società di diritto tedesco, lascino la Germania per essere occupati presso una società stabilita nel territorio di un altro Stato membro, il fatto che detti lavoratori siano costretti, in una simile circostanza, a rinunciare all'ulteriore esercizio del loro incarico in Germania è semplicemente la conseguenza della legittima scelta operata dalla Repubblica federale di Germania di limitare l'applicazione delle proprie norme nazionali in materia di cogestione ai lavoratori occupati presso uno stabilimento situato nel territorio tedesco.

41 Alla luce dell'insieme delle considerazioni che precedono, si deve rispondere alla questione proposta dichiarando che l'articolo 45 TFUE dev'essere interpretato nel senso che esso non osta alla normativa di uno Stato membro, come quella di cui al procedimento principale, in virtù della quale i lavoratori occupati presso gli stabilimenti di un gruppo situati nel territorio di detto Stato membro sono privi del diritto di voto attivo e passivo alle elezioni dei rappresentanti dei lavoratori al consiglio di sorveglianza della società capogruppo, stabilita nel citato Stato membro, nonché, se del caso, del diritto di esercitare o di continuare ad esercitare le funzioni di rappresentante in seno a detto consiglio, allorché tali lavoratori lascino il proprio posto di lavoro in uno dei citati stabilimenti per essere occupati presso una società partecipata appartenente al medesimo gruppo e stabilita in un altro Stato membro.

Sulle spese



42 Nei confronti delle parti nel procedimento principale la presente causa costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese. Le spese sostenute da altri soggetti per presentare osservazioni alla Corte non possono dar luogo a rifusione.

Per questi motivi, la Corte (Grande Sezione) dichiara:

L'articolo 45 TFUE dev'essere interpretato nel senso che esso non osta alla normativa di uno Stato membro, come quella di cui al procedimento principale, in virtù della quale i lavoratori occupati presso gli stabilimenti di un gruppo situati nel territorio di detto Stato membro sono privi del diritto di voto attivo e passivo alle elezioni dei rappresentanti dei lavoratori al consiglio di sorveglianza della società capogruppo, stabilita nel citato Stato membro, nonché, se del caso, del diritto di esercitare o di continuare ad esercitare le funzioni di rappresentante in seno a detto consiglio, allorché tali lavoratori lasciano il proprio posto di lavoro in uno dei citati stabilimenti per essere occupati presso una società partecipata appartenente al medesimo gruppo e stabilita in un altro Stato membro.



SENTENZA DELLA CORTE (Grande Sezione)

26 luglio 2017

«Impugnazione – Politica estera e di sicurezza comune – Lotta al terrorismo – Misure restrittive contro determinate persone ed entità – Congelamento dei capitali – Posizione comune 2001/931/PESC – Articolo 1, paragrafi 4 e 6 – Regolamento (CE) n. 2580/2001 – Articolo 2, paragrafo 3 – Mantenimento di un’organizzazione nell’elenco delle persone, dei gruppi e delle entità coinvolti in atti terroristici – Presupposti – Base fattuale delle decisioni di congelamento dei capitali – Decisione adottata da un’autorità competente – Obbligo di motivazione»

Nella causa C-599/14 P,
avente ad oggetto l’impugnazione, ai sensi dell’articolo 56 dello Statuto della Corte di giustizia dell’Unione europea, proposta il 19 dicembre 2014,

Consiglio dell’Unione europea, rappresentato da E. Finnegan, G. Étienne e B. Driessen, in qualità di agenti,

ricorrente,

sostenuto da:

Repubblica francese, rappresentata da G. de Bergues, F. Fize, D. Colas e B. Fodda, in qualità di agenti,

interveniante in sede d’impugnazione,

procedimento in cui le altre parti sono:

Liberation Tigers of Tamil Eelam (LTTE), con sede in Herning (Danimarca), rappresentate da T. Buruma e A.M. van Eik, advocaten,

ricorrenti in primo grado,

Regno dei Paesi Bassi, rappresentato da M.K. Bulterman e J. Langer, in qualità di agenti,

Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord, rappresentato da S. Brandon, C. Crane, J. Kraehling e V. Kaye, in qualità di agenti, assistiti da M. Gray, barrister,

Commissione europea, rappresentata da D. Gauci e F. Castillo de la Torre, in qualità di agenti,

interveniante in primo grado,

LA CORTE (Grande Sezione),

composta da K. Lenaerts, presidente, A. Tizzano, vicepresidente, L. Bay Larsen, T. von Danwitz (relatore), J.L. da Cruz Vilaça e M. Vilaras, presidenti di sezione, J. Malenovský, E. Levits, J.-C. Bonichot, A. Arabadjiev, C. Vajda, S. Rodin, F. Biltgen, K. Jürimäe e C. Lycourgos, giudici,

avvocato generale: E. Sharpston

cancelliere: V. Giacobbo-Peyronnel, amministratore

vista la fase scritta del procedimento e in seguito all’udienza del 3 maggio 2016,

sentite le conclusioni dell’avvocato generale, presentate all’udienza del 22 settembre 2016,

ha pronunciato la seguente



Sentenza

1 Con la presente impugnazione il Consiglio dell'Unione europea chiede l'annullamento della sentenza del Tribunale dell'Unione europea del 16 ottobre 2014, LTTE/Consiglio (T-208/11 e T-508/11; in prosieguo: la «sentenza impugnata», EU:T:2014:885), con la quale quest'ultimo ha annullato:

– il regolamento di esecuzione (UE) n. 83/2011 del Consiglio, del 31 gennaio 2011, che attua l'articolo 2, paragrafo 3, del regolamento (CE) n. 2580/2001 relativo a misure restrittive specifiche, contro determinate persone e entità, destinate a combattere il terrorismo e abroga il regolamento di esecuzione (UE) n. 610/2010 (GU 2011, L 28, pag. 14);

– il regolamento di esecuzione (UE) n. 687/2011 del Consiglio, del 18 luglio 2011, che attua l'articolo 2, paragrafo 3, del regolamento (CE) n. 2580/2001 relativo a misure restrittive specifiche, contro determinate persone e entità, destinate a combattere il terrorismo, e che abroga i regolamenti di esecuzione (UE) n. 610/2010 e (UE) n. 83/2011 (GU 2011, L 188, pag. 2);

– il regolamento di esecuzione (UE) n. 1375/2011 del Consiglio, del 22 dicembre 2011, che attua l'articolo 2, paragrafo 3, del regolamento (CE) n. 2580/2001 relativo a misure restrittive specifiche, contro determinate persone e entità, destinate a combattere il terrorismo e abroga il regolamento di esecuzione n. 687/2011 (GU 2011, L 343, pag. 10);

– il regolamento di esecuzione (UE) n. 542/2012 del Consiglio, del 25 giugno 2012, che attua l'articolo 2, paragrafo 3, del regolamento (CE) n. 2580/2001 relativo a misure restrittive specifiche, contro determinate persone e entità, destinate a combattere il terrorismo, e che abroga il regolamento di esecuzione n. 1375/2011 (GU 2012, L 165, pag. 12);

– il regolamento di esecuzione (UE) n. 1169/2012 del Consiglio, del 10 dicembre 2012, che attua l'articolo 2, paragrafo 3, del regolamento (CE) n. 2580/2001 relativo a misure restrittive specifiche, contro determinate persone e entità, destinate a combattere il terrorismo e che abroga il regolamento di esecuzione n. 542/2012 (GU 2012, L 337, pag. 2);

– il regolamento di esecuzione (UE) n. 714/2013 del Consiglio, del 25 luglio 2013, che attua l'articolo 2, paragrafo 3, del regolamento (CE) n. 2580/2001 relativo a misure restrittive specifiche, contro determinate persone e entità, destinate a combattere il terrorismo, e abroga il regolamento di esecuzione n. 1169/2012 (GU 2013, L 201, pag. 10);

– il regolamento di esecuzione (UE) n. 125/2014 del Consiglio, del 10 febbraio 2014, che attua l'articolo 2, paragrafo 3, del regolamento (CE) n. 2580/2001 relativo a misure restrittive specifiche, contro determinate persone e entità, destinate a combattere il terrorismo e abroga il regolamento di esecuzione n. 714/2013 (GU 2014, L 40, pag. 9), nonché

– il regolamento di esecuzione (UE) n. 790/2014 del Consiglio, del 22 luglio 2014, che attua l'articolo 2, paragrafo 3, del regolamento (CE) n. 2580/2001 relativo a misure restrittive specifiche, contro determinate persone e entità, destinate a combattere il terrorismo, e che abroga il regolamento di esecuzione n. 125/2014 (GU 2014, L 217, pag. 1),

(in prosieguo, congiuntamente: gli «atti controversi»), nella parte in cui tali atti si riferiscono alle Liberation Tigers of Tamil Eelam (LTTE) (Tigri per la liberazione della patria Tamil).

Contesto normativo

Risoluzione 1373 (2001) del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite

2 Il 28 settembre 2001, il Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite ha adottato la risoluzione 1373 (2001), che stabilisce strategie dirette a contrastare con ogni mezzo il terrorismo e,



in particolare, il suo finanziamento. Il punto 1, lettera c), di tale risoluzione dispone, segnatamente, che tutti gli Stati congelino senza indugio i capitali, le altre attività finanziarie ovvero le risorse economiche delle persone che commettono o tentano di commettere atti terroristici, li facilitano o vi partecipano, delle entità appartenenti a tali persone o da esse controllate e delle persone ed entità che agiscono in nome o agli ordini di tali persone ed entità.

3 Detta risoluzione non prevede alcun elenco delle persone alle quali debbano essere applicate le summenzionate misure restrittive.

Diritto dell'Unione

La posizione comune 2001/931/PESC

4 Al fine di dare attuazione alla succitata risoluzione 1373 (2001), il Consiglio ha adottato, il 27 dicembre 2001, la posizione comune 2001/931/PESC, relativa all'applicazione di misure specifiche per la lotta al terrorismo (GU 2001, L. 344, pag. 93).

5 L'articolo 1 di tale posizione comune dispone quanto segue:

«1. La presente posizione comune si applica, in conformità delle disposizioni dei seguenti articoli, alle persone, gruppi ed entità, elencati nell'allegato, coinvolti in atti terroristici.

(...)

4. L'elenco è redatto sulla base di informazioni precise o di elementi del fascicolo da cui risulta che un'autorità competente ha preso una decisione nei confronti delle persone, gruppi ed entità interessati, si tratti dell'apertura di indagini o di azioni penali per un atto terroristico, il tentativo di commetterlo, la partecipazione a tale atto o la sua agevolazione, basate su prove o indizi seri e credibili, o si tratti di una condanna per tali fatti. Nell'elenco possono essere inclusi persone, gruppi ed entità individuati dal Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite come collegati al terrorismo e contro i quali esso ha emesso sanzioni.

Ai fini dell'applicazione del presente paragrafo, per "autorità competente" s'intende un'autorità giudiziaria o, se le autorità giudiziarie non hanno competenza nel settore di cui al presente paragrafo, un'equivalente autorità competente nel settore.

(...)

6. I nomi delle persone ed entità riportati nell'elenco in allegato sono riesaminati regolarmente almeno una volta per semestre onde accertarsi che il loro mantenimento nell'elenco sia giustificato».

Il regolamento (CE) n. 2580/2001

6 Considerando necessario un regolamento per attuare, a livello comunitario, le misure descritte nella posizione comune 2001/931, il Consiglio ha adottato il regolamento (CE) n. 2580/2001, del 27 dicembre 2001, relativo a misure restrittive specifiche, contro determinate persone e entità, destinate a combattere il terrorismo (GU 2001, L. 344, pag. 70, e rettifica in GU 2010, L. 52, pag. 58).

7 L'articolo 2 di tale regolamento così prevede:

«1. Fatte salve le disposizioni degli articoli 5 e 6:

a) tutti i capitali, le altre attività finanziarie e le risorse economiche di cui una persona fisica o giuridica, gruppo o entità ricompresi nell'elenco di cui al paragrafo 3 detenga la proprietà o il possesso sono congelati;



b) è vietato mettere, direttamente o indirettamente, a disposizione delle persone fisiche o giuridiche, gruppo o entità ricompresi nell'elenco di cui al paragrafo 3, capitali, altre attività finanziarie e risorse economiche.

2. Fatti salvi gli articoli 5 e 6, è vietata la prestazione di servizi finanziari destinati alle persone fisiche o giuridiche, gruppi o entità ricompresi nell'elenco di cui al paragrafo 3.

3. Il Consiglio, deliberando all'unanimità, elabora, riesamina e modifica l'elenco di persone, gruppi o entità ai quali si applica il presente regolamento in conformità delle disposizioni di cui all'articolo I, paragrafi 4, 5 e 6 della posizione comune 2001/931/PESC. Tale elenco include:

i) persone che commettono o tentano di commettere atti terroristici, che partecipano alla loro esecuzione o che la facilitano;

ii) persone giuridiche, gruppi o entità che commettono o tentano di commettere atti terroristici, che partecipano alla loro esecuzione o che la facilitano;

iii) persone giuridiche, gruppi o entità di proprietà o sotto il controllo di una o più delle persone fisiche o giuridiche, dei gruppi e delle entità di cui ai punti i) e ii);

iv) persone fisiche o giuridiche, gruppi o entità che agiscano per conto o su incarico di una o più persone fisiche o giuridiche, gruppi o entità di cui ai punti i) e ii)».

Fatti all'origine del procedimento e atti controversi

8 Il 29 maggio 2006, il Consiglio ha adottato la decisione 2006/379/CE, che attua l'articolo 2, paragrafo 3, del regolamento n. 2580/2001 e abroga la decisione 2005/930/CE (GU 2006, L 144, pag. 21). Con tale decisione il Consiglio ha iscritto le LTTE nell'elenco previsto all'articolo 2, paragrafo 3, del regolamento n. 2580/2001 (in prosieguo: l'«elenco controverso»).

9 L'iscrizione delle LTTE in tale elenco è stata mantenuta da successivi atti del Consiglio, segnatamente dagli atti controversi.

10 Nelle motivazioni di tali atti il Consiglio ha descritto le LTTE come un gruppo terroristico e ha riportato una serie di atti terroristici che le LTTE avrebbero commesso a partire dall'anno 2005. A suo avviso, «benché la recente disfatta militare delle LTTE abbia indebolito in maniera significativa la loro struttura, tale organizzazione intende probabilmente continuare gli attacchi terroristici nello Sri Lanka». Il Consiglio, inoltre, ha menzionato, in particolare, due decisioni del Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord dell'anno 2001, recanti proscrizione e congelamento dei capitali delle LTTE (in prosieguo, congiuntamente: le «decisioni del Regno Unito»), nonché una decisione adottata nel corso del 1992 dalle autorità indiane, recante proscrizione delle LTTE, la quale sarebbe stata confermata nel 2004 (in prosieguo: la «decisione delle autorità indiane»). Avendo constatato, quanto alle decisioni del Regno Unito e – unicamente nelle motivazioni del regolamento di esecuzione n. 790/2014 – alla decisione delle autorità indiane, che esse erano riviste regolarmente o comunque erano rivedibili e appellabili, il Consiglio ha ritenuto che tali decisioni fossero state adottate da autorità competenti, ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 4, della posizione comune 2001/931. Infine, il Consiglio ha constatato che le decisioni in discorso erano ancora in vigore e ha considerato che i motivi che avevano giustificato l'iscrizione delle LTTE nell'elenco controverso restassero validi.

Procedimento dinanzi al Tribunale e sentenza impugnata

11 Con atto introduttivo depositato presso la cancelleria del Tribunale l'11 aprile 2011, le LTTE hanno proposto un ricorso, registrato con il numero di causa T-208/11, diretto



all'annullamento del regolamento di esecuzione n. 83/2011 nella parte in cui tale atto le riguardava.

12 Con atto depositato presso la cancelleria del Tribunale il 28 settembre 2011 e regolarizzato il 19 ottobre 2011, le LTTE hanno proposto un ricorso, registrato con il numero di causa T-508/11, diretto all'annullamento del regolamento di esecuzione n. 687/2011 nella parte in cui tale atto le riguardava.

13 Avendo il Consiglio adottato, in corso di giudizio, i regolamenti nn. 1375/2011, 542/2012, 1169/2012, 714/2013, 125/2014 e 790/2014 che abrogavano e sostituivano, rispettivamente, i regolamenti di esecuzione precedenti, le LTTE hanno successivamente adattato le conclusioni iniziali in modo che il loro ricorso comprendesse anche l'annullamento di questi ultimi regolamenti, nella parte in cui tali atti le riguardavano.

14 A sostegno delle proprie conclusioni le LTTE hanno dedotto, in sostanza, sette motivi, dei quali sei comuni nelle cause T-208/11 e T-508/11 e un settimo nella causa T-508/11. I sei motivi comuni a dette due cause vertevano, il primo, sull'inapplicabilità del regolamento n. 2580/2001 al conflitto fra le LTTE e il governo dello Sri Lanka; il secondo, sull'erronea qualificazione delle ricorrenti come organizzazione terroristica ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 3, della posizione comune 2001/931; il terzo, sull'assenza di decisione di autorità competente; il quarto, sull'assenza del riesame richiesto dall'articolo 1, paragrafo 6, della posizione comune 2001/931; il quinto, sulla violazione dell'obbligo di motivazione e, il sesto, sulla violazione dei diritti della difesa e del diritto a una tutela giurisdizionale effettiva dell'entità ricorrente. Il settimo motivo, dedotto unicamente nel ricorso T-508/11, atteneva alla violazione dei principi di proporzionalità e di sussidiarietà.

15 Mentre ha respinto il primo di tali motivi, il Tribunale ha accolto i motivi dal quarto al sesto nonché, in parte, il terzo motivo e, su tale fondamento, ha annullato gli atti controversi nella parte in cui riguardavano le LTTE.

Conclusioni delle parti e procedimento dinanzi alla Corte

16 Il Consiglio chiede che la Corte voglia:

- annullare la sentenza impugnata;
- pronunciarsi in via definitiva sulle questioni oggetto della presente impugnazione e respingere i ricorsi proposti dalle LTTE, nonché
- condannare le LTTE alle spese sostenute dal Consiglio in primo grado e nell'ambito della presente impugnazione.

17 Le LTTE chiedono che la Corte voglia:

- respingere l'impugnazione proposta dal Consiglio;
- confermare la sentenza impugnata, nonché
- condannare il Consiglio alle spese della presente impugnazione e confermare la sentenza impugnata nella parte in cui il Consiglio è condannato alle spese relative al procedimento dinanzi al Tribunale.

18 La Repubblica francese, il Regno dei Paesi Bassi, il Regno Unito nonché la Commissione europea intervengono a sostegno delle conclusioni del Consiglio.

Sull'impugnazione

Sul primo motivo

Argomenti delle parti



19 Con il primo motivo il Consiglio, sostenuto dal governo del Regno Unito, censura al Tribunale di aver statuito, ai punti 141 e da 146 a 148 della sentenza impugnata, che esso avrebbe dovuto dimostrare, nelle motivazioni degli atti controversi, di aver verificato l'esistenza, nell'ordinamento giuridico indiano, di una garanzia dei diritti della difesa e del diritto a una tutela giurisdizionale effettiva equivalente a quella offerta a livello dell'Unione europea. Pur ammettendo di essere tenuto alla verifica dell'esistenza di una tale garanzia in casi in cui, come nella fattispecie, si fonda su una decisione di un'autorità di un paese terzo, il Consiglio fa valere che la posizione comune 2001/931 non gli impone di inserire una motivazione relativa a tale verifica.

20 Secondo il Consiglio, quand'anche esso sia tenuto a dimostrare che le procedure in vigore in un paese siano corredate di garanzie, per quanto riguarda i diritti della difesa e il diritto a una tutela giurisdizionale effettiva, equivalenti a quelle previste dal diritto dell'Unione, non gli si può contestare di aver effettuato tale dimostrazione nel controricorso anziché nelle motivazioni degli atti controversi. Nella misura in cui il paese terzo potrebbe ritenere che un commento, in tali motivazioni, sull'osservanza o meno dei diritti della difesa e del diritto a una tutela giurisdizionale effettiva costituisca un'ingerenza nei suoi affari interni, la motivazione richiesta dal Tribunale impedirebbe al Consiglio di fondarsi su decisioni di paesi terzi. La situazione sarebbe diversa se il Consiglio fosse autorizzato a formulare le sue osservazioni sul sistema giuridico del paese terzo in questione nelle memorie che presenta dinanzi ai giudici dell'Unione o se queste fossero in qualche modo riservate.

21 Le LTTE respingono tale argomentazione.

Giudizio della Corte

22 Al fine di statuire su tale motivo, è necessario constatare, preliminarmente, che, ai punti da 125 a 136 della sentenza impugnata, il Tribunale ha, a giusto titolo, interpretato la nozione di «autorità competente», ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 4, della posizione comune 2001/931, nel senso che essa non si limita alle autorità degli Stati membri, bensì può, in linea di principio, comprendere anche le autorità dei paesi terzi.

23 Tale interpretazione, che, del resto, non è contestata dalle parti nell'ambito del presente motivo, si giustifica, infatti, da un lato, alla luce del tenore dell'articolo 1, paragrafo 4, della posizione comune 2001/931, che non limita la nozione di «autorità competenti» alle autorità degli Stati membri, e, dall'altro, alla luce dell'obiettivo di tale posizione comune, la quale è stata adottata per mettere in atto la risoluzione 1373 (2001) del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite, volta ad intensificare la lotta contro il terrorismo a livello mondiale, attraverso la cooperazione sistematica e stretta di tutti gli Stati.

24 Ciò considerato, è sempre a buon diritto che il Tribunale ha statuito, in sostanza, al punto 139 della sentenza impugnata, che il Consiglio è tenuto, prima di fondarsi su una decisione di un'autorità di un paese terzo, a verificare se tale decisione sia stata adottata nel rispetto dei diritti della difesa e del diritto a una tutela giurisdizionale effettiva.

25 Invero, la Corte ha più volte statuito che, allorché adotta misure restrittive, il Consiglio deve rispettare i diritti fondamentali facenti parte integrante dell'ordinamento giuridico dell'Unione, fra i quali figurano, in particolare, il rispetto dei diritti della difesa e il diritto a una tutela giurisdizionale effettiva (v., in tal senso, sentenze del 18 luglio 2013, Commissione e a./Kadi, C-584/10 P, C-593/10 P e C-595/10 P, EU:C:2013:518, punti 97 e 98, nonché del 28 novembre



2013, Consiglio/Manufacturing Support & Procurement Kala Naft, C-348/12 P, EU:C:2013:776, punti 65 e 66).

26 Al riguardo, la necessità di procedere alla verifica testé descritta al punto 24, che è espressamente ammessa dal Consiglio nell'ambito della presente impugnazione, risulta in particolare dall'obiettivo del presupposto, stabilito all'articolo 1, paragrafo 4, della posizione comune 2001/931, che l'iscrizione iniziale di una persona o entità nell'elenco controverso sia fondata su una decisione di un'autorità competente. Tale presupposto mira, infatti, a proteggere le persone o entità interessate, assicurando che la loro iscrizione iniziale in detto elenco abbia luogo soltanto su una base fattuale sufficientemente solida (v., in tal senso, sentenza del 15 novembre 2012, 15 novembre 2012, Al-Aqsa/Consiglio e Paesi Bassi/Al-Aqsa, C-539/10 P e C-550/10 P, EU:C:2012:711, punto 68). Orbene, tale obiettivo può essere raggiunto solo se le decisioni dei paesi terzi sulle quali il Consiglio fonda l'iscrizione iniziale di persone o entità in detto elenco sono adottate nel rispetto dei diritti della difesa e del diritto a una tutela giurisdizionale effettiva.

27 Tale conclusione è, peraltro, corroborata dal punto 4 del documento intitolato «Working methods of the Working Party on implementation of Common Position 2001/931 on the application of specific measures to combat terrorism» (Metodi di lavoro del Gruppo di lavoro sull'attuazione della posizione comune 2001/931 relativa all'applicazione di misure specifiche per la lotta al terrorismo), contenuto nell'allegato II del documento del Consiglio 10826/1/07/REV 1, del 28 giugno 2007, dal quale risulta che il Consiglio, quando si basa sulla proposta di un paese terzo per fondare l'iscrizione di una persona o entità nell'elenco controverso, esamina se tale proposta rispetti i diritti dell'uomo, in particolare il diritto a una tutela giurisdizionale effettiva e ad un equo processo.

28 Dato che il Consiglio contesta la necessità di una motivazione, nelle motivazioni degli atti controversi, che attesti che esso ha verificato se la decisione delle autorità indiane fosse stata adottata nel rispetto dei diritti della difesa e del diritto a una tutela giurisdizionale effettiva, occorre rammentare che la valutazione del Tribunale circa l'adeguatezza o meno della motivazione è passibile di un controllo della Corte in sede di impugnazione (sentenza del 18 luglio 2013, Commissione e a./Kadi, C-584/10 P, C-593/10 P e C-595/10 P, EU:C:2013:518, punto 140 e giurisprudenza citata).

29 L'obbligo di motivare un atto arrecante pregiudizio, il quale costituisce un corollario del principio del rispetto dei diritti della difesa, ha lo scopo, da un lato, di fornire all'interessato indicazioni sufficienti per stabilire se l'atto sia fondato o sia eventualmente inficiato da un vizio che consente di contestarne la validità dinanzi al giudice dell'Unione e, dall'altro, di consentire a tale giudice di esercitare il suo controllo sulla legittimità dell'atto in questione (sentenze del 18 febbraio 2016, Consiglio/Bank Mellat, C-176/13 P, EU:C:2016:96, punto 74, e del 21 aprile 2016, Consiglio/Bank Saderat Iran, C-200/13 P, EU:C:2016:284, punto 70).

30 La motivazione di un tale atto deve pertanto, in ogni caso, esporre i fatti e le considerazioni giuridiche di primaria importanza nell'economia dell'atto medesimo (v., in tal senso, sentenze dell'11 gennaio 2007, Technische Glaswerke Ilmenau/Commissione, C-404/04 P, non pubblicata, EU:C:2007:6, punto 30; del 1° luglio 2008, Chronopost e La Poste/UFEX e a., C-341/06 P e C-342/06 P, EU:C:2008:375, punto 96, nonché del 10 luglio 2008, Bertelsmann e Sony Corporation of America/Impala, C-413/06 P, EU:C:2008:392, punto 169).



31 Tenuto conto dell'obiettivo, enunciato al punto 26 della presente sentenza, della condizione che l'iscrizione iniziale di una persona o entità nell'elenco controverso sia fondata su una decisione di un'autorità competente, si deve considerare che, quando il Consiglio fonda tale iscrizione su una decisione di un paese terzo, la garanzia che quest'ultima sia stata adottata nel rispetto dei diritti della difesa e del diritto a una tutela giurisdizionale effettiva è di importanza primaria nell'economia di tale iscrizione e delle susseguenti decisioni di congelamento dei capitali. Il Consiglio è pertanto tenuto a fornire, nelle motivazioni di tali decisioni, indicazioni che consentano di concludere che esso ha verificato il rispetto di tali diritti.

32 Non inficia tale conclusione l'argomentazione del Consiglio riportata al punto 20 della presente sentenza.

33 Infatti, l'obbligo di motivazione ha lo scopo di permettere alla persona interessata di decidere, con piena cognizione di causa, se le sia utile adire il giudice competente (v., in tal senso, sentenze del 4 giugno 2013, ZZ, C-300/11, EU:C:2013:363, punto 53, nonché del 18 luglio 2013, Commissione e a./Kadi, C-584/10 P, C-593/10 P e C-595/10 P, EU:C:2013:518, punto 100). È sufficiente, a tal fine, che il Consiglio dia atto, succintamente, nelle motivazioni di una decisione di congelamento dei capitali, delle ragioni per le quali considera che la decisione del paese terzo sulla quale intende fondarsi sia stata adottata nel rispetto dei diritti della difesa e del diritto a una tutela giurisdizionale effettiva.

34 Poiché il Consiglio si può fondare su una decisione di un paese terzo solo se essa rispetta i diritti della difesa e il diritto a una tutela giurisdizionale effettiva, una motivazione come quella descritta al punto precedente non può costituire un'ingerenza nella politica interna del paese terzo interessato.

35 Non solo: alla luce della giurisprudenza citata al punto 33 della presente sentenza, non può essere accolto neppure l'argomento del Consiglio secondo il quale il Consiglio deve essere autorizzato a formulare le sue osservazioni relative al sistema giuridico del paese terzo in questione non nelle motivazioni delle decisioni di congelamento dei capitali, bensì nelle memorie che presenta dinanzi ai giudici dell'Unione.

36 Nel caso di specie, come ha indicato il Tribunale ai punti 141 e 145 della sentenza impugnata, le motivazioni dei regolamenti di esecuzione nn. 83/2011, 687/2011, 1375/2011, 542/2012, 1169/2012, 714/2013 e 125/2014 si limitano a constatare che il governo indiano ha proscritto le LTTE nel corso del 1992, in forza dell'Unlawful Activities Act 1967 (legge sulle attività illegali del 1967), e le ha, di seguito, incluse nell'elenco delle organizzazioni terroristiche riportato nell'allegato all'Unlawful Activities Prevention (Amendment) Act 2004 [legge (emendamento) sulla prevenzione delle attività illegali del 2004]. Le motivazioni del regolamento di esecuzione n. 790/2014 si limitano a completare tale constatazione indicando che gli articoli 36 e 37 della legge sulle attività illegali del 1967 contengono disposizioni in materia di appello e di revisione dell'elenco indiano delle persone ed entità oggetto di misure restrittive, che la decisione di proscrizione delle LTTE, come associazione illegale, è rivista periodicamente dal Ministro degli Interni indiano, che l'ultima revisione ha avuto luogo il 14 maggio 2012 e che, in seguito a una revisione operata dal Tribunale in conformità della legge sulle attività illegali del 1967, la designazione delle LTTE come entità implicata in atti terroristici è stata confermata dal Ministro degli Interni indiano l'11 dicembre 2012.



37 Né i regolamenti di esecuzione nn. 83/2011, 687/2011, 1375/2011, 542/2012, 1169/2012, 714/2013 e 125/2014 né il regolamento di esecuzione n. 790/2014 contengono il benché minimo elemento nel senso che il Consiglio ha verificato se la decisione delle autorità indiane fosse stata adottata nel rispetto dei diritti della difesa e del diritto a una tutela giurisdizionale effettiva. Le motivazioni di tali regolamenti non consentono, quindi, di stabilire se il Consiglio abbia adempiuto all'obbligo di verifica che gli incombeva a tal riguardo.

38 A ragione, di conseguenza, il Tribunale ha considerato, in particolare ai punti 142, 146, 147 e 149 della sentenza impugnata, che gli atti controversi erano viziati da insufficienza di motivazione.

39 Pertanto, il primo motivo di impugnazione deve essere respinto.

Sul secondo motivo

Argomenti delle parti

40 Con il secondo motivo, che verte segnatamente sui punti 173, 175, da 186 a 189, 198, da 202 a 204, 212, 213 e 225 della sentenza impugnata, il Consiglio fa valere, da una parte, che tale sentenza si fonda sulla premessa errata secondo cui il Consiglio deve fornire regolarmente nuovi motivi per mantenere il nome delle LTTE nell'elenco controverso. In assenza di annullamento o di revoca delle decisioni nazionali che avevano giustificato l'iscrizione iniziale delle LTTE in tale elenco e mancando altri elementi a favore della loro cancellazione da quest'ultimo, il Consiglio ben avrebbe avuto il diritto di mantenere le LTTE nell'elenco controverso, sull'unico fondamento delle decisioni nazionali che ne avevano giustificato l'iscrizione iniziale nello stesso.

41 Dall'altra parte, il Consiglio sostiene che a torto il Tribunale ha escluso il ricorso a informazioni provenienti da fonti pubbliche ai fini dei riesami periodici. Il Consiglio, a suo avviso, deve potersi fondare all'uopo su elementi diversi dalle decisioni nazionali, dal momento che spesso non vi sarebbe alcuna decisione nazionale posteriore all'iscrizione iniziale di una persona o entità nell'elenco controverso. Il ragionamento del Tribunale sarebbe contrario all'obiettivo di lotta al terrorismo, di cui alla posizione comune 2001/931.

42 La Commissione e gli Stati membri che hanno partecipato al procedimento dinanzi alla Corte sostengono l'argomentazione del Consiglio, sottolineando in particolare la distinzione che la posizione comune 2001/931 pone tra, da un lato, l'iscrizione iniziale di un'entità nell'elenco controverso, di cui all'articolo 1, paragrafo 4, di detta posizione comune, e, dall'altro, i successivi riesami, previsti all'articolo 1, paragrafo 6, della stessa.

43 Per contro, secondo le LTTE, il Tribunale ha considerato giustamente che, se il Consiglio sceglie di fornire nuovi motivi per il loro mantenimento nell'elenco controverso, tali motivi devono essere tratti da decisioni nazionali, ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 4, della posizione comune 2001/931, e non dalla stampa o da Internet. L'affermazione del Consiglio secondo la quale quest'ultimo può utilizzare informazioni pubbliche per motivare il mantenimento dell'iscrizione nell'elenco controverso sarebbe in contrasto con il sistema a due livelli instaurato dalla posizione comune 2001/931 e con la sentenza del 15 novembre 2012, Al-Aqsa/Consiglio e Paesi Bassi/Al-Aqsa (C-539/10 P e C-550/10 P, EU:C:2012:711).

Giudizio della Corte

44 Il secondo motivo dell'impugnazione verte sui presupposti necessari perché il Consiglio possa, nell'ambito del riesame dell'iscrizione di una persona o entità nell'elenco controverso, che è tenuto a condurre in forza dell'articolo 1, paragrafo 6, della posizione comune 2001/931,



mantenere tale persona o entità in detto elenco. Per determinare tali presupposti, l'articolo 1, paragrafo 6, della posizione comune 2001/931 deve essere interpretato tenendo conto segnatamente del suo collegamento con l'articolo 1, paragrafo 4, della stessa, che disciplina i presupposti per l'iscrizione iniziale della persona o entità interessata nell'elenco in questione.

45 La Corte ha dichiarato che, per quanto riguarda le decisioni iniziali di congelamento dei capitali, il testo dell'articolo 1, paragrafo 4, della posizione comune 2001/931 fa riferimento alla decisione di un'autorità nazionale, prescrivendo la necessità di informazioni precise o di elementi del fascicolo da cui risulti che una tale decisione è stata adottata. Tale presupposto mira ad assicurare che, mancando l'Unione di mezzi per condurre essa stessa indagini sul coinvolgimento di una persona o di una entità in atti terroristici, la decisione del Consiglio relativa all'iscrizione iniziale di una di esse nell'elenco controverso sia adottata su una base fattuale sufficiente, che gli consenta di concludere nel senso della sussistenza del pericolo che, in assenza di misure inibitorie, la persona o entità interessata continui ad essere coinvolta in attività terroristiche (v., in tal senso, sentenza del 15 novembre 2012, *Al-Aqsa/Consiglio e Paesi Bassi/Al-Aqsa*, C-539/10 P e C-550/10 P, EU:C:2012:711, punti 69, 79 e 81).

46 Per quanto riguarda invece le decisioni successive di congelamento dei capitali, dalla giurisprudenza della Corte risulta che la questione rilevante in sede di esame del mantenimento di una persona o entità nell'elenco controverso è se, dal momento dell'iscrizione del nome di tale persona o entità in detto elenco o a partire dal riesame precedente, la situazione di fatto sia a tal punto mutata da non consentire più di trarre la medesima conclusione riguardo al coinvolgimento della persona o entità in questione in attività terroristiche (sentenza del 15 novembre 2012, *Al-Aqsa/Consiglio e Paesi Bassi/Al-Aqsa*, C-539/10 P e C-550/10 P, EU:C:2012:711, punto 82).

47 Nel caso di specie, il Tribunale ha ritenuto, ai punti 173 e 202 della sentenza impugnata, che l'elenco degli atti terroristici che le LTTE avrebbero commesso a far data dal 2005, stilato nelle motivazioni degli atti controversi, abbia avuto un peso decisivo per il mantenimento, da parte del Consiglio, del congelamento dei capitali delle LTTE. Ai punti 187 e 204 della sentenza impugnata, il Tribunale ha dichiarato che il riferimento a qualunque nuovo atto terroristico che il Consiglio inserisca in una motivazione in occasione di un riesame ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 6, della posizione comune 2001/931 deve essere stato oggetto di un esame e di una decisione nazionale di un'autorità competente. Dopo aver rilevato, in particolare ai punti 186 e 207 della sentenza impugnata, che il Consiglio aveva fondato le sue affermazioni relative agli atti terroristici che le LTTE avrebbero commesso a partire dal 2005 non su siffatte decisioni, bensì su informazioni che aveva attinto dalla stampa e da Internet, il Tribunale ha, di conseguenza, annullato gli atti controversi.

– *Sulla prima parte del secondo motivo*

48 Con la prima parte del secondo motivo, il Consiglio sostiene che il Tribunale è incorso in un errore di diritto affermando che esso doveva fornire regolarmente nuovi motivi per mantenere le LTTE nell'elenco controverso e non poteva, a titolo dell'assenza di elementi a favore della cancellazione di tale entità da detto elenco, mantenervela sul solo fondamento delle decisioni nazionali che ne avevano giustificato l'iscrizione iniziale.

49 Discende dall'esame del primo motivo dell'impugnazione che il Tribunale ha constatato a giusto titolo che gli atti controversi sono viziati da insufficienza di motivazione quanto alla garanzia che la decisione delle autorità indiane fosse stata adottata nel rispetto dei diritti della di-



fesa e del diritto a una tutela giurisdizionale effettiva. La prima parte del secondo motivo è pertanto inconferente per quanto riguarda la decisione delle autorità indiane.

50 Nella misura in cui la prima parte del secondo motivo dell'impugnazione riguarda le decisioni del Regno Unito, occorre constatare che, come risulta in particolare dal punto 196 della sentenza impugnata, il Tribunale ha, quantomeno implicitamente, ritenuto che tali decisioni non costituissero, di per sé, una base sufficiente per mantenere le LTTE nell'elenco controverso.

51 Occorre ricordare, al riguardo, che dalla giurisprudenza citata al punto 46 della presente sentenza emerge che, nell'ambito di un riesame ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 6, della posizione comune 2001/931, il Consiglio può mantenere la persona o entità interessata nell'elenco controverso qualora concluda che il rischio dell'implicazione della medesima in attività terroristiche, implicazione che ne aveva giustificato l'iscrizione iniziale nell'elenco di cui trattasi, persiste. Il mantenimento di una persona o entità nell'elenco controverso costituisce pertanto, in sostanza, il prolungamento dell'iscrizione iniziale.

52 Nell'ambito della verifica della persistenza del rischio d'implicazione della persona o entità in questione in attività terroristiche, gli sviluppi successivi della decisione nazionale che ha costituito il fondamento dell'iscrizione iniziale di tale persona o entità nell'elenco controverso devono essere presi in debita considerazione, in particolare va considerata l'eventuale abrogazione o revoca di tale decisione nazionale a motivo di fatti o elementi nuovi o di una modifica della valutazione dell'autorità nazionale competente.

53 Ciò premesso, si pone, nel caso di specie, la questione se il mantenimento in vigore della decisione nazionale che ha costituito il fondamento dell'iscrizione iniziale nell'elenco controverso possa essere, di per sé solo, sufficiente per mantenere la persona o entità interessata in detto elenco.

54 Al riguardo, se, considerati il tempo trascorso e l'evoluzione delle circostanze di specie, il mero fatto che la decisione nazionale che ha costituito il fondamento dell'iscrizione iniziale resti in vigore non consente di concludere per la persistenza del rischio di implicazione della persona o entità interessata in attività terroristiche, il Consiglio è tenuto a fondare il mantenimento di tale persona o di tale entità in detto elenco su una valutazione aggiornata della situazione, alla luce di elementi fattuali più recenti, che attestino che il rischio in questione persiste (v., per analogia, sentenza del 18 luglio 2013, Commissione e a./Kadi, C-584/11 P, C-593/11 P e C-595/11 P, EU:C:2013:518, punto 119).

55 Nel caso di specie, un notevole lasso di tempo è trascorso tra l'adozione, nel corso del 2001, delle decisioni del Regno Unito che hanno costituito il fondamento dell'iscrizione iniziale delle LTTE nell'elenco controverso, l'iscrizione medesima, risalente al 2006, e l'adozione degli atti controversi, nel corso degli anni da 2011 a 2014. Inoltre, come ha indicato il Consiglio nelle motivazioni degli atti controversi, le LTTE hanno subito una disfatta militare, annunciata dal governo dello Sri Lanka nel mese di maggio 2009, che ha indebolito significativamente la loro organizzazione. Il Consiglio era, pertanto, tenuto a fondare il mantenimento delle LTTE in tale elenco su elementi più recenti, che dimostrassero che il rischio di implicazione delle LTTE nelle attività terroristiche permaneva. Di conseguenza, contrariamente a quanto sostiene il Consiglio, il Tribunale non è incorso in un errore di diritto ritenendo, quantomeno implicitamente, che le decisioni del Regno Unito non costituissero, di per sé sole, una base sufficiente per fondare gli atti controversi.



56 Pertanto, la prima parte del secondo motivo dell'impugnazione deve essere respinta.

– *Sulla seconda parte del secondo motivo*

57 Con la seconda parte del secondo motivo dell'impugnazione, il Consiglio sostiene che il Tribunale è incorso in un errore di diritto avendo statuito, segnatamente ai punti da 187 a 189, da 202 a 204 e 225 della sentenza impugnata, che il Consiglio doveva fondarsi esclusivamente su elementi contenuti in decisioni nazionali di autorità competenti per mantenere una persona o entità nell'elenco controverso e che il Consiglio aveva violato tanto l'articolo 1 della posizione comune 2001/931 quanto il suo obbligo di motivazione per essersi basato, nella fattispecie, su informazioni tratte dalla stampa e da Internet.

58 Per quanto riguarda, in primo luogo, l'articolo 1 della posizione comune 2001/931, occorre anzitutto rilevare che tale articolo stabilisce una distinzione tra, da una parte, l'iscrizione iniziale di una persona o entità nell'elenco controverso, di cui al suo paragrafo 4, e, dall'altra, il mantenimento in detto elenco di una persona o entità già iscritta, di cui al suo paragrafo 6.

59 Conformemente all'articolo 1, paragrafo 4, della posizione comune 2001/931, l'iscrizione iniziale di una persona o entità nell'elenco controverso presuppone l'esistenza di una decisione nazionale di un'autorità competente o di una decisione del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite che impone una sanzione.

60 Un simile presupposto non è invece previsto all'articolo 1, paragrafo 6, di tale posizione comune, ai termini del quale «[i] nomi delle persone ed entità riportati nell'elenco in allegato sono riesaminati regolarmente almeno una volta per semestre onde accertarsi che il loro mantenimento nell'elenco sia giustificato».

61 Tale differenza si spiega per il fatto che, come è stato rilevato al punto 51 della presente sentenza, il mantenimento di una persona o entità nell'elenco controverso costituisce, in sostanza, il prolungamento dell'iscrizione iniziale e presuppone, dunque, la persistenza del pericolo di un'implicazione della persona o entità interessata in attività terroristiche, quale constatato inizialmente dal Consiglio, sulla base della decisione iniziale nazionale che ha costituito il fondamento dell'iscrizione iniziale.

62 Pertanto, il Consiglio deve sì effettuare, almeno una volta per semestre, un «riesame», per assicurarsi che il «mantenimento» nell'elenco in questione di una persona o entità ivi già iscritta, sulla base di una decisione nazionale presa da un'autorità competente, sia ancora giustificato, ma l'articolo 1, paragrafo 6, della posizione comune 2001/931 non richiede anche che ogni nuovo elemento del quale si avvalga il Consiglio per giustificare il mantenimento della persona o entità interessata nell'elenco controverso sia stato oggetto di una decisione nazionale adottata da un'autorità competente successivamente a quella che ha costituito il fondamento dell'iscrizione iniziale. Stabilendo una tale condizione, il Tribunale ha trasposto il presupposto relativo all'esistenza di una decisione del genere, che l'articolo 1, paragrafo 4, della posizione comune 2001/931 prescrive unicamente ai fini dell'iscrizione iniziale di una persona o entità nell'elenco di cui trattasi, ai riesami che incombono al Consiglio ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 6, della succitata posizione comune. Così facendo, il Tribunale non ha tenuto conto della distinzione che sussiste tra la decisione di iscrizione iniziale di una persona o entità nell'elenco controverso e la successiva decisione di mantenere la persona o entità in questione in tale elenco.

63 Occorre poi rilevare che l'interpretazione dell'articolo 1 della posizione comune 2001/931 applicata dal Tribunale è basata, quantomeno implicitamente, sulla considerazione che



o le autorità nazionali competenti adottano regolarmente decisioni che possano costituire il fondamento dei riesami cui deve procedere il Consiglio ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 6, della posizione comune 2001/931 o il Consiglio medesimo può richiedere, all'occorrenza, a tali autorità di adottare simili decisioni.

64 Ebbene, quest'ultima considerazione non trova alcun fondamento nel diritto dell'Unione.

65 Al riguardo si deve precisare, per un verso, che il fatto, rilevato dal Tribunale ai punti 210 e 211 della sentenza impugnata, che gli Stati membri informino il Consiglio delle decisioni adottate dalle loro autorità competenti e gli trasmettano tali decisioni non significa che dette autorità siano tenute ad adottare con regolarità o, quanto meno, all'occorrenza decisioni che possano costituire il fondamento dei riesami in parola.

66 Per altro verso, contrariamente a quanto il Tribunale ha statuito al punto 213 della sentenza impugnata, in assenza di qualsivoglia specifico fondamento nell'ambito del sistema di misure restrittive introdotto dalla posizione comune 2001/931, il principio di leale cooperazione, sancito all'articolo 4, paragrafo 3, TUE, non legittima il Consiglio ad esigere dalle autorità competenti degli Stati membri che emanino, all'occorrenza, decisioni nazionali che possano servire da fondamento ai riesami cui esso è tenuto ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 6, della medesima posizione comune.

67 Al contrario, si deve rilevare che tale sistema non prevede un meccanismo che permetta al Consiglio di disporre, all'occorrenza, di decisioni nazionali adottate posteriormente all'iscrizione iniziale della persona o entità interessata nell'elenco controverso per procedere ai riesami cui esso è tenuto ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 6, della summenzionata posizione comune e nell'ambito dei quali deve verificare la persistenza del rischio di implicazione di tale persona o di tale entità in attività terroristiche. In assenza di un simile meccanismo non si può ritenere che il sistema in questione postuli che i riesami del Consiglio siano condotti esclusivamente sul fondamento di tali decisioni nazionali, pena limitare indebitamente i mezzi di cui dispone all'uopo il Consiglio medesimo.

68 Infine, si deve constatare che, contrariamente a quanto ha considerato il Tribunale, segnatamente ai punti 187 e 210 della sentenza impugnata, la sua interpretazione dell'articolo 1 della posizione comune 2001/931 non trova giustificazione neppure nella necessità di tutelare le persone o entità interessate.

69 Al riguardo è opportuno rilevare che, trattandosi dell'iscrizione iniziale nell'elenco controverso, la persona o entità interessata è tutelata, in particolare, dalla possibilità di contestare tanto le decisioni nazionali che hanno costituito il fondamento dell'iscrizione, dinanzi ai giudici nazionali, quanto l'iscrizione medesima, dinanzi ai giudici dell'Unione.

70 Trattandosi delle decisioni di congelamento di capitali successive, la persona o entità interessata è tutelata, in particolare, dalla possibilità di impugnare tali decisioni dinanzi al giudice dell'Unione. Quest'ultimo è tenuto a verificare, inter alia, da un lato, l'osservanza dell'obbligo di motivazione previsto all'articolo 296 TFUE – dunque, anche la precisione e la concretezza dei motivi indicati – e, dall'altro, la questione se tali motivi siano fondati (v., per analogia, sentenze del 18 luglio 2013, Commissione e a./Kadi, C-584/10 P, C-593/10 P e C-595/10 P, EU:C:2013:518, punti 118 e 119, nonché del 28 novembre 2013, Consiglio/Fulmen e Mahmoudian, C-280/12 P, EU:C:2013:775, punto 64).



71 In tale contesto, va precisato che la persona o entità interessata può, nell'ambito del ricorso proposto contro il suo mantenimento nell'elenco controverso, contestare la totalità degli elementi sui quali il Consiglio si fonda per dimostrare la persistenza del rischio della sua implicazione in attività terroristiche, indipendentemente dalla questione se tali elementi siano ricavati da una decisione nazionale di un'autorità competente o da altre fonti. In caso di contestazione, spetta al Consiglio stabilire la fondatezza dei fatti allegati e al giudice dell'Unione verificare la loro esattezza materiale (v., per analogia, sentenze del 18 luglio 2013, Commissione e a./Kadi, C-584/10 P, C-593/10 P e C-595/10 P, EU:C:2013:518, punti 121 e 124, nonché del 28 novembre 2013, Consiglio/Fulmen e Mahmoudian, C-280/12 P, EU:C:2013:775, punti 66 e 69).

72 Ne deriva che il Tribunale è incorso in un errore di diritto statuendo che il Consiglio aveva violato l'articolo 1 della posizione comune 2001/931 nel fondarsi, nelle motivazioni degli atti controversi, su elementi tratti da fonti diverse dalle decisioni nazionali adottate da autorità competenti.

73 Per quanto riguarda, in secondo luogo, la violazione dell'obbligo di motivazione constatata dal Tribunale, risulta in particolare dal punto 225 della sentenza impugnata che il Tribunale si è fondato unicamente sull'assenza di riferimenti, riguardo all'elenco degli atti terroristici che le LTTE avrebbero commesso a partire dall'anno 2005, contenuto nelle motivazioni degli atti controversi, a decisioni nazionali provenienti da autorità competenti. La constatazione, da parte del Tribunale, di una violazione dell'obbligo di motivazione costituisce, così, la conseguenza diretta della constatazione dell'esistenza di una violazione dell'articolo 1 della posizione comune 2001/931, di cui è stato dimostrato che è inficiata da errore di diritto.

74 Di conseguenza, l'errore di diritto in cui è incorso il Tribunale nell'ambito della sua interpretazione del succitato articolo 1 comporta che sia inficiata da errore di diritto anche la sua constatazione della violazione, da parte del Consiglio, dell'obbligo di motivazione.

75 Si deve tuttavia ricordare che, qualora i motivi di una decisione del Tribunale rivelino una violazione del diritto dell'Unione, ma il dispositivo di quest'ultima appaia fondato per altri motivi di diritto, una tale violazione non è in grado di comportare l'annullamento della decisione e si deve dunque procedere a una sostituzione della motivazione (v., in tal senso, sentenze del 18 luglio 2013, Commissione e a./Kadi, C-584/10 P, C-593/10 P e C-595/10 P, EU:C:2013:518, punto 150, nonché del 5 marzo 2015, Commissione e a./Versalis e a., C-93/13 P e C-123/13 P, EU:C:2015:150, punto 102 e giurisprudenza ivi citata).

76 È quanto si verifica nel caso di specie.

77 Infatti, come ha indicato il Tribunale al punto 167 della sentenza impugnata, il Consiglio fa riferimento, nelle motivazioni degli atti controversi, alla disfatta militare delle LTTE, annunciata dal governo dello Sri Lanka nel mese di maggio 2009, affermando che, «benché [tale] disfatta militare [avesse] indebolito in maniera significativa la struttura [delle LTTE], tale organizzazione intende[va] probabilmente continuare gli attacchi terroristici nello Sri Lanka».

78 Quanto agli elementi sui quali il Consiglio ha fondato tale valutazione, l'unico elemento rilevato dal Tribunale nella sentenza impugnata è un elenco degli atti terroristici che le LTTE avrebbero commesso a partire dall'anno 2005, contenuto nelle motivazioni degli atti controversi. Come risulta dal punto 168 di tale sentenza, il periodo cui si riferisce tale elenco si estende, a seconda del regolamento impugnato, fino al mese di aprile 2009 o di giugno 2010. Risulta, al riguardo, dal fascicolo all'esame della Corte che, se è vero che le motivazioni dei regolamenti di



esecuzione controversi primo e secondo, ossia i regolamenti di esecuzione nn. 83/2011 e 687/2011 (in prosieguo, congiuntamente: i «regolamenti di esecuzione controversi primo e secondo»), menzionavano tre presunti atti terroristici che le LTTE avrebbero commesso tra il 27 aprile e il 12 giugno 2010 – dunque, posteriormente alla loro sconfitta militare del mese di maggio 2009 –, il Consiglio ha in seguito modificato le motivazioni degli atti controversi sopprimendo il riferimento a tali tre atti nelle motivazioni dei regolamenti di esecuzione controversi dal terzo all’ottavo, vale a dire nei regolamenti di esecuzione nn. 1375/2011, 542/2012, 1169/2012, 714/2013, 125/2014 e 790/2014 (in prosieguo, congiuntamente: i «regolamenti di esecuzione controversi dal terzo all’ottavo»). L’ultimo atto terroristico menzionato nelle motivazioni dei regolamenti di esecuzione controversi dal terzo all’ottavo data, infatti, al 12 aprile 2009 ed è pertanto anteriore alla predetta sconfitta militare. Nelle sue risposte scritte ai quesiti posti dal Tribunale il Consiglio ha spiegato che tale modifica costituiva un «aggiornamento» delle motivazioni degli atti controversi, operato in seguito al conseguimento di nuove informazioni.

79 Pertanto, in mancanza di altre indicazioni pertinenti, le motivazioni dei regolamenti di esecuzione controversi dal terzo all’ottavo non indicano nessun elemento idoneo a fondare la valutazione del Consiglio secondo la quale, nonostante la sconfitta militare, le LTTE avevano probabilmente l’intenzione di proseguire gli attacchi terroristici nello Sri Lanka. Ebbene, tenuto conto del fatto che questa stessa sconfitta militare integrava un mutamento delle circostanze importante, in grado di rimettere in discussione la persistenza del rischio di implicazione delle LTTE in attività terroristiche, il Consiglio avrebbe dovuto addurre elementi che fondassero tale valutazione nelle suddette motivazioni. Di conseguenza, i regolamenti di esecuzione controversi dal terzo all’ottavo sono inficiati da un vizio di motivazione tale da comportarne l’annullamento.

80 Quanto ai regolamenti di esecuzione controversi primo e secondo, occorre constatare che il Consiglio li ha abrogati e sostituiti con i regolamenti di esecuzione controversi successivi, contemporaneamente aggiornando la motivazione esposta nelle motivazioni in seguito al conseguimento di nuove informazioni. Tale aggiornamento ha condotto alla soppressione della menzione dei tre asseriti atti terroristici che le LTTE avrebbero commesso tra il 27 aprile e il 12 giugno 2010 e, dunque, successivamente alla sconfitta militare di tale entità. Il Consiglio, del resto, non si è riferito alla menzione di tali tre pretesi atti terroristici nell’ambito della presente impugnazione, e ciò nonostante il quesito della Corte circa l’insufficiente motivazione degli atti controversi quanto alla probabile intenzione delle LTTE di proseguire gli attacchi terroristici nello Sri Lanka nonostante la sconfitta militare nel maggio 2009. Di conseguenza, è evidente che la menzione dei detti tre asseriti atti terroristici non può comunque permettere di concludere per la fondatezza della motivazione dei regolamenti di esecuzione controversi primo e secondo.

81 In tali circostanze, il dispositivo della sentenza impugnata deve essere considerato fondato per la totalità degli atti controversi. Occorre pertanto respingere la seconda parte del secondo motivo dell’impugnazione.

Sul terzo motivo

Argomenti delle parti

82 Con il terzo motivo il Consiglio, sostenuto dal Regno Unito e dalla Commissione, fa valere che, ai punti 177 e da 205 a 208 della sentenza impugnata, il Tribunale è incorso in un errore di diritto non considerando che la decisione del Regno Unito del 2001 di proscrivere le LTTE costituisca una base sufficiente per mantenere le LTTE nell’elenco controverso. Secondo il Con-



siglio, a torto il Tribunale ha ritenuto che l'omessa indicazione, nelle motivazioni degli atti controversi, degli elementi a fondamento di tale decisione impedisse al Consiglio di basarsi su quest'ultima. Contrariamente a quanto avrebbe considerato il Tribunale, quest'ultimo non dovrebbe conoscere i motivi a fondamento di detta decisione, giacché tali motivi non sarebbero sindacabili dal giudice dell'Unione.

83 Le LTTE contestano tale argomento.

Giudizio della Corte

84 Occorre constatare che, siccome il terzo motivo dell'impugnazione riguarda un errore di diritto in cui il Tribunale sarebbe incorso considerando che la mera decisione del Regno Unito del 2001 di proscrivere le LTTE non costituisse una base sufficiente per fondare gli atti controversi, tale motivo e la prima parte del secondo motivo dell'impugnazione coincidono parzialmente.

85 Ebbene, indipendentemente dalla fondatezza dell'argomento sollevato dal Consiglio nell'ambito del suo terzo motivo, secondo il quale il Tribunale avrebbe a torto statuito che l'omessa indicazione, nei punti delle motivazioni degli atti controversi, degli elementi a fondamento di tale decisione impedisse al Consiglio di fondarsi su quest'ultima, occorre ricordare che, in ogni caso, dall'esame della prima parte del secondo motivo dell'impugnazione risulta che, in ragione, da un lato, dell'importanza del lasso di tempo trascorso tra l'adozione delle decisioni del Regno Unito servite da fondamento all'iscrizione iniziale delle LTTE nell'elenco controverso, l'iscrizione medesima e l'adozione degli atti controversi e, dall'altro lato, della sconfitta militare intervenuta nel corso del mese di maggio 2009, la decisione del Regno Unito del 2001 di proscrivere le LTTE non costituiva una base sufficiente per fondare gli atti controversi.

86 Il terzo motivo dell'impugnazione è quindi inoperante.

87 Dato che tutti i motivi sono stati rigettati, l'impugnazione deve essere respinta.

Sulle spese

88 Ai sensi dell'articolo 184, paragrafo 2, del regolamento di procedura della Corte, quest'ultima, quando l'impugnazione è respinta, statuisce sulle spese. L'articolo 138 del medesimo regolamento, applicabile al procedimento di impugnazione per effetto del successivo articolo 184, paragrafo 1, dispone, al paragrafo 1, che la parte soccombente è condannata alle spese se ne è stata fatta domanda.

89 Siccome l'impugnazione del Consiglio è respinta, occorre condannare il medesimo, conformemente alle conclusioni delle LTTE, non soltanto alle proprie spese, ma anche a quelle sostenute dalle LTTE.

90 L'articolo 140, paragrafo 1, del regolamento di procedura, applicabile al procedimento di impugnazione ai sensi dell'articolo 184, paragrafo 1, del medesimo regolamento, stabilisce che le spese sostenute dagli Stati membri e dalle istituzioni intervenuti nella causa restano a loro carico.

91 Conformemente a tali disposizioni, la Repubblica francese, il Regno dei Paesi Bassi, il Regno Unito nonché la Commissione supporteranno ciascuno le proprie spese.

Per questi motivi, la Corte (Grande Sezione) dichiara e statuisce:

- 1) **L'impugnazione è respinta.**
- 2) **Il Consiglio dell'Unione europea supporterà, oltre alle proprie spese, quelle sostenute dalle Liberation Tigers of Tamil Eelam (LTTE).**



3) **La Repubblica francese, il Regno dei Paesi Bassi, il Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord nonché la Commissione europea sopporteranno ciascuno le proprie spese.**



SENTENZA DELLA CORTE (Grande Sezione) 6 settembre 2017

«Impugnazione – Articolo 102 TFUE – Abuso di posizione dominante – Sconti fedeltà – Competenza della Commissione – Regolamento (CE) n. 1/2003 – Articolo 19»

Nella causa C-413/14 P,
avente ad oggetto l'impugnazione, ai sensi dell'articolo 56 dello Statuto della Corte di giustizia dell'Unione europea, proposta il 26 agosto 2014,

Intel Corporation Inc., con sede in Wilmington (Stati Uniti), rappresentata da D. M. Beard, QC, nonché da A. Parr e R. Mackenzie, solicitors,
ricorrente,

procedimento in cui le altre parti sono:

Commissione europea, rappresentata da T. Christoforou, V. Di Bucci, M. Kellerbauer e N. Khan, in qualità di agenti,
convenuta in primo grado,

Association for Competitive Technology Inc., con sede in Washington (Stati Uniti), rappresentata da J.-F. Bellis, avocat,

Union fédérale des consommateurs – Que choisir (UFC – Que choisir)

interventanti in primo grado,

LA CORTE (Grande Sezione),

composta da K. Lenaerts, presidente, A. Tizzano, vicepresidente, R. Silva de Lapuerta, M. Ilešič, J.L. da Cruz Vilaça (relatore), E. Juhász, M. Berger, M. Vilaras e E. Regan, presidenti di sezione, A. Rosas, J. Malenovský, E. Levits, F. Biltgen, K. Jürimäe e C. Lycourgos, giudici,
avvocato generale: N. Wahl

cancelliere: L. Hewlett, amministratore principale

vista la fase scritta del procedimento e in seguito all'udienza del 21 giugno 2016,

sentite le conclusioni dell'avvocato generale, presentate all'udienza del 20 ottobre 2016,

ha pronunciato la seguente

Sentenza

1 Con la sua impugnazione, Intel Corporation Inc. (in prosieguito: «Intel») chiede l'annullamento della sentenza del Tribunale dell'Unione europea del 12 giugno 2014, Intel/Commissione, (T-286/09; in prosieguito: la «sentenza impugnata», EU:T:2014:547), con la quale quest'ultimo ha respinto il suo ricorso diretto all'annullamento della decisione della Commissione, del 13 maggio 2009, C (2009) 3726 definitivo, relativa a un procedimento ai sensi dell'articolo 82 [CE] e dell'articolo 54 dell'accordo SEE (Caso COMP/C-3/37.990 – Intel) (in prosieguito: la «decisione controversa»).

Contesto normativo

2 Il considerando 25 del regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 [CE] (GU 2003, L 1, pag. 1), è così formulato:



«Poiché diventa sempre più difficile individuare le infrazioni delle regole di concorrenza, per far sì che questa sia efficacemente tutelata è necessario ampliare i poteri di indagine della Commissione. La Commissione dovrebbe in particolare avere la facoltà di sentire chiunque possa disporre di informazioni utili e di verbalizzarne le dichiarazioni. (...) Gli agenti autorizzati dalla Commissione dovrebbero inoltre poter chiedere qualsiasi informazione in relazione all'oggetto e allo scopo dell'accertamento stesso».

3 Il considerando 32 del medesimo regolamento enuncia quanto segue:

«Occorrerebbe sancire il diritto delle imprese interessate ad essere sentite dalla Commissione, dare ai terzi i cui interessi possono essere danneggiati da una decisione la possibilità di presentare preventivamente le loro osservazioni, nonché assicurare un'ampia pubblicità alle decisioni adottate. Pur garantendo i diritti di difesa delle imprese interessate, e in particolare il diritto di accesso al fascicolo, è al tempo stesso indispensabile tutelare il segreto aziendale. Occorrerebbe parimenti garantire la riservatezza delle informazioni scambiate in seno alla rete».

4 L'articolo 19 del regolamento n. 1/2003, rubricato «Potere di raccogliere dichiarazioni», è del seguente tenore:

«1. Per l'assolvimento dei compiti affidateli dal presente regolamento, la Commissione può sentire ogni persona fisica o giuridica che vi acconsenta ai fini della raccolta di informazioni relative all'oggetto di un'indagine.

2. Se l'audizione di cui al paragrafo 1 si svolge nei locali di un'impresa, la Commissione ne informa l'autorità garante della concorrenza dello Stato membro nel cui territorio ha luogo l'audizione. I funzionari di quest'ultima possono, su richiesta di detta autorità, assistere gli agenti della Commissione e le altre persone che li accompagnano incaricati di svolgere l'audizione».

5 L'articolo 3 del regolamento (CE) n. 773/2004 della Commissione, del 7 aprile 2004, relativo ai procedimenti svolti dalla Commissione a norma degli articoli 81 [CE] e 82 [CE] (GU 2004, L 123, pag. 18), rubricato «Potere di assumere dichiarazioni», così prevede:

«1. Quando la Commissione sente una persona con il consenso di quest'ultima, ai sensi dell'articolo 19 del regolamento (CE) n. 1/2003, essa deve, all'inizio del colloquio, indicare la base giuridica e la finalità dello stesso e ricordarne la natura facoltativa. Essa informa inoltre la persona sentita qualora intenda effettuare una registrazione del colloquio.

2. Il colloquio può svolgersi con qualsiasi mezzo, inclusi il telefono e le vie elettroniche.

3. La Commissione può registrare in qualsiasi forma le dichiarazioni rese dalle persone sentite. Una copia dell'eventuale registrazione viene messa a disposizione della persona sentita per l'approvazione. All'occorrenza la Commissione può stabilire il termine entro il quale la persona sentita può comunicare eventuali correzioni da apportare alla dichiarazione resa».

Fatti e decisione controversa

6 Intel è una società di diritto americano che assicura la progettazione, lo sviluppo, la fabbricazione e la commercializzazione di microprocessori (in prosieguo: i «CPU»), «chipsets» e altri componenti semiconduttori, nonché soluzioni per piattaforme nell'ambito del trattamento dei dati e dei dispositivi di comunicazione.

7 Il mercato interessato nella presente causa corrisponde a quello dei processori, in particolare i CPU x86. L'architettura x86 è uno standard sviluppato da Intel per i suoi CPU e consente il funzionamento dei sistemi operativi Windows e Linux.



8 A seguito di una denuncia formale presentata il 18 ottobre 2000 da Advanced Micro Devices Inc. (in prosieguo: «AMD»), integrata il 26 novembre 2003, la Commissione ha avviato, nel maggio 2004, una tornata di indagini e, nel luglio 2005 ha effettuato degli accertamenti presso varie sedi di Intel, in particolare, in Germania, in Spagna, in Italia e nel Regno Unito, nonché presso le sedi di vari clienti di Intel in Germania, in Spagna, in Francia, in Italia e nel Regno Unito.

9 Il 26 luglio 2007 la Commissione ha notificato a Intel una comunicazione degli addebiti relativa al suo comportamento nei confronti di cinque grandi produttori di apparecchiature informatiche (Original Equipment Manufacturer; in prosieguo: i «costruttori OEM»), ossia Dell Inc., Hewlett-Packard Company (HP), Acer Inc., NEC Corp. e International Business Machines Corp. (IBM). Intel ha risposto il 7 gennaio 2008, e l'11 e il 12 marzo 2008 si è tenuta un'audizione.

10 Il 17 luglio 2008 la Commissione ha notificato a Intel una comunicazione degli addebiti complementare, relativa al suo comportamento nei confronti di Media-Saturn-Holding GmbH (in prosieguo: «MSH»), distributore europeo di apparecchi elettronici e primo distributore europeo di computer fissi, nonché di Lenovo Group Ltd (in prosieguo: «Lenovo»), un altro costruttore OEM. Tale comunicazione comprendeva nuove prove del comportamento di Intel nei riguardi di alcuni costruttori OEM oggetto della comunicazione degli addebiti del 26 luglio 2007. Intel non ha risposto nel termine impartito.

11 Nella decisione controversa la Commissione ha descritto due tipi di comportamento adottati da Intel nei confronti dei partner commerciali, ossia gli sconti condizionati e le cosiddette «restrizioni allo scoperto» («naked restrictions»), diretti ad escludere un concorrente, ossia AMD, dal mercato dei CPU x86. I primi sarebbero consistiti nella concessione di uno sconto a quattro costruttori OEM, nella specie Dell, Lenovo, HP e NEC, a condizione che essi si rifornissero per tutto o quasi tutto il loro fabbisogno di CPU x86 presso Intel. I secondi sarebbero consistiti nella concessione di pagamenti ai costruttori OEM affinché ritardassero, annullassero o limitassero la commercializzazione di alcuni prodotti dotati di CPU di AMD.

12 Alla luce di tali considerazioni, la Commissione ha concluso nel senso che era sussistente una violazione unica e continuata dell'articolo 102 TFUE e dell'articolo 54 dell'Accordo sullo Spazio economico europeo, del 2 maggio 1992 (GU 1994, L 1, pag. 3), durante il periodo ottobre 2002-dicembre 2007, e ha di conseguenza inflitto a Intel un'ammenda per un importo pari a 1,06 miliardi di euro

Procedimento dinanzi al Tribunale e sentenza impugnata

13 Con atto introduttivo depositato presso la cancelleria del Tribunale il 22 luglio 2009 Intel ha proposto un ricorso diretto all'annullamento della decisione controversa deducendo nove motivi.

14 Con atto registrato presso la cancelleria del Tribunale il 2 novembre 2009, l'Association for Competitive Technology Inc. (in prosieguo: «ACT») ha chiesto di intervenire nel procedimento a sostegno di Intel. Essa è stata ammessa in qualità di interveniente con decisione in data 7 giugno 2010.

15 A sostegno del suo primo motivo, relativo alle questioni orizzontali riguardanti le valutazioni giuridiche effettuate dalla Commissione, Intel ha contestato la ripartizione dell'onere della prova e il livello probatorio richiesto, la qualificazione giuridica degli sconti e dei pagamenti



accordati quale contropartita di un approvvigionamento esclusivo, nonché la qualificazione giuridica dei pagamenti, definiti dalla Commissione come «restrizioni allo scoperto», diretti a far sì che i costruttori OEM ritardassero, annullassero o limitassero la commercializzazione di prodotti dotati di CPU di AMD.

16 Il Tribunale ha, in sostanza, considerato, al punto 79 della sentenza impugnata, che gli sconti accordati a Dell, HP, NEC e Lenovo fossero sconti di esclusiva in quanto erano collegati alla condizione che il cliente si rifornisse presso Intel o per l'integralità del proprio fabbisogno in materia di CPU x86 o per una parte consistente di tale fabbisogno. Il Tribunale ha inoltre dichiarato, ai punti da 80 a 89 della sentenza impugnata, che la qualificazione come abusivo di uno sconto siffatto non dipende da un'analisi delle circostanze della fattispecie diretta ad accertare la sua capacità di restringere la concorrenza.

17 Ad abundantiam, ai punti da 172 a 197 della sentenza impugnata, il Tribunale ha considerato che la Commissione aveva dimostrato, a sufficienza e in base ad un'analisi delle circostanze della fattispecie, che gli sconti e i pagamenti di esclusiva accordati da Intel a Dell, HP, NEC, Lenovo e a MSH erano atti a restringere la concorrenza.

18 Relativamente al secondo motivo, vertente sul fatto che la Commissione non aveva dimostrato la propria competenza per territorio ad applicare gli articoli 101 e 102 TFUE alle pratiche attuate nei confronti di Acer e di Lenovo, il Tribunale ha anzitutto ritenuto, al punto 244 della sentenza impugnata, che, per giustificare la competenza della Commissione sotto il profilo del diritto internazionale pubblico, fosse sufficiente dimostrare gli effetti qualificati della pratica o la sua attuazione nell'Unione europea. Il Tribunale ha poi giudicato, al punto 296 della sentenza impugnata, che gli effetti sostanziali, prevedibili e immediati che il comportamento di Intel era atto a produrre all'interno dello Spazio economico europeo (SEE) consentivano di fondare la competenza della Commissione. Infine, ad abundantiam, esso ha considerato, al punto 314 della sentenza impugnata che tale competenza fosse del pari fondata a causa dell'attuazione del comportamento di cui trattasi nel territorio dell'Unione e del SEE.

19 A sostegno del terzo motivo, relativo ai vizi procedurali contestati alla Commissione, Intel ha dedotto, in particolare, una violazione dei suoi diritti della difesa per la mancanza di un verbale di trascrizione dell'audizione con il sig. D 1, sostenendo che taluni elementi riguardanti tale audizione avrebbero potuto essere utilizzati come elementi a discarico. Essa ha altresì sostenuto che la Commissione avrebbe erroneamente rifiutato di svolgere una seconda audizione e di comunicare taluni documenti di AMD che avrebbero potuto essere pertinenti per la difesa di Intel.

20 In un primo momento, il Tribunale ha ritenuto, al punto 618 della sentenza impugnata, che la riunione di cui trattasi non costituisse un interrogatorio formale ai sensi dell'articolo 19 del regolamento n. 1/2003 e che la Commissione non fosse tenuta a procedere ad un interrogatorio siffatto. Nel suddetto punto, da ciò ha dedotto che l'articolo 3 del regolamento n. 773/2004 non fosse applicabile, cosicché l'argomento vertente sulla violazione delle formalità prescritte da tale disposizione era inoperante.

21 In un secondo momento, il Tribunale ha giudicato, ai punti 621 e 622 della sentenza impugnata, che, pur se la Commissione aveva violato il principio di buona amministrazione astenendosi dal redigere un documento contenente un breve riassunto degli argomenti affrontati in tale riunione, nonché il nome dei suoi partecipanti, essa ha tuttavia rimediato a tale lacuna iniziale



mettendo a disposizione di Intel la versione non riservata di una nota interna relativa alla suddetta riunione.

22 Quanto al quarto motivo, relativo a presunti errori di valutazione delle pratiche nei confronti dei costruttori OEM e di MSH, il Tribunale ha respinto integralmente le censure mosse da Intel relativamente a Dell, HP, NEC, Lenovo, Acer e MSH ai punti 665, 894, 1032, 1221, 1371 e 1463 della sentenza impugnata.

23 Per quanto riguarda il quinto motivo, con il quale Intel ha contestato l'esistenza di una strategia globale diretta a bloccare l'accesso di AMD ai canali di vendita più importanti, il Tribunale ha giudicato, ai punti 1551 e 1552 della sentenza impugnata, che la Commissione aveva, in sostanza, dimostrato a sufficienza il tentativo di dissimulare la natura anticoncorrenziale delle pratiche di Intel e di attuare una strategia globale a lungo termine il cui obiettivo era bloccare l'accesso di AMD ai suddetti canali di vendita.

24 Relativamente al sesto motivo, secondo il quale la Commissione avrebbe applicato in maniera errata gli Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'articolo 23, paragrafo 2, lettera a), del regolamento (CE) n. 1/2003 (GU 2006, C 210, pag. 2), il Tribunale ha segnatamente considerato, al punto 1598 della sentenza impugnata, che né il principio della certezza del diritto né il principio di legalità dei reati e delle pene ostano a che la Commissione decida di adottare e applicare nuovi orientamenti per il calcolo delle ammende anche dopo che è stata commessa un'infrazione. Inoltre il Tribunale ha considerato, nello stesso punto, che un'applicazione efficace delle regole di concorrenza giustifica che un'impresa debba tener conto della possibilità di una modifica della politica generale di concorrenza della Commissione in materia di ammende per quanto concerne sia il metodo di calcolo sia il livello delle ammende.

25 Relativamente al settimo motivo, vertente sull'asserita assenza di violazione dell'articolo 102 TFUE, intenzionalmente o per negligenza, il Tribunale ha giudicato in sostanza, ai punti 1602 e 1603 della sentenza impugnata, che Intel non poteva ignorare il carattere anticoncorrenziale del suo comportamento e che gli elementi di prova presi in considerazione nella decisione impugnata dimostravano in maniera sufficiente che la ricorrente aveva attuato una strategia complessiva a lungo termine intesa a bloccare l'accesso di AMD ai canali di vendita più importanti sotto il profilo strategico, adoperandosi nel contempo per dissimulare il carattere anticoncorrenziale del suo comportamento.

26 Riguardo all'ottavo motivo, vertente sul carattere asseritamente sproporzionato dell'ammenda inflitta, il Tribunale ha constatato ai punti da 1614 a 1616 della sentenza impugnata, che la precedente prassi decisionale della Commissione non può fungere da contesto normativo per le ammende in materia di concorrenza e che, in ogni caso, le decisioni invocate al riguardo da Intel non erano pertinenti relativamente al rispetto del principio della parità di trattamento. Peraltro, contrariamente a quanto fatto valere da Intel, il Tribunale ha ricordato, ai punti 1627 e 1628 della sentenza impugnata, che la Commissione non aveva preso in considerazione l'impatto concreto dell'infrazione sul mercato al fine di determinarne la gravità.

27 Relativamente, infine, al nono motivo, che era diretto ad ottenere una riduzione dell'importo dell'ammenda inflitta nell'ambito dell'esercizio della competenza estesa al merito del Tribunale, quest'ultimo ha segnatamente giudicato, al punto 1647 della sentenza impugnata, che nulla nelle censure, negli argomenti e negli elementi di diritto e di fatto adottati da Intel consentiva di concludere che l'ammenda che le era stata inflitta dalla decisione impugnata presentasse un ca-



rattere sproporzionato. Il Tribunale ha, infatti, considerato, nel suddetto punto, che l'ammenda inflitta era adeguata alle circostanze del caso di specie e ha sottolineato che essa si situava ben al di sotto del limite del 10% fissato all'articolo 23, paragrafo 2, del regolamento n. 1/2003.

Conclusioni delle parti dinanzi alla Corte

28 Intel chiede che la Corte voglia:

- annullare in tutto o in parte la sentenza impugnata;
- annullare, in tutto o in parte, la decisione controversa;
- cancellare oppure ridurre in modo sostanziale l'ammenda inflitta;
- in via subordinata, rinviare la causa al Tribunale affinché questo statuisca conformemente alla sentenza della Corte;

– condannare la Commissione alle spese del presente procedimento e del procedimento dinanzi al Tribunale.

29 La Commissione chiede che la Corte voglia:

- respingere l'impugnazione, e
- condannare Intel alle spese.

30 ACT chiede che la Corte voglia:

- accogliere integralmente l'impugnazione di Intel, e
- condannare la Commissione a pagare le spese sostenute da ACT nell'ambito dell'impugnazione e del ricorso d'annullamento.

Sull'impugnazione

31 A sostegno della propria impugnazione, Intel deduce sei motivi. Con il primo motivo, Intel sostiene che il Tribunale ha commesso un errore di diritto non esaminando gli sconti controversi alla luce di tutte le circostanze pertinenti. Con il secondo motivo, Intel deduce un errore di diritto commesso dal Tribunale nel valutare la constatazione dell'infrazione per gli anni 2006 e 2007, in particolare per quanto riguarda la valutazione della copertura di mercato da parte degli sconti controversi nel corso dei suddetti due anni. Con il terzo motivo, Intel lamenta un errore di diritto commesso dal Tribunale riguardo alla qualificazione giuridica degli sconti di esclusiva conclusi da Intel con HP e Lenovo. Con il quarto motivo, Intel considera che il Tribunale ha concluso erroneamente nel senso dell'insussistenza di un vizio procedurale sostanziale, lesivo dei suoi diritti della difesa, nel modo in cui la Commissione ha trattato la riunione con il sig. D 1. Il quinto motivo verte su un'errata applicazione, da parte del Tribunale, dei criteri attinenti alla competenza della Commissione relativamente agli accordi conclusi da Intel con Lenovo per gli anni 2006 e 2007. Con il sesto motivo, infine, Intel chiede alla Corte di annullare o di ridurre sensibilmente l'ammenda irrogata in applicazione del principio di proporzionalità nonché del principio della irretroattività degli Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'articolo 23, paragrafo 2, lettera a), del regolamento n. 1/2003.

Sul quinto motivo, vertente su un'errata applicazione, da parte del Tribunale, dei criteri relativi alla competenza della Commissione relativamente agli accordi conclusi da Intel con Lenovo per gli anni 2006 e 2007

Argomenti delle parti

32 Col suo quinto motivo, da esaminare in primo luogo, in quanto esso attiene alla competenza della Commissione, Intel sostiene, anzitutto, che il Tribunale è incorso in errore nel confermare la competenza della Commissione ad applicare l'articolo 102 TFUE nei confronti degli accordi conclusi da Intel con Lenovo, un'impresa cinese, nel corso degli anni 2006 e 2007. Il



criterio che si fonda sul luogo di attuazione delle pratiche anticoncorrenziali (in prosieguo: il «criterio dell'attuazione») e quello che si basa sugli effetti qualificati di tali pratiche nell'Unione (in prosieguo: il «criterio degli effetti qualificati») non potrebbero, infatti, fungere da fondamento per la competenza della Commissione nella fattispecie.

33 Il Tribunale avrebbe erroneamente giudicato, al punto 311 della sentenza impugnata, che l'attuazione di tali accordi poteva essere dimostrata in considerazione delle pratiche che influenzavano le proiezioni dei clienti riguardo alle loro vendite di prodotti a valle nel mondo intero, compreso il SEE. Orbene, tale circostanza non consentirebbe di considerare dimostrata la competenza della Commissione alla luce del criterio dell'attuazione, poiché il comportamento controverso non sarebbe stato attuato nel SEE e Intel non avrebbe venduto prodotti a Lenovo nel SEE.

34 Il Tribunale sarebbe, inoltre, incorso in un errore di diritto nell'ammettere, per determinare la competenza della Commissione, il criterio degli effetti qualificati. Secondo Intel, solo il criterio dell'attuazione costituisce un titolo di competenza ammesso dalla giurisprudenza.

35 Intel sostiene altresì che, anche ammesso che il criterio degli effetti qualificati sia effettivamente applicabile, esso non potrebbe giustificare nella fattispecie la competenza della Commissione. Essa si riferisce, a tal proposito, al punto 87 della sentenza del 27 febbraio 2014 (T-91/11, EU:T:2014:92), nel quale il Tribunale avrebbe considerato che, allorché componenti sono anzitutto vendute all'esterno del SEE ad acquirenti indipendenti, il nesso tra il mercato interno e l'infrazione sarebbe troppo debole. Intel ne deduce che non si sarebbe potuto prevedere che gli accordi conclusi con Lenovo e vertenti sui CPU destinati ad essere forniti in Cina avrebbero prodotto un effetto immediato e sostanziale nel SEE. Peraltro, quand'anche effetti diretti avessero potuto essere sufficienti a determinare un capo di competenza, gli accordi del 2006 e del 2007 con Lenovo non avrebbero potuto produrre un effetto sostanziale nel territorio del SEE.

36 Inoltre, secondo Intel, il Tribunale ha illegittimamente invertito l'onere della prova, al punto 289 della sentenza impugnata, imponendole di dimostrare che la totalità delle vendite previste aveva riguardato parti della regione Europa, Medio Oriente e Africa al di fuori del SEE.

37 Infine, Intel sottolinea che l'approccio della Commissione genererebbe conflitti di competenza con le altre autorità garanti della concorrenza e creerebbe un rischio reale di doppia imputazione.

38 ACT si allinea, in sostanza, agli argomenti di Intel. Essa sostiene, in particolare, che in base alla formulazione dell'articolo 102 TFUE e alla giurisprudenza risultante dalla sentenza del 27 settembre 1988, *Ahlström Osakeyhtiö e a./Commissione* (89/85, 104/85, 114/85, 116/85, 117/85 e da 125/85 a 129/85, EU:C:1988:447), è necessario dimostrare che il comportamento considerato restringe il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune.

39 La Commissione ritiene che il quinto motivo debba essere respinto.

Giudizio della Corte

40 Al punto 244 della sentenza impugnata, il Tribunale ha affermato che la competenza della Commissione, sotto il profilo del diritto internazionale pubblico, ad accertare e sanzionare un comportamento adottato al di fuori dell'Unione può essere dimostrata vuoi alla luce del criterio dell'attuazione, vuoi alla luce del criterio degli effetti qualificati, prima di controllare la competenza della Commissione nella presente causa in base al criterio degli effetti qualificati, quindi, in subordine, alla luce del criterio dell'attuazione.



41 In tale contesto occorre esaminare, in primo luogo, l'argomento di Intel e di ACT secondo cui il Tribunale avrebbe erroneamente ammesso che il criterio degli effetti qualificati possa fungere da fondamento alla competenza della Commissione.

42 A tal proposito, occorre ricordare, al pari dell'avvocato generale nel paragrafo 288 delle sue conclusioni, che le regole di concorrenza dell'Unione enunciate agli articoli 101 e 102 TFUE tendono ad includere i comportamenti, collettivi e unilaterali, delle imprese che limitano il gioco della concorrenza in seno al mercato interno. Infatti, mentre l'articolo 101 TFUE vieta gli accordi o le pratiche che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza «all'interno del mercato interno», l'articolo 102 TFUE vieta lo sfruttamento abusivo di una posizione dominante «sul mercato interno o su una parte sostanziale di questo».

43 È stato quindi giudicato, per quanto riguarda l'applicazione dell'articolo 101 TFUE, che il fatto che una delle imprese partecipanti all'accordo si trovi in un paese terzo non impedisce l'applicazione di queste disposizioni, ove l'accordo produca effetti nel territorio del mercato interno (sentenza del 25 novembre 1971, *Béguelin Import*, 22/71, EU:C:1971:113, punto 11).

44 Peraltro occorre ricordare che, per giustificare l'applicazione del criterio dell'attuazione, la Corte ha sottolineato che subordinare l'applicazione dei divieti posti dal diritto della concorrenza al luogo di formazione dell'intesa si risolverebbe chiaramente nel fornire alle imprese un facile mezzo per sottrarsi a detti divieti (v., per analogia, sentenza del 27 settembre 1988, *Ahlström Osakeyhtiö e a./Commissione*, 89/85, 104/85, 114/85, 116/85, 117/85 e da 125/85 a 129/85, EU:C:1988:447, punto 16).

45 Orbene, il criterio degli effetti qualificati persegue il medesimo obiettivo, ossia includere comportamenti che certamente non sono stati adottati nel territorio dell'Unione, ma i cui effetti anticoncorrenziali possono farsi sentire sul mercato dell'Unione.

46 È dunque a torto che Intel, sostenuta da ACT, sostiene che il criterio degli effetti qualificati non può fungere da fondamento per la competenza della Commissione.

47 Quest'argomento dev'essere pertanto respinto in quanto infondato.

48 In secondo luogo, occorre esaminare l'argomento presentato in subordine da Intel, secondo cui, anche ammesso che il criterio degli effetti qualificati sia applicabile alla fattispecie, il Tribunale ha erroneamente considerato che gli accordi conclusi con Lenovo nel corso degli anni 2006 e 2007 producessero effetti prevedibili, immediati e sostanziali nel SEE. Intel sottolinea, al riguardo, il numero asseritamente limitato di prodotti considerati.

49 Occorre rilevare, anzitutto, che, come giudicato dal Tribunale ai punti 233 e 258 della sentenza impugnata, il criterio degli effetti qualificati consente di giustificare l'applicazione del diritto della concorrenza dell'Unione alla luce del diritto privato pubblico, qualora sia prevedibile che il comportamento considerato produca un effetto immediato sostanziale nell'Unione.

50 Va sottolineato del pari, come fa il Tribunale ai punti 268 e 280 della sentenza impugnata, che è alla luce del comportamento dell'impresa o delle imprese di cui trattasi, considerato nel suo insieme, che occorre determinare se la Commissione dispone della competenza necessaria per applicare, in ciascun caso, il diritto della concorrenza dell'Unione.

51 Inoltre, nei limiti in cui Intel contesta al Tribunale di aver considerato che fosse prevedibile che gli accordi conclusi con Lenovo relativamente ai CPU destinati ad essere forniti in Cina avrebbero prodotto un effetto immediato nel SEE, occorre rilevare, da un lato, che il Tri-



bunale ha giustamente giudicato, ai punti 251, 252 e 257 della sentenza impugnata, che è sufficiente tener conto degli effetti probabili di un comportamento sulla concorrenza perché sia soddisfatta la condizione relativa al requisito della prevedibilità.

52 D'altro lato, avendo il Tribunale, in sostanza, constatato, al punto 255 della sentenza impugnata, che il comportamento di Intel nei confronti di Lenovo rientrava in una strategia complessiva mirante a far sì che non fosse disponibile sul mercato, compreso all'interno del SEE, nessun computer portatile di Lenovo dotato di un CPU di AMD, è senza incorrere in errori di diritto che il Tribunale, al punto 277 della sentenza impugnata, ha considerato che il comportamento di Intel era atto ad avere un effetto immediato nel SEE.

53 Tale argomento dev'essere quindi respinto in quanto infondato.

54 Infine, Intel sostiene che il Tribunale ha erroneamente ammesso che gli accordi conclusi con Lenovo vertenti sui CPU destinati ad essere forniti in Cina potevano produrre un effetto sostanziale sul mercato del SEE, pur se gli effetti di tali accordi erano trascurabili.

55 In proposito, è sufficiente rilevare che il Tribunale ha giudicato che il comportamento di Intel nei confronti di Lenovo faceva parte di una strategia complessiva diretta a bloccare l'accesso di AMD ai più importanti canali di vendita del mercato, ciò che, peraltro, Intel non contesta nell'ambito della sua impugnazione.

56 Pertanto, tenuto conto delle considerazioni che compaiono al punto 50 della presente sentenza, è senza incorrere in errori di diritto che il Tribunale ha potuto giudicare che, in presenza di una strategia come quella sviluppata da Intel, occorre prendere in considerazione il comportamento dell'impresa adottato complessivamente per valutare il carattere sostanziale dei suoi effetti sul mercato dell'Unione e del SEE.

57 Come sottolinea la Commissione, procedere in modo diverso condurrebbe ad una frammentazione artificiale di un comportamento anticoncorrenziale globale, atto ad influenzare la struttura del mercato all'interno del SEE, in una serie di comportamenti distinti che rischiano di sfuggire alla competenza dell'Unione.

58 Di conseguenza, l'argomento menzionato al punto 54 della presente sentenza deve essere respinto in quanto infondato.

59 In terzo luogo, riguardo all'argomento di Intel secondo cui il Tribunale, nel punto 289 della sentenza impugnata, avrebbe illegittimamente invertito l'onere della prova, è sufficiente constatare che quest'ultimo deriva da una lettura errata della sentenza impugnata. Come risulta dai punti da 286 a 289 di tale sentenza, il Tribunale ha, infatti, constatato, per quanto riguarda il ritardo del lancio di taluni computer a livello mondiale, che risultava dagli elementi di cui disponeva che erano previste vendite di tali computer nella regione Europa, Medio Oriente e Africa, di cui il SEE costituisce una parte importante, circostanza che era sufficiente a constatare effetti quantomeno potenziali nel SEE.

60 In tale ambito, è ben vero che il Tribunale si è riferito alla mancanza di indizi concreti che potessero lasciar supporre che la totalità delle vendite previste avrebbe riguardato parti di tale regione diverse dal SEE. Nondimeno, tale constatazione deve essere letta alla luce dei punti 287 e 288 della sentenza impugnata, da cui risulta che il Tribunale ha considerato che l'affermazione, formulata all'udienza, secondo cui era possibile che tutti i suddetti computer fossero destinati a zone diverse dal SEE, costituiva una mera teoria di Intel a sostegno della quale quest'ultima non aveva addotto alcun argomento.



61 Pertanto, tale argomento non è fondato.

62 In quarto e ultimo luogo, per quanto riguarda gli argomenti di Intel relativi all'applicazione, da parte del Tribunale, del criterio dell'attuazione, è sufficiente rilevare che il Tribunale ha precisato, al punto 297 della sentenza impugnata, che esaminava tale criterio ad abundantiam.

63 Orbene, censure vertenti su una motivazione della sentenza impugnata formulata ad abundantiam non possono comportare l'annullamento di tale sentenza (v., in tal senso, sentenza del 21 dicembre 2011, France/People's Mojahedin Organization of Iran, C-27/09 P, EU:C:2011:853, punto 79 e giurisprudenza ivi citata).

64 Tali argomenti devono essere pertanto disattesi in quanto inconferenti.

65 Alla luce delle suesposte considerazioni, il quinto motivo deve essere integralmente respinto.

Sul quarto motivo, vertente su un vizio procedurale sostanziale, lesivo dei diritti della difesa di Intel
Argomenti delle parti

66 Il quarto motivo, che occorre esaminare in secondo luogo, in quanto riguarda il procedimento amministrativo dinanzi alla Commissione, riguarda il trattamento procedurale della riunione della Commissione con il sig. D 1. Esso è diviso in tre parti.

67 In primo luogo Intel sostiene che il Tribunale è incorso in un errore di diritto nel considerare, al punto 612 della sentenza impugnata, che la Commissione non aveva violato l'articolo 19 del regolamento n. 1/2003, in combinato disposto con l'articolo 3 del regolamento n. 773/2004.

68 Da una parte, il Tribunale avrebbe, infatti, stabilito, al punto 614 della sentenza impugnata, una distinzione artificiale tra interrogatori formali e i colloqui informali. Fondandosi sulla decisione del Mediatore europeo del 14 luglio 2009, Intel sostiene che qualsiasi riunione con un terzo diretta a raccogliere informazioni riguardo all'oggetto di un'indagine costituisce un'audizione ai sensi del suddetto articolo 19 e deve quindi essere registrata.

69 D'altra parte, e in subordine, nell'ipotesi in cui il regolamento n. 1/2003 dovesse essere interpretato nel senso che esiste una categoria di colloqui informali che non necessita di registrazione, Intel ritiene che la riunione con il sig. D 1 non rientrasse in tale categoria, cosicché la Commissione era tenuta a procedere alla registrazione del contenuto della suddetta riunione poiché quest'ultima, che è durata 5 ore, comportava elementi che rivestivano grande importanza e avevano un nesso oggettivo con l'oggetto dell'indagine.

70 In secondo luogo, Intel afferma che erroneamente il Tribunale ha dichiarato che il vizio procedurale risultante dalla violazione dell'articolo 19 del regolamento n. 1/2003, in combinato disposto con l'articolo 3 del regolamento n. 773/2004, poteva essere sanato mediante la trasmissione a Intel della versione non riservata di una nota contenente i punti all'ordine del giorno relativi agli elementi essenziali della riunione considerata, ma priva del riassunto del contenuto della testimonianza del sig. D 1. Intel sostiene, a tal proposito, che la suddetta nota non conteneva un breve riassunto degli argomenti affrontati, contrariamente a quanto rilevato dal Tribunale al punto 622 della sentenza impugnata, bensì un semplice elenco dei temi affrontati nel corso di tale riunione.

71 Inoltre, Intel sottolinea che l'argomento della Commissione, formulato nella comparsa di risposta, secondo cui la trasmissione tardiva del promemoria avrebbe posto rimedio alla vio-



lazione dei suoi diritti della difesa, non potrebbe conciliarsi con la palese mancanza, nella nota di cui trattasi, del contenuto della testimonianza del sig. D 1 e con la dichiarazione della Commissione che tale nota non era intesa a riprodurre esattamente o esaustivamente il contenuto della riunione considerata.

72 In terzo luogo, Intel ritiene che il Tribunale sia incorso in un errore di diritto non applicando il criterio risultante dalla sentenza del 25 ottobre 2011, Solvay/Commissione (C-109/10 P, EU:C:2011:686). Affermando, al punto 630 della sentenza impugnata, che le fosse possibile ricostruire a sufficienza il contenuto della riunione di cui trattasi, pur non avendovi partecipato, il Tribunale le avrebbe in tal modo imposto di dimostrare il contenuto di elementi che non le sono stati mai comunicati.

73 ACT condivide gli argomenti di Intel a sostegno del quarto motivo e sottolinea, in particolare, che non si poteva escludere che l'opinione espressa dal sig. D 1 fosse utile alla difesa di Intel dal momento che quest'ultimo aveva fornito elementi di prova a discarico nel corso di un procedimento dinanzi alla US Federal Trade Commission (Agenzia federale per la concorrenza degli Stati Uniti) nel corso del 2003.

74 Oltre a ritenere inconferente il quarto motivo, la Commissione considera, in primo luogo, che la decisione del Mediatore europeo, sulla quale si fonda Intel, non può essere invocata per dimostrare un errore di diritto, in quanto essa non ha contestato il punto 617 della sentenza impugnata, secondo cui la riunione di cui trattasi non aveva lo scopo di raccogliere prove in forma di un resoconto controfirmato o di dichiarazioni ai sensi dell'articolo 19 del regolamento n. 1/2003. La Commissione aggiunge che il Tribunale, ai punti da 614 a 616 della sentenza impugnata, ha assimilato la natura delle informazioni che possono essere ottenute ai sensi dell'articolo 19 di tale regolamento a quella delle informazioni rientranti nell'ambito dell'articolo 18 del medesimo regolamento, prima di considerare che tale riunione non era un'audizione ai sensi del suddetto articolo 19.

75 La Commissione sostiene, in secondo luogo, che la comunicazione della nota interna sanava a sufficienza l'irregolarità procedurale dedotta. Essa aggiunge che la circostanza che Intel non fosse presente nel corso della riunione di cui trattasi non dimostra alcun errore nella conclusione, al punto 631 della sentenza impugnata, che l'elemento di prova poteva essere ricostruito. Intel contraddice, infatti, i propri argomenti presentati in primo grado, con i quali sosteneva che le dichiarazioni del sig. D 1 potevano essere ricostruite, quantomeno per constatare che tali dichiarazioni erano necessariamente a discarico.

76 La Commissione argomenta, in terzo luogo, che le circostanze della fattispecie sono diverse dalla causa conclusasi con la sentenza del 25 ottobre 2011 Solvay/Commissione (C-109/10 P, EU:C:2011:686), nella quale la violazione dei diritti della difesa era stata invocata relativamente alla constatazione della posizione dominante della Solvay SA sul mercato considerato, constatazione che si fondava su una presunzione relativa.

77 La Commissione considera altresì che il Tribunale non è incorso in un errore di diritto nell'applicare la giurisprudenza risultante dalla sentenza del 25 ottobre 2011, Solvay/Commissione (C-109/10 P, EU:C:2011:686), alle circostanze della fattispecie per concludere che non si era avuta una violazione dei diritti della difesa.

78 Poiché tutte le dichiarazioni di Dell che negavano l'esistenza di sconti di esclusiva sono state considerate, al punto 582 della sentenza impugnata, prive di credibilità a fronte delle



altre prove fornite, la Commissione ritiene che un resoconto per esteso delle smentite più categoriche del sig. D 1 non avrebbe avuto alcuna utilità per Intel.

Giudizio della Corte

79 A titolo preliminare, la Commissione sostiene che il quarto motivo è inconferente in quanto la conclusione della sentenza impugnata secondo cui Intel ha accordato sconti di esclusiva a Dell non è stata contestata.

80 Tale argomento deve essere tuttavia respinto in quanto, con tale motivo, la ricorrente conclude specificamente, da un lato, per la diminuzione dell'importo dell'ammenda inflitta e, d'altro lato, per l'annullamento della decisione controversa nella parte in cui si riferisce a Dell, adducendo che la Commissione, avendo omesso di registrare la riunione con il sig. D 1, l'ha privata di elementi di prova e ha quindi leso i suoi diritti della difesa.

81 Occorre quindi esaminare la fondatezza del suddetto motivo.

82 Con tale motivo, Intel contesta, segnatamente, al Tribunale di essere incorso in un errore di diritto nel considerare, al punto 612 della sentenza impugnata, che la Commissione non aveva violato l'articolo 19 del regolamento n. 1/2003, in combinato disposto con l'articolo 3 del regolamento n. 773/2004.

83 A tal proposito occorre, preliminarmente, rilevare, al pari del Tribunale al punto 621 della sentenza impugnata, che si evince segnatamente dalla nota interna della Commissione relativa alla riunione con il sig. D 1 che i temi affrontati nel corso di quest'ultima, che si è protratta per più di cinque ore, riguardavano questioni che presentavano un collegamento oggettivo con il merito dell'indagine. Inoltre, il sig. D 1 era uno dei più alti dirigenti del cliente più importante di Intel e, come sottolineato da quest'ultima senza essere contraddetta in proposito, egli era, più in particolare, responsabile della supervisione dei rapporti della sua impresa con Intel. Ne consegue che la riunione che la Commissione ha tenuto con il sig. D 1 era intesa a raccogliere informazioni relative all'oggetto dell'indagine riguardante Intel, ai sensi dell'articolo 19, paragrafo 1, del regolamento n. 1/2003, circostanza peraltro non contestata dalla Commissione.

84 In primo luogo, relativamente alla criticata distinzione tra interrogatori formali e colloqui informali operata dal Tribunale, al punto 614 della sentenza impugnata, risulta dalla formulazione stessa dell'articolo 19, paragrafo 1, del regolamento n. 1/2003 che quest'ultimo è inteso applicarsi a qualunque audizione diretta alla raccolta di informazioni relative all'oggetto di un'indagine.

85 Il considerando 25 del regolamento n. 1/2003 precisa, a tal proposito, che tale regolamento mira a rafforzare i poteri di indagine della Commissione, consentendo, in particolare, a quest'ultima di sentire chiunque possa disporre di informazioni utili e di verbalizzare le dichiarazioni.

86 L'articolo 19, paragrafo 1, del regolamento n. 1/2003 costituisce quindi una base giuridica che permette alla Commissione di procedere ad un'audizione di una persona nel corso di un'indagine, circostanza confermata dai lavori preparatori di tale regolamento (v. la proposta di regolamento del Consiglio concernente l'applicazione alle imprese delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 [CE] e 82 [CE] recante modifica dei regolamenti (CEE) n. 1017/68, (CEE) n. 2988/74, (CEE) n. 4056/86 e (CEE) n. 3975/87 [COM(2000) 582 definitivo, GU 2000, C 365E, pag. 284]).



87 Nessun elemento ricavato dalla formulazione di tale disposizione o dalla finalità da quest'ultima perseguita consente di desumere che il legislatore abbia inteso introdurre una distinzione tra due categorie di audizioni relative all'oggetto di un'indagine o di escludere dall'ambito di applicazione della suddetta disposizione taluni tipi di esse.

88 È dunque erroneamente che il Tribunale ha considerato, ai punti da 614 a 618 della sentenza impugnata, che occorresse distinguere, all'interno delle audizioni tenute dalla Commissione nell'ambito di un'indagine, tra gli interrogatori formali rientranti nell'ambito di applicazione del combinato disposto dell'articolo 19, paragrafo 1, del regolamento n. 1/2003 e dell'articolo 3 del regolamento n. 773/2004, e i colloqui informali, i quali si situerebbero al di fuori dell'ambito di applicazione di tali disposizioni.

89 In secondo luogo, nei limiti in cui Intel sostiene che la Commissione ha l'obbligo di procedere alla registrazione di qualunque colloquio condotto sul fondamento dell'articolo 19, paragrafo 1, del regolamento n. 1/2003, occorre rilevare, anzitutto, che l'articolo 3, paragrafo 1, del regolamento n. 773/2004, il quale dispone che la Commissione «informa inoltre la persona sentita qualora intenda effettuare una registrazione del colloquio», deve essere inteso non già nel senso che la registrazione del colloquio rivesta carattere facoltativo, bensì che la Commissione è tenuta ad avvertire la persona interessata della registrazione.

90 Inoltre, l'articolo 3, paragrafo 3, del regolamento n. 773/2004, il quale precisa che «[l]a Commissione può registrare in qualsiasi forma le dichiarazioni rese dalle persone sentite», implica, come ha giustamente considerato il Tribunale al punto 617 della sentenza impugnata, che la Commissione, laddove decida, con il consenso della persona interrogata, di procedere a un colloquio ai sensi dell'articolo 19, paragrafo 1, del regolamento n. 1/2003, è tenuta a registrare tale colloquio integralmente, ferma restando la possibilità di scelta, lasciata alla Commissione, riguardo alla forma di tale registrazione.

91 Ne consegue che grava sulla Commissione l'obbligo di registrare, nella forma di sua scelta, qualsiasi colloquio da essa tenuto, ai sensi dell'articolo 19 del regolamento n. 1/2003, al fine di raccogliere informazioni relative all'oggetto di un'indagine da essa condotta.

92 Quanto alla questione se il Tribunale abbia correttamente giudicato, al punto 622 della sentenza impugnata, che l'aver messo a disposizione di Intel, nel corso del procedimento amministrativo, la versione non riservata di una nota interna redatta dalla Commissione relativamente alla sua riunione con il sig. D 1 aveva rimediato alla lacuna connessa alla mancata registrazione del colloquio avvenuto nel corso di tale riunione, si deve rilevare che, pur se, come rilevato dal Tribunale ai punti 635 e 636 della sentenza impugnata, tale nota interna contiene un breve riassunto degli argomenti affrontati nel corso del colloquio controverso, essa non contiene, tuttavia, alcuna indicazione quanto al tenore delle discussioni che si sono svolte nel corso di tale colloquio, in particolare, quanto alla natura delle informazioni che il sig. D 1 ha fornito durante tale colloquio riguardo agli argomenti che vi sono menzionati. È pertanto a torto che il Tribunale ha considerato che la comunicazione a Intel della suddetta nota interna nel corso del procedimento amministrativo avesse rimediato alla lacuna iniziale di tale procedimento, attinente alla mancata registrazione del colloquio di cui trattasi.

93 Risulta dalle considerazioni che precedono che il Tribunale è incorso in errori di diritto, in primo luogo, nell'operare, in seno alle audizioni relative all'oggetto di un'indagine della Commissione, una distinzione tra gli interrogatori formali, soggetti al combinato disposto



dell'articolo 19, paragrafo 1, del regolamento n. 1/2003 e dell'articolo 3 del regolamento n. 773/2004, e i colloqui informali, che si situerebbero al di fuori dell'ambito di applicazione di tali disposizioni; in secondo luogo, nel ritenere che la riunione tra i servizi della Commissione e il sig. D 1, pur avendo essa ad oggetto un'indagine siffatta della Commissione, non rientrasse nell'ambito di applicazione di tali disposizioni giacché non costituiva un interrogatorio formale, e, in terzo luogo, nel considerare, ad abundantiam, che l'aver messo a disposizione di Intel, nel corso del procedimento amministrativo, una versione non riservata della nota interna redatta dalla Commissione relativamente alla suddetta riunione avesse posto rimedio alla mancata registrazione di quest'ultima.

94 Nondimeno, se dalla motivazione di una sentenza del Tribunale emerge una violazione del diritto dell'Unione, ma il dispositivo della medesima sentenza appare fondato per altri motivi di diritto, una violazione siffatta non è idonea a determinare l'annullamento di tale sentenza ed occorre allora procedere ad una sostituzione della motivazione (v., in tal senso, sentenza Comitato «Venezia vuole vivere» e a./Commissione, C-71/09 P, C-73/09 P e C-76/09 P, EU:C:2011:368, punto 118 e giurisprudenza ivi citata).

95 Nella fattispecie occorre rilevare che il Tribunale ha sottolineato, al punto 611 della sentenza impugnata, che è pacifico tra le parti che la Commissione, nella decisione controversa, non si è fondata sulle informazioni ottenute nel corso della riunione con il sig. D 1 per muovere addebiti a Intel.

96 Stando così le cose, nei limiti in cui quest'ultima ha sostenuto che il sig. D 1 aveva fornito alla Commissione elementi a discarico che questa avrebbe dovuto riportare in un verbale adeguato accessibile per Intel, si deve ricordare che, relativamente alla mancata comunicazione di un documento che si asserisce a discarico, incombe all'impresa interessata dimostrare che la mancata comunicazione di tale documento ha potuto influenzare, a suo detrimento, lo svolgimento del procedimento e il contenuto della decisione (v., in tal senso, sentenza del 1° luglio 2010, Knauf Gips/Commissione, C-407/08 P, EU:C:2010:389, punto 23 e giurisprudenza citata).

97 L'impresa deve quindi dimostrare che essa avrebbe potuto utilizzare tali documenti a discarico per la propria difesa, nel senso che, se essa avesse potuto avvalersene durante il procedimento amministrativo, avrebbe potuto far valere elementi non concordanti con le deduzioni operate in quello stadio dalla Commissione e avrebbe potuto, pertanto, influenzare, in una maniera qualsiasi, le valutazioni effettuate dall'istituzione nell'eventuale decisione (v., in tal senso, sentenza del 1° luglio 2010, Knauf Gips/Commissione, C-407/08 P, EU:C:2010:389, punto 23 e giurisprudenza citata).

98 Ne consegue che l'impresa interessata deve dimostrare, da un lato, che essa non ha avuto accesso a taluni elementi di prova a discarico e, d'altro lato, che avrebbe potuto utilizzarli per la propria difesa (v., in tal senso, sentenza del 1° luglio 2010, Knauf Gips/Commissione, C-407/08 P, EU:C:2010:389, punto 24).

99 Orbene, nella fattispecie, risulta dall'analisi circostanziata esposta dal Tribunale ai punti da 629 a 659 della sentenza impugnata, che sono stati messi a disposizione di Intel, nel corso del procedimento amministrativo, oltre alla versione non riservata della nota interna redatta dalla Commissione relativamente alla riunione con il sig. D 1, un «documento di accompagnamento» contenente risposte scritte di Dell a quesiti orali che erano stati posti al sig. D 1 nel corso di tale riunione.



100 Inoltre, come esposto ai punti da 44 a 49 e 628 della sentenza impugnata, pur se Intel è stata messa in condizione di far valere, nel corso del procedimento dinanzi al Tribunale, le proprie osservazioni alla luce della versione riservata di tale nota interna, la quale conteneva indicazioni sul contenuto delle discussioni, essa non ha tuttavia fornito alcun indizio che lasciasse supporre che la Commissione si sia astenuta dal fornire, nel corso di tale colloquio, elementi a discarico che avrebbero potuto essere utili alla sua difesa perché sarebbero stati atti a fornire una diversa luce alle prove documentali dirette prese in considerazione nella decisione controversa per dimostrare la natura condizionale delle pratiche considerate.

101 In particolare, come sottolinea la Commissione, Intel non si è avvalsa della possibilità a sua disposizione, conformemente agli articoli da 68 a 76 del regolamento di procedura del Tribunale, nella versione applicabile alla data della sentenza impugnata, di richiedere che il sig. D 1 fosse convocato dinanzi al Tribunale. Essa non ha neppure dimostrato dinanzi al Tribunale di aver tentato di contattare il sig. D 1 per ottenere che quest'ultimo confermasse di aver presentato, nel corso della sua audizione, elementi a discarico che avrebbero potuto essere utili alla difesa di Intel.

102 Pertanto, gli errori di diritto da cui è viziata la sentenza impugnata, individuati al punto 93 della presente sentenza, non sono atti ad infirmare la conclusione, al punto 625 della sentenza impugnata, secondo cui il procedimento amministrativo non è viziato da un'irregolarità, in violazione dei diritti della difesa, atta a comportare l'annullamento della decisione controversa (v., in tal senso, sentenza del 18 luglio 2013, Commissione e a./Kadi, C-584/10 P, C-593/10 P e C-595/10 P, EU:C:2013:518, punto 164).

103 La prima e la seconda parte del quarto motivo devono pertanto essere disattese in quanto inconferenti (v., in tal senso, sentenza del 12 febbraio 2015, Commissione/IPK International, C-336/13 P, EU:C:2015:83, punto 66).

104 Nei limiti in cui la terza parte del quarto motivo attiene all'applicazione della sentenza del 25 ottobre 2011, Solvay/Commissione (C-109/10 P, EU:C:2011:686), alla presente fattispecie, occorre constatare che il Tribunale si è pronunciato su tale punto nell'ambito dell'esame ad abundantiam delle conseguenze di un'ipotetica irregolarità procedurale sulla decisione controversa.

105 Orbene, le censure mosse contro una motivazione di una sentenza del Tribunale formulata ad abundantiam non possono comportare l'annullamento di tale sentenza e sono quindi inconferenti (v., in tal senso, sentenza del 21 dicembre 2011, France/People's Mojahedin Organization of Iran, C-27/09 P, EU:C:2011:853, punto 79 e giurisprudenza ivi citata).

106 La terza parte del quarto motivo va pertanto respinta in quanto inconferente.

107 Ne consegue che il quarto motivo deve essere integralmente respinto.

Sul primo motivo, vertente su un errore di diritto per il mancato esame degli sconti controversi alla luce di tutte le circostanze pertinenti

Argomenti delle parti

108 Il primo motivo, che è opportuno esaminare in terzo luogo, in quanto riguarda la qualificazione dell'abuso di posizione dominante, ai sensi dell'articolo 102 TFUE, è suddiviso in tre parti.

109 Nella prima parte del primo motivo, Intel sostiene che gli sconti di fedeltà potevano essere qualificati come abusivi solo in esito ad un esame di tutte le circostanze pertinenti diretto a



determinare se tali sconti erano atti a restringere la concorrenza. Intel si fonda, in particolare, sui punti 70 e 71 della sentenza del 19 aprile 2012, Tomra Systems e a./Commissione (C-549/10 P, EU:C:2012:221), per dedurre che un esame di tutte le circostanze si applica indifferentemente agli sconti di esclusiva e alle altre riduzioni aventi un effetto fidelizzante.

110 Intel aggiunge che né il tenore letterale né la struttura dell'articolo 102 TFUE mostrano che taluni tipi di comportamento, allorché sono adottati da un'impresa in posizione dominante, devono essere qualificati come anticoncorrenziali per natura.

111 Essa sostiene che la giurisprudenza costante della Corte prescrive, per poter constatare l'esistenza di un abuso di posizione dominante ai sensi dell'articolo 102 TFUE, un esame di tutte le circostanze, compreso l'esame del livello degli sconti di cui trattasi, della durata di questi ultimi, delle quote di mercato interessate, delle necessità dei clienti e della capacità degli sconti di precludere il mercato ad un concorrente altrettanto efficace (as efficient competitor test; in prosieguo: il «test AEC»), per dimostrare che tali sconti sono atti a restringere la concorrenza e, pertanto, costituiscono un abuso di posizione dominante ai sensi dell'articolo 102 TFUE.

112 Peraltro, l'affermazione del Tribunale, al punto 94 della sentenza impugnata, secondo cui un'impresa in posizione dominante potrebbe dimostrare che il suo comportamento sia oggettivamente giustificato, costituirebbe una falsa possibilità, giacché, al punto 89 della suddetta sentenza, il Tribunale ha affermato che non potrebbero essere riconosciuti effetti benefici di un comportamento siffatto. Del pari, la posizione della Commissione condurrebbe a un'inversione dell'onere della prova giacché Intel dovrebbe giustificare il suo comportamento prima ancora che la Commissione sia tenuta a dimostrare che quest'ultimo è idoneo a restringere la concorrenza.

113 Nella seconda parte del primo motivo, Intel contesta al Tribunale di non aver valutato la probabilità di una restrizione della concorrenza. Così, la circostanza che gli sconti controversi siano qualificati o analizzati nella sentenza impugnata come sconti di esclusiva non dovrebbe escludere un esame della loro capacità di restringere la concorrenza.

114 Nella terza parte del primo motivo, Intel sostiene che l'analisi del Tribunale, di cui ai punti da 172 a 197 della sentenza impugnata, relativa alla capacità degli sconti di restringere la concorrenza e diretta a dimostrare che il comportamento controverso nei confronti dei beneficiari degli sconti era atto a restringere la concorrenza, è insufficiente e non sana gli errori di diritto precedentemente individuati.

115 Il Tribunale avrebbe erroneamente trascurato circostanze importanti come la copertura insufficiente del mercato da parte degli sconti controversi, la breve durata delle pratiche contestate, la mancanza di blocco e un rapido calo dei prezzi nonché la previa analisi del concorrente altrettanto efficace.

116 Riguardo alla copertura del mercato ad opera degli sconti controversi, il Tribunale avrebbe erroneamente considerato che la quota di mercato coperta dal comportamento controverso fosse significativa. Il tasso di copertura di cui trattasi, in media del 14%, non sarebbe comparabile al blocco del 39% del mercato considerato nella causa conclusasi con la sentenza del 19 aprile 2012, Tomra Systems e a./Commissione (C-549/10 P, EU:C:2012:221), e al blocco del 40% di cui alla causa conclusasi con la sentenza del 23 ottobre 2003, Van den Bergh Foods/Commissione (T-65/98, EU:T:2003:281). Intel contesta, a tal proposito, l'argomento della Commissione secondo cui la copertura del mercato ad opera delle pratiche contestate non è rile-



vante, in quanto essa riguarda solo gli effetti concreti. Intel controbatte che una considerevole copertura del mercato è un elemento necessario per poter accertare un abuso.

117 Quanto alla durata delle pratiche contestate, Intel ritiene che gli accordi di breve durata non producano alcun effetto pregiudizievole reale o potenziale. Essa aggiunge che, per dichiarare, al punto 113 della sentenza impugnata, che la durata degli accordi non è stata breve, il Tribunale non si è basato sulla durata degli accordi considerati individualmente, bensì sul cumulo di molti accordi, cosicché non ha potuto prendere in considerazione la circostanza che i clienti di Intel potevano liberarsi frequentemente dei loro accordi. Intel contesta, in proposito, l'affermazione della Commissione secondo la quale i suoi clienti costruttori OEM non potevano liberarsi degli accordi conclusi con essa malgrado la loro breve durata. La circostanza incontestata che Dell ha cambiato fornitore a vantaggio di AMD allorché gli sconti di Intel erano al livello più elevato provverebbe che la possibilità di cambiamento era concreta.

118 Relativamente alla mancanza di blocco degli sconti controversi, Intel considera che il Tribunale non ha tenuto conto dei limiti di capacità, cui si era trovata confrontata AMD, che hanno impedito a quest'ultima di rispondere alle richieste di CPU, cosicché Dell e Lenovo si sono approvvigionate esclusivamente presso Intel nel corso dei periodi considerati.

119 Quanto alla pertinenza del test AEC, il Tribunale avrebbe commesso un errore di diritto non considerando l'analisi svolta dalla Commissione nella decisione controversa come pertinente e facente parte del controllo che esso deve esercitare per conformarsi alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950. Secondo Intel, non si tratta di stabilire se la Commissione fosse tenuta a svolgere tale test. Tuttavia, nei limiti in cui essa ha proceduto a un'analisi siffatta, i risultati correttamente valutati avrebbero dovuto essere presi in considerazione tra tutte le circostanze pertinenti per dimostrare l'esistenza di una probabilità di restrizione della concorrenza.

120 ACT si conforma, in sostanza, alla posizione di Intel.

121 La Commissione considera che il primo motivo riposa su una premessa non dimostrata secondo la quale gli sconti di esclusiva sarebbero semplicemente un tipo di pratica tariffaria. La Corte non sarebbe dunque tenuta ad esaminare tale motivo.

122 In subordine, la Commissione sostiene che gli sconti di esclusiva presentano caratteristiche anticoncorrenziali tali che è generalmente inutile dimostrare la loro capacità di limitare la concorrenza. Così, tali sconti avrebbero un effetto dissuasivo generato dalla prospettiva, per l'impresa cliente, di perdere gli sconti sulla quota non contendibile del mercato. Ne conseguirebbe che essi generalmente limitano la libertà dei clienti di scegliere le loro fonti di approvvigionamento a seconda dell'offerta più attraente.

123 Inoltre, Intel avrebbe proceduto ad un'interpretazione errata dei punti 70 e 71 della sentenza del 19 aprile 2012, *Tomra Systems e a./Commissione* (C-549/10 P, EU:C:2012:221), nell'affermare che tali punti riguardavano gli sconti di esclusiva.

124 La Commissione ritiene che l'argomento formulato in secondo luogo da Intel sia irricevibile giacché non fa riferimento ad alcun errore di diritto.

125 In ogni caso, tale argomento sarebbe inconferente giacché, ai punti da 172 a 197 della sentenza impugnata, il Tribunale ha considerato che il comportamento di Intel aveva la capacità di limitare la concorrenza.



126 La Commissione aggiunge, in subordine, che il criterio giuridico risultante dalla giurisprudenza relativa alle pratiche tariffarie nonché alle pratiche di prezzi predatori non è applicabile agli sconti di esclusiva. Essa spiega, in proposito, che la Corte avrebbe potuto trasporre il criterio giuridico di valutazione della natura abusiva delle pratiche tariffarie ai regimi di sconti nella sentenza del 19 aprile 2012, Tomra Systems e a./Commissione (C-549/10 P, EU:C:2012:221), ma che, in occasione di quest'ultima, ha espressamente ribadito che un'impresa che occupa una posizione dominante abusa di tale posizione allorché si avvale di un sistema di sconti siffatto.

127 La Commissione considera, infine, che non sia necessario che la Corte esamini gli argomenti sollevati da Intel relativamente ai punti da 172 a 197 della sentenza impugnata, giacché il Tribunale ha esaminato la questione se la Commissione avesse dimostrato nella decisione controversa la capacità del comportamento di Intel di restringere la concorrenza solo ad *abundantiam*.

128 In subordine la Commissione sostiene che la sentenza impugnata dimostra a sufficienza l'esistenza di una strategia complessiva e che gli argomenti di Intel al riguardo sono irricevibili in quanto mirano ad una nuova valutazione dei fatti. Essa risponde allo stesso modo agli argomenti di Intel relativi alla pertinenza della copertura del mercato nonché alla durata della pratica.

Giudizio della Corte

129 In primo luogo, con le prime due parti del suo primo motivo, Intel, sostenuta da ACT, contesta, in sostanza, al Tribunale di aver dichiarato che le pratiche di cui trattasi possono essere qualificate come abuso di posizione dominante ai sensi dell'articolo 102 TFUE senza che si sia proceduto al previo esame di tutte le circostanze della fattispecie e senza che sia stata esaminata la probabilità che una restrizione della concorrenza risulti da tale comportamento.

130 In secondo luogo, con la terza parte del suo primo motivo, Intel critica l'analisi del Tribunale svolta ad *abundantiam*, segnatamente ai punti da 172 a 197 della sentenza impugnata, relativa alla capacità degli sconti e dei pagamenti accordati a Dell, a HP, a NEC, a Lenovo e a MSH di restringere la concorrenza alla luce delle circostanze della fattispecie.

131 In tale ambito, Intel contesta, in particolare, la valutazione effettuata dal Tribunale quanto alla pertinenza del test AEC applicato dalla Commissione nella fattispecie.

132 Essa sostiene, in particolare, che, nei limiti in cui la Commissione ha proceduto a un test siffatto, il Tribunale avrebbe dovuto esaminare la sua argomentazione vertente sul fatto che l'applicazione del suddetto test conteneva numerosi errori e che, qualora esso fosse stato svolto correttamente, avrebbe condotto alla conclusione contraria a quella raggiunta dalla Commissione, ossia che gli sconti controversi non avevano la capacità di restringere la concorrenza.

133 In proposito, occorre ricordare che l'articolo 102 TFUE non ha assolutamente lo scopo di impedire ad un'impresa di conquistare, grazie ai suoi meriti, una posizione dominante su un dato mercato. Tale disposizione non è diretta neppure a garantire che rimangano sul mercato concorrenti meno efficienti dell'impresa che detiene una posizione dominante (v., in particolare, sentenza del 27 marzo 2012, Post Danmark, C-209/10, EU:C:2012:172, punto 21 e giurisprudenza ivi citata).

134 In tal senso, non tutti gli effetti di esclusione dal mercato pregiudicano necessariamente la concorrenza. Per definizione, la concorrenza basata sui meriti può portare alla sparizione dal mercato o all'emarginazione dei concorrenti meno efficienti e quindi meno interessanti per i consumatori, segnatamente dal punto di vista dei prezzi, della scelta, della qualità o



dell'innovazione (v., in particolare, sentenza del 27 marzo 2012, *Post Danmark*, C-209/10, EU:C:2012:172, punto 22 e giurisprudenza ivi citata)..

135 Tuttavia, all'impresa che detiene una posizione dominante incombe la responsabilità particolare di non pregiudicare, con il suo comportamento, una concorrenza effettiva e leale nel mercato interno (v., in particolare, sentenze del 9 novembre 1983, *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Commissione*, 322/81, EU:C:1983:313, punto 57, nonché del 27 marzo 2012, *Post Danmark*, C-209/10, EU:C:2012:172, punto 23 e giurisprudenza ivi citata).

136 È per tale ragione che l'articolo 102 TFUE vieta, in particolare, che un'impresa detentrica di una posizione dominante attui pratiche che hanno l'effetto di escludere i suoi concorrenti considerati altrettanto efficienti quanto l'impresa stessa, rafforzando la propria posizione dominante mediante il ricorso a mezzi diversi da quelli che sono propri di una concorrenza fondata sui meriti. Sotto tale profilo, non può quindi essere considerata legittima qualsiasi concorrenza attuata mediante i prezzi (v., in tal senso, sentenza del 27 marzo 2012, *Post Danmark*, C-209/10, EU:C:2012:172, punto 25).

137 In proposito, è stato già statuito che, per un'impresa che si trova in posizione dominante su un mercato, il fatto di vincolare – sia pure a loro richiesta – taluni acquirenti attraverso l'obbligo o la promessa di rifornirsi per tutto o gran parte del loro fabbisogno esclusivamente presso di essa costituisce abuso di posizione dominante ai sensi dell'articolo 102 TFUE, tanto se l'obbligo in questione è imposto sic et simpliciter, quanto se ha come contropartita la concessione di sconti. Lo stesso dicasi se detta impresa, senza vincolare gli acquirenti con un obbligo formale, applica, vuoi in forza di accordi stipulati con tali acquirenti, vuoi unilateralmente, un sistema di sconti di fedeltà, cioè di riduzioni subordinate alla condizione che il cliente – indipendentemente dal volume degli acquisti – si rifornisca esclusivamente per la totalità o per una parte considerevole del suo fabbisogno presso l'impresa in posizione dominante (v. sentenza del 13 febbraio 1979, *Hoffmann-La Roche/Commissione*, 85/76, EU:C:1979:36, punto 89).

138 Occorre, tuttavia, precisare tale giurisprudenza nel caso in cui l'impresa considerata sostenga nel corso del procedimento amministrativo, sulla base di elementi di prova, che il suo comportamento non ha avuto la capacità di restringere la concorrenza e, in particolare, di produrre gli effetti di esclusione dal mercato addebitati.

139 In tal caso, la Commissione è tenuta, non solo ad analizzare, da un lato, l'ampiezza della posizione dominante dell'impresa sul mercato pertinente e, dall'altro, il tasso di copertura del mercato ad opera della pratica concordata, nonché le condizioni e le modalità di concessione degli sconti di cui trattasi, la loro durata e il loro importo, ma deve anche valutare l'eventuale esistenza di una strategia diretta ad escludere dal mercato i concorrenti quantomeno altrettanto efficaci (v., per analogia, sentenza del 27 marzo 2012, *Post Danmark*, C-209/10, EU:C:2012:172, punto 29).

140 L'analisi della capacità di escludere dal mercato è del pari pertinente ai fini della valutazione della questione se un sistema di sconti rientra in linea di principio nell'ambito del divieto di cui all'articolo 102 TFUE possa essere oggettivamente giustificato. Inoltre, l'effetto preclusivo derivante da un sistema di sconti, pregiudizievole per la concorrenza, può essere controbalanciato, o anche superato, da vantaggi in termini di efficienza che vanno a beneficio anche del consumatore (sentenza del 15 marzo 2007, *British Airways/Commissione*, C-95/04 P, EU:C:2007:166, punto 86). Una ponderazione siffatta degli effetti, favorevoli e sfavorevoli per la



concorrenza, della pratica contestata può essere svolta nella decisione della Commissione solo in esito ad un'analisi della capacità di esclusione dal mercato di concorrenti quantomeno altrettanto efficaci, intrinseca alla pratica considerata.

141 Se, nella decisione che accerta il carattere abusivo di un sistema di sconti, la Commissione effettua un'analisi siffatta, incombe al Tribunale esaminare tutti gli argomenti della parte ricorrente diretti a rimettere in discussione la fondatezza delle constatazioni raggiunte dalla Commissione quanto alla capacità di preclusione dal mercato del sistema di sconti considerato.

142 Nella fattispecie, nella decisione controversa, la Commissione – pur sottolineando che gli sconti di cui trattasi avevano, per loro stessa natura, la capacità di restringere la concorrenza cosicché non era necessaria un'analisi di tutte le circostanze della fattispecie, e in particolare un test AEC, al fine di constatare un abuso di posizione dominante (v., in particolare, i punti 925 e 1760 di tale decisione) – ha nondimeno effettuato un esame approfondito di tutte le circostanze, dedicando, ai punti da 1002 a 1576 della suddetta decisione, osservazioni molto dettagliate alla sua analisi svolta nell'ambito del test AEC, analisi che l'ha condotta a concludere, ai punti 1574 e 1575 di detta decisione, che un concorrente altrettanto efficace avrebbe dovuto praticare prezzi che non sarebbero stati economicamente sostenibili e che, pertanto, la pratica di sconti di cui trattasi era atta ad avere effetti preclusivi per un concorrente siffatto.

143 Ne consegue che, nella decisione controversa, il test AEC ha rivestito un'importanza reale nella valutazione, da parte della Commissione, della capacità della pratica di sconti di cui trattasi di produrre un effetto di esclusione dal mercato di concorrenti altrettanto efficaci.

144 Il Tribunale era pertanto tenuto ad esaminare tutti gli argomenti di Intel formulati relativamente a tale test.

145 Orbene, esso ha giudicato, ai punti 151 e 166 della sentenza impugnata, che non era necessario esaminare se la Commissione avesse effettuato il test AEC secondo le regole applicabili e senza commettere errori, e che non era neppure necessario esaminare la questione se i calcoli alternativi proposti dalla ricorrente fossero stati effettuati correttamente.

146 Nell'ambito del suo esame, ad abundantiam, delle circostanze della fattispecie, il Tribunale ha pertanto negato, ai punti da 172 a 175 della sentenza impugnata, qualsiasi pertinenza al test AEC effettuato dalla Commissione e non ha, quindi, risposto alle critiche mosse al riguardo da Intel.

147 Di conseguenza, senza che sia necessario pronunciarsi sui motivi secondo, terzo e sesto, si deve annullare la sentenza impugnata per il fatto che il Tribunale si è a torto astenuto, nell'ambito della sua analisi della capacità degli sconti controversi di limitare la concorrenza, dal prendere in considerazione gli argomenti di Intel diretti a mettere in luce presunti errori commessi dalla Commissione nell'ambito del test AEC.

Rinvio della causa dinanzi al Tribunale

148 Ai sensi dell'articolo 61, primo comma, dello Statuto della Corte di giustizia dell'Unione europea, la Corte, in caso di annullamento della decisione del Tribunale, può statuire definitivamente sulla controversia, qualora lo stato degli atti lo consenta. Tale ipotesi non ricorre, tuttavia, nella fattispecie.

149 Infatti, il controllo ad opera del Tribunale, alla luce degli argomenti addotti da Intel, relativamente alla capacità degli sconti controversi di limitare la concorrenza presuppone l'esame di elementi economici e di fatto che spetta al medesimo effettuare.



150 Di conseguenza, occorre rinviare la causa al Tribunale.

Sulle spese

151 Poiché la causa viene rimessa dinanzi al Tribunale, occorre riservare le spese inerenti al presente procedimento d'impugnazione.

Per questi motivi, la Corte (Grande Sezione) dichiara e statuisce:

- 1) **La sentenza del Tribunale dell'Unione europea del 12 giugno 2014, Intel/Commissione (T-286/09, EU:T:2014:547), è annullata.**
- 2) **La causa è rinviata al Tribunale dell'Unione europea.**
- 3) **Le spese sono riservate.**