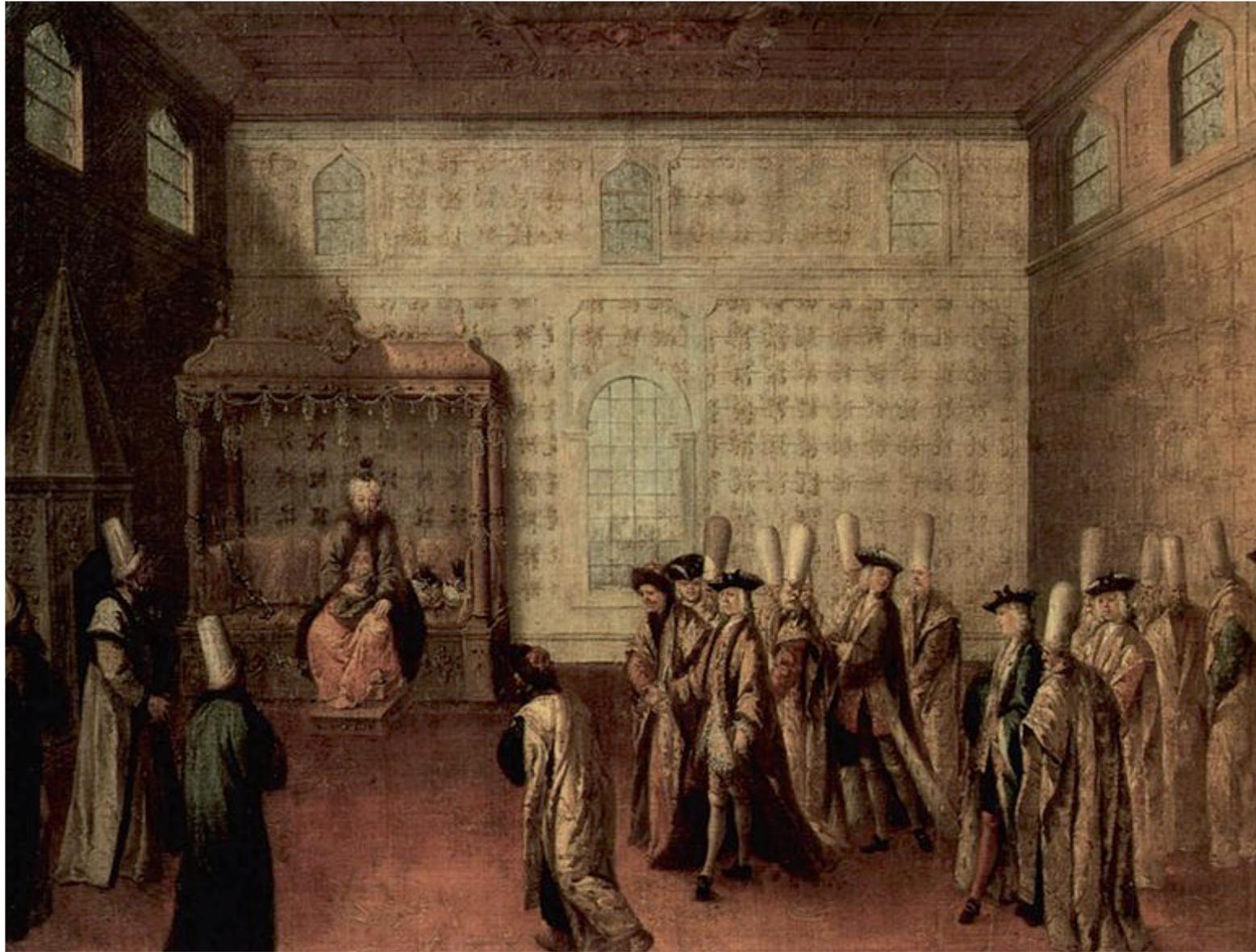




# COMPARAZIONE E DIRITTO CIVILE

a cura di Pasquale Stanzone e Salvatore Sica



Anno 2018 - Volume 3

[www.comparazionedirittocivile.it](http://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*), Giovanni Maria Riccio (*Università degli Studi di Salerno*), Manoel J. Santos (*Fundação Getulio Vargas – Sao Paulo*), 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*), 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 Üniversitesi*), Aura Bertoni (*Ask 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*), Iliara Ferlito (*Università degli Studi di Salerno*), Eduardo Fernandes (*Università degli Studi di Salerno*), Giorgio Giannone Codiglione (*Università degli Studi di Salerno*), Rigas Giannopoulos (*Aristotle University of Thessaloniki*), Giorgia Guerra (*Università degli Studi di Padova*), Marco Juric (*University of Zagreb*), Nevena Krivokapić (*University of Belgrad*), Leysser Leon-Hilario (*Pontificia Universidad Católica del Perú*), Olindo Lanzara (*Università degli Studi di Salerno*), Antonio Legerén Molina (*Universidad de Coruña*), Francesca Maschio (*Università degli Studi Roma Tre*), 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*), Benedetta Sabatino (*Università degli Studi di Salerno*), 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 Üniversitesi - 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"*), Francesco Di Ciommo (*Università LUISS "Guido Carli"*), 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*), Annalaura Mancaloni (*Università degli Studi di Cagliari*), Giovanni Marini (*Università degli Studi di Perugia*), Pier Giuseppe Monateri (*Università degli Studi di Torino*), Maria Lilla Montagnani (*Università Commerciale "Luigi Bocconi"*), Alfonso Hernandez Moreno (*Universitat de Barcelona*), Helena Mota (*Universidade do Porto*), Giovanni Pascuzzi (*Università degli Studi di Trento*), 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"*), Lucia Scaffardi (*Università degli Studi di Parma*), 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](mailto:info@comparazionedirittocivile.it)

© COMPARAZIONE E DIRITTO CIVILE - Tutti i diritti riservati



**3/2018**

**INDICE**

**DOTTRINA**

*Governo della famiglia e relazioni personali tra coniugi*  
Gabriella Autorino

*The Protection of Fundamental Rights in the EU Legal Framework: History of a Complex Relationship*  
Virgilio D'Antonio – Giorgio Giannone Codiglione

*Capacità di donare del beneficiario di amministrazione di sostegno: note a margine di una recente ordinanza di rimessione alla Corte Costituzionale*  
Gaspare Lisella

*Asimmetria di posizioni contrattuali, contratto predisposto e ruolo delle Authorities*  
Mariassunta Imbrenda

*Controversie di consumo e ADR. L'attuazione della direttiva 2013/11/UE in Italia alla luce della sentenza C-75/16*  
Claudia Troisi

**STUDI E RICERCHE**

*Processo penale e dignità dell'uomo. Profili di teoria generale, teoria del processo e comparazione giuridica*  
Giovanna Stanzione

*L'adverse possession nella giurisprudenza della corte europea dei diritti dell'uomo: spunti per una comparazione*  
Jacopo Fortuna

*Prohibition of Abuse of Rights: From Rule to Principle*  
Carla Cosentino

*Il danno da fumo nella recente giurisprudenza di merito e di legittimità*  
Eugenio Benevento



## GIURISPRUDENZA

Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, sentenza 8 maggio 2018, Causa C-82/16  
Rinvio pregiudiziale – Controllo alle frontiere, asilo, immigrazione – Articolo 20 TFUE – Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea – Articoli 7 e 24 – Direttiva 2008/115/CE – Articoli 5 e 11 – Cittadino di un paese terzo oggetto di un divieto di ingresso nel territorio – Domanda di soggiorno ai fini di un ricongiungimento familiare con un cittadino dell’Unione europea che non ha mai esercitato la propria libertà di circolazione – Rifiuto di esaminare la domanda

Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, 5 giugno 2018, causa C-673/16  
Rinvio pregiudiziale – Cittadinanza dell’Unione – Articolo 21 TFUE – Diritto dei cittadini dell’Unione di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri – Direttiva 2004/38/CE – Articolo 3 – Aveni diritto – Familiari del cittadino dell’Unione – Articolo 2, punto 2, lettera a) – Nozione di “coniuge” – Matrimonio tra persone dello stesso sesso – Articolo 7 – Diritto di soggiorno per un periodo superiore a tre mesi – Diritti fondamentali

Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, 5 giugno 2018, Causa C-210/16  
Rinvio pregiudiziale – Direttiva 95/46/CE – Dati personali – Tutela delle persone fisiche riguardo al trattamento di tali dati – Provvedimento diretto a disattivare una pagina Facebook (fanpage) che consente di raccogliere ed elaborare determinati dati collegati ai visitatori di tale pagina – Articolo 2, lettera d) – Responsabile del trattamento di dati personali – Articolo 4 – Diritto nazionale applicabile – Articolo 28 – Autorità nazionali di controllo – Poteri d’intervento di tali autorità

Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, 10 luglio 2018, causa C-25/17  
Rinvio pregiudiziale – Tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali – Direttiva 95/46/CE – Ambito di applicazione di detta direttiva – Articolo 3 – Raccolta di dati personali da parte dei membri di una comunità religiosa nell’ambito della loro attività di predicazione porta a porta – Articolo 2, lettera c) – Nozione di “archivio di dati personali” – Articolo 2, lettera d) – Nozione di “responsabile del trattamento” – Articolo 10, paragrafo 1, della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea

Corte di Cassazione Sezioni Unite, sentenza dell’11 luglio 2018, n. 18287  
Matrimonio - Scioglimento - Divorzio - Obblighi - Verso l'altro coniuge - Assegno - In genere natura perequativo-compensativa - Conseguenze - Quantificazione - Auto-sufficienza economica in astratto - Inadeguatezza



3/2018

## DOTTRINA

### GOVERNO DELLA FAMIGLIA E RELAZIONI PERSONALI TRA I CONIUGI

GABRIELLA AUTORINO

SOMMARIO: 1. Profili generali. – 2. I singoli doveri: la fedeltà. – 3. L'assistenza morale e materiale. – 4. La collaborazione nell'interesse della famiglia e il dovere di coabitazione. – 5. Il dovere di contribuzione ai bisogni della famiglia. – 6. Governo della famiglia e indirizzo familiare concordato.

1. La dialettica tra libertà e solidarietà sembra caratterizzare anche il tema dei rapporti coniugali e familiari, essenzialmente delineato negli artt. 143 ss. cod. civ., rafforzando l'opinione che ravvisa in questi due principi i momenti qualificanti l'ordinamento attuale.

Per lungo tempo, sotto il vigore della normativa precedente alla legge di riforma del diritto di famiglia, il dibattito vedeva schierate due opposte visioni. Una prima tendenza, in nome di un interesse astratto e superindividuale dell'intera comunità o del gruppo familiare, giungeva ad avallare visioni «pubblicistiche» o «superindividuali» della famiglia, talvolta affermando che nell'art. 29 Cost. sarebbe stata riconosciuta alla famiglia una soggettività privata di diritto costituzionale, talaltra intendendo la famiglia come un «ordinamento giuridico autonomo», in ogni caso costruendo un «soggetto» in nome del quale individuare diritti di famiglia o familiari in contrapposizione con quelli dei singoli componenti della medesima. Si che in nome dell'unità della famiglia, tutelata dall'art. 29, comma 2, Cost., si consentivano limitazioni ai diritti e alle libertà fondamentali dei singoli, giustificando la possibilità di non dare piena attuazione, all'interno della comunità familiare, ai principi di eguaglianza e di pari dignità morale e sociale tanto tra i coniugi quanto tra genitori e figli.

L'altra tendenza, inquadrando il tema della famiglia in quello più ampio delle comunità intermedie, rivaluta la tutela del singolo rispetto al gruppo, soprattutto allorché siano coinvolti aspetti attinenti alla dignità e alla personalità dell'individuo (art. 29 in collegamento con gli artt. 2 e 3, comma 2, Cost.). In questa prospettiva la famiglia è intesa come strumento per la realizzazione dell'armonico sviluppo della persona umana, sì che non sono più individuabili interessi familiari diversi e preminenti rispetto a quelli dei singoli componenti. I rapporti interni della famiglia si configurano pertanto come «equilibrio delle libertà» o meglio dei diritti fondamentali, non in funzione di una compressione delle libertà fonda-



mentali intese come incompatibili o estranee al rapporto coniugale, ma al contrario nel senso di una loro espansione, sia pure nel segno del rispetto e della solidarietà.

Infatti, il singolo, calato nel contesto sociale e della famiglia, è necessariamente legato agli altri dai «doveri di solidarietà politica, economica e sociale», e dunque familiare, di cui discorre l'art. 2 Cost. Il che non consente di proporre visioni esasperatamente individualistiche del diritto, della società e della famiglia. Tale orientamento ha ricevuto ampia conferma dalla giurisprudenza della corte costituzionale, con alcune sentenze definite «storiche». Ad esempio, in tema di rapporti tra coniugi, si segnala la decisione del 19 settembre 1968, n. 126, che ha cancellato dal codice penale il delitto di adulterio della moglie; la Corte Cost. 19 dicembre 1968, n. 127, che ha fatto cadere la distinzione tra adulterio semplice della moglie e adulterio ingiuria grave del marito; la Corte Cost. 13 luglio 1970, n. 133, che ha eliminato l'obbligo di mantenimento posto a carico del marito indipendentemente dalle condizioni economiche della moglie e la Corte Cost. 18 aprile 1974, n. 99, che ha escluso il diritto di fedeltà tra quelli compatibili con lo stato di separazione personale, sostituito da un obbligo del coniuge separato di rispetto dell'onore e della dignità dell'altro.

Il legislatore della riforma, con l. 19 maggio 1975, n. 151, si è posto decisamente sulla strada dell'adeguamento della disciplina familiare ordinaria alla normativa costituzionale. La solenne dichiarazione contenuta nel comma 1 dell'art. 143 cod. civ., secondo cui «Con il matrimonio il marito e la moglie acquistano gli stessi diritti e assumono i medesimi doveri», sancisce la scelta del legislatore di abbandonare la nozione gerarchica della famiglia fino allora accolta nel codice civile del 1942, per affermare senza possibilità di ulteriori dubbi l'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi nei rapporti personali e patrimoniali reciproci e dei genitori nei rapporti personali e patrimoniali con i figli.

Nel comma 2 dello stesso articolo, l'elencazione dei diritti e doveri reciproci riveste il valore di dichiarazione di principi destinati ad assumere concretezza nelle singole norme di cui sono fondamento. È significativo altresì l'ordine che ricevono dalla norma i doveri che discendono dal matrimonio: fedeltà, assistenza morale e materiale, collaborazione nell'interesse della famiglia. Da questi discende la disposizione del comma 3 che impone ad entrambi la contribuzione ai bisogni della famiglia, ciascuno in relazione alle proprie sostanze e alla propria capacità di lavoro professionale o casalingo. Dal principio di pari dignità scaturisce altresì l'equiparazione a fini giuridici tra l'attività lavorativa svolta all'esterno della famiglia e quella prestata all'interno della medesima, nonché la scelta del legislatore della riforma del 1975 di sostituire al regime patrimoniale legale previgente di separazione dei beni quello della comunione legale dei beni (art. 177 ss. cod. civ.).

Si discute da tempo sulla natura di siffatti doveri, se cioè essi siano definibili tali, nonostante la mancanza di coercibilità, conseguente al contenuto squisitamente personale; o, diversamente, siano più precisamente qualificabili come oneri, data la mancanza di una sanzione immediatamente applicabile alla loro violazione. L'argomento è rilevante soprattutto in tema di separazione personale e di divorzio: ciò che conta sottolineare è l'inaccettabilità di continuare ad accostarsi all'analisi dei diritti e doveri tra coniugi con l'intenzione di concretizzarne il contenuto alla luce del sistema sanzionatorio apprestato contro la loro violazione; il che vale indubbiamente soprattutto per i doveri di natura personale. Infatti



l'indiscussa incoercibilità diretta di questi ultimi spinge la maggior parte della dottrina tradizionale a sottolinearne il contenuto soprattutto etico e comunque metagiuridico e al contempo, con una contraddittorietà soltanto apparente, a fondare il profilo della giuridicità sulla comminazione di una sanzione. Questa s'individua, per i doveri di natura personale, nella disciplina della separazione personale tra coniugi – e nel divorzio, qualora ammesso nell'ordinamento –, disciplina che detta, nel periodo storico corrispondente alla prevalenza della dottrina indicata, cause tipiche e tassative che legittimano da un lato la domanda del coniuge innocente, dall'altro l'intervento dello Stato e il sacrificio dell'unità della famiglia.

Con l'entrata in vigore della riforma del 1975, non è più dato rinvenire nel sistema sufficienti indici normativi a supporto di siffatte interpretazioni.

Si è, per converso, affermata la convinzione che non si possa guardare al rapporto familiare e coniugale come qualcosa di autonomo, separato dall'intero ordinamento giuridico e sottratto alla vigenza dei principi fondamentali su cui questo si regge. Pertanto, anche delle norme che regolano i rapporti tra coniugi va operata una lettura sistematica, in stretto collegamento con le regole costituzionali di cui sono espressione fedele ed esplicita traduzione nella disciplina ordinaria dedicata alla famiglia, per espressa intenzione del legislatore della riforma. Non stupisce, in questa prospettiva, che il catalogo di diritti e di doveri si apra con la solenne menzione del principio di eguaglianza. Norma che a prima vista potrebbe apparire superflua, perché inutile ripetizione del dettato dell'art. 3 Cost. Al contrario, essa appare utile proprio per la concreta attuazione del principio di eguaglianza, poiché rende difficili letture riduttive della sua operatività, nonostante la nuova disciplina. La clausola generale attraverso cui raggiungere obiettivi discriminatori è sempre stata quella dell'interesse della famiglia. Ora, il contenuto della medesima va determinato compatibilmente con la piena vigenza del principio della pari dignità, morale, sociale e giuridica.

Un'ulteriore questione, rilevante sia per il profilo modificativo del rapporto sia per il tema dei cc.dd. patti negoziali tra coniugi in ordine all'accordo sull'indirizzo familiare, si collega al contenuto dei diritti e doveri tra i coniugi. Si afferma comunemente che l'intera materia relativa ai diritti e doveri coniugali è disciplinata da norme di ordine pubblico. Tale natura è riconosciuta alla maggior parte delle disposizioni dettate in materia familiare. Ne discende che esse sono inderogabili, sottratte alla disponibilità delle parti nonché alla negoziazione, tra le parti e nei confronti dei terzi. E si richiamano normalmente l'art. 1321, come fonte della generale esclusione dalla negoziazione dei diritti di rapporti personali, e l'art. 160 cod. civ. per quelli di natura patrimoniale.

Tali asserzioni, tuttavia, vanno sottoposte a revisione critica sotto un duplice profilo. Innanzitutto, la natura personale delle situazioni giuridiche soggettive non appare connotato idoneo a giustificare la non negoziabilità dei rapporti familiari, in quanto la patrimonialità del rapporto è requisito essenziale per la qualificazione del relativo accordo come contratto e non anche come negozio giuridico. Come è stato autorevolmente sostenuto, infatti, l'autonomia negoziale non s'identifica con l'autonomia contrattuale, e dunque, nel verificare l'idoneità di un bene ad essere oggetto di un atto di autonomia, non occorre riscontrare l'economicità dell'autoregolamento bensì l'esistenza, a livello causale, di interessi meritevoli



di tutela. L'inderogabilità dei diritti morali dei coniugi, dunque, non può più addursi sulla sola base dell'art. 1321 cod. civ.

Ciò, d'altro canto, non vuol significare, come altri ha sostenuto, che in materia di rapporti personali i coniugi, in assenza di un espresso e specifico divieto di legge, siano liberi di operare qualsivoglia scelta, purché ciò avvenga di comune accordo. È certo, infatti, che gli obblighi reciproci di fedeltà, di assistenza morale e materiale, di coabitazione, di collaborazione nell'interesse della famiglia, non possono essere affatto considerati come liberamente disponibili e rinunziabili da parte dei coniugi, pur in presenza di accordo tra i medesimi, in quanto si tratta di situazioni giuridiche soggettive ritenute dall'ordinamento giuridico come qualificanti il rapporto di coniugio, costituzionalmente riconosciuto e distinto da una qualsiasi convivenza.

Del resto, un indice normativo sufficientemente chiaro al riguardo è costituito dall'art. 123 cod. civ., in tema di «simulazione» del matrimonio. Qualsivoglia qualificazione si creda di dare alla forma di invalidità matrimoniale prevista dalla suddetta norma, non sembra potersi dubitare che l'accordo in deroga ai doveri matrimoniali sia giudicato dal legislatore immeritevole di tutela giuridica. Non si vede, allora, perché il giudizio dovrebbe mutare a seconda che l'accordo sia stipulato prima o dopo il matrimonio. Piuttosto, come parte della dottrina ha sostenuto, potrebbe ritenersi che l'art. 123 cod. civ. abbia riguardo alla sola simulazione assoluta, ovvero sia al patto con il quale i coniugi escludono l'operatività di tutti i diritti e i doveri nascenti dal matrimonio. In ogni caso, però, non sembra che da ciò possa trarsi la conseguenza della validità degli accordi di deroga parziale, dal momento che il giudizio di disvalore non si fonda certo su un criterio meramente «quantitativo» – anche perché in tal caso si potrebbe arrivare alla conclusione paradossale di eludere il precetto normativo lasciando in vita un solo diritto-dovere, come ad es. quello di coabitazione –. Può ritenersi, invece, che la nullità – che colpisce entrambi i tipi di accordo – si estende all'intero negozio matrimoniale solo quando, *ex art. 123 cod. civ.*, ne coinvolge tutti gli effetti essenziali in modo tale da rendere irrealizzabile la funzione dell'istituto, mentre un accordo di deroga parziale antecedente o coevo alla contrazione del vincolo *vitiatur sed non vitiat*.

Preferibile appare, perciò, l'indirizzo che estende la sfera di operatività dell'art. 160 cod. civ., ricomprendendo tra i diritti e i doveri di cui la norma sancisce l'inderogabilità tutti quelli, e di natura patrimoniale e di natura personale, che ai sensi dell'art. 143 cod. civ. caratterizzano il vincolo coniugale.

Sotto altro profilo, però, lo stesso art. 160 cod. civ. non è norma preclusiva in via assoluta dell'autoregolamentazione degli interessi nell'ambito del rapporto familiare, in quanto i concetti di inderogabilità e di indisponibilità, a ben vedere, non coincidono. Vero è, sicuramente, che le situazioni giuridiche soggettive in questione sono intrasmissibili ed irrinunciabili (oltre che imprescrittibili); ma trasferimento e rinunzia, se tradizionalmente rappresentano le due categorie fondamentali di atti di disposizione elaborate con riferimento ai diritti patrimoniali, non esauriscono l'ambito del potere dispositivo, nel quale rientrano tutte le modalità di esercizio della situazione soggettiva che provocano un mutamento nei rap-



porti giuridici preesistenti, e specificamente una vicenda costitutiva, modificativa o estintiva di un rapporto giuridico.

Ora, poiché la nascita dei diritti e doveri coniugali è disposta dalla legge e la loro estinzione è dalla legge stessa sottratta all'autonomia delle parti, si tratta di stabilire se e in che termini alle stesse sia invece riconosciuto un potere dispositivo che si estrinsechi nella modificazione del rapporto. Ove si consideri che il rapporto giuridico, sotto il profilo funzionale, si traduce in un regolamento di interessi, e che dunque alle vicende modificative va ricondotta la modifica della disciplina, anche se attenga a modalità accessorie, l'indagine si incentra sulla possibilità che i coniugi, nell'esercizio della propria autonomia negoziale, pongano in essere atti aventi la funzione di regolamentare lo svolgimento del rapporto di coniugio, senza con ciò derogare ai diritti e doveri previsti dall'art. 143 cod. civ.

Ciò presuppone, innanzitutto, la presa di coscienza che il venir meno della rilevanza pubblicistica delle situazioni giuridiche soggettive familiari si è riflesso anche sulla determinazione del loro profilo attuativo. Se funzione essenziale della famiglia è quella di favorire lo svolgimento della personalità dei suoi componenti, l'individuazione degli strumenti idonei alla realizzazione della funzione – e dunque delle regole di disciplina del rapporto – non può essere rigidamente cristallizzata in precetti normativi generali e astratti, ma richiede l'adeguamento del regolamento alle esigenze di vita di quel determinato nucleo familiare.

Con ciò non si vuol sostenere che il contenuto dei diritti e doveri di cui all'art. 143 cod. civ. non sia obiettivamente determinabile *a priori* ma sia rimesso alla «concretizzazione» dei coniugi, pur entro i limiti di un «minimo inderogabile» non intaccabile dalle loro intese – minimo tra l'altro problematicamente mutevole a seconda del punto di riferimento dell'osservatore –. Sicuramente, i diritti e doveri enunciati dall'art. 143 cod. civ. rappresentano delle clausole generali il cui contenuto è relativamente variabile in dipendenza dal concreto contesto storico, sociale e culturale nel quale si trovano ad essere applicate. È altrettanto sicuro, tuttavia, che l'accordo tra i coniugi non possa costituire elemento di determinazione di quello stesso contenuto precettivo delle situazioni giuridiche soggettive che ne rappresenta, per altro verso, parametro di riferimento del giudizio di meritevolezza. Se, ad esempio, è perfettamente condivisibile l'affermazione che il dovere di fedeltà abbia assunto nel tempo contenuti diversi e variabili anche in base all'ambiente sociale di appartenenza, non è accettabile l'opinione secondo la quale tali variazioni potrebbero avvenire anche in base a singoli patti. Infatti, ci si troverebbe pur sempre dinanzi alla necessità di specificare il limite invalicabile dall'autonomia privata, ovvero sia il «contenuto minimo» del dovere: ma che senso ha discorrere, per quanto eccede tale contenuto, di deroga convenzionale ad un dovere il cui contenuto ... viene ad essere determinato dallo stesso accordo in deroga? In altri termini, qui non vi è un precetto normativo ben determinato che sia dettato, tuttavia, con norma dispositiva, di modo che possa configurarsi una lecita deroga ad esso ad opera delle parti; qui si è in presenza di una norma imperativa – quale è certamente l'art. 143 cod. civ. – che però lascia all'interprete un certo margine di determinazione del suo contenuto. In base a tale previa determinazione occorrerà valutare gli accordi tra le parti che sulle relative situazioni incidono e giudicare se essi si pongano in contrasto con il contenuto così individuato – nel qual caso vi sarà una deroga vietata dalla legge – o, viceversa, siano confor-



mi ad esso – ed allora non vi sarà alcuna «deroga», ma piuttosto «attuazione» del comando normativo tramite la determinazione delle concrete modalità di esercizio delle situazioni giuridiche soggettive reciproche il cui contenuto è imperativamente disposto dalla legge –.

L'argomento è collegato al tema dell'accordo sull'indirizzo familiare, imposto ai coniugi dall'art. 144 cod. civ. Prima di verificare quale sia l'ambito di applicazione di quest'ultima norma e quali le conseguenze giuridiche ascrivibili alle relative intese, tuttavia, occorre esaminare singolarmente le caratteristiche dei diritti e doveri nascenti, alla stregua dell'art. 143 cod. civ., dal vincolo coniugale.

**2.** L'obbligo di fedeltà, intesa come dedizione fisica e spirituale di un coniuge all'altro, che coinvolge ogni manifestazione della vita più intima del soggetto, nella sfera sentimentale e sessuale, non è più diretto, come si affermava nella concezione tradizionale, alla garanzia dell'onore, del decoro o del prestigio dell'uno o dell'altro coniuge, bensì mira a salvaguardare e consolidare la comunione di vita materiale e spirituale. È giustificato, quindi, individuare il contenuto nell'impegno di non tradire la fiducia che ciascun coniuge ripone nell'altro. In tal modo il dovere di fedeltà assume un significato assai più ampio, da concretizzare con riferimento al singolo rapporto, utilizzando come criteri fondamentali quello della dignità personale e della solidarietà familiare. In questo senso è possibile affermare che è insito nel contenuto del dovere di fedeltà un dovere di rispetto, valutabile con riguardo al fatto che uno dei coniugi, al solo scopo di ledere la dignità personale dell'altro, ad esempio, ponga in essere comportamenti tali da ingenerare la convinzione, personale dell'altro coniuge e nell'ambiente sociale, della violazione della fedeltà. Ma tale considerazione già appartiene al profilo patologico della valutazione delle cause della crisi coniugale.

Ciò che conta sottolineare è che risulta inadeguata qualsiasi determinazione dell'obbligo di fedeltà ancorata a una prospettiva angusta, per così dire, fisico-sessuale, proiettata com'è nella dimensione della comunione di vita. Il dovere di rispetto e la piena vigenza della tutela della riservatezza anche nel rapporto coniugale fa sì che sia esclusa la legittimità di quei comportamenti che importano aggressione della *privacy*, al fine di operare un reciproco o unilaterale controllo sulla condotta morale, sull'eventuale commissione di adulterio e via enumerando. Sganciato dall'obbligo di esclusiva sessuale e collegato, invece, al reciproco vincolo di responsabilità dei coniugi, il dovere di fedeltà deve essere inteso – come da tempo la stessa giurisprudenza assai opportunamente afferma – alla stregua di un impegno, ricadente su ciascun coniuge, a non tradire la fiducia reciproca ovvero a non tradire il rapporto di dedizione fisica e spirituale.

**3.** Il dovere di fedeltà, inteso in senso ampio come fedeltà morale, costituisce, in un certo senso, il fondamento comune a tutti gli altri doveri di natura personale. Così è, ad esempio, per l'obbligo reciproco all'assistenza materiale e morale che, collegato alla fedeltà e alla solidarietà, assume il contenuto di reciproca attesa di aiuto e cura in ogni circostanza.



Giustamente si sottolinea come il profilo esistenziale precede e informa di sé quello patrimoniale che si traduce nell'obbligazione di conferire i mezzi economici necessari perché entrambi i coniugi godano del medesimo tenore di vita, indipendentemente dalla consistenza patrimoniale di ciascuno e dalle specifiche capacità contributive. Il profilo è strumentale all'attesa di assistenza morale, cui giustamente in una bella decisione si collega l'impegno dicomprendersi, sostenersi, rispettarsi, sia sul piano dei sentimenti sia su quello più generale della concezione di vita (ideologica, religiosa, morale e così via), nella considerazione reciproca delle convinzioni individuali (Trib. Patti 10 dicembre 1980).

4. L'obbligo di collaborazione nell'interesse della famiglia appare, da un lato, come strumento predisposto all'adempimento di quello di contribuzione, poiché contenutisticamente richiama l'impegno di ciascun coniuge di espletare un'attività lavorativa, all'esterno e/o all'interno della famiglia, conformemente alle proprie capacità ed attitudini; dall'altro, come fondamentale criterio di valutazione in ordine all'adempimento da parte dei coniugi degli altri obblighi loro imposti. Giustamente, il concetto di collaborazione si colora con il richiamo a quei doveri d'impegno e di sacrificio necessari alla realizzazione tra i coniugi della comunione di vita materiale e spirituale. Occorre sottolineare come nessuna delle espressioni normative utilizzate dal legislatore ha pienezza di significato se colta isolatamente: tutte formano un *unicum* che, per l'appunto, si sintetizza con l'espressione «comunione di vita materiale e spirituale». Con essa si vuole intendere l'essenza del vincolo coniugale, guardata sia sotto i profili esistenziali, sia sotto quelli patrimoniali strumentali alla realizzazione dei primi. In questa prospettiva, perde di ambiguità anche l'indicazione, nel catalogo dei diritti e dei doveri, della coabitazione tra i coniugi, che può essere intesa sia nel suo più vasto significato di convivenza materiale, sessuale e morale che in quello ristretto di comunanza fisica nel luogo in cui si svolge la vita coniugale.

Tuttavia, non può più attribuirsi al dovere di coabitazione il significato originario di convivenza fisica imposta dall'esterno a garanzia dell'unità formale della famiglia, collegato alla vecchia formulazione dell'art. 143 cod. civ. Occorre separare il concetto di coabitazione da quello di residenza coniugale. Il legislatore richiede per la fissazione della residenza familiare l'accordo delle parti, ma al contempo conferisce a ciascun coniuge la facoltà di eleggere il proprio domicilio nel luogo in cui egli abbia la sede principale dei suoi affari e interessi – e dove, dunque, ciascun coniuge potrebbe essere necessitato a recarsi proprio per assolvere al fondamentale obbligo di collaborazione e di contribuzione alla soddisfazione dei bisogni della famiglia –. Ne consegue che il valore fondamentale tutelato dalla legge è sì la stabilità del gruppo, ma perseguita attraverso la comunione materiale e spirituale di vita, di cui la coabitazione non rappresenta una dimensione essenziale, potendo anche mancare senza mettere in forse la prima.

Occorre allora distinguere tra coabitazione e convivenza dei coniugi, l'una nozione maggiormente collegata a indici per così dire fisici di rilevamento: comunità di luogo, mera comunanza dell'indirizzo di abitazione; l'altra ad indici spirituali di comunanza di vita, di cui la prima è elemento consueto ma non indispensabile perché vi sia anche la seconda. Ciò



che importa sottolineare, tuttavia, è che ogni qual volta si ricorre a tale nozione per valutare l'esistenza oppur no del rapporto coniugale nella pienezza del termine, di là dalla terminologia utilizzata dal legislatore, è alla nozione di convivenza – che appare equivalente a quella di comunione di vita – che occorre far riferimento, come avviene per l'appunto nell'ambito delle invalidità matrimoniali.

5. Il discorso si fa assai più complesso allorché si passa all'esame dell'obbligo di contribuire ai bisogni della famiglia «ciascuno in relazione alle proprie capacità di lavoro professionale o casalingo». Il legislatore abbandona il riferimento al vecchio dovere di mantenimento, già caduto sotto gli strali della corte costituzionale e troppo legato a una visione d'interesse individuale e di subordinazione materiale di un coniuge rispetto all'altro, contrastante con il principio di solidarietà. Si è già sottolineato come la formulazione della norma richiami immediatamente il principio di pari dignità morale, sociale e giuridica tra i coniugi, che viene trasfuso in singole determinazioni normative destinate a trovare applicazione ai rapporti tanto di natura personale che patrimoniale. Nello spirito di adeguamento costituzionale insito nella legge di riforma del 1975, identica dignità è stata attribuita al lavoro del coniuge, sia esso svolto fra le mura di casa o fuori di queste, secondo un principio che riappare più volte nelle disposizioni sui rapporti patrimoniali: si pensi all'art. 230 *bis* cod. civ. o alla scelta di sostituire a quello di separazione dei beni il regime di comunione legale, destinato ad operare automaticamente in mancanza di una contraria ed espressa dichiarazione dei coniugi.

Tuttavia, poiché la legge si guarda bene – né sarebbe legittimata a farlo – dal predefinire una ripartizione di ruoli tra i coniugi circa l'adempimento di tale obbligo, la scelta delle modalità di attuazione è uno degli aspetti che ricade nell'ambito dell'indirizzo della vita familiare, la cui determinazione è affidata, dall'art. 144 cod. civ., alla decisione congiunta dei coniugi.

In tal modo, si rivela un necessario collegamento tra i due grandi temi della riforma del diritto di famiglia. Ma prima di passare a questo argomento, occorre soffermarsi su alcuni aspetti controversi dell'obbligo di contribuzione. Si dibatte infatti sulla nozione di «bisogni familiari» fatta propria dalla norma, se cioè sia da concretizzare con riferimento a indici squisitamente normativi, e dunque obiettivi e generalmente applicabili, o se invece dipenda da un potere autonomo dei coniugi di determinazione.

V'è chi suggerisce l'esistenza di un «contenuto minimo» dei bisogni familiari, che rileverebbe in mancanza di accordo tra le parti, con riferimento soltanto ai bisogni primari e incompressibili – come alloggio, vitto e vestiario – che neppure un'intesa tra i coniugi potrebbe validamente escludere dal novero delle esigenze della famiglia, senza porsi in contrasto con l'art. 160 cod. civ. In questa prospettiva, il riferimento alle sostanze e alle capacità di lavoro varrebbe soltanto come criterio di ripartizione dell'obbligo, una volta che esso sia stato individuato nel suo contenuto. Tuttavia, siffatta interpretazione sembra essere troppo riduttiva e viziata da quell'atteggiamento che tende a isolare l'una dall'altra le disposizioni in tema di diritti e doveri. Invece esse regolano aspetti distinti ma collegati dalla medesima



funzione nell'ambito della vita della comunità familiare. Tanto da poter affermare che proprio sull'obbligo di contribuzione si poggia quello che è stato definito «regime primario della famiglia», che per la soddisfazione dei bisogni della famiglia vincola patrimonialmente entrambi i coniugi di là dalle regole specifiche del regime secondario tra essi operante: comunione o separazione dei beni. Si potrebbe allora sostenere che l'individuazione dei bisogni familiari dipende non soltanto dalle scelte dei coniugi, ma anche dalla stessa capacità contributiva, fermo restando il rispetto di quel contenuto minimo al di sotto del quale è compromessa la stessa possibilità di esistenza della vita familiare: in tal modo la capacità di lavoro, da un lato, e le sostanze di ciascun coniuge, dall'altro, costituiscono al contempo criteri di determinazione e di ripartizione dell'obbligo di contribuzione, comprendendo nella nozione di sostanze non soltanto il reddito dell'obbligato, ma l'intero suo patrimonio, inclusi gli incrementi di valore dovuti ad un eventuale apprezzamento di beni sul mercato (come può accadere per esempio per i titoli mobiliari o per gli immobili). E questo perché sul tenore di vita della famiglia devono riflettersi non soltanto le diminuzioni, ma anche gli incrementi della capacità contributiva di ciascun coniuge.

6. La regola del governo diarchico della famiglia, dettata dall'art. 144 cod. civ., è di fondamentale importanza nel quadro normativo che si va ricostruendo. Tale norma, infatti, richiedendo da un lato l'accordo dei coniugi sull'indirizzo della vita familiare ed attribuendo, dall'altro, a ciascuno di essi il potere di attuare l'indirizzo concordato, realizza in pieno il principio costituzionale di eguaglianza tra i coniugi, garantendo una partecipazione paritetica alla conduzione del *ménage*, ed è anzi l'unica compatibile con il suddetto principio. Non sembra, a tal proposito, condivisibile la posizione di chi sostiene che con il secondo comma dell'art. 144 cod. civ. si sia aperta una breccia nel sistema collegiale delineato dal primo comma, in quanto l'attribuzione di poteri disgiunti a ciascuno dei coniugi precluderebbe, nell'applicazione pratica, ad una ripartizione, seppure in via autonoma, dei compiti e dunque all'attribuzione di sfere separate di competenza. Difatti, pur riconoscendo che il potere di attuazione di cui parla la norma non va ristretto in un ambito meramente esecutivo ma ricomprende anche una sfera di discrezionalità di ciascun coniuge nella determinazione degli strumenti idonei al raggiungimento dei fini concordati, resta comunque la differenza tra tale discrezionalità, contenutisticamente limitata dal preventivo accordo, ed un potere decisionale unilaterale condizionato unicamente dalla materia su cui incide. Con ciò non si vuole escludere che i coniugi possano, nell'esercizio della propria autonomia privata, accordarsi su una ripartizione dei compiti, ma poiché un siffatto accordo differisce rispetto al modello cui il legislatore si è ispirato nella formulazione dell'art. 144 cod. civ., pur non potendosi certo sostenere a priori la sua illiceità, andrà concretamente e attentamente vagliata la sua meritevolezza di tutela. In particolare, l'ammissibilità di una divisione di funzioni andrà esclusa quando si traduca nell'esautorazione di un coniuge da scelte fondamentali in merito all'indirizzo della vita familiare, o nell'attribuzione all'altro di una posizione di supremazia.

Quest'ultima considerazione introduce, appunto, il delicato problema dei limiti da riconoscere all'autonomia degli sposi nella esplicazione del rapporto coniugale. Autonomia



che già a prima vista si presenta con caratteristiche peculiari, tali da motivare l'autorevole affermazione che l'accordo tra i coniugi previsto dall'art. 144 cod. civ. è al tempo stesso atto negoziale – perché caratterizzato dalla c.d. volontà degli effetti – e però anche comportamento dovuto. È opinione pacifica, infatti, che i coniugi abbiano un vero e proprio obbligo di sottostare alla regola dell'accordo, sia nel senso che essi non possono consensualmente derogarvi, sia nel senso che essi devono tenere un comportamento volto a favorire il raggiungimento dell'intesa. Ovviamente, il rifiuto di uno dei coniugi di aderire a una decisione dell'altro non costituisce di per sé violazione di un dovere coniugale, ma un reiterato ed ingiustificato diniego di concordare l'indirizzo della vita coniugale può invece motivare non solo la richiesta di separazione giudiziale per intollerabilità della convivenza, ma anche l'addebito della separazione stessa. Dunque la doverosità dell'accordo trascende il profilo della prestazione dell'assenso a singoli atti di indirizzo, indicando piuttosto la necessità di adottare, nello svolgimento del rapporto coniugale, il metodo della ricerca del consenso.

La fisionomia che, alla luce dell'art. 144 cod. civ., è stata assunta dalla famiglia quale «luogo di ricerca dell'accordo» chiaramente implica un fortissimo impulso nella direzione del riconoscimento in tale ambito dell'operatività dell'autonomia negoziale familiare, inducendo ad utilizzare con sempre minori remore le categorie negoziali anche con riferimento agli assetti d'interessi inerenti ai rapporti personali.

La negozialità dell'accordo sull'indirizzo della vita familiare non è, tuttavia, affermazione incontestata. Un primo orientamento nega che il consenso sull'indirizzo della vita familiare costituisca espressione di autonomia privata in quanto la sua finalità non sarebbe rivolta al soddisfacimento di interessi individuali ma al perseguimento del superiore interesse della famiglia; l'accordo andrebbe dunque qualificato come atto di esercizio di un *officium* e sarebbe caratterizzato da una discrezionalità vincolata.

*Contra*, non si può non ribadire che la dimostrata inesistenza di un interesse sovraordinato a quello che i singoli membri della famiglia hanno come individui e come partecipanti al gruppo comporta, come corollario, la rimozione di ostacoli alla configurabilità dell'accordo sull'indirizzo della vita familiare come estrinsecazione di un potere libero di autoregolamentazione di interessi privati. Un discorso diverso potrebbe valere solo con riferimento alle scelte coniugali inerenti ai figli, riguardo alle quali può sicuramente affermarsi che l'accordo costituisca esercizio di un *munus* funzionalizzato al soddisfacimento dell'interesse del minore. Tuttavia, è la stessa analisi del dato normativo a dimostrare come le intese suddette, sebbene possano teoricamente essere ricomprese nell'indirizzo della vita familiare, siano da tenere distinte dall'accordo di cui all'art. 144 cod. civ. Il quadro non è affatto mutato all'esito della recente riforma della filiazione.

Tuttora diversi, infatti, sono gli strumenti previsti dal legislatore per ovviare all'eventuale disaccordo. Mentre il dissenso su affari essenziali della famiglia, pur legittimando ciascuno dei coniugi ad invocare l'intervento giudiziale in via conciliativa, non permette al giudice di superare autoritativamente il contrasto se non ne è richiesto espressamente e congiuntamente da entrambi ex art. 145 cod. civ., in caso di disaccordo su questioni di particolare importanza inerenti all'esercizio della responsabilità genitoriale, l'autorità giudiziaria – ai sensi del comma 3 dell'art. 316 cod. civ., limitatosi, sul punto, a riprodurre la



previgente disciplina contenuta nel comma 5 della stessa disposizione – può risolvere la questione attribuendo il potere di decidere a quello dei genitori che nel caso concreto ritiene il più idoneo a curare l'interesse del minore. Poiché quest'ultima norma deve ritenersi applicabile anche nel caso in cui uno dei coniugi contesti la rispondenza all'interesse del minore di un accordo precedentemente raggiunto, pur nella permanenza delle circostanze di fatto che hanno giustificato l'intesa, e dunque il regolamento ivi contenuto è sindacabile e modificabile in ogni momento dall'autorità giudiziaria, con riguardo a tale fattispecie è lecito dubitare che l'accordo sia qualificabile come atto di autonomia privata dei coniugi.

Ciò non vuol significare che le problematiche sollevate dai due tipi di accordi siano caratterizzate da una assoluta incomunicabilità, poiché è evidente che l'interesse dei figli è coinvolto anche nelle scelte non direttamente attinenti all'esercizio della responsabilità genitoriale, come ad esempio la stessa decisione in merito alla residenza familiare, ovvero la determinazione del contributo che ciascun coniuge deve dare al mantenimento della prole. Tuttavia, la circostanza che le intese sull'indirizzo della vita familiare – a meno che non si traducano, per altro verso, in una violazione dei doveri genitoriali tale da consentire il ricorso al giudice ai sensi degli artt. 330 e 333 cod. civ.– non siano *ex officio* sostituibili con una eterovalutazione dei relativi interessi testimonia che la rispondenza dell'accordo al preminente interesse del minore costituisce soltanto uno dei parametri che concorrono alla valutazione della meritevolezza di tutela dell'atto e dunque alla sua validità, ma non un elemento idoneo a mutarne la funzione.

Altra tesi qualifica l'accordo di cui all'art. 144 cod. civ. come fatto giuridicamente rilevante, la cui efficacia però non è quella negoziale di un «reciproco impegno giuridico». La concordanza di intenti dei coniugi, infatti, costituirebbe semplicemente il presupposto per l'attribuzione di conseguenze giuridiche da parte dell'ordinamento e più precisamente della facoltà di ciascun coniuge di attuare le scelte concordate con effetti vincolanti anche per l'altro. Questa tesi, tuttavia, limitandosi a spostare l'attenzione dal momento genetico a quello effettuale dell'indirizzo della vita coniugale, elude in realtà il problema della *ratio* dell'ascrizione normativa di determinate conseguenze giuridiche all'accordo. L'accordo tra i coniugi ha rilevanza giuridica in quanto denuncia interessi meritevoli di tutela e ne programma la realizzazione. Conseguentemente, l'efficacia del «fatto» è disposta dalla legge in conformità dell'intento dei suoi autori; né varrebbe obiettare che le conseguenze giuridiche non sono scelte dalle parti poiché, come la migliore dottrina insegna, la predeterminazione normativa degli effetti non implica necessariamente la negazione all'atto della qualifica negoziale.

Più fondato è invece il ragionamento di chi, partendo dalla esatta considerazione che la qualificazione dommatica dell'accordo non debba rappresentare un *prius* dal quale ricavare la vincolatività del patto, ma piuttosto un *posterius* rispetto alla verifica dei dati normativi specifici riguardanti la suddetta vincolatività, arriva alla conclusione che la disciplina positiva dell'accordo escluda la sua riconducibilità allo schema del negozio, in quanto la sua relativa vincolatività obbedisce a schemi e parametri del tutto difformi rispetto a quelli negoziali.



Gli accordi tra coniugi in merito all'indirizzo della vita familiare, pur costituendo atti di autoregolamentazione di interessi privati, presentano aspetti di tale peculiarità da non consentire la meccanica trasposizione di concetti e regole elaborate in tema di rapporti giuridici patrimoniali e di contratti.

Innanzitutto, un punto su cui sia i fautori della natura negoziale delle intese coniugali sia quelli della tesi opposta concordano concerne la necessità che l'intesa tra i coniugi non comporti la cristallizzazione del rapporto ma, viceversa, sia suscettibile di adeguarsi in maniera elastica al mutamento della situazione di fatto che ne costituisce il presupposto. Chi propende per la negozialità dell'atto risolve il problema subordinando l'efficacia dell'accordo alla permanenza delle circostanze che ne hanno giustificato la stipula, secondo la nota clausola *rebus sic stantibus*, e sostenendo che il mutamento dei fattori esterni configuri una giusta causa di «revoca» del consenso o di «recesso» unilaterale dal regolamento, laddove invece la tendenziale stabilità del negozio giuridico imporrebbe, in assenza di modifiche dello *status quo ante*, il rispetto dell'accordo raggiunto.

La questione, tuttavia, richiede di essere collegata a quella delle conseguenze della violazione dell'intesa e del successivo dissenso unilaterale ingiustificato. Anche a tal proposito la dottrina è concorde nell'affermare la non coercibilità degli accordi coniugali, la cui inosservanza non potrebbe costituire il presupposto di un'azione giudiziale da parte del coniuge «adempiente», né allo scopo di promuovere un'esecuzione forzata né – almeno secondo l'opinione prevalente – per ottenere il risarcimento del danno. L'unico strumento a disposizione del coniuge che vuole esigere il rispetto dell'accordo consiste, a ben vedere, nel ricorso al giudice ex art. 145 cod. civ. al fine dell'esperimento del tentativo di conciliazione ed eventualmente – ma solo nel caso in cui l'altro coniuge acconsenta quanto meno ad attribuire il relativo potere al giudice (il che è ben difficile se egli si rifiuta di eseguire l'accordo) – di decidere giudizialmente sul contrasto. Infatti, nella nozione di «disaccordo» deve ritenersi compreso, oltre il caso del mancato raggiungimento dell'accordo, anche il successivo dissenso sulla persistente validità dell'intesa originaria nonché sulla rispondenza alla stessa dei comportamenti attuativi posti in essere.

A fronte di questi connotati, è comprensibile l'atteggiamento di chi finisce per considerare di scarsa utilità la qualificazione delle intese coniugali in termini negoziali, dato che l'accordo tra i coniugi rilevarebbe non tanto per la vincolatività di ciò che si è concordato quanto per il dovere di impegnarsi reciprocamente all'effettivo raggiungimento dell'intesa. Tuttavia, a differente conclusione in merito all'impegnatività delle intese coniugali può giungersi approfondendo ulteriormente il dettato normativo concernente le conseguenze giuridiche dell'accordo. Come si è già detto, l'art. 144, comma 2, cod. civ. attribuisce a ciascun coniuge il potere di attuare disgiuntamente l'indirizzo concordato. Si è anche specificato che la norma suddetta non si riferisce ad un mero potere esecutivo, ma attribuisce al soggetto agente una limitata sfera di discrezionalità nel decidere le concrete modalità di attuazione. Restano ancora da definire, però, la natura e l'ambito di tale potere, soprattutto con riferimento agli atti di natura patrimoniale.

Sull'argomento non vi è, in dottrina, piena uniformità di vedute. Vi è sufficiente concordia soltanto sull'opinione che il richiamo a concetti quali quello della rappresentanza isti-



tuzionale *ex lege* o della gestione d'affari, utilizzati nel vigore della precedente disciplina allo scopo di giustificare dommaticamente la responsabilità del capo famiglia per le obbligazioni assunte dalla moglie nella gestione ordinaria del *ménage*, sia del tutto inappropriato nella nuova organizzazione familiare, caratterizzata dall'abbandono dello schema del c.d. potere domestico. Viceversa, è discusso se il potere di attuazione dell'indirizzo concordato abbia una esclusiva valenza *inter partes* o rilevi anche *erga omnes*, implicando l'imputabilità degli atti compiuti separatamente da ciascun coniuge nei confronti dei terzi anche all'altro coniuge e dunque la responsabilità di entrambi per le obbligazioni assunte in esecuzione dell'accordo sulla conduzione del *ménage*.

La prima tesi, che trova conforto nel prevalente orientamento giurisprudenziale, circoscrive la portata dell'art. 144 cod. civ. ai soli rapporti interni al nucleo familiare, escludendo, in mancanza di un'espressa regolamentazione legislativa, che l'interprete possa derogare alla disciplina generale della responsabilità contrattuale tramite l'imputazione di quest'ultima ad un soggetto che non abbia rivestito il ruolo di parte, né in senso formale né in senso sostanziale, dell'atto costitutivo dell'obbligazione.

Di contro, può obiettarsi che nell'ambito dei rapporti patrimoniali tra coniugi la regola dell'accordo viene in evidenza come principio ulteriore e diverso rispetto a quelli generali del contratto e della comunione ordinaria, che giustifica le apparenti «deviazioni» da questi ultimi: la responsabilità solidale dei coniugi per le obbligazioni del *ménage* è infatti coerente con il combinato disposto degli artt. 143 e 144 cod. civ. ed è regola più rispondente ai principi costituzionali che reggono l'attuale sistema familiare, dei quali la normativa codicistica riformata rappresenta attuazione. In particolare, tale regola è di importanza decisiva per garantire l'operatività dell'accordo in tema di contribuzione e dunque l'effettività del relativo dovere. Infatti, l'art. 143 cod. civ., nello stabilire il criterio proporzionale di contribuzione ai bisogni della famiglia, non precisa come si debba valutare l'ammontare totale del fabbisogno, al di là di quelle che sono le esigenze imprescindibili del nucleo familiare. È dunque evidente che è demandata all'accordo tra i coniugi l'individuazione dei singoli e concreti bisogni della famiglia da soddisfare. Tuttavia, qualora i coniugi si trovassero in condizioni di disparità economica e quello più abbiente non si attivasse per attuare l'indirizzo concordato, negare all'altro un potere di iniziativa patrimoniale con effetti impegnativi anche per il patrimonio del primo significherebbe vanificare, insieme all'accordo, i principi di solidarietà familiare e di eguaglianza sostanziale che caratterizzano il rapporto coniugale.

Deve perciò ritenersi che la scissione tra un profilo interno, nel quale opererebbe il principio dell'accordo, ed un profilo esterno, retto dalle regole generali vigenti per l'esercizio dell'autonomia individuale del soggetto agente, sia da escludere. La sfera di operatività dei suddetti principi non può limitarsi al c.d. aspetto interno dell'obbligazione: il profilo funzionale interferisce su quello strutturale del rapporto obbligatorio, di modo che la strumentalizzazione di quest'ultimo al soddisfacimento dell'interesse familiare incide sulla correlativa disciplina, estendendo la responsabilità contrattuale anche al coniuge che non ha agito. Ovviamente, ciò d'altro canto comporta che in linea di massima il potere attuativo esterno trovi nell'indirizzo concordato anche il suo limite sostanziale, nel senso che, costituendone mera attuazione, ad esso deve adeguarsi.



Discorso parzialmente diverso potrebbe valere in regime di comunione legale tra i coniugi, laddove il combinato disposto degli artt. 186, lett. c, e 189 cod. civ. è idoneo a legittimare anche comportamenti che non rientrano nello svolgimento dell'indirizzo concordato o addirittura vi contrastano, qualora venga positivamente valutata la rispondenza del singolo atto posto in essere – sia esso di ordinaria o straordinaria amministrazione – all'interesse della famiglia. Tuttavia, anche nell'ambito di tale regime l'importanza dell'accordo si rivela sotto il profilo della responsabilità patrimoniale personale del coniuge che non ha agito: l'esclusione dalla caduta immediata in comunione dei redditi dei coniugi – i quali rappresentano in genere la fonte primaria cui attingere per la contribuzione ai bisogni della famiglia – comporta infatti che solo la determinazione consensuale del tenore di vita familiare garantisce, nel corso del regime, a ciascun coniuge di influire sull'utilizzazione del reddito dell'altro.

A maggior ragione, in regime di separazione dei beni l'accordo tra i coniugi si presenta come presupposto indispensabile della imputazione solidale della responsabilità ad entrambi per le obbligazioni contratte da uno di essi in attuazione dell'indirizzo concordato. Deve ritenersi, di conseguenza, che il coniuge che non ha partecipato all'atto possa opporre al creditore la mancata corrispondenza di esso al contenuto di un pregresso accordo purché quest'ultimo fosse dal terzo conosciuto o almeno conoscibile usando l'ordinaria diligenza.

Si può concludere, allora, che l'effetto essenziale dell'accordo di cui all'art. 144 cod. civ. è un effetto di natura negoziale costitutivo di potere, con funzione di regolamentazione della vita familiare. In altri termini, l'impegnatività dell'intesa non va ricercata nella nascita, in capo ai coniugi, di obblighi determinati, ma piuttosto nella costituzione del potere reciproco di agire con effetti vincolanti anche per il coniuge che non abbia partecipato all'atto. A ciò si accompagna sicuramente un profilo di «doverosità» del rispetto dell'accordo, soprattutto laddove l'intesa concerna le modalità di svolgimento dei diritti e doveri coniugali e dunque ne costituisca strumento concreto di attuazione. Tuttavia, l'incoercibilità di tale dovere non esclude la vincolatività dell'accordo più di quanto l'incoercibilità dei doveri di natura personale nascenti *ex lege* dal matrimonio escluda la giuridicità degli stessi. Etero ed autonomia concorrono, in altre parole, con pari rilevanza giuridica a definire lo svolgimento del rapporto coniugale, e lo strumento negoziale, una volta adattato alle peculiarità delle relazioni familiari, rappresenta il principale modo di esplicazione del potere di autoregolamentazione.

Ciò non vuol dire che non siano configurabili, nello svolgimento della vita familiare, anche esplicazioni di autonomia di minore intensità. In particolare, come è stato teorizzato, è frequente che tra i coniugi vi sia un semplice stato di «concordia» o non-dissenso che, pur non sfociando in un accordo di natura negoziale, legittima comunque ciascuno di essi ad orientare il proprio comportamento anche verso un «consolidamento» della situazione esistente. In tal caso, tuttavia, l'ambito del potere unilaterale di agire in attuazione dell'indirizzo incontestato sarebbe limitato allo svolgimento prevedibile della situazione esistente, laddove l'assunzione di decisioni o impegni di rilevanza straordinaria non può non rappresentare questione che necessita di uno specifico consenso. Inoltre, la semplice prassi



concorde potrebbe essere soggetta in qualsiasi momento, oltre che alla clausola *rebus sic stantibus*, anche al mutamento di idea di ciascun coniuge.

La qualificazione in termini negoziali dell'accordo non sembra, infine, operazione dommatica inutile in quanto la disciplina generale del negozio, pur non risultando ad esso pienamente applicabile, contiene una serie di principi che sono sicuramente vevoli anche in *subiecta materia*. Ad esempio, il ruolo della volontà nell'accordo sull'indirizzo della vita familiare giustifica il rilievo da attribuire, a garanzia dei dichiaranti, alle patologie che su di essa influiscono, quali i vizi del volere o l'incapacità naturale. Non è contraddittorio rispetto a tale opinione sostenere che i meccanismi di invalidazione previsti in materia di contratti non possano essere ivi trasposti *tout court*, in quanto l'esistenza di una specifica disciplina dell'intervento giudiziale nelle questioni concernenti l'accordo sull'indirizzo richiede l'adeguamento della normativa generale alle peculiarità del singolo settore e la ricostruzione dei rimedi processuali in maniera coerente con l'impianto strutturale complessivo. Non sembra, in altri termini, necessaria una specifica impugnazione dell'accordo, poiché la questione può essere risolta dinanzi al giudice adito *ex art.* 145 cod. civ. dal coniuge che abbia compiuto l'atto in condizione di incapacità naturale o la cui volontà sia stata viziata al momento del suo compimento. Il dissenso successivo al venir meno della patologia o alla sua scoperta, cioè, può essere parificato a quello derivante dall'inesistenza dell'accordo, con l'ulteriore conseguenza di svincolare, in seguito al riconoscimento giudiziale dell'invalidità negoziale, il soggetto tutelato dal dovere di eseguire quanto concordato. Se, invece, l'accordo sia già stato eseguito dall'altro coniuge, deve ritenersi che la sussistenza dell'incapacità o di un vizio del volere possa essere opposta dal dichiarante al creditore che pretenda l'adempimento, in quanto la caduta dell'intesa incide retroattivamente sul potere unilaterale di agire con effetti vincolanti per colui che non ha partecipato all'atto esecutivo, salva comunque la tutela del terzo di buona fede. A maggior ragione, deve affermarsi che l'esistenza di una causa di nullità dell'accordo ne determini l'immediata inoperatività, senza nemmeno il limite dell'affidamento dei terzi. In particolare, come si è già avuto modo di dire in merito alla penetrante esigenza di controllo della liceità e della meritevolezza di tutela degli atti di svolgimento dell'autonomia familiare, l'esito negativo del doppio giudizio, in negativo ed in positivo, compiuto sull'intesa coniugale ne determina la totale improduttività di conseguenze giuridiche, che può essere dichiarata dal giudice su richiesta di chiunque vi abbia interesse.

Se, dunque, l'accordo investe ogni aspetto della vita familiare, determinando anche le concrete modalità di attuazione dei singoli doveri nascenti dal matrimonio, l'autonomia privata non potrà però spingersi fino a limitare o vanificare questi ultimi, o comunque a violare la paritaria posizione dei coniugi nell'ambito del nucleo familiare.

Così, ad esempio, se da un lato gli sposi, nella determinazione dell'indirizzo familiare, possono prevedere che la coabitazione venga temporaneamente o periodicamente sospesa per legittimi motivi, quali ragioni di lavoro; d'altro lato, deve considerarsi sicuramente inammissibile un accordo che sopprima completamente il relativo dovere. Non può, in contrario, addursi la possibilità attribuita dallo stesso legislatore ai coniugi di avere domicili separati: altro, infatti, è il domicilio, altro la residenza quale dimora abituale, rispetto alla



quale il coabitare sotto lo stesso tetto appare essenziale al fine di garantire il pieno adempimento degli obblighi di assistenza e collaborazione reciproci ed in definitiva a realizzare l'unità familiare.

Analogamente, con riferimento ai doveri di assistenza morale e materiale, di collaborazione nell'interesse della famiglia e di contribuzione, mentre non viene messa in discussione la liceità di un'intesa coniugale volta a stabilire il concreto apporto di ciascuno dei coniugi al *ménage*, nell'attribuzione dei compiti e nella determinazione delle modalità di adempimento risultano imprescindibili i canoni dell'eguaglianza e della solidarietà familiare. Pertanto, per quanto concerne, in particolare, l'obbligo di contribuzione, non può non ritenersi inderogabile il criterio di ripartizione proporzionale.

In merito all'obbligo di fedeltà, deve ribadirsi il suo carattere qualificante il rapporto coniugale. L'obbligo in questione, inteso nel significato complessivo di dedizione fisica e spirituale di ciascun coniuge all'altro, è anzi da considerare come riassuntivo della stessa essenza giuridica del vincolo sia secondo la legge che per la coscienza sociale diffusa. Come tale, esso non sarebbe derogabile senza snaturare l'essenza del vincolo familiare. A proposito dei comportamenti sessuali dei coniugi, è altresì discussa la rilevanza giuridica, oltre che la validità, delle intese in merito ai rapporti sessuali tra i medesimi, da taluno non a torto reputate insuscettibili di qualsiasi accordo programmatico. In ogni caso, appare evidente l'insindacabilità di siffatte questioni da parte del giudice.

Dovrebbero infine esulare dalla regola dell'accordo le modalità di svolgimento dei diritti personalissimi di ciascun coniuge, poiché essi sono protetti all'interno della famiglia parimente che nelle altre formazioni sociali e dunque possono essere liberamente esercitati, in via di principio, senza necessità dell'altrui consenso. Sicuramente alcuni di tali diritti, come ad esempio quello di libertà sessuale o quello di libera circolazione, interferendo con le posizioni giuridicamente tutelate nascenti dal vincolo coniugale, subiscono delle limitazioni nell'esercizio; ma più che limiti in senso tecnico rilevano qui i rispettivi doveri stabiliti dalla legge e la loro concreta determinazione ad opera dei coniugi: la questione è dunque di limite interno, funzionale. Di là da tale aspetto, deve riconoscersi che i diritti della personalità non direttamente coinvolti dalla vicenda coniugale non sono sottoposti alla regola dell'accordo.

Il problema di conciliare la libertà personale del coniuge con le esigenze della famiglia è particolarmente sentito con riguardo al diritto, costituzionalmente garantito, di scelta dell'attività lavorativa, dal momento che il suo svolgimento può facilmente interferire con l'adempimento degli obblighi familiari. Nonostante l'opinione contraria di parte della dottrina, si è dell'avviso che anche in tal caso non vi sia, in linea generale, alcun dovere di concordare la scelta con l'altro coniuge, considerato che il diritto al lavoro è un fondamentale mezzo di esplicazione della personalità. Chiaramente, laddove lo svolgimento della relativa attività si traduca in una concreta, oggettiva violazione dei doveri che gravano sul soggetto quale membro della famiglia, ciò potrebbe costituire elemento rilevante in sede di addebito della separazione, ma in tal caso ad essere sanzionato sarebbe il comportamento in sé e non il rifiuto di subordinare la decisione al consenso del coniuge.



Se, dunque, nell'oggetto dell'accordo di cui all'art. 144 cod. civ. rientrano esclusivamente le decisioni inerenti ai rapporti tra i coniugi, con riferimento all'indirizzo della vita coniugale ed allo svolgimento dei diritti e dei doveri nascenti dal matrimonio, secondo taluno occorrerebbe ancora distinguere in base all'essenzialità o meno della questione, alla luce di quanto dispone l'art. 145 cod. civ. Si argomenta, infatti, da quest'ultima norma che se il legislatore ha previsto l'intervento giudiziale solo riguardo agli affari essenziali, vuol dire che solo essi sono sottoponibili al controllo esterno in base a parametri oggettivi di valutazione che tengano conto delle esigenze della famiglia. Gli accordi sulle questioni minori resterebbero perciò affidati al «senso di responsabilità» dei coniugi sia per quanto concerne il raggiungimento dell'intesa, sia per quanto riguarda il successivo dissenso. Gli accordi su affari non essenziali avrebbero comunque rilevanza, legittimando ciascuno dei coniugi ad attuare unilateralmente l'indirizzo concordato, ma a differenza dalle intese concernenti affari essenziali ognuna delle parti potrebbe in ogni momento recedere dall'accordo, indipendentemente dall'avvenuta modifica delle circostanze di fatto che lo hanno giustificato. Al riguardo, occorre comunque sottolineare che la distinzione fra affari essenziali e non essenziali, sicuramente rilevante alla luce del dettato normativo, non sembra proponibile in termini rigidi e astratti, dovendosi di volta in volta valutare, piuttosto, l'importanza della questione ed il ruolo del relativo accordo con riferimento al concreto andamento della vita familiare<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> La cognizione dei diritti e dei doveri reciproci dei coniugi, di cui all'art. 143 cod. civ., non può non risentire del passaggio da una concezione verticistica, pubblicistica della famiglia ad una coincidente con quella di formazione sociale strumentale per la compiuta e corretta realizzazione della personalità dei suoi singoli membri (si rimanda a quanto già osservato nelle indicazioni bibliografiche di cui al par. 3).

Ne deriva l'opportunità di riservare una particolare attenzione al profilo funzionale del rapporto coniugale; così, lo stesso obbligo di fedeltà (F. SANTORO PASSARELLI, in *Commentario alla riforma del diritto di famiglia*, a cura di Carraro, Oppo, Trabucchi, I, 1, Padova, 1976, p. 241; A. PINO, *Il diritto di famiglia*, II ed., Padova, 1977, p. 85; G. FURGIUELE, *Libertà e famiglia*, Milano, 1979, p. 163 ss.) tende – in virtù della sua stessa *ratio* – a consolidare e salvaguardare la comunione di vita; cfr. Cass. 28 febbraio 1980, n. 1400, in *Giur. it.*, 1980, I, 1, c. 984 ed anche Trib. Genova 31 gennaio 1981, in *Vita not.*, 1982, p. 308.

Superata l'angusta prospettiva della mera “*deditio juris in corpus*”, dottrina e giurisprudenza hanno concordemente optato per una più ampia e flessibile nozione di fedeltà. Unanime è l'opinione secondo cui il dovere di fedeltà non si riduce ad un mero e reciproco obbligo di astensione da relazioni sessuali extraconiugali. La fedeltà configura un “impegno di fedeltà reciproca”, per G. BONILINI, *Manuale di diritto di famiglia*, 4a ed., Torino, 2006, p. 89. Parlano di “impegno di lealtà”, F. RUSCELLO, *I diritti e doveri nascenti dal matrimonio*, in *Tratt.*, a cura di P. Zatti, I, Milano, 2011, p. 745 e P. ZATTI, *I diritti e i doveri che nascono dal matrimonio*, in *Tratt.*, a cura di P. Rescigno, 3, II, Torino, 1996, p. 39. Nello stesso ordine di idee, M. SESTA, *Manuale di diritto di famiglia*, Vicenza, 2015, p. 67, ritiene che la nozione di fedeltà coincida con quella di lealtà. Nel dovere de quo deve essere ricompreso anche il divieto, per la donna, di ricorrere a pratiche di fecondazione eterologa e ad interruzioni della gravidanza; per il marito, il divieto di donazioni di seme, per M. PARADISO, *I rapporti personali tra coniugi*, in *Comm.*, a cura di P. Schlesinger, Milano, 1990, p. 33.

In giurisprudenza, si segnala, anzitutto, l'intervento risolutivo di Cass., 18 settembre 1997, n. 9287, in *Giust. civ.*, 1997, I, p.2383. Cfr. Trib. Roma 17 settembre 1988, in *NGC*, 1989, I, p.559 e ss. Più di recente, Trib. Bari 13 luglio 2007, riprendendo ed ulteriormente specificando la nozione di fedeltà delineata nelle due pronunce richiamate, ha precisato che l'obbligo di fedeltà non può più essere inteso come mero obbligo di esclusiva sessuale. In questo senso, si è ritenuto che costituisce violazione dell'obbligo di fedeltà con conseguente ad-

debito della separazione, la relazione del coniuge con estranei, la quale, pur non sostanziandosi in un vero e proprio adulterio, offenda la dignità e l'onore dell'altro coniuge, in ragione degli aspetti esteriori con cui sia condotta nell'ambiente in cui i coniugi abitualmente svolgono la vita familiare. Così Cass., 12 aprile 2013, n. 8929.

Con riguardo alla rilevanza della violazione dell'obbligo di fedeltà ai fini dell'addebito della separazione, è concordemente riconosciuta in dottrina ed in giurisprudenza la necessità di operare una valutazione casistica, globale e comparativa dei comportamenti posti in essere da entrambi i coniugi, al fine di verificare quali fattori abbiano in concreto determinato l'intollerabilità della convivenza. In questa prospettiva, si è costantemente affermato che la violazione del dovere di fedeltà, benché reiterata, rileva ai fini dell'addebitabilità della separazione soltanto quando sia stata causa o concausa della frattura del rapporto coniugale, e non anche quando risulti non avere concretamente e negativamente inciso sull'unità familiare e sulla prosecuzione della convivenza, essendo state l'una e l'altra irrimediabilmente compromesse dal pregresso comportamento licenzioso ed offensivo dell'altro coniuge. *Ex multis*: Cass., 14 febbraio 1990, n.1099; Cass., 1 giugno 2012, n. 8862; Cass., 9 aprile 2013, n. 8675. Sul punto, nella giurisprudenza di merito, Trib. Genova, 29 marzo 2012 ha escluso la rilevanza del tradimento intervenuto a "situazione ormai compromessa", quando, cioè, si sia già verificata l'intollerabilità della convivenza. Sulla necessaria sussistenza di un nesso di causalità tra l'infedeltà e crisi coniugale, v., in particolare: Cass., 14 ottobre 2005, n. 20536; Cass., 12 aprile 2006, n. 8512; Cass., 12 giugno 2006, n. 13592; Cass., 7 dicembre 2007, n. 25618 2007). In senso contrario, è rimasta isolata Cass., 23 maggio 2005, n.6276, con nota di F. SALERNO, *Rifiuto di rapporti sessuali e addebito della separazione giudiziale*, in *Giur. it.*, 2006, I, p. 37. In dottrina, F. SANTORO PASSARELLI, *Dei doveri e dei diritti che nascono dal matrimonio. Note introduttive agli articoli 143-146*, in *Comm.*, a cura di G. Cian, G. Oppo e A. Trabucchi, II, Padova, 1992, p. 510; P. ZATTI, cit., p. 41; G. ENRIQUEZ, *La valutazione comparativa del comportamento dei coniugi*, in *GI*, 2001, I, p.239. È stato, invece, ritenuto motivo di addebito della separazione, perché lesivo delle regole di riservatezza e dei doveri di fedeltà, correttezza e rispetto derivanti dal matrimonio, il comportamento del coniuge, tenuto in pubblico, offensivo ed ingiurioso nei confronti dell'altro, accompagnato da insistenti pressioni (*mobbing*) atte ad indurlo a lasciare la casa familiare, da App. Torino, 21 febbraio 2000. A tale ultimo riguardo, deve segnalarsi la recente Cass., 19 giugno 2014, n. 13983, che ha escluso che il comportamento del coniuge "mobber" integri, di per sé, una violazione degli obblighi sanciti dall'art. 143 cod. civ.

Quanto alla prova della violazione del dovere *de quo*, grava sulla parte che, per l'inosservanza dell'obbligo di fedeltà, richiama l'addebito della separazione all'altro coniuge, l'onere di provare la relativa condotta e la sua nella determinazione dell'intollerabilità della convivenza, il coniuge contro cui la domanda è stata proposta: così, Cass., 14 marzo 2014, n. 6017; Cass., 14 febbraio 2012, n. 2059.

Per quanto concerne, invece, la risarcibilità dei danni derivanti dall'inosservanza del dovere di fedeltà, pacificamente ammessa è la "concorrente rilevanza" della lesione del dovere di fedeltà: sia ai fini della separazione o della cessazione del vincolo coniugale e delle pertinenti statuizioni patrimoniali sia quale "fatto generatore di responsabilità aquiliana". Ne deriva che la violazione del dovere di fedeltà dà luogo ad un'azione autonoma, tesa ad ottenere la riparazione dei danni non patrimoniali, a prescindere dai rimedi propri del diritto della famiglia. In termini, Cass., 10 maggio 2005, n. 9801. Ha limitato il risarcimento del danno non patrimoniale, conseguente alla violazione dell'obbligo di fedeltà alla sola ipotesi in cui coniugi optino per la separazione consensuale omologata in luogo di quella giudiziale, a prescindere dalla declaratoria del relativo addebito, Cass., 9 settembre 2011 n. 18853. In dottrina, sul punto, G. RICCIO, *Famiglia e responsabilità civile*, in G. AUTORINO STANZIONE (diretto da), *Il diritto di famiglia nella dottrina e nella giurisprudenza. Trattato teorico-pratico*, I, Torino, 2005, p.408. V. anche G.F. BASINI, *Infedeltà matrimoniale e risarcimento. Il danno «endofamiliare» tra coniugi*, in *FPS*, 2012, p.92 ss.

Nella misura in cui richiede ai coniugi un reciproco sostegno spirituale ed economico, l'obbligo all'assistenza morale e materiale, unitamente all'obbligo di fedeltà, costituisce il "necessario completamento di quell'impegno di vita" assunto con il matrimonio. Così, M. SESTA, cit., p. 67. Cfr. T. AULETTA, *Diritto di famiglia*, Torino, 2011, p. 53; G. BONILINI, cit., p. 90. F. RUSCELLO, cit., p. 754; M. PARADISO, cit., p. 41. Nell'inderogabile dovere di assistenza morale e materiale – per costante giurisprudenza – devono essere ri-

compresi tutti gli aspetti di sostegno nei quali si estrinseca il concetto di comunione coniugale. Pertanto, contravviene a tale dovere anche il coniuge che, senza giustificato motivo, persistentemente rifiuti di intrattenere rapporti sessuali con l'altro, sì da provocargli frustrazione e disagio, nonché irreversibili danni sul piano dell'equilibrio psicofisico e, comunque, ledendo la sua dignità personale: v. Cass., 23 maggio 2005, n. 6276. Del pari, integra una violazione del dovere in esame, il comportamento sprezzante ed insensibile che un coniuge abbia tenuto nei confronti dell'altro, gravemente malato, rifiutando, altresì, di prestargli l'aiuto necessario e l'adeguato conforto spirituale a seguito del peggiorare delle condizioni di salute dello stesso: così App. Napoli, 8 marzo 2007. Sono altresì suscettibili di configurare una violazione del dovere di assistenza morale e materiale – oltre che dell'obbligo di concordare l'indirizzo della vita familiare –, rilevando ai fini dell'addebito della separazione, il comportamento prevaricatore di un coniuge sull'altro, assolutamente incompatibile con il fondamento comunitario della vita familiare, ed il suo atteggiamento eccessivamente rigido, “sordo alle valutazioni ed alle richieste dell'altro coniuge”: così Cass., 2 settembre 2005, n.17710, nonché Cass., 19 gennaio 2015, n. 753.

Con riguardo all'obbligo dell'assistenza materiale – da non confondere con l'ulteriore dovere di contribuzione (ex art. 143, comma 3, cod. civ.) – vedi G. GHEZZI, *Ordinamento della famiglia, impresa familiare e prestazione di lavoro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1976, p. 1368 e G. FURGIUELE, *op. ult. cit.*, p. 116. Contra, A. FALZEA, *Il dovere di contribuzione nel regime patrimoniale della famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 1977, I, p. 616. Cfr. Cass. 12 aprile 1979, n. 2153, in *Dir. fam. e pers.*, 1979, p. 1130; Trib. Patti 10 dicembre 1980, *ivi*, 1981, p. 550 ed App. Messina 23 novembre 1979, *ivi*, 1981, p. 478.

Limitatamente all'obbligo di «collaborazione nell'interesse della famiglia» taluno (F. SANTOSUOSSO, *Il matrimonio e il regime patrimoniale della famiglia*, in *Giur. sist. civ. e comm.*, diretta da W. Bigiavi, Torino, 1960, p. 527 e C.M. BIANCA, *Diritto civile, 2. La famiglia. Le successioni*, Milano, 1981, p. 51) sposta l'attenzione a favore del ruolo «assorbente» del dovere di contribuzione. Non del tutto dissimile è l'opinione di S. ALAGNA, *Famiglia e rapporti tra coniugi nel nuovo diritto*, II ed., Milano, 1983, p. 154. Con riguardo alla peculiare natura del dovere di collaborazione, v. F. BONAMINI, *Il dovere coniugale di collaborazione alla luce dei principi della costituzione*, in *FPS*, 2010, p. 143 ss., il quale rinviene l'addentellato costituzionale del dovere de quo nel principio di eguaglianza morale e giuridica dei coniugi ex art. 29 Cost. e nel principio personalistico di cui all'art. 2 Cost.. Diretta espressione del principio di solidarietà familiare, il dovere di collaborazione, al pari dei doveri di assistenza morale e materiale è coesistente alla realizzazione della comunione materiale spirituale fra i coniugi. In questo senso, F. NADDEO, *Il governo della famiglia* in G. AUTORINO - F. NADDEO - P. STANZIONE, *tudi sul diritto di famiglia*, Salerno, 2012, p. 63, cui si rinvia per una puntuale ed ampia disamina della questione concernente i limiti dell'autonomia privata nella regolamentazione dei diritti e dei doveri di cui all'art. 143 cod. civ.. L'A. non manca di rilevare la stretta interrelazione sussistente tra il dovere di collaborazione e i doveri di assistenza morale e materiale, nonché la loro correlazione con l'obbligo di fedeltà. Prospetta un “intimo collegamento” tra il dovere di collaborazione e il “principio dell'accordo tra i coniugi”, F. RUSCELLO, *cit.*, p. 762, il quale rileva che il dovere di collaborazione si esplica anche nell'ambito della scelta della casa familiare ex art. 145 cod. civ. A tale ultimo riguardo, v. Cass., 11 aprile 2000, n.4558, secondo cui non costituisce violazione del dovere di collaborazione nella scelta della residenza familiare il rifiuto del coniuge di convivere con l'altro, laddove sussista una deroga convenzionale delle parti in tal senso. Evidenzia la dimensione più marcatamente comunitaria del dovere di collaborazione rispetto a quello di assistenza che, invece, si esaurisce nel rapporto coniugale, T. AU-LETTA, *cit.*, p. 55. Muovendo da tale rilievo altra parte della dottrina propende per l'autonoma configurazione del dovere medesimo V.G. VILLA, *Gli effetti del matrimonio*, in *Tratt.*, a cura di G. Bonilini e C. Cattaneo, Torino, 2000, p. 359. Analoga tendenza si rinviene nella più recente giurisprudenza di legittimità, giunta ad ammettere la configurabilità di una “autonoma violazione” del dovere in parola. Esemplificativa in tal senso è Cass., 11 luglio 2013, n. 17199, per avere riconosciuto che la decisione di uno dei coniugi di dedicarsi ad un'attività lavorativa retribuita o ad altra occupazione – pur non avendone la necessità, per essere l'altro disposto ad assicurargli con le proprie risorse il mantenimento di un tenore di vita adeguato – al fine di affermare la propria personalità anche al di fuori dell'ambito strettamente domestico, costituisce motivo di addebito



# THE PROTECTION OF FUNDAMENTAL RIGHTS IN THE EU LEGAL FRAMEWORK: HISTORY OF A COMPLEX RELATIONSHIP

VIRGILIO D'ANTONIO  
GIORGIO GIANNONE CODIGLIONE\*

SUMMARY: 1. Introduction – 2. EU and Fundamental Rights: A Contradictory Relationship – 3. Three “Seasons”: “Negatory”, “Pretoric” and “Of Codification” – 4. The Current Multi-level System – 5. Fundamental Rights as Principles, Values, Rules – 6. Conclusions.

1. Within the instability of the EU political and economic framework, the system of fundamental rights plays an increasingly important role – not only in the pursuit of a right that is both effective and certain, but above all in the defence of the principles and values shared by a community and, therefore, in the construction of an identity that could be defined as “European”<sup>2</sup>.

---

della separazione, nei limiti in cui comporti una violazione dell'ampio dovere di collaborazione gravante su entrambi i coniugi e pregiudichi l'unità familiare.

\* This paper, although conceived jointly, must be attributed as follows: Virgilio D'Antonio, paragraphs 1 and 2, Giorgio Giannone Codiglione paragraphs 3, 4, 5, 6.

<sup>2</sup> FERRARI BRAVO, *La tutela dei diritti in Europa*, in *Eur. dir. priv.*, n. 1, 2001, p. 37 ss.; ZAGREBELSKY (ed.), *Diritti e costituzione nell'Unione europea*, Roma – Bari, 2003, *passim*; MANZELLA, *L'identità costituzionale europea*, in *Studi in onore di Leopoldo Elia*, vol. II, Milano, 1999; BIFULCO *et al.* (eds.), *L'Europa dei diritti*, Bologna, 2001, *passim*; PINELLI, *Cittadini, responsabilità politica, mercati globali*, *ibidem*; CARTABIA, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milano, 1995, *passim*; WEILER, *To be an European Citizen*, in *Studi in onore di Giuseppe Federico Mancini*, vol. II, Milano, 1998; PECES BARBAMARTINES, *Derechos fundamentales*, Madrid, 1983, *passim*; PANEBIANCO (ed.), *Repertorio della Carta diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, 2001, *passim*; MATSCHER e PETZOLD (eds.), *Protecting Human Rights: the European Dimension. Studies in Honour of Gérard J. Wiarda*, 2nd ed., Köln – Berlin – Bonn, 1990, *passim*; MANZELLA *et al.*, *Riscrivere i diritti in Europa*, Bologna, 2001; AZZENA, *L'integrazione attraverso i diritti*, Torino, 1998, *passim*; DE CUPIS, *I diritti della personalità*, in CICU - MESSINEO (eds.), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 1959, p. 44 ss.; FERRAJOLI, *I fondamenti dei diritti fondamentali*, in ID. (ed.), *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Roma-Bari, 2001, p. 279 ss.; RESCIGNO, «Personalità (diritti della)», in *Enc. giur.*, XXIII, Roma, 1990, p. 1 ss.; ZENO ZENCOVICH, «Personalità (diritti della)», in *Dig. IV*, disc. priv., sez. civ., XIII, Torino, 1995, p. 453 ss.; AUTORINO STANZIONE – STANZIONE, *Diritto civile e situazioni esistenziali*, Torino, 1997, *passim*; JORI, *Aporie e problemi nella teoria dei diritti fondamentali*, *ibidem*, p. 77 ss.; STRAMIGNONI, *Soggetto di diritto e diritti (fondamentali) del soggetto: autonomia, linguaggio e diritto comparato*, in *Riv. crit. dir. priv.*, n. 2, 2002, p. 223 ss.; HOHFELD, *Fundamental Legal Conceptions as Applied to Judicial Reasoning and Other Legal Essays*, New Haven, 1923; MORESO, *Conflitti tra principi costituzionali*, in *Ragion pratica*, n. 18, 2002, p. 207 ss.; VILLEY, *Le droit et les droits de l'homme*, Paris, 1983, *passim*; CASSESE, *I diritti umani nel mondo contemporaneo*, Roma-Bari, 1994; SIMPSON, *Human Rights and the End of Empire*, Oxford, 2001, *passim*.



This creative – and at the same time rebalancing – function, can be ascribed primarily to the historical nature of the concept of “fundamental rights” and to its ambiguity that is explained in the various theories that have reconstructed its nature, scope and effectiveness over the centuries.

On a subjective level, fundamental rights can refer to people, understood in a universal sense; to citizens – therefore in a statist sense; or else to subjects that can react – bringing us to the private law vision of rights attributable to the Western Legal Tradition.

In the contrast between “fundamental rights” and “subjective rights”, not only as a functional relationship between primary and secondary laws, but also in the sense of “competing” subjective situations, endowed with cogent effectiveness towards the State and third parties, the common legal-philosophical matrix of the two notions re-emerges.

Fundamental rights, in the form of the so-called human rights, borrowed the metaphysical link between nature and morality from the recognition of innate, inalienable and inviolable rights such as to freedom and equality bestowed in the first Declarations of rights at the end of the eighteenth century<sup>3</sup>.

The subjective rights – understood as “acquired rights” – operated on the fragmentation of individual status in the context of the contractual relationship established with the State, finding their place within the pandettistic matrix of the private law system as an expression of individual freedom, the power or primacy of the will imparted by the legal system or, specularly, in the form of interests recognized positively, that are protected against the interference of third parties<sup>4</sup>.

Looking at their content, fundamental rights embody this dual historical-evolutional matrix, seen from a substantial point of view in the contrast between negative freedoms (belonging to a state of law) and positive freedoms (that reflect the ideal nature of the social state), implemented in the praxis of judicial interpretation both on a horizontal and a vertical level in the relationships between citizens and the State. The environment that defines them, in fact, does not remain in the mere declamation of them, nor in a strict definition of rights and duties, but is explained in a constant and dynamic exercise of adaptation, guaranteed by the principles of case law<sup>5</sup>.

Moving beyond their merely individual dimension, discussing fundamental rights also means exploring their collective dimension: paradigmatic examples of this political and

---

<sup>3</sup> SNYDER (ed.), *Constitutional Dimensions of European Economic Integration*, Kluwer, 1996; SUDRE *et al.*, *Droit communautaire des droits fondamentaux*, Paris, 1999, *passim*; KNÖLL, *Die Diskussion um die Grundrechtscharta der EU aus dem Blickwinkel der deutschen Länder*, in *NJW*, 2000, p. 1845 ss.; DE VERGOTTINI, *La comparazione nel diritto costituzionale. Scienza e metodo*, in *Dir. e società*, 1986, p. 165 ss.; LOMBARDI, *Premesse al corso di diritto pubblico comparato*, Milano, 1986; BOGNETTI, *Introduzione al diritto costituzionale comparato*, Torino, 1994; GAMBARO - SACCO, *Sistemi Giuridici Comparati*, in SACCO (ed.), *Trattato di Diritto Comparato*, Torino, 1996; LOSANO, *I grandi sistemi giuridici*, Torino, 1978; ANCEL, *Utilité et méthodes du droit comparé*, Neuchâtel, 1871; COSTANTINESCO, *Il metodo comparativo*, PROCIDA MIRABELLI DI LAURO (transl. by), Torino, 2000.

<sup>4</sup> DI MAJO, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: aspetti giuridici e politici*, in *Eur. dir. priv.*, no. 1, 2001, p. 41 ss.

<sup>5</sup> RIDOLA, *Diritti fondamentali. Un'introduzione*, Roma, 2006, *passim*; DÍAZ CREGO, *Protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea y en los Estados miembros*, Madrid, 2009, p. 34 ss.



promotional perspective are the African Charter on Human and Peoples' Rights of 1981, the Islamic Declaration of Human Rights in Tunis in 1992 and the Declaration made in 1992 in Vienna during the UN Conference on Human Rights.

2. Reconstructing the “history” of European Community law from the point of view of fundamental rights, involves exploring a relationship that is rich in contradictions and in a state of continuous change.

As is well known, the EU legal system is characterised by its autonomous and supra-national nature: it has independent institutions and a particular system of sources, that on one hand influence to various degrees the legal systems of the Member States according to the principles of the autonomy, pre-eminence and direct effectiveness of certain acts (such as regulations) and, on the other hand, is placed in a local/general relationship with international law<sup>6</sup>.

Within the framework outlined briefly above – at least until the end of the 1970's – there was no room for fundamental rights.

The reason behind this radical exclusion of a codification of fundamental rights was primarily due to the predominantly economic and commercial foundations of the EU community. In this sense, neither the “gradualist and functionalist method” advocated by Jean Monnet, nor the “constituent” method of Altiero Spinelli expressly contemplated this necessity. On the other hand, Europe already had a Charter of Fundamental Rights (the EU Convention of Human Rights, ratified in Rome in 1950) that was traditionally placed at the top of an autonomous legal system, parallel to that of the EU, formed by a political body (the Council of Europe) and another judicial body (the EU Court of Human Rights)<sup>7</sup>.

3. The slow process of penetration of the logic of fundamental rights within EU law took place therefore through the courts, following a path that can be divided into three distinct “seasons”<sup>8</sup>.

The first season – that could be defined as “negatory”, sees fundamental rights as a foreign body, excluding in a radical manner any possible influence they could have over EU law.

In the *Stork* case in 1959<sup>9</sup>, the lack of jurisdiction of the Court of Justice is stated in the evaluation of an alleged violation of the fundamental principles of the Constitution of a Member State by the EU authority for coal and steel (ECSC).

---

<sup>6</sup> HARTLEY, *The Foundations of the European Community Law*, Oxford, 1994, *passim*, and LASOK - BRIDGE, *An Introduction to the Law and Institutions of the European Communities*, London, 1982.

<sup>7</sup> SPINELLI - ROSSI, *Il manifesto di Ventotene. Per un'Europa libera ed unita. Progetto d'un manifesto*, Roma, 1944; ALBERTINI, *Nazionalismo e federalismo*, Bologna, 1999, *passim*; ID., *Il federalismo*, Bologna, 1993.

<sup>8</sup> ROSAMOND, *Theories of European Integration*, Basigstoke, 2000, *passim* and ROSENAU - DURFEE, *Thinking Theory Thoroughly*, Boulder, 1995; DELMAS - MARTY (eds.), *The European Convention for the Protection of Human Rights: International Protections versus National Restrictions*, Dordrecht – Boston – London, 1992.



The impossibility for the Court to interpret and apply the norms of internal rights is confirmed in *Comptoirs de vente du charbon de la Ruhr* in 1960<sup>10</sup> and the Sgarlata case in 1965<sup>11</sup>.

In essence, in this initial phase the relationship between the States and the EU Community was characterised by the complete separation of competences, so the principle of the autonomy of the EU Community substantially prevented its legal bodies from protecting the fundamental rights enshrined in the Constitutions of the Member States, and consequently, the fundamental rights of the citizens.

This closed, radical position generated a real judicial rebellion on the part of some of the highest courts in the Member States. In Italy the Corte Costituzionale, in its judgment regarding the *Frontini* case (1973)<sup>12</sup> states that in the case that an EU Community law was found to be against the Italian Constitution, the “guarantee of a judicial review by this Court on the long term compatibility of the Treaty with the aforementioned fundamental principles” would always be ensured.

With its judgment in *Solange I* (1974)<sup>13</sup>, also the German *Bundesverfassungsgericht* states that despite complying with the so-called dual track of independence and mutual autonomy of the EU Community Law and German Law, in the case of conflict it would not be possible to decide on the “primacy of Community Law over national law, especially Constitutional Law, since EU law – as the generally recognised international law (Article 25 of the German Basic Law) – could have had priority over ordinary law, but not over that at Constitutional level”<sup>14</sup>.

Indeed, these sentences from the early 1970’s are followed by the first opening up of the Court of Justice to the issue of fundamental rights, giving rise to the second season that we can define as “pretoric”.

---

<sup>9</sup> ECJ, 4th February 1959 (case 1/58), available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/ALL/?uri=CELEX%3A61958CJ0001>.

<sup>10</sup> ECJ, 15th July 1960 (cases 36, 37, 38 and 40/59), available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:61959CJ0036>.

<sup>11</sup> ECJ, 1st April 1965 (case 40/64), available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A61964CJ0040/>.

<sup>12</sup> Italian Constitutional Court, 27th December 1973, no. 183, available at: <http://www.giurcost.org/decisioni/1973/0183s-73.html/>.

<sup>13</sup> BverfG, 29th May 1974 – BvL 52/71, in *BVerfGE* 37, p. 271 (c.d. Solange I), available at: <http://goo.gl/eAI5dp/>. OSSENBUHL, *Die Interpretation der Grundrechte in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, in *NJW*, 1976; RUPP, *Zur Verfassungsgerichtlichen Kontrolle des gemeinschaftsrecht am Maßstab der Grundrechte*, in *NJW*, 1974; MEIER, *Anmerkung zu BVerfGE 37, 271*, in *NJW*, 1974; FROMONT, *Note à l’ordonnance de la Cour constitutionnelle fédérale du 29 mai 1974*, in *RTDE*, 1975, 333; RIEGEL, *Zum Problem der Allgemeinen Rechtsgrundsätze und Grundrechte im Gemeinschaftsrecht*, in *NJW*, 1974, p. 1585 ss.; SCHEUNER, *Zum Beschluß des Bundesverfassungsgerichts vom 29. Mai 1974*, in *AoR*, 1975; HILF, *Zum Beschluß des Bundesverfassungsgerichts vom 29. Mai 1974. I. Auswirkungen auf die Gemeinschaftsrechtsordnung*, in *ZaöRV*, 1975.

<sup>14</sup> KNÖLL, *Die Diskussion um die Grundrechtscharta der Europäischen Union aus dem Blickwinkel der deutschen Länder*, in *NJW*, 2000, p. 1845 ss.



In the *Stauder* case (1969)<sup>15</sup>, the Court recognises its jurisdiction to guarantee the observance of “fundamental human rights”, understood as “general principles of the EU Community”.

This change of direction was predominantly political in nature, as it is instrumental in the affirmation of the primacy of EU law over that of the single Member States: in *Internationale Handelsgesellschaft* (1970)<sup>16</sup>, the Court of Justice reiterates that the protection of fundamental rights “whilst inspired by the constitutional traditions common to the Member States must be ensured within the framework of the structure and objectives of the Community”, emphasising subsequently that “In fact, the law stemming from the Treaty, an independent source of law, cannot because of its very nature be overridden by rules of national law, however framed, without being deprived of its character as Community law and without the legal basis of the Community itself being called in question. Therefore the validity of a Community measure or its effect within a Member State cannot be affected by allegations that it runs counter to either fundamental rights as formulated by the constitution of that State or the principles of a national constitutional structure”.

Having confirmed the importance of “Community” fundamental rights as autonomous from the rights laid down in the Constitutional Charters of the Member States, the question remained open on the effective content of these principles.

In the *Nold* case (1974)<sup>17</sup>, the Court follows an interpretive path of compromise, stating that “In safeguarding these rights, the Court is bound to draw inspiration from constitutional traditions common to the Member States, and it cannot therefore uphold measures which are incompatible with fundamental rights recognised and protected by the Constitutions of those States”, adding that “international treaties for the protection of human rights on which Member States have collaborated or of which they are signatories, can supply guidelines which should be followed within the framework of Community law”.

In other words, after *Nold*, the Community legal system is represented as a superordinate system of norms, the interpretation of which concurs with fundamental rights, that are represented in two forms – in the principles enshrined in the Constitutional Charters of the Member States, and in the European Declaration of Human Rights.

The role of “guide” and “limit” of fundamental rights in the interpretation process of Community law is then confirmed in the Joint Declaration on Fundamental Rights and the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms of the EU Parliament, the Council and the Commission (5 April 1977), in which there is official recognition of the prime importance of respecting fundamental rights “as derived in particular from the constitutions of the Member States and the European Convention for

---

<sup>15</sup> ECJ, 29th November 1969 (case 29/69), available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A61969CJ0029/>.

<sup>16</sup> ECJ, 17th December 1979 (case 11/70), available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A61970CJ0011/>.

<sup>17</sup> ECJ, 14th May 1974 (case 4/73), available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A61973CJ0004/>.



the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms’ in the exercise of powers and in pursuance of the objectives of the European Communities” in the exercise of powers and in the pursuit of the objectives of the EU Community<sup>18</sup>.

The commercial foundation of the EU Community, however, does not take long to re-emerge, strongly influencing the interpretation and balancing exercise entrusted to the Court of Justice. In *Hauer* (1979)<sup>19</sup>, the instrumental relationship between the protection of fundamental rights and the pursuit of the Community’s economic freedoms is underlined: for example, limits to property rights are allowed only if they comply with Community law and are therefore coherent with the aim of the common market.

The interpretive model outlined in the “pretoric” phase is then placed in the Preamble of the Single European Act of 1986, in which it is stated that amongst the primary aims of the Community is that of the promotion of a democracy based on “the fundamental rights recognised in the constitutions and laws of the Member States, in the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and the European Social Charter, notably freedom, equality and social justice”. The same is found in Article F.2 of the Maastricht Treaty (1992), by which “The Union shall respect fundamental rights, as guaranteed by the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms signed in Rome on 4 November 1950 and as they result from the constitutional traditions common to the Member States, as general principles of Community law”.

In addition, with the Amsterdam Treaty (1997), having established the foundational role of the principles of freedom, democracy, respect for human rights and fundamental freedoms and the State of Law (Art. 6), the Court of Justice is recognised as having the jurisdiction to verify the conformity of the actions taken by the institutions with the respect for fundamental rights (Art. 46 TEU); and also that the protection of fundamental rights becomes a precondition for the admission of new states to the European Union (Art. 49 TEU).

The “pretoric” season closes in a certain sense with the Treaty of Maastricht, with the construction of the subjective figure of the European citizen, to whom the political rights of freedom of movement and residence are recognized in the territory of a Member State (Article 21 TFEU), of active and passive voting in municipal elections in the Member State in which they reside, under the same conditions as the citizens of that State (Article 22 TFEU) and in the European elections, the right to petition the European Parliament (Article 24 (2) TFEU), the right to contact the European Ombudsman (Article 24 (3) TFEU) and to write to the institutions and to some Community bodies (and receive a reply) in one of the official languages of the EU (Article 24 (4) TFEU) and the right to pro-

---

<sup>18</sup> The full text is available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A41996X0815/>.

<sup>19</sup> ECJ, 13th December 1979 (case 44/79), available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A61979CJ0044>.



tection by the diplomatic and consular authorities of any Member State in non-European countries in which their State is not represented (Article 23 TFEU)<sup>20</sup>.

It is precisely this figure of the European citizen that creates an ideal bridge with the new season of codification: in 2000 the Charter of Nice (or Charter of Fundamental Rights of the European Union) was proclaimed and, after the failure of the Treaty adopting a Constitution for Europe (2003), the Lisbon Treaty (2007-2009) makes the rights embodied in the Charter as effective as those in the Treaties, equating their legal value.

4. The multilevel system currently in force in the European Union is therefore characterized by the coexistence of several “systems” of fundamental rights: fundamental rights deriving from the constitutional traditions of the Member States, the rights of the ECHR (which the EU explicitly adheres to in Article 6 (2) of the Treaty of Lisbon), the rights of the Charter of Nice, the original rights dating back to the foundation of the three communities (the so-called “fundamental freedoms of the common market”) as well as the political rights of citizens<sup>21</sup>.

The Charter of Fundamental Rights is divided into seven chapters, six of which are dedicated to listing specific types of rights, while the last chapter clarifies the scope of the Charter and the principles that govern its interpretation. A significant feature of the Charter concerns its innovative grouping of rights, with which it abandons the traditional distinction between civil and political rights, on the one hand, and economic and social rights, on the other.

The first chapter (“Dignity”) establishes the rights to human dignity, to life and to the integrity of the person, and reaffirms the prohibition of torture and slavery; Chapter II (“Freedoms”) establishes the right to freedom and respect for private life and family life, the right to marry and to found a family, and the rights to freedom of thought, conscience and religion, of expression and assembly, and affirms the right to education, work, property and asylum; Chapter III (“Equality”) reaffirms the principle of equality and non-discrimination as well as respect for cultural, religious and linguistic diversity, at the same time giving specific protection to the rights of children, the elderly and the disabled; Chapter IV (“Solidarity”) ensures the protection of workers’ rights, including the right to collective bargaining and action and the right to fair and just working conditions, recognizing also the right to social security, the right of access to care medical and environmental and consumer protection principles; Chapter V (“Citizens’ Rights”) lists the rights of citizens of the Union; Chapter VI (“Justice”) reaffirms the right to an effective remedy and to an im-

---

<sup>20</sup> ESTEVEZ ARAUJO, *La Carta de Derechos de la UE y la dimensión social de la Ciudadanía Europea*, Madrid, 2001; ARROYO JIMÉNEZ, *Hacia la normalización constitucional del Derecho de la Unión Europea (a propósito de la STC 145/2012, de 2 de julio)*, in *Rev. Esp. de Derecho Europeo*, 45, 2013, p. 139 ss.

<sup>21</sup> AZOULAI, *Le rôle constitutionnel de la Cour de Justice des Communautés Européennes tel qu’il se dégage de sa jurisprudence*, in *Rev. Trim. de Droit Européen*, 44, 2008, p. 29 ss.



partial judge, the right of defence, the principles of legality and proportionality of criminal offences and the right not to be tried or punished twice for the same crime<sup>22</sup>.

The application of the Charter is expressly defined in Art. 51, which states that its provisions apply to the institutions and bodies of the Union as well as to the Member States, exclusively in the implementation of Union law.

In this way, a boundary line is drawn between the scope of the Charter and that of the national Constitutions: the Charter does not bind States, unless they are acting to implement Union law. Moreover, the Charter does not extend the powers or competences of the EU, thus ensuring that the adoption of the Charter in itself does not increase the powers of the EU to the detriment of those of the Member States.

The technique of “balancing” and of finding the “right equilibrium” between the fundamental rights and freedoms implemented by the Court of Luxembourg in accordance with the powers set forth in Art. 267 TFEU for resolving specific questions referred for preliminary rulings – without forgetting the implicit or explicit models for the reception of decisions of the ECHR – nowadays penetrates into national law even without any direct or indirect regulatory effect (regulations or directives), affecting the overall set of values of a given national legal system and often transcending (or obliterating) the solutions adopted by the Member States in matters traditionally pertaining to private law, such as the protection of property, the protection of personality rights, or even involving areas that are already codified, such as the regulation of competition and labour law<sup>23</sup>.

5. Taking into consideration the observatory in constant evolution of electronic communications law in the most recent case law of the Court of Justice, it is possible to identify and outline – albeit in a non-exhaustive manner – three distinct phenomena, which operate by moving beyond the mere space of the horizontal relations between the State and the citizen:

---

<sup>22</sup> D'ANTONIO, *La Carta dei diritti fondamentali*, in COLUCCI - SICA (eds.) *L'Unione Europea: Principi – Istituzioni – Politiche - Costituzione*, Bologna, p. 82 ss.; ALONSO GARCÍA, *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, in *GJUEC*, 2000, p. 3 ss.; BRAIBANT, *La Chartre de droits fondamentaux de l'Union Européenne*, Paris, 2001; CARRILLO SALCEDO, *Notas sobre el significado político y jurídico de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, in *REDC*, 2001, p. 7 ss.; DEL POZO, *Diez notas a propósito de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea*, in *BEUR*, 2001.

<sup>23</sup> BAILLEUX, *Entre droits fondamentaux et intégration européenne, la Chartre des Droits Fondamentaux de l'Union européenne face à son destin*, in *Rev. Trim. des Droits de l'Homme*, 97, 2014, p. 215 ss.; C. SALVI, *La proprietà privata e l'Europa. diritto di libertà o funzione sociale?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2009, p. 409 ss.; ID., *Libertà economica, funzione sociale e diritti personali e sociali tra diritto europeo e diritti nazionali*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, 2, pp. 437-458; COMPORTI, *Diritti reali in genere*, 2nd ed., in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 2011, p. 167; NIVARRA, *La proprietà europea tra controriforma e “rivoluzione passiva”*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2011, pp. 575-624.



a) Fundamental rights as *principles*<sup>24</sup> overseeing Community sectoral rules and their transposition by the Member States, harmonizing or correcting, where necessary, their effects and aims (conforming function)<sup>25</sup>.

Fundamental rights with different content can be balanced in order to find a solution to a specific case – ensuring the “right balance” between the interests involved, according to the criteria of reasonableness and proportionality<sup>26</sup>. This frequently happens in connection with conflicts between corporate freedom, intellectual property rights, freedom of expression and information, or with regard to the protection of personal data<sup>27</sup>. For example, in the case of *Digital Ireland*<sup>28</sup>, the Court invalidated an entire directive regarding the reten-

---

<sup>24</sup> ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna, 2012, p. 101 ss.; RESCIGNO, *Relazione conclusiva*, in *I principi generali del diritto*, Atti dei convegni Lincei, 96, Roma, 1992, p. 339; ALPA, voce *Principi generali*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Torino, 1996, p. 360 ss.

<sup>25</sup> On this point see OPPO, *L'esperienza privatistica*, in *I principi generali del diritto*, cit., p. 237; GAMBARO – PARDOLESI, *L'influenza dei valori costituzionali sul diritto civile*, in PIZZORUSSO - VARANO (eds.), *L'influenza dei valori costituzionali nei sistemi giuridici contemporanei*, I, Milano, 1985, p. 5 ss.

<sup>26</sup> MENGONI, *Principi generali del diritto e la scienza giuridica*, in *I principi generali del diritto*, cit., pp. 317-328, spec. p. 324 ss.; BARCELLONA, *Diritto privato e processo economico*, Napoli, 1973, spec. p. 32 ss.

<sup>27</sup> See e.g. CJEU, 29th January 2008 (case C-275/06), *Promusicae c. Telefonica de Espana SAU*, in *ERC*, 2008, I-271, par. 70: «In the light of all the foregoing, the answer to the national court's question must be that Directives 2000/31, 2001/29, 2004/48 and 2002/58 do not require the Member States to lay down, in a situation such as that in the main proceedings, an obligation to communicate personal data in order to ensure effective protection of copyright in the context of civil proceedings. However, Community law requires that, when transposing those directives, the Member States take care to rely on an interpretation of them which allows a fair balance to be struck between the various fundamental rights protected by the Community legal order. Further, when implementing the measures transposing those directives, the authorities and courts of the Member States must not only interpret their national law in a manner consistent with those directives but also make sure that they do not rely on an interpretation of them which would be in conflict with those fundamental rights or with the other general principles of Community law, such as the principle of proportionality»; CJEU, 24<sup>th</sup> November 2011 (case C-70/10), *Scarlet Extended SA c. SABAM*, in *ERC*, 2011, I-11959, par. 53: «Consequently, it must be held that, in adopting the injunction requiring the ISP to install the contested filtering system, the national court concerned would not be respecting the requirement that a fair balance be struck between the right to intellectual property, on the one hand, and the freedom to conduct business, the right to protection of personal data and the freedom to receive or impart information, on the other» and similarly see CJEU, 12<sup>th</sup> March 2012 (case C-360/10), *SABAM c. Netlog NV*, in *Digital ERC*, ([www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu)), 2012, par. 40.

<sup>28</sup> CJEU, 8<sup>th</sup> April 2014 (cases C-293/12 and C-594/12), *Digital Rights Ireland e Seitlinger et al.*, in *DigitalERC*, 2014, paras. 65-69: «It follows from the above that Directive 2006/24 does not lay down clear and precise rules governing the extent of the interference with the fundamental rights enshrined in Articles 7 and 8 of the Charter. It must therefore be held that Directive 2006/24 entails a wide-ranging and particularly serious interference with those fundamental rights in the legal order of the EU, without such an interference being precisely circumscribed by provisions to ensure that it is actually limited to what is strictly necessary. Moreover, as far as concerns the rules relating to the security and protection of data retained by providers of publicly available electronic communications services or of public communications networks, it must be held that Directive 2006/24 does not provide for sufficient safeguards, as required by Article 8 of the Charter, to ensure effective protection of the data retained against the risk of abuse and against any unlawful access and use of that data. In the first place, Article 7 of Directive 2006/24 does not lay down rules which are specific and adapted to (i) the vast quantity of data whose retention is required by that directive, (ii) the sensitive nature of



tion of personal data in electronic communications services accessible to the public for public security purposes, judging that it exceeded the limits imposed by the respect of the principle of proportionality in relation to Articles 7 and 8 of the Charter of Fundamental Rights.

b) Fundamental rights as *values*, that can be used in order to impose a pre-constituted hierarchical order (or maximum) between the interests involved in the communication dynamics (ordering function)<sup>29</sup>.

This is reflected in the *Google Spain* case, in which, in the context of access to Internet search functions, the Court of Justice placed the fundamental rights of solidarity at a higher level of protection, in principle overriding the economic interests of intermediaries, as well as those of the public<sup>30</sup>.

---

that data and (iii) the risk of unlawful access to that data, rules which would serve, in particular, to govern the protection and security of the data in question in a clear and strict manner in order to ensure their full integrity and confidentiality. Furthermore, a specific obligation on Member States to establish such rules has also not been laid down. Article 7 of Directive 2006/24, read in conjunction with Article 4(1) of Directive 2002/58 and the second subparagraph of Article 17(1) of Directive 95/46, does not ensure that a particularly high level of protection and security is applied by those providers by means of technical and organisational measures, but permits those providers in particular to have regard to economic considerations when determining the level of security which they apply, as regards the costs of implementing security measures. In particular, Directive 2006/24 does not ensure the irreversible destruction of the data at the end of the data retention period. In the second place, it should be added that that directive does not require the data in question to be retained within the European Union, with the result that it cannot be held that the control, explicitly required by Article 8(3) of the Charter, by an independent authority of compliance with the requirements of protection and security, as referred to in the two previous paragraphs, is fully ensured. Such a control, carried out on the basis of EU law, is an essential component of the protection of individuals with regard to the processing of personal data. Having regard to all the foregoing considerations, it must be held that, by adopting Directive 2006/24, the EU legislature has exceeded the limits imposed by compliance with the principle of proportionality in the light of Articles 7, 8 and 52(1) of the Charter».

<sup>29</sup> On this matter, connected to the concept of *Objektive Wertordnung der Grundrechte* (Objective normative order of fundamental rights) firstly introduced by the German *Bundesverfassungsgericht* (BVerfG, 15th January 1958 - 1 BvR 400/51, in *NJW*, 1958), see ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, cit., p. 162 ss.; FERRAJOLI, *Principia iuris*, I, Roma-Bari, 2012, p. 724 ss. and BONGIOVANNI, *Principi come valori o come norme: interpretazione, bilanciamento e giurisdizione costituzionale in Alexy e Habermas*, in *Ars interpretandi*, 2005, pp. 177-198.

<sup>30</sup> CJEU, 13th May 2014 (case C-131/12), in *Digital ERC*, 2014: « As the data subject may, in the light of his fundamental rights under Articles 7 and 8 of the Charter, request that the information in question no longer be made available to the general public by its inclusion in such a list of results, it should be held, as follows in particular from paragraph 81 of the present judgment, that those rights override, as a rule, not only the economic interest of the operator of the search engine but also the interest of the general public in finding that information upon a search relating to the data subject's name. However, that would not be the case if it appeared, for particular reasons, such as the role played by the data subject in public life, that the interference with his fundamental rights is justified by the preponderant interest of the general public in having, on account of inclusion in the list of results, access to the information in question». See also RODOTÀ, *Solidarietà*, Roma-Bari, 2014, p. 92 s.



c) Fundamental rights as *rules* express full rights, super-subjective claims with cogent efficacy in the horizontal relations between private individuals, but also between different state legal systems (auxiliary / concurrent function)<sup>31</sup>.

Following the theory of fundamental rights of a constitutional nature, we are often talking about the *unmittelbare Drittwirkung* (immediate effect), in which it is the constitutional norm that directly affects relationships between private parties, since the private subjective rights of the individual are derived from this, as opposed to the *mittelbare Drittwirkung*, (mediated effect) that the primary norm exercises at an interpretative level on the underlying rules<sup>32</sup>. Both in the *Google Spain*<sup>33</sup> judgment and in the *Schrems I*<sup>34</sup> case, the Court of Justice uses the fundamental rights argument to grant private individuals the faculty, the powers or specific protection standards that have more content than those laid down by the sectoral regulation and even without consideration for the intervention of the competent judicial authority or the jurisdiction of sovereign states, shaping themselves as autonomous subjective rights.

6. The constant dialogue between the interpretation system of the Charter of Fundamental Rights of the EU found in case law and the legal systems of the Member States – which is the result of a constitutional orientation (first) and community adaptation (after) – seems to generate two contradictory tendencies: on the one hand, the impact of fundamental rights understood as “general principles” guarantees the uniform evolution of the rules relating to matters constantly subject to the destabilizing actions of technology and the market, with beneficial effects at the utilitarian level of legal certainty and – in the absence

---

<sup>31</sup> In the sens of “moral norms” see DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Cambridge (Mass.), 1977; ID., *Law's Empire*, Cambridge (Mass.)-London, 1986, p. 40 ss., but see also FERRAJOLI, *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, in *Giur. cost.*, 2010, 3, p. 2771 ss.; ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, cit., p. 132 ss.

<sup>32</sup> ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, cit., p. 560 ss.; PINO, *Diritti fondamentali e ragionamento giuridico*, Torino, 2008, p. 26 ss.

<sup>33</sup> CJEU, case C-131/12, cit., par. 77: «Requests under Article 12(b) and subparagraph (a) of the first paragraph of Article 14 of Directive 95/46 may be addressed by the data subject directly to the controller who must then duly examine their merits and, as the case may be, end processing of the data in question. Where the controller does not grant the request, the data subject may bring the matter before the supervisory authority or the judicial authority so that it carries out the necessary checks and orders the controller to take specific measures accordingly».

<sup>34</sup> CJEU, 6th October 2015 (case C-362/14), in *Digital ERC*, 2015, par. 95: «Likewise, legislation not providing for any possibility for an individual to pursue legal remedies in order to have access to personal data relating to him, or to obtain the rectification or erasure of such data, does not respect the essence of the fundamental right to effective judicial protection, as enshrined in Article 47 of the Charter. The first paragraph of Article 47 of the Charter requires everyone whose rights and freedoms guaranteed by the law of the European Union are violated to have the right to an effective remedy before a tribunal in compliance with the conditions laid down in that article. The very existence of effective judicial review designed to ensure compliance with provisions of EU law is inherent in the existence of the rule of law».



of a European Constitution – of compliance with common constitutive values such as human dignity and responsibility towards future generations<sup>35</sup>.

On the other hand, the resolution of these questions on a case-by-case basis, delegated to the intervention of supranational Courts, remains in a monolithic juxtaposition between the general and abstract principles available both horizontally and vertically to subjects legitimated following the interests involved in specific situations<sup>36</sup>, significantly reducing the scope traditionally attributed to private law in its task of breaking down and regulating the complexity inherent in individual relationships<sup>37</sup>.

---

<sup>35</sup> RESCIGNO – RESTA – ZOPPINI, *Diritto privato. Una conversazione*, Bologna, 2017, p. 27 ss.; GROSSI, *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, 2015, p. 57 and 71; SUPIOT, *Homo juridicus. Saggio sulla funzione antropologica del diritto*, Milano, 2006, spec. p. 236 ss.

<sup>36</sup> ZAGREBELSKY, *Diritti per forza*, Torino, 2017, p. 69 ss.

<sup>37</sup> SALVI, *Capitalismo e diritto civile*, Bologna, 2015, p. 206 ss.; MONATERI, *Geopolitica del diritto*, Roma-Bari, 2013, p. 151; IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016, p. 63 ss., p. 75, p. 167 ss.



## CAPACITÀ DI DONARE DEL BENEFICIARIO DI AMMINISTRAZIONE DI SOSTEGNO: NOTE A MARGINE DI UNA RECENTE ORDINANZA DI RIMESSIONE ALLA CORTE COSTITUZIONALE\*

GASPARE LISELLA

SOMMARIO: 1. Istanza al giudice tutelare da parte dell'amministratore di sostegno per essere autorizzato a donare in nome e per conto del beneficiario. Valutazione di opportunità della donazione. Diniego dell'autorizzazione sulla base delle limitazioni di cui all'art. 774 c.c. Emarginazione dell'amministrato. Ordinanza di non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 774, comma 1, c.c., «nella parte in cui non prevede che siano consentite, con le forme abilitative richieste, le donazioni da parte del beneficiario di amministrazione di sostegno». – 2. Amministrazione di sostegno quale misura di protezione (presunta) sempre incapacitante e conseguente incapacità del beneficiario di donare in forma sia diretta sia indiretta. Necessità di tenere distinte le due ipotesi. – 3. Capacità di donare del beneficiario: diversità di opinioni. Dall'incapacità assoluta, alla capacità soltanto nell'amministrazione di sostegno non incapacitante e in quella di affiancamento, alla piena capacità, salva espressa limitazione con provvedimento del giudice tutelare a norma dell'art. 411, comma 4, c.c. Argomenti in confutazione delle prime due correnti di pensiero. Tendenziale capacità di donare del beneficiario e mancanza di fondamento della questione di legittimità costituzionale dell'art. 774, comma 1, c.c. – 4. Donazione dell'amministratore di sostegno in nome e per conto del beneficiario, diversa dalle liberalità di cui all'art. 777, comma 2, c.c. Esclusione sulla base del carattere personale del negozio. Possibilità di superamento nei casi di volontà di donare del beneficiario manifestata prima dell'insorgere dell'infermità o della menomazione. Soluzione respinta nell'ordinanza di remissione e prospettata questione di legittimità costituzione, sotto altro profilo, dell'art. 774, comma 1, c.c. Perplexità. – 5. Osservazioni conclusive: dubbi sull'ammissibilità della donazione da parte dell'amministratore di sostegno fuori dalle liberalità di cui all'art. 777, comma 2, c.c. Ipotizzabilità della donazione del beneficiario con l'assistenza dell'amministratore, previa (la non sempre necessaria) autorizzazione giudiziale.

1. Ancora un'opportunità di confronto con un Giudice tutelare che, con i suoi dettagliati provvedimenti, mostra grande sensibilità per le esigenze dei beneficiari di amministrazione di sostegno<sup>1</sup>: si tratta di una recente ordinanza con la quale è «ritenuta rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 774, comma 1,

---

\* Nel ricordo del prof. Davide Messinetti, già ordinario di Diritto civile nell'Università degli Studi di Firenze, ad un anno dalla scomparsa.

<sup>1</sup> Una prima occasione di dialogo è stata Trib. Vercelli, decr. 16 ottobre 2015, in [www.personaedanno.it](http://www.personaedanno.it) (18 ottobre 2015), oggetto di riflessione in G. LISELLA, *Amministratore di sostegno con funzioni di rappresentanza non «esclusiva»*, in *Vita not.*, 2016, p. 37 ss.; una seconda Trib. Vercelli, decr. 28 dicembre 2016, in [www.personaedanno.it](http://www.personaedanno.it) (21 marzo 2017), analizzato da ID., *Dalla sentenza d'interdizione alla nomina dell'amministratore di sostegno: una "coraggiosa" decisione sul piano sostanziale in un'intricata vicenda procedimentale*, in *Giust. proc. civ.*, 2017, p. 1083 ss.



del codice civile, nella parte in cui non prevede che siano consentite, con le forme abilitative richieste, le donazioni da parte del beneficiario di amministrazione di sostegno, in riferimento agli articoli 2 e 3 (comma primo e comma secondo), della Costituzione della Repubblica italiana»<sup>2</sup>.

Il caso: la sorella di una signora in agiate condizioni economiche, nella funzione di amministratore di sostegno di questa, con il potere, tra l'altro, di «*compiere tutti gli atti di ordinaria e straordinaria amministrazione, previa autorizzazione del Giudice Tutelare per questi ultimi, in nome e per conto della beneficiaria*», presenta istanza per essere autorizzata a porre in essere («in via di sostituzione e nell'interesse, in nome e per conto della beneficiaria»), una donazione, definita di modico valore, della somma di diecimila euro in favore della figlia dell'amministrata, in procinto di sposarsi, per far fronte alle proprie necessità, senza che la liberalità sia condizionata alla celebrazione del matrimonio.

La richiesta è corroborata dalla considerazione che il beneficiario di amministrazione di sostegno, seppur limitato nell'autonomia negoziale, a differenza dell'interdetto e dell'inabilitato, non diviene mai formalmente incapace. Ebbene, poiché scopo del nuovo istituto è quello di superare (mediante i meccanismi dell'assistenza, della sostituzione rappresentativa ed eventualmente dell'autorizzazione giudiziale) le limitazioni, dovute ad un'infermità o menomazione fisica o psichica, che impediscono al soggetto debole di provvedere da solo ai bisogni della vita mediante la realizzazione di atti giuridici<sup>3</sup>, è evidente che tra questi può rientrare anche la donazione, là dove sia funzionale alla piena soddisfazione delle sue esigenze e aspirazioni.

Viene sentita la beneficiaria, la quale manifesta la volontà di fare un regalo alla figlia per contribuire alle spese del suo matrimonio, purché analogo trattamento sia riservato all'altro figlio. Vengono ascoltati, altresì, entrambi i figli, i quali chiedono che sia autorizzata la donazione.

Il Giudice tutelare, considerata la consistenza del patrimonio, i rapporti tra le persone interessate, nonché la situazione nel suo complesso, a parte la riserva sull'affermato carattere modico, valuta opportuna la donazione. Nondimeno, individua al riguardo un ostacolo insormontabile nell'art. 774, comma 1, c.c., che impedisce di donare a «coloro che non hanno la piena capacità di disporre dei propri beni».

Convinto, però, che il divieto determini «una profonda mortificazione» e una «vera e propria “emarginazione”» del beneficiario di amministrazione di sostegno, al quale anche l'art. 777 c.c. (Donazioni fatte da rappresentanti di persone incapaci) si applicherebbe soltanto se espressamente esteso *ex art.* 411, comma 4, c.c., solleva la questione di legittimità costituzionale.

---

<sup>2</sup> Trib. Vercelli, ord. 19 febbraio 2018, in *www.personaedanno.it* (20 febbraio 2018) e, con nota di V. CIANCIOLO, *La capacità di donare del beneficiario di AdS va alla Consulta, ivi* (22 marzo 2018).

<sup>3</sup> Le funzioni dell'amministratore di sostegno possono avere ad oggetto soltanto il compimento di attività giuridiche e non lo svolgimento di attività materiali, che sono demandate ai familiari, a personale specializzato (infermieri, domestici ecc.), ai servizi sociali: E. MONTSERRAT PAPPALETERE, *L'amministrazione di sostegno come espansione delle facoltà delle persone deboli*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, II, p. 30; M.N. BUGETTI, *Nuovi strumenti di tutela dei soggetti deboli tra famiglia e società*, Milano, 2008, p. 267 ss.



2. In sintesi, nell'ordinanza di rimessione è sviluppato il seguente ragionamento: se nell'art. 774, comma 1, c.c. si discorre di «piena capacità di disporre dei propri beni», bisogna stabilire se questa coincida oppure no con la capacità di agire<sup>4</sup>. Ora, poiché *ex art.* 397, comma 3, c.c. il minore emancipato, autorizzato all'esercizio di un'impresa commerciale, «può compiere da solo gli atti che eccedono l'ordinaria amministrazione, anche se estranei all'esercizio dell'impresa», dunque è pienamente capace d'agire, ma comunque, ai sensi dell'art. 774, comma 2, c.c., non è ammesso a donare, se non nel contratto del suo matrimonio<sup>5</sup>, sembra proprio che la capacità di agire sia considerata dal legislatore «un *quid minus* rispetto alla pienezza della capacità dispositiva».

Tuttavia, anche a voler reputare coincidenti i due concetti, mai si potrebbe giungere a negare che il beneficiario di amministrazione di sostegno sia «formalmente incapace», in quanto è innegabile che «una ablazione, anche parziale, e financo minima, della capacità di agire del beneficiario costituisca [...] indefettibile risultato della applicazione della misura di protezione in parola»<sup>6</sup>.

Da qui la conclusione che il beneficiario di amministrazione di sostegno non può effettuare personalmente donazioni. Né può realizzarle per lui l'amministratore di sostegno, se non quando, con le forme abilitative richieste, si tratti di liberalità in occasione di nozze a favore di suoi discendenti, sempreché con espressa decisione del giudice tutelare gli sia esteso l'art. 777, comma 2, c.c.<sup>7</sup>.

---

<sup>4</sup> In argomento, v. E. GIACOBBE, *La capacità di disporre e di ricevere per donazione*, in *Dir. fam.pers.*, 2007, p. 2012 ss., ove riferimenti.

<sup>5</sup> Al riguardo è utile ricordare, come del resto rilevato in altro punto dell'ordinanza *de qua*, che sia l'inabilitato sia il minore di età, già prima dell'emancipazione, che interviene «di diritto [...] col matrimonio» (art. 390 c.c.), possono realizzare validamente «la donazione [...] nel loro contratto di matrimonio a norma degli artt. 165 e 166» (art. 774, comma 1, c.c.). Allora l'unica questione che si potrebbe porre è quella relativa alla necessità dell'assistenza del curatore anche con riguardo alle donazioni nel contratto di matrimonio del minore emancipato abilitato all'esercizio di un'impresa commerciale: la soluzione positiva sembra imporsi in considerazione della permanenza in carica del curatore (arg. *ex art.* 397, comma 2, c.c.) e dell'applicabilità (*ex art.* 774, comma 2, c.c.) delle «disposizioni precedenti» (quelle di cui al comma 1).

<sup>6</sup> L'assunto costituisce il perno su cui è incentrata altra decisione del medesimo giudice tutelare: cfr. Trib. Vercelli, decr. 16 ottobre 2015, cit.; in dottrina, cfr., in particolare, S. DELLE MONACHE, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. Gabrielli, *Della famiglia*, a cura di L. Balestra, artt. 343-455, Torino, 2009, pp.175 ss., 196 ss.; ma per una diversa soluzione sia consentito richiamare G. LISELLA, *I poteri dell'amministratore di sostegno*, in *L'amministrazione di sostegno. Una nuova forma di protezione dei soggetti deboli*, a cura di G. Ferrando, Milano, 2005, p. 124 ss., e, più di recente, ID., *Amministratore di sostegno con funzioni di rappresentanza non «esclusiva»*, cit., spec. p. 42 ss., ove altri riferimenti, nell'uno e nell'altro senso.

<sup>7</sup> La precisazione appare impropria, in quanto l'estensione al beneficiario di amministrazione di sostegno di «determinati effetti, limitazioni o decadenze, previsti da disposizioni di legge per l'interdetto o l'inabilitato», è ammessa «avuto riguardo all'interesse del medesimo ed a quello tutelato dalle predette disposizioni» (art. 411, comma 4, c.c.): è del tutto evidente, quindi, che uno specifico provvedimento in tal senso non è necessario là dove l'estensione non riguardi una condizione per così dire negativa, bensì una «prerogativa» riconosciuta dalla legge perfino all'interdetto.



Va subito precisato che, pur essendo indubbiamente connesse e pur avendo innegabili punti di collegamento sul piano sostanziale, le problematiche all'attenzione, trattate unitariamente nell'ordinanza di rimessione, sono due e vanno tenute nettamente distinte<sup>8</sup>.

La prima riguarda la capacità legale del beneficiario di amministrazione di sostegno di realizzare personalmente atti donativi.

La seconda concerne la possibilità che l'amministratore di sostegno sia autorizzato dal giudice tutelare a realizzare donazioni, diverse da quelle di cui all'art. 777, comma 2, c.c., per conto e in nome del beneficiario.

### 3. Sulla capacità di donare dell'amministrato discordi sono le posizioni dottrinali.

Una prima corrente di pensiero, nella quale si colloca l'ordinanza *de qua*, sul presupposto che l'art. 774, comma 1, c.c. non ammette la donazione di «coloro che non hanno la piena capacità di disporre dei propri beni», reputa che il beneficiario di amministrazione di sostegno, in quanto «privato, almeno parzialmente, della capacità», sia incapace di donare, «anche in assenza di una specifica (e pur auspicabile) precisazione in tal senso contenuta nel decreto istitutivo dell'amministrazione di sostegno»<sup>9</sup>.

Si osserva, infatti, che da un punto di vista logico sarebbe difficile giustificare che un soggetto, al quale sia stata preclusa la possibilità di compiere atti di alienazione strutturalmente meno pericolosi, quali quelli a titolo oneroso, abbia la possibilità di compiere un atto decisamente pregiudizievole sotto il profilo patrimoniale, qual è la donazione<sup>10</sup>.

L'assunto troverebbe riscontro sia, come accennato, nell'art. 774, comma 2, c.c., che configura incapace di donare perfino il minore emancipato autorizzato all'esercizio di un'impresa commerciale, sia nell'art. 776 c.c., che rende annullabile la donazione fatta dall'inabilitato a partire dai sei mesi anteriori all'inizio del giudizio di inabilitazione<sup>11</sup>.

Nondimeno, non manca chi, pur reputando la formula dell'art. 774, comma 1, c.c. «sufficientemente icastica da non dar luogo a diverse letture», precisa che, «nel caso di rappresentanza concorrente, non si rientra fra i soggetti privi della piena capacità d'agire e quindi si ha capacità di donare»<sup>12</sup>.

---

<sup>8</sup> Le analizza separatamente A. GORGONI, *Autonomia del beneficiario e amministrazione di sostegno*, Padova, 2012, pp. 176 ss. e 184 ss.

<sup>9</sup> F. ANELLI, *Il nuovo sistema delle misure di protezione delle persone prive di autonomia*, in *Jus*, 2005, p. 228 ss.; cfr., altresì, A. e E. ANSALDO, *I trasferimenti mortis causa ed a titolo gratuito*, in AA.VV., *Amministrazione di sostegno, interdizione, inabilitazione, incapacità naturale*, opera diretta da G. Ferrando, Bologna, 2012, p. 261 ss.; A. TURCO, *L'amministrazione di sostegno. Novella e sistema*, Napoli, 2010, p. 311 ss.

<sup>10</sup> T. ROMOLI, *Le invalidità nell'amministrazione di sostegno*, in *L'amministrazione di sostegno*, a cura di S. Patti, in *Famiglia, Quaderni*, Milano, 2005, p. 134; L. GENGHINI, *La volontaria giurisdizione e il regime patrimoniale della famiglia*, Padova, 2010, p. 739.

<sup>11</sup> T. ROMOLI, *op.cit.*, p. 134 ss.

<sup>12</sup> E. CALÒ, *Amministrazione di sostegno. Legge 9 gennaio 2004, n. 6*, Milano, 2004, 129 s.; v., anche, G. MARCOZ, *La nuova disciplina in tema di amministrazione di sostegno*, in *Riv. not.*, 2005, I, p. 546; P. STANZIONE, *Amministrazione di sostegno, interdizione ed inabilitazione: rapporti ed interazione*, in *www.comparazionediritto.civile.it* (maggio 2010), p. 18, secondo il quale il beneficiario, che non abbia la piena capacità di disporre dei propri beni, non può porre



Come si reputa ammissibile la donazione da parte del beneficiario «ogni qual volta l'amministrazione sia meramente di affiancamento, ovvero quando l'amministrazione sia sostitutiva ma per circoscritti ambiti». Mentre non sarebbe consentita quando «sia stata istituita un'amministrazione sostitutiva con ampi poteri»<sup>13</sup>.

In diversa impostazione, si rileva che il beneficiario «conserva la capacità di agire per tutti gli atti che non richiedono la rappresentanza esclusiva o l'assistenza necessaria dell'amministratore di sostegno» (art. 409, comma 1, c.c.); dunque egli non acquista la qualità di incapace, tranne che con riguardo agli atti espressamente menzionati a tal fine nel decreto di nomina dell'amministratore di sostegno con rappresentanza esclusiva o con funzioni assistenziali<sup>14</sup>. L'istituzione dell'amministrazione di sostegno, in sostanza, non determina una terza forma di incapacità di agire<sup>15</sup>, bensì (e soltanto in via eventuale)<sup>16</sup> forme di incapacità di agire speciali<sup>17</sup>.

In quest'ordine di idee, la questione della donazione del beneficiario va valutata alla stregua del principio secondo cui per tutto ciò che non rientra nell'oggetto della misura di protezione la capacità di agire deve intendersi conservata<sup>18</sup>. E poiché la donazione, per il carattere personale dell'*animus donandi*<sup>19</sup>, non può essere annoverata tra quegli atti per i quali si possa disporre nel decreto di nomina dell'amministratore la rappresentanza esclusiva o l'assistenza necessaria, la conclusione non può essere altra che il beneficiario conserva la re-

---

in essere atti di liberalità, anche nel silenzio del decreto del giudice: ma la conclusione «non si estende alle ipotesi di sola *menomazione fisica* o di infermità circoscritta al solo ambito esistenziale (si pensi, nello specifico, all'incapacità a decidere in ordine alle proprie cure mediche), quando non risulti compromessa la sfera di lucidità intellettuale del soggetto». Sull'ammissibilità di un'amministrazione di sostegno non incapacitante v., *retro*, nota 6.

<sup>13</sup>G. PANICO, *Rapporti contrattuali e successioni fra amministratore e beneficiario*, in AA.VV., *Amministrazione di sostegno*, cit., p. 368.

<sup>14</sup>S. DELLE MONACHE, *Prime note sulla figura dell'amministrazione di sostegno: profili di diritto sostanziale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, II, p. 54; G. CAMPESE, *L'istituzione dell'amministrazione di sostegno e le modifiche in materia di interdizione e inabilitazione*, in *Fam. dir.*, 2004, p. 129; M.N. BUGETTI, *Nuovi strumenti di tutela dei soggetti deboli*, cit., p. 67 ss., ove riferimenti anche in senso contrario.

<sup>15</sup>Cfr., per tutti, M.N. BUGETTI, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. Gabrielli, cit., p. 299 ss.

<sup>16</sup>Cfr. M.N. BUGETTI, *Nuovi strumenti di tutela dei soggetti deboli*, cit., p. 85, la quale nella nuova misura di protezione individua una sorta di scissione tra attribuzione di funzioni di sostegno (contenuto necessario) e accertamento dell'incapacità (contenuto di carattere solo eventuale); G. FERRANDO, *L'amministrazione di sostegno nelle sue recenti applicazioni*, in *Fam. pers. succ.*, 2010, p. 843 ss.

<sup>17</sup>E. CARBONE, *Libertà e protezione nella riforma dell'incapacità d'agire*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, II, p. 559; G. LISELLA, *Gli istituti di protezione dei maggiori di età*, in G. LISELLA e F. PARENTE, *Persona fisica*, in *Tratt. dir. civ. CNN*, diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2012, p. 282; A. GORGONI, *Autonomia del beneficiario*, cit., p. 34.

<sup>18</sup>S. DELLE MONACHE, *Prime note sulla figura dell'amministrazione di sostegno*, cit., p. 55; cfr., anche, B. MALAVASI, *L'amministrazione di sostegno: le linee di fondo*, in *Notariato*, 2004, p. 326, nota 71; G. CAMPESE, *L'istituzione dell'amministrazione di sostegno*, cit., p. 131.

<sup>19</sup>Sul punto è d'obbligo il riferimento almeno ad A. TORRENTE, *La donazione*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu-Messineo-Mengoni continuato da P. Schlesinger, 2ª ed. aggiornata a cura di U. Carnevali e A. Mora, 2006, Milano, 1956, p. 221 ss.



lativa capacità<sup>20</sup>, a meno che non gli venga esteso espressamente, *ex art.* 411, comma 4, c.c., la limitazione prevista nell'art. 774, comma 1, c.c.<sup>21</sup>.

In questa direzione porta anche l'art. 411 c.c., che, nel comma 2 estende all'amministratore di sostegno l'art. 779 c.c., a norma del quale è «nulla la donazione a favore di chi è stato tutore o protutore del donante», se fatta prima dell'approvazione del conto o prima che sia estinta l'azione per il rendimento del conto medesimo, ma nel comma 3 dichiara «valide [...] le convenzioni» a favore dell'amministratore di sostegno che sia parente entro il quarto grado o coniuge del beneficiario o persona chiamata alla funzione in quanto con lui stabilmente convivente. Infatti, non avrebbe senso considerare l'amministrato capace di donare a questi soggetti (fatta salva, ovviamente, l'estensione del limite di cui all'art. 774 c.c.) e incapace di donare ad altri<sup>22</sup>.

Né sembra cogliere nel segno, in confutazione della tesi, l'osservazione, contenuta nell'ordinanza di rimessione, che il rinvio al disposto dell'art. 779 c.c. altro non farebbe che rendere nulla, come nell'ipotesi di tutela, «la donazione effettuata da parte del già beneficiario di amministrazione di sostegno» (quindi da soggetto capace)<sup>23</sup>: con la conseguenza che la specificazione dell'art. 411, comma 3, c.c. non potrebbe essere di alcuna utilità ai fini che interessano, anche perché qui, accanto alle «disposizioni testamentarie», non si discorre di donazione, bensì «genericamente di “convenzioni”, con ciò avvalorando l'idea che il Legislatore abbia inteso escludere l'ipotesi del beneficiario donante».

Infatti, da un lato le convenzioni sono «in ogni caso» valide (art. 411, comma 3, c.c.). Come a dire, sempre valide, dunque anche se realizzate durante l'operatività della misura di

---

<sup>20</sup>A. GORGONI, *Autonomia del beneficiario*, cit., p. 180, precisa che in tal caso non è richiesta l'autorizzazione del giudice.

<sup>21</sup>G. BONILINI, in G. BONILINI e F. TOMMASEO, *Dell'amministrazione di sostegno*, in *Il Codice Civile. Commentario* fondato da P. Schlesinger e continuato da F.D. Busnelli, Artt. 404-413, Milano, 2008, p. 440 ss., il quale specifica che, se è vero che l'art. 774, comma 1, c.c. non si riferisce esplicitamente all'interdetto e all'inabilitato, non può negarsi che il suo dettato indiscutibilmente li ricomprenda; M.N. BUGETTI, *Nuovi strumenti di tutela dei soggetti deboli*, cit., p. 73.

<sup>22</sup>G. BONILINI, *op.cit.*, p. 441; F. PARENTE, *Amministrazione di sostegno e regole di governo dei fenomeni successori e donativi*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, cit., p. 722 ss.; M. LUPO, *L'annullabilità del contratto di donazione*, in *Tratt. dir. Successioni e Donazioni*, diretto da G. Bonilini, VI, *Donazioni*, Milano, 2009, p. 1102 ss.; A. GORGONI, *Autonomia del beneficiario*, cit., p. 178 ss., il quale tuttavia considera applicabile per analogia l'art. 774 c.c. quando, seppur in presenza di una grave malattia di mente, l'interdizione non sia stata disposta soltanto perché non ritenuta necessaria nella specifica situazione. Non manca, peraltro, chi reputa che proprio l'art. 411, comma 3, c.c. contribuirebbe a negare la capacità di donare del beneficiario, in quanto «da norma risulterebbe inutile ove si riconoscesse una [sua] generale capacità a donare» (A. NATALE, *Il donante*, in *Tratt. dir. Successioni e Donazioni*, cit., p. 282). L'osservazione, tuttavia, non sembra del tutto pertinente: l'art. 779 c.c., infatti, non comporta un'incapacità di disporre del beneficiario, bensì dell'amministratore di sostegno a ricevere, e la conseguenza è la nullità (G. BONILINI, in G. BONILINI e F. TOMMASEO, *Dell'amministrazione di sostegno*, cit., p. 406 ss.) e non l'annullabilità dell'atto, come in caso d'incapacità del primo (cfr., ad es., M. LUPO, *op.cit.*, p. 1100 ss.).

<sup>23</sup>In dottrina, cfr. A.eE. ANSALDO, *I trasferimenti mortis causa ed a titolo gratuito*, cit., p. 265; A. TURCO, *L'amministrazione di sostegno*, cit., p. 314; in diverso senso, A. GORGONI, *op.cit.*, p. 178, nota 79.



protezione<sup>24</sup>: del resto, mentre l'art. 779, comma 1, c.c. fa riferimento a «chi è stato tutore o protutore», l'art. 411, comma 3, c.c. qualifica valide «le convenzioni in favore dell'amministratore di sostegno che sia parente entro il quarto grado [...] ovvero che sia coniuge o persona [...] stabilmente convivente».

Dall'altro che, nel termine «convenzioni», come sostenuto da una parte della dottrina<sup>25</sup>, possa essere ricompresa anche la donazione, è dimostrato dai testi normativi, in particolare dall'art. 774, comma 1, c.c., che qualifica valida la «donazione fatta dal minore [...] nel [...] contratto di matrimonio a norma dell'art. 165», nel quale però manca un espresso riferimento a questo negozio, discorrendosi più genericamente appunto di «convenzioni matrimoniali»<sup>26</sup>.

Quanto alla difficoltà logica d'immaginare la possibilità che si possa compiere una donazione, a fronte del limite posto alla realizzazione di atti di alienazione a titolo oneroso, è di tutta evidenza che il rilievo non può risultare decisivo sol che si consideri che la donazione, salvo che non sia di modico valore (art. 783 c.c.), deve essere fatta, sotto pena di nullità, per atto pubblico (art. 782, comma 1, c.c.), il quale vede gravato il notaio di «una sorta di onere (virtuale)» avente ad oggetto l'accertamento della capacità di fatto del donante<sup>27</sup>.

D'altro canto, da un punto di vista sostanziale, là dove si abbia il sospetto che il beneficiario possa realizzare un atto di donazione senza averne piena coscienza e consapevolezza, oltre a lui personalmente, possono sempre rivolgersi al giudice tutelare, affinché assuma un provvedimento a norma dell'art. 411, comma 4, c.c., sia i soggetti legittimati a proporre istanza di istituzione della misura di protezione (art. 406 c.c.) sia lo stesso amministratore<sup>28</sup>.

In conclusione, in un'importante parte della dottrina è decisamente accreditata la capacità di donare del beneficiario di amministrazione di sostegno, la quale può essere ridi-

---

<sup>24</sup>S. DELLE MONACHE, *Prime riflessioni sulla figura dell'amministrazione di sostegno*, cit., p. 50, afferma che non avrebbe senso assumere che le convenzioni in parola «appartengano all'area dell'incapacità del beneficiario, con la conseguenza che esse risulterebbero sottratte alla sanzione dell'invalidità se stipulate con un amministratore che rivesta una delle qualità soggettive» previste nella disposizione; perciò «deve intendersi che il legislatore parli delle convenzioni che il beneficiario conserva la capacità di porre in essere (in quanto non comprese nell'oggetto dell'amministrazione)».

<sup>25</sup>B. MALAVASI, *L'amministrazione di sostegno*, cit., p. 326, nota 171; G. BONILINI, in G. BONILINI e F. TOMMASO, *Dell'amministrazione di sostegno*, cit., p. 411; F. PARENTE, *Amministrazione di sostegno*, cit., p. 722.

<sup>26</sup>Com'è noto, nella versione originaria dell'art. 165 c.c. si discorreva di «stipulazioni» e di «donazioni», mentre nel testo novellato il riferimento è alle «convenzioni matrimoniali»: sui dubbi che ha suscitato l'innovazione v. E. GIACOBBE, *Capacità di disporre e di ricevere per donazione*, cit., p. 2014 ss., ed ivi riferimenti sulle diverse opinioni.

<sup>27</sup>G. BARIONI, *La verifica dell'incapacità nell'atto pubblico. Il ruolo ed il rischio del notaio*, Relazione al Convegno Nazionale «Il crepuscolo della persona, l'incapacità oggi», Modena, 21 novembre 2014, in [www.gliamicidigidostanzani.it](http://www.gliamicidigidostanzani.it), p. 14 ss.

<sup>28</sup>Sul punto cfr. R. CONTI, *Norme applicabili all'amministrazione di sostegno*, in AA.VV., *Amministrazione di sostegno*, cit., p. 309, testo e nota 82.



mentata soltanto mediante espressa estensione del disposto dell'art. 774 c.c. con provvedimento del giudice tutelare adeguatamente motivato (art. 411, comma 4, c.c.)<sup>29</sup>.

Sotto tale profilo, dunque, sul presupposto che, tra più interpretazioni ipotizzabili, sicuramente è da accogliere quella conforme a Costituzione, sembra proprio che non trovi alcun fondamento la questione di legittimità costituzionale prospettata.

4. Anche sulla possibilità che il giudice tutelare conferisca all'amministratore di sostegno (nonostante il divieto posto ai genitori e al tutore, quali rappresentanti legali dell'incapace: art. 777, comma 1, c.c.) il potere di compiere donazioni, diverse dalle liberalità in occasione di nozze dei discendenti del beneficiario (comma 2), vi sono opinioni contrapposte.

Generalmente la risposta è in senso negativo<sup>30</sup>. La donazione, infatti, essendo caratterizzata dall'*animus donandi*, è un atto personalissimo che in quanto tale non può essere realizzato tramite altra persona, come si evince dall'art. 778 c.c.<sup>31</sup>.

L'assunto, per vero, sembrerebbe contraddetto proprio dalla possibilità prevista nel disposto dell'art. 777, comma 2, c.c. Si precisa, però, che qui ciò che viene in evidenza non è lo spirito di liberalità individuale, bensì l'interesse familiare a favorire le nozze dei discendenti, esigenza sicuramente apprezzabile socialmente<sup>32</sup>: non a caso le donazioni in riguardo di un matrimonio sono sottratte alla revocazione per causa di ingratitudine o per sopravvenienza dei figli (art. 805 c.c.)<sup>33</sup> e non fanno nascere l'obbligazione alimentare (art. 437 c.c.)<sup>34</sup>.

In confutazione all'argomentazione si rileva che i requisiti della personalità e della spontaneità dell'amministrato non difettano quando l'atto non è realizzato dall'amministratore, bensì soltanto con la sua assistenza: sarebbe possibile ipotizzare, quindi, una donazione da parte del beneficiario con il consenso dell'amministratore, previa autorizzazione del giudice tutelare<sup>35</sup>.

---

<sup>29</sup>A. GORGONI, *Autonomia del beneficiario*, cit., p. 176 ss., proprio con riguardo alla capacità di donare del beneficiario, oltre a sottolineare che «l'obbligo di motivazione è emblematico di come l'inasprimento dell'ablazione della capacità di agire debba essere attentamente valutato» (p. 178), specifica che «Non si può invertire il metodo: non è l'art. 774 c.c. che può essere utilizzato per interpretare il principio espresso nell'art. 1 della legge n. 6/2004, ma è quest'ultimo ad essere decisivo per interpretare il primo» (p. 180, nota 82).

<sup>30</sup>Sulle donazioni dei rappresentanti di persone incapaci, prima dell'intervento della l. 9 gennaio 2004, n. 6, v., ad es., C. SCOGNAMIGLIO, *La capacità di disporre per donazione*, in *Successioni e donazioni*, a cura di P. Rescigno, II, Padova, 1994, p. 266 ss.; A. PALAZZO, *Le donazioni*, in *Il Codice Civile. Commentario* diretto da Schlesinger, Artt. 769-809, Milano, 2ª ed., 2000, p. 167 ss.

<sup>31</sup>In argomento, cfr., per tutti, U. CARNEVALI, *Le donazioni*, in *Tratt. dir. priv.* Rescigno, 6, Torino, 1982, p. 456 ss. e 463, e A. NATALE, *Il donante*, cit., p. 274 ss., ove altre indicazioni.

<sup>32</sup>A. TORRENTE, *La donazione*, cit., p. 447; più di recente, A. NATALE, *op.cit.*, p. 272, testo e nota 55.

<sup>33</sup>Cfr. A. PALAZZO, *Le donazioni*, cit., p. 536, testo e nota 5.

<sup>34</sup>Cfr. M. SALA, *L'obbligo alimentare del donatario*, in *Tratt. dir. Successioni e Donazioni*, cit., p. 1012, testo e nota 21.

<sup>35</sup>A.eE. ANSALDO, *I trasferimenti mortis causa ed a titolo gratuito*, cit., p. 263, i quali tuttavia giungono ad una conclusione negativa in quanto reputano che «la norma contenuta nell'art. 774 c.c. [...] è previsione di carattere generale, di ordine pubblico» (p. 264). Sul ruolo che può svolgere l'amministratore di sostegno con riguar-



Ma c'è addirittura chi si spinge oltre e reputa che, là dove il beneficiario, prima dell'insorgere della menomazione o dell'infermità, abbia manifestato la volontà di voler donare, il giudice tutelare possa autorizzare l'amministratore di sostegno a compiere il negozio in nome e per conto del beneficiario, anche fuori dei casi di cui all'art. 777, comma 2, c.c.<sup>36</sup>.

In una decisione giurisprudenziale, richiamata anche nell'ordinanza in esame, si reputa, infatti, che, se nella logica della nuova misura di protezione la finalità non è la conservazione del patrimonio ma, a norma dell'art. 410 c.c., consentire al beneficiario di vedere soddisfatti i suoi bisogni e realizzate le sue aspirazioni, è inevitabile giungere alla conclusione che si debba ammettere la donazione quando sia possibile ricostruire la sua volontà alla stregua di chiari, univoci e convincenti elementi di prova e «non si ravveda nocumento alla sua posizione (a parte il depauperamento patrimoniale in sé conseguente all'atto di liberalità)». Né al riguardo si potrebbe obiettare che la donazione è atto che non sopporta sostituzioni, dal momento che oramai in giurisprudenza «viene ammessa amministrazione sostitutiva per certi atti personalissimi»<sup>37</sup>.

D'altro canto, nella fattispecie ipotizzata l'amministratore finisce con l'attuare una volontà completamente espressa e, pertanto, non assume la funzione di rappresentante, ma quella di *nuncius*<sup>38</sup>. In sostanza, si reputa che si possa ricostruire l'*animus donandi*, elemento

---

do agli atti personalissimi del beneficiario, v. L. BALESTRA, *Gli atti personalissimi del beneficiario dell'amministrazione di sostegno*, in *Famiglia*, 2005, p. 659 ss., spec. p. 669 ss.

<sup>36</sup> Diversamente, R. CONTI, *Norme applicabili all'amministrazione di sostegno*, cit., p. 313, il quale afferma che, tuttavia, un diverso discorso deve essere fatto rispetto a quelle somme che il beneficiario era solito attribuire a titolo di donazione manuale o di modico valore ai propri cari o alle istituzioni, religiose o no, da lui generalmente frequentate: tali dazioni, se congrue rispetto al patrimonio posseduto, potrebbero essere autorizzate dal giudice tutelare perché finalizzate a «salvaguardare l'ambiente nel quale la parte beneficiaria usualmente vive, evitando in tal modo di mettere in moto meccanismi di "abbandono" o anche solo di disinteresse che finirebbero col pregiudicare in modo grave la [sua] salute psico-fisica».

<sup>37</sup>Trib. La Spezia, decr. 2 ottobre 2010, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, I, p. 77 ss., spec. p. 78, con nota adesiva di G. DONADIO, *La capacità di donare del beneficiario di amministrazione di sostegno*; cfr., altresì, G. PANICO, *Rapporti contrattuali e successori fra amministratore e beneficiario*, cit., p. 369. Per vero, la sostituzione del beneficiario, in alcune ipotesi, nella realizzazione di atti personalissimi è ammessa da una parte della giurisprudenza e dalla migliore dottrina non con riguardo ad atti di natura patrimoniale, bensì esistenziale, in particolare con riguardo al consenso ai trattamenti terapeutici [cfr., ad es., Trib. Modena, decr. 15 settembre 2004, in *Fam. dir.*, 2005, p. 85 ss., con osservazioni di F. RUSCELLO, *Amministrazione di sostegno e consenso ai trattamenti terapeutici*; la soluzione è stata recepita nell'art. 3, comma 4, l. 22 dicembre 2017, n. 219, che ha trovato recente applicazione in Trib. Modena, decr. 23 marzo 2018, in *www.personaedanno.it* (13 aprile 2018), con riferimenti giurisprudenziali, anche in diverso senso, di R. ROSSI, *Ads e consenso sanitario: prima applicazione della legge n. 219/17*; al riguardo v., altresì, Trib. Pavia, ord. 24 marzo 2018, in *www.centrostudilivantino.it* (30 marzo 2018) e in *www.personaedanno.it* (28 aprile 2018), con nota di EAD., *Il potere dell'ads di rifiutare le cure va alla Consulta – Trib. Pavia, ord.za G.T. 24.3.18*, che dichiara «non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 3 comma 4 e 5 della legge 219/2017 nella parte in cui stabiliscono che l'amministratore di sostegno la cui nomina preveda l'assistenza necessaria o la rappresentanza esclusiva in ambito sanitario, in assenza delle disposizioni anticipate di trattamento, possa rifiutare, senza l'autorizzazione del giudice tutelare, le cure necessarie al mantenimento in vita dell'amministrato, ritenendo le suddette disposizioni in violazione degli articoli 2, 3, 13, 32 della Costituzione nei termini di cui in motivazione»].

<sup>38</sup>A. GORGONI, *Autonomia del beneficiario*, cit., p. 189 ss.



imprescindibile del negozio, attraverso una procedura articolata, con protagonisti l'amministratore e il giudice tutelare, i quali finiscono con l'accertare *ab externo* lo spirito di liberalità dell'amministrato non più completamente cosciente<sup>39</sup>.

Tale impostazione, come accennato, non è condivisa nell'ordinanza di rimessione, sì che, considerata anche l'incapacità legale del beneficiario di donare personalmente, si determinerebbe il rischio di una sua «vera e propria "emarginazione"». Da qui un ulteriore sospetto di illegittimità costituzionale dell'art. 774, comma 1, c.c.

L'intervento della Consulta sarebbe possibile perché non si sostanzierebbe in «un indebito potere di "creazione" legislativa (con usurpazione delle prerogative del Legislatore), ma si limiterebbe a determinare una ammissibile, e auspicabile, integrazione della materia in esame, attraverso il richiamo di norme già presenti nell'ordinamento (artt. 777, 375, 411 c.c.), capaci di diventare paradigma ed oggetto della *addictio* normativa, quale soluzione, in fondo necessaria, pienamente rinvenibile nell'ambito della cornice di sistema».

Così posta la questione, tuttavia, non si capisce perché, ancora una volta, non si segua il percorso interpretativo che porterebbe ad un risultato conforme a Costituzione.

A tutto concedere, poi, la censura di costituzionalità, sotto l'aspetto specifico, non dovrebbe riguardare tanto l'art. 774, comma 1, c.c., bensì l'art. 777, comma 2, c.c., nella parte in cui consente, con le forme abilitative richieste, soltanto le liberalità in occasione di nozze dei discendenti e non altre. Tale disposizione, infatti, pur non essendo richiamata nell'art. 411 c.c., comunque è applicabile al beneficiario di amministrazione di sostegno, vuoi mediante un espresso richiamo (comma 4), vuoi, più verosimilmente, in forma diretta<sup>40</sup>.

5. In ogni caso, è la stessa possibilità che l'amministratore di sostegno doni in nome e per conto del beneficiario a lasciare perplessi nel vigente quadro normativo, anche quando questo abbia manifestato la sua intenzione di donare prima dell'intervento della infermità o menomazione (come nel precedente giurisprudenziale richiamato nell'ordinanza *de qua*) o quando si determini nel presente a donare (come nella fattispecie all'attenzione).

In effetti, l'art. 411 c.c., pur non richiamando l'art. 777, comma 1, c.c., che vieta le donazioni del rappresentante legale, rende comunque applicabile all'amministratore di sostegno l'art. 374, n. 3, c.c., che contempla espressamente l'autorizzazione del giudice con riferimento alla sola accettazione delle donazioni. Esiste, quindi un (quantomeno) importante indice normativo nel senso indicato, al quale si può aggiungere il rilievo che, anche là dove si accerti la volontà del beneficiario di donare, la manifestazione risulta comunque carente sotto il profilo della forma richiesta (art. 782, comma 1, c.c.)<sup>41</sup>.

---

<sup>39</sup>G. DONADIO, *La capacità di donare*, cit., p. 83.

<sup>40</sup>V., *retro*, nota 7.

<sup>41</sup>G. LISELLA, *Questioni tendenzialmente definite e questioni ancora aperte in tema di amministrazione di sostegno*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, II, p. 295; cfr., altresì, A. e E. ANSALDO, *I trasferimenti mortis causa ed a titolo gratuito*, cit., p. 263.



D'altro canto, se si ammette la possibilità che il beneficiario, nel pieno possesso della capacità di fatto, possa di persona realizzare una valida donazione, molte delle preoccupazioni sulla limitazione ai suoi intenti liberali risultano superate.

Ovviamente, là dove tale capacità manchi o il giudice tutelare abbia comunque stimato utile *ex art. 411, comma 4, c.c.* applicare il regime legale prescritto per le donazioni dell'interdetto, c'è sempre la possibilità per l'amministratore, se dotato del potere e dell'autorizzazione richiesti, di realizzare le liberalità in occasione di nozze a favore dei discendenti del beneficiario (art. 777, comma 2, c.c.)<sup>42</sup>.

Per converso, se si estende il regime prescritto per l'inabilitato, l'amministratore si limiterà ad assistere il beneficiario sia nelle liberalità in occasione di nozze sia nelle donazioni nel contratto di matrimonio (art. 166 c.c.)<sup>43</sup>.

Allo stato, allora, l'unico vero dubbio che sembra residuare è quello sulla possibilità che il giudice tutelare possa autorizzare il beneficiario a realizzare valida donazione con l'assistenza dell'amministratore<sup>44</sup> e, all'occorrenza, con l'autorizzazione del giudice<sup>45</sup>.

La constatazione che all'inabilitato sia concesso di compiere, con l'assistenza del curatore, soltanto le liberalità in occasione di nozze dei discendenti (art. 777, comma 2, c.c.) e quelle nel contratto del suo matrimonio (art. 166 c.c.) sembrerebbe escludere tale possibilità.

Nondimeno, non si può escludere la diversa soluzione se si considera che nel caso ipotizzato ben si potrebbe cogliere nel beneficiario l'*animus donandi* e che la piena efficacia della nuova misura di protezione probabilmente richiede che anche l'«oggetto dell'incarico» (art. 405, comma 5, n. 3, c.c.) vada determinato secondo criteri di duttilità e di adeguatezza<sup>46</sup>. In effetti, posta la possibile capacità/incapacità di donare del beneficiario di amministrazione di sostegno, l'intervento dell'amministratore, se non può integrare la capacità di fatto, la quale non sembra suscettibile di miglioramento se non nella forma del condizionamento, sicuramente può svolgere un'importante funzione di controllo anche con riguardo alla congruità dell'atto in considerazione della consistenza del patrimonio<sup>47</sup>.

---

<sup>42</sup> Nella fattispecie all'esame, in effetti, se richiesta, il Giudice tutelare ben avrebbe potuto autorizzare la donazione in favore della figlia a norma dell'art. 777, comma 2, c.c. Infatti, la volontà di non «voler condizionare la liberalità alla celebrazione del matrimonio» era stata manifestata dall'amministratore di sostegno «su suggerimento della figlia della beneficiaria e facendosi interprete della volontà di quest'ultima», mentre l'amministrata aveva soltanto espressa la volontà di «fare un regalo e contribuire al matrimonio» della figlia.

<sup>43</sup> In argomento, cfr. G. LISELLA, *Gli istituti di protezione dei maggiori di età*, cit., p. 280 ss., testo e note.

<sup>44</sup> V., *retro*, nota 35.

<sup>45</sup> Per gli atti che il beneficiario deve compiere con l'assistenza dell'amministratore di sostegno, secondo un'opinione, l'autorizzazione giudiziale è richiesta soltanto se lo prevede il decreto di nomina: G. LISELLA, *I poteri dell'amministratore di sostegno*, cit., p. 122; M.N. BUGETTI, *Nuovi strumenti di tutela dei soggetti deboli*, cit., p. 109; A. GORGONI, *Autonomia del beneficiario*, cit., p. 94 ss.; ma v. A. TURCO, *L'amministrazione di sostegno*, cit., p. 246 ss., ed ivi riferimenti.

<sup>46</sup> Per uno spunto al riguardo v. G. LISELLA, *Questioni tendenzialmente definite*, cit., p. 300 ss.

<sup>47</sup> In dottrina, di là dalla eventuale distinzione tra assistenza e consenso del curatore (in argomento cfr., ad es., A. DELL'ORO, *Dell'emancipazione, dei minori affidati alla pubblica o alla privata assistenza e dell'affiliazione*, in *Comm. del cod. civ.* Scialoja e Branca, Artt. 390-413, Bologna-Roma, 1972, p. 51; C. RUPERTO, *Curatela (dir. civ.)*, in *Enc.*



---

*dir.*, XI, Milano, 1962, p. 499), accanto a chi attribuisce a questo secondo elemento funzione integrativa della capacità limitata, semipiena o attenuata dell'assistito (F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 9<sup>a</sup> ed., 1976, p. 35; C. RUPERTO, *Emancipazione (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, p. 823), nel senso che completa la volontà di questo, costituendo un atto complesso diseguale (F. CARRESI, *Gli atti plurisoggettivi*, in *Riv. trim.*, 1957, p. 1241), non manca chi lo configura quale presupposto obiettivo di validità dell'atto in funzione di controllo (S. PUGLIATTI, *Tutela e curatela*, in *Nuovo dig. it.*, X, Torino, 1940, p. 597; più di recente, cfr. P. PERLINGIERI, *Gli istituti di protezione e di promozione dell'«infermo di mente». A proposito dell'andicappato psichico permanente*, ora in ID., *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2005, p. 336 ss.) o quale autorizzazione privata (C.M. BIANCA, *Diritto civile*, I, *La norma giuridica. I soggetti*, Milano, 2<sup>a</sup> ed., 2002, p. 246).



## ASIMMETRIA DI POSIZIONI CONTRATTUALI, CONTRATTO PREDISPOSTO E RUOLO DELLE *AUTHORITIES*\*

MARIASSUNTA IMBRENDA

SOMMARIO: 1. Osservazioni introduttive. Predisposizione unilaterale e assoggettamento di una categoria all'altrui potere contrattuale. Contrattazione asimmetrica. Regolazione come strumento di livellamento delle asimmetrie. I fondamenti assiologici e i limiti funzionali della contrattazione. 2. Gli interventi delle Authorities di eterointegrazione del regolamento contrattuale. Il ruolo delle prassi normative promosse dalla Banca d'Italia, dalla Consob e dell'AEEGSI. L'autonomia negoziale quale attività d'impulso. – 3. I rapporti di consumo e le competenze dell'Autorità Antitrust: le clausole vessatorie. Le interrelazioni fra competenze dell'Autorità e del giudice. Il ruolo propulsivo delle associazioni rappresentative degli interessi diffusi. – 4. Metodologia dialogica tra controllore e controllato per finalità deflative e correttezza dell'iniziativa economica privata. Il ruolo e la portata della solidarietà e della sussidiarietà orizzontale. – 5. Processo di amministrativizzazione e tendenza delle Autorità indipendenti a conformare la regolazione mediante moduli negoziali, anche di tipo corporativo, che esaltano la funzione dell'autonomia. L'AEEGSI. Asimmetria informativa e gradi di approssimazione nella regolazione. – 6. Conclusioni. Selezione del potere normativo (anche negoziale) più «abile». Il deficit di legalità sostanziale e predisposizione di strumenti di partecipazione dei soggetti interessati. Le Authorities quali organi chiamati a ponderare e bilanciare gli interessi concreti coinvolti nell'attività di negoziazione anche in funzione di una soluzione «partecipativa». Contratto conformato e controllo di meritevolezza.

1. La predisposizione unilaterale delle clausole, proiezione del processo di standardizzazione di beni e servizi proprio della economia di massa, costituisce una delle principali estrinsecazioni «dei poteri autoritari di fatto», fondati – secondo le parole del prof. Bianca – non «su particolari prerogative giuridiche ma solo su posizioni di forza economico-sociale»<sup>1</sup>

---

\*Il testo, con l'aggiunta delle note, rielabora la relazione al convegno organizzato dalle Università Bocconi e Roma Tre su "I poteri privati e il diritto della regolazione. A quarant'anni da «Le autorità private» di C.M. Bianca", tenuta presso l'Università Bocconi il 9 novembre 2017.

<sup>1</sup>C.M. BIANCA, *Le autorità private*, Napoli, 1977, p. 55 (ora in ID., *Realtà sociale ed effettività della norma. Scritti giuridici*, I, *Teoria generale e fonti – persone e famiglia – garanzie e diritti reali*, t. I, Milano, 2002, p. 47 ss.), il quale specifica che questi poteri «possono esprimere l'esistenza di un centro di forza socio-economico che impone le sue decisioni avvalendosi proprio delle composizioni giuridiche di libertà e di autonomia ugualmente spettanti ai privati». L'accostamento operato dall'a., tra potere normativo e potere negoziale confuta la originaria alterità tra l'ideale classico di autonomia contrattuale – cui sarebbe estraneo «qualsiasi *imperium* dell'un negoziatore sull'altro, riducendosi così il postulato 'potere' alla mera facoltà dell'uno di *proporre* all'altro con successo un ordinamento (comune)»: così, S. DE FINA, *Autonomia*, in *Enc. giur.* Treccani, IV, Roma, 1988, p. 5- e la categoria del potere giuridico. Sulla predicazione in termini di potere giuridico della libertà contrattuale, v. le riflessioni di G. AMADIO, *Nullità anomala e conformazione del contratto (note minime in tema di abuso dell'autonomia contrattuale)*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, p. 289 ss.



e, di riflesso, è indice – come ci ricorda ancora Bianca - dell'assoggettamento, e della conseguente disuguaglianza di fatto, di una generalità di contraenti all'autorità contrattuale altrui<sup>2</sup>.

Il tema – che oggi si ripresenta sotto la nomenclatura del “contratto asimmetrico”<sup>3</sup> – involge, da una diversa e complementare visuale, quello della regolazione del mercato<sup>4</sup>.

Fulcro concettuale è il “potere”, tanto da discorrersi alternativamente di “asimmetria di posizioni/poteri contrattuali”: al potere “privato” della parte dominante, inteso come possibilità di predisporre “le regole del gioco” (le condizioni del futuro rapporto economico) e di incidere sulla altrui sfera di interessi, fa da contrappeso il potere “pubblico” di regolazione che vede protagoniste le Autorità indipendenti, «entrate a comporre» - secondo le parole della Corte costituzionale<sup>5</sup> – un «nuovo quadro di organizzazione dell'economia e del mercato».

La relazione (“poteri privati” – “potere pubblico”) che ne scaturisce - la quale, come si vedrà, sfugge ad una configurazione dicotomica<sup>6</sup> - si radica nella consapevolezza che le

---

<sup>2</sup>C.M. BIANCA, *o.c.*, p. 63. La grande impresa – osserva l'a., *o.c.*, p. 62, *sub* nt. 11 - rappresenta come tale un centro di forza che tende a limitare i diritti di libertà di quanti ne vengono in contatto: sebbene l'erogazione di beni e servizi si attui attraverso lo schema del contratto, l'imprenditore giunge in realtà a dettare unilateralmente e uniformemente, imponendo proprie condizioni, il contenuto del rapporto, «arrogandosi in definitiva un potere regolamentare che solo apparentemente è subordinato al consenso dei destinatari» (ID., *o.c.*, p. 63). Di fronte alla massificazione dei rapporti e alle concentrazioni del potere economico – denuncia ancora l'a. (ID., *o.c.*, p. 89) – la libertà negoziale dell'individuo, espressa dal convincimento che i singoli siano i migliori giudici dei loro interessi, si rivela del tutto illusoria.

<sup>3</sup>Locuzione invalsa nei primi anni del nuovo millennio (per la quale occorre fare riferimento ai diversi contributi di V. Roppo, ora raccolti in V. ROPPO, *Il contratto del duemila*, 3 ed., Torino, 2011) per designare un paradigma contrattuale nuovo rispetto al “contratto di diritto comune” disciplinato dagli artt. 1321 ss. c.c., riferibile a tutti quei contratti in cui «si fronteggiano due soggetti di mercato caratterizzati da una significativa asimmetria di potere contrattuale: asimmetria che, per il fatto di derivare precisamente dalle rispettive “fisiologiche” posizioni di mercato, si presenta come asimmetria di tipo per l'appunto fisiologico e non patologico»: ID., *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul “terzo contratto”)*, *ivi*, p. 91 ss., spec. p. 102; v. anche, ID., *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, *ivi*, p. 65 ss. e spec. 85 ss.; sempre ID., *Prospettive del diritto contrattuale europeo. Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico?*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 269 ss., spec. p. 280, rileva che la debolezza contrattuale dell'agente di fronte al principale, del *franchisee* di fronte al *franchisor*, del cliente di fronte al fornitore, dipende da fattori di mercato socialmente “fisiologici”. Per una compiuta ricognizione del fenomeno e del dibattito dottrinale che ne è scaturito, v. per tutti, A.M. BENEDETTI, *Contratto asimmetrico*, in *Enc. dir. Annali*, V, Milano, 2012, p. 370 ss., spec. p. 384 ss.

<sup>4</sup>C.M. BIANCA, *Le autorità private*, cit., p. 89, rileva chiaramente: «l'ordinamento è sempre meno indifferente a come i privati regolano i loro affari», segnalando l'opportunità di un intervento dell'autorità statale volto «a controllare e a delimitare l'esercizio dell'autonomia negoziale anzitutto al fine di salvaguardare la parte debole nei confronti di chi ha i mezzi per abusare di fatto della libera contrattazione».

<sup>5</sup>Corte cost., 23 ottobre 1995, n. 482, con riguardo alla Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, e alla possibile ingerenza della stessa in materie di competenza regionale. In un passaggio della sentenza si afferma che «esse esprimono una funzione di garanzia in ragione della quale è configurata l'indipendenza dell'organo».

<sup>6</sup>L. TORCHIA, *La regolazione del mercato e la crisi globale (per gli ottant'anni di Guido Rossi)*, in F. BRESCIA, L. TORCHIA e A. ZOPPINI (a cura di), *Metamorfosi del diritto delle società? (Seminario per gli ottant'anni di Guido Rossi)*, Napoli, 2012, e in [www.irpa.eu](http://www.irpa.eu). (da cui si cita), evidenzia nitidamente come, nella dinamica della regolazione del mercato, libertà privata e potere pubblico perdano quelle fattezze un po' rigide e iconiche e si atteggiino, inve-



posizioni di potere cui le dinamiche del mercato naturalmente tendono finiscono, in assenza di regole e controlli, per innescare (quello che è stato definito) «un inevitabile processo di autofagia che consuma ed elimina la stessa libertà di contrarre»<sup>7</sup>. Occorre pertanto ristabilire una tendenziale «parità delle armi»<sup>8</sup> tra i contraenti, e orientare l'agire nel mercato verso i risultati allocativi ritenuti socialmente preferibili perché coerenti con il principio concorrenziale<sup>9</sup>.

Particolarmente significativo, finanche sul piano semantico, è l'orientamento espresso dalla Corte costituzionale in alcune risalenti pronunce, ove si pone in evidenza – in linea con la posizione espressa, ancora una volta, dal Maestro qui onorato<sup>10</sup> – la necessità di attuare «anche nei confronti dei poteri privati» il «programma di eliminazione delle disegualianze di fatto additato dall'art. 3 comma 2»<sup>11</sup>, giacché un ordinamento giuridico democra-

---

ce, alla stregua di elementi prismatici, ricchi di sfaccettature e di capacità evolutiva (p. 4). Si che l'autonomia privata «si complica, includendo elementi tipici dell'esercizio del potere: il bilanciamento di una pluralità di interessi, la considerazione per il terzo, la procedimentalizzazione della formazione della volontà, il controllo non solo di risultato ma anche di processo»; e il potere pubblico si mostra «sempre meno unilaterale e finalistico», ma «partecipato e condizionale, volto non tanto a conformare in dettaglio le condotte dei soggetti sul mercato, ma piuttosto a stabilire le regole del gioco» (p. 5 s.). Punti di contatto tra potere pubblico e poteri privati sembrano peraltro emergere anche con riferimento ai rispettivi modelli di sindacato: v. G. SIGISMONDI, *Eccesso di potere e clausole generali. Modelli di sindacato sul potere pubblico e sui poteri privati a confronto*, Napoli, 2012.

<sup>7</sup>A. ZOPPINI, *Autonomia contrattuale, regolazione del mercato, diritto della concorrenza*, in G. OLIVIERI e A. ZOPPINI (a cura di), *Contratto e antitrust*, Roma-Bari, 2008, p. 16.

<sup>8</sup>Che qui si assume in senso diverso dal principio processuale canonizzato dalla giurisprudenza dell'Unione.

<sup>9</sup>Sul punto, v. ancora A. ZOPPINI, *Autonomia contrattuale, regolazione del mercato, diritto della concorrenza*, cit., p. 21. ID., *Diritto privato vs diritto amministrativo (ovvero alla ricerca dei confini tra Stato e mercato)*, in V. ROPPO e P. SIRENA (a cura di), *Il diritto civile, e gli altri*, Atti del Convegno Roma, 2-3 dicembre 2011, Milano, 2013, p. 383, sull'assetto paritario come un risultato cui bisogna tendere per assicurare l'efficiente funzionamento del mercato, frutto di una valutazione e quindi di una correzione procedurale che convoglia e argina l'esercizio del potere privato. Illuminanti le parole di M. Libertini (riportate da G. PITRUZZELLA, *Regolazione e concorrenza*, in *Astrid Rassegna*, n. 16/2014, p. 2), riguardo allo spostarsi «della politica della concorrenza [...] dall'idea dell'intervento punitivo contro comportamenti occasionali, devianti dall'ordine naturale delle cose, all'idea di un intervento amministrativo permanente di promozione della concorrenza contro le tendenze naturali dei mercati ad irrigidirsi nella difesa delle posizioni di potere, individuale e collettivo, che emergono spontaneamente dal processo concorrenziale medesimo». La coesistenzialità della *regulation* al mercato viene propugnata da R. GOODE, *Il diritto commerciale del terzo millennio* (1998), ed. it. a cura di B. CASSANDRO SULPASSO, Milano, 2003, spec. p. 65 ss. V. anche *infra*, nt. 19. Sulla conformazione concorrenziale del mercato capitalistico, anche con riferimento al ruolo giocato dallo sviluppo tecnologico, v. le interessanti riflessioni di L. NIVARRA, *Diritto privato e capitalismo*, Napoli, 2010, p. 88 ss., e spec. p. 98 s.

<sup>10</sup>C.M. BIANCA, *Le autorità private*, cit., p. 8, conduce il tema del dovere di intervento dello Stato *ex art. 3*, comma 2, cost., sul terreno delle autorità private. Occorre accertare – secondo l'a. (ID., *o.l.u.c.*) – se le situazioni di assoggettamento ad un altrui potere autoritario di fatto, ovvero non identificabile con un privilegio di diritto, importi il dovere di intervento dello Stato alla stregua del principio di eguaglianza o se tali situazioni richiedano una tutela del soggetto secondo gli schemi privatistici.

<sup>11</sup>Così, Corte cost., 15 maggio 1990, n. 241, che richiama anche la precedente sent. n. 223 del 16 dicembre 1982; nonché, Corte cost., 30 giugno 1994, n. 268. In argomento, L. DELLI PRISCOLI, *La diversa protezione di consumatore e imprenditore "debole" e il principio di uguaglianza*, in <http://rivistaodc.eu>, p. 1. Merita di essere menzionata la posizione espressa dalla Corte cost. tedesca nella nota sent. del 19 ottobre 1993 (in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, I, p. 197 ss., con nota di A. BARENGHI, *Una pura formalità. A proposito di limiti e di garanzie*



tico e improntato al principio di «parità reciproca»<sup>12</sup>, ben difficilmente può tollerare la presenza, all'interno del mercato, di poteri privati di fatto, in grado di ledere o limitare le sfere di autonomia e libertà riconosciute a tutti gli attori economici<sup>13</sup>.

Questa emergenza<sup>14</sup>, nel quadro degli obiettivi della economia sociale di mercato (cfr., art. 3, comma 3, TUE, che richiama, fra l'altro, lo sviluppo sostenibile, la piena occupazione, il progresso sociale, la qualità dell'ambiente) e, più in generale, dei valori consacrati nel titolo primo del TUE (la dignità umana, il rispetto dei diritti umani, l'eguaglianza, il pluralismo, la non discriminazione, la coesione economica e sociale, ecc.: artt. 2 e 3), è resa ancor più pregnante dalla considerazione che il mercato, a fronte del progressivo arretramento del *welfare* e degli importanti processi di liberalizzazione delle attività di *public utilities* (trasporti, energia, acqua, telecomunicazioni)<sup>15</sup>, è assurto a sede principale e pressoché esclusiva

---

*dell'autonomia privata nell'ordinamento tedesco*; cfr., inoltre, l'attenta analisi di G. VETTORI, *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, p. 34) nel senso che il contratto non può rappresentare il mezzo di dominio dell'uomo sull'uomo perché ciò si porrebbe in antinomia non solo con il fondamentale principio di libertà personale, ma anche con gli ideali dello stato sociale e con il valore della *Privatautonomie* difeso dalla costituzione.

<sup>12</sup>C.M. BIANCA, *Le autorità private*, cit., pp. 8 e 56, si sofferma sul principio costituzionale di eguaglianza nel suo significato di parità reciproca, tale cioè da legittimare in generale l'aspirazione a non essere assoggettati all'altrui autorità di diritto come anche di fatto. Si tratta di un punto nevralgico della intera trattazione, di sicura utilità sistematica anche per chi si proponga - evidenzia P.[ietro] R.[escigno] nella *Presentazione*, *ivi*, p. XII - di controllare il significato ed i limiti della parità di trattamento nel diritto privato, dove è proprio l'«eguaglianza reciproca» il criterio di verifica della legittimità delle «posizioni autoritarie». Sul tema della eguaglianza e del rapporto con la diseguaglianza, decisivo è il contributo di A. K. Sen, *La diseguaglianza*, 1994, p. 29 ss.

<sup>13</sup> Un ordinamento democratico non può essere indifferente al problema della forma del mercato - o, per meglio dire, il mercato stesso non può rimanere avulso dalla complessiva costellazione di valori che caratterizzano l'ordinamento giuridico democratico - giacché tale problema intercetta le situazioni di libertà ed eguaglianza riconosciute a tutti gli attori del mercato. Non è dunque il mercato in sé a rappresentare per definizione il luogo che permette di garantire l'agire autonomo dei soggetti in esso operanti, ma solo la sua forma concorrenziale, che è capace di fondare e tutelare la libertà e l'uguaglianza degli attori. Qualora assuma una struttura monopolistica, il mercato si converte invece in luogo della disuguaglianza e del dominio, dell'eteronomia privata, dove la realtà del potere di fatto si cela sotto il velo di un'apparente libertà: per queste considerazioni, A. ZITO,  *Mercati (regolazione dei)*, in *Enc. dir. Annali*, III, Roma, 2010, p. 812, e spec. *sub* nota 28.

<sup>14</sup> Il modello costituzionale di una società basata sulle libertà individuali - osserva P. SIRENA, *Diritto privato e diritto pubblico in una società basata sulle libertà individuali*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 110 - ha poco a che fare con l'ordine spontaneo del mercato. Questo modello può realizzarsi soltanto se le libertà «sono inserite in una cornice di regole "forti" di tutela dell'ordine concorrenziale e pluralistico». L'a., richiamando sul punto il tema delle autorità private elaborato da C.M. Bianca, evidenzia che «Dal punto di vista ordo-liberale, l'autoritarismo è sempre e comunque inaccettabile, non solo quando è esercitato dal potere pubblico, ma anche quando esso si afferma di fatto nei rapporti tra i cittadini», sì che compito del potere pubblico è «preservare l'ordine giuridico privatistico dalla formazione di quelle posizioni di potere economico o di autorità di fatto che tendono costantemente a provocare la sua dissoluzione» (ID., *o.l.u.c.*).

<sup>15</sup> Quella che vede i processi di privatizzazione dei beni produttivi (ma, ai fini del presente discorso, tali considerazioni valgono anche per i pubblici servizi) accompagnati da una rilevante e assorbente regolazione (vi è chi discorre - si v. L. NIVARRA, *Diritto privato e capitalismo*, cit., p. 31 s. - di «interventismo regolatorio», in nulla dissimile dal precedente «interventismo classico») è solo una contraddizione apparente, «perché sono proprio quelle regole che consentono al nuovo mercato di funzionare»: così, A. ZOPPINI, *Autonomia contrattuale, regola-*



zione del mercato, *diritto della concorrenza*, cit., p. 19. Del resto, là dove i servizi essenziali (ad es., poste e telegrafi, ferrovie) vengano affidati – come nella società liberale - all'apparato burocratico, la autonomia dei privati, lungi dal coincidere con la libertà di concludere ogni possibile contratto, si identifica, più semplicemente, con la libertà di scambiare quei beni e servizi posti nella disponibilità dei privati (sul punto, richiamando Giuliano Amato, v. ID., *o.u.c.*, p. 9 s.). Nella prospettiva della sussidiarietà – v. A. MOSCARINI, *Sussidiarietà e libertà economiche*, in *Dir. soc.*, 1999, p. 487 s. – si osserva che tali processi non realizzano un ritiro del *welfare*, essendo mossi dalla esigenza di garantire una integrazione tra i mercati ispirata alle regole di piena e libera concorrenza. Sulla componente «sociale» della regolazione finalizzata a garantire il soddisfacimento di bisogni essenziali, mediante il c.d. servizio universale, v. per tutti, S. CASSESE, *Regolazione e concorrenza*, in M. D'ALBERTI e G. TE-SAURO (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, Bologna, 2001, p. 11 ss. Obiettivo, questo, - puntualizza efficacemente P. SIRENA, *Attività di regolazione, clausole contrattuali abusive e sindacato giudiziario*, in F. FRANCARIO (a cura di), *Diritti, interessi ed amministrazioni indipendenti*, Giornate di studio sulla giustizia amministrativa dedicate ad Eugenio Cannada-Bartoli, Milano, 2003, p. 93 - che viene perseguito all'interno dell'economia di mercato. Del resto, a riscontro della vocazione solidaristica e di rilevanza sociale della regolazione delle *Authorities*, basta menzionare il c.d. “servizio di maggior tutela” offerto ai clienti finali ritenuti più deboli (domestici e piccole imprese) e la determinazione dei prezzi di riferimento, come corrispettivo “orientato al mercato” (art. 1, comma 3, d.l. 18 giugno 2007, n. 73, conv. in l. 3 agosto 2007, n. 125). Si tratta di un parametro diverso dal “giusto prezzo” proprio delle pregresse forme di intervento (esempio emblematico è, al riguardo, l'imposizione dell'equo canone nella disciplina dei contratti locativi) a tutela delle classi economicamente e socialmente deboli: il corrispettivo “orientato al mercato” postula infatti la remuneratività per l'attività di impresa e l'efficienza complessiva dello scambio. Merita, ancora, di essere accennata l'adozione da parte dell'AGCom di misure specifiche destinate ad utenti finali disabili (art. 57, comma 1, d. lgs. 1 agosto 2003, n. 259, c.d. Codice delle Telecomunicazioni). Sul mercato come principale meccanismo di regolazione delle attività economiche e di cura degli interessi sociali della collettività, v. R. NATOLI, *Il contratto “adeguato”. La protezione del cliente nei servizi di credito, di investimento e di assicurazione*, Milano, 2013, p. 25 ss. Il mercato abbisogna peraltro, a monte, di un «intervento pubblico redistributore, orientato a fornire garanzia dell'accesso a beni e servizi essenziali anche da parte di chi sia sprovvisto autonomamente di risorse economiche adeguate»: in questi termini, F. PIZZOLATO, *Scelte private e pubblici interessi: la regolazione dei consumi*, in G. COCCO (a cura di), *Diritti dell'individuo e diritti del consumatore*, Milano, 2010, p. 115, il quale esclude che la libertà del consumatore sia un *a priori* scontato, essendo la stessa libertà di consumare soggetta ai condizionamenti economici che occorre, per l'appunto, rimuovere attraverso l'intervento pubblico redistributore. Il tema è affrontato anche da R. BIN, *I diritti di chi non consuma*, in G. COCCO (a cura di), *Diritti dell'individuo e diritti del consumatore*, cit., p. 95 ss., il quale denuncia le distorsioni connesse alla privatizzazione dei servizi pubblici e all'antagonismo che si determina tra solidarietà sociale, servizi pubblici, previdenza sociale da un lato e interessi dei consumatori dall'altro (p. 105 s.). La soluzione ai fallimenti del mercato non si rinviene nell'intervento gestorio della mano pubblica né tantomeno nella redistribuzione della ricchezza collettiva, quanto piuttosto in una funzione di supplenza del diritto regolatorio nei confronti della libertà economica. Compito del decisore pubblico è verificare quali regole e quali provvedimenti possano impedire il preconstituirsi di situazioni distorsive dei rapporti concorrenziali, quali possano sopperire a eventuali carenze informative delle parti ovvero prevenire il prodursi di costi sociali, in quali casi sia necessario imporre all'impresa privata oneri di prestazione: per queste considerazioni, A. ZOPPINI, *Autonomia contrattuale, regolazione del mercato, diritto della concorrenza*, cit., p. 17 s.; ID., *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, in M. MAUGERI e A. ZOPPINI, *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, Bologna, 2009, p. 9 ss., spec. p. 15. In argomento, v. anche L. DELLI PRISCOLI, *Liberalizzazioni e diritti fondamentali*, Vicalvi, 2016, p. 92 ss.; G. NAPOLITANO e A. ZOPPINI, *La regolazione indipendente dei servizi pubblici e la garanzia dei privati*, in G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, Bologna, 2006, p. 125 ss.



di accesso a beni e servizi strumentali al soddisfacimento dei c.d. «diritti sociali di cittadinanza»<sup>16</sup>, presupposto a loro volta di partecipazione del singolo alla vita democratica.

‘Benessere sociale’ ed ‘efficienza economica’ si fondono dunque nella dimensione concorrenziale del mercato, fungendo da presupposto e limite assiologico agli imprescindibili interventi regolatori, tra i quali rientra la messa a punto delle regole conformative degli scambi<sup>17</sup>. Diffusa è infatti la consapevolezza dell’indissolubilità tra le nozioni di contratto e

---

<sup>16</sup> Cfr., G. FERRARA, *L’uguaglianza oggi*, in G. ALPA e V. ROPPO (a cura di), *La vocazione civile del giurista. Saggi dedicati a Stefano Rodotà*, Roma, 2013, p. 284 ss.; G. CARAPEZZA FIGLIA, *I rapporti di utenza dei servizi pubblici tra autonomia negoziale e sussidiarietà orizzontale*, in *Rass. dir. civ.*, 2017, p. 440 ss., spec. p. 446 s., anche con riferimento alla partecipazione dei portatori di interessi collettivi nella erogazione dei servizi pubblici, quale manifestazione moderna del “governo democratico dell’economia”. Denuncia l’ambiguità e il limite del concetto di “consumatore”, P. PERLINGIERI, *La tutela del consumatore tra liberismo e solidarismo*, in *Riv. giur. Mol. Sannio*, 1995, p. 97 ss., ora in ID., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2003, p. 308 s. (da cui si cita), il quale puntualizza che il consumatore non sempre è debole, e che «il problema del consumatore si pone in maniera differenziata in relazione ai diversi settori (finanziario, alimentare, informativo, sanitario ecc.), perché diverse sono la natura e la rilevanza dei beni e delle condizioni soggettive» (p. 312).

<sup>17</sup> Il cambiamento morfologico del contratto da «regola autonoma» a «tecnica» di realizzazione di finalità generali (V. SCALISI, *Il contratto in trasformazione. Invalidità e inefficacia nella transizione al diritto europeo*, Milano, 2011, p. 487) già traspare dalla normativa speciale degli anni ’70 e ’80, in materia di equo canone, rapporti agrari, rapporto di lavoro subordinato, specchio «della realizzazione per via legislativa degli obiettivi di giustizia sociale»: così, F. MACARIO, *L’autonomia privata*, in L. NIVARRA (a cura di), *Gli anni Settanta del diritto privato*, Milano, 2008, p. 183. La locazione ad uso abitativo è, insieme alla costituzione di società cooperativa (cioè con scopo mutualistico: art. 2511 c.c.) e al contratto di trasporto pubblico di persone (art. 1679 ss. c.c.), indicata da P. PERLINGIERI, *L’incidenza dell’interesse pubblico*, in ID., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*, cit., p. 63 (già in *Rass. dir. civ.*, 1986, pp. 933 ss.), come una delle ipotesi emblematiche di predisposizione originaria, all’interno della funzione del contratto, dell’interesse pubblico che, nella prospettiva della legalità costituzionale, è sintesi ed attuazione equilibrata dei valori delle persone consociate nell’unità dei loro diritti e dei loro doveri, sì da non poter confliggere con quello privato e risultare fisiologicamente presente in ogni attività giuridicamente rilevante, di per sé funzionalizzata anche al perseguimento di obiettivi di carattere generale: P. PERLINGIERI, *o.u.c.*, p. 58; ID., *Il diritto agrario tra pubblico e privato*, in ID., *Scuole tendenze e metodi. Problemi del diritto civile*, Napoli, 1988, p. 265 (e in *Rass. dir. civ.*, 1985, p. 698 ss.); ID., «Controllo» e «conformazione» degli atti di autonomia negoziale, in *Rass. dir. civ.*, 2017, p. 214; nonché P. PERLINGIERI e A. FEDERICO, *Autonomia “privata” e pubblica amministrazione*, in P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, 7<sup>a</sup> ed., Napoli, 2017, p. 443. P. FEMIA, *Interessi e conflitti culturali nell’autonomia privata e nella responsabilità civile*, Napoli, 1996, p. 134, esclude che vi sia collisione o indifferenza, quanto piuttosto coordinamento e strumentalità dell’interesse generale rispetto al privato, «come è richiesto dall’unità dell’ordine giuridico». Il punto di distacco rispetto a quella stagione va dunque ricercato non nell’impiego in funzione correttiva del contratto in sé considerato, in quanto cioè strumento per il perseguimento di fini ultraindividuali; bensì nel diverso tipo di finalità, all’epoca rivolto a ristabilire equi rapporti sociali sul presupposto che il mercato è di per sé fonte di distorsioni e come tale deve essere “guidato” secondo una *ratio* politica alternativa, coerente con le istanze solidaristiche enunciate all’art. 2 cost.; sì che misure di intervento pubblico “nella” economia (gestione diretta di comparti rilevanti dell’economia; introduzione di strumenti conformativi quali sussidi, incentivazioni, prezzi coordinati) e controllo correttivo sul contratto convergono in tale direzione e concorrono nella regolazione (in funzione redistributiva) del mercato. Ancora una volta l’eterointegrazione si conferma “tecnica di governo delle scelte private” (V. RICCIUTO, *Regolatori del mercato, eteronomia del contratto*, in E. PICOZZA e V. RICCIUTO, *Diritto dell’economia*, Torino, 2013, p. 273. Sul governo del contratto come una forma di governo dell’economia, M. GRONDONA, *Poteri dell’Autorità per l’energia elettrica e il gas e integrazione del contratto di utenza*, cit., p. 52), destinata ad incidere su condizioni di debolezza contrattuale, le quali sono non più di matrice (esclusivamente) socio-economica, quanto piuttosto “tecnica” e



di mercato, e della conseguente ontologica circolarità tra le regole dell'uno e dell'altro<sup>18</sup>. Nel mercato – ci ricorda efficacemente R. Coase<sup>19</sup> – si rinviene il luogo di allocazione delle risorse economiche e, ancor prima, della contrattazione, sì che se, per un verso, il contratto «appare come un'inevitabile necessità»<sup>20</sup>, giacché soltanto per il suo tramite possono trovare soddisfacimento le esigenze di categorie soggettive variamente individuate (cittadini, utenti, consumatori)<sup>21</sup>, per altro verso, l'intervento pubblico «sulla» economia converge nel controllo eteroregolamentare sull'autonomia contrattuale<sup>22</sup>.

---

“seriale”, ascrivibile cioè a disinformazione, luoghi e modalità di negoziazione, pratiche sleali delle imprese, dipendenza economica (D. SIMEOLI, *Contratto e potere regolatorio (rapporti tra)*, in *Leggi d'Italia*, 2014, p. 6). Sulla definizione “funzionale” della autonomia contrattuale all'interno del modello dello Stato regolatore, v. l'analisi di A. ZOPPINI, *Autonomia contrattuale, regolazione del mercato, diritto della concorrenza*, cit., p. 16 ss., spec. p. 21, ove si evidenzia: «Dalla definizione del mercato, e in ragione degli interessi che in esso debbono trovare tutela, discendono per conseguenza le regole e i comportamenti che plasmano le dinamiche contrattuali». Per M. LIBERTINI, *Autorità indipendenti, mercati e regole*, in *Riv. it. sc. giur.* 2010, p. 63 ss., cui adde M. MAUGERI, *Autorità indipendenti e contratto*, cit., p. 1314 ss., il limite finalistico della delegificazione prodotta dalle Autorità va rinvenuto nelle linee direttrici di matrice ordoliberales dell'ordinamento europeo (art. 3, comma 3, Tratt.), quali la tutela e promozione della concorrenza e la tutela del consumatore. Direttrici che, tuttavia, all'indomani del Trattato di Nizza, non possono rilevare indipendentemente dal valore della persona umana (cfr. Preambolo della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea), tanto da registrarsi una vera e propria «consonanza tra i valori prevalenti della Costituzione italiana e dell'ordinamento comunitario», sì che – conclude efficacemente E. CAPOBIANCO, *Lezioni sul contratto*, Torino, 2014, p. 133 – «con l'eliminazione delle contraddizioni e l'unificazione dei valori caratterizzanti i diversi sistemi normativi, l'ordinamento interno e comunitario tendono a divenire un unico ordinamento di riferimento». Le nuove finalità della Unione europea incidono sul mercato e finiscono con il giustificare tutta una serie di interventi e di legislazioni premiali: P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, p. 525.

<sup>18</sup>Così, P. PERLINGIERI, *Diritto dei contratti e dei mercati*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, p. 883 (anche in P. CORRIAS (a cura di), *Liber amicorum per Angelo Luminoso. Contratto e mercato*, I, Milano, 2013, p. 273 ss.). Le connessioni funzionali tra contratto e mercato sono evidenziate anche in ID., *La contrattazione tra imprese*, in *Riv. dir. impr.*, 3, 2006, p. 326.

<sup>19</sup>Per R. COASE, *Impresa, mercato e diritto*, Bologna, 2006, p. 48, «I mercati sono istituzioni che esistono al fine di facilitare gli scambi», ovvero «per ridurre i costi di conclusione delle transazioni». L'illustre economista rileva inoltre che gli esempi solitamente addotti come mercati perfetti e concorrenza perfetta – si pensi alle borse merci e alle borse valori – siano in realtà mercati in cui le transazioni (a prescindere da ogni possibile regolamentazione governativa) sono altamente regolate, sì da ritenere «corretto pensare che se esiste qualcosa che si avvicina alla concorrenza perfetta, essa richieda normalmente un complesso sistema di norme e regolamenti» (ID., *o.c.*, p. 49).

<sup>20</sup>L'espressione è di A. ZOPPINI, *Autonomia contrattuale, regolazione del mercato, diritto della concorrenza*, cit., p. 17.

<sup>21</sup>V. RICCIUTO, *Regolatori del mercato, eteronomia del contratto*, cit., p. 273 s., il quale insiste sulla valenza ultraindividuale dei fini che il contratto eterodeterminato persegue. L'a. rileva che lo Stato regolatore eleva il contratto a «fonte “suprema” delle regole degli scambi», ma «non rinuncia alla conduzione dell'andamento generale dei mercati e partecipa sotto spoglie diverse al fenomeno dell'economia», ricorrendo cioè ad «operazioni di conformazione ed orientamento di quei contratti verso finalità ultraindividuali».

<sup>22</sup>Sulla interazione fra conformazione delle autonomie e funzionamento del mercato, L. DI NELLA, *Mercato e autonomia contrattuale nell'ordinamento comunitario*, Napoli, 2003, p. 432. Sul ruolo nevralgico del contratto, che asurge a fonte di diritto, F. GALGANO, *Lex mercatoria*, 1976, p. 214 ss. In argomento, v. A. LASSO, *Crisi della legge e autorità del mercato*, in *Autorità e crisi dei poteri*, P.B. HELZEL e A.J. KATOLO (a cura di), Padova, 2012, p. 71.



2. In questa prospettiva, gli strumenti di autonomia vengono “conformati” e “modulati”<sup>23</sup> in maniera sempre più incisiva dai *dicta* delle *Authorities*<sup>24</sup>. Gli esempi attengono, in

---

<sup>23</sup>Sul punto, E. CAPOBIANCO, *Lezioni sul contratto*, cit., p. 127 ss., spec. p. 132, reputa «più coerente pensare [...] ad una conformazione-modulazione» delle “autonomie”, in base ai valori prevalenti nell’ordinamento. Sul modo di atteggiarsi dei poteri conformativi, «i quali oscillano dalla prescrizione di “un contenuto tipico determinato” alla definizione di clausole particolari “da inserire” obbligatoriamente nei contratti», cfr., inoltre, F. MACARIO, *Autorità indipendenti, regolazione del mercato e controllo di vessatorietà delle condizioni contrattuali*, in G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, cit., p. 206.

<sup>24</sup>È proprio l’effetto conformativo indotto da qualsivoglia *dicta* delle Autorità a costituire – secondo G. DE NOVA, *Le fonti di disciplina del contratto e le Autorità indipendenti*, in G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, cit., p. 60 s. – il fenomeno significativo della normazione delle autorità indipendenti. Ha portata sostanzialmente normativa l’attività che si esplica attraverso istruzioni, suggerimenti, pareri, linee guida - con riferimento alla controversa funzione regolatoria delle linee-guida e alla rilevanza in ordine alla costruzione del regolamento contrattuale dei bandi tipo e dei contratti tipo predisposti dall’ANAC, v. A. FEDERICO, *Integrazione del contratto e poteri regolatori delle Autorità Amministrative indipendenti. Il ruolo dell’Autorità Nazionale Anticorruzione nella costruzione del regolamento contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 2017, p. 818 ss.- che, pur non vincolanti, finiscono comunque per rivestire un notevole valore e produrre, di fatto, un effetto conformativo sui comportamenti dei destinatari: si pensi, a titolo meramente paradigmatico alle «lettere al mercato» (ex «circolari») dell’Ivass tese a esternare la posizione dell’Istituto in merito a determinate questioni (una tra le più recenti e significative è quella del 3 aprile 2017, la quale “raccomanda” alle imprese di attivare, nel caso di polizze abbinate ai finanziamenti, adeguate procedure per la restituzione in caso di estinzione anticipata parziale del rateo di premio non goduto). Né può trascurarsi di considerare l’attività c.d. di «regulation by litigation». L’espressione – per la quale, v. A.P. MORRIS, B. YANDLE e A. DORCHAK, *Regulating by Litigation: The EPA’S regulation of Heavy-duty Diesel Engines*, in *Administrative Law Review* (56), 2004, p. 404 - designa quell’insieme di decisioni emesse dalle Autorità di settore a seguito di una determinata controversia che, per l’elevato valore che assumono, finiscono per orientare, integrare, correggere norme già poste, di guisa che la decisione assume interesse anche per i soggetti che non sono parte della controversia. La tematica del «regolare giudicando» è affrontata da S. LUCATINI, *Modelli di giustizia per i mercati*, Torino, 2013, p. 232 s.; v., anche, M. LIBERTINI, *Autonomia individuale e autonomia d’impresa*, in G. GITTI, M. MAUGERI e M. NOTARI (a cura di), *I contratti per l’impresa. I. Produzione, circolazione, gestione, garanzia*, Bologna, 2012, p. 66. Sulla regolazione settoriale insita nella funzione giustiziale, M. RAMAJOLI, *Strumenti alternativi di risoluzione delle controversie pubblicistiche*, in *Dir. amm.*, 2014, p. 1 ss. Sui contorni sostanzialmente normativi dell’attività esercitata dalle autorità indipendenti, essendo le stesse investite di poteri ampiamente discrezionali, F. MERUSI e M. PASSARO, *Autorità indipendenti*, *Enc. dir. Agg.*, IV, Milano, 2002, p. 178; con riferimento al settore delle comunicazioni elettroniche, G. DELLA CANANEA, *La definizione delle controversie nella comunicazioni elettroniche: dall’Autorità ai comitati regionali*, in *Le Istituzioni del federalismo*, 2008, 6, p. 836 s.; con riferimento al Garante della privacy, P. BILANCIA, *Attività normativa delle autorità indipendenti e sistema delle fonti*, in S. LABRIOLA (a cura di), *Le autorità indipendenti: da fattori evolutivi ad elementi della transizione nel diritto pubblico italiano*, Milano, 1999, p. 147 ss.; e, con riferimento al regolamento di soluzione delle controversie dell’AGCM, v. A. ZOPPINI (a cura di), *Tra regolazione e giurisdizione. In ricordo di Antonio Preto*, Roma, 2017. Di «deriva regolatoria» discorrono L. BERTI e A. PEZZOLI, *Le stagioni dell’antitrust*, Milano, 2010, p. 66 s., in particolar modo con riferimento alla attività dell’Autorità *Antitrust* che si concretizza nelle decisioni con impegni (art. 14 *ter*, l. n. 287 del 1990), mediante le quali vengono ad essere elaborate proprie politiche di settore. In questo caso, come nei procedimenti di competenza dell’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, le misure adottate si collocano «a metà strada tra le agevolazioni e le sanzioni che finiscono per avere una colorazione latamente regolatoria nella misura in cui appaiono rivolte ad introdurre un nuovo elemento di *deterrence*, integrativo degli altri strumenti di cui si avvale l’ordinamento *antitrust*,



primo luogo, ai c.d. mercati regolati, nei quali la predisposizione del contenuto contrattuale è sottratta ai sopra richiamati «centri di forza» privati e fa sostanzialmente capo alle rispettive Autorità di settore, tanto da discorrersi di «contratto amministrato»<sup>25</sup>.

Si pensi al potere della Banca d'Italia di definire le informazioni e condizioni che, a pena di nullità, devono essere riportate in modo chiaro e conciso nei contratti di credito (art. 125 *bis* T.U.)<sup>26</sup>; o a quello, ben più incisivo, di «prescrivere che determinati contratti,

---

che opera nel senso di scoraggiare la formazione di cartelli»: così, G.D. COMPORTI, *Introduzione: dal potere discrezionale alle scelte negoziali*, in ID. (a cura di), *Le gare pubbliche: il futuro di un modello*, Napoli, 2011, p. 7, il quale, guardando in generale, al «variegato campo delle sanzioni inflitte dalle autorità amministrative indipendenti», rileva la tendenza che, fra l'altro, «rende recessivo il profilo afflittivo, e dunque l'interesse all'irrogazione di una sanzione esemplare, rispetto al perseguimento del generale obiettivo del miglioramento delle condizioni dei settori regolamentati». Le sanzioni – v. al riguardo la delibera n. 144 del 2 ottobre 2008, dell'AEEG (ora AEEGSI), recante *Linee guida sull'applicazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall'Autorità ai sensi dell'art. 2, comma 20, lett. c), della legge 14 novembre 1995, n. 481* – appaiono, in buona sostanza, «sempre più strumentalmente legate all'efficace attuazione delle politiche regolatorie del mercato o settore di riferimento» (ID., *o.l.u.c.*). Alla regolazione quale risultato ultimo delle altre funzioni delle quali sono investite le Autorità, fa accenno S. LUCATTINI, *Rivalità e coordinamento nel settore dei servizi pubblici*, in G. MORBIDELLI e S. ANTONIAZZI (a cura di), *Vent'anni di regolazione accentrata dei servizi pubblici locali*, Torino, 2017, p. 86, nota 113, che, sulla scorta di alcune pronunce (Cons. St., sez. IV, 20 ottobre 2004, n. 6901, ove si afferma che la sanzione irrogata dall'Autorità per l'energia mira «a raggiungere anche finalità regolatorie del settore»; Tar Lombardia, sez. III, 10 settembre 2009, n. 4638, che definisce la potestà sanzionatoria «strumentale alle "regolazione" del mercato di riferimento»), discorre di potestà sanzionatoria in termini di «strumento ancillare della regolazione».

<sup>25</sup>V., sul punto, G. GITTI, *Autorità indipendenti, contrattazione collettiva, singoli contratti*, in ID. (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, cit., p. 94 ss.; e, in prospettiva diacronica, v., G. ALPA, *Le stagioni del contratto*, Bologna, 2012, p. 160 s., che indica il «contratto amministrato» tra le espressioni «nelle quali si rifrange anche la qualificazione del contratto come *asimmetrico*». La estraneità degli «atti dispari e insuscettibili di negoziazione» dall'area del potere autonomo, intesa come area della «negoziazione», ovvero della «negoziabilità dell'accordo» (che si assume essere tratteggiata dall'art. 1322 cod. civ.: M. ORLANDI, *Autonomia privata e autorità indipendenti*, in G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, cit., p. 65 ss., spec. p. 74 s.), porta a distinguere la protezione dell'*an*, ossia della libertà economica di scambiare, dalla protezione del *quomodo*, ossia della libertà di disciplinare negoziando, sì da aversi decisioni di compiere atti economici e di stringere affari largamente eterodeterminati nel *quomodo*, come i contratti sui servizi pubblici essenziali. Analoghe considerazioni possono farsi a proposito dei regolamenti contrattuali predeterminati unilateralmente dalle imprese e ripetuti in una serie indefinita di rapporti, che «scandiscono», secondo il sistema di produzione capitalistico, l'organizzazione della vita materiale di ciascuno: sul punto, A. ZOPPINI, *Autonomia contrattuale, regolazione del mercato, diritto della concorrenza*, cit., p. 15 s.

<sup>26</sup>Con conseguente eterointegrazione, analogamente a quanto prevede l'art. 117, comma 7, per la generalità dei contratti bancari, fermo restando che il meccanismo *ex* art. 125 *bis* citato è destinato ad assorbire, oltre agli interessi, anche tutte le altre componenti del costo del credito. Cfr., al riguardo, P. SIRENA e D. FARACE, *I contratti bancari del consumatore*, in E. CAPOBIANCO (a cura di), *I contratti bancari, Tratt. dei contratti* Rescigno – Gabrielli, Torino, 2016, p. 288. L'art. 125 *bis*, comma 6, prevede infatti la nullità di clausole relative a costi a carico del consumatore non inclusi o non correttamente inclusi nel Taeg pubblicizzato, come pure nel Taeg contrattualmente indicato a parte, in ragione del fatto che qualsiasi costo, che concorre a formare il costo complessivo del credito, deve essere necessariamente inserito nel Taeg allo scopo di dare al risparmiatore - consumatore la possibilità di comparare, con avvedutezza, le varie offerte del mercato e orientarsi quindi consapevolmente nella scelta del soggetto finanziatore. Ne consegue una forma di integrazione legale (quale è quella prevista dal successivo comma 7), con applicazione del tasso nominale sostitutivo: il che significa che il Taeg equivarrebbe al tasso nominale di Bot o di altri titoli similari eventualmente indicati dal Ministero



individuati attraverso una particolare denominazione o sulla base di specifici criteri qualificativi, abbiano un contenuto tipico determinato» (art. 117, comma 8)<sup>27</sup>, che configura una vera e propria «tipizzazione amministrativa» del contratto. Ancor più marcato, per ragioni di ordine pubblico economico, è il potere di «tipizzazione» del quale è investita la Consob, cui compete non soltanto di dare un contenuto tipico ai contratti *futures* e *options*, ma ancor di più di determinarne la stessa ammissione alle negoziazioni e le relative scadenze in positivo». Gli strumenti contrattuali/titoli oggetto di negoziazione costituiscono pertanto un numero chiuso tipizzato anche nel contenuto, sì che all'autonomia privata residua un mero

---

dell'Economia emessi nei dodici mesi precedenti la conclusione del contratto. Al riguardo, in una recente decisione del Collegio di Coordinamento dell'Abf (cfr., dec. n. 1430 del 18 febbraio 2016) concernente le polizze c.d. *credit protection* incluse nel contratto di finanziamento, si è stabilito che: «in un contratto di finanziamento concluso con un consumatore, il costo di una polizza assicurativa obbligatoria deve essere incluso nella clausola di determinazione del Taeg. Se questo non avviene, la clausola è affetta da nullità ai sensi dell'articolo 125 *bis*, comma 6, Tub e di conseguenza diventa applicabile il tasso sostitutivo legale previsto dal comma 7 della medesima disposizione». Rimane aperto il problema di stabilire se anche il costo legato alla clausola assicurativa facoltativa debba essere riportato nel Taeg e, al riguardo, sulla scorta dell'art. 121, comma 2, Tub, le disposizioni di Banca d'Italia su «Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari. Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti», nella versione del 9 febbraio 2011, prevede che «nel Taeg sono inclusi i costi, di cui il finanziatore è a conoscenza, relativi a servizi accessori connessi con il contratto di credito e obbligatori per ottenere il credito o per ottenerlo alle condizioni offerte». Tale previsione non può che essere interpretata secondo la *ratio* voluta dal legislatore di fare in modo che, specialmente quando il risparmiatore ha necessità di mettere insieme alcuni preventivi per poter scegliere consapevolmente quello di preferenza, gli venga offerto un quadro complessivo ed esaustivo dei costi e delle spese, tanto più che l'assicurazione, per quanto facoltativa, potrebbe incidere non poco nella scelta perché al di là del costo c'è la sua effettiva e qualitativa portata la quale concorre in via essenziale e determinante della scelta. In tal modo il rischio di un mercato grigio della trattativa viene neutralizzato, includendo nel Taeg anche i costi facoltativi. L'Abf Collegio Roma, 13 aprile 2015, ha stabilito che i costi relativi alla polizza sottoscritta dal mutuatario in quanto prevista dall'art. 2, comma 3, lett. d), d.m. Tesoro, 8 luglio 1992, devono essere ricompresi nel calcolo del Taeg, a nulla rilevando che il modulo prestampato dall'intermediario rechi la qualificazione di tale polizza come «facoltativa».

<sup>27</sup>La *ratio* va rinvenuta nel garantire al cliente che a determinati *nomina* contrattuali corrisponda un certo contenuto (non soltanto economico ex art. 117, comma 4, ma anche giuridico: in questi termini, G. DE NOVA, *La tipizzazione amministrativa dei titoli e dei contratti prevista dall'art. 117, comma 8, del testo unico*, in BANCA D'ITALIA – Quaderni di ricerca giuridica, *Fondamento, implicazioni e limiti dell'intervento regolamentare nei rapporti tra intermediari finanziari e clientela*, Roma, 1997, p. 67, il quale specifica che la Banca d'Italia può prescrivere essa stessa direttamente il contenuto o farlo *per relationem*, rinviando a quanto elaborato dall'ABI. L'autorità di vigilanza (v. art. 9, delibera Cicr del 4 marzo 2003) assume, ad esempio, l'indicazione dell'ISC ad elemento tipico del contratto di finanziamento, la omessa indicazione del quale comporta – secondo un orientamento dei giudici di merito – la nullità del contratto per la mancanza dei requisiti minimi di trasparenza voluti dal legislatore: così, Trib. Napoli, 25 maggio 2015, n. 7779, che ha escluso possa sopperire l'indicazione degli *elementi che concorrono alla determinazione di tale parametro*. V., inoltre, Trib. Benevento, 31 ottobre 2015; e Trib. Chieti, sent. n. 230 del 2015. L'errata indicazione dell'ISC o del TAEG (per il credito al consumo) comporta invece la nullità della sola clausola afferente gli interessi, ex art. 117, comma 6. Di «tipizzazione amministrativa» del contratto discorre anche R. COSTI, *L'ordinamento bancario*, 2007, p. 481. Tale potere si traduce anche nel recepire, e dunque tipizzare, le nuove operazioni elaborate dalla prassi e, di riflesso, nell'ostracizzare eventuali altre operazioni divenute nel frattempo socialmente tipiche: in questo senso, V. BUONOCORE, *Riflessioni a margine del nuovo testo unico in materia bancaria e creditizia*, in *Banca, impresa, società*, 1994, p. 171 ss.



potere di impulso nel formulare e immettere nel sistema telematico di negoziazione una proposta di acquisto o di vendita destinata ad essere gestita dal sistema medesimo<sup>28</sup>.

Si pensi altresì alle determinazioni dell'AEEGSI (art. 2, comma 12, lett. h, l. n. 481 del 1995) circa i livelli minimi di qualità del servizio (cfr., direttiva adottata con delibera n. 200 del 28 dicembre 1999), le quali «costituiscono modifica o integrazione del regolamento di servizio» che gli esercenti sono tenuti a predisporre e ad osservare nello svolgimento del rapporto con gli utenti (art. 2, comma 37). La S.C.<sup>29</sup> ha statuito che l'integrazione, ex art. 1339 c.c., del regolamento di servizio – che rappresenta sostanzialmente le condizioni gene-

---

<sup>28</sup>G. GITTI, *Autonomia privata e Autorità indipendenti*, in *Enc. dir. Annali*, V, 2012, p. 135, il quale pone in risalto le ragioni legate non semplicemente alla generica tutela della posizione contrattuale del contraente investitore quanto, attraverso di essa, alla salvaguardia dell'interesse individuale e generale alla tutela costituzionale (art. 47) del risparmio in tutte le sue forme. Rilevano a tal fine due recentissime pronunce di legittimità mediante le quali è stato chiarito che gli obblighi di informazione «attiva» circa le singole operazioni di investimento che discendono dalle prescrizioni di legge (art. 21 ss. t.u.f.) e dalle correlate norme attuative della Consob appartengono alla «fase endocontrattuale del rapporto» e finiscono per essere «incorporati per via di integrazione nel contenuto tipico del contratto» e la loro mancata osservanza incide ai fini del giudizio di meritevolezza ex art. 1322, comma 2, c.c. degli specifici derivati stipulati. In questi termini Cass., 23 maggio 2017, n. 12937; Cass., 31 luglio 2017, n. 19013, entrambe in *Dejure*.

<sup>29</sup>Cfr., Cass., 27 luglio 2011, n. 16401, in *Rass. dir. civ.*, 2012, p. 896, con nota di M. ANGELONE, *Poteri regolatori dell'Aeeg e integrazione dei contratti di somministrazione di energia elettrica*; e in *Giur. it.*, 2012, p. 1559, con nota di G. RISPOLI, *Asimmetrie contrattuali e limiti all'eterointegrazione normativa*, e, segnatamente, quel passaggio dell'iter argomentativo nel quale si evidenzia come proprio in vista della funzione protettiva dell'utente le determinazioni dell'Autorità non possono integrare, a monte, le sole condizioni generali del contratto di servizio, ma devono incidere, a valle, sui contratti di utenza individuale. La controversia ha riguardato le modalità gratuite di pagamento delle bollette elettriche. L'allora AEEG impose, con la delibera n. 200 del 1999, al gestore «di offrire al cliente almeno una modalità gratuita di pagamento della bolletta» (art. 6, comma 4). L'Enel provvide a ciò solo nel 2004, attivando appositi uffici su scala provinciale. Nelle more, alcuni utenti agirono in giudizio contestando l'inadempimento e chiedendo il risarcimento di un euro, pari al costo indebitamente sopportato nell'effettuare il pagamento a mezzo bollettino postale. La Corte - chiarito che le norme di regolazione possono derogare, purché in favore dell'utente, a norme dispositive di legge (nel caso in questione, l'art. 1196 cod. civ., che pone a carico del debitore le spese occorrenti per il pagamento) ma non a norme imperative, dato il carattere subordinato delle stesse rispetto alla legge [si v., al riguardo, le osservazioni critiche di M. GRONDONA, *Poteri dell'Autorità per l'Energia elettrica e il Gas e integrazione del contratto di utenza (problemi di ermeneutica contrattuale in margine a una recente sentenza)*, in *Annuario contr.,dir.* da A. D'Angelo e V. Roppo, 2012, p. 61 s.] -, ha tuttavia respinto le domande risarcitorie, adducendo che la citata delibera n. 200 del 1999, configurava una «prescrizione del tutto inidonea ad integrare una clausola di contenuto determinato», lasciando «al concessionario il potere di [...] prevedere più di una modalità» e di «individuare gli stessi termini della modalità gratuita». In sostanza, dal momento che la modalità gratuita di pagamento non era esclusiva, non avrebbe potuto operare la deroga all'art. 1196 cod. civ., con conseguente applicazione dell'art. 1182, comma 3, ove si prevede che le spese connesse all'adempimento gravano sul debitore. In senso conforme, v. anche Cass., 27 giugno 2012, n. 10730; Cass., 13 luglio 2012, n. 11992; Cass., 28 luglio 2011, n. 16519; Cass., 8 novembre 2012, n. 19333, in *Dejure*, sulle quali si sofferma, con una approfondita analisi, M. GRONDONA, *o.c.*, p. 38 ss. Cfr., inoltre, la disamina di D. FARACE, *Art. 1339 cod. civ., provvedimenti delle Autorità indipendenti ed eterointegrazione del contratto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, p. II, p. 656 ss. Da ultimo, ribadisce che il Regolamento dell'Autorità può integrare direttamente il regolamento di servizio e indirettamente il contratto di utenza, con riferimento a norme dispositive civilistiche, come quelle relative alle modalità di pagamento, Cass., 2 febbraio 2016, n. 1806, in *Contratti*, 11, 2016, p. 999 ss., con commento di D. FAUCEGLIA.



rali di contratto alle quali debbono adeguarsi i contratti di utenza - si risolve in via mediata in una integrazione autoritativa dello stesso contratto». O, ancora, al potere dell'Anac (art. 71, d. lgs. n. 50 del 2016, nuovo Codice dei contratti pubblici) di adottare «bandi-tipo» in conformità dei quali «devono essere redatti» i bandi di gara, allo scopo di agevolare l'attività delle stazioni appaltanti, uniformandone le condotte<sup>30</sup>.

Infine, in un'ottica di delegificazione, non può non segnalarsi il ruolo del Ministero dello Sviluppo Economico nella «modellizzazione» dello statuto e dell'atto costitutivo della *start up* innovativa (cfr., il modello standard approvato con d.m. MISE, 17 febbraio 2016, attuato dall'art. 3 comma 10 *bis*, del decreto-legge n. 3 del 2015, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 33 del 2015).

**3.** La riflessione investe non di meno la materia dei rapporti di consumo. Le nuove competenze assegnate all'Autorità Antitrust riportano all'attenzione la questione – anticipata nelle dense pagine di Bianca<sup>31</sup> – della sottoponibilità delle condizioni generali di contratto a controllo giudiziario e/o amministrativo e dei limiti insiti in ciascuno di questi, stante la portata «superindividuale»<sup>32</sup> dell'attività di predisposizione delle condizioni medesime.

La novella del 2012 al codice del consumo (37 *bis*, introdotto dall'art. 5, d.l. n. 1 del 2012 sulle liberalizzazioni, conv. in l. n. 27 del 2012), apre ad un controllo amministrativo, anche in via preventiva, del contenuto delle clausole vessatorie e/o abusive<sup>33</sup>. Tale controllo – i cui prodromi sono rinvenibili nel processo avviato qualche anno prima con la riforma delle Camere di Commercio (d. lgs. 15 febbraio 2010, n. 23), che ha dato luogo alla istitu-

---

<sup>30</sup>L'Anac, ai sensi dell'art. 213, comma 2, del citato Codice, è titolare di analoghi poteri in merito ai «capitolati-tipo» e i «contratti-tipo»: cfr. delibera Anac n. 618 dell'8 giugno 2016 che individua le clausole-tipo «da inserire obbligatoriamente nei contratti per l'affidamento di servizi assicurativi». Sul punto, per tutti A. FEDERICO, *Integrazione del contratto e poteri regolatori delle Autorità Amministrative indipendenti*, cit., p. 818 ss.

<sup>31</sup>C.M. BIANCA, *Le autorità private*, cit., p. 75, prospetta un intervento pubblico in forma di *controllo amministrativo* delle condizioni generali di contratto, nei termini di una preventiva autorizzazione, o anche di controllo successivo, senza escludere comunque una decisione ultima da parte degli organi giurisdizionali. L'inconveniente insito in questa forma di intervento – rileva tuttavia Pa. (ID., *o.c.*, p. 76) – sta nell'«affidare ad organi amministrativi un potere che, se vuole essere efficace, diviene eccessivamente discrezionale in ordine alla disciplina dei rapporti privatistici». Peraltro la stessa tutela giurisdizionale (rimessa all'autorità giudiziaria ordinaria ovvero ad una giurisdizione speciale) contro abusi di categoria «non sembra essere sufficientemente efficace» anche «per la difficoltà di un apprezzamento che involga un fenomeno superindividuale» (ID., *o.c.*, p. 77).

<sup>32</sup>ID., *o.l.u.c.*

<sup>33</sup>In argomento, S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, 2<sup>a</sup> ed., Torino, 2015, p. 199 ss.; C. CAMARDI, *La protezione dei consumatori tra diritto civile e regolazione del mercato. A proposito dei recenti interventi sul codice del consumo*, in *Jus civile*, 6, 2013, p. 305 ss.; E. POSMON, *La tutela amministrativa contro le clausole vessatorie: luci e ombre di un modello di controllo*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2013, p. 823 ss.; E. BATTELLI, *La tutela amministrativa contro le clausole vessatorie*, in *Consumerism 2012. Quinto rapporto annuale*, Università degli Studi di Roma Tre (Facoltà di Economia) – Consumers' Forum, Roma, 2012, p. 59ss.; M. ANGELONE, *La nuova frontiera del «public antitrust enforcement»: il controllo amministrativo dell'Agcm avverso le clausole vessatorie*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, p. 9 ss.; M. ZARRO, *Potenti indipendenti e rapporti civili. Italia, Germania e diritto europeo*, Napoli, 2015, p. 188 ss.



zione delle “Unità di regolazione del mercato”, deputate al controllo di vessatorietà delle condizioni generali di contratto<sup>34</sup>; e che potrebbe avere un ruolo ancor più significativo, là dove se ne ipotizzasse l'estensione all'ambito delle “microimprese”<sup>35</sup> – non preclude un accertamento di vessatorietà successivo alla stipulazione del contratto e fa salva, in ogni caso, la giurisdizione del giudice ordinario<sup>36</sup> sulla validità delle clausole vessatorie e sul risarcimento del danno (art. 37 *bis*, comma 4). Occorre segnalare come la percorribilità di un duplice controllo fosse stata già indicata da Bianca, là dove si riferisce - testualmente - ad un «controllo amministrativo delle condizioni generali di contratto, nei termini di una preventiva autorizzazione della pubblica amministrazione o anche di un controllo successivo, che non escludono comunque una decisione ultima da parte di organi giurisdizionali»<sup>37</sup>.

Particolare rilievo assumono, in questa prospettiva, il procedimento che l'AGCM segue ai fini della dichiarazione di vessatorietà e l'interpello preventivo che le imprese interessate possono richiedere alla stessa Autorità in merito alla vessatorietà di clausole che intendono utilizzare nei rapporti con i consumatori. A tal fine, l'impresa predisponente deve indicare «compiutamente le ragioni e gli obiettivi che motivano l'inserimento della singola clausola, la sua non vessatorietà, anche in relazione all'eventuale rilevanza di altre clausole contenute nel medesimo contratto o in altro contratto al quale il primo è collegato o dal quale dipende, nonché le modalità o circostanze in cui avverrà la negoziazione e la conclusione del contratto» (art. 24, comma 2, reg. sulle procedure istruttorie – del. AGCM n. 25411 del 1 aprile 2015).

La valutazione, che l'Autorità effettua sulla base della «propria competenza tecnica e della propria unitaria visione del mercato»<sup>38</sup>, incide peraltro sul carattere unilaterale della predisposizione, dando luogo ad una sorta di co-determinazione di quelle parti del regolamento contrattuale potenzialmente suscettibili di controllo successivo di vessatorietà da parte dell'autorità giudiziaria ordinaria<sup>39</sup>.

Analoghe considerazioni vanno fatte, quanto alla materia – strettamente correlata - delle pratiche commerciali scorrette<sup>40</sup>, con riferimento alla procedura degli impegni (art.

---

<sup>34</sup>C. CAMARDI, *La protezione dei consumatori tra diritto civile e regolazione del mercato. A proposito dei recenti interventi sul codice del consumo*, cit., p. 308.

<sup>35</sup>Sul punto sia consentito rinviare a M. IMBRENDA, *Le relazioni contrattuali nel mercato agroalimentare*, Napoli, 2016, p. 103.

<sup>36</sup>Si rinvia, sul punto, a D. VALENTINO, *La caducazione delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori tra giurisprudenza nazionale e giurisprudenza comunitaria*, in *Persona e mercato*, 2016, 4.

<sup>37</sup>C.M. BIANCA, *Le autorità private*, cit., p. 75; v. *supra*, nt. 31.

<sup>38</sup>C. CAMARDI, *La protezione dei consumatori tra diritto civile e regolazione del mercato*, cit., p. 308.

<sup>39</sup>Cfr., ancora, C. CAMARDI, *o.l.u.c.*, la quale sottolinea il carattere “soff” degli strumenti di co-determinazione, volti ad incentivare una contrattazione non vessatoria e meno “abusiva”.

<sup>40</sup>C. CAMARDI, *o.c.*, p. 307 e spec. p. 331 s. la quale rileva che: «considerando sistematicamente l'attività di predisposizione di clausole standard e quella di predisposizione dei messaggi commerciali quali fasi strutturalmente collegate della proposizione dell'offerta contrattuale dell'impresa ai consumatori, l'intervento spontaneo o sollecitato dell'Autorità può proporsi -per così dire- dall'inizio alla fine, dal momento della proposta come comunicazione commerciale al pubblico, fino a quello della proposta contrattuale vera e propria diretta ad una serie di consumatori, o già sottoscritta dai consumatori» (p. 332). In merito alle pratiche commerciali



27):il professionista, il quale abbia già ricevuto la comunicazione di avvio del procedimento, in ordine, ad esempio, a messaggi commerciali al pubblico, può aprirsi ad una fase di negoziazione o transazione, intesa a riformulare la predisposizione dei messaggi medesimi sulla base dei suggerimenti dell’Autorità, fino ad eliminarne i profili di scorrettezza.

Se, in forza dell’interpello preventivo (ovvero degli impegni *ex art. 27* cod. cons., cui si è appena fatto cenno), il controllo consultivo dell’AGCM si incunea nell’atto di predisposizione, modificandone la struttura morfologica, e finisce per proiettarsi sulla futura attività negoziale; in sede di controllo successivo, attivato dall’Autorità, d’ufficio o su richiesta o denuncia di qualsiasi soggetto o organizzazione che ne abbia interesse, con riferimento alle clausole inserite nei contratti già in atto con i consumatori, è il potere pubblico, in quanto potere di regolazione (e la stessa decisione nella quale si estrinseca), a “diluirsi”, ovvero a veder degradare la tradizionale connotazione unilaterale per assumerne una partecipata. L’art. 37 *bis* statuisce infatti che la dichiarazione di vessatorietà o di non vessatorietà viene emanata «sentite le associazioni di categoria rappresentative a livello nazionale e le camere di commercio interessate o loro unioni».

4. Entrambi i procedimenti sono informati ad una metodologia dialogica tra controllore e controllato che, di là da contingenti finalità deflattive, persegue, nel lungo periodo, il fine di sospingere<sup>41</sup> verso la corretta esplicazione della iniziativa economica privata e, segnatamente, del potere – tipico – di predisposizione delle clausole contrattuali, con il quale l’imprenditore «costruisce [...] la materiale premessa della futura attività negoziale»<sup>42</sup>.

L’obiettivo ultimo che si pone il legislatore del 2012 è, ben oltre la correttezza, «il perseguimento di un “mercato etico”»<sup>43</sup>, come è dato arguire, fra l’altro, dalla previsione,

---

scorrette giova segnalare che il Tar Lazio, con ordinanze nn. 2547, 2548, 2550 e 2551, del 17 febbraio 2017 (di poco successive alle ordinanze con le quali il Consiglio di Stato – v. Cons. St., VI sez., 17 gennaio 2017, nn. 167 e 168 – ha sollevato le questioni pregiudiziali in ordine alla Autorità competente a sanzionare un operatore economico per una pratica commerciale scorretta) ha rimesso alla Corte di giustizia UE le questioni di compatibilità comunitaria della disciplina del codice del consumo che sanziona le pratiche commerciali scorrette, con particolare riferimento al contrasto di competenza fra Autorità indipendenti. V., tuttavia, Cons. St., ad. plen, 9 febbraio 2016, n. 4, che non ha rinviato la questione alla Corte di Giustizia, statuendo che la competenza ad irrogare una sanzione per una pratica commerciale considerata in ogni caso aggressiva, è sempre da individuare nell’AGCM, sì che «nel nostro sistema [...] la pratica commerciale aggressiva è inequivocabilmente attratta nell’area di competenza dell’AGCM».

<sup>41</sup>Secondo l’idea del «paternalismo libertario» - R. THALER E C. SUNSTEIN, *Nudge. Improving decisions about health, wealth and happiness*, New Haven, 2008, p. 11 ss. - che propone non di impedire determinate scelte ma di supportare, ovvero «pungolare», gli individui ad assumere, mediante una «spinta gentile», basata sulla informazione «adeguata», le decisioni migliori.

<sup>42</sup>In un senso concettualmente non diverso – puntualizza E. ROPPO, *Contratti standard*, Milano, 2017 (rist. integrata), p. 144 - dalla predisposizione di uffici di vendita al pubblico, dalla fissazione di prezzi, dal lancio di campagne promozionali ecc. In argomento, v. anche M. MAGGIOLO, *Il contratto predisposto*, Padova, 1996, spec. p. 63 ss.

<sup>43</sup>Lo sottolinea efficacemente L. ROSSI CARLEO, *La tutela amministrativa contro le clausole vessatorie*, in *Obblig. e contr.*, 2012, 7, p. 493.



nell'ambito dello stesso decreto liberalizzazioni, del c.d. "rating di legalità" (art. 5 *ter*): la dichiarazione di non vessatorietà pone, infatti, l'impresa predisponente in condizione di presentarsi sul mercato con offerte "certificate", grazie alle quali poter "spontaneamente" attrarre i consumatori; là dove invece l'effetto dissuasivo che la dichiarazione di vessatorietà produce sulle scelte dei potenziali consumatori non può che scoraggiare l'imprenditore dal porre in essere o perseverare in condotte "abusive" o "vessatorie"<sup>44</sup>. Sotto questo profilo, appare plausibile concordare con chi, in un'ottica di sussidiarietà, guarda all'interpello alla stregua di un non banale incentivo al "passaggio dalla predisposizione all'autoregolamentazione"<sup>45</sup>. Ancora una volta viene in considerazione il ruolo delle camere di commercio chiamate, già in una fase antecedente quella dei controlli appena menzionati, a compiti sia di vera e propria *moral suasion* nella redazione concertata di modelli contrattuali-tipo con le associazioni di categoria dei professionisti e/o dei consumatori, sia di controllo sulla presenza di "clausole inique inserite nei contratti"<sup>46</sup>. Questo sistema valorizza il potere di autoregolamentazione delle categorie interessate, dando origine ad un modello concordato capace di recuperare l'equilibrio contrattuale, come osservava a suo tempo Bianca<sup>47</sup>, il quale rilevava peraltro<sup>48</sup> l'insufficienza del pur necessario «intervento dell'autorità statale che valga a controllare e delimitare l'esercizio dell'autonomia negoziale anzitutto al fine di salvaguardare la parte debole nei confronti di chi ha i mezzi per abusare di fatto della libera

---

<sup>44</sup>C. CAMARDI, *La protezione dei consumatori tra diritto civile e regolazione del mercato*, cit., p. 328. In definitiva, osserva l'a., «La vigilanza è orientata ad evidenziare e rendere pubblico a scopo informativo il comportamento vessatorio, non ad impedirlo; a spingere i consumatori verso altri professionisti, così esercitando la loro sovranità e il loro potere di infliggere al professionista scorretto la più efficace delle sanzioni; ovvero – in caso di valutazione negativa della vessatorietà – ad evidenziare e rendere pubblica la virtuosità del predisponente, il quale potrà sempre avvalersi di tale valutazione in ogni circostanza nella quale ciò si rendesse opportuno o necessario» (p. 335).

<sup>45</sup>In questa prospettiva, v. L. ROSSI CARLEO, *La tutela amministrativa contro le clausole vessatorie*, cit., p. 496. Ma per taluni rilievi critici, v. ancora C. CAMARDI, *o.c.*, p. 336, la quale ipotizza che «quel passaggio auspicato dalla predisposizione solitaria e unilaterale delle condizioni generali di contratto all'autoregolamentazione virtuosa» indotto dal rischio della sanzione reputazionale, può sortire effetti nei confronti di quei professionisti che hanno ragione di temerne gli effetti sulla clientela, «o perché poco competitivi, o perché il livello della concorrenza nel settore è elevato e i consumatori si trovano facilitati nel preferire altri professionisti. Mentre è più difficile immaginare un effetto realmente dissuasivo nei confronti di professionisti la cui posizione di mercato, consolidata e dominante, sia tale da neutralizzare la mera sanzione reputazionale o condizionare comunque le adesioni dei consumatori, ai quali, nonostante la dichiarata vessatorietà delle clausole contrattuali, non si offrono in quel settore di mercato alternative reali e convenienti».

<sup>46</sup>Sul punto, L. ROSSI CARLEO, *o.c.*, p. 497, osserva che le Camere svolgono un ruolo di promozione e di impulso che si attua non tanto attraverso un'opera di controllo, ma piuttosto attraverso un'opera di mediazione volta a far sì che le parti possano realizzare in maniera corretta ed efficace il potere di autoregolazione degli interessi.

<sup>47</sup>C.M. BIANCA, *Le autorità private*, cit., p. 79, segnala come la mancata organizzazione della categoria e la disparità sofferta dal singolo a livello di contrattazione individuale determinino una situazione di predominio, superabile «a livello di una contrattazione collettiva dove ciascuna categoria può fare valere la forza della sua essenziale partecipazione al discorso economico comune» (ID., *o.c.*, p. 80).

<sup>48</sup>C.M. BIANCA, *o.c.*, p. 89 s.



contrattazione». L'Autore precorreva così l'esigenza di guardare alle attività economiche e ai diritti patrimoniali in chiave solidaristica e di giustizia sociale.

La strada prescelta dà preponderanza alla fase preventiva e tende a scongiurare, non soltanto l'intervento giurisdizionale ma, come prevede espressamente la norma, lo stesso controllo amministrativo successivo che, secondo la logica della sussidiarietà, in primo luogo, postula il coinvolgimento diretto dei privati (l'Autorità interviene su richiesta o denuncia di qualsiasi soggetto o organizzazione che ne abbia interesse), emancipati dal rango di semplici destinatari di norme e chiamati ad assumere un ruolo di *enforcement*. È nondimeno significativo che questo impulso, dal basso, alla attività di vigilanza<sup>49</sup> venga contemplato all'art. 62 dello stesso d. liberalizzazioni in ordine al rispetto della disciplina delle relazioni commerciali (dunque tra imprenditori), in materia di cessione dei prodotti agricoli e agroalimentari. Coinvolgimento destinato peraltro ad ampliarsi nella prospettiva sistematica e assiologica - confortata dalla lettera dell'art. 62, comma 2, ove si discorre genericamente di «relazioni commerciali» - che riconosce valenza generalizzata in tutti i rapporti tra imprese al divieto di imposizione di condizioni «ingiustificatamente gravose»<sup>50</sup>.

La logica della sussidiarietà, in secondo luogo, prevede la già richiamata partecipazione «alla consultazione delle associazioni di categoria rappresentative dei professionisti a livello nazionale e delle camere di commercio o loro unioni che risultino interessate dalle clausole oggetto del procedimento, in ragione della specifica esperienza maturata nel settore» (v. art. 23, comma 6, reg. AGCM, n. 25411 del 2015).

5. Allargando lo sguardo, occorre rimarcare, a fronte del variegato processo di amministrativizzazione, la tendenza, per certi versi speculare, delle Autorità indipendenti a plasmare la regolazione secondo moduli negoziali, anche di tipo corporativo, che esaltano la funzione dell'autonomia. Valenza paradigmatica riveste la legge istitutiva della AEEGSI che contempla (v. art. 2, comma 23, l. n. 481 del 1995) la possibilità di disciplinare, *ex art.* 13, l. n. 241 del 1990 (che, a sua volta, rinvia alle «particolari norme»), le audizioni periodiche delle associazioni dei consumatori e degli utenti o, comunque, dei soggetti portatori di interessi pubblici e privati nei procedimenti di formazione di atti normativi e atti a contenuto generale (fra i quali rientrano i provvedimenti di determinazione delle tariffe, di definizione dei livelli qualitativi delle prestazioni e delle altre condizioni). L'art. 5 della delibera 20 maggio 1997, n. 61, dispone che i procedimenti per la formazione di atti normativi e di atti a conte-

---

<sup>49</sup>Al riguardo, L. ROSSI CARLEO, *Nuovi principi, grandi potenzialità*, in R. FONTOLAN e A. ALTINA (a cura di), *Lo Statuto delle imprese*, Roma, 2012, p. 30; A. ZOPPINI, *Diritto privato vs diritto amministrativo (ovvero alla ricerca dei confini tra Stato e mercato)*, cit., p. 390, indica nella *class action* lo strumento costitutivo di nuove soggettività rappresentative di interessi che si aggregano e si legittimano 'dal basso'. Sul *countervailing power* che organizzazioni e soggetti collettivi esercitano, in via preventiva o successiva, nella negoziazione o nelle controversie, si sofferma A. GENTILI, *Pratiche sleali e tutele legali: dal modello economico alla disciplina giuridica*, in *Riv. dir. priv.*, 3/2010, p. 50 s.

<sup>50</sup>Sul punto, sia consentito rinviare a M. IMBRENDA, *Le relazioni contrattuali nel mercato agroalimentare*, cit., p. 112 ss.



nuto generale di competenza dell'autorità si svolgono mediante procedure di *notice and comment* e nel 2012 è stata avviata dall'Autorità una nuova procedura, denominata "Notice and Comment: Iniziativa Sperimentale" orientata ad estendere la partecipazione a consumatori domestici e piccole e medie imprese. Altre recenti disposizioni<sup>51</sup>, nel formalizzare esplicitamente la partecipazione delle categorie interessate nella formazione dei regolamenti delle Authorities, riecheggiano anch'esse il metodo c.d. di *notice and comment*, tipico del modello dell'*interest representation*<sup>52</sup>.

Occorre premettere che in una «società basata sulle libertà dei privati»<sup>53</sup> la regolazione, quale risposta al problema della razionalità limitata nelle relazioni di mercato tra privati<sup>54</sup>, non può non tener conto del rischio di un fallimento degli stessi regolatori, a causa tan-

---

<sup>51</sup>V., ad es., art. 23, l. n. 262 del 2005 (legge per la tutela del risparmio), ove si prevede che i provvedimenti aventi natura regolamentare o contenuto generale adottati da Banca d'Italia, Consob, Isvap (ora Ivass) e Covicip debbono essere motivati e soprattutto debbono coinvolgere – nel rispetto del principio di proporzionalità, inteso come criterio di esercizio del potere adeguato al raggiungimento del fine – gli organismi rappresentativi dei soggetti vigilati, dei prestatori di servizi finanziari e dei consumatori; art. 191, comma 4, d. lgs. n. 209 del 2005 (c.d. Codice delle assicurazioni private) che sancisce che i regolamenti dell'Isvap (ora Ivass) «sono adottati nel rispetto di procedure di consultazione aperte e trasparenti che consentano la conoscibilità della normativa in preparazione e dei commenti ricevuti anche mediante pubblicazione sul sito Internet dell'Istituto»; art. 11, d.lgs. n. 259 del 2003 (Codice delle comunicazioni elettroniche), che disciplina un meccanismo di consultazione e trasparenza tale da consentire a tutte le parti interessate di prendere visione e di esprimersi sulla proposta di provvedimento.

<sup>52</sup> Il *notice and comment*, introdotto nell'ordinamento statunitense con l'approvazione dell'*Administrative Procedure Act* del 1946, si articola nella comunicazione dell'avvio del procedimento di regolazione, nella pubblicazione dello schema di regolazione, nella fissazione di un termine per la presentazione dei commenti ed, infine, nell'adozione del provvedimento finale. In argomento, v. G.P. MANZELLA, *Brevi cenni sulla regulatory negotiation*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1994, p. 277 ss.; e, più in generale, G. PIZZANELLI, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Politiche ambientali e realizzazione delle grandi opere strutturali*, Milano, 2010, p. 1 ss., e spec. p. 97, quanto alla partecipazione anche come dovere del cittadino ex art. 2 cost., in linea con l'origine etimologica del termine partecipazione che richiama immediatamente ad un prendere parte ad un progetto o ad un'azione di comune interesse. In giurisprudenza, da ultimo, Tar Lazio - Roma, sez. II, 13 dicembre 2011, n. 9710, nel senso che: «La procedura del *notice and comment*, imposta nella fattispecie dall'art. 11 del Codice delle comunicazioni elettroniche, nel legittimare l'esercizio del potere regolatorio da parte di soggetti istituzionali posti al di fuori della tradizionale tripartizione dei poteri e al di fuori del circuito di responsabilità delineato dall'art. 95 cost., attraverso l'imposizione di un procedimento partecipativo sostitutivo della dialettica propria delle strutture rappresentative per il cui tramite arricchire la base conoscitiva dell'attività di regolazione acquisendo gli interessi coinvolti nell'esercizio del pubblico potere ed il contributo informativo e valutativo dei soggetti interessati, non si traduce nell'obbligo per l'Autorità di replicare puntualmente a ciascuna delle osservazioni sollevate, trattandosi pur sempre di atto generale, essendo sufficiente che risulti che l'Autorità abbia preso in considerazione i contributi elaborati durante la consultazione pubblica e vi abbia dato riscontro attraverso l'indicazione delle ragioni sostanziali sottese alla decisione, costituente idonea motivazione».

<sup>53</sup> Si rinvia, ancora, alle dense pagine di P. SIRENA, *Diritto privato e diritto pubblico in una società basata sulle libertà individuali*, cit., p. 101 ss., spec. p. 113; ID., *La partecipazione dei soggetti interessati ai procedimenti innanzi alle Autorità Indipendenti*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 6, 2012, p. 449 (anche in *Tutela dei diritti e «sistema» ordinamentale*. Atti del 6° Convegno Nazionale Sisdic, Napoli, 2012, p. 315).

<sup>54</sup>Sulla regolazione pubblica come risposta al problema della razionalità limitata nelle relazioni di mercato tra privati, si rinvia alle interessanti riflessioni di G. NAPOLITANO, *Autorità pubblica e (ir)razionalità privata*, in G.



to della asimmetria informativa che questi ultimi scontano nei confronti dei regolati quanto della difficoltà di prevedere le variabili di contesto<sup>55</sup>. Questa consapevolezza fa sì che la regolazione si sostanzi in un processo continuo di elaborazione e adeguamento, tale cioè da svilupparsi per successivi gradi di approssimazione<sup>56</sup> - cui concorre altresì l'analisi di impatto<sup>57</sup> (come ad es., nella ipotesi del già citato art. 23, l. risparmio, che richiede una relazione che illustri le conseguenze sulla regolamentazione, sulle attività delle imprese e degli opera-

---

ROJASELQUETA e N. VARDI (a cura di), *Oltre il soggetto razionale. Fallimenti cognitivi e razionalità limitata nel diritto privato*, Roma, 2014, p. 191 ss.

<sup>55</sup>L'intervento pubblico - avverte acutamente A. GENTILI, *Senso e consenso*, I, Torino, 2015, p. 305 - «non dà garanzia di ripristino della razionalità degli individui e del mercato [...]. La razionalità dell'intervento pubblico è limitata, e perciò spesso fallisce», degenerando in burocrazia. In definitiva, i rimedi offerti scontano a loro volta la razionalità limitata dei regolatori, connessa tanto alla asimmetria informativa nei confronti degli stessi regolati quanto alla difficoltà di prevedere le variabili di contesto: sul punto, v. ancora, G. NAPOLITANO, *Autorità pubblica e (ir)razionalità privata*, cit., p. 194. I più recenti approdi della economia comportamentale e della psicologia cognitiva applicata anche ai regolatori - «i quali sono degli Umani», puntualizza F. DI PORTO, *L'informazione come "oggetto" e come "strumento" di regolazione (il caso dei mercati energetici al dettaglio)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2011, p. 975, che affronta il problema della razionalità limitata dei regolatori in specie nei mercati ad alto tasso di innovazione tecnologica; su regolazione e scienze cognitive, v. ID., *La regolazione degli obblighi informativi. Le sfide delle scienze cognitive e dei big data*, Napoli, 2017, spec. p. 197 ss. - enfatizzano il ruolo dell'informazione non soltanto come «strumento» ma anche come «oggetto» di regolazione: il regolatore si pone cioè l'obiettivo di creare una informazione adeguata e in funzione di ciò assume la veste di arbitro per la condivisione dell'informazione e della conoscenza tra gli *stakeholders*. Aspetto, quest'ultimo, che, occorre aggiungere, non può ignorare la tendenza alla concentrazione del potere informativo in capo a pochi attori del mercato, in un'ottica di standardizzazione dei servizi che possa garantire una maggiore sicurezza ed il ripristino di forme di equilibrio nei rapporti contrattuali con gli utenti ed i consumatori di beni e servizi in rete. Infatti, la stessa profilatura, anche in vista di una «personalizzazione» dei prezzi che potrebbe rivelarsi un'efficace strumento di ri-composizione dell'asimmetria (atteso che garantisce il bene o servizio più idoneo al soddisfacimento del bisogno del singolo consumatore al miglior prezzo), può presentare altri e diversi rischi che si spostano sul piano dell'efficienza del mercato delle informazioni, sembra giustificare la creazione di interventi regolatori attraverso la predisposizione di modelli trasparenti di raccolta e di uso delle informazioni: sul punto, v. ancora ID., *o.u.c.*, p. 158. Né può essere taciuto che la recente crisi finanziaria ed economica ha mostrato i limiti della regolazione di settore, tanto da indurre a prospettare oltre al fallimento del mercato anche il fallimento dei regolatori (così, R. NATOLI, *Il contratto "adeguato"*, cit., p. 71; sul tema, si rinvia, in generale a G. NAPOLITANO e A. ZOPPINI, *Le Autorità al tempo della crisi: per una riforma della regolazione e della vigilanza sui mercati*, Bologna, 2009), e a riproporre «la centralità dell'azione pubblica»: sul punto, v., ancora, A. ZOPPINI, *Diritto privato vs diritto amministrativo*, cit., p. 376; cfr. anche N. LONGOBARDI, *Le autorità di regolazione dei mercati nel «tempo della crisi»*, in [www.amministrazioneincammino.luiss.it](http://www.amministrazioneincammino.luiss.it), p. 11 s., a parere del quale la crisi ha evidenziato l'esigenza di un rafforzamento della regolazione indipendente.

<sup>56</sup>V. RICCIUTO, *Regolatori del mercato, eteronomia del contratto*, cit., p. 256, evidenzia la «funzione omeostatica» delle Autorità indipendenti, consistente cioè nel produrre «un adattamento continuo della regolazione giuridica a una realtà mobile», qual è il mercato.

<sup>57</sup>In argomento, v. i diversi contributi raccolti in D. GALLI e M. CAPPELLETTI (a cura di), *La qualità delle regole nella società contemporanea. Una prospettiva multilivello*, Roma, 2014, e, segnatamente, N. RANGONE, *Qualità delle regole: solo utopia?*, p. 61 ss.; E. GIARDINO, *La regolazione amministrativa: evoluzione concettuale e metamorfosi teleologica*, p. 85 ss.; F. CANNATA, *L'analisi d'impatto della regolamentazione: l'esperienza della Banca d'Italia*, p. 97 ss.; F. SARPI, *L'esperienza dell'utilizzo dell'AIR nelle autorità indipendenti*, p. 163 ss. Cfr., inoltre, M. DE BENEDETTO, M. MARTELLI e N. RANGONE, *La qualità delle regole*, Bologna, 2011, p. 68 ss.



tori, sugli interessi dei risparmiatori) - secondo una logica prettamente compositiva, resa possibile non soltanto dalla maggiore prossimità delle Autorità indipendenti con il soggetto destinatario della normativa, ma anche dal «dialogo costruttivo con i soggetti interessati, il quale costituisce un incessante procedimento di scoperta»<sup>58</sup>, funzionale alla costruzione negoziata della regola.

6. Volendo procedere a qualche riflessione conclusiva, si può, anzi tutto, sottolineare la penetrazione tra il carattere flessibile, dinamico e adattivo della regolazione e il principio di sussidiarietà verticale e orizzontale (art. 118 cost.), che da mero criterio formale ordinatore delle fonti assurge a strumento di selezione del potere normativo più «abile», compresa l'autonomia negoziale, a far fronte alle peculiarità delle istanze di tutela in concreto rilevabili. Riguardata in questa prospettiva, la partecipazione degli organismi rappresentativi alle dinamiche regolative conferma l'idea che l'autonomia privata nella dimensione regolativa del mercato non necessariamente viene sacrificata, potendo «acquistare» rilievo in forme nuove, *in primis* in quella forma di negoziazione associativa che fa dei provvedimenti delle autorità atti a normazione «diffusa» o «sociale»<sup>59</sup>, pur dovendosene constatare, allo stato attuale, il carattere asimmetrico, atteso che è l'Autorità a decidere se tener conto o meno delle osservazioni prodotte dai privati<sup>60</sup>.

Il tema si intreccia con la portata del principio di legalità, che l'evoluzione del modello istituzionale - dalla separazione all'«equilibrio fra i poteri»<sup>61</sup> - allontana dalla sua accezione tradizionale e conforma al principio di proporzionalità il quale peraltro, inteso come espressione di idoneità e adeguatezza delle scelte e dei mezzi rispetto ai fini da perseguire, caratterizza da sempre l'agire dei privati<sup>62</sup>. Il *deficit* di legalità sostanziale (attribuzione alle Autorità indipendenti di poteri normativi e amministrativi in bianco; esercizio di poteri impliciti) potrebbe essere compensato - secondo l'orientamento del Consiglio di Stato<sup>63</sup>, favorevolmen-

---

<sup>58</sup>P. SIRENA, *La partecipazione dei soggetti interessati*, cit., p. 449, evidenziando altresì che questo dialogo è «animato dalla consapevolezza che la regolazione perfetta non sarà mai raggiunta, ma che, proprio per questo, essa può sempre essere migliorata attraverso la discussione pubblica».

<sup>59</sup>G. GITTI e P. SPADA, *Regolazione del mercato come strategia*, in G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, cit., p. 19.

<sup>60</sup>V., fra l'altro, Tar Lombardia - Milano, sez. II, 6 maggio 2014, n. 1164.

<sup>61</sup>L. TORCHIA, *La regolazione dei mercati fra autorità indipendenti nazionali ed organismi europei*, in [www.irpa.eu](http://www.irpa.eu), p. 2.

<sup>62</sup>V., ancora, L. TORCHIA, *La regolazione del mercato e la crisi globale (per gli ottant'anni di Guido Rossi)*, cit., p. 10.

<sup>63</sup>Cons. St., sez. VI, 2 marzo 2010, n. 1215, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), configura un «fondamento dal basso» della indipendenza e neutralità delle Autorità, «a condizione che siano assicurate le condizioni del giusto procedimento e che il controllo avvenga in sede giurisdizionale». In senso conforme, più di recente, Cons. St., sez. VI, 1 ottobre 2014, n. 4874, in *Foro Amm.*, 2014, 10, p. 2565: «L'esercizio dei poteri regolatori da parte delle Autorità amministrative indipendenti, in quanto posto al di fuori del tipico circuito di responsabilità delineato in via di principio dell'articolo 95, Cost., risulta comunque giustificato dall'esistenza di un procedimento adeguatamente rispettoso delle regole di partecipazione, inteso quale strumento sostanzialmente sostitutivo della dialettica propria delle strutture *stricto sensu* rappresentative». Sulla «democrazia procedimentale», quale fondamento della peculiare legittimazione delle autorità indipendenti, v. S. CASSESE, *Negoziazione e trasparenza nei procedimenti davanti alle Autorità indipendenti*, in AA.VV., *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti*, Torino,



te accolto dalla Corte costituzionale<sup>64</sup> – dal potenziamento della legalità procedurale, mediante il coinvolgimento di tutti i soggetti interessati nel procedimento. La effettività della partecipazione dei soggetti interessati (di là dalla condivisibile osservazione che «Solo gli interessati meglio organizzati sapranno far valere la loro opinione»<sup>65</sup>) dipende peraltro dalla «possibilità di un contraddittorio effettivo (non solo in forma scritta, ma anche in forma orale)» e dall'«obbligo di motivazione delle determinazioni e degli atti delle Autorità»<sup>66</sup>. Elementi, questi, che attengono alla neutralità delle Autorità indipendenti e pertanto «devono ritenersi imposti dall'art. 111, comma 2, cost., come presidi di un giusto processo»<sup>67</sup>. Da qui la possibilità di impugnare gli atti regolatori per vizi da inesatto svolgimento delle consultazioni e da mancata considerazione dei relativi risultati nei provvedimenti finali, incentivando, per questa via, l'agire responsabile delle autorità medesime.

In definitiva, la descritta dinamica di reciproca «ibridazione»<sup>68</sup> del potere pubblico e della libertà privata, che si compie nella regolazione, supera in certo qual modo l'interrogativo che Bianca si poneva<sup>69</sup>, circa la tutela pubblica o privata da accordare al soggetto sottoposto all'altrui autorità privata. La logica collaborativa, di dialogo e di negoziazione, che informa l'attività procedimentale delle *Authorities*, sembra collocarsi nel solco di

---

1999, p. 42. In argomento, cfr., altresì, R. CHIEPPA, *Poteri esercitati, procedimento e contraddittorio davanti alle Autorità indipendenti*, in G.P. CIRILLO e R. CHIEPPA (a cura di), *Le autorità amministrative indipendenti*, Tratt. di dir. amm. diretto da G. Santaniello, Padova, 2010, p. 73 s., secondo il quale le garanzie partecipative costituiscono «un elemento insopprimibile» del procedimento innanzi alle Autorità indipendenti, «che caratterizza le funzioni svolte da tali organismi» (ID., *o.c.*, p. 82); E. DEL PRATO, *Principio di sussidiarietà e regolazione dell'iniziativa economica privata. Dal controllo statale a quello delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, p. 257 ss., spec. p. 269, reputa applicabile il modello di partecipazione consultiva in tutte le materie rette dal principio di sussidiarietà sociale. Se tale partecipazione conforma l'ambito della discrezionalità del decisore pubblico, resta tuttavia aperto il problema per alcuni degli interessati di essere emarginati dalla partecipazione; problema cui si potrebbe sopperire – ipotizza l'a. – con un onere di motivazione.

<sup>64</sup>Corte cost., 7 aprile 2017, n. 69, nel richiamare l'orientamento del Consiglio di Stato sulla declinazione procedurale del principio di legalità, puntualizza che nei settori regolati dalle autorità amministrative indipendenti, là dove vengano in rilievo profili caratterizzati da un elevato grado di complessità tecnica, «la difficoltà di predeterminare con legge in modo rigoroso i presupposti delle funzioni amministrative attribuite alle autorità comporterebbe un inevitabile pregiudizio alle esigenze sottese alla riserva di legge, se non fossero quantomeno previste forme di partecipazione degli operatori di settore al procedimento di formazione degli atti».

<sup>65</sup>È quanto rileva, opportunamente, E. DEL PRATO, *o.c.*, p. 269, *sub* nt. 45.

<sup>66</sup>P. SIRENA, *La partecipazione dei soggetti interessati*, cit., p. 449. Considerazioni critiche sulla posizione della giurisprudenza amministrativa riguardo alla effettività della partecipazione degli interessati ai procedimenti dell'attuale AEEGSI sono mosse da A. TRAVI, *Autorità per l'energia elettrica e giudice amministrativo*, in E. BRUTI LIBERATI e F. DONATI (a cura di), *Il nuovo diritto dell'energia tra regolazione e concorrenza*, Torino, 2007, p. 74 ss., spec. p. 79 ss.

<sup>67</sup>Così, ancora, P. SIRENA, *o.u.c.*, p. 447, il quale osserva come la rilevanza costituzionale delle libertà private esiga che i procedimenti dinanzi alle *Authorities*, di là dalla loro discussa qualificazione come «paragiurisdizionali», siano «retti dai valori permanenti del processo», la diffusione dei quali è funzionale alla attuazione delle istanze di politica e di civiltà del diritto (cfr., ID., *o.u.c.*, p. 448), sì da prospettarsi l'esercizio della funzione amministrativa proprio mediante il processo.

<sup>68</sup>L'espressione è di L. TORCHIA, *La regolazione del mercato e la crisi globale (per gli ottant'anni di Guido Rossi)*, cit., p. 4.

<sup>69</sup>C.M. BIANCA, *Le autorità private*, cit., p. 8.



quella soluzione «partecipativa» che l'Autore, nel fare riferimento agli accordi delle categorie interessate, indicava come «soluzione ottimale»<sup>70</sup> al problema delle «posizioni di dominio nella vita economica». Il procedimento innanzi alle stesse diverrebbe, così, la sede presso la quale i confliggenti (ed equiordinati<sup>71</sup>) interessi, ponderati e bilanciati, trovano composizione, ferma restando la opportunità di ripensare il ruolo del giudice civile nel controllo del contratto conformato<sup>72</sup> e di ipotizzare il sindacato di costituzionalità delle prescrizioni conformative emanate dalle autorità<sup>73</sup>. L'esame della problematica della giustizia contrattuale e dei poteri di intervento del giudice si arricchisce dunque di elementi nuovi. Il potere eteronomo di incidere sul contratto delle *Authorities* non ridimensiona il ruolo del giudice nella perequazione delle contrattazioni, al contrario lo valorizza e gli conferisce il carattere dell'imprescindibilità. Nell'attuale momento storico in cui molteplici sono gli interrogativi sull'adeguatezza del controllo sugli atti di talune Autorità<sup>74</sup>, e ancora appare essere un miraggio il controllo contenutistico sugli stessi ad opera della Consulta, diviene dirimente ripensare il ruolo del giudice civile di controllo del contratto sì come risultante dall'opera conformativa dell'Autorità. In questa ottica, occorre allora ricavare i parametri sui quali im-

---

<sup>70</sup>C.M. BIANCA, *Le autorità private*, cit., p. 79. Questi passi della trattazione vengono segnalati da P. RESCIGNO, *Presentazione*, cit., p. XVI, il quale sottolinea come l'a. si faccia carico di manifestare riserve e obiezioni, senza svalutare il peso delle soluzioni proposte, senza rinnegare gli strumenti del diritto privato nell'ambito di un sistema, ispirato alla tutela della persona, sempre più oggetto di pubblici interventi.

<sup>71</sup>G. NAPOLITANO e A. ZOPPINI, *La regolazione indipendente dei servizi pubblici e la garanzia dei privati*, cit., p. 131.

<sup>72</sup>Il tema è affrontato in chiave sostanziale da P. SIRENA, *Attività di regolazione, clausole contrattuali abusive e sindacato giudiziario*, cit., p. 96 ss.

<sup>73</sup>Nel prendere spunto dalla intuizione di Costantino Mortati in ordine ai regolamenti dell'esecutivo, P. PERLINGIERI, *Funzione giurisdizionale e Costituzione italiana*, Napoli, 2010, p. 228 s.; ID., *Fonti del diritto e "ordinamento del caso concreto"*, in *Riv. dir. priv.*, 2010, p. 15 s., è dell'avviso di ammettere la sottoponibilità, in via diretta, dei regolamenti delle *Authorities* al controllo di costituzionalità.

<sup>74</sup>L'inadeguatezza del controllo è data dalla sovrapposizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo, sovrapposizione che si registra sotto un duplice profilo. Da un lato, in tutte le ipotesi nelle quali il privato adisce il giudice civile per la risoluzione di controversie che attengono al regolamento autoritativo, il magistrato, ai fini di una corretta composizione della controversia, dovrà in via preliminare indagare la legittimità del dato regolamentare. Dall'altro il giudice amministrativo chiamato a sindacare la legittimità dell'atto autoritativo, dovrà valutare non soltanto l'atto in sé considerato ma anche le implicazioni che quell'atto disvela nei rapporti civilistici. Osserva opportunamente F. CRISCUOLO, *Decisioni delle Autorità indipendenti e oggetto della cognizione in sede di controllo giurisdizionale*, in *Tutela dei diritti e «sistema» ordinamentale*, cit., p. 336, che l'eliminazione dell'atto, per effetto dell'intervento del giudice, qualunque esso sia, «non può essere considerata episodio a sé stante, in quanto anche il processo si trova ad essere inevitabilmente inserito nel flusso dell'attività amministrativa, momento intermedio tra l'esercizio passato e l'esercizio futuro di essa». Sul punto v. anche le riflessioni di M. ZARRO, *Poteri indipendenti e rapporti civili*, cit., p. 130. Peraltro, come già esplicitato, proprio suddette implicazioni rendono particolarmente «difficile, se non impossibile, trovare un interesse individuale che non sia anche generale e, viceversa, un interesse generale che non colpisca anche profili di interesse individuale e personale». Così, P. PERLINGIERI, *Relazione conclusiva*, in E. FABIANI e A. TARTAGLIA POLCINI, *Sull'unità della giurisdizione*, Napoli, 2011, p. 134. Ed invero, la frattura tra interesse pubblico - *rectius*, della collettività - e interesse privato tende a comporsi.



postare il sindacato ora di legittimità delle prescrizioni conformative emanate dalle autorità di settore ora di liceità e meritevolezza del contratto conformato.



## **CONTROVERSIE DI CONSUMO E ADR. L'ATTUAZIONE DELLA DIRETTIVA 2013/11/UE IN ITALIA ALLA LUCE DELLA SENTENZA C-75/16**

CLAUDIA TROISI

SOMMARIO: 1. La direttiva 2013/11/UE sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori - 2. Il d.lgs. 130/2015 attuativo della direttiva in Italia - 3. Modifiche al Codice del consumo. Il nuovo articolo 141 - 4. Definizione dell'ambito applicativo. Profili ermeneutici - 5. La complessa armonizzazione con il d.lgs. 28/2010. Rilievi critici - 6. La disciplina degli organismi ADR contenuta nel d.lgs. 130/2015 - 7. *Standards* di qualità delle procedure ADR - 8. La sentenza C-75/16 della Corte di Giustizia dell'Unione europea. Aspetti problematici.

1. La Carta dei diritti fondamentali dell'U.E. e il Trattato sul funzionamento dell'U.E.<sup>1</sup> impongono all'Unione di contribuire ad assicurare un livello elevato di protezione dei consumatori. La Commissione europea ha più volte dimostrato di considerare le tecniche alternative di risoluzione dei conflitti validi strumenti di tutela degli interessi della persona<sup>2</sup> e, dunque, anche della persona-consumatore.

È opportuno che i consumatori traggano vantaggio dall'accesso a mezzi semplici, efficaci, rapidi ed economici per risolvere le controversie nazionali e transfrontaliere derivanti da contratti di vendita o di fornitura di servizi, in modo da rafforzare la loro fiducia nel mercato<sup>3</sup>; in quest'ottica, i rimedi stragiudiziali, c.d. alternativi, offrono una soluzione semplice e rapida ai conflitti tra consumatori e professionisti, nonostante l'assenza di una coerente e sufficiente diffusione degli stessi nei diversi Paesi europei, che costituisce una barriera al mercato interno e rappresenta una delle ragioni per cui molti consumatori evitano di effettuare acquisti transfrontalieri e temono che eventuali controversie con i professionisti non possano essere risolte in modo rapido ed economico<sup>4</sup>.

Lo sviluppo, all'interno dell'Unione, di un sistema alternativo di regolazione delle dispute (ADR) che funzioni correttamente è, pertanto, necessario per rafforzare la fiducia dei

---

<sup>1</sup> L'articolo 38 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (2000) e l'articolo 169, paragrafo 2, lettera a), del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE, 2008).

<sup>2</sup> Cfr. Libro Verde del 19.04.2002, COM(2002) 196 relativo ai modi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale; 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. Il Consiglio d'Europa è intervenuto a sostegno dell'ADR con ben nove raccomandazioni tra il 1981 ed il 2002.

<sup>3</sup> *Considerando* 4 della direttiva 2013/11/UE.

<sup>4</sup> *Considerando* 5.



consumatori nel mercato interno, anche nel settore del commercio elettronico, nonché per sfruttare le potenzialità e le opportunità offerte dal commercio transfrontaliero e *online*<sup>5</sup>.

I recenti interventi comunitari in materia di risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori (c.d. *Consumer ADR*) mostrano la chiara esigenza di coniugare la valorizzazione e la diffusione, nei diversi Paesi dell'Unione, di tali strumenti con il rispetto dei principi fondamentali in tema di accesso alla tutela giurisdizionale.

La direttiva 2013/11/UE del 21 maggio 2013 - al dichiarato scopo di conseguire un elevato livello di protezione del consumatore offrendo procedure indipendenti, imparziali, trasparenti, efficaci, rapide ed eque di risoluzione alternativa delle controversie senza limitare l'accesso dei consumatori agli organi giurisdizionali - stabilisce alcune rilevanti direttrici al fine di ottenere soluzioni equilibrate.

La finalità della direttiva è, dunque, quella di offrire, ai consumatori, strumenti di risoluzione non giurisdizionale delle controversie nei confronti dei professionisti, costituiti da reclami, presentati ad organismi abilitati a compiere una tale attività; il *considerando* 15 riconosce che la diffusione dell'ADR può anche avere un effetto deflattivo sul carico giudiziario, ma non finalizza in alcuno modo la direttiva a tale conseguenza pratica<sup>6</sup>.

La direttiva si applica alle procedure di risoluzione extragiudiziale delle controversie, nazionali e transfrontaliere, concernenti obbligazioni contrattuali derivanti da contratti di vendita o di fornitura di servizi tra professionisti stabiliti nell'Unione e consumatori residenti nell'Unione, nelle quali l'intervento di un organismo ADR propone o impone una soluzione o riunisce le parti al fine di agevolare una soluzione amichevole (art. 2).

La disposizione richiama indubbiamente sia un meccanismo eteronomo (quando usa il termine "impone") sia un meccanismo autonomo (quando usa il termine "propone", nel senso che riunisce le parti al fine di agevolare una soluzione amichevole)<sup>7</sup>.

È chiaro, infatti, che la proposta dell'organismo, per concretare la soluzione della controversia, dovrà essere accettata da tutte le parti: per cui, si formerà un contratto finalizzato alla risoluzione della controversia, rispetto al quale la proposta svolge il ruolo di testo contrattuale, recepito dalle parti con la propria volontà negoziale<sup>8</sup>.

La direttiva chiarisce (art. 1) che essa non intende pregiudicare la legislazione nazionale che preveda l'obbligatorietà di procedure di ADR nelle controversie che coinvolgono i consumatori, a condizione che tale legislazione non impedisca alle parti di esercitare il loro diritto di accedere al sistema giudiziario.

Appare, pertanto, confermata la neutralità dell'ordinamento comunitario rispetto alla scelta in merito alla obbligatorietà o meno del previo esperimento di soluzioni alternative delle controversie dei consumatori.

---

<sup>5</sup> *Considerando* 15.

<sup>6</sup> F.P. LUIO, *La direttiva 2013/11/UE, sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2014, 1299 ss.

<sup>7</sup> F.P. LUIO, *La direttiva 2013/11/UE, cit.*, 1299 ss.

<sup>8</sup> F.P. LUIO, *La direttiva 2013/11/UE, cit.*, 1299 ss.



La direttiva riconosce, altresì, agli Stati membri la facoltà di stabilire se gli organismi di ADR istituiti nei rispettivi territori possano avere, oppure no, la facoltà di imporre una soluzione.

Le parti vanno, però, informate del fatto che l'organismo può imporre tali soluzioni e che necessita il loro esplicito assenso, a meno che lo Stato non preveda che quel tipo di soluzione sia vincolante per il professionista, e in tal caso non è necessaria una sua espressa accettazione. La soluzione imposta non può però essere in conflitto con norme inderogabili dello Stato del consumatore.

In presenza di un organismo che può proporre una soluzione, le parti devono poi avere la possibilità di ritirarsi dalla procedura in qualsiasi momento se non sono soddisfatte delle prestazioni o del funzionamento della procedura stessa, e devono essere informate di questo diritto (art. 9, comma 2, lett. a).

Devono essere altresì informate della possibilità di chiedere un risarcimento attraverso un normale procedimento giudiziario e degli effetti giuridici che conseguono all'accettazione o meno della soluzione proposta.

L'art. 10 della direttiva prevede che l'accordo tra un consumatore e un professionista, finalizzato a far risolvere la controversia da un organismo di ADR che imponga alle parti una soluzione, non è vincolante per il consumatore se è stato concluso prima dell'insorgere della controversia e se ha l'effetto di privare il consumatore del suo diritto di adire un organo giurisdizionale per la risoluzione della controversia.

Si prevede, inoltre, che la soluzione possa essere vincolante per le parti soltanto a condizione che queste siano state previamente informate del suo carattere vincolante e abbiano specificamente dato il loro assenso.

Le parti devono avere accesso alla procedura di ADR senza essere obbligate a ricorrere a un avvocato o a un consulente legale, fermo restando il loro diritto di essere rappresentate o assistite in qualsiasi fase della procedura<sup>9</sup>, e sottolinea che la procedura di ADR deve essere gratuita o disponibile a costi minimi per i consumatori (art. 8, lett. c) e deve concludersi nel termine di 90 giorni, prorogabile di ulteriori 90 giorni soltanto nell'ipotesi di controversie particolarmente complesse.

Le procedure ADR possono anche consistere in una combinazione di due o più procedure di tipo diverso, dando vita, dunque, ad una notevole ampiezza di meccanismi.

La Direttiva non attiene, inoltre, ai reclami dei professionisti contro i consumatori e a quelle tra i professionisti; non riguarda i servizi non economici di interesse generale e l'assistenza sanitaria; non disciplina le negoziazioni dirette tra le parti.

Non concerne, poi, i tentativi di composizione operati dal giudice nel corso di un processo. La Direttiva non si applica, infine, agli organismi pubblici di istruzione superiore o di formazione.

L'inoltro della domanda da parte del consumatore è su base volontaria, ma può essere anche obbligatoria, purché non si precluda l'accesso alla tutela giurisdizionale.

---

<sup>9</sup> Previsione in antitesi con la recente tendenza del legislatore italiano che ha previsto, nella legge 98/2013, l'assistenza legale obbligatoria durante il procedimento di mediazione. Sul punto vedi *amplius* paragrafo 8.



Resta in tal modo ribadita, come si è detto, l'assenza di una posizione netta dell'ordinamento comunitario rispetto all'opzione della obbligatorietà o meno del previo esperimento di soluzioni alternative delle controversie dei consumatori, opzione che è consentita ai singoli legislatori nazionali, purché non risulti impeditiva dell'accesso alla giurisdizione<sup>10</sup>.

Altra rilevante disposizione è contenuta nell'art. 7, comma 1, lettera i), secondo il quale gli organismi ADR debbono fornire informazioni chiare e facilmente comprensibili riguardanti i tipi di regole sulle quali l'organismo ADR può basarsi per risolvere le controversie (ad esempio, norme giuridiche, valutazioni equitative, codici deontologici e così via).

2. La direttiva 2013/11/UE è stata attuata in Italia con il d.lgs. n. 130 del 19 agosto 2015<sup>11</sup>. L'attuazione della direttiva, incidendo profondamente sulla regolamentazione delle procedure di composizione extragiudiziale delle controversie tra consumatori e professionisti, ha reso necessario un rilevante intervento di riforma sul codice del consumo, sede naturale della disciplina della composizione delle controversie in materia di consumo.

Attraverso l'articolo 1 del d.lgs. 130/2015 rubricato "Modifiche al Codice del consumo in attuazione della direttiva 2013/11/UE sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori", il legislatore italiano ha sostituito il precedente art. 141 cod. cons. introducendone uno nuovo rubricato "Disposizioni generali: definizioni ed ambito di applicazione", che recepisce in sostanza gli artt. 2,3 e 4 della direttiva; è stato inoltre aggiunto alla Parte V del codice del consumo il Titolo II-*bis* rubricato "Risoluzione extragiudiziale delle controversie", contenente dieci nuovi articoli, dal 141-*bis* al 141-*decies*.

Vengono aggiunte, inoltre, all'art. 33 comma 2, dopo la lett. v), altre previsioni di clausole abusive: in particolare, secondo le lett. v-*bis*) e v-*ter*), si presumono vessatorie, fino a prova contraria, le clausole che hanno per oggetto - o per effetto - di imporre al consumatore che voglia accedere a una procedura di risoluzione extragiudiziale delle controversie, prevista dal titolo II-*bis* della parte V, di rivolgersi esclusivamente ad un'unica tipologia di organismi ADR o ad un unico organismo ADR, oppure di rendere eccessivamente difficile per il consumatore l'esperimento della procedura di risoluzione extragiudiziale delle controversie prevista dal Titolo II-*bis* della parte V.

A seguito di questa modifica si potranno, dunque, sanzionare con la presunzione di vessatorietà tutte quelle clausole che risulteranno in concreto limitative di quelle esigenze di trasparenza e facilità di accesso alle ADR, che sono, invece, gli aspetti fisiologici e connatu-

---

<sup>10</sup> T. GALLETTO, *Adr e controversie dei consumatori: un difficile equilibrio*, in *Judicium*, 2015, 1 ss.

<sup>11</sup> Per una disamina comparatistica in tema di attuazione della direttiva nei vari paesi cfr. E. GABELLINI, *L'attuazione della direttiva relativa alle adr di consumo negli stati europei: una breve panoramica*, in *Rivista dell'Arbitrato*, 2, 2018, 409 ss.



rali di queste procedure, che lo stesso d.lgs. 130 del 2015 in tutto il suo articolato ha inteso salvaguardare e garantire<sup>12</sup>.

Complessivamente, il nuovo articolato normativo costituisce una sorta di trasposizione letterale dei contenuti della direttiva 2013/11/UE, esclusi quei profili in relazione ai quali agli Stati membri è stato attribuito potere discrezionale (per esempio: in relazione all'estensione o meno delle regole previste per le procedure ADR a quelle che sfociano in un esito vincolante; in relazione alle procedure c.d. paritetiche) o che richiedono norme di specificazione che rientrano nella sfera di competenza dei legislatori nazionali (ad es. con riguardo all'individuazione delle autorità competenti)<sup>13</sup>.

**3.** Il nuovo art. 141 cod. cons. si apre con i primi tre commi contenenti un'ampia gamma di definizioni, a partire da quelle di consumatore e di professionista, che non divergono da quelle consuete: è consumatore la persona fisica che agisca per finalità estranee all'attività commerciale, industriale, artigianale e professionale; è professionista qualsiasi soggetto (persona fisica o giuridica, privata o pubblica), che agisca nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale e professionale<sup>14</sup>. Da tale definizione si evince che la stessa persona fisica può essere consumatore o professionista, in relazione allo stesso rapporto, a seconda della finalità perseguita<sup>15</sup>.

Nell'ipotesi, poi, di contratti a duplice scopo o ad uso promiscuo, ovvero per scopi in parte interni ed in parte esterni all'attività commerciale della persona, sempre che lo scopo dell'operazione non risulti prevalente nel contesto generale della fornitura, tale soggetto dovrebbe essere ugualmente considerato come un consumatore<sup>16</sup>.

S'intende, poi, per controversia nazionale una controversia relativa ad obbligazioni contrattuali derivanti da un contratto di vendita o di fornitura di servizi, nell'ambito della quale il consumatore, quando ordina i beni o i servizi, risiede nello stesso Stato membro dell'Unione europea in cui è stabilito il professionista.

La controversia transfrontaliera è quella relativa a obbligazioni contrattuali derivanti da un contratto di vendita o di prestazione di servizi, nell'ambito della quale il consumatore, quando ordina i beni o i servizi, risiede in uno Stato membro dell'Unione europea diverso da quello in cui è stabilito il professionista.

La lett. h) comma 1 dell'art. 141 c. cons. definisce organismo ADR qualsiasi organismo, a prescindere dalla sua denominazione, istituito su base permanente, che offre la riso-

---

<sup>12</sup> G. RECINTO, *Il foro del consumatore e clausole di predeterminazione dell'organismo ADR: le novità derivanti dal d.lgs. 6 agosto 2015, n. 130 e l'occasione per ripensare la relazione tra strumenti di deflazione del contenzioso, da un lato, e giustizia statale o privata, dall'altro*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2016, 1, 118 ss.

<sup>13</sup> A.M. MANCALEONI, *Le ADR dei consumatori dopo l'attuazione della direttiva 2013/11/UE*, in M. L. CHIARELLA, *I contratti del consumatore e dell'utente tra diritto comune e codificazioni di settore*, 2016, 188 ss.

<sup>14</sup> Cfr. art. 4 direttiva 2013/11/UE.

<sup>15</sup> F.P. LUISO, *La direttiva 2013/11/UE, sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2014, 1299 ss.

<sup>16</sup> Cfr. *Considerando 18* direttiva 2013/11/UE.



luzione di una controversia attraverso una procedura ADR ed è iscritto nell'elenco di cui all'articolo 141-*decies*.

La natura "permanente" dell'organismo rappresenta, pertanto, l'elemento decisivo per prendere in considerazione un organismo ADR<sup>17</sup>, sulla scorta di quanto previsto nel *considerando* n. 20 della direttiva.

Ai sensi del comma 4 dell'art. 141, le disposizioni del nuovo 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.

Da questa disposizione emerge, dunque, la scelta del legislatore italiano di non esercitare l'opzione di prevedere organismi ADR che possano comporre le controversie imponendo soluzioni vincolanti (art. 2, comma 1, dir.). Pertanto, non sono state recepite e trasfuse nella normativa interna le previsioni contenute nell'art. 10, par 2, e 11 della direttiva sull'ADR, finalizzate a disciplinare una controversia mediante imposizione di una soluzione.

Come specificato nel già richiamato comma 4, la risoluzione delle controversie può avvenire anche in via telematica, suscitando alcune riserve in parte della dottrina che aveva già evidenziato come l'accesso agli strumenti telematici è ancora molto frammentario e discontinuo nel nostro paese rischiando di svantaggiare coloro che non hanno familiarità con i mezzi informatici<sup>18</sup>.

Sul tema, la Relazione al d.lgs. 130/15, facendo un mero accenno al diverso livello di informatizzazione del paese, si limita a evidenziare che le norme contenute nel codice del consumo prevedono che la procedura ADR debba svolgersi non soltanto *online* ma anche *offline*, con ciò ridimensionando le criticità sopra esposte<sup>19</sup>.

4. L'ottavo comma dell'art. 141 prevede una serie di fattispecie escluse dall'applicazione della nuova disciplina, richiamando l'art. 2 della direttiva, ad eccezione della lett. a), dal momento che la normativa italiana ha esteso l'ambito di applicazione anche alle negoziazioni paritetiche (art. 141 *ter*).

Restano, dunque, escluse dall'ambito di applicazione del nuovo titolo II-*bis* cod. cons. le procedure presso sistemi di trattamento dei reclami dei consumatori gestiti dal professionista, nell'ottica di garantire l'indipendenza ed imparzialità degli organismi ADR che sareb-

---

<sup>17</sup> G. GIOIA, *L'esperienza della risoluzione alternativa delle controversie consumeristiche (Cadr) nell'Unione europea. A proposito di un volume collettaneo*, in *Giust. civ.*, 2013, 841 ss.

<sup>18</sup> E.M. LOMBARDI, *La mediazione e lo spazio cibernetico: unno sguardi alle proposte della Commissione Europea su ADR ed ODR*, in *Giust. civ.*, 2012, 457.

<sup>19</sup> P. PORRECA, *Commento all'art. 141 cod. cons.*, in *Codice del consumo e norme collegate*, a cura di V. CUFFARO, Milano, 2016, 1002.



bero messe a rischio nel caso in cui i soggetti incaricati della risoluzione della controversia fossero appartenenti ad un sistema di gestione unilaterale<sup>20</sup>.

In secondo luogo, sono escluse dall'ambito di applicazione delle nuove disposizioni alcune tipologie di controversie in ragione del loro specifico contenuto; si tratta, in particolare, dei servizi non economici d'interesse generale: dei servizi di assistenza sanitaria, prestati da professionisti sanitari a pazienti al fine di valutare, mantenere o ristabilire il loro stato di salute (compresa la prescrizione, la somministrazione e la fornitura di medicinali e dispositivi medici), delle controversie riguardanti organismi pubblici di istruzione superiore o di formazione continua.

Infine, restano escluse dall'applicabilità del nuovo titolo II-*bis* cod. cons. le controversie fra professionisti, la negoziazione diretta tra consumatore e professionista, i tentativi di conciliazione giudiziale per la composizione della controversia nel corso di un procedimento giudiziario riguardante la controversia stessa, le procedure avviate da un professionista nei confronti di un consumatore. La direttiva si applica, dunque, alle sole procedure avviate su iniziativa del consumatore (art. 2 dir., par. 2, lett. g).

L'ultimo comma dell'art. 141, riproduttivo del comma 5 del previgente art. 141, prevede che il consumatore non può essere privato in nessun caso del diritto di adire il giudice competente, qualunque sia l'esito della procedura di composizione extragiudiziale.

Tale previsione, in relazione al previgente comma 5, fu già oggetto di critica da parte della dottrina<sup>21</sup>, che accusava di ambiguità la scelta del legislatore che, da un lato, sembra promuovere il ricorso a strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e, dall'altro, introduce una disposizione forte, come quella del precedente comma 5 (attuale comma 10), che fa salvo il diritto del consumatore di adire il giudice a prescindere dall'esito della procedura ADR<sup>22</sup>.

Inoltre, stando al tenore letterale della disposizione, ne discende che nel caso in cui le parti, nell'ambito di un procedimento di mediazione, siano pervenute a un accordo, il consumatore - e solo lui - possa ugualmente «*adire il giudice competente qualunque sia l'esito della procedura di composizione extragiudiziale*» per far venire meno il contenuto negoziale oggetto dell'accordo sottoscritto con il professionista. In tale ipotesi, trattandosi di una procedura "volontaria", potrebbe verificarsi che il professionista non sia incentivato a prendere parte ad un procedimento finalizzato al raggiungimento di un accordo che, in realtà, potrebbe non concludere definitivamente una controversia.

---

<sup>20</sup> Cfr. *Considerando 33* dir.

<sup>21</sup> T. GALLETTO, *Arbitrato e conciliazione nei contratti dei consumatori*, in *Arbitrati*, Sezione IV, Cap. I, a cura di G. ALPA, V. VIGORITI, Milano, 2012, 92 ss.

<sup>22</sup> Vale a dire sia in caso di esito negativo, cioè di conclusione della procedura ADR con un mancato accordo, sia in caso di esito positivo, ovvero nel caso in cui dalla procedura ADR scaturisca un accordo risolutivo della controversia.



Mancando, inoltre, l'indicazione di un termine finale entro cui il consumatore possa esercitare questo ipotetico diritto di ripensamento<sup>23</sup> la sorte del rapporto contrattuale rimarrebbe sospesa<sup>24</sup>.

Nella Relazione al d.lgs. 130/15 sul punto, si sottolinea che, affermando il diritto intangibile del consumatore ad adire l'autorità giudiziaria, il legislatore abbia dato attuazione al dettato dell'art. 10 par 1 della direttiva sull'ADR<sup>25</sup>, nonché al contenuto del *considerando* 45 della medesima, secondo il quale, 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<sup>26</sup>.

Il chiarimento contenuto nella Relazione non sembra, però, dirimente, poiché né l'art. 10, par. 1 né il *considerando* 45 della direttiva fanno esplicito riferimento all'ipotesi in cui la procedura ADR si sia conclusa con un accordo di risoluzione amichevole.

In particolare, il riferimento al *considerando* 45 appare inconferente, poiché si riferisce all'ipotesi in cui “una controversia non possa essere risolta secondo una determinata procedura ADR il cui esito non sia vincolante”, non già quando la procedura sia conclusa positivamente con un accordo. Né appare appropriato il riferimento all'art. 10, par. 1, che si limita a sancire la non vincolatività degli accordi conclusi al fine di prevenire l'insorgere della controversia che privino il consumatore del suo diritto di adire un organo giurisdizionale.

Non è da escludere, tuttavia, l'idea che il legislatore, attraverso l'ultimo comma dell'art. 141, abbia voluto introdurre una norma di *favor* nei confronti del consumatore, tesa a rinforzare ulteriormente la posizione dello stesso, predisponendo una sorta di potere di recesso dall'accordo conciliativo (*ius poenitendi*). Detta soluzione seguirebbe, dunque, la stessa *ratio* che ha spinto il legislatore a introdurre nel codice del consumo (art. 64, 67 *duodecies*, 73) il diritto di recesso a favore del consumatore.

La *ratio* della diversa disciplina del diritto di recesso, detto di “protezione”<sup>27</sup>, risiederebbe, appunto, nell'esigenza di tutelare il consumatore, quale parte debole del rapporto, nella opportunità cioè di riequilibrare la posizione contrattuale delle parti, posto che “il fondamento teleologico che accomuna le diverse ipotesi di ripensamento si rinviene nella necessità di temperare le esigenze di celerità e sicurezza degli scambi con la libertà contrattuale in senso stretto del consumatore”<sup>28</sup>.

---

<sup>23</sup> Sullo *ius poenitendi* del consumatore cfr. M.L. CHIARELLA, *Il recesso del consumatore: regole di settore e riflessi sistematici*, in M.L. CHIARELLA, *I contratti del consumatore e dell'utente tra diritto comune e codificazioni di settore*, 2016, *passim*.

<sup>24</sup> A.M. MANCALEONI, *Le ADR dei consumatori*, *cit.*, 192 ss.

<sup>25</sup> Art. 10, par. 1, direttiva ADR: «Gli Stati membri provvedono affinché un accordo tra un consumatore e un professionista riguardo alla presentazione di reclami presso un organismo ADR non sia vincolante per il consumatore se è stato concluso prima dell'insorgere della controversia e se ha l'effetto di privare il consumatore del suo diritto di adire un organo giurisdizionale per la risoluzione della controversia».

<sup>26</sup> P. PORRECA, *Commento all'art. 141 cod. cons.*, *cit.*, 1005.

<sup>27</sup> L. AMBROSINI, *Il recesso del turista*, in *Rivista del diritto della navigazione*, 2014, 249 ss.

<sup>28</sup> V. CUFFARO, *Codice del Consumo e leggi collegate*, Milano, 2016, 331.



Una diversa lettura condurrebbe a considerare la norma come la conseguenza di una svista del legislatore, e si risolverebbe in una interpretazione abrogante alla luce dei principi e del sistema della legge in questione: vale a dire, considerare la possibilità di rivolgersi al giudice solo in caso di accordo non vincolante, come suggerisce la lettura delle disposizioni contenute nella direttiva 2013/11/UE. Tesi, quest'ultima, da respingere con decisione, in considerazione del fatto che, sul piano del metodo, tra le possibili ipotesi ricostruttive deve essere preferita quella che risulti compatibile con la previsione normativa. Riteniamo che questo sia il metodo più idoneo a governare l'attività ermeneutica, non certo quello che prima porta a scegliere la qualificazione da assegnare alla fattispecie e poi, in caso d'incompatibilità della stessa col dato positivo, finisce con l'affermare l'esistenza di un errore o superficialità da parte del legislatore<sup>29</sup>.

L'impostazione metodologica più corretta, dunque, è quella che muove non già dalla qualificazione degli istituti per giungere alla loro disciplina, quanto piuttosto quella che prende le mosse dall'individuazione dell'intenzione del legislatore, sì che tra le possibili opzioni interpretative deve essere privilegiata quella che risulti compatibile con il dettato normativo<sup>30</sup>.

5. Il comma 6 dell'art. 141 introduce una clausola di salvaguardia in riferimento alle disposizioni normative vigenti che prevedono l'obbligatorietà delle procedure ADR.

Viene richiamato, innanzitutto, l'articolo 5, comma 1-*bis*, del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28, che disciplina i casi di condizione di procedibilità con riguardo alla mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali<sup>31</sup>.

Premesso che il *considerando* 19 nonché l'art. 3 della direttiva prevedono che, siccome alcuni atti giuridici dell'Unione in vigore già contengono disposizioni relative all'ADR, per garantire la certezza giuridica si prevede che, in caso di conflitto, prevalga la direttiva 2013/11/UE.

Si prevede, altresì, che la direttiva 2013/11/UE non debba pregiudicare la 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. Di conseguenza, si ritiene che il recepimento della direttiva 2013/11/UE non dovrebbe avere alcuna influenza sul

---

<sup>29</sup> Vedi sul punto, incisivamente, B. TROISI, Voce *I diritti edificatori*, *Digesto disc. priv.*, Sez. civ., Agg., Utet, Torino, 2014, 228, il quale, precisamente, afferma che «se è vero che la funzione dell'interprete è quella di tentare di dare, per quanto possibile, un senso alle norme, di tentare cioè di interpretarle in modo che abbiano un senso e non in modo che di senso non ne abbiano alcuno, allora, prima ancora delle norme, occorrerebbe mettere in discussione il metodo ricostruttivo e i risultati dell'interpretazione».

<sup>30</sup> B. TROISI, Voce *I diritti edificatori*, *Digesto disc. priv.*, Sez. civ., Agg., Utet, Torino, 2014, 228.

<sup>31</sup> Poi si richiama l'articolo 1, comma 11, della legge 31 luglio 1997, n. 249, che prevede il tentativo obbligatorio di conciliazione nel settore delle comunicazioni elettroniche; nonché l'articolo 2, comma 24, lettera b), della legge 14 novembre 1995, n. 481, che prevede il tentativo obbligatorio di conciliazione nelle materie di competenza dell'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico, e le cui modalità di svolgimento sono regolamentate dall'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico con propri provvedimenti.



d.lgs. 28/2010, in quanto diretta derivazione della direttiva 2008/52/CE, fatta espressamente salva; si ritiene, inoltre, che i due ambiti di applicazione continuino a rimanere distinti.

Si è, infatti, in presenza di due normative diverse (il d.lgs. n. 130/2015 e il d.lgs. n. 28/2010) che disciplinano entrambe strumenti ADR e nelle quali sussiste – almeno in parte – una coincidenza di materia (quella consumeristica); inoltre, tali normative riguardano – sempre in parte – anche gli stessi soggetti della controversia: il “consumatore” e il “professionista”.

In presenza di normative nelle quali si riscontra una sovrapposizione di strumenti, di materie e di soggetti, si pone quindi il problema di individuare, in caso di controversia, quale sia la disciplina applicabile<sup>32</sup>.

Il chiarimento fornito dalla Relazione di accompagnamento e, in particolare, l’affermazione secondo cui «*i due ambiti di applicazione continueranno a rimanere distinti*», appare utile per poter sostenere che il legislatore abbia voluto delineare due strumenti paralleli; si tratta, ora, di individuare quali siano gli elementi che differenziano il campo di applicazione delle due procedure.

Il legislatore, ai sensi del comma 4 del nuovo art. 141 cod. cons., stabilisce che le norme trovano applicazione con riferimento alle procedure “volontarie”<sup>33</sup>, e precisa, subito dopo, che esse si applicano “in particolare” agli organismi di mediazione per la trattazione degli affari in materia di consumo, iscritti nella sezione speciale di cui all’art. 16, commi 2 e 4, del d.lgs. 28/2010.

Per altro verso, lo stesso legislatore stabilisce, nel successivo comma 6 del medesimo articolo 141 cod. cons., che sono “fatte salve” le disposizioni ivi elencate che prevedono l’“obbligatorietà” delle procedure di risoluzione extragiudiziale delle controversie, tra le quali figura anche l’art. 5, comma 1-*bis*, d.lgs. 28/2010 che disciplina la mediazione quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale.

Avviando una riflessione da tali previsioni, sembra possibile ritenere che il confine di applicazione delle due normative (il d.lgs. 130/2015 e il d.lgs. 28/2010), possa essere individuato nella “volontarietà” od “obbligatorietà” della procedura. Ne consegue che una controversia tra un consumatore e un professionista in una delle materie per le quali è prevista l’obbligatorietà della mediazione quale condizione di procedibilità (tra le quali rientrano anche i contratti bancari e finanziari di cui all’art. 5, comma 1-*bis*, del d.lgs. 28/2010) sarà disciplinata dal d.lgs. 28/2010.

Nel caso, invece, di controversia tra le stesse parti ma su altre materie, la disciplina applicabile è il d.lgs. n. 130/2015, in quanto la procedura è caratterizzata dalla “volontà” - e non dall’“obbligo”- di una parte di dare avvio al procedimento.

---

<sup>32</sup> F. FERRARIS, *A.D.R. e consumatori: rapporti e interferenze*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 12, 2017, 1631 ss.

<sup>33</sup> La direttiva 2013/11/UE, all’art. 1 (“oggetto”), fa riferimento alla presentazione di reclami “*su base volontaria*”, precisando immediatamente di seguito di “*non pregiudica[re] 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*”.



Più complessa appare l'ipotesi in cui ci si trovi di fronte ad una controversia tra consumatore e professionista su una materia per la quale sussiste l'obbligo di esperire la mediazione ai sensi del d.lgs. 28/2010, ma una parte voglia comunque attivare una procedura "volontaria" ai sensi del d.lgs. 130/2015.

La soluzione più ragionevole sarebbe quella di non poter escludere *a priori* la scelta del soggetto di attivare la procedura volontaria, ma tale procedimento (in caso di mancato accordo) non potrà, ragionevolmente, assolvere la "condizione di procedibilità" di cui al d.lgs. 28/2010 e la parte che volesse andare in giudizio dovrà, inevitabilmente, presentare una domanda di mediazione ai sensi del d.lgs. 28/2010.

Indubbiamente, aver prodotto due discipline parallele sulle procedure ADR (una basata sulla "volontarietà" e l'altra sulla "obbligatorietà") non semplifica l'attività dell'operatore chiamato ad applicare due normative che hanno svariati punti di contatto tra loro.

E' opportuno sottolineare, peraltro, che la disciplina del d.lgs. 130/2015 che – nelle intenzioni del legislatore – dovrebbe essere di favore per il consumatore, in realtà non ha previsto i benefici fiscali stabiliti nell'art. 17 del d.lgs. 28/2010 (esenzione dall'imposta di bollo e da spese, tasse o diritti, nonché dall'imposta di registro entro il limite di valore di 50.000 euro), benefici che, conseguentemente, potranno essere applicati alle parti solo nel caso in cui si scelga la procedura "obbligatoria" di cui al d.lgs. 28/2010<sup>34</sup>.

Con una recente ed interessante ordinanza in materia di controversie tra consumatori e banche, il Tribunale di Verona<sup>35</sup> ha rinviato gli atti alla Corte di Giustizia Europea sollevando una questione pregiudiziale di interpretazione del diritto dell'Unione Europea circa la compatibilità tra la normativa ADR per i consumatori (Direttiva 2013/11) e la normativa prevista dal d.lgs. 28/2010, c.d. mediazione obbligatoria<sup>36</sup>.

Della risoluzione alternativa delle liti relative a contratti bancari, infatti, se ne occupano tanto l'art. 5, comma 1 *bis*, del d.lgs. 28/2010, che introduce la mediazione obbligatoria, quanto il d.lgs. n. 130/2015, che ha previsto una speciale procedura di ADR all'interno del codice del consumo.

In particolare, il giudice ha chiesto alla Corte di esprimersi sulla possibilità del singolo Stato, in applicazione della direttiva ADR, di prevedere la mediazione obbligatoria per le sole materie che non ricadono nell'ambito di applicazione della stessa direttiva (cioè per le controversie contrattuali derivanti da contratti diversi da quelli di vendita o di fornitura di servizi oltre a quelle che non riguardano i consumatori), e, in secondo luogo, sulla compatibilità tra la normativa ADR europea dei consumatori, fondata sulla volontarietà e l'assenza dell'obbligo di assistenza legale, e la mediazione obbligatoria *ex art.* d.lgs. 28/2010, conno-

---

<sup>34</sup> A. MEI, *La risoluzione stragiudiziale delle controversie regolate dal nuovo codice del consumo alla luce delle modifiche introdotte dal d.lgs. 130/15: riflessioni*, in *La Nuova Procedura Civile*, 3, 2015, 11 ss.

<sup>35</sup> Trib. Verona, sez. III civile, ordinanza 28/01/2016. Per un breve riferimento cfr. P. F. CUZZOLA, *Mediazione civile: il tribunale di Verona sulla incompatibilità tra sistema ADR e mediazione domanda alla Corte di giustizia europea*, 9 febbraio 2016, [www.personaedanno.it](http://www.personaedanno.it), *passim*.

<sup>36</sup> Sul punto vedi *amplius* paragrafo 8, in cui si da conto della decisione della Corte europea.



tata dall'obbligatorio esperimento della conciliazione quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale e della presenza obbligatoria dell'avvocato.

Pertanto, rispetto alle controversie di consumo, vi è un concorso tra l'art. 5, comma 1-*bis*, d.lgs. 28/2010 (mediazione obbligatoria) e l'art. 141, comma 4, cod. cons. (d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206), novellato dal d.lgs. 130/2015 (ADR, di natura volontaria, per i consumatori).

Detto concorso andrebbe risolto a favore della mediazione, in virtù del disposto dell'art. 141, comma 6, d.lgs. 130/2015, che fa espressamente salve alcune disposizioni nazionali che prevedono l'obbligatorietà della procedura di risoluzione extragiudiziale delle controversie, tra le quali l'art. 5, comma 1 bis, d.lgs. 28/2010.

Da ciò consegue, secondo il Tribunale di Verona, la necessità di un intervento chiarificatore della Corte di Giustizia sul punto (Causa C-75/16), anche perché la relazione ministeriale al d.lgs. 130/2015 non risulta al riguardo utile, in quanto, pur dando atto del contrasto tra i due commi dell'art. 3, non spiega con chiarezza perché esso debba essere risolto nei termini sopra esposti<sup>37</sup>.

**6.** La direttiva sulle ADR, di cui il d.lgs. 130/2015 costituisce attuazione, ha stabilito requisiti di qualità per gli organismi ADR e per le relative procedure, in modo da garantire che i consumatori abbiano accesso a meccanismi stragiudiziali che siano trasparenti, efficaci, equi e di elevata qualità, a prescindere dal luogo di residenza all'interno dell'Unione.

La direttiva ha scelto un criterio di "armonizzazione minima", lasciando ampi spazi di discrezionalità agli Stati membri nel conservare o introdurre norme che prevedano misure ulteriori rispetto a quanto da essa stabilito, al fine di assicurare un livello superiore di tutela dei consumatori<sup>38</sup>.

Il d.lgs. 130/2015 disciplina, pertanto, anche obblighi, facoltà e requisiti degli organismi ADR, necessari al fine di essere accreditati tra gli enti abilitati a dirimere le controversie consumeristiche. L'art. 141-*bis*, comma 4, stabilisce, in particolare, gli obblighi gravanti su tali organismi al fine di assicurare un accesso ai servizi ADR facile e immediato (dunque innanzitutto telematico) per ogni tipo di controversia, nel rispetto della *privacy* dei soggetti che ne usufruiscono.

E' sancito l'obbligo per gli organismi ADR di prevedere e garantire che le persone fisiche da essi incaricate della risoluzione delle controversie siano in possesso delle conoscenze e delle competenze in materia di risoluzione alternativa o giudiziale delle controver-

---

<sup>37</sup> Sulle soluzioni contenute nella sentenza C-75/16 della Corte europea vedi paragrafo 8.

<sup>38</sup> G. TRISCARI, *Il legislatore compie i primi passi per dare attuazione alla direttiva 2013/11/UE sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori*, in *la Mediazione*, 2015, n. 9, 9 ss.



sie dei consumatori, inclusa una conoscenza generale del diritto<sup>39</sup>, provvedendo, se del caso, alla loro formazione<sup>40</sup>.

Inoltre, l'art. 141-*bis*, comma 4, lett. b), prevede che le persone fisiche incaricate dell'ADR siano nominate per un incarico di durata sufficiente a garantire l'indipendenza dell'attività da svolgere, non potendo essere sostituite o revocate nell'incarico senza una giusta causa; che siano non soggette ad istruzioni dell'una o dell'altra delle parti o dei loro rappresentanti (lett. c); che siano retribuite indipendentemente dall'esito della procedura (lett. d).

Ancora, è previsto l'obbligo per le persone fisiche incaricate della risoluzione delle controversie di comunicare tempestivamente all'organismo ADR tutte le circostanze, emerse durante l'intera procedura ADR, idonee a incidere sulla loro indipendenza e imparzialità o capaci di generare conflitti di interessi con l'una o l'altra delle parti della controversia che sono chiamate a risolvere.

In tale ipotesi, se le parti non sono soddisfatte delle prestazioni o del funzionamento della procedura medesima, l'organismo ADR deve sostituire la persona fisica interessata, affidando la conduzione della procedura ADR ad altra persona fisica o, se tale via non è percorribile (ad es. per assenza di altre persone preposte alla gestione delle controversie), l'organismo deve garantire che la persona fisica interessata si astenga dal condurre la procedura ADR e, se possibile, proporre alle parti di presentare la controversia a un altro organismo ADR competente a trattare la controversia; oppure, qualora neanche tale altra opzione sia percorribile, consentire alla persona fisica interessata di continuare a condurre la procedura solo se le parti, dopo essere state informate delle circostanze e del loro diritto di opporsi, non hanno sollevato obiezioni (comma 5).

Resta fermo, ai sensi del comma 6, il diritto delle parti di ritirarsi in qualsiasi momento dalla procedura ADR, salvo quanto previsto dall'articolo 141-*quater*, comma 5, lettera a): nell'ipotesi in cui vi sia obbligo di adesione alla procedura per il professionista, solo il consumatore avrà la facoltà di abbandono.

La *ratio* di tale norma va ricercata, anche questa volta, nella volontà del legislatore di offrire una disciplina di *favor* nei confronti del consumatore, al fine di compensare l'asimmetria contrattuale connaturata alla struttura dei contratti dei consumatori.

L'art. 12 della direttiva 2013/11/UE impegnava gli stati membri a provvedere affinché alle parti ricorrenti alla procedura ADR non fosse successivamente preclusa la possibilità di iniziare un procedimento giurisdizionale sulla medesima controversia in ragione dei termini di prescrizione o decadenza durante la procedura ADR.

A tal proposito, l'art. 141-*quinquies* cod. cons. prevede che, dal momento del ricevimento da parte dell'organismo ADR della domanda di avvio della procedura, vengano pro-

---

<sup>39</sup> In particolare, tali persone dovrebbero possedere conoscenze giuridiche generali sufficienti per comprendere le implicazioni giuridiche della controversia, senza dover necessariamente essere professionisti legali qualificati (*considerando* 36 dir).

<sup>40</sup> Alla formazione delle persone incaricate delle procedure possono provvedere gli stessi organismi ADR come previsto dal comma 10 dell'art. 141-*bis*, dietro monitoraggio delle autorità competenti di cui all'articolo 141-*octies*.



dotti, in tema di prescrizione, gli stessi effetti della domanda giudiziale, ovvero la prescrizione viene interrotta, e inoltre, dalla stessa data, la domanda impedisce altresì la decadenza per una sola volta.

Con tale norma attuativa, il nostro paese sceglie di collegare gli effetti sostanziali della domanda di avvio della procedura ADR alla ricezione della stessa da parte dell'organismo e non già, come previsto per la domanda di mediazione ai sensi dell'art. 5, ult. co., d.lgs. 28/2010, dalla sua comunicazione alla controparte.

Se la procedura ADR fallisce, i relativi termini di prescrizione e decadenza iniziano a decorrere nuovamente dalla data della comunicazione alle parti della mancata definizione della controversia con modalità che abbiano valore di conoscenza legale.

Anche questa previsione crea problemi di coordinamento con la disciplina della mediazione, la quale prevede che i termini di prescrizione e decadenza inizino a decorrere nuovamente dal momento del deposito del verbale negativo presso la segreteria dell'organismo (art. 5, ult. co., d.lgs. 28/2010).

Nessun problema sorge, invece, in caso di partecipazione di entrambe le parti alla procedura di mediazione, poiché la sottoscrizione del verbale di fallita conciliazione comporta la conoscenza legale dell'esito della procedura. Il problema sorge in caso di mancata presenza di una delle parti alla mediazione, con conseguente firma del verbale da parte del solo istante, poiché in tal caso potrebbe risultare incerta l'individuazione del *dies a quo* del nuovo termine di prescrizione o di decadenza, nel caso in cui l'organismo non provveda a darne comunicazione alla controparte contestualmente al deposito in segreteria<sup>41</sup>.

Appare, pertanto, evidente l'intento del legislatore di favorire la parte istante, prevenendo un'anticipazione dell'effetto interruttivo istantaneo della prescrizione al momento della ricezione della domanda da parte dell'organismo, e posticipandone l'effetto sospensivo alla comunicazione dell'esito negativo alla controparte<sup>42</sup>.

L'obbligo di accettare tutte le controversie rientranti nell'ambito operativo della direttiva può subire un temperamento, consentito dall'art. 5, paragrafo 4 della direttiva, il quale prevede che gli Stati membri possono, a loro discrezione, consentire agli organismi ADR di mantenere e introdurre norme procedurali che consentano loro di rifiutare il trattamento di una determinata controversia per i motivi espressamente indicati dallo stesso.

Il nostro Paese ha recepito tale mitigazione nel comma 2 dell'art. 141-*bis* cod. cons., che riporta tutte le ragioni previste dal legislatore comunitario.

Gli organismi ADR possono, pertanto, mantenere e introdurre norme procedurali che consentano loro di rifiutare il trattamento di una determinata controversia nel caso in cui il consumatore non abbia tentato di contattare il professionista interessato per discutere il proprio reclamo, né cercato, come primo passo, di risolvere la questione direttamente con il professionista; nel caso in cui la controversia sia futile o temeraria; nel caso in cui la controversia sia in corso di esame o sia già stata esaminata da un altro organismo ADR o da un

---

<sup>41</sup> In argomento, v. B. ZUFFI, *Commento all'art. 141-quater cod. cons.*, in *Codice del consumo e norme collegate*, a cura di V. CUFFARO, Milano, 2016, 1021 ss.

<sup>42</sup> B. ZUFFI, *Commento all'art. 141-quater cod. cons. cit.*, 2016, 1022.



organo giurisdizionale; nel caso in cui il valore della controversia sia inferiore o superiore a una soglia monetaria prestabilita a un livello tale da non nuocere in modo significativo all'accesso del consumatore al trattamento dei reclami; nel caso in cui il consumatore non abbia presentato la domanda all'organismo ADR entro un limite di tempo prestabilito, che non deve essere inferiore a un anno dalla data in cui il consumatore ha presentato il reclamo al professionista; nel caso in cui, infine, il trattamento di questo tipo di controversia rischierebbe di nuocere significativamente all'efficace funzionamento dell'organismo ADR.

A tal proposito, qualora, conformemente alle proprie norme procedurali, un organismo ADR non sia in grado di prendere in considerazione una controversia che gli sia stata presentata, tale organismo dovrà fornire a entrambe le parti una spiegazione motivata delle ragioni della sua decisione di non prendere in considerazione la controversia, entro ventuno giorni dal ricevimento del fascicolo della domanda.

Il legislatore italiano ha deciso, poi, di optare per l'ammissione di quegli organismi che siano promanazione di organizzazioni professionali o di associazioni di imprese di cui il professionista sia membro, stabilendo, però, che in tal caso sia assicurato che, oltre ai requisiti previsti nell'art. 141-*bis* cod. cons., esse abbiano a loro disposizione distinte e apposite risorse di bilancio, sufficienti ad assolvere i loro compiti.

Tale disposizione non si applica qualora le persone fisiche interessate facciano parte di un organismo collegiale composto da un numero uguale di rappresentanti dell'organizzazione professionale e dell'associazione di imprese da cui sono assunte o retribuite e di una o più associazioni dei consumatori e degli utenti di cui all'articolo 137.

7. L'art. 141-*quater* cod. cons., riproducendo pedissequamente l'art. 7 dir., prescrive per gli organismi ADR l'obbligo di rendere disponibili al pubblico sui loro siti *web*, su supporto durevole su richiesta e in qualsiasi altra modalità funzionale al perseguimento delle finalità di trasparenza, efficacia, equità e libertà, informazioni chiare e facilmente comprensibili riguardanti tutte le informazioni relative all'organismo ADR (comma 1), nonché alle relazioni annuali d'attività con riferimento alle controversie sia nazionali che transfrontaliere (comma 2).

Il comma 3 dell'art. 141-*quater* riproduce, poi, il contenuto dell'art. 8 dir. in cui sono indicate una serie di caratteristiche utili a garantire l'efficacia delle procedure ADR. Tali procedure devono essere disponibili e facilmente accessibili *online* e *offline* per entrambe le parti, a prescindere dalla loro ubicazione; devono consentire la partecipazione alle parti senza obbligo di assistenza legale, fermo restando il diritto delle stesse di ricorrere al parere di un soggetto indipendente o di essere rappresentate o assistite da terzi in qualsiasi fase della procedura.

Sul punto, è evidente un contrasto con la previsione dell'art. 5, comma 1-*bis*, del d.lgs. 28/2010, che prevede come obbligatoria la presenza del legale nel procedimento di mediazione qualora la stessa costituisca condizione di procedibilità. Ne deriva che, nelle ipotesi di controversie promosse da consumatori nei confronti di professionisti o imprese in materia (ad es., di contratti assicurativi, bancari o finanziari), gli organismi accreditati per entrambe



le procedure si troveranno di fronte al dilemma della scelta tra due discipline diverse: da un lato, dovranno informare la parte che ai sensi dell'art. 141-*quater*, comma 3 lett. b, non sono obbligate a farsi assistere da un legale; dall'altro, dovranno precisare che, affinché il procedimento valga ad assolvere la condizione di procedibilità, sarà tuttavia necessario rispettare la prescrizione dell'art. 5, comma 1-*bis*, del d.lgs. 28/2010, secondo il quale tale assistenza sarebbe necessaria<sup>43</sup>.

Le procedure ADR devono essere gratuite o disponibili a costi minimi per i consumatori (comma 2 lett. c), previsione, anche questa, in possibile contrasto con le disposizioni in materia di mediazione, relative alle indennità - non sempre di carattere meramente simbolico - dovute agli organismi di mediazione (dm 180/2010).

La procedura si considera avviata (comma 2, lett. d) allorché l'organismo ADR riceve il fascicolo completo della domanda, e deve concludersi entro il termine di novanta giorni dalla data di ricevimento del fascicolo completo della domanda da parte dell'organismo in parola, salvo la facoltà dello stesso di prorogare il termine in caso di controversie particolarmente complesse fino a un massimo di novanta giorni, previa comunicazione alle parti.

In ossequio al principio di equità, il comma 4 prevede una serie di requisiti che le procedure ADR devono possedere<sup>44</sup>. In particolare, è previsto che nell'ambito delle procedure ADR le parti abbiano la possibilità, entro un periodo di tempo ragionevole, di esprimere la loro opinione, di ottenere dall'organismo ADR le argomentazioni, le prove, i documenti e i fatti presentati dall'altra parte, salvo che la parte non abbia espressamente fatto richiesta di riservatezza, le eventuali dichiarazioni rilasciate e opinioni espresse da esperti e di poter esprimere osservazioni in merito. Si prevede, altresì, che 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, nonché che sia loro notificato l'esito della procedura ADR per iscritto o su un supporto durevole, e sia data comunicazione dei motivi sui quali è fondato.

Nel comma 5, la norma prevede alcune garanzie nell'ipotesi di procedure ADR volte a risolvere la controversia proponendo una soluzione: segnatamente, stabilisce che gli organismi ADR garantiscono che le parti abbiano la possibilità di ritirarsi dalla procedura in qualsiasi momento e che siano informate di tale diritto prima dell'avvio della procedura. Nel caso in cui sia previsto l'obbligo del professionista di aderire alle procedure ADR, la facoltà di ritirarsi dalla procedura spetta esclusivamente al consumatore.

Inoltre, le parti, prima di accettare, oppure no, o di dare seguito a una soluzione proposta, devono essere informate circa la possibilità di scegliere se accettare, oppure no, la soluzione proposta, del fatto che la partecipazione alla procedura non preclude la possibilità di chiedere un risarcimento<sup>45</sup> attraverso un normale procedimento giudiziario, e che la solu-

---

<sup>43</sup> B. ZUFFI, *Commento all'art. 141-quater cod. cons.*, in *Codice del consumo e norme collegate*, a cura di V. CUFFARO, Milano, 2016, 1018 ss.

<sup>44</sup> N. SCANNICCHIO, *Accesso alla giustizia e attuazione dei diritti. La mediazione delle controversie di consumo nella direttiva europea 2013-11*, Torino, 2015, 122 ss.

<sup>45</sup> L'art. 141-*quater*, co. 5, lett. b, *sub* 2, che riproduce testualmente l'art. 9, para. 2, lett. b), ii) della direttiva ADR («...le parti, prima di accettare o meno o di dare seguito a una soluzione proposta, siano informate del fatto che: ii) la



zione proposta potrebbe essere diversa dal risultato che potrebbe essere ottenuto con la decisione di un organo giurisdizionale che applichi norme giuridiche.

Prima di accettare o meno o di dare seguito a una soluzione proposta, le parti devono essere informate dell'effetto giuridico che potrebbe derivare dalla sua accettazione e accoglimento e devono poter usufruire di un tempo ragionevole di riflessione per maturare la decisione.

La disposizione non è di facile interpretazione: in particolare, ci si chiede se il contenuto della norma sia imposto a pena di nullità<sup>46</sup>. L'opzione più semplice sarebbe di ritenere che quanto previsto dalle disposizioni costituisca condizione di validità dell'accordo, nel senso che ciascuna parte possa contestare la validità dell'atto, adducendo che sia carente una o più delle condizioni previste<sup>47</sup>.

Tuttavia, ciò porterebbe a dare all'accordo raggiunto in questa sede un regime più restrittivo di quello proprio del diritto comune, in base al quale lo stesso accordo, raggiunto al di fuori del procedimento ADR, risulterebbe valido ed efficace anche senza che quelle condizioni siano rispettate, pur se non secondo la direttiva<sup>48</sup>.

La scarsa conoscenza dei meccanismi ADR esistenti da parte dei consumatori costituisce uno dei principali ostacoli ad una effettiva attuazione delle procedure extragiudiziali. Per questo motivo, il legislatore europeo ha inserito tra gli scopi principali della direttiva la necessità di garantire al consumatore un'informazione adeguata in merito agli organismi ADR competenti in caso di controversia (art. 13 dir.).

L'art. 13 della direttiva 2013/11/UE viene trasfuso nel dettato dell'art. 141-*sexies*, appunto, in materia d'informazione e assistenza ai consumatori. La norma pone a carico dei professionisti stabiliti in Italia, che si sono impegnati a ricorrere ad uno o più organismi ADR per risolvere le controversie sorte con i consumatori, l'obbligo d'informare questi ul-

---

*partecipazione alla procedura non preclude la possibilità di chiedere un risarcimento attraverso un normale procedimento giudiziario»), potrebbe essere frutto di un errore di traduzione poiché se intesa nel significato corrispondente alla formulazione, la disposizione sembrerebbe prevedere che la partecipazione alla procedura ADR non precluda alle parti la possibilità di rivolgersi al giudice esclusivamente per chiedere un “risarcimento”: dunque, il consumatore non potrebbe rivolgersi al giudice per far valere una pretesa diversa da quella risarcitoria. Vista l'eccessiva limitazione per il consumatore derivante dall'interpretazione letterale della norma, si pensa, piuttosto, ad un errore di traduzione nell'elaborazione del testo della direttiva ADR in lingua italiana. Nella versione tedesca ad es. «dass die Beteiligung an dem Verfahren die Möglichkeit nicht ausschließt, die Durchsetzung ihrer Rechte vor Gericht zu suchen» o in quella francese «que la participation à la procédure n'exclut pas la possibilité de former un recours par le biais des procédures judiciaires» si parla semplicemente di “ricorso all'autorità giudiziaria”. L'interpretazione estensiva della richiamata disposizione appare, pertanto, maggiormente idonea a garantire il principio generale della prevalenza dell'applicazione della legge più favorevole al consumatore. Sul punto cfr. anche A. M. MANCALEONI, *Le ADR dei consumatori*, cit., 190 ss.*

<sup>46</sup> B. ZUFFI, *Commento all'art. 141-quater cod. cons.*, in *Codice del consumo e norme collegate*, a cura di V. CUFFARO, Milano, 2016, 1020.

<sup>47</sup> F.P. LUISO, *La direttiva 2013/11/UE, sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2014, 1309.

<sup>48</sup> F.P. LUISO, *La direttiva 2013/11/UE*, cit., 1309 ss.



timi in merito all'organismo o agli organismi competenti per risolvere le controversie sorte con i consumatori<sup>49</sup>.

Viene precisato che tali informazioni devono essere fornite in modo chiaro, comprensibile e facilmente accessibile sul sito *web* del professionista, ove esista, e nelle condizioni generali applicabili al contratto di vendita o di fornitura di servizi stipulato tra il professionista e il consumatore.

Da tale dovere informativo non scaturisce, però, alcun obbligo per i professionisti di avvalersi di organismi ADR in caso di controversia: difatti, il comma 3 dell'art. 141-*sexies* prevede che, laddove non sia possibile risolvere una controversia sorta in seguito a un reclamo presentato direttamente dal consumatore al professionista, quest'ultimo deve fornire al consumatore, su supporto cartaceo o su altro supporto durevole, le informazioni di cui al comma 1, precisando se intenda avvalersi dei pertinenti organismi ADR per risolvere la controversia stessa.

**8.** All'indomani della scelta del Legislatore (D.L. 50/2017 convertito in legge con L. 21 giugno 2017, n. 96)<sup>50</sup> di anticipare il termine della fase di sperimentazione prevista dal d.lgs. 28/2010 come modificato dalla L. 98/2013, originariamente destinata a concludersi il 20 settembre 2017, e di introdurre stabilmente nel nostro ordinamento l'esperimento di un preventivo tentativo di mediazione quale condizione di procedibilità nel giudizio civile, la relativa disciplina è già, nuovamente, oggetto di dibattito.

La Corte di Giustizia dell'Unione europea, nella sentenza C-75/16 del 14 giugno 2017 ha, infatti, ritenuto che l'adozione da parte degli Stati membri di una normativa interna che preveda, nelle controversie *Business to Consumer*, il ricorso alla mediazione obbligatoria quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale possa ritenersi compatibile con il diritto dell'Unione Europea soltanto a condizione che non venga imposta l'assistenza necessaria di un legale e il consumatore possa ritirarsi dalla procedura in qualsiasi momento, senza dover dare alcuna giustificazione a fondamento della propria scelta.

La vicenda prende le mosse dal già citato rinvio pregiudiziale del Tribunale di Verona alla Corte di Giustizia dell'Unione europea, chiamata a prendere posizione sul rapporto tra il sistema di ADR previsto per le controversie dei consumatori dal d.lgs. 130/2015 (attuativo nel nostro Paese della direttiva 2013/11/UE) e le norme in tema di mediazione, che nel nostro ordinamento impongono nelle controversie dei consumatori che rientrino nella previsione dell'art. 5, comma 1-*bis* - a pena di improcedibilità - il preventivo esperimento del

---

<sup>49</sup> Tali informazioni includono l'indirizzo del sito *web* dell'organismo ADR pertinente o degli organismi ADR pertinenti.

<sup>50</sup> L'art. 11-*ter* del D.L. 50/2017 prevede che il terzo e quarto periodo dell'art. 5, comma 1-*bis* del d.lgs. 28/2010 «La presente disposizione ha efficacia per i quattro anni successivi alla data della sua entrata in vigore. Al termine di due anni dalla medesima data di entrata in vigore è attivato su iniziativa del Ministero della giustizia il monitoraggio degli esiti di tale sperimentazione», viene così sostituito: «A decorrere dall'anno 2018, il Ministro della giustizia riferisce annualmente alle Camere sugli effetti prodotti e sui risultati conseguiti dall'applicazione delle disposizioni del presente comma».



procedimento di mediazione, caratterizzato dall'assistenza necessaria di un avvocato e senza possibilità per le parti di non partecipare alla mediazione se non per giustificato motivo.

Per quanto riguarda la questione pregiudiziale relativa alla presunta incompatibilità tra la normativa ADR europea dei consumatori, fondata sulla volontarietà, e la mediazione obbligatoria *ex* art. 5, comma 1-*bis*, d.lgs. 28/2010, connotata dall'obbligatorio esperimento della conciliazione quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale, la Corte parte dal ragionamento per cui: pur se l'articolo 1, primo periodo, della direttiva 2013/11 utilizza l'espressione "su base volontaria", si deve rilevare che il secondo periodo 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.

Tale interpretazione è avvalorata 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 o suggerito oppure ordinato da un organo giurisdizionale, ma può essere 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 mediazione obbligatorio, purché tale legislazione non impedisca alle parti di esercitare il diritto di accesso al sistema giudiziario<sup>51</sup>.

Come si evince 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».

Assume, quindi, rilevanza non il carattere obbligatorio o facoltativo del sistema di impulso alla mediazione, ma il fatto che il diritto di accesso delle parti al sistema giudiziario sia preservato.

Pertanto, precisa la Corte, il fatto che una normativa nazionale come quella italiana 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<sup>52</sup>.

In secondo luogo, viene evidenziata l'incompatibilità tra la normativa italiana dettata dagli articoli 5, comma 1-*bis* e 8, comma 1, del decreto legislativo n. 28/2010 - che prevedono in via generale l'assistenza obbligatoria da parte di un avvocato nel corso del procedimento di mediazione - e l'articolo 8, lettera b) della direttiva 2013/11/UE, che esclude invece espressamente che gli Stati possano obbligare le parti a farsi assistere da un avvocato

---

<sup>51</sup> F. FERRARIS, *A.D.R. e consumatori: rapporti e interferenze*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 12, 2017, 1631 ss.

<sup>52</sup> Analogamente cfr. Sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea Alassini, del 18 marzo 2010, C-317/08. *Contra* N. SCANNICCHIO, *La risoluzione non giurisdizionale delle controversie di consumo. Rimedi alternativi o diritti senza rimedio?* in *Foro It.*, 11, 2017, 570 ss.



nel corso di una mediazione di una lite, quando questa sia insorta tra un professionista e un consumatore.

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, appunto, informate del fatto che non sono obbligate a ricorrere a un avvocato o a un consulente legale. Pertanto, una normativa nazionale non può imporre al consumatore che prende parte a una procedura ADR di essere assistito da un avvocato<sup>53</sup>.

Cosa che invece accade nel nostro ordinamento, attraverso la previsione, peraltro di successiva introduzione<sup>54</sup>, contenuta negli articoli 5, comma 1-*bis* e 8, comma 1, del decreto legislativo 28/2010.

Alla base della scelta sta probabilmente anche la considerazione che la procedura di mediazione civile e commerciale, seppur extragiudiziale, si pone comunque nell'ambito del meccanismo di tutela dei diritti e degli interessi dei consociati nell'ordinamento giuridico<sup>55</sup> e come tale riferibile al disposto dell'art. 24 della Costituzione<sup>56</sup> e, pertanto, la difesa tecnica sarebbe imprescindibile per consentire al soggetto che domandi tutela di esercitare al meglio tale fondamentale diritto<sup>57</sup>.

Presumibilmente si avrà la dissonante situazione per cui, se il consumatore dovrà procedere all'esperimento della procedura di mediazione ai sensi del d.lgs. 28/2010, sarà tenuto, nell'ambito della stessa, all'assistenza di un avvocato; qualora la materia oggetto della controversia non rientri invece nell'ambito dell'art. 5, comma 1-*bis*, del d.lgs. 28/2010 e si applicherà, dunque, la disciplina contenuta nel d.lgs. 130/2015, il consumatore non sarà, invece, obbligato a farsi assistere da un legale, rappresentando, la scelta eventuale di avvalersene, una mera facoltà non già un dovere.

Piuttosto, dal momento che la direttiva 2013/11 (del 21 maggio 2013) ha preceduto la riforma attuata dal legislatore italiano del 2013 (del 21 giugno 2013, n. 69), potrebbe ritenersi violato il vincolo di *standstill*, cioè l'obbligo di uno Stato di astenersi dall'adottare disposizioni che possano compromettere il risultato prescritto dalla direttiva<sup>58</sup>.

---

<sup>53</sup> In relazione alla tematica relativa all'assistenza legale, si pronunciavano già nel senso della non necessità della difesa tecnica nei procedimenti ADR in materia di consumo P. BARTOLOMUCCI, *La nuova disciplina delle procedure di risoluzione alternativa delle controversie in materia di consumo: il d.leg. n. 130/15 e le modifiche del codice del consumo (d.leg. 6 agosto 2015 n. 150)*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2016, 538; G. GIOIA, *L'uniforme regolamentazione della risoluzione alternativa delle controversie con i consumatori*, in *Contr. e impr. Eur.* 2016, 518.

<sup>54</sup> La previsione della presenza obbligatoria dell'avvocato alla procedura di mediazione è stata introdotta dalla L. 98/2013.

<sup>55</sup> I. VIRTUOSO, *Il ruolo dell'Avvocato nella mediazione civile e commerciale in Italia e in Spagna*, in *Camminodiritto*, 2017, 3 ss.

<sup>56</sup> F. DANOVI, F. FERRARIS, *La cultura della mediazione e la mediazione come cultura*, Milano, 2013, 223 ss.

<sup>57</sup> N. SCANNICCHIO, *Accesso alla giustizia e attuazione dei diritti*, cit., 36 ss.

<sup>58</sup> G. AUTORINO, D. NOVIELLO, C. TROISI, *Mediazione e conciliazione nelle controversie civili e commerciali*, Rimini, 2013, 164.



Va peraltro segnalata in argomento la decisa posizione assunta dal Consiglio Nazionale Forense<sup>59</sup>, il quale - aderendo alla tesi elaborata da T.A.R. Lazio, 23.1.2015 e, successivamente, confermata da Cons. Stato, 17.11.2015, n. 5230, entrambe *infra*, sez. III) - osserva come l'idea di A.D.R. scaturente dalla disciplina europea appaia in realtà molto lontana dal concreto estrinsecarsi della mediazione civile in Italia: invero, mentre la prima ricalcherebbe sostanzialmente il modello della conciliazione paritetica, il procedimento *ex* d.lgs. 28/2010 presenta diverse connessioni con il giudizio tali da rendere l'assistenza tecnica coesistente ad un corretto e proficuo esplicarsi delle dinamiche ivi previste.

In effetti, considerando la disciplina prevista dal d.lgs. 28/2010 contenente diversi disincentivi predisposti dal legislatore nei confronti di atteggiamenti non collaborativi delle parti, così come le connessioni fra proposta e successivo giudizio in punto spese processuali e, ancor prima, la stessa attivazione del procedimento, la quale presuppone la conoscenza delle norme in tema di competenza territoriale del giudice, riesce difficile immaginare che l'istante-consumatore possa districarsi autonomamente e, soprattutto, senza pregiudizio per la propria posizione sostanziale, fra le diverse fasi del procedimento<sup>60</sup>.

Si potrebbe prospettare, piuttosto, una soluzione differenziata alla problematica in questione a seconda che il procedimento alternativo venga attivato innanzi ad un organismo accreditato *ex* art. 141 *decies* cod. cons. ovvero *ex* art. 16 d.lgs. 28/2010: nel primo caso l'assistenza tecnica non sarà necessaria, alla luce del carattere sostanzialmente neutro del procedimento predisposto dal d.lgs. 130/2015<sup>61</sup>; viceversa, qualora il consumatore attivi una mediazione di fronte ad un organismo non ancora abilitato a trattare le controversie di cui al d.lgs. 130/2015, opereranno le regole in vigore per la mediazione *ex* d.lgs. 28/2010, ivi compreso l'obbligo di assistenza legale per i casi obbligatori<sup>62</sup>.

---

<sup>59</sup> cfr. la nota di approfondimento in data 4.7.2017, consultabile al sito [www.consiglio-nazionaleforense.it/-web/cnfj/-/corte-giustizia-ue-assistenza-tecnica-mediazione-adr-consumatori](http://www.consiglio-nazionaleforense.it/-web/cnfj/-/corte-giustizia-ue-assistenza-tecnica-mediazione-adr-consumatori).

<sup>60</sup> F. FERRARIS, *A.D.R. e consumatori: rapporti e interferenze*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 12, 2017, 1631 ss.

<sup>61</sup> Viene evidenziato, tuttavia, che appare piuttosto inverosimile che il consumatore estraneo alle dinamiche processuali e più in generale al diritto, possa rivolgersi in autonomia ad un organismo certificato per la gestione della propria controversia. In questo senso F. FERRARIS, *A.D.R. e consumatori: rapporti e interferenze*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 12, 2017, 1631 ss. Così anche V. VIGORITI, *Superabili ambiguità. Le proposte europee in tema di ADR e di ODR*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2012, 315, il quale, prima ancora del definitivo varo della direttiva e della successiva implementazione nazionale, riteneva che l'assistenza giudiziale sarebbe invece utile in sistemi, come quello italiano, in cui la semplicità di forme è solo apparente prevedendosi invece attività complesse, di contenuto assertivo, con conseguenze sui processi statali, eventualmente successivi.

<sup>62</sup> Sul tema è tuttavia recentemente intervenuta una pronuncia del Tribunale di Verona (Trib. Verona, ord. 28.9.2017) il quale, facendo integrale applicazione del principio statuito dalla Corte di giustizia, ha disposto la disapplicazione dell'art. 8, comma 1, d.lgs. 28/2010 nei procedimenti di mediazione gestiti non soltanto da organismi previamente certificati ad operare nell'ambito consumeristico, ma altresì da quelli accreditati (soltanto) *ex* d.lgs. 28/2010, e ciò tenuto conto dell'incidenza dei costi, «non contenuti per le parti», derivanti dal compenso spettante all'avvocato. In effetti, gli importi previsti dal tariffario forense per le attività di assistenza stragiudiziale rischiano di superare le stesse spese complessive del servizio di mediazione, ciò in contrasto con il principio di gratuità o onerosità minima previsto all'art. 8, lett. c), dir. n. 11/2013 UE e più volte ribadito nella giurisprudenza della Corte.



In ultimo, si sottolinea che l'articolo 8, comma 4-*bis* del decreto legislativo n. 28/2010, nella parte in cui esso non consente, se non in presenza di giustificato motivo, alla parte di non partecipare al procedimento di mediazione senza subirne conseguenze sfavorevoli nell'ambito del successivo procedimento giudiziario, contrasta con l'articolo 9, paragrafo 2, lettera a) della direttiva 2013/11/UE, che sancisce invece la libertà del consumatore di ritirarsi dalla procedura in qualsiasi momento.

In relazione a quest'ultimo aspetto, tuttavia, la Corte precisa che, purché il consumatore possa ritirarsi successivamente al primo incontro con il mediatore, il diritto nazionale può legittimamente prevedere sanzioni in caso di immotivata mancata partecipazione delle parti alla procedura di mediazione, vale a dire nel senso, appunto, in cui si esprime il citato art. 8, comma 4-*bis* del decreto legislativo n. 28/2010. Sarà compito del giudice nazionale verificare, pertanto, l'effettivo rispetto del principio comunitario, sopra citato, nelle ipotesi concrete<sup>63</sup>.

La disciplina del art. 8, comma 4-*bis* del d.lgs. 28/2010 prevede, difatti, che 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. Si prevede, inoltre, che il giudice condanni 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<sup>64</sup>. Tale norma ha il chiaro scopo di incentivare l'effettiva partecipazione agli incontri di mediazione scoraggiando la inutile e controproducente prassi di eludere la procedura di mediazione obbligatoria non presentandosi alle sedute di mediazione pur avendo formalmente aderito alla procedura.

Pertanto, dal contenuto della Sentenza della Corte europea si evince che una tale disposizione non sia in contrasto con la previsione dell'articolo 9, paragrafo 2, lettera a) della direttiva 2013/11/UE, che sancisce invece la libertà del consumatore di ritirarsi dalla procedura in qualsiasi momento. Ciò perché un conto è incentivare la partecipazione ai primi incontri di mediazione al fine di consentire alle parti in conflitto di vagliare concretamente la possibilità di trovare soluzioni concordate, altra questione è garantire la possibilità in ogni momento alle parti di ritirarsi dalla procedura qualora le stesse ritengano di non riuscire, attraverso lo strumento conciliativo, a trovare tra loro un accordo.

---

<sup>63</sup> VALERINI, *Nelle controversie di consumo, l'obbligo dell'assistenza dell'avvocato in mediazione è contrario al diritto comunitario (ma, forse, non sempre)*, in *Diritto e giustizia*, fasc. 102, 2017, 9 ss.

<sup>64</sup> Comma inserito dall'art. 84, co. 1, lett. i), D.L. 21 giugno 2013, n. 69, convertito, con modificazioni, dalla L. 9 agosto 2013, n. 98.



## STUDI E RICERCHE

### PROCESSO PENALE E DIGNITÀ DELL'UOMO. PROFILI DI TEORIA GENERALE, TEORIA DEL PROCESSO E COMPARAZIONE GIURIDICA

GIOVANNA STANZIONE

SOMMARIO: 1. Introduzione. 2. La dignità nel pensiero giuridico. 3. Breve *excursus* storico-filosofico. 4. La dimensione giuridica della dignità umana: le Carte internazionali e le Costituzioni degli Stati. 5. Il principio di dignità nella costituzione tedesca: le teorie della dote, della prestazione e della comunicazione. 5.1. Il principio di dignità nell'elaborazione giurisprudenziale del *Bundesverfassungsgericht*. 6. La dignità dell'uomo nella Costituzione italiana. 7. Il principio di dignità nel processo penale. 8. Conclusioni.

1. La dignità, a partire dal secondo dopoguerra, è diventata – nell'ambito del diritto interno e internazionale – “un ineludibile denominatore comune”<sup>1</sup> che ha portato all'elaborazione progressiva di “un nuovo statuto della persona e un nuovo quadro dei doveri costituzionali”<sup>2</sup>.

Lo strumento della dignità nelle decisioni giurisprudenziali, pur essendo ancora oggetto di diffidenze e critiche – in particolare volte a porne in rilievo la polisemia, ambiguità e indeterminatezza – ha dimostrato la sua effettività dal momento in cui non è stato più visto nella sua universalità e astrattezza, ma costruito, e nella pratica giurisprudenziale e nella dottrina, in modo da dover essere sempre misurato sulla concretezza delle situazioni.

Proprio la sua criticata flessibilità fa sì che rappresenti “[...] la risposta più adeguata non solo alle dinamiche indotte da mutamenti e innovazioni continui e vorticosi, ma alle esigenze di una società via via definita dell'*incertezza*, del *rischio*, *liquida*, bisognosa dunque di un diritto omeostatico, capace di seguirla tempestivamente nelle sue imprevedibili dinamiche”<sup>3</sup>.

Viene dunque alla luce, nel dialogo internazionale delle Corti, il ruolo essenziale della nozione di dignità al fine dell'osmosi e dello scambio che, ad oggi, è in corso tra le diverse culture giuridiche: “Nell'attuale ‘stagione dei diritti’, sono sempre più numerose le pronunce in cui la dignità umana è stata richiamata dalle corti costituzionali o supreme, soprattutto

---

<sup>1</sup> S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, p. 184.

<sup>2</sup> *Ibidem*.

<sup>3</sup> S. RODOTÀ, *cit.*, p. 191.



nella soluzione di *hard cases* in tema di tutela dei diritti fondamentali. La recente giurisprudenza sulla dignità è talmente vasta da aver stimolato un articolato dibattito dottrinale, non solo nel nostro Paese, per cui oggi è possibile valersi – al fine di trarne un bilancio complessivo – di dettagliate disamine giurisprudenziali che evidenziano, anche in una prospettiva comparatistica le molteplici valenze semantiche della dignità, chiarendone funzioni ed ambiti di applicazione. La dignità offre alle corti uno strumento utile per il compimento di delicate operazioni di bilanciamento e consente, non solo, di assecondare l’aspirazione al pluralismo della società, ma anche – soprattutto di fronte a ‘casi difficili’ – di conferire neutralità all’argomentazione”<sup>4</sup>.

2. Diverse sono le nozioni del concetto di dignità, elaborate in ambito filosofico e dottrinario: il concetto di dignità assoluta, che è quello riconosciuto dall’ordinamento costituzionale tedesco ove proclama l’intangibilità della dignità di qualsiasi uomo all’art 1 GG, sancendone quell’assoluta preminenza che la pone al vertice dei valori costituzionali e che non ammette alcuna limitazione, compressione o relativizzazione; la dignità relativa o “sociale”, quale, ad esempio, la “pari dignità sociale” dell’art. 3 della Costituzione italiana, essa rappresenta un concetto più limitato di dignità che non investe l’umanità tutta ma i soli cittadini e non riguarda un concetto innato di dignità quale appartenenza al genere umano o derivante dalla natura divina o razionale dell’uomo, facente capo alla tradizione cristiana o kantiana, bensì, rifacendosi alla tradizione romana, alla dignità intesa come conseguenza della posizione o del ruolo sociale che si occupa; la teoria della dote e la teoria della prestazione che individuano, l’una una dignità innata e comune a tutti gli uomini, l’altra una dignità intesa come conquista del merito, dell’agire morale o dell’autodeterminazione di ogni individuo; la dignità considerata in negativo, quale limite al potere statale, spazio intimo intangibile nel quale l’uomo può liberamente determinare sé stesso, e quella positiva che lo Stato deve promuovere, ad esempio assicurando le condizioni di parità tra gli individui, di opportunità di realizzazione di una vita dignitosa o di un sereno sviluppo della propria personalità; infine, il concetto di dignità oggettiva, di tipo tradizionale, e quella soggettiva, che si sta affermando a partire dal XX secolo fino ad oggi. La dignità oggettiva è un concetto di dignità legato ad un ideale astratto di uomo e universalmente valido (si pensi ad un soggetto dotato di libertà, uguaglianza, di tutti i diritti); essa è generalmente di tipo kantiano e prevale su qualsiasi personale concezione di dignità che l’individuo può avere. Il dissidio tra l’applicazione di una dignità oggettiva e di una soggettiva lo si può accertare in pratica in taluni casi giurisprudenziali che hanno fatto discutere: uno dei più noti è quello del lancio dei nani in Francia che era stato ritenuto lecito in primo grado, visto il consenso del diretto interessato, ma che fu ritenuto lesivo della dignità dalla Corte di superiore grado<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> A. SPERTI, *Una riflessione sulle ragioni del recente successo della dignità nell’argomentazione giudiziale*, in [www.costituzionalismi.it](http://www.costituzionalismi.it), fascicolo I, 2013, p. 2.

<sup>5</sup> Il lancio dei nani era uno sport praticato in talune città francesi che consisteva nel lanciare un nano quanto più lontano possibile. I sindaci di alcuni di quei paesi avevano vietato tale pratica proprio perché ritenuta lesi-



La dignità, a partire dal secolo scorso in poi, ha fatto sempre maggior riferimento, più che alla dignità dell'uomo inteso in astratto – quale ente generico che, indipendentemente dalle sue qualità concrete (sesso, età, lingua, ecc..), rivendica il diritto ad essere trattato come qualsiasi altro uomo –, all'uomo in concreto, prendendo in considerazione le differenze di *status*, colore, condizioni fisiche o sociali (minori, anziani, donne, omosessuali, persone di colore).

Ma le elaborazioni e classificazioni della dignità dottrinali e teoriche non si esauriscono in queste: si pensi a Sulmasy<sup>6</sup> che la distingue in *attributed*, *intrinsic* e *inflorescent dignity*, intendendo con la prima la dignità acquisita col merito e col valore personale, con la seconda il valore innato in ogni uomo in quanto uomo, con la terza un particolare rango dell'essere umano; oppure la classificazione di Furlan<sup>7</sup>, che individua una dignità inerente che è intrinseca in ogni uomo, una dignità come merito o *status* sociale e una dignità come statura morale che si misura in relazione all'agire in base alla legge morale, una dignità dell'identità o psicologica che concerne l'autopercezione di sé e dell'identità, nonché integrità fisica e psichica e la dignità come autonomia che consiste nell'indirizzare in modo autonomo la propria esistenza; e una dignità post-umana che non è da considerarsi dignità umana in senso stretto, bensì un vero e proprio superamento di essa, in nome di una necessità di sviluppo e di miglioramento della natura umana<sup>8</sup>.

Alcuni dei più grandi filosofi e giuristi del nostro tempo si sono confrontati col concetto<sup>9</sup>: Bloch<sup>10</sup> e Maihofer<sup>11</sup>, Luhmann<sup>12</sup>, Dworkin<sup>13</sup>, Margalit<sup>14</sup>, Nussbaum<sup>15</sup>, solo per citarne

---

va della dignità dei nani. Tali divieti furono contestati, tra gli altri, anche da uno dei nani coinvolti, e in primo grado il tribunale ritenne che non v'erano validi motivi giuridici a sostegno del divieto di questa attività. Il *Conseil d'État*, tuttavia, ha confermato le ordinanze impugnate che vietavano il lancio dei nani, ritenendolo senza dubbio lesivo della dignità dell'uomo (*Conseil d'État*, octobre 27, 1995, req. nos. 136-727, *Commune de Morsang-sur-orge*, e 143-578, *Ville Aix-en-Provence*). Il problema che si pone e che ha provocato ampi dibattiti in dottrina sta tutto qui: mentre il tribunale di primo grado avendo constatato che l'individuo coinvolto, il nano, non si sentiva offeso nella sua dignità da queste pratiche, anzi, esse rappresentavano per lui un impiego e di conseguenza la possibilità di una vita dignitosa, aveva considerato legittime queste attività; il *Conseil d'État* ha ritenuto, invece, che vi fosse lesione del principio di dignità, facendo prevalere una concezione oggettiva della dignità, comune a tutti gli uomini, astratta, universalmente valida, non disponibile neppure dai soggetti cui essa appartiene, sulla dignità soggettiva, la concezione individuale della propria dignità, la personale e intima sensibilità.

<sup>6</sup> Cfr. D.P. SULMASY, *Human Dignity and Human Worth*, in MALPAS - N. LICKISS (eds.), *Perspectives on Human Dignity: A Conversation*, Dordrecht, 2002.

<sup>7</sup> Cfr. E. FURLAN, *Dignità umana e bioetica: risorse e problemi di una nozione fondamentale*, in ID. (a cura di), *Bioetica e dignità umana. Interpretazioni a confronto a partire dalla Convenzione di Oviedo*, Milano, 2009.

<sup>8</sup> Cfr. N. BOSTROM, *Dignity and Enhancement*, in *Human Dignity and Bioethics: essays commissioned by the President's Council on Bioethics*, Washington, D.C.: President's Council on Bioethics, 2008.

<sup>9</sup> Per una lunga e approfondita disamina in materia cfr. C. BRIGNONE, *Aspetti della dignità umana nell'orizzonte del diritto penale*, Tesi di dottorato in Studi Giuridici Comparati ed Europei, Trento, a.a. 2009/2010.

<sup>10</sup> Cfr. E. BLOCH, *Naturecht und menschliche Würde*, Frankfurt am Main, 1961, *Diritto naturale e dignità umana*, trad. it. A cura di D. RUSSO, Torino, 2005.

<sup>11</sup> Cfr. W. MAIHOFFER, *Rechtsstaat und menschliche Würde*, Frankfurt am Main, 1968.

<sup>12</sup> Cfr. N. LUHMANN, *Grundrechte als Institution. Ein Beitrag zur politischen Soziologie, I diritti fondamentali come istituzione*, a cura di G. PALOMBELLA e L. PANNARALE, Bari, 2002.



pochi, ma la lista è assai numerosa. Tralasciando di inoltrarci nelle diverse costruzioni sistematiche, ciò che emerge è la varietà e l'irriducibilità di esse. Non esiste una nozione univoca di dignità nell'ambito del diritto, come non esiste una definizione chiusa e definitiva di altri grandi principi giuridici quali quello di libertà o di uguaglianza.

Tuttavia non è l'indeterminatezza che ha impedito ai principi di avere un ruolo determinante nell'ambito del diritto: permeano l'ordinamento giuridico e orientano gli operatori giuridici, da essi si traggono con immediatezza le norme applicabili al caso concreto, ad essi si adeguano le interpretazioni, ristabiliscono continuamente il loro equilibrio per opera di un costante reciproco bilanciamento.

Del resto, del valore giuridico del concetto di dignità è testimonianza la copiosa giurisprudenza in materia che investe i settori più disparati, nei quali il riferimento alla dignità svolge un ruolo autonomo e in molti casi insostituibile. È anche vero che in molte delle sentenze in cui viene in rilievo il concetto di dignità, quest'ultimo è combinato con altri elementi ma, al contempo, si deve riconoscere che gli usi giurisprudenziali attingono a tutti i profili della dignità, quale bene giuridico protetto, principio o valore. Profili che si intrecciano e sono difficilmente separabili: ad esempio, nel divieto di tortura la lesione della dignità è così forte che essa viene presa in considerazione come vero e proprio bene giuridico tutelato autonomamente; in altre fattispecie, come quelle attinenti alla libertà di espressione, essa deve necessariamente sottostare a regole di bilanciamento con diritti e principi altrettanto fondamentali; nelle decisioni relative alla problematica dell'osceno o del pudore sessuale, invece, se ne dovrebbe fare un uso molto attento per evitare che venga strumentalizzata al fine di imporre una morale dominante.

Nella sua storia giurisprudenziale, dunque, la dignità ha svolto un ruolo fondamentale nel proteggere l'individuo e la sua "sfera intima" dagli abusi del potere e dalle lesioni più macroscopiche dell'uomo come la tortura e le pene infamanti. Ma ha anche guidato la grande corsa verso l'ampliamento dei diritti civili e l'affermazione dei diritti economico-sociali, ha poi tracciato dei limiti, più o meno condivisi, nell'ambito della bioetica, a tutela dell'unicità e dell'integrità dell'essere umano.

Non si possono ignorare però le critiche mosse più che alla dignità stessa al suo uso inflazionato e distorto. Tralasciando i detrattori più estremi del principio di dignità, che non ne ammettono alcun valore giuridico, tra i quali la posizione più nota è quella di Ruth Macklin, che sostiene che "gli appelli alla dignità umana sono o la riproposizione in diversa forma di altre più precise nozioni, o meri *slogans* che non aggiungono nulla alla compren-

---

<sup>13</sup> Cfr. R. DWORKIN, *Talking Rights Seriously*, Cambridge, 1978, *i diritti presi sul serio*, trad. it. a cura di G. REBUFFA, Bologna, 1982, e ID., *Is Democracy Possible Here? Principles for a New Political Debate*, Princeton, 2006, *La democrazia possibile*, Trad.it. L. CORNALBA, Milano, 2007.

<sup>14</sup> Cfr. A. MARGALIT, *La società decente*, trad. it. a cura di A. VILLANI, Milano, 1998.

<sup>15</sup> Cfr. M. NUSSBAUM, *Human Dignity and Political Entitlements*, in *Human Dignity and Bioethics: essays commissioned by the President's Council on Bioethics*, Washington, D.C.: President's Council on Bioethics, 2008, ID., *Hiding from Humanity. Disgust, Shame and The Law*, Princeton, New York, 2004, *Nascondere l'umanità. Il disgusto, la vergogna, la legge*, Trad. It. a cura di C. CORRADI, Roma, 2007, ID., *Giustizia sociale e dignità umana*, trad. it. a cura di E. GREBLO, Bologna, 2008.



sione dell'argomento"<sup>16</sup>, le critiche più importanti e fondate sono quelle che fanno capo a taluni noti giuristi, tra i quali dovremo necessariamente limitarci a pochi: Hassemer<sup>17</sup> e Hofmann, nell'ambito della dottrina tedesca, Fiandaca<sup>18</sup> e Vincenti, per quanto riguarda quella italiana. Le posizioni di questi giuristi, pur con le dovute differenze, convergono nel condannare l'uso della dignità quale "topos argomentativo", strumento retorico senza alcun valore positivo ma volto a fungere da mannaia su qualsiasi discorso giuridico (*knock-down argument*), precludendo qualsivoglia confronto e argomentazione razionale. Ciò accade quando la dignità venga usata come mero paravento per coprire opinioni e argomenti faziosi e parziali oppure irrazionali ed emotivi, assoluti e squalificanti i propri opposti. Per scongiurare tale uso inflazionato, che si ripercuote negativamente sulla "reputazione" giuridica di tale principio, è necessario, a parere della dottrina citata, fare un uso raro e accorto della dignità, legato in particolare a situazioni esistenziali nelle quali vengano in rilievo i presupposti stessi della vita, della personalità e dell'umanità dell'individuo. Tenere il concetto di dignità, dunque, lontano da tutto ciò che è poco lesivo o poco rilevante, preferendo ad esso i diversi diritti specifici ogni qualvolta assicurino la medesima tutela e riservando l'uso del concetto di dignità umana ai casi in cui veramente sia messa in pericolo l'intima umanità dell'uomo, la vita, l'identità e l'integrità fisica e morale, la capacità di autodeterminazione, la libertà di coscienza.

Quando la dignità venga usata a fini retorici, per occultare e coprire mire di altro genere, viene meno il legame con il substrato storico del suo significato. La dignità, come tutti i grandi principi giuridici, pur non avendo una definizione stringata e univoca di sé e dei suoi contenuti, non è neutra, non può prestarsi a qualsiasi uso. Il concetto di dignità nel pensiero occidentale ha una storia così lunga, complessa e significativa che lo fa già pieno: non potrà mai essere usato per sostenere qualcosa di contrario o alieno a quel nucleo di significati storici che l'hanno accompagnato dalla sua nascita e che lo rendono comune e condiviso.

**3.** Prima ancora che la dignità penetrasse nel pensiero giuridico, la natura della propria umanità è stata da sempre oggetto della riflessione dell'uomo su sé stesso. *Gnoti sauton* era la scritta sul frontone del tempio di Apollo a Delfi.

La dignità umana nel mondo e nel pensiero greco classico non ha ancora quei caratteri di uguaglianza e di immanenza che assumerà solo con l'avvento della cultura cristiana. Il concetto di dignità greco non è un attributo che l'uomo ha a prescindere dalla sua natura e dalle sue azioni, l'uomo *axios*, l'uomo degno, assume diversi significati a seconda delle va-

---

<sup>16</sup>R. MACKLIN, *Dignity is a useless concept*, in *British Medical Journal*, 327, 2003, p. 1419.

<sup>17</sup>W. HASSEMER, *Argomentazione con concetti fondamentali. L'esempio della dignità umana*, in *Ars interpretandi*, 2005, p. 125 e ss.

<sup>18</sup>G. FIANDACA, *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale, tra laicità e "post-secolarismo"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 546 e ss.



rie epoche e latitudini della Grecia antica, ma in tutti conserva questa sua “dinamicità”<sup>19</sup>: l’essere oggetto di conquista, frutto della attività, dell’ingegno, della moralità di ogni uomo.

Nel latino concetto di *dignitas*, così come Cicerone l’ha tramandato nelle sue opere, è presente il segno, la tradizione, dell’*axia* greca ma viene posto anche il seme di quella che sarà la concezione cristiana della dignità umana. L’uomo – scrive Cicerone nel *De Officiis* – si eleva sul resto delle cose naturali in virtù della sua dignità, comune ad ogni essere umano, di *animal rationale*. Tale dignità gli deriva dall’essere al vertice della gerarchia della natura ma la perderebbe se si abbandonasse in modo insano al piacere dei sensi. Un concetto di dignità, dunque, innato e comune agli uomini purché non dissipino la propria virtù umana e razionale.

Una seconda accezione di dignità è quella che deriva all’uomo dal posto che egli occupa nella congregazione umana e che si è conquistato con l’eccellenza e la nobiltà delle sue azioni al servizio del bene comune: una dignità che egli ha acquisito col merito, col valore suo e del suo agire, che gli conferisce autorevolezza e prestigio, dignità mutabile, però, che può essere acquisita e persa, mai attribuita una volta e per tutte<sup>20</sup>. “La dignità è la riconosciuta autorità di una persona, una qualità a sua volta meritevole di ossequio, onore, rispetto”<sup>21</sup>; tale qualità, che conferisce a chi ne è adorno l’*auctoritas*, deve essere conquistata e mantenuta con l’impegno, una tensione al bene, una riprova continua di moralità e valore<sup>22</sup>.

Nel periodo della grande rivoluzione antropocentrica, a cavallo tra umanesimo e rinascimento, Pico della Mirandola scrive il suo *Discorso sulla dignità dell’uomo* (*Oratio de hominis dignitate*, 1486), che restituisce perfettamente quale fosse il fermento dell’epoca. L’uomo levava lo sguardo da Dio e lo volgeva a sé stesso, diveniva la più mirabile delle creature, stupore del creato, capace di distinguersi da ogni altra col pensiero e con la parola, di elevarsi con le arti e le scienze. L’uomo diventava il centro del suo mondo, in pacifica convivenza con l’idea di Dio. La possibilità di conseguire la *vera dignitas* è pari per ciascun essere umano e la si può raggiungere a prescindere dalla religione professata: plurali sono le vie dell’ascesi a Dio, il perfezionamento non è monopolio della religione cristiana perché “anche la *sapientia* dei pensatori cristiani è a essi derivata dai filosofi greci e arabi”<sup>23</sup>.

Kant è il creatore della nozione moderna di dignità dell’uomo. In particolare, per la prima volta, ne fa una categoria giuridica oltre che etica. Il massimo pregio della definizione kantiana della dignità, che l’ha resa condivisibile e presso uomini dalla mentalità fortemente

---

<sup>19</sup> “Nel mondo greco l’uomo è degno, innanzi tutto, quando vale e vale in misura pari al bene che può assicurare agli altri: è una dignità non statica (l’uomo è degno perché uomo), ma dinamica, che si inverte in una relazione morale con gli altri, e che si irraggia dai familiari a tutti i membri della comunità, sicché degno è l’uomo che compie azioni vevoli per gli altri”: così U. VINCENTI, *Diritti e dignità umana*, Roma-Bari 2009, p. 7.

<sup>20</sup> Cfr. M. T. CICERONE, *De officiis*, trad. it. con testo a fronte *Dei doveri*, Bologna, 1991.

<sup>21</sup> M. T. CICERONE, *De inventione*, 2.166.

<sup>22</sup> Successivamente, nel *Digesto*, la *dignitas* giunge a rappresentare, tra l’altro, un criterio di valutazione giuridica della moralità e dunque dell’attendibilità dei testimoni e, di conseguenza, della validità della prova orale da essi data. Cfr. U. VINCENTI, *Diritti e Dignità umana*, *op.cit.*, p. 15.

<sup>23</sup> PICO DELLA MIRANDOLA, *Oratio de hominis dignitate*, 32, in P.C. BORI, *Pluralità delle vie. Alle origini del «Discorso» sulla dignità umana di Pico della Mirandola*, Milano 2000, p. 136.



laica e nel pensiero cattolico, è che è così intimamente legata alla natura dell'uomo da trovare riscontro naturalmente dentro ciascuno ed è proprio per questa sua universalità che è potuta assurgere a categoria anche giuridica. L'accezione di dignità kantiana cui ci riferiamo è quella essenziale che recita a questo modo: "L'uomo, e in generale ogni essere razionale, esiste come fine in sé stesso, non semplicemente come mezzo da usarsi a piacimento per questa o quella volontà, bensì deve essere sempre considerato in tutte le sue azioni indirizzate verso sé stesso come verso altri esseri razionali, *insieme come fine*"<sup>24</sup>.

L'uomo, dice Kant, come ogni essere razionale, è capace di rappresentarsi sé stesso e la propria esistenza: si pensa necessariamente come fine in sé. Ma ciò che lo distingue da ogni altra creatura è il suo scegliere liberamente di agire in *modo morale*. "A differenza di tutte le cose della natura, l'essere razionale, ossia l'essere dotato di ragione, può agire secondo la rappresentazione delle leggi. Ma la capacità di determinare le proprie azioni in base ad una legge è appunto l'aver una *volontà*"<sup>25</sup>. Il concetto di fine in sé diventa a questo modo non solo soggettivo ma anche oggettivo, esso cioè vale incondizionatamente per ogni essere razionale. La regola soggettiva dell'agire si adegua alla pura forma di una legge universale e in ciò consiste la moralità: nell'agire in modo che "la volontà, attraverso la propria massima, possa insieme considerare sé stessa come universalmente legislatrice"<sup>26</sup>. La volontà buona, dunque, è quella che, elevata a massima universale, non contraddice sé stessa, che sia anche oggettiva e possa valere come legge per qualsiasi soggetto. Da ciò la seconda legge dell'imperativo categorico che determina in modo fondamentale l'evoluzione del concetto giuridico di dignità umana: "Agisci in modo da trattare l'umanità, così nella tua persona come nella persona di ogni altro, sempre insieme come fine, mai semplicemente come mezzo"<sup>27</sup>. La dignità dell'uomo è ciò che fa sì che esso non possa mai essere ridotto a oggetto, a mezzo per realizzare la volontà altrui o i fini dello Stato, ma in ogni circostanza, in ogni condizione, venga sempre considerato anche come avente un fine in sé. È immediatamente manifesta l'importanza di tale definizione nella tutela, in particolare negativa, di ciascun individuo e nei confronti degli altri uomini e nei confronti dello Stato.

4. È con la fine della Seconda guerra mondiale che la dignità umana trova una sua legittimazione e dimensione giuridica e fa ingresso, in posizioni di fondamentale preminenza, nelle Carte internazionali ed europee e nelle costituzioni degli Stati<sup>28</sup>.

La prima a fare riferimento ad essa è la *Carta delle Nazioni Unite*, del 26 giugno 1945, che nel preambolo si pone l'obiettivo di "riaffermare la fede nei diritti fondamentali

---

<sup>24</sup> I. KANT, *Fondazione della metafisica dei costumi*, Roma-Bari 2010, p. 89.

<sup>25</sup> F. GONNELLI, *Introduzione a I. KANT, op. cit.*, p. XIV.

<sup>26</sup> I. KANT, *op. cit.*, pp. 101-103.

<sup>27</sup> I. KANT, *op. cit.*, pp. 91-95.

<sup>28</sup> Poche erano le Costituzioni che facevano espressa menzione della dignità umana prima della Seconda guerra mondiale, quelle della Finlandia, del Messico, dell'Irlanda e Cuba. Sono diventate più di trenta dopo il 1945. Cfr. T. IGLESIAS, *Bedrock Truths and the Dignity of the Individual*, in *Logos*, 4, 2001.



dell'uomo, nella dignità e nel valore della persona umana, nella eguaglianza dei diritti degli uomini e delle donne”.

Successivamente, la *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo*, adottata il 10 dicembre del 1948, si apre con il “riconoscimento della dignità inerente a tutti i membri della famiglia umana e dei loro diritti uguali e inalienabili [...] fondamento della libertà, della giustizia e della pace nel mondo”. Mentre l'art. 1 afferma in via generale che “tutti gli uomini nascono liberi ed eguali in dignità e diritti”, riferimenti al valore della dignità umana sono presenti anche negli artt. 22 e 23 in relazione ai diritti economici, sociali e culturali, nonché al diritto del lavoratore ad una remunerazione equa.

Alcuni anni più tardi vengono stipulati il *Patto internazionale sui diritti civili e politici* e il *Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali*, approvati entrambi in seno all'ONU nel 1966. In essi la dignità umana è ritenuta perno e fondamento di tutti i diritti. Il primo, all'art. 10, dispone che si deve “trattare qualsiasi individuo privato della propria libertà con umanità e col rispetto della dignità inerente alla persona umana”, mentre il secondo, all'art. 13, riconosce che il fine dell'istruzione è quello del “pieno sviluppo della personalità umana e del senso della dignità”.

Il riferimento alla dignità umana ricorre nelle Carte dell'UNESCO (*Organizzazione delle Nazioni Unite per l'educazione, la scienza e la cultura*) fin dal suo Atto costitutivo (Londra, 16 novembre 1945) che addita il “rinnegamento dell'ideale democratico di dignità, di uguaglianza e di rispetto della persona umana” quale una delle principali cause che avevano portato allo scoppio del secondo conflitto mondiale e trova nella salvaguardia della dignità la spinta a promuovere “la cultura e l'educazione di tutti per il raggiungimento della libertà e della pace”. È del 1978 la *Dichiarazione UNESCO sulla razza e il pregiudizio razziale*, che bolla l'apartheid e le altre forme di discriminazione e segregazioni razziali quali “crimini contro la coscienza e la dignità dell'umanità” (art. 4) e denuncia in ogni forma di discriminazione razziale perpetrata dallo Stato una “violazione del principio dell'uguaglianza in dignità e diritti di tutti gli esseri umani” (art. 9). Fino alla *Dichiarazione sulle norme universali in bioetica* che afferma, all'art. 4, lett. a, che “ogni decisione o pratica sarà posta in essere nel pieno rispetto della dignità intrinseca della persona umana, dei diritti umani e delle libertà fondamentali”.

Per quanto riguarda le Carte europee, sebbene non vi sia esplicita menzione del principio di dignità nella *Convenzione Europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali* (CEDU) del 1950, tuttavia di esso è impregnata tutta la carta e non lasciano dubbi le pronunce della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (si veda, come esempio, *Pretty vs Regno unito*, 29-4-2002, che definisce la dignità umana il fondamento della Convenzione).

Di importanza primaria è la *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, proclamata a Nizza il 7 dicembre del 2000, che, sulla scia della CEDU che, seppure con richiamo implicito, considerava la dignità ancora nel senso della tutela della persona in astratto, assume quale fine ulteriore quello della tutela dell'individuo in concreto. Essa rappresenta il primo documento giuridico nel quale la dignità compare in piena autonomia rispetto ad altri valori



come la libertà e l'uguaglianza<sup>29</sup>. L'intero Capo I è dedicato alla tutela della dignità che definisce "inviolabile" e oggetto di "rispetto e tutela" (art. 1); riconosce il diritto alla vita e all'integrità della persona (artt. 2 e 3); proibisce torture e pene o trattamenti inumani e degradanti (art. 4), così come schiavitù e lavori forzati (art. 5); vieta la pena capitale e ogni pratica nell'ambito della biomedicina lesiva dell'integrità fisica e psichica di ogni individuo<sup>30</sup>.

Infine il *Trattato di Lisbona* del 13 dicembre del 2007, che riconosce alla Carta di Nizza lo stesso valore giuridico dei Trattati, pone al primo posto dei valori e degli impegni da esso scaturiti quello del rispetto della dignità umana, cui seguono quello della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dei diritti umani, della giustizia, della solidarietà e così via.

Infine, sono numerose le Costituzioni europee e mondiali<sup>31</sup> che fanno riferimento alla dignità umana, qui di seguito ci soffermeremo sulle esperienze tedesca e italiana.

5. "Quando abbiamo finito, ciascuno è rimasto nel suo angolo, e non abbiamo osato levare gli occhi l'uno sull'altro. Non c'è ove specchiarsi, ma il nostro aspetto ci sta dinanzi, riflesso in cento visi lividi, in cento pupazzi miserabili e sordidi. Eccoci trasformati nei fantasmi intravisti ieri sera. Allora per la prima volta ci siamo accorti che la nostra lingua manca di parole per esprimere questa offesa, *la demolizione di un uomo*. In un attimo, con intuizione quasi profetica, la realtà ci si è rivelata: siamo arrivati al fondo. Più giù di così non si può andare: condizione umana più misera non c'è, e non è pensabile. Nulla più è nostro: ci hanno tolto gli abiti, le scarpe, anche i capelli; se parleremo, non ci ascolteranno, e se ci ascoltassero, non ci capirebbero. Ci toglieranno anche il nome: e se vorremo conservarlo, dovremo trovare in noi la forza di farlo, di fare sì che dietro al nome, qualcosa ancora di noi, di noi quali eravamo, rimanga" (Primo Levi, *Se questo è un uomo*).

Nella Costituzione tedesca del 1949 (*Grundgesetz*), l'articolo 1 comma 1 recita: "La dignità dell'uomo è intangibile. Rispettarla e proteggerla è obbligo di ogni potere statale".

All'indomani della Seconda guerra mondiale, il popolo tedesco, con l'emanazione della nuova Costituzione del 1949, fonda il proprio ordinamento statale sul riconoscimento e la salvaguardia della dignità di ogni uomo. "Ispirandosi alla prima frase della Costituzione

---

<sup>29</sup> Cfr. P. BECCHI, *Dignità umana* in U. POMARICI (a cura di), *Filosofia del diritto. Concetti fondamentali*, Torino, 2007.

<sup>30</sup> Non si può tralasciare di citare *ivi* la *Convenzione per la protezione dei diritti dell'uomo e della dignità dell'essere umano riguardo all'applicazione della biologia e della medicina*, Oviedo 4 aprile 1997, detta anche *Convenzione di Oviedo*, primo documento giuridico vincolante su scala internazionale che si è occupato specificamente dei limiti e delle possibili applicazioni sull'uomo dei progressi della medicina e della biologia e che si è proposto di adottare le "misure necessarie per garantire la dignità umana nonché i diritti e le libertà fondamentali dell'individuo", la quale afferma "la necessità di rispettare l'essere umano sia come individuo sia per la sua appartenenza alla specie umana".

<sup>31</sup> Per citarne solo alcune: la Costituzione greca e quella svedese del 1975, quella portoghese del 1976 e spagnola del 1978, la Costituzione iraniana del 1979, quelle cinesi e canadesi del 1982, le Costituzioni russa e peruviana del 1993. Per un catalogo più numeroso delle Costituzioni e dei relativi articoli che fanno espressa menzione della dignità umana cfr. C. BRIGNONE, *op.cit.*, *passim*.



italiana del 1947, che [...] dichiara: L'Italia è una Repubblica democratica fondata sul lavoro. Il primo articolo della Legge fondamentale suonerebbe allora: La Germania è una Repubblica fondata sulla dignità dell'uomo"<sup>32</sup>.

Il principio di dignità ha assunto nella Costituzione tedesca, come in nessun'altra, un ruolo e un valore primari, non solo a causa della dichiarazione solenne di intangibilità dell'art. 1 GG, accompagnata dalle disposizioni dell'art. 79, comma 3, GG che la sottrae a qualsiasi forma di revisione costituzionale sancendone l'immodificabilità (ossia la sua immutabilità e indisponibilità), nonché all'apporto dato dalla dottrina in materia, ma anche grazie all'opera di indagine, chiarificazione e interpretazione compiuta con costanza dal Tribunale costituzionale tedesco, il *Bundesverfassungsgericht* (BVerfGE). Fin dalle sue prime statuizioni, il BVerfGE stabilisce che la dignità rappresenta il "supremo valore costituzionale"<sup>33</sup>, "il centro del sistema dei valori della Costituzione"<sup>34</sup>.

Il *Grundgesetz* non dà una definizione, né stabilisce il contenuto del principio di dignità, del quale sancisce la fondamentale importanza e il ruolo centrale di perno di tutto il sistema dei diritti. La dottrina tedesca, come pure la giurisprudenza del BVerfGE, si è trovata dinanzi all'arduo compito di individuare un significato giuridico univoco della dignità umana, sforzo che non si può dire sia ancora giunto ad un risultato definitivamente condiviso.

Per quanto riguarda la dottrina tedesca si può far riferimento a tre fondamentali teorie della dignità umana, che trovano i loro echi nelle elaborazioni filosofiche del passato: la teoria della dote (*Mitgifttheorie*), la teoria della prestazione (*Leistungstheorie*), che sono i due filoni tradizionali, e una terza teoria, più recente, che può essere detta della comunicazione (*Kommunikationstheorie*)<sup>35</sup>.

La teoria della dote definisce la dignità dell'uomo come una qualità o una proprietà che l'uomo ha innata, quale dono di Dio o della natura. A parte coloro che, affondando le loro radici nella tradizione cristiana, ritengono l'uomo creato a immagine e somiglianza di Dio, la maggioranza dei fautori di questa teoria si rifà all'idealismo tedesco e in particolare all'idea kantiana dell'essere-persona: l'uomo possiede dignità in quanto dotato di ragione e in quanto riesce a rappresentarsi a sé stesso come persona e non come cosa e può autodeterminarsi ed esercitare la volontà di agire conformemente alla legge morale. Giacché tali caratteristiche dell'essere persona appartengono incondizionatamente ad ogni essere umano, la dignità è allora originaria ed eguale in ognuno. Il maggior pregio e fascino di questa teoria sta, dunque, nell'esaltare l'unicità e l'individualità di ogni uomo, ciascuno dotato di una propria e specifica dignità. Essa però, a seconda delle varie accezioni, tende o ad assumere un punto di vista univocamente orientato, quello religioso – giustificando la dignità di ogni vita, consapevole o non consapevole, per il solo fatto di essere stata concepita, tendendo a confondere dignità dell'uomo e sua vita biologica –, che, nell'ambito di una società pluralista, non è da tutti condiviso; oppure, nella sua accezione razionalistica (l'uomo è do-

---

<sup>32</sup>H. HOFMANN, *La promessa della dignità umana*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1999, p. 639.

<sup>33</sup>BVerfGE 5,85 (204).

<sup>34</sup>BVerfGE 35, 202 (225).

<sup>35</sup>Cfr. H. HOFFMAN, *op. cit.*, p. 630 e ss.



tato di dignità in virtù della sua natura razionale), deve compiere un'operazione di eccessiva astrazione per riuscire a ricomprendere tra i soggetti muniti di dignità coloro che non possono ancora, o non più, esercitare le loro facoltà razionali (è necessario, allora, ricondursi alla "potenziale capacità razionale", ossia la capacità della specie umana in quanto generalmente dotata di ragione, perdendo però il fondamentale appiglio all'uomo singolo, al caso concreto).

La teoria della prestazione, invece, sembra riecheggiare quelle dottrine passate che ritenevano la dignità umana una conquista dell'uomo. La dignità dell'uomo rappresenta un prodotto del suo agire: l'uomo deve guadagnarsela costruendo sé stesso e la sua identità. Se questa teoria ha il pregio fondamentale di non ancorare l'idea dell'uomo ad un'unica dottrina religiosa o a un'unica teoria filosofica e, soprattutto, di legare profondamente l'idea della dignità umana alla possibilità di sviluppo della propria personalità (abbracciando nel suo ambito di tutela, dunque, anche tutti quei diritti e principi che lo rendono possibile, quali i diritti dello Stato sociale e quelli di libertà e di uguaglianza), tuttavia non riesce a coprire proprio quei casi limite di esistenza umana nei quali i soggetti non possono esercitare la propria capacità di auto-orientarsi o di costruirsi un'identità.

Entrambe le teorie sono però omogenee sotto tre profili in particolare: in primo luogo, assumono un concetto di dignità che è eguale per tutti gli uomini e ciò determina il divieto di qualsiasi discriminazione o mortificazione di qualsivoglia essere umano; in secondo luogo, sono fondate sulla difesa della soggettività umana, ossia dell'identità e integrità fisica e morale di ogni individuo; infine, sanciscono la difesa di ogni individuo quale che sia la sua condizione, anche qualora si trovi nelle mani dello Stato (si pensi all'esistenza in carcere).

Per quanto riguarda la terza teoria, quella detta della comunicazione, essa rimprovera alle due precedenti di fondare la propria concezione di dignità sull'affermazione apodittica della soggettività e individualità umana, che non è un principio universalmente condiviso né tanto meno dimostrato<sup>36</sup>. Sostengono, infatti, che la dignità sia un dono o una conquista del singolo uomo, mentre la teoria in esame la fonda sul riconoscimento sociale. Quest'ultima asserisce che la dignità non sia una qualità o una prestazione, ma stia nella relazione, comunicazione, tra uomini. La dignità di tutti e di ognuno vive nel riconoscimento reciproco: non può essere pensata senza una comunità concreta nell'ambito della quale avvenga tale mutuo riconoscimento. È a partire da questa teoria che una parte della dottrina tedesca costruisce il concetto di dignità dell'uomo sancito dall'art. 1 GG secondo un duplice significato: l'uno di valore universale, l'altro ancorato ad una comunità particolare che sul riconoscimento della reciproca dignità fonda il proprio ordinamento, facendo di esso una vera e propria "condizione di democrazia"<sup>37</sup>. Si prenda in considerazione, tra tutti, la posizione di

---

<sup>36</sup> "Il punto più debole dell'idea della dignità umana sta però proprio lì dove dovrebbe trovarsi il suo punto di forza: nella concezione dell'unicità della soggettività umana, concetto questo che pretende di avere una validità universale – spingentesi al di fuori della tradizione europea. Questo perché la dignità viene concepita soprattutto come una qualità, come «una condizione dello spirito», cioè una qualità o proprietà che ha l'individuo o almeno come sua prestazione individuale": così H. HOFMANN, *op. cit.*, p. 633.

<sup>37</sup>A. PODLECH, in *Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, vol. I, art. 1-37, 1989, art. co. 1, marg. 1 in H. HOFMANN, *op. cit.*, p. 639.



Hasso Hofmann che, ne *La promessa della dignità umana*, ritiene che la dignità sia alla base di un atto di fondazione dello Stato: “qualcosa che gli uomini si assegnano gli uni con gli altri, un qualcosa che, come appartenenti alla comunità giuridica, si promettono. Nella promessa reciproca viene accertato un significato comune, che deve essere metro di misura per tutti i partecipanti”<sup>38</sup>. La dignità non è solo l’astratto riconoscimento di ciò che si ha in comune, ma è anche la presa d’atto di quel che di individuale e peculiare ha ciascuno; è un riconoscimento solidale che rende ragione anche dell’impostazione solidaristica, oltre che liberale, della Costituzione tedesca; è, nell’ambito dell’ordinamento statale, “il ritrovare sé stessi nell’altro, nella contemporanea affermazione di sé e nel libero reciproco concedersi”<sup>39</sup>.

**5.1.** Per quanto riguarda, invece, l’elaborazione giurisprudenziale compiuta dal BverfGE, che è ritenuto a tutti gli effetti una “fonte del diritto costituzionale che, in forma di giurisprudenza, sorge continuamente”<sup>40</sup>, il Tribunale, nelle sue prime statuizioni, ha inizialmente fatto un catalogo di quali fossero i modi di violazione e lesione della dignità umana, ossia la sua “degradazione, stigmatizzazione, persecuzione, proscrizione”<sup>41</sup>, o in casi di “condanna crudele, disumana o degradante”<sup>42</sup>. In un secondo tempo, ha voluto ancorare questi contenuti specifici ad un concetto generale che potesse valere in ogni occasione. Ha accolto così la cosiddetta “formula-oggetto” che, sostenuta dalla dottrina più influente dell’epoca (Josef Wintrich e Günter Dürig), si rifà alla massima etica kantiana che sanciva che ogni uomo esiste sempre anche come fine in sé e mai come solo mezzo della volontà altrui e che nessun uomo può essere mero oggetto nelle mani di un altro uomo o dello Stato<sup>43</sup>. Il BverfGE, nelle successive pronunce, ha sempre ribadito e difeso tale impostazione con molta coerenza: “È contro la dignità rendere l’uomo mero oggetto dell’agire dello Stato”<sup>44</sup>, “All’interno della società ogni soggetto deve essere fundamentalmente riconosciuto

<sup>38</sup>H. HOFMANN, *op. cit.*, p. 641.

<sup>39</sup>H. HOFMANN, *op. cit.*, p. 643.

<sup>40</sup>H. HOFMANN, *op. cit.*, p. 628. Il tribunale costituzionale tedesco ha in parte caratteristiche e ruolo differenti rispetto alla nostra Corte costituzionale. Innanzitutto, è esplicitamente annoverato dalla costituzione tra gli organi della giurisdizione, si definisce “supercustode della costituzione”; in secondo luogo, vi è la possibilità di avanzare ricorso diretto dinanzi al Tribunale costituzionale federale da parte di chiunque abbia subito una lesione di un diritto fondamentale ad opera di uno dei poteri dello Stato, questa possibilità di ricorso diretto rappresenta un contatto stretto tra la giustizia costituzionale e i cittadini; infine, il BverfGE ha il fondamentale compito di ricognizione e estrapolazione dei valori racchiusi nel *Grundgesetz*, esplicitandone non solo il valore ma il rango e l’importanza, che gli dà un peso fondamentale in caso di bilanciamento. Il BverfGE svolge un ruolo di interpretazione autentica della Legge fondamentale che compie con estrema chiarezza e rigore. Cfr. M. P. ADDIS, *La dignità umana come limite all’acquisizione di prove penali*, Tesi di dottorato in Diritto e Processo penale, Bologna, a.a. 2006-2007; M. PANEBIANCO, *Bundesverfassungsgericht, dignità umana e diritti fondamentali*, in *Diritto e società*, 2002.

<sup>41</sup> BverfGE 1, 97 (104).

<sup>42</sup> BverfGE 45, 187 (228).

<sup>43</sup> Cfr. *supra*, par. 3, p. 6 e ss.

<sup>44</sup>BverfGE 9,89 (95): “La dignità della persona richiede che non si possa disporre improvvisamente dei suoi diritti per motivi di potere; il singolo non deve essere solo oggetto della decisione giurisdizionale, ma egli deve



come membro con pari diritti e con un valore proprio. Contraddice perciò la dignità umana fare dell'uomo un mero oggetto dello Stato. [...] Il principio secondo cui l'uomo deve sempre costituire uno scopo in se stesso vale illimitatamente per tutti gli ambiti del diritto; perché l'inalienabile dignità dell'uomo in quanto persona consiste appunto in ciò, che egli viene considerato come persona auto responsabile<sup>45</sup>, "Il valore sociale e il diritto al rispetto dell'uomo vietano di renderlo puro oggetto dello Stato o di sottoporlo ad un trattamento che ponga radicalmente in discussione la sua qualità di soggetto. Essa è propria di ogni uomo a prescindere dalle sue qualità, dalle sue prestazioni e dal suo *status* sociale"<sup>46</sup>.

Violazione della dignità umana è, dunque, come emerge dalle sentenze del Tribunale, la riduzione dell'uomo ad oggetto, la negazione o il disconoscimento della sua autonomia e della capacità di autodeterminarsi. Il problema, individuato successivamente dallo stesso BVerfGE, è che il cittadino è continuamente oggetto di una qualche azione pubblica o, nella vita privata, resta soggetto ad azioni altrui, che gli impediscono di esercitare la sua facoltà di autodeterminarsi, senza che perciò venga messa in discussione la sua dignità<sup>47</sup>. Ma il BVerfGE precisa che è lesivo della dignità solo quel trattamento che "in via di principio pone in dubbio l'essere soggetto dell'uomo" o quando nel caso concreto rappresenta "uno spregio volontario della dignità dell'uomo" o, ancora, quando "il trattamento dell'uomo da parte dell'amministrazione sia espressione del disprezzo del valore che spetta all'uomo sulla base del suo essere persona, in tal senso deve essere un trattamento di disprezzo"<sup>48</sup>.

Neppure queste ulteriori precisazioni hanno fatto venir meno le critiche alla definizione elaborata dal BVerfGE: in primo luogo, non chiarisce cosa significa esattamente "l'espressione di disprezzo" dell'essere persona e il "volontario spregio" di essa; in secondo luogo, parlare di "disprezzo arbitrario" potrebbe lasciare intendere che ve ne possa essere uno giustificato; infine, può avvenire una lesione della dignità umana anche qualora l'agire sia fine a sé stesso, senza cioè la volontà di utilizzare la persona quale mezzo per ulteriori fini, ma al solo scopo di lederla nella dignità per motivi di odio o di indifferenza. Tali rilievi si aggiungono alla più radicale critica alla costruzione del Tribunale: quella di indeterminazione e vaghezza dei contenuti. Tale formula giurisprudenziale non riesce a dare una definizione in positivo della dignità ma si limita a costruirla in negativo mediante la descrizione delle lesioni possibili, senza fornire chiari punti di riferimento oggettivi.

In realtà proprio l'indeterminatezza della formula del BVerfGE le ha permesso di adeguarsi all'evolversi dei tempi e al mutare delle offese alla dignità umana. Il suo difetto diventa così il pregio dell'elasticità. Ma tale elasticità sarebbe pericolosa se non fosse accompagnata dalla coerenza e l'estremo rigore con i quali il Tribunale costituzionale la applica dalla sua prima statuizione in materia.

---

prendere parola in una decisione che riguarda i suoi diritti, per poter influenzare il procedimento e il suo risultato"; BVerfGE 50, 166 (175): "All'uomo spetta nella comunità un diritto ad essere considerato e rispettato; perciò lede la dignità dell'uomo, rendere l'uomo mero oggetto dello Stato".

<sup>45</sup>BVerfGE, 45, 187 (227-228).

<sup>46</sup>BVerfGE 96, 375 (399).

<sup>47</sup>H. HOFMANN, *op.cit.*, p. 629.

<sup>48</sup>BVerfGE 30, 1 (26).



La dignità umana, sancisce il BverfGE, è la “radice di tutti i diritti fondamentali”<sup>49</sup>. Il profondo legame di derivazione che vi è tra dignità e diritti lo si evince dalla stessa lettera dell’art. 1 GG: al primo comma, esso proclama la dignità dell’uomo intangibile; al secondo dispone che “Il popolo tedesco riconosce, *pertanto*, gli inviolabili e inalienabili diritti dell’uomo come fondamento di ogni comunità umana, della pace e della giustizia nel mondo. I seguenti diritti fondamentali vincolano la legislazione, il potere esecutivo e la giurisdizione come diritto immediatamente vigente”. L’ordinamento tedesco, come più volte ricordato, è improntato al principio antropocentrico che pone al vertice il principio della personalità umana e trova le sue radici nella duplice tutela dell’art. 1 GG, comma 1 e comma 2. Il principio personalistico però non è l’unico principio miliare della Costituzione tedesca: un’istanza altrettanto forte è rappresentata dalla tutela dei valori pubblici che afferiscono allo Stato sociale di diritto (sovranità popolare, diritto di voto, separazione dei poteri, principio di legalità) e che sono sanciti dall’art. 20 GG. Il valore della personalità umana non è dunque assoluto: deve essere temperato con tutti quei principi che assicurano una giusta ed equa convivenza nell’ambito di una comunità. È nella stessa idea di uomo che è insito il dissidio tra la massima libertà di autodeterminazione e la necessità di convivere con gli altri uomini. L’individuo è sempre visto in relazione con la società, ammettendo che limitazioni alla sua libertà personale possono essere poste dal legislatore in nome dell’equa convivenza sociale. Lo stesso art. 79 GG, che sancisce l’immodificabilità dell’art. 1, afferma anche che è inammissibile una modifica del principio enunciato nell’art. 20, continuando a mantenere sullo stesso piano le due istanze, personalistica e comunitaria, che percorrono il *Grundgesetz*. Qualora tali principi venissero a scontrarsi nel caso concreto, la sola soluzione percorribile è rappresentata da una costante opera di bilanciamento tra essi: al legislatore è consentito comprimere i diritti fondamentali, al fine di tutelare pubblici interessi e bisogni sociali, solo all’esito di un’opera di bilanciamento che segua precisi parametri di ragionevolezza, individuati nel corso degli anni dal BverfGE. Il Tribunale, nel tempo, ha elaborato un insieme di tre principi che costituiscono il principio di proporzionalità (in senso lato): il criterio di adeguatezza, che dispone che la norma che comprime un diritto fondamentale deve essere effettivamente in grado di tutelare il bene giuridico in pericolo; il criterio di necessità, che ammette tale compressione solo se rappresenta, tra le varie misure che possono essere adottate in quella circostanza, quella meno invasiva; e, infine, quello di proporzionalità (in senso stretto), che deve assicurare che il pregiudizio arrecato al singolo sia proporzionato al vantaggio a favore della collettività. Tali criteri operano soprattutto in negativo come parametri di valutazione a che la compressione del diritto non sia inadeguata o sproporzionata: nel qual caso la legge pecca di eccesso o di irragionevolezza.

I diritti fondamentali, dunque, non godono di una tutela assoluta e al legislatore è permesso, in taluni casi e nel rispetto del principio di proporzionalità, di sottoporli a limitazioni (*Schrankentheorie*), la questione fondamentale che viene quindi in rilievo è se nell’opera di bilanciamento sia coinvolto anche il principio personalistico e, con esso, la dignità umana che ne è il fondamento. Che valore avrebbe in tal caso la proclamazione di intangibilità del-

---

<sup>49</sup>BverfGE 93, 266 (293).



la dignità dell'uomo se essa, pur in un contesto protetto, potesse essere compressa in favore di interessi pubblici? In risposta a tale interrogativo è nata la *Schranken-Schranke Theorie*, la teoria che fa della dignità dell'uomo un *limite ai limiti*, un punto al di là del quale neppure il legislatore costituzionale possa spingersi. L'attribuzione dell'intangibilità al principio di dignità, più forte ancora dell'inviolabilità, significa, come è stato detto, che "ogni toccare è violare", ciò vuol dire che esso è sottratto a qualsivoglia bilanciamento<sup>50</sup>. "Questo limite della dignità opera in modo assoluto senza possibilità di un bilanciamento dei valori"<sup>51</sup>, la dignità, con le parole di Silvestri, non può essere oggetto di bilanciamento poiché è la bilancia stessa<sup>52</sup>. Questa teoria riveste un'importanza cruciale per quanto attiene allo scontro tra principi che sono parimenti posti al vertice dell'ordinamento processuale: si pensi ai principi di giustizia e verità, cui tende il processo penale, qualora vengano a cozzare col principio di dignità dell'imputato e i suoi relativi diritti individuali.

Se si prende in considerazione lo stretto nesso, rappresentato dai commi 1 e 2 dell'art. 1 GG, tra principio di dignità e diritti fondamentali, nasce spontaneo chiedersi se l'intangibilità dell'una non si ripercuota in qualche modo anche sui diritti che ne sono espressione e garanzia, sottraendoli o meno, e in che misura, all'opera di bilanciamento. Il Tribunale costituzionale ha stabilito che i diritti fondamentali hanno in sé un nucleo ultimo, essenziale, che partecipa della intangibilità della dignità umana: comprimerli fino a intaccare questo nucleo duro significherebbe violare il loro "contenuto di dignità" che, in quanto tale, ricade sotto la tutela dell'art. 1 GG. Inoltre, il *Grundgesetz*, all'art. 19, comma 2, stabilisce che "in nessun caso un diritto fondamentale può essere toccato nel suo contenuto sostanziale". Parte della dottrina tende ad identificare il contenuto sostanziale *ex art. 19 GG* proprio con quel "contenuto ultimo di dignità" individuato dalla giurisprudenza del BverfGE, cosa che renderebbe i diritti fondamentali intangibili non solo al legislatore ordinario ma anche a quello costituente *ex art. 79 GG*. Secondo altra parte della dottrina, invece, (e questo è l'orientamento dello stesso BverfGE), non c'è corrispondenza tra i due concetti, nel senso che il legislatore costituzionale potrebbe intervenire sul contenuto sostanziale dei diritti fondamentali ma resterebbe inerte di fronte a un nucleo ancora più interno rappresentato dal contenuto di dignità di essi. Quale che sia la tesi accolta, resta il fondamentale principio per cui i diritti umani non possono essere oggetto di infinite compressioni ma sono dotati anch'essi di un contenuto ultimo che resta fermo quali che siano gli interessi costituzionali opposti<sup>53</sup>. Altro problema, ancora, è quello del conflitto tra dignità e dignità<sup>54</sup>.

---

<sup>50</sup> Per ulteriori approfondimenti Cfr. M.P. ADDIS, *op. cit.*, p. 15 e ss.

<sup>51</sup> BverfGE 75, 369 (380).

<sup>52</sup> G. SILVESTRI, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it), 2008.

<sup>53</sup> BverfGE 80, 367 (373): "Neppure interessi preponderanti della collettività possono giustificare ingerenze in questo ambito: per un bilanciamento secondo il principio di proporzionalità non c'è spazio. Ciò discende in primo luogo dalla garanzia del contenuto sostanziale dei diritti fondamentali (art. 19, comma 2, GG); in secondo luogo, dal fatto che il nucleo duro del diritto alla personalità è protetto in forza della intangibile dignità dell'uomo".



Data la stretta connessione tra la dignità umana e il principio personalistico<sup>55</sup>, è necessario fermare l'attenzione sul concetto di personalità così come è elaborato dal BverfGE. L'art. 2 GG dispone che l'ordinamento garantisce il libero sviluppo della personalità umana, sviluppo possibile solo nell'esercizio di tutte le libertà riconosciute al cittadino nei confronti dello Stato. Il Tribunale costituzionale individua due distinti diritti che fanno capo al concetto di personalità: quello alla "personalità in generale", la cui tutela è assicurata dal combinato disposto dell'art. 2, comma 1, e art. 1, comma 1, GG; e quello di "libertà di azione in generale", che svolge una funzione suppletiva, agendo in via sussidiaria qualora vengano meno, nel caso specifico, i singoli diritti di libertà previsti dal GG. Quello che ci interessa in questa sede è il primo diritto, della personalità in generale, in quanto è soprattutto con riguardo ad esso che il BverfGE ha costruito la teoria del nucleo inviolabile dei diritti fondamentali. Esso, infatti, ha un legame privilegiato con il principio di dignità e rappresenta il presupposto ineliminabile di tutti gli altri diritti fondamentali. Ogni uomo ha diritto a esprimere la propria personalità e a vederla tutelata da ingerenze esterne, a questo riguardo il Tribunale costituzionale ha elaborato la cosiddetta Teoria delle sfere (*Sfbärentheorie*). Ai primordi di questa teoria troviamo la sentenza del BverfGE 6, 32 (41) che recita "La Legge fondamentale ha eretto un ordinamento di valori che delimita il potere pubblico. In forza di questo ordinamento nella comunità statale devono essere assicurati l'autonomia, la responsabilità personale e la dignità dell'uomo. I principi supremi di questo ordinamento di valori sono sottratti alla revisione costituzionale (artt. 1, 20, 79 comma 3 GG). [...] Soprattutto, il legislatore non può violare la dignità dell'uomo, che è valore supremo nella legge fondamentale, e neppure può limitare la libertà spirituale, politica ed economica dell'uomo fino al punto di toccare il contenuto essenziale (art. 19, comma 2, art. 1, comma 3, art. 2,

---

<sup>54</sup> Un'accesa disputa nella dottrina tedesca si è aperta qualche tempo fa in relazione alla possibilità di ammettere, in ambito processuale, un sacrificio della dignità dell'accusato in talune ipotesi eccezionali. Essa si è appuntata soprattutto attorno alla possibilità di sottoporre a tortura colui che sia stato complice di un sequestro di persona, al fine di ottenere la rivelazione del luogo dov'è tenuta e salvarle la vita. In questo caso sarebbe la dignità del sequestratore contro quella del sequestrato. Quasi la totalità della dottrina si è espressa nel senso che lo Stato in nessun caso è legittimato a violare la dignità della persona, qualunque siano le circostanze, e la tortura deve ritenersi, dunque, sempre incostituzionale, senza possibilità di bilanciamento. Un ulteriore caso che ha infiammato il dibattito in materia è stato quello della dichiarazione di illegittimità da parte del BverfGE (1 BvR 357/05 del 15 febbraio 2006) di una legge ordinaria che autorizzava l'esercito ad abbattere aerei con passeggeri a bordo nel caso in cui fossero dirottati da criminali e usati come arma contro obiettivi di terra. Il BverfGE ha ritenuto che tale legge violasse il contenuto di dignità del diritto alla vita *ex* art. 2, comma 2, GG in combinato disposto con l'art. 1, comma 1, GG: "I passeggeri e l'equipaggio di un aereo dirottato si trovano in una situazione estrema, costretti in uno spazio ristretto e senza via d'uscita, impossibilitati ad incidere autonomamente sulle proprie condizioni di vita, [...] ciò che già li rende oggetti nelle mani dei dirottatori. Facendo applicazione della legge impugnata, anche lo Stato li tratterebbe come meri oggetti della propria azione volta a salvare la vita altrui. [...] Trattarli così significa disconoscere in capo a queste persone la qualità di soggetti dotati di una dignità e di diritti inviolabili. La loro uccisione come mezzo per salvare le vite altrui li strumentalizza e li esautorata dei propri diritti: [...] lo Stato nega ai passeggeri dell'aereo quel valore che spetta a ogni uomo in quanto tale".

<sup>55</sup>BverfGE 45, 187 (228): "L'inalienabile dignità dell'uomo in quanto persona consiste proprio in ciò, che egli viene considerato come personalità responsabile".



comma 1, GG). Discende da ciò che al singolo cittadino è riservata, in forza della Costituzione, una sfera di libera gestione della vita privata, un ultimo intoccabile ambito di libertà umana, che è sottratto all'azione del pubblico potere nel suo complesso". Perché l'individuo possa sentirsi libero e sviluppare autonomamente la sua personalità, egli deve godere di uno spazio intimo nel quale possa "possedere sé stesso e ritirarsi". Dio riconosce a Giobbe il suo diritto alla solitudine, a potersi autodeterminare senza sentirsi il fiato del Signore sul collo<sup>56</sup>: il diritto riconosce all'uomo una sfera intima inaccessibile per chiunque, che lo Stato per primo ha il dovere di rispettare. Quello spazio intimo è garantito proprio dal contenuto di dignità del diritto alla personalità: dignità dell'uomo, infatti, è libertà di autodeterminarsi responsabilmente. E tuttavia tale estrema, invalicabile, protezione non può essere assicurata all'intera sfera in cui si esplica l'intima personalità dell'individuo, esistono gradi di ingerenza in essa, riconosciuti in varia misura ai pubblici poteri. Si evolve, negli anni cinquanta e sessanta del novecento, la teoria delle sfere giungendo fino ad elaborare la distinzione della personalità in tre distinte sfere: quella intima (*Intimsphäre*) che rappresenta il nocciolo duro della personalità umana, intoccabile dal pubblico potere e da chiunque che non sia il suo possessore; la sfera privata (*Privatsphäre*) che ammette solo talune invasioni; e la sfera a rilevanza sociale (*Sozialsphäre*) che può essere compressa dai pubblici poteri in base a determinati parametri, ciò perché il comportamento sociale entra in relazione con altri individui e determina ingerenze nelle sfere personali di altri consociati o entra in conflitto con gli interessi della collettività, rendendo così necessaria un'azione di regolamentazione. Tuttavia la profonda protezione della *Intimsphäre* viene meno se le azioni di un soggetto che ricadono in essa debordano, producendo effetti nella sfera altrui, la decisione se una determinata azione debba ricondursi alla sfera intangibile di libera determinazione della propria esistenza o alle altre sfere che sono in vario modo comprimibili può essere presa solo all'esito di una valutazione delle circostanze del caso concreto. In questo senso diviene essenziale l'opera del BverfGE che, da sempre, ha cercato di fornire dei parametri di riferimento, (il tipo o l'intensità di rilevanza sociale, ad esempio), in base ai quali valutare caso per caso quale sia il grado di protezione da assicurarsi a una determinata situazione.

6. "La costituzione, vedete, è l'affermazione scritta in questi articoli, che dal punto di vista letterario non sono belli, ma è l'affermazione solenne della solidarietà sociale, della solidarietà umana, della sorte comune, che se va a fondo, va a fondo per tutti questo bastimento. È la carta della propria libertà, la carta per ciascuno di noi della propria *dignità di uomo*"<sup>57</sup>.

---

<sup>56</sup>GIOBBE 7, 17-19: "Ma che cos'è l'uomo perché tu ne faccia tanto conto e lo scruti con tanta attenzione al punto di ispezionarlo ed esaminarlo in ogni istante? Quando la finirai di spiarmi e mi lascerai inghiottire la saliva?"

<sup>57</sup> Sono le parole del celebre discorso di Piero Calamandrei, pronunciato nel salone degli Affreschi della Società Umanitaria, il 26 gennaio 1955, in occasione dell'inaugurazione di un ciclo di sette conferenze sulla Costituzione italiana organizzato da un gruppo di studenti universitari e medi.



Con queste parole Piero Calamandrei pone in rilievo i fondamenti ineliminabili della nostra Costituzione: l'istanza solidaristica e sociale e quella personalistica.

Fin dall'Assemblea costituente si affermarono quali nuclei di valore posti al di sopra di ogni altro: la "forma repubblicana" (che altro non vuol dire poi se non principio democratico) e i "diritti inviolabili" (espressione, tutela e garanzia della persona umana). Non è un caso se fu lo stesso Calamandrei a promuovere fortemente tale gerarchia di valori, affermando che "dal momento che era stato riconosciuto come principio supremo e intangibile la forma repubblicana, la medesima dignità di valore avrebbe dovuto essere prevista *a fortiori* per i diritti fondamentali"<sup>58</sup>, evidenziando tra di essi un nesso inscindibile.

Il riconoscimento e la garanzia della supremazia della persona umana porta con sé l'eguale riconoscimento del fatto che essa vive e agisce in un contesto sociale che attribuisce pari importanza ad altri diritti, egualmente essenziali, della collettività e dei singoli, gravati da pari doveri di solidarietà.

Questa duplice tendenza si riverbera anche sulla concezione costituzionale della dignità umana. Se è vero che nella Costituzione italiana non esiste una norma pari a quella dell'art. 1 GG della Costituzione tedesca, che proclami la superiorità e l'intangibilità del valore della dignità umana, tuttavia, con le parole della stessa Corte Costituzionale: "la dignità rappresenta un principio costituzionale che informa di sé il diritto positivo"<sup>59</sup>.

Tenendo, per il momento, da parte gli articoli della Costituzione nei quali la dignità viene menzionata espressamente (artt. 3, 36 e 41 cost.), è necessario occuparsi in primo luogo dell'art. 2 cost., in cui risiedono il principio solidaristico e quello personalistico. In tale articolo trova le sue radici il principio di dignità che la Corte Costituzionale riconosce quale valore fondamentale inerente all'ordinamento.

L'articolo 2 è nato da quella felice e irripetibile coesione che si creò, in seno all'Assemblea costituente, tra le tre grandi componenti ideali del paese: quella cattolica, quella socialista-comunista e quella laica (conservatrice e liberale). Solo la collaborazione e la volontà comune di una condivisione quanto più vasta possibile, le reciproche concessioni e i reciproci sacrifici hanno fatto dell'articolo 2, e dell'intera Costituzione, quello che è oggi: un baluardo dei diritti di tutti e di ognuno.

La prima grande convergenza nell'ambito dell'Assemblea si ebbe sull'o.d.g. di Dossetti, nel quale si fissavano per la prima volta i tre grandi principi che sono rimasti alla base di tutte le successive rielaborazioni: "quello dell'antioriorità della persona umana rispetto allo Stato, quello del rango parimenti primario dei valori della *dignità umana* e i valori di socialità-solidarietà e quello relativo all'antioriorità dei diritti della persona e delle comunità sociali rispetto allo Stato"<sup>60</sup>. Successivamente, fu Aldo Moro a esporre in Assemblea l'ulteriore evoluzione del testo, frutto di compromesso tra le parti. Nel far ciò egli affermava, in primo luogo, che "L'architrave dell'articolo proposto era il riconoscimento del valore parimente

---

<sup>58</sup> Atti A.C., Seduta generale, I, p. 165 e ss. Cfr. A. BALDASSARRE, voce *Diritti inviolabili*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XI, Torino, 1989, p. 14.

<sup>59</sup> Corte cost., 17 luglio 2000, n. 293.

<sup>60</sup> Atti A.C., 1<sup>a</sup> Sottocommissione, VI, p. 323 e ss. Cfr. A. BALDASSARRE, *op. cit.*, p. 9.



primario della *dignità umana* e del pluralismo sociale” e che tali diritti supremi erano da considerarsi “permanentemente validi, sottratti all’effimero gioco delle maggioranze parlamentari e, perciò, superiori alla legge oltreché, non modificabili e non eliminabili neppure dal potere di revisione costituzionale”. E ancora, in sede di votazione, furono queste le parole di Moro: “Con questo articolo si è voluto riconoscere un fondamento umanistico ai diritti inviolabili, ben sapendo che l’uomo non si esaurisce nel cittadino, e, nello stesso tempo, si è voluto porre un coerente svolgimento democratico, poiché lo Stato assicura veramente la sua democraticità ponendo a base del suo ordinamento *il rispetto dell’uomo* guardato nella molteplicità delle sue espressioni, l’uomo che non è soltanto singolo, che non è soltanto individuo, ma che è società nelle sue varie forme, società che non si esaurisce nello Stato”<sup>61</sup>.

Se si ripercorre la genesi dell’art. 2 cost., non v’è dubbio che è ad esso che fa capo, nell’ambito del nostro ordinamento, il principio di dignità che appartiene ad ogni uomo. Nonostante la mancata menzione della dignità umana nel testo definitivo dell’articolo, è innegabile che essa rappresenti il substrato su cui poggia l’intera costruzione di esso, accanto al principio democratico e solidaristico.

È all’articolo 2 che è affidata l’affermazione di quello che è stato definito il “significato assoluto della dignità umana”<sup>62</sup>, per distinguerlo dalla dimensione sociale della dignità racchiusa negli art. 3, 36 e 41 cost. Ed, infatti, è ad esso che fa ricorso la Corte Costituzionale quando voglia garantire la tutela della dignità umana, il più delle volte in combinato disposto con l’art. 32, comma 2, cost., che, relativamente ai trattamenti sanitari coattivi, dispone che “la legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana”, e che nel testo provvisorio recava in sé il riferimento espresso alla dignità dell’uomo<sup>63</sup>.

Per citare alcune sue statuizioni: nella nota sentenza n. 364 del 1988 la Corte costituzionale afferma che l’ordinamento “pone al vertice della scala dei valori la persona umana che non può, dunque, neppure a fini di prevenzione generale, essere strumentalizzata” (si presti attenzione agli echi della teoria-oggetto kantiana) e, ancora, che “ove s’accettasse il principio dell’assoluta irrilevanza dell’ignoranza della legge penale, si darebbe incondiziona-

---

<sup>61</sup>A. MORO, *Intervento*, Atti A.C., I, p. 593 e ss.

<sup>62</sup>P. BECCHI, *op.cit.*, p. 161: “Beninteso, anche la nostra Costituzione conosce il significato assoluto della dignità, quando l’art. 2, riconoscendo e garantendo i «diritti inviolabili dell’uomo» – non solo in quanto facente parte di una formazione sociale «ove si svolge la sua personalità», ma anche «come singolo» – rinvia implicitamente all’art. 32, comma 2, ove si afferma che «nessuno può essere obbligato ad un trattamento sanitario se non per disposizione di legge» e che persino «la legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana». Pur non comparando in questo contesto il vocabolo ‘dignità’ troviamo così anche nella Costituzione italiana un riferimento al valore assoluto della dignità [...]”.

<sup>63</sup> Corte cost. n. 257 del 10 luglio del 1996, ove la Corte riteneva ammissibile l’accertamento tecnico sulla persona della controparte “sempre che il mezzo istruttorio sia assunto salvaguardando la dignità della persona umana, in relazione a quanto prevede l’art. 32, secondo comma, della Costituzione”; vedi anche Corte cost. n. 74 del 1968, nella quale la Corte sancisce che il provvedimento dell’autorità di pubblica sicurezza deve essere “rispettoso della persona umana (art. 2 e 32 della Costituzione)” e che tale autorità “non può agire in disprezzo della persona dell’infermo, mentre è insito nel citato art. 32 che il trattamento di un infermo deve essere ispirato al massimo riguardo”.



ta prevalenza alla tutela dei beni giuridici a scapito della libertà e dignità della persona umana, il che equivarrebbe a violare lo spirito stesso dell'intera Carta fondamentale ed i suoi essenziali principi ispiratori, ovvero a scardinare fondamentali garanzie che lo stato democratico offre al cittadino, ed a strumentalizzare la persona umana, facendola retrocedere dalla posizione prioritaria che essa occupa e deve occupare nella scala dei valori costituzionalmente tutelati”.

Nella sentenza n. 471 del 1990 la Corte ribadisce il valore costituzionale dell'inviolabilità della persona e dispone che “la legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della dignità umana”, stabilendo che gli accertamenti tecnici preventivi e l'ispezione personale si svolgano sempre nel “rispetto di modalità compatibili con la dignità della figura umana”.

La già citata sentenza n. 293 del 2000 definisce la dignità umana un valore costituzionale che permea di sé l'intero diritto positivo e riconosce che rappresenta un riferimento decisivo nella interpretazione di tutte le norme dell'ordinamento.

La mancanza nella Costituzione italiana di un principio espresso di dignità ha fatto sì che venisse meno – o fosse molto ridotto – l'apporto fondamentale della dottrina all'elaborazione contenutistica e sistematica del concetto e che l'elaborazione giurisprudenziale avanzi lenta e con fatica. Sebbene non esista nel nostro ordinamento una definizione positiva del concetto di dignità, qualche sforzo in questa direzione è stato compiuto dalla Corte costituzionale, per lo più dal punto di vista negativo, ponendo in rilievo le lesioni e le violazioni possibili della dignità umana.

Così, ad esempio, la sentenza n. 74 del 1968 ha individuato quale lesione della dignità dell'uomo l'“agire in disprezzo della persona”; mentre la sentenza n. 364 del 1988 ha stabilito che la tutela della dignità consiste nel “divieto di strumentalizzazione della persona umana”. Ma gli sforzi definitivi più importanti sono stati compiuti laddove veniva presa in considerazione, quale diretta espressione della dignità umana, la tutela della personalità dell'uomo e in particolare del suo diritto all'autodeterminazione: “La protezione della coscienza individuale si ricava dalla tutela delle libertà fondamentali e dei diritti inviolabili riconosciuti e garantiti all'uomo come singolo, ai sensi dell'art. 2 della Costituzione, dal momento che non può darsi una piena ed effettiva garanzia di questi ultimi senza che sia stabilita una correlativa protezione costituzionale di quella relazione intima e privilegiata dell'uomo con se stesso che di quelli costituisce la base spirituale-culturale e il fondamento di valore etico-giuridico. In altri termini, poiché la coscienza individuale ha rilievo costituzionale quale principio creativo che rende possibile la realtà delle libertà fondamentali dell'uomo e quale regno delle virtualità di espressione dei diritti inviolabili del singolo nella vita di relazione, essa gode di una protezione costituzionale commisurata alla necessità che quelle libertà e quei diritti non risultino irragionevolmente compressi nelle loro possibilità di manifestazione e di svolgimento a causa di preclusioni o di impedimenti ingiustificatamente posti alle potenzialità di determinazione della coscienza medesima. [...] *La sfera intima della coscienza individuale deve essere considerata come il riflesso giuridico più profondo dell'idea universale della dignità della persona umana che circonda quei diritti*, riflesso giuridico che, nelle sue determinazioni conformi a quell'idea essenziale, esige una tutela equivalente a quella accordata ai



menzionati diritti, vale a dire una tutela proporzionata alla priorità assoluta e al carattere fondante ad essi riconosciuti nella scala dei valori espressa dalla Costituzione italiana<sup>64</sup>.

Anche la Corte costituzionale italiana ha, quindi, riconosciuto il legame fondamentale tra il rispetto della dignità dell'uomo e l'assicurargli uno spazio intimo, sottratto a qualsiasi ingerenza positiva o negativa, della collettività o dello Stato, ove l'uomo possa stare da solo e reggere nelle sue mani il filo della sua esistenza. E questa era stata anche la volontà dei Padri costituenti quando affermavano il riconoscimento dei diritti fondamentali alla persona, e quale singolo e nelle formazioni sociali, nei confronti di qualsiasi potere oppressivo per il libero sviluppo della sua personalità, provenisse esso dallo Stato o da terzi (la cosiddetta *Drittwirkungslehre* o teoria dell'"efficacia verso i terzi").

Sebbene molta strada debba essere ancora percorsa in questa direzione, la Corte ha già individuato dei criteri che, nell'ambito di un giudizio di bilanciamento tra protezione della sfera individuale e diritti inviolabili e degli interessi pubblici o della collettività di pari valore costituzionale, possano orientare l'opera della Corte stessa. Nella medesima sentenza n. 467 del 1991, la Corte sostiene che "la regola della ragionevole proporzionalità e della necessità della limitazione di un diritto inviolabile dell'uomo in riferimento all'adempimento di un dovere costituzionale inderogabile impone che il legislatore, nel suo discrezionale bilanciamento dei valori costituzionali possa restringere il contenuto di un diritto inviolabile dell'uomo soltanto nei limiti strettamente necessari alla protezione dell'interesse pubblico sottostante al dovere costituzionale contrapposto". Anche nell'ordinamento italiano viene dunque riconosciuto un nucleo duro dei diritti umani oltre il quale viene leso il principio personalistico posto al vertice dei valori costituzionali e ciò determina che, se una qualche compressione debba avvenire, deve essere stabilita a seguito di un giudizio di proporzionalità fondato su oggettivi parametri forniti dalla stessa Corte – necessità, sufficienza, proporzionalità in senso stretto – e tali valori devono essere valutati in concreto prendendo in considerazione "l'interazione reciproca tra l'accrescimento di tutela dell'uno e la corrispondente diminuzione di garanzia dell'altro, come disposti dal legislatore in vista della composizione del potenziale contrasto"<sup>65</sup>.

Se il concetto assoluto di dignità umana è affidato all'art. 2 e all'opera interpretativa della Corte, esiste nel nostro ordinamento un'altra accezione della dignità ed è quella cosiddetta "sociale": l'art. 3 cost., in primo luogo, riconosce "pari dignità sociale" a tutti i cittadini. Il concetto di dignità sociale è diverso rispetto a quello ampio, universale, di dignità umana: la prima tutela l'uguaglianza del cittadino assicurando che nessun ruolo, carica o posizione possa attribuire una superiore importanza nell'ambito dell'ordinamento, (il richiamo è direttamente al significato delle *dignitates* nella Roma imperiale), mentre la seconda non si limita alla sola dimensione socio-economica ma tutela la persona in ogni sua manifestazione: "in questo contesto la conclusione è quella enunciata dal relatore (al progetto dell'art. 3) on. Basso, il quale volle sottolineare come il richiamo alla dignità avesse la funzione di evidenziare un corrispondente «principio sociale» con cui operare per eliminare le

---

<sup>64</sup> Corte cost. n. 467/1991.

<sup>65</sup> Corte cost. n. 372 del 2006.



discriminazioni allora in atto che, più che la razza o la religione o le opinioni politiche, conernevano principalmente le risorse economiche a disposizione dei cittadini”<sup>66</sup>.

Il richiamo alla dignità umana dell’art. 41 cost., citata tra i limiti posti all’iniziativa economica individuale (“L’iniziativa economica privata è libera. Non può svolgersi in contrasto con l’utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana”) ritorna ad essere universale: si rifà ad un concetto di dignità innata in ogni uomo, limite insuperabile di qualsiasi libertà economica. Essa è intesa come un presupposto esistente, riconosciuto e presente in ogni persona, e da preservare in quanto tale.

L’art. 36 cost., invece, sancisce che la retribuzione del lavoratore, sia esso dipendente pubblico o privato, debba essere tale da assicurargli un’“esistenza dignitosa”, in questo caso la dignità non è un valore da tutelare in negativo, bensì da promuovere e assicurare ad ogni soggetto.

7. “Io non so che accoglienze saranno fatte al mio ultimo volume, ma temo che nessuno si accorga che il suo merito maggiore, o forse il solo, sta nell’aver ammonito che la *res iudicanda* è un uomo, come il giudice, anche lui. [...] Eppure non c’è nessuno che l’abbia rilevato. Forse perché è una verità troppo ingenua? Purtroppo proprio queste sono le verità che si ignorano più facilmente”<sup>67</sup>.

Che presupposto del processo sia il principio di dignità dell’imputato è una di quelle verità ingenuie cui si riferiva Carnelutti nella prefazione del suo volume. È anche vero però che le verità ingenuie vanno dette e ribadite perché sono quelle che più facilmente si tende a dimenticare. Piero Calamandrei, nell’ammonire a non dimenticare che il processo è essenzialmente studio dell’uomo, che in esso deve penetrare potente il “personalismo” a colmare e correggere gli eccessi dell’astrattismo e del dogmatismo, così continuava il discorso: “Questa è la strada attraverso la quale potranno essere messi in evidenza *agli stretti nessi che uniscono il diritto processuale al diritto costituzionale*: in quella parte proemiale che in tutte le costituzioni degli Stati liberi è dedicata a garantire il rispetto della persona umana e la libertà dei cittadini, il processo ha una importanza preminente. Tutte le libertà son vane, se non possono essere rivendicate e difese in giudizio: se i giudici non sono liberi, colti ed umani, e se l’ordinamento del giudizio non è fondato, esso stesso, sul rispetto della persona umana, *il quale in ogni uomo riconosce una coscienza libera, sola responsabile di sé, e per questo inviolabile*”<sup>68</sup>.

Tutte le libertà, tutti i diritti sono vani, se il processo non è fondato sul rispetto della dignità della persona umana. Il principio di dignità umana è uno dei principi supremi e intangibili del nostro ordinamento costituzionale: “i principi sono sommi, non perché stanno al di sopra della vita reale di un determinato sistema, ma perché pervadono i mille rivoli che caratterizzano l’esistenza del sistema stesso”<sup>69</sup>.

---

<sup>66</sup>U. VINCENTI, *op. cit.*, p. 120.

<sup>67</sup>F. CARNELUTTI, *Principi del processo penale*, Napoli, 1960, p. 2.

<sup>68</sup>P. CALAMANDREI, *Processo e Giustizia*, in *Riv. dir. proc.*, 1950, Num. 4, P. I, pp. 288 e 289, corsivi miei.

<sup>69</sup>A. BALDASSARRE, voce *Diritti inviolabili*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XI, Torino, 1989, p. 30.



Il principio di dignità dell'imputato pervade, deve pervadere, i mille rivoli che caratterizzano il processo penale. Non solo ne è condizione di esistenza a monte, ma si riverbera in ogni sua fase, in ogni atto. Per spiegarne la natura di fondamento ineliminabile del processo mi rifarò in larga parte alla teoria dei diritti inviolabili e del loro contenuto essenziale trasferendola, seguendo la strada indicata da Calamandrei, in ambito processuale<sup>70</sup>.

Il principio di dignità dell'imputato è da intendersi in primo luogo come condizione a priori dell'esistenza del processo. Così come i diritti inviolabili originari o generali<sup>71</sup> sono il fondamento dell'idea stessa di democrazia e senza di essi non si avrebbe la democrazia, senza il principio di dignità dell'imputato non avrebbe nemmeno senso parlare, nell'ambito di un ordinamento improntato al principio personalistico, di processo penale. Si tornerebbe ad un'idea di processo come mero meccanismo di espiazione, quasi di esorcizzazione pubblica del reato, una dimostrazione di forza cieca dello Stato volta ad assicurare con qualsiasi mezzo l'applicazione della legge e il ristabilimento dell'ordine giuridico violato. Se il principio di dignità rappresenta uno dei due principi supremi, fondanti e legittimanti il nostro ordinamento costituzionale, a maggior ragione deve essere considerato come fondante e legittimante l'ordinamento del processo penale. L'imputato non deve essere *ostaggio* del processo, "mero oggetto della decisione giudiziale"<sup>72</sup>, ma deve essere uomo libero di autodeterminarsi, responsabile di sé, integro fisicamente e moralmente, deve poter conservare "quella relazione intima e privilegiata con sé stesso che è fondamento di ogni diritto"<sup>73</sup>.

Il *prins* logico che il principio di dignità dell'imputato rappresenta rispetto all'idea stessa del processo sancisce l'impossibilità giuridica dei poteri pubblici di eliminarlo in tutto o in parte dall'ordinamento del processo o di comprimerlo sostanzialmente. La dignità dell'imputato partecipa di quelle stesse caratteristiche che sono riconosciute ai diritti inviolabili primari: è assoluta, originaria, indisponibile, inalienabile, intrasmissibile, irrinunciabile e imprescrittibile; anche di essa si può sancire la indiscutibile superiorità assiologica e, conseguentemente, la suaintangibilità sia da parte dei poteri di modifica o di compressione

---

<sup>70</sup> Cfr. A. BALDASSARRE, cit., *passim*.

<sup>71</sup> "Mentre alcuni diritti fondamentali sono tali che, ove mancassero, verrebbe meno la possibilità stessa della democrazia, altri invece, pur non vantando tale rapporto di implicazione stretta, ne condizionano comunque l'esistenza qualificandone *in modo essenziale* il significato. [...] Si tratta, più precisamente, di due ipotesi distinte, che è possibile sintetizzare dicendo che, nel primo caso, i diritti sono *condizioni logicamente necessarie* per la democrazia o, più precisamente, necessarie per quel nucleo di principi in mancanza dei quali non si può neppure parlare di democrazia; nel secondo caso, invece, i diritti sono *condizioni positivamente necessarie*, vale a dire che, pur non essendo essenziali, per la democrazia in quanto tale, lo sono tuttavia per il concreto modello di democrazia prescelto positivamente (storicamente) da una determinata costituzione. In altre parole, mentre le prime sono le precondizioni *universali* della democrazia, le altre sono le precondizioni *particolari*, peculiari a un determinato ordinamento democratico; le une comprendono i *diritti inviolabili in senso stretto*, ovvero originari o generali o, ancora, universali; le altre i *diritti inviolabili in senso ampio*, ovvero derivati o, ancora, speciali": così A. BALDASSARRE, *op. cit.*, p. 23 e ss.

<sup>72</sup> BverfGE 9, 89, (95) secondo la quale il diritto di difesa affonda le sue radici nella dignità della persona: "la dignità della persona impone che la decisione in merito ai suoi diritti non le venga imposta dall'alto; il singolo non deve costituire un oggetto della decisione giudiziale, ma, prima che la decisione venga assunta, deve essergli data la possibilità di esprimersi, perché possa incidere sul procedimento e sui suoi risultati".

<sup>73</sup> Corte cost. n. 467/1991.



astrattamente propri del legislatore ordinario e costituzionale, sia ad opera degli altri poteri pubblici<sup>74</sup>.

La dignità dell'imputato è la misura di valore delle norme processuali, misura di valore dell'intero processo. È il suo rispetto che impedisce di ridurre la legittimità del processo alla mera legalità di esso che non sempre è sufficiente a tutelare l'imputato dalle molteplici lesioni che possono venire in rilievo<sup>75</sup>. Nel mutare delle discipline legislative del processo, il rispetto della dignità dell'imputato rappresenta e deve rappresentare “una base di invarianza, un ancoraggio sicuro di fronte ai mutevoli voleri delle maggioranze”<sup>76</sup>. Deve considerarsi quale riflesso nel processo dell’“eterno dell'uomo” (Scheler), il “riconoscimento di un'invariabile base di valori materiali” posta a fondamento di un ordinamento e di un processo “a misura dell'uomo e dei suoi valori imperituri”<sup>77</sup>(rappresentati positivamente, appunto, dal principio di dignità<sup>78</sup>). Il diritto non è neutro: con il qualificare taluni principi come superiori e taluni diritti come inviolabili il Costituente ha voluto riconoscere loro un valore speciale, perché se è vero che non abbia previsto esplicitamente una scala o garanzia di valori, tuttavia è altrettanto certo che abbia voluto porne alcuni al di sopra degli altri<sup>79</sup>.

Ma il riconoscimento della primazia del principio di dignità dell'imputato nel processo penale deve essere seguito da uno specifico trattamento giuridico nelle varie fasi e istituti del processo che ne assicuri effettivamente tale posizione, altrimenti il “valore superiore” resterebbe “poco più che una vuota parola”<sup>80</sup>.

---

<sup>74</sup> Cfr. A. BALDASSARRE, *op. cit.*, p. 28 e ss.

<sup>75</sup> Un'ulteriore evoluzione che prende l'avvio dal concetto di “procedimento di diritto” che era stato già espresso in F. CARNELUTTI, *Principi del processo penale*, cit., p. 58: “Il processo ha, dunque bisogno del diritto come il diritto ha bisogno del processo e spunta e si diparte dagli altri il ramo del diritto processuale; e il procedimento assume una struttura giuridica onde si può parlare, alla stessa guisa che dello Stato di diritto, di un *procedimento di diritto*”.

<sup>76</sup> Con riferimento ai diritti inviolabili originari: cfr. A. Baldassarre, *op. cit.*, p. 29.

<sup>77</sup> *Ibidem*.

<sup>78</sup> “Il principio è il *medium* nel quale troviamo un'apertura teoretica al valore e un'apertura pratica alla regola: è il *medium* attraverso il quale il mondo dei valori entra in quello giuridico e il mondo giuridico si apre ai valori. [...] Così i principi, pur essendo contenuti in norme positive, per loro natura si alimentano di concezioni prepositive, [...] una sfera di significati diversa e più ampia di quella suscettibile di determinazioni positive, una sfera di significati nella quale il diritto si trova immerso e da cui dipende.[...] Onde, per il tramite dei principi, si immettono nella vita del diritto contenuti materiali prepositivi da cui dipende non solo l'interpretazione ma anche la validità del diritto positivo”, così G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Il Mulino, Bologna, 2008, p. 225 e ss; ancora: “Tante volte è stato detto che il diritto per principi ne comporta inevitabilmente una eticizzazione. Si può dire in breve che, *mentre alle regole si ubbidisce, ai principi si aderisce*. [...] Le regole richiedono semplicemente osservanza passiva, i principi, adesione attiva; le regole esonerano dalla responsabilità di chiedersi che cosa comporta la loro applicazione sul piano pratico, i principi impongono l'assunzione di questa responsabilità. L'argomentazione costruttiva che i principi richiedono è l'assunzione di questa responsabilità”, così ID., *op. cit.*, p. 223.

<sup>79</sup> Corte cost. n. 364/1988: “L'ordinamento pone al vertice della scala dei valori la persona umana che non può, dunque, neppure a fini di prevenzione generale, essere strumentalizzata”.

<sup>80</sup> A. BALDASSARRE, *op. cit.*, p. 31.



Ecco perché, innanzitutto, ad essa deve essere riconosciuta l'ineliminabilità e l'intangibilità e ai diritti e alle garanzie che ne sono le manifestazioni deve essere riconosciuto quel regime rigido di inviolabilità che è rappresentato dalla teoria del “contenuto essenziale”, preso in considerazione più volte anche dalla nostra Corte costituzionale.

Il principio di dignità agisce innanzitutto come limite esplicito dell'azione dei poteri pubblici nell'ambito del processo (siano essi il legislatore ordinario, costituzionale, il giudice) e, insieme, come limite implicito in ogni diritto riconosciuto all'imputato a garanzia e difesa della propria persona, il contenuto più interno di essi, il nocciolo duro: “I principi supremi da un lato e il contenuto essenziale dei diritti dall'altro costituiscono i confini delle operazioni di bilanciamento, nel senso che mentre i primi ne rappresentano il limite esterno, il secondo il limite interno. Nessuna operazione di bilanciamento, altrimenti detto, è possibile quando vengono in rilievo super-principi o il contenuto minimo che dà sostanza a qualsiasi diritto fondamentale. Entro questa cornice, non possono ritenersi esistenti [...] ordini (formali o materiali) di valori o di diritti fissati una volta per tutte ma, più semplicemente, molteplici possibilità di ponderazioni concrete di interessi contrapposti”<sup>81</sup>. La dignità dell'imputato, come “super-principio” e come contenuto minimo dei diritti della persona – la cui compressione vanifica il diritto e di fatto lede la dignità del soggetto – rappresenta la cornice entro la quale è possibile, nell'ambito del processo penale, compiere operazioni di bilanciamento di interessi contrapposti.

La dignità, come confine posto al di sopra e al di dentro di essi, rende granitici i diritti che ne sono le esplicitazioni, non scalfibili in base a limiti generali. Il bilanciamento di tali diritti è un'operazione da compiersi in base a limiti molto rigorosi che circoscrivono e guidano la discrezionalità del legislatore o del giudice.

Ciò non significa che i diritti personali siano immuni da qualsiasi limite, significa che a tutela di essi l'ordinamento ha previsto una ristretta, controllata e cauta possibilità di limitazione, subordinata a talune regole pratiche di salvaguardia che rappresentano gli argini insuperabili oltre i quali non possono oscillare i termini del bilanciamento, essa consiste appunto nella teoria del “contenuto essenziale” e rappresenta la “più alta valutazione che il Costituente ha voluto esprimere verso diritti che determinano categorialmente la consistenza in sé della persona umana, ciò che è propriamente chiamata dignità umana”<sup>82</sup>.

La teoria del contenuto essenziale ha origine in ambito dottrinale tedesco ma è stata ben presto recepita e accolta dalla dottrina e dalla giurisprudenza costituzionale italiana. Esistono due orientamenti prevalenti: quello che si rifà ad una *concezione assolutistica* del contenuto essenziale, inteso come una sorta di “nucleo sostanziale” di ogni diritto, il nocciolo duro che opera quale limite assoluto e invalicabile e non può essere compresso senza stravolgere il senso di quel diritto e del valore ad esso sottostante; quello che ne riconosce, invece, una valenza relativa (*teorie relativistiche*), nel senso che il contenuto essenziale dei diritti verrebbe in rilievo unicamente in rapporto con altri valori altrettanto primari, sottesi ad altri

---

<sup>81</sup> A. MORRONE, “Diritti contro diritti” nella giurisprudenza costituzionale, in L. CALIFANO (a cura di), *Corte costituzionale e diritti fondamentali*, Torino, 2004, p. 103.

<sup>82</sup> A. BALDASSARRE, *op. cit.*, p. 31.



diritti, che nel caso concreto debbano essere equilibrati con esso, in base a limiti necessari, indispensabili e non eccessivi. In realtà i due orientamenti altro non sono che due facce della stessa medaglia: il primo opera qualora il diritto sia preso in considerazione in sé, indipendentemente dal rapporto con altri valori, ed allora è possibile che si dispieghi in tutta la sua assolutezza; il secondo viene in rilievo in quelle diverse ipotesi nelle quali distinti valori pari ordinati (incorporati in altrettanti diritti) vengano a cozzare. È in quest'ultimo caso che deve essere compiuta una relativizzazione di essi, ossia un loro bilanciamento.

In primo luogo ciò che la Costituzione vuole porre a riparo, mediante la dichiarazione di inviolabilità e la conseguente subordinazione dei limiti a particolari procedure di bilanciamento, è rappresentato dal contenuto di valore di ciascun diritto. Ciò che è racchiuso in bozzolo nella definizione di “contenuto essenziale” altro non è che il *valore in sé* sotteso al diritto: non si può ridurre la garanzia dei diritti alla garanzia della loro mera esistenza, un'esistenza purchessia, svuotata da ogni ancoraggio al valore che affonda le sue radici nella civiltà e nella cultura che sono il substrato su cui poggia il diritto e che ne determinano l'evoluzione.

Il bilanciamento consiste innanzitutto in vincoli sia formali che procedurali posti a salvaguardia del contenuto di valore di ogni diritto, ma le garanzie formali di riserva di legge rinforzata, riserva di giurisdizione, criteri di proporzionalità, non bastano: “in altri termini, nell'ambito dei limiti di sua competenza, il legislatore ordinario non può disciplinare l'esercizio di un diritto inviolabile muovendosi secondo il suo libero apprezzamento, ma è legittimato a farlo soltanto nel rispetto assoluto dei limiti che la Costituzione prevede espressamente a carico di un determinato diritto oppure al fine di salvaguardare il contenuto di valore di un altro diritto parimente inviolabile o di rendere possibile l'adempimento di un dovere inderogabile. La riserva di legge che lo vincola è perciò rinforzata anche *sotto il profilo materiale*”<sup>83</sup>. Il bilanciamento è ammesso solo in vista del soddisfacimento di doveri inderogabili previsti costituzionalmente o con altri valori pari ordinati, siano essi collidenti o complementari.

Il bilanciamento rispettoso di tutti i termini dell'operazione deve essere improntato a criteri di necessità (l'interesse recessivo può essere postergato solo per la tutela di un interesse di pari valore), di sufficienza (la limitazione del valore deve essere compiuta nei limiti strettamente necessari e sufficienti alla realizzazione in concreto dell'interesse contrapposto), di proporzionalità (compressione dell'interesse postergato tale che in concreto sia possibile salvaguardarne il contenuto essenziale), ma non si limita a valutarli in una relazione unicamente razionale: il bilanciamento con un altro valore costituzionale potenzialmente limitativo del contenuto essenziale di un diritto deve essere compiuto in concreto, valutando se in mancanza di esso quel contrapposto valore “risulterebbe *sostanzialmente* leso o violato” (relazione materiale o sostanziale)<sup>84</sup>. Il giudizio di proporzionalità, dunque, “non deve essere effettuato in astratto, tra i valori in sé e per sé considerati, ma in concreto, valutando

---

<sup>83</sup> A. BALDASSARRE, *op. cit.*, p. 37, corsivi miei.

<sup>84</sup> A. BALDASSARRE, *op. cit.*, p. 38.



l'interazione reciproca tra l'accrescimento di tutela dell'uno e la corrispondente diminuzione di garanzia dell'altro"<sup>85</sup>.

La giurisprudenza della Corte costituzionale dimostra di aver accolta e fatta propria la teoria del contenuto essenziale dei diritti fondamentali<sup>86</sup> e riconosce l'esistenza nell'ordinamento di limiti assoluti dinanzi ai quali ogni potere si deve arrestare, sottratti a qualsiasi tentativo di compressione o bilanciabilità: il limite superiore dei principi supremi<sup>87</sup> e il limite interno del contenuto di dignità in cui è racchiuso il valore intorno al quale il diritto fa corazza ma che non può arrivare a toccare<sup>88</sup> (già Carnelutti riconosceva quale fun-

---

<sup>85</sup> Corte cost. n. 372/2006.

<sup>86</sup> Corte cost. n. 366/1991, in tema di uso dei risultati delle intercettazioni telefoniche in procedimenti diversi: "la stretta attinenza di tale diritto [ex art 15 cost. alla libertà e segretezza delle comunicazioni] al nucleo essenziale dei valori di personalità – che inducono a qualificarlo come parte necessaria di quello *spazio vitale che circonda la persona e senza il quale questa non può esistere e svilupparsi in armonia con i postulati della dignità umana* – comporta una duplice caratterizzazione della sua inviolabilità. In base all'art 2 della Costituzione, il diritto a una comunicazione libera e segreta e inviolabile, nel senso generale che il suo contenuto essenziale non può essere oggetto di revisione costituzionale, in quanto incorpora un valore della personalità avente un carattere fondante rispetto al sistema democratico voluto dal Costituente. In base all'art 15 della Costituzione, lo stesso diritto è inviolabile nel senso che il suo contenuto di valore non può subire restrizioni e limitazioni da alcuno dei poteri costituiti se non in ragione dell'inderogabile soddisfacimento di un interesse pubblico primario costituzionalmente rilevante, sempre che l'intervento limitativo posto in essere sia strettamente necessario alla tutela di quell'interesse e sia rispettata la duplice garanzia che la disciplina prevista risponda ai requisiti propri della riserva assoluta di legge e la misura limitativa sia disposta con atto motivato dell'autorità giudiziaria. [...] proprio perché si tratta di uno strumento [l'intercettazione telefonica] estremamente penetrante e in grado di invadere anche la *privacy* di soggetti terzi, del tutto estranei ai reati per i quali si procede, e proprio perché *la Costituzione riconosce un particolare pregio all'intangibilità della sfera privata negli aspetti più significativi e più legati alla vita intima della persona umana*, le restrizioni alla libertà e alla segretezza delle comunicazioni conseguenti alle intercettazioni telefoniche sono sottoposte a condizioni di validità particolarmente rigorose, commisurate alla natura indubbiamente eccezionale dei limiti apponibili a un diritto personale di carattere inviolabile quale la libertà e la segretezza delle comunicazioni"; si veda ancora Corte cost. n. 81/1993, relativa all'acquisizione dei dati esterni delle comunicazioni nel processo penale: "le speciali garanzie previste dalle norme [...] a tutela della segretezza e della libertà di comunicazione rispondono all'esigenza costituzionale per la quale l'inderogabile dovere di prevenire e di reprimere reati deve essere svolto nel più assoluto rispetto di particolari cautele dirette a tutelare un bene, l'invulnerabilità della segretezza e della libertà delle comunicazioni, strettamente connesso alla protezione del nucleo essenziale della dignità umana e al pieno sviluppo della personalità nelle formazioni sociali [...] in altri termini, il particolare rigore delle garanzie previste dalle disposizioni prima citate intende far fronte alla formidabile capacità intrusiva posseduta dai mezzi tecnici usualmente adoperati per l'intercettazione delle comunicazioni telefoniche, al *fine di salvaguardare l'invulnerabile dignità dell'uomo da irreversibili e irrimediabili lesioni*", corsivi miei.

<sup>87</sup> Corte cost. n. 1146/1988: "la Costituzione italiana contiene alcuni principi supremi che non possono essere sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale neppure da leggi di revisione costituzionale o da altre leggi costituzionali. Tali sono tanto i principi che la stessa Costituzione esplicitamente prevede come limiti assoluti al potere di revisione costituzionale, quale la forma repubblicana (art 139 cost.), quanto i principi che, pur non essendo espressamente menzionati fra quelli non assoggettabili al procedimento di revisione costituzionale, appartengono all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana".

<sup>88</sup> Nell'ambito del diritto alla salute si vedano, ad esempio, Corte cost. n. 509/2000: "il bilanciamento di quel diritto deve, tra l'altro, tenere conto dei limiti oggettivi che il legislatore incontra in relazione alle risorse organizzative e finanziarie di cui dispone, restando salvo, in ogni caso quel *nucleo irriducibile del diritto alla salute protet-*



zione primaria del diritto quello di riconoscere all'individuo il *suum*: "il *suum* costituisce il recinto dell'individuo, il suo spazio vitale, la indispensabile protezione dell'*io*. Senza il *suum* l'individuo non può vivere. Se, pertanto, il diritto *suum cuique tribuit*, non v'è bisogno d'altro per dimostrare la necessità del diritto"<sup>89</sup>).

Per concludere, se si subordinasse la dignità dell'imputato ai fini pubblici o privati del processo (giustizia, verità, applicazione della legge, emanazione della sentenza, punizione del colpevole) si opererebbe un indebito rovesciamento della prospettiva: non è la dignità che deve essere subordinata ai fini del processo (o a quelli dei singoli istituti) ma sono gli scopi del processo che si devono armonizzare con essa<sup>90</sup>.

Come il diritto deve costruire l'intero ordinamento statale sul rispetto della dignità dell'individuo, così anche il diritto processuale penale deve fondare ogni istituto del processo, ogni azione dei suoi organi, sul rispetto della dignità dell'imputato.

8. I grandi teorici del processo, Calamandrei, Carnelutti, Capograssi, hanno più volte ribadito la necessità che il processo rimanga sempre a misura d'uomo; che la *res iudicata* non è cosa diversa dal giudice che la giudica, un uomo<sup>91</sup>; che l'interrogato dovrebbe essere trattato come l'interrogante vorrebbe essere trattato nella medesima situazione<sup>92</sup>; che l'imputato, colpevole o non colpevole, rimane un uomo sottoposto al giudizio di altri uomini con tutte le conseguenze, il dolore, gli errori, le fallacie che questo può comportare, con la certezza che è difficile che venga fatta veramente, concretamente giustizia, la consapevolezza che il più delle volte quello che si otterrà è la verosimiglianza della ricostruzione del fatto, che il dubbio non potrà mai essere eliminato completamente. Essi non ne hanno parlato in termini di dignità solo perché era un concetto giuridico che iniziava allora ad affacciarsi in ambito giuridico e prevaleva di gran lunga il principio personalistico. Anche se ha in comune col principio personalistico il fondamento umanistico e garantista dei valori dell'individuo, il concetto di dignità ha sviluppato una forza e una validità autonome che potrebbero essere feconde di effetti anche in ambito processuale. Dal dopoguerra in poi, sta diventando sempre più condiviso, sempre più ricorrente nei più diversi ambiti del diritto

---

*to dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana*"; e Corte cost. n. 252/2001: "Il diritto ai trattamenti sanitari necessari per la tutela della salute è costituzionalmente condizionato dalle esigenze di bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti *salva, comunque, la garanzia di un nucleo irriducibile del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana*, il quale impone di impedire la costituzione di situazioni prive di tutela, che possano appunto pregiudicare l'attuazione di quel diritto".

<sup>89</sup> F. CARNELUTTI, *Principi del processo penale*, cit., p. 7.

<sup>90</sup> "i diritti inviolabili sono i fini primari nei confronti dei quali vanno armonizzati gli scopi delle istituzioni che si trovino ad operare nello spazio circostante a quei diritti": così A. BALDASSARRE, *op. cit.*, p. 39.

<sup>91</sup> F. CARNELUTTI, *Principi del processo penale*, Morano editore, Napoli, 1960, p. 2.

<sup>92</sup> "Questo vale prima di tutto per il processo penale: dove l'imputato dev'essere sacro non soltanto per il suo diritto di esser difeso nel dibattimento, ma soprattutto per il suo diritto di non essere sottoposto in istruttoria a coartazioni volte a strappargli a tutti i costi la confessione, e a ridurlo, con operazioni pseudoscientifiche che tengono della magia nera, docile strumento dei carnefici": così P. CALAMANDREI, *Processo e Giustizia*, cit., p. 289.



e ciò significa che dalla sua esplicitazione nella teoria del processo potrebbero scaturire conseguenze positive e effetti giuridici finora inaspettati.

Certo la dignità dell'imputato è invocata il più delle volte quale limite, in negativo, per tutelarla dalla tortura, dalle pratiche della macchina della verità o la narcoipnosi e da ogni forma di interrogatorio che lo leda nell'integrità fisica e nel dominio di sé, in questi casi le lesioni sono macroscopiche, ma già nel *Nemo tenetur se detegere* la questione si fa più sottile. Con questo istituto si tutela la possibilità dell'imputato di autodeterminarsi nonostante egli sia soggetto ad un processo che lo ingloba tutto; con il *Nemo tenetur* e il diritto al silenzio si lascia all'imputato uno spazio intimo dove il processo non può pensare di arrivare, nonostante possieda gli strumenti e la forza per farlo. Qui la tutela della dignità da limite diventa anche pretesa a che l'imputato possa continuare a ritenere sé stesso un soggetto intimamente libero anche se implicato in un processo dove è in discussione la sua libertà fisica.

Non ci si può accontentare di proclamare una volta e per tutte la protezione della dignità dell'imputato nel processo, ma si deve indicare dove e come, in che misura e con che mezzi, si deve setacciare ogni segmento del processo e scoprire come in esso possa essere lesa la dignità dell'individuo e fare in modo di evitarlo, fornire agli organi del processo i mezzi in concreto per tutelarla, i parametri per salvarlo in un proporzionato bilanciamento.

Il lavoro della dottrina e della giurisprudenza di ricerca, analisi, correzione di tutti gli istituti del processo in cui si lede la dignità dell'imputato può compiersi veramente bene se si esplicita, chiaramente, che il pilastro del processo è la dignità dell'imputato e lo si tenga sempre presente. L'affermazione della giustizia e il ristabilimento della verità non sono risultati totalmente controllabili, non c'è nessuna norma giuridica che possa assicurarli a priori quali esiti del processo, ad essi ogni processo può solo tendere, aspirare, improntarsi, ogni giorno meglio ogni giorno di più. La dignità dell'imputato invece non è una possibilità, è un essere, e può e deve essere assicurata e tutelata in positivo e nel caso concreto.

Certo, una volta stabilito questo, non si può pretendere che il giudizio sulla lesione della dignità possa essere compiuto dal legislatore per ogni istituto e per ogni caso in cui essa possa venire in rilievo in modo peculiare nell'ambito processuale, ed è per questo che soccorre il principio di dignità, il quale, in quanto principio, può essere oggetto della valutazione del giudice nel caso concreto, che può svolgere un ulteriore giudizio di proporzionalità per stabilire se effettivamente sia danneggiata la dignità dell'individuo e in che misura, per evitare questa lesione, debbano essere fatti arretrare gli altri interessi in gioco, pubblici e privati, di pari rango, compiendo un calcolo in termini di necessità, sufficienza e proporzionalità. Per fare ciò egli deve avere ben presente cosa si intenda con principio di dignità dell'uomo e che posto ricopra nel nostro ordinamento ed è qui che si chiude il cerchio e si ritorna alla necessità di ripercorrere la storia e la valenza giuridica di questo principio, perché la sua individuazione, per la natura intima e sfuggente del concetto, non può essere lasciata unicamente al personale sentire del giudice ma deve essere compiuta in base a criteri quanto più possibile certi e rigorosi, consapevoli del fatto che i nostri Costituenti l'avevano posta accanto al principio democratico a fondamento dell'intero ordinamento costituzionale.



## L'ADVERSE POSSESSION NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO: SPUNTI PER UNA COMPARAZIONE

JACOPO FORTUNA

SOMMARIO: Introduzione – 1. Modelli di “proprietà” nella comparazione *civil law* e *common law* – 2. La struttura giuridica di *adverse possession* ed usucapione – 3. Il caso *Graham v. J.A. Pye Ltd.* davanti ai giudici inglesi – 4. La prima pronuncia della Corte EDU (2005) – 5. La sentenza della *Grande Chambre* del 2007 – 6. Dibattiti e riflessioni sull'*adverse possession* ed istituti analoghi a seguito della decisione della Grande Camera del 2007 – 7. La rinnovata impostazione tassonomica dell'usucapione.

Nel quadro della giurisprudenza che si è pronunciata in applicazione dell'art. 1 del prot. 1 della Cedu, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha avuto occasione di occuparsi della compatibilità con la Convenzione degli istituti che disciplinano, nei vari ordinamenti, gli effetti del possesso ai fini dell'acquisto della proprietà. In particolare, ciò è avvenuto con riferimento alla c.d. *adverse possession* nel caso *Pye v. UK*, deciso dalla Grande Camera della CEDU nel 2007.

Nel presente contributo si intende prendere in esame le varie pronunce che si sono succedute nel tempo, al fine di verificarne le implicazioni a livello dei diritti interni, con riferimento, in specie, al modello inglese e a quello dei diritti continentali. A tal fine si prenderanno le mosse da alcuni rilievi di carattere generale sui due modelli di proprietà, per poi passare i profili problematici e le ripercussioni sul piano dei diritti interni.

1. Come è noto, il modello romanistico continentale di proprietà fa perno su una concezione basata sulle caratteristiche dell'assolutezza e dell'esclusività ed è calibrato sulla signoria materiale sulla cosa che ne è oggetto.

Il tratto dell'assolutezza attribuisce la possibilità di opporre *erga omnes* il diritto, mentre l'esclusività consente al titolare di impedire a chiunque di interferire con il godimento del bene oggetto di proprietà.<sup>1</sup>

Sotto l'impulso del diritto naturale, propugnato dalle correnti del pensiero liberale, l'idea di proprietà e la sua formula definitoria hanno preso consistenza fino a confluire nel Code Civil napoleonico, capostipite della stagione codicistica ottocentesca, che culminerà nella parte finale del secolo con l'opera di sistemazione dogmatica della pandettistica.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> G. PUGLIESE, *Dominium ex iure Quiritium- Proprietà-Property*, in *Studi in memoria di Salvatore Satta*, Volume II, 1982 Padova, pp. 1230-1231.

<sup>2</sup> L. MOCCIA, *Comparazione giuridica e prospettive di studio del diritto - Raccolta di saggi*, 2016 Padova, p. 106.



Le caratteristiche oggi più riconoscibili del diritto di proprietà, sono quelle forgiate dalla dottrina giusnaturalista e giusrazionalista (illuminista) del Sei-Settecento. Secondo questo modello, la nozione di “proprietà” viene intesa nel suo significato dogmatico e paradigmatico “di diritto (idealmente, ovvero tendenzialmente concepito come) assoluto ed esclusivo (*dominium*), unico e indivisibile, del soggetto su una cosa (fisica), mobile o immobile che sia.”<sup>3</sup>

Così concepita, la proprietà costituisce il centro del sistema dei diritti reali e si contrappone agli altri diritti sulle cose, limitati o minori, cioè i diritti su cosa altrui (*iura in re aliena*), a loro volta tenuti nettamente distinti dai diritti di credito.

Il modello inglese di “*property*”, per contro, si distingue per la sua continuità rispetto all’esperienza medievale (feudale).

In molti vedono nel passaggio all’età di mezzo un capovolgimento dei rapporti tra l’uomo e le cose.<sup>4</sup> Nel contesto medievale/feudale, l’esclusività della proprietà si stempera in ragione del moltiplicarsi dei singoli rapporti di utilizzazione, graduati nel tempo, di una medesima res da parte di più soggetti. Ciò comporta la scomparsa della linea che distingue da una parte la proprietà (*dominium*) e dall’altra gli altri diritti reali (*iura in re aliena*). Di conseguenza, la situazione (unitaria) di appartenenza esclusiva di stampo romano in capo a un unico titolare (*dominus*) viene relativizzata rispetto alla molteplicità di situazioni soggettive, frazionate nel tempo, che comportano un effettivo godimento delle utilità della cosa. Ciascuna di queste situazioni si accompagna alla titolarità dei diritti corrispondenti, tutti ugualmente di natura proprietaria.<sup>5</sup>

Nei paesi anglosassoni, il termine *property* ha una connotazione patrimonialistica della proprietà che ne rende la nozione ambivalente, poiché riferita sia alla cosa materiale in sé, come oggetto di appartenenza a qualcuno (proprietà-diritto), sia come complesso di diritti, comprensivi di beni immateriali, appartenenti ad un individuo (proprietà-patrimonio). Il termine *property*, perciò, può essere riferito tanto ad una cosa fisicamente considerata, quanto a diritti relativi all’uso ed al godimento della stessa, fino a comprendere diritti che prescindono da una relazione diretta con la cosa fisica, vale a dire diritti di per sé considerati come diritti di credito. Per cui, con il termine *property* è possibile intendere anche l’insieme dei beni e dei diritti di una persona.<sup>6</sup>

Dunque, mentre nei paesi dell’area continentale prevale l’accezione di proprietà come diritto su una *res*, che finisce per identificarsi con la cosa stessa all’interno del lessico comunemente usato, in Inghilterra, pur essendo tale idea diffusa nell’uso comune, è tecnicamente

---

<sup>3</sup> L. MOCCIA, *Il modello inglese di proprietà*, nel volume collettaneo *Diritto privato comparato. Istituti e problemi*, 2012 Roma-Bari, p. 50.

<sup>4</sup> P. GROSSI, *Tradizioni e modelli nella sistemazione post-unitaria della proprietà*, nel suo volume *Il dominio e le cose. Percezioni medievali e moderne dei diritti reali*, in *Quaderni fiorentini. Per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. XLI, 1992 Milano, pp. 448.

<sup>5</sup> L. MOCCIA, *Comparazione giuridica e prospettive di studio del diritto- Raccolta di saggi*, 2016 Padova, pp. 112 – 118.

<sup>6</sup> G. PUGLIESE, *s.v. Property*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, vol. XXVI, 1990, Roma, n. 1.1.2., nonché G. PUGLIESE, *Dalle ‘res corporales’ del diritto romano ai beni immateriali di alcuni sistemi giuridici odierni*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1982, p.1191.



corretto ritenere la *property* come appartenenza di diritti, sicché “è sbagliato dire ‘questa cosa è di mia proprietà’, ed è giusto dire ‘io ho un diritto di proprietà su questa cosa’ ”<sup>7</sup>.

Tale distinzione meramente lessicale tradisce una grande differenza giuridico-culturale, dove appare evidente che il modello di *property* ammette che sopra la medesima cosa possa esservi più di un diritto di natura proprietaria, senza conferire all'appartenenza un carattere esclusivo, assoluto ed indivisibile.

Risulta allora comprensibile come il termine *ownership* indichi il diritto di grado più elevato al possesso della cosa ed implichi, a differenza della proprietà nei paesi di *civil law*, la titolarità alla disponibilità materiale su di essa.

Tale titolarità del diritto al possesso di un fondo consiste in una entità immateriale riferita alla quantità di tempo relativo all'uso e al godimento dello stesso, dalla quale viene determinata la misura del valore socio-economico del possedimento. Tale entità assume la denominazione di *estate*, e trova la sua matrice etimologica dalla parola latina “*status*”. Conseguenzialmente, su un medesimo bene immobile possono sussistere molteplici specie di *estates*.<sup>8</sup>

Appare evidente, perciò, la differenza del sistema di *common law* da quello di *civil law*, dove i diritti reali su cosa altrui costituiscono una limitazione del diritto medesimo o, nel modello inglese, uno smembramento (*démembrement*).

La proprietà nel diritto continentale presuppone una elasticità del dominio e una compressione del diritto sconosciute nella tradizione anglosassone, in quanto essa riacquista automaticamente la propria pienezza nel momento stesso in cui il diritto reale su cosa altrui venga meno.

Negli ordinamenti di *civil law* proprietà e possesso sono termini in contrapposizione che, sin dalle antiche fonti romane, esprimono una distinzione concettuale che si riversa tanto sul piano processuale, nella differenziazione tra azioni possessorie da un lato e petitorie dall'altro, quanto su quello sostanziale.

In Inghilterra, invece, *ownership* e *possession* sono termini in rapporto di implicazione reciproca, esprimibile con la locuzione di “*possessory ownership*”. Secondo tale impostazione, il possesso è il presupposto della proprietà: *prima facie evidence of ownership*; per cui gli aspetti petitori e possessori tendono a confondersi.

Logica peculiarità dei paesi anglosassoni, scaturente dal discorso testé sviluppato, è, sul piano processuale, la mancanza dell'azione di rivendica (*vindicatio*), intesa quale specifica azione a tutela del titolo di proprietà e, sul piano sostanziale, il principio del possesso come fondamento del titolo nel caso dei beni mobili ed immobili e il principio della relatività-molteplicità degli *estates* (cioè la possibilità che coesistano, in capo a più soggetti, diritti al possesso aventi ad oggetto un medesimo bene).

---

<sup>7</sup> W. SWALDING, *Property: General Principles*, in P. Birks (a cura di), *English Private Law*, vol. I, 2000 Oxford, 4.02.

<sup>8</sup> L. MOCCIA, *Il modello inglese di proprietà*, nel volume collettaneo *Diritto privato comparato. Istituti e problemi*, 2012 Roma-Bari, pp. 64-74.



Lo *status* del soggetto che attualmente possiede un bene immobile, o che esercita un diritto al suo godimento, prevale rispetto a quello vantato da chiunque altro, tranne che nei confronti di colui che dimostri di avere un possesso anteriore, e dunque poziore.

Il godimento del bene, nel sistema di *common law*, conferisce di per sé un titolo valido *erga omnes*, tranne che nei confronti di chi possa vantare un diritto migliore al possesso dell'immobile stesso. Il *title to land* dipende dunque dal *better right to possession* con cui il titolo stesso si identifica, facendo sì che si è *owner* in quanto si possiede, e non viceversa. Tali osservazioni corroborano e contribuiscono ad esplicitare la precedente affermazione in virtù della quale nel contesto di *common law* non vi è un'azione a difesa del mero diritto di proprietà sotto forma di *vindicatio*. Il possesso, esercitato senza o contro la volontà del legittimo titolare, ossia in maniera antagonista (*adverse possession*), pur essendo stato eventualmente ottenuto illecitamente, viene considerato di per sé idoneo a fondare un titolo giuridicamente valido e come tale opponibile *erga omnes*, tranne nei confronti di colui che dimostri di avere un diritto "migliore" al possesso della cosa, (*true owner*).<sup>9</sup>

2. L'*adverse possession* si configura nei casi in cui ad una persona, che si trovi nel possesso di un bene immobile, venga utilmente computato il periodo di tale possesso, al fine del decorrere del termine necessario per l'acquisto della proprietà a titolo originario. Essa si verifica quando il diritto all'uso ed al godimento di un immobile è esercitato da qualcuno in favore del quale può iniziare a decorrere il termine prescrizione, stabilito contro il vero titolare del diritto medesimo, per proporre l'*action to recover land*, cioè l'azione finalizzata al recupero del possesso del bene.<sup>10</sup>

Essa attribuisce dunque rilevanza al possesso immobiliare attuato in modo contrario ("adverse") rispetto all'interesse del proprietario dotato di titolo, il quale è dunque destinato a soccombere rispetto alla pretesa acquisitiva del possessore, basata sul decorrere del tempo.<sup>11</sup> L'impostazione tradizionale dell'istituto è stata significativamente modificata dal *Land*

---

<sup>9</sup> L. MOCCIA, *Il modello inglese di proprietà*, nel volume collettaneo "Diritto privato comparato. Istituti e problemi?" 2012 Roma-Bari, pp. 75-86.

<sup>10</sup> L. MOCCIA, *Figure di usucapione e sistemi di pubblicità immobiliare – Sintesi di diritto privato europeo*, 1993 Milano, pp. 90 e 97-98.

<sup>11</sup> *House of Lords*, 4 luglio 2002, [2002] UKHL 30, [2002] 3 All ER 865, Par.69 : "It is plainly of some importance, both now and for the future, to understand what the use of the word "adverse" in the context of section 15 of the Limitation Act 1980 was intended to convey. At first sight, it might be thought that the word "adverse" describes the nature of the possession that the squatter needs to demonstrate. It suggests that an element of aggression, hostility or subterfuge is required. But an examination of the context makes it clear that this is not so. It is used as a convenient label only, in recognition simply of the fact that the possession is adverse to the interests of the paper owner or, in the case of registered land, of the registered proprietor. The context is that of a person bringing an action to recover land who has been in possession of land but has been dispossessed or has discontinued his possession: paragraph 8 of Schedule 1 to the 1980 Act. His right of action is treated as accruing as soon as the land is in the possession of some other person in whose favour the limitation period can run. In that sense, and for that purpose, the other person's possession is adverse to his.



*Registration Act del 2002*, attribuendo maggiore tutela al proprietario e ridimensionando così il principio del possesso come fondamento del titolo, che ha visto circoscrivere la sua efficacia ai soli diritti su beni immobili la cui titolarità non sia ancora stata iscritta in apposito registro. Il sistema di pubblicità immobiliare, basato sulla registrazione dei titoli, è finalizzato ad assicurare la massima certezza ed affidabilità dei trasferimenti immobiliari. Dopo la riforma del 2002, il principio “*possession as root of property*” opera solo nei casi di *unregistered land*, rispetto alla regola generale costituita dai casi di *registered titles to land*.

Passando ad un’analisi comparatistica dell’istituto dell’*adverse possession* con il suo omologo, dal punto di vista funzionale, nei paesi di *civil law*, è necessario esporre i tratti della struttura giuridica dell’usucapione. Essa, attribuisce importanza al fattore tempo ed all’inerzia del titolare del diritto, determinando l’acquisto della proprietà in favore dell’usucapiente, il quale sia qualificabile come tale a seguito del possesso di un bene protratto per un determinato periodo.

Risulta evidente come l’*adverse possession*, nei paesi di *common law*, abbia una funzione sostanzialmente analoga a quella svolta dall’usucapione nei paesi di *civil law*. Tuttavia, mentre il primo istituto si basa sulla estinzione del diritto all’esercizio della *action to recover land*, a fronte del possesso perdurato per un certo tempo, il secondo, su questo stesso presupposto, determina l’acquisizione di un diritto, e quindi di un titolo che giustifica il nuovo *status* di proprietario. Nei paesi anglosassoni, infatti, essendo il possesso il fondamento del titolo (*possession is root of title*), colui che si impossessi di un fondo altrui vanta un *legal title to land*, anche se la disponibilità materiale del bene sia stata ottenuta a seguito di uno spoglio<sup>12</sup>. Si tratta però di un titolo instabile e suscettibile di essere travolto dalla azione reipersecutoria esercitata dal *true owner*, sulla base del fatto che egli vanta un *better title to possession*, cioè un possesso anteriore e dunque poziore. Il mancato esercizio della *action to recover land* entro il termine stabilito determina la caducazione del diritto che giustifica tale forma di tutela, e cioè causa il venir meno dell’*estate*.<sup>13</sup>

Nonostante il ragionamento giuridico alla base dei due istituti sia molto differente, il risultato al quale giungono è sostanzialmente il medesimo, determinando entrambi il trasferimento dello *status* giuridico (con i relativi poteri) riconducibile alla figura del proprietario.

**3.** Sulla base del quadro appena riassunto è possibile ora intraprendere una riflessione sulle implicazioni relative al primo protocollo aggiuntivo alla Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo e alla giurisprudenza della Corte Edu, in specie con riferimento alle sentenze del caso *J.A. Pye Ltd. c. Regno Unito*.

---

But the question whether that other person is in fact in possession of the land is a separate question on which the word "adverse" casts no light.”

<sup>12</sup> G. PUGLIESE, s.v. *Property*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, vol. XXVI, Roma 1990, n 2.2.2.

<sup>13</sup> M. LUPOI, *Appunti sulla real property e sul trust nel diritto inglese*, Milano 1971, pp. 213.



Si tratta di due sentenze, rispettivamente del 2005 e del 2007; sulla vicenda, avvenuta sul suolo inglese, tutte e tre le corti britanniche (*High Court, Court of Appeal ed House of Lords*) si sono pronunciate prima che il caso fosse impugnato davanti alla Corte di Strasburgo.

I coniugi Graham concludevano con la *J.A. Pye Ltd.*, titolare di un *freehold estate* su un terreno di ventitré ettari, un contratto di affitto con scadenza il trentuno dicembre 1983, in virtù del quale divenivano detentori di un fondo nel *Benkshire*. Pur essendo stati invitati con una lettera prima della scadenza dalla società proprietaria a rilasciare il fondo, i Graham continuarono ad utilizzarlo per il pascolo. Venne poi stipulato un contratto che consentiva loro di tagliare l'erba sul terreno ma, a partire dall'anno successivo, i coniugi rimasero nel godimento del fondo *sine titulo*. Nel 1997 questi intrapresero un procedimento giudiziale al fine di far accertare la loro titolarità al diritto esistente sul fondo e, nel 1998, resistero ad una domanda giudiziale proposta per il rilascio dello stesso intentata dalla *J.A. Pye Ltd.*

In giudizio, i Graham sostengono che la società non ha ottenuto più il diritto di proprietà sulla base della *Section 15 del Limitation Act* del 1980, in virtù della quale nessuna persona può intraprendere l'azione finalizzata al recupero del bene dopo la scadenza di 12 anni dalla data in cui il diritto di azione gli è stato attribuito.<sup>14</sup>

La High Court, con sentenza del 4 febbraio 2000, accoglie la tesi dei coniugi, ma il giudice Neuberger, alla fine della motivazione del provvedimento, evidenzia come il risultato raggiunto non sia conforme a giustizia (*“did not accord with justice”*), poiché la perdita del diritto del proprietario, a causa dell'*adverse possession* di un terzo, è una conseguenza illogica e sproporzionata, soprattutto se in assenza di corrispettivo.

La sentenza viene impugnata dalla società innanzi alla Court of Appeal e, nel 2001, quest'ultima riforma la decisione di primo grado, negando che i coniugi abbiano il possesso del fondo, in quanto manca loro l'*intention to possess*, avendo questi affermato nel corso del processo che sarebbero stati disposti a pagare un canone per l'utilizzo del fondo, qualora ciò fosse stato richiesto dalla *J.A. Pye Ltd.*, mettendo in luce quella che, secondo la Corte, è una mancanza di *animus possidendi*. Due giudici rilevano inoltre che l'istituto dell'*adverse possession* deve essere considerato contrastante con l'art. 1 prot. 1 CEDU.

A seguito dell'impugnazione dei Graham contro il provvedimento della *Court of Appeal*, la *House of Lords* riforma la suddetta pronuncia e, con la sentenza del 4 luglio 2002, afferma come il semplice fatto di dichiararsi disponibile a pagare una somma di denaro per il godimento del bene non permette di ritenere che nel possessore manchi l'*animus*; ritiene dunque che i coniugi hanno goduto del pieno uso della terra, senza pagare alcun compenso per dodici anni, a causa dell'inazione del proprietario, maturando per cui il tempo necessario previsto dall'*adverse possession*.<sup>15</sup>

---

<sup>14</sup> *Section 15 del Limitation Act* del 1980 : “No action shall be brought by any person to recover any land after the expiration of twelve years from the date on which the right of action accrued to him or, if it first accrued to some person through whom he claims, to that person”.

<sup>15</sup> G. MAGRI, *Usucapione ed acquisto a non domino nel prisma della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, pp. 1408-1409.



Tuttavia, secondo alcuni membri della *House of Lords*, la decisione presa è foriera di ingiustizia, tanto che dalle *opinions* dei giudici trapela un certo disagio nell'addivenire a tale soluzione. Il giudice *Lord Bingham of Cornhill* puntualizza come, nonostante lo soddisfi il fatto che l'impugnazione dinnanzi alla House of Lord sia accolta, non può essere entusiasta dell'esito della controversia. A parere del giudice, infatti, ove il bene immobile sia oggetto di registrazione, è difficile trovare una giustificazione per una legge che comporti un risultato apparentemente tanto ingiusto, specialmente in assenza di alcuna forma di compensazione per colui che perda il titolo al possesso.<sup>16 17</sup>

Rileva però come, sulla base del *Land Registration Act* del 2002, la situazione sia mutata, e che divenire proprietari di un bene registrato sia oggi più complesso in virtù della nuova disciplina prevista nella riforma dell'*adverse possession*, che tuttavia non è comunque applicabile retroattivamente al caso di specie, in quanto avvenuto anni prima dell'entrata in vigore del LRA.

Secondo la vigente disciplina, infatti, dopo dieci anni di possesso continuato, al fine di divenire proprietario del bene, è necessario notificare al *true owner* registrato la propria intenzione di divenire titolare dell'*estate*, cosicché questo possa attivarsi nei successivi due anni.

4. A seguito del ricorso della *J.A. Pye (Oxford) Ltd. e J.A. Pye (Oxford) Land Ltd* contro la pronuncia del massimo giudice nazionale presso la Corte di Strasburgo, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo è stata chiamata a decidere in merito alla conformità dell'*adverse possession*, prevista dall'ordinamento inglese, con l'art. 1 protocollo 1 CEDU. Il 15 novembre 2005 la sezione quarta della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, con quattro voti favorevoli contro tre dei giudici dissenzienti (Maruste, Garlicki e Borrego Borrego) dichiara che la disciplina prevista per l'*adverse possession*, vigente al tempo della controversia, e quindi ante riforma (non retroattiva) del 2002, è contraria alla CEDU.

Il Protocollo, sottoscritto a Parigi il venti marzo 1952, all'art. 1 così dispone: "Ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di pubblica utilità e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale.

---

<sup>16</sup> *House of Lords*, 4 luglio 2002, [2002] UKHL 30, [2002] 3 All ER 865, Par. 2. *Lord Bingham of Cornhill*: "While I am satisfied that the appeal must be allowed for the reason given by my noble and learned friend, this is a conclusion which I (like the judge [Neuberger J]...) "arrive at with no enthusiasm" [...] "where land is registered it is difficult to see any justification for a legal rule which compels such an apparently unjust result, and even harder to see why the party gaining title should not be required to pay some compensation at least to the party losing it. It is reassuring to learn that the Land Registration Act 2002 has addressed the risk that a registered owner may lose his title through inadvertence. But the main provisions of that Act have not yet been brought into effect, and even if they had it would not assist Pye, whose title had been lost before the passing of the Act."

<sup>17</sup> *House of Lords*, 4 luglio 2002, [2002] UKHL 30, [2002] 3 All ER 865, Par. 73. *Lord Hope of Craighead*: "the unfairness in the old regime which this case has demonstrated lies in the lack of procedural safeguards against oversight or inadvertence on the part of the registered proprietor".



Le disposizioni precedenti non portano pregiudizio al diritto degli Stati di porre in vigore le leggi da essi ritenute necessarie per disciplinare l'uso dei beni in modo conforme all'interesse generale o per assicurare il pagamento delle imposte o di altri contributi o delle ammende<sup>18</sup>

Secondo la Corte di Strasburgo da tale disposizione sono desumibili tre distinte norme che vanno interpretate l'una alla luce delle altre: la prima (art. 1, comma 1, primo periodo) prevede il diritto al rispetto della proprietà; la seconda (art.1 comma 1, secondo periodo) disciplina l'espropriazione per pubblica utilità, a fronte di un giusto indennizzo; la terza (art 1, comma 2) consente alle legislazioni nazionali di disciplinare l'uso dei beni in modo conforme all'interesse generale.<sup>19</sup>

Per quest'ultima finalità non è indispensabile la previsione di un indennizzo a favore dell'individuo che subisca delle limitazioni alla sua proprietà, ma è necessario il rispetto del principio di proporzionalità, e la realizzazione del giusto equilibrio tra il diritto fondamentale del privato sacrificato e l'interesse generale. Il primo precetto è quello che deve guidare l'interpretazione degli altri due.

In passato la Corte aveva sostenuto che la Convenzione operasse anche nei rapporti orizzontali tra soggetti privati e dunque che l'art. 1 dovesse trovare applicazione anche quando fosse disposto il trasferimento di proprietà da un privato ad un altro. In questi casi infatti la Corte di Strasburgo ritiene di essere competente quando la soluzione adottata dal diritto nazionale sembri irragionevole, non proporzionale e dunque contraria alla CEDU<sup>20</sup>.

Nella prima pronuncia del caso *Pye* la Corte EDU stabilisce che per garantire la tutela del diritto del singolo individuo, bilanciandola con l'interesse collettivo,<sup>21</sup> sia necessario effettuare un contemperamento tramite la corresponsione di un indennizzo. E' infatti pos-

---

<sup>18</sup> *First Additional protocol CEDU, Article 1, Protection of property*: "Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions. No one shall be deprived of his possessions except in the public interest and subject to the conditions provided for by law and by the general principles of international law. The preceding provisions shall not, however, in any way impair the right of a State to enforce such laws as it deems necessary to control the use of property in accordance with the general interest or to secure the payment of taxes or other contributions or penalties".

<sup>19</sup> Corte dir. uomo, *Iatridis c. Grecia*, 25 marzo 1999. «selon la jurisprudence de la Cour, l'article 1 du Protocole n° 1, qui garantit en substance le droit de propriété, contient trois normes distinctes (arrêt James et autres c. Royaume-Uni du 21 février 1986, série A n° 98-B, pp. 29-30, § 37) : la première, qui s'exprime dans la première phrase du premier alinéa et revêt un caractère général, énonce le principe du respect de la propriété; la deuxième, figurant dans la seconde phrase du même alinéa, vise la privation de propriété et la soumet à certaines conditions ; quant à la troisième, consignée dans le second alinéa, elle reconnaît aux Etats contractants le pouvoir, entre autres, de réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général. La deuxième et la troisième, qui ont trait à des exemples particuliers d'atteintes au droit de propriété, doivent s'interpréter à la lumière du principe consacré par la première».

<sup>20</sup> Corte eur. dir. uomo, *James ed altri c. Regno Unito*, 21 febbraio 1986 §39 ss. *Fabris c. Francia*, 21 luglio 2011 §55 ss.

<sup>21</sup> Corte eur. dir. uomo, *J.A. Pye Ltd. c. Regno Unito*, 15-11-2005, Par 46. "An interference with the peaceful enjoyment of possessions must nevertheless strike a "fair balance" between the demands of the public or general interest of the community and the requirements of the protection of the individual's fundamental rights".



sibile privare o comprimere il diritto all'indennizzo solo in presenza di condizioni eccezionali.<sup>22</sup>

Mentre il governo inglese durante il processo sosteneva che a causare la perdita del diritto fosse stata l'inazione del *true owner*, la Corte osserva invece che la legge attribuisce la proprietà effettiva del terreno all'*usucapiens*, facendo così sorgere una responsabilità dello Stato. Essa inoltre sottolinea come il trasferimento della proprietà, se avviene nell'interesse del privato, non può ritenersi sostenuto dall'interesse pubblico rilevante. Pur concordando con lo Stato convenuto, che obiettava che l'*adverse possession* avesse degli istituti simili dal punto di vista dell'efficacia in molti ordinamenti giuridici e che a fronte di ciò essa ricopre una certa utilità nell'interesse pubblico, la Corte EDU limita tale risvolto positivo solo ai casi di *unregistered land*. Tale struttura giuridica, infatti, in presenza di fondi registrati, perde di rilevanza, in quanto le risultanze pubblicitarie non meritano di essere messe in discussione da una situazione di fatto.

I giudici della quarta sezione evidenziano come, anche avendo riguardo della mancanza di cura del proprietario nei confronti del fondo, la privazione della proprietà e il trasferimento della stessa al possessore alteri il giusto equilibrio tra gli interessi generali della comunità e la protezione dei diritti fondamentali dell'individuo<sup>23</sup>. Inoltre i ricorrenti, oltre ad essere privati del diritto, non ricevono alcun compenso per la loro perdita<sup>24</sup>, e ciò, secondo la quarta sezione, è in contrasto con l'orientamento della Corte di Strasburgo per il quale perdere la proprietà senza un adeguato ristoro, ragionevolmente parametrato al suo valore, è giustificato solo in circostanze eccezionali; tale principio è parimenti applicabile al trasferimento della proprietà da un individuo ad un altro (dunque su un piano orizzontale).<sup>25</sup>

A fronte di tutte queste osservazioni, la quarta sezione della Corte EDU dichiara l'*adverse possession* contraria all'art. 1 del primo protocollo alla Convenzione, in quanto sconvolge il giusto equilibrio tra la domanda del pubblico interesse ed il diritto della società ricorrente al pacifico godimento del fondo.<sup>26 27</sup>

---

<sup>22</sup> Corte eur. dir. uomo, *J.A. Pye Ltd. c. Regno Unito*, 15-11-2005, Par 47. "In this connection, the taking of property without payment of an amount reasonably related to its value will normally constitute a disproportionate interference that cannot be justified under Article 1 of Protocol No. 1. [...] A deprivation of property without compensation can, in certain circumstances, be compatible with Article 1".

<sup>23</sup> Corte eur. dir. uomo, *J.A. Pye Ltd. c. Regno Unito*, 15-11-2005, Par. 70 "even having regard to the lack of care and inadvertance on the part of the applicants [...] the deprivation of their title to the registered land and the transfer of beneficial ownership to those in unauthorised possession struck a fair balance with any legitimate public interest served".

<sup>24</sup> Corte eur. dir. uomo, *J.A. Pye Ltd. c. Regno Unito*, 15-11-2005, Par 71. "The Court notes in the first place that, not only were the applicants deprived of their property but they received no compensation for the loss".

<sup>25</sup> Corte eur. dir. uomo, *J.A. Pye Ltd. c. Regno Unito*, 15-11-2005, Par. 72 "the taking of property in the public interest without payment of compensation reasonably related to its value is justified only in exceptional circumstances [...] this principle [...] Is equally applicable to the compulsory transfer of property from one individual to another".

<sup>26</sup> Corte eur. dir. uomo, *J.A. Pye Ltd. c. Regno Unito*, 15-11-2005, Par. 75 "In these circumstances, the Court concludes that the application of the provisions of the 1925 and 1980 Acts to deprive the applicant compa-



5. La decisione adottata dalla quarta sezione è poi stata ribaltata dalla *Grande Chambre*, su richiesta dello Stato soccombente ai sensi dell'art 34 CEDU, con sentenza del 30 agosto 2007, che ha accolto l'impugnazione e si è conclusa con dieci voti favorevoli contro sette (con le *dissenting opinions* di Rozakis, Bratza, Tsatsa-Nikolovovska, Gyulmayan, Sikuta, Loucaides e Kovler). Si è deciso dunque che la disciplina britannica dell'*adverse possession*, vigente prima della riforma del 2002, non contrastasse con l'art. 1, prot. 1, della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo.

Le ragioni che hanno portato la Grande Camera a tale capovolgimento sono che l'art 1, prot. 1 tutela la legittima aspettativa di ottenere l'effettivo godimento di un diritto domenicale, e non garantisce l'acquisto di un diritto di proprietà;<sup>28</sup> inoltre i ricorrenti hanno perso il fondo non in virtù di una previsione legislativa che permette allo Stato di trasferire la proprietà alla presenza di determinate circostanze legate ad un interesse di *public policy*, ma a causa di una regolamentazione generale della prescrizione dell'azione di rivendicazione. Essa prevede che, alla maturazione del periodo necessario, il titolo del precedente proprietario, in virtù della disciplina antecedente al 2002, non si estingua immediatamente, ma si ritiene che il *paper owner* debba tenere, come detentore, il fondo in *trust* a favore dell'*adverse possessor*, finché quest'ultimo non fosse effettivamente diventato il titolare del diritto di proprietà.<sup>29</sup>

Le disposizioni del diritto inglese oggetto della controversia non sono dunque finalizzate a privare il proprietario del suo diritto, quanto piuttosto a dirimere questioni di contrasto tra differenti *titula acquirendi*, in un sistema nel quale storicamente dodici anni di possesso continuato sono sufficienti ad estinguere il diritto del proprietario di rientrare in relazione col bene; ed è proprio il possesso incontrastato per un lungo periodo a fornire un titolo a favore del nuovo possessore.<sup>30</sup>

Tutto ciò ha consentito alla Corte di qualificare la vicenda acquisitiva non come un'ablazione della proprietà, come previsto dalla seconda regola del primo protocollo dell'art 1 della Convenzione, e cioè della perdita della proprietà per cause di pubblica utilità,

---

nies of their title to the registered land imposed on them an individual and excessive burden and upset the fair balance between the demands of the public interest on the one hand and the applicants' right to the peaceful enjoyment of their possessions on the other".

<sup>27</sup> Corte eur. dir. uomo, *J.A. Pye Ltd. c. Regno Unito*, 15-11-2005, Par. 76 "There has therefore been a violation of Article 1 of Protocol No. 1".

<sup>28</sup> Corte eur. dir. uomo, *J.A. Pye Ltd. v. U.K.*, 30-08-2007, Par 61 "protects "possessions", which can be either "existing possessions" or assets, including claims, in respect of which the applicant can argue that he or she has at least a legitimate expectation of obtaining effective enjoyment of a property right. It does not, however, guarantee the right to acquire property".

<sup>29</sup> Corte eur. dir. uomo, *J.A. Pye Ltd. v. U.K.*, 30-08-2007, Par. 65.

<sup>30</sup> Corte eur. dir. uomo, *J.A. Pye Ltd. v. U.K.*, 30-08-2007, Par 66 "question of title in a system in which, historically, twelve years' adverse possession was sufficient to extinguish the former owner's right to re-enter or to recover possession, and the new title depended on the principle that unchallenged lengthy possession gave a title".



quanto piuttosto come controllo pubblico dell'uso dei beni, come previsto dalla terza regola derivante dall'interpretazione del suddetto protocollo.<sup>31</sup>

Ciò porta la *Grande Chambre* a ritenere che sia possibile mantenere, nei vari ordinamenti, diverse discipline che consentono di perseguire l'interesse generale volto ad estinguere un titolo di acquisto e attribuirne un altro alla fine di un certo periodo di tempo. Viene dunque respinta l'idea di applicazione di un indennizzo in materia di *adverse possession* (e di usucapione), previsto nei casi di espropriazione, poiché si è qualificata la fattispecie come una tipologia di controllo dell'uso del bene e non come una modalità di sottrazione della titolarità dello stesso.<sup>32 33</sup>

La sentenza inoltre precisa come la regolamentazione della proprietà differisca nei vari ordinamenti e come sia sensibile a decisioni di natura politico-sociale. Contrariamente a quanto sostenuto dalla quarta sezione, anche se il titolo sull'*estate* è registrato, deve essere concesso alle norme di legge statali di conferire più peso al possesso incontrastato di lunga durata, piuttosto che al fatto formale della registrazione.<sup>34</sup>

Per la *Grande Chambre* è dunque accettabile e conforme al Protocollo n. 1 della CEDU che la legislazione di uno Stato membro disponga l'estinzione del titolo del precedente proprietario in quanto, se a questo è impedito di recuperare il possesso del fondo come conseguenza dell'applicazione di una norma, ciò non può essere considerato senza fondamento.<sup>35</sup>

La *Grande Chambre* afferma, contrariamente a quanto sostenuto dalla quarta sezione nel 2005, ritenendo che gli istituti dominicali che disciplinano il trasferimento del diritto di proprietà da un privato all'altro siano una mera regolamentazione del godimento del bene, che la disciplina di questi debba essere rimessa alle scelte discrezionali e politiche degli Stati, anche relativamente ai beni registrati, poiché mantengono un rilevante interesse generale.

Precisa anche che il cambiamento delle regole relative all'*adverse possession*, in Inghilterra, a seguito del *Land Registration Act 2002*, non è tuttavia idoneo a dimostrare in alcun modo che la prevalente disciplina fosse contraria alla Convenzione.

---

<sup>31</sup> Corte eur. dir. uomo, *J.A. Pye Ltd. v. U.K.*, 30-08-2007, Par 66 “deprivation of possessions within the meaning of the second sentence of the first paragraph of Article 1, but rather by a “control of use” of land within the meaning of the second paragraph of the provision”.

<sup>32</sup> Corte eur. dir. uomo, *J.A. Pye Ltd. v. U.K.*, 30-08-2007, Par 79. “The Court has found that the interference with the applicant companies’ possessions was a control of use, rather than a deprivation of possessions, such that case-law on compensation for deprivations is not directly applicable”.

<sup>33</sup> A. GUARNERI, *Usucapione, acquisti a non domino e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2016, pp. 174-177.

<sup>34</sup> Corte eur. dir. uomo, *J.A. Pye Ltd. v. U.K.*, 30-08-2007, Par 74. “Even where title to real property in registered, it must be open to the legislature to attach more weight to lengthy, unchallenged possession than to the formal fact of registration”.

<sup>35</sup> Corte eur. dir. uomo, *J.A. Pye Ltd. v. U.K.*, 30-08-2007, Par 74 “to extinguish title where the former owner is prevented, as a consequence of the application of the law, from recovering possession of land cannot be said to be manifestly without reasonable foundation. There existed therefore a general interest in both the limitation period itself and the extinguishment of title at the end of the period.”.



Inoltre, la Corte ritiene che la mancata esistenza di un indennizzo non ha rilevanza, non essendo l'*adverse possession* una forma di espropriazione ma un fenomeno autonomo, e dunque non suscettibile di vedersi estesi in via analogica i principi giurisprudenziali della CEDU previsti in materia di espropri.<sup>36</sup>

L'interesse generale costituisce la chiave di volta al fine di risolvere la questione di legittimità dell'usucapione in relazione alla CEDU;<sup>37 38</sup>

Al di là della sentenza della Corte di Strasburgo, l'opinione maggioritaria in materia è quella che sostiene il rispetto delle disposizioni del diritto inglese dei principi della Convenzione, comprese quelle antecedenti al *Land Registration Act* del 2002. Tali norme sono state infatti interpretate non come intente a privare della proprietà i detentori di un adeguato titolo formale, ma come interessate a regolare i conflitti tra i vari titoli esistenti in relazione ad un medesimo bene. Sembra dunque che, nell'opinione della Grande Camera, la previsione inglese della perdita della proprietà per effetto del decorso del tempo soddisfi l'esigenza di regolare in modo ordinato le posizioni soggettive in competizione, senza che possano acquistare rilevanza le dimensioni o il valore economico del bene oggetto di controversia.<sup>39</sup>

6. Le decisioni adottate dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *Pye v. UK* sono al centro del dibattito sui rapporti tra proprietà e diritti umani nel diritto inglese.

La pronuncia della Corte di Strasburgo ha condotto ad un elevato numero di riflessioni in merito alla opportunità della permanenza di istituti che compromettano l'esistenza di un diritto dominicale in capo ad un individuo.

Non sempre la Corte è stata lineare nell'applicare l'unica norma della Convenzione a tutela del diritto di proprietà, tanto che alcune volte ne ha inquadrato la perdita come una privazione del diritto, come nel caso dell'esercizio del diritto di riscatto dell'enfiteuta<sup>40</sup>, mentre altre volte ha reputato invece che l'acquisto della proprietà, da parte di colui che

---

<sup>36</sup> G. MAGRI, *Usucapione ed acquisto a non domino nel prisma della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, pp. 1410-1416.

<sup>37</sup> G. PETRELLI, *Trascrizione immobiliare e convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, pp. 343-344.

<sup>38</sup> M. DIXON, *Modern land Law*, 2009 Routledge, p. 526. "In 2007, the Grand Chamber of the European Court of Rights gave judgment in the appeal of *Pye v. UK*. This time, although again by a majority, the Grand Chamber found that the principles of adverse possession as they applied to land governed by the LRA 1925 were not in violation of the Convention. Adverse possession did not deprive a landowner of their title per se; rather it amounted to control of land for the public good. Consequently, the absence of compensation for a title owner who lost their title through adverse possession did not signify a breach of the Convention. In essence, the Grand Chamber decided that the principles of adverse possession are a legitimate and proportionate response, within the UK's margin of appreciation, to a public interest: the interest in settling claims to land. In *Ofulue v. Bossert* (2008), the Court of Appeal has made it clear that *Pye v. UK* establishes, as a matter of principle, that the law of adverse possession is Convention compliant and that this decision of the Grand Chamber must be followed within the English legal system. This seems entirely correct."

<sup>39</sup> M. SERIO, *Il nucleo delle situazioni possessorie nel diritto inglese*, in *Europa e diritto privato*, 2017, p. 610.

<sup>40</sup> Corte eur. dir. uomo *James v. United Kingdom*, 21.2.1986.



possiede, fosse una disposizione prevista per l'attribuzione ad uno Stato del potere di regolamentazione dell'uso dei beni (come nel caso *Pye*), senza che nelle diverse ipotesi fosse individuabile una differenza ontologica.

Leggendo la sentenza della Grande Camera è evidente lo sforzo compiuto nel ricercare un parallelismo tra i principi della giurisprudenza dei diritti umani e la tradizione storica di *common law*, vertente sulle situazioni possessorie.<sup>41</sup>

Il caso *Pye v. UK* ha posto il problema della proporzionalità e della adeguatezza delle regole nazionali in relazione al contenuto della proprietà tutelato dalla CEDU. Il discorso si sposta sia rispetto alla originaria dimensione pubblicistica, relativa ai vincoli urbanistici sulla proprietà immobiliare e riguardante l'entità dell'indennizzo in caso di espropriazione, sia alla legittimità degli espropri stessi.

La discussione sull'*adverse possession* (che ha coinvolto l'analogo istituto dell'usucapione), all'interno della dottrina inglese, si è sviluppata confrontandone gli aspetti positivi e negativi dal punto di vista economico, sociale e tassonomico, e dunque su questioni che hanno a che vedere con la *ratio* stessa dell'esistenza dell'istituto.

La conformità del diritto privato ai diritti umani è una dinamica tipica negli ordinamenti di *common law* e in Inghilterra si osserva come, dopo l'entrata in vigore dello *Human Rights Act 1998*, i giuristi siano molto attenti al concetto della "orizzontalità". Con il termine "*horizontality*", infatti, si descrivono le situazioni in cui il rispetto di un diritto umano potrebbe essere fatto valere tra privati.

Dunque lo *HRA*, come nel caso dell'art. 1 del Protocollo n. 1 Cedu, ammette che un diritto fondamentale della CEDU possa essere oggetto di controversie anche tra privati e non solo fra sfera pubblica ed individui. Ecco spiegato il motivo per il quale i presupposti per poter ottenere la titolarità del diritto di proprietà, in Inghilterra, sono stati rivisti a maggior tutela del proprietario a seguito del *LRA 2002*.

All'interno della discussione emerge la problematica che ha a che vedere con la possibilità, per il proprietario che subisca una sottrazione del proprio diritto, in conseguenza della perdita dello stesso, di ottenere un indennizzo. Nel contesto di *common law*, diversamente dai paesi di *civil law*, che contrappongono situazioni di fatto e di diritto, ci si focalizza sul contrasto fra il rispetto della proprietà come diritto fondamentale ed inviolabile e l'esigenza di garantire che ogni bene venga utilizzato (e dunque posseduto) nel modo più efficiente ed utile possibile per la comunità, specialmente se a goderne siano persone gravate da una situazione di indigenza.

La divisione in dottrina determina il formarsi di una visione più liberale<sup>42</sup>, volta alla tutela del proprietario, ed una più progressista<sup>43</sup>, che pone l'accento sulla funzione sociale dell'*adverse possession* e, di conseguenza, dell'usucapione. Anche i sostenitori di questa secon-

---

<sup>41</sup> M. SERIO, *Il nucleo delle situazioni possessorie nel diritto inglese*, in *Europa e diritto privato*, 2017, p. 609.

<sup>42</sup> BROWN-WILLIAMS, *Rethinking Adverse Possession: An Essay on Ownership and Possession*, 2010, 60 *Syracuse L. Rev.* 583. MARTIN, *Adverse Possession: Practical Realities and an Unjust Enrichment Standard*, 2008 37 *Real Estate L.J.* 133;

<sup>43</sup> DAVIS, *Keeping the Welcome Mat Rolled-Up: Social Justice Theorists' Failure to Embrace Adverse Possession as a Redistributive Tool*, 2010-2011, 20 *J. Transnat'l L. & Pol'y* 73.



da tesi, tuttavia, non si sono mai spinti fino a ritenere che la tutela del possessore possa essere uno strumento idoneo a risolvere i problemi sociali di *homelessness*.<sup>44</sup>

La dottrina contraria al mantenimento della struttura giuridica tradizionale tanto dell'*adverse possession* quanto dell'usucapione ritiene che le disposizioni contenute negli ordinamenti europei non possano considerarsi compatibili con la normativa sovranazionale. Ciò significa necessariamente che i giudici statali dovrebbero verificare che le norme disciplinanti tali istituti, presenti in ciascuno Stato convenzionato, siano idonee a garantire anche la posizione del proprietario che subisca la perdita del diritto, e che dunque le disposizioni nazionali riescano a soddisfare i criteri di ragionevolezza e proporzionalità.

Una delle maggiori preoccupazioni di coloro che sostengono il superamento dell'*adverse possession* è che essa possa portare ad un aumento delle occupazioni abusive di immobili, incrementando un fenomeno molto sentito oltre Manica come quello dello *squatting*.<sup>45</sup>

Il pensiero vicino al modello liberale di proprietà influenza inoltre l'idea che la privazione del diritto, specialmente quando realizzata ad opera dal possessore in mala fede, contrasti inevitabilmente con la tutela dei *property rights*, oggetto di protezione in tutte le carte costituzionali.<sup>46</sup>

Tale punto di vista è volto a sottolineare il paradosso relativo all'ammissione del ristoro economico quando sia la sfera pubblica ad espropriare il bene del privato, mentre non venga stabilito un indennizzo quando è l'individuo a divenire, attraverso il possesso continuato, il nuovo proprietario.

Inoltre, mentre in precedenza l'istituto risultava uno strumento idoneo ad ottimizzare le potenzialità economiche della terra, oggi l'uso efficiente del bene non costituirebbe più un congruo contraltare alla perdita della proprietà.

Vi è da constatare come questo atteggiamento ostile nei confronti dell'*adverse possession* (ed anche dell'usucapione) sia emerso contestualmente alla recente crisi economica dei paesi occidentali. Vi sono infatti numerose situazioni in cui soggetti privati prendono possesso di edifici sfitti, spesso a seguito di *bank foreclosure*, ma a causa di manifestazioni di disobbedienza civile con forme di occupazione consapevole secondo il modello di *occupy movement*, il quale protesta contro le disuguaglianze economiche.

Sempre secondo la parte della dottrina avversa all'*adverse possession*, attraverso riforme che restringono i presupposti applicativi, ad esempio escludendo il possesso che non sia di buona fede o imponendo il pagamento di un indennizzo, verrebbe eliminato il pericolo che l'istituto diventi un mezzo di redistribuzione della ricchezza immobiliare. Ciò coincide con una nuova riaffermazione del diritto di proprietà come un diritto fondamentale ed inviolabile dell'uomo, che si identifica con la libertà dell'individuo.

---

<sup>44</sup> Waldron, *Homelessness and the Issue of Freedom*, 1991, 39 UCLA L. Rev. 295.

<sup>45</sup> R. G. RAJAN- L. ZINGALES, *Saving Capitalism from the Capitalists: Unleashing the Power of Financial Markets to Create Wealth and Spread Opportunity*, 2003, Princeton University Press, p. 32.

<sup>46</sup> F. VIGLIONE, *Proprietà ed usucapione: antichi problemi e nuovi paradigmi*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2013, pp. 469- 472.



Per coloro che vedono favorevolmente la previsione di un ristoro economico ai fini dell'usucapione, l'idea che questa abbia lo scopo di incentivare la produttività del bene sarebbe una falsa premessa, poiché l'utilizzo produttivo della cosa non è l'obiettivo dell'istituto o un suo elemento indefettibile, potendo un possessore non sfruttare economicamente il bene ma semplicemente utilizzarlo escludendo qualsiasi terzo, senza che vengano meno i presupposti dell'istituto.

D'altro canto vi sono alcuni contesti costituzionali in cui l'usucapione sembra veramente potersi applicare secondo una logica redistributiva, come nel caso del Brasile, dove colui che possiede per almeno cinque anni un fondo che non superi i cinquanta ettari, prestandovi il proprio lavoro agricolo, ne acquisisce la proprietà per usucapione. Parimenti avviene per l'usucapione speciale urbana, che prevede sempre un termine di cinque anni a vantaggio del possessore di un immobile di estensione non superiore a duecentocinquanta metri quadrati. Queste due forme di usucapione, coerentemente con la loro funzione, possono verificarsi solo se il possessore non sia proprietario di un bene immobile rurale o urbano.<sup>47 48</sup>

Nel mondo di *common law*, nonostante l'opinione più progressista rivolta alla tutela della funzione sociale dell'istituto, sembra che vi sia una diffidenza di fondo verso l'*adverse possession*, che è emersa ad esempio dalla giurisprudenza dei giudici anglosassoni nel caso *Pye*: anche quando è ammessa, infatti, questa è vista come un fenomeno che “non si accorda con la giustizia”.<sup>49</sup>

Tale tradizionale diffidenza verso una struttura giuridica che determina la perdita della proprietà non è però prerogativa del contesto anglosassone in quanto, sin dal medioevo, l'usucapione (istituto come detto funzionalmente analogo all'*adverse possession*) è stata bersaglio sul continente delle medesime critiche e tanto da venir definita un *impium praesidium* in quanto, nella sua necessità, era tuttavia invisiva al sentire comune. Essa vedeva le maglie della sua efficacia allargarsi o restringersi a seconda del momento storico e del contesto sociale, ma mai nessun sistema giuridico se ne è voluti privare del tutto.<sup>50</sup>

Il caso *Pye contro Regno Unito* rappresenta dunque un giudizio che si conclude col superamento alle tradizionali critiche rivolte all'*adverse possession* ed all'usucapione, e certifica con una sentenza una compatibilità di questi istituti con i diritti fondamentali dell'uomo, basando la motivazione sulla rispondenza di questi stessi ad un interesse generale.

---

<sup>47</sup> F. VIGLIONE, *Proprietà ed usucapione: antichi problemi e nuovi paradigmi*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2013, pp. 472-475.

<sup>48</sup> Art. 183 Costituzione della repubblica federale del Brasile “Chi detiene come sua un'area urbana di duecentocinquanta metri quadrati al massimo, per cinque anni, ininterrottamente e senza opposizione, utilizzata per abitazione sua, o della sua famiglia, ne acquisirà il dominio, purché non sia proprietario di altro immobile urbano o rurale.”

Art. 191 Costituzione della repubblica Federale del Brasile “Colui che, non essendo proprietario di immobili rurali o urbani, detenga come sua, per cinque anni ininterrotti, senza opposizione, un'area di terra in zona rurale, non superiore a cinquanta ettari, e la renda produttiva con il lavoro suo o della sua famiglia, fissandovi la residenza, ne acquisirà la proprietà.”

<sup>49</sup> Sent. High Court, 04/02/ 2000, giudice Neuberger.

<sup>50</sup> R. CATERINA, *Impium praesidium: le ragioni a favore e contro l'usucapione*, Milano 2001, p. 3.



E' opportuno allora analizzare le motivazioni sostenute da coloro che suffragano la soluzione adottata dalla Corte EDU nella sentenza della Grande Camera del 2007.

Innanzitutto, tali istituti rispondono all'antica esigenza di attribuire definitività e certezza giuridica al godimento pacifico di un bene protratto nel tempo. Questa affermazione appare corretta e bisogna trarne la conseguenza che l'adeguato sfruttamento delle risorse è più vicino al pubblico interesse rispetto al loro abbandono, così come è conforme all'interesse generale la trasformazione in realtà giuridica di situazioni di fatto prolungate nel tempo. Gli ordinamenti necessitano di istituti tramite i quali il diritto si adegui alla fattualità, motivo per cui la prescrizione nella forma acquisitiva ed estintiva ha trovato, nel corso dei secoli, la *ratio* della sua esistenza negli stati europei ed extraeuropei.

Sarebbe dunque condivisibile il fatto che la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo abbia riconosciuto l'usucapione come istituto conforme alla CEDU, in quanto finalizzato alla tutela dell'interesse generale, superiore a quello individuale, e dunque ancillare rispetto alla funzione sociale della proprietà. Conseguenzialmente, la Corte ha riconosciuto la conformità alla CEDU alle norme di quegli ordinamenti che premiano il possessore di un bene, qualora il proprietario non lo sfrutti.

L'*adverse possession* e l'usucapione operano anche a favore del titolare del diritto poiché, qualora egli decida di riottenere il possesso della cosa, non la troverà in stato di totale abbandono, ma conservata diligentemente dal possessore che spera di farla propria. La prospettiva dell'acquisto del diritto da parte di colui che gode del bene: "finisce per giovare al proprietario non intieramente dimentico, e perciò destinato a recuperare il bene prima che la perdita del bene sia consumata poiché la speranza dell'acquisto tratterà il possessore dal trattare la cosa con incuria e la negligenza con cui si trattano le cose altrui".<sup>51</sup>

Ecco allora che l'acquisto della proprietà da parte del possessore diviene un compenso per l'aver conservato il bene, mettendo in luce come un tale bilanciamento di interessi debba essere rimesso alle valutazioni politiche delle legislazioni nazionali, unici soggetti realmente titolati a decidere lo scopo di un determinato istituto, qualora questo possa incidere sull'indirizzo politico ed economico di un paese.

Secondo questa lettura della vicenda, l'obiezione per la quale l'usucapione e l'*adverse possession* sarebbero strumenti espropriativi, dovrebbe essere respinta come anche la previsione del pagamento di un indennizzo per la realizzazione del trasferimento del diritto dominicale tra privati. Attraverso simili istituti non si compie un esproprio, poiché l'ordinamento decide di attribuire la proprietà di un bene ad uno dei due soggetti che hanno un rapporto con esso, e che dallo stesso possono trarre una utilità che si riverbera sull'intera collettività.

L'eventuale ammissione di un'indennità che dovesse essere corrisposta da parte dell'usucapiente al precedente proprietario, potrebbe alterare le connotazioni stesse dell'istituto, in quanto il pagamento di un importo rischierebbe di mettere in discussione la natura originaria e non derivativa dell'acquisto del diritto, nonché scoraggiare l'uso del be-

---

<sup>51</sup> A. SACCO, voce "Usucapione", nel *Digesto IV ed., Disc. Priv., sez. civ.*, XI, 1999, pp. 562.



ne, diminuendo così l'utilità dello stesso nei confronti della collettività, depauperando l'istituto della sua tradizionale funzione sociale.<sup>52</sup>

Emergono dunque gli aspetti positivi ed economicamente favorevoli dell'*adverse possession* e dell'usucapione, corrispondenti alla garanzia della certezza delle relazioni, all'abbattimento dei costi relativi alla prova del diritto di proprietà in giudizio ed alla sua utilità qualora vi sia una controversia sui confini della proprietà.

In caso di beni registrati poi, non cesserebbe di esservi un interesse generale a sorreggere l'istituto, nonostante la certezza sull'identità del proprietario fornita dai registri. La presenza di un sistema di pubblicità non è infatti sufficiente ad escludere che l'esistenza dell'usucapione e dell'*adverse possession* sia necessaria ad adeguare il registro con la realtà dei fatti.<sup>53</sup>

Non vale allora quale argomento contrario al permanere di tali strutture giuridiche quello per il quale la certezza delle situazioni proprietarie sarebbe garantita dalla registrazione/trascrizione nei pubblici registri. L'"*argumentum comparationis*" fornito dai sistemi tabolari della tradizione germanica avvalorava questa riflessione; il §900 del BGB tedesco, infatti, consente al possessore del bene, decorsi 30 anni, di compiere una sorta di usucapione *secundum tabulas*, chiamata *Eintragung*, meglio conosciuta come *Buchersitzung*, che permette di trasferire la proprietà di un bene trascritto, in quanto anche in questi sistemi di pubblicità possono verificarsi situazioni nelle quali vi sia la necessità di adeguare le scritture pubbliche a quella che è la realtà materiale, magari a fronte di errori nel procedimento di iscrizione nei registri.<sup>54</sup>

Per ciò che riguarda il trasferimento del diritto corrispondente alla proprietà di un bene immobile registrato sul suolo inglese, sembra che il legislatore, con il *Land Registration Act* del 2002, sia riuscito a raggiungere un sufficiente compromesso tra la necessità di attribuire certezza giuridica alla situazione reale protrattasi nel tempo, unitamente alla necessità di rendere sicuri i trasferimenti di beni, ed il bisogno di tutelare la posizione del proprietario. Questo infatti, se interessato al mantenimento della titolarità del bene oggetto di *registration*, ha modo di intervenire al fine di impedire il decorrere dei tempi necessari per la maturazione dell'*adverse possession*, in quanto ne riceve notizia scritta dal possessore attuale. Tutto ciò si verifica senza un compenso, non modificando i tratti caratteristici dell'istituto e garantendo l'equilibrio degli interessi in gioco.

7. La decisione della Corte EDU ha il merito di aver valorizzato il versante etico dell'*adverse possession*, stigmatizzando l'inerte disinteresse verso la cosa propria, manifestato inequivocabilmente dal proprietario che non se ne prenda cura. Se infatti all'inazione si fos-

---

<sup>52</sup> F. VIGLIONE, *Proprietà ed usucapione: antichi problemi e nuovi paradigmi*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2013, p.471.

<sup>53</sup> G. MAGRI, *Usucapione ed acquisto a non domino nel prisma della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, pp. 1417-1419.

<sup>54</sup> A. GUARNIERI, *Usucapione, acquisti a non domino e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2016, pp. 178



se sostituita un'azione di ostacolo all'altrui possesso, si sarebbe interrotto il decorrere del tempo necessario al fine della maturazione dell'*adverse possession*. E' da tale noncuranza che origina la giustificazione della mancata previsione dei meccanismi compensativi a favore del proprietario.

Le ricadute a livello strettamente giuridico nell'ordinamento inglese, causate dalle sentenze multilivello del caso *Pye* e dal *Land Registration Act* del 2002, per quanto riguarda l'istituto dell'*adverse possession*, sono state relativamente modeste. Infatti, pur muovendosi all'interno della nuova disciplina, le pronunce successive dei giudici d'oltremarica hanno continuato ad applicare, a proposito di *unregistered land* e di *registered land* (la cui acquisizione da parte del possessore non sia stata oggetto di opposizione da parte del *paper owner*), le consuete regole dell'*adverse possession*<sup>55</sup>.

La modifica legislativa del 2002 e la giurisprudenza europea, in Inghilterra, hanno avuto dunque effetti molto più degni di nota sotto il profilo tassonomico che tecnico-giuridico per ciò che riguarda gli istituti in oggetto, conducendo ad una nuova impostazione valoriale dell'*adverse possession*.

Sembrerebbe dunque che il *Land Registration Act* del 2002, distinguendo tra l'acquisto della proprietà immobiliare basata sulla *registration* del titolo e l'acquisto scaturente dal possesso, abbia valorizzato la diligenza esibita dallo *squatter* che ha cura dell'immobile, penalizzando invece l'incuria del proprietario. Così è stato affermato: "Aggregando in una visione tassonomica i dati che si sono andati esponendo deriva come logica e rapida deduzione che il contrassegno centrale dell'*adverse possession* ben possa farsi consistere nella colpa del proprietario che trascuri il proprio diritto e, per ciò stesso, privi la collettività di una possibile condivisione delle ricchezze che una gestione oculata e sorvegliata sarebbe in grado di distribuire." (Così Mario Serio, op. ult. cit.)

Questo è l'orientamento che pare aver trovato riscontro anche nella ricostruzione fatta dalla Grande Camera nel 2007, avendo la Corte sottolineato che sussiste comunque la possibile prevenibilità della perdita della proprietà tramite una semplice condotta operosa del titolare del diritto dominicale. Sembra dunque superata, adottando questo punto di vista, la posizione della assoluta tutela del proprietario proposta dalla quarta sezione della Corte EDU nella sentenza del 2005.

Seguendo tale ragionamento, si può respingere l'idea che la sentenza della Corte possa essere una semplice riqualificazione della disciplina dell'*adverse possession*, ponendo invece l'accento sulle conseguenze che la pronuncia ha determinato sui meccanismi di produttività della ricchezza, nascente dalla proprietà fondiaria, non fruita secondo lo schema della utilità sociale. Per cui il nuovo spirito che anima le recenti riflessioni giurisprudenziali di *common law* e *civil law*, in materia di *adverse possession* ed usucapione, comporta una necessaria rilettura tassonomica dell'istituto.

Specialmente a seguito delle tutele previste dal *LRA* del 2002, sarebbe ipotizzabile una riconfigurazione del diritto di proprietà immobiliare come contenente un obbligo di redditizia amministrazione del bene, rivolta alle esigenze di giustizia sociale e solidarietà tra

---

<sup>55</sup> M. SERIO, *Il nucleo delle situazioni possessorie nel diritto inglese*, in *Europa e diritto privato*, 2017, pp. 610.



tutti i cittadini. L'utilità sociale della proprietà individuale, inoltre, potrebbe frammentarsi in vari micro doveri accessori, funzionali al conseguimento del risultato: uno di questi obblighi è implicitamente emerso dalla sentenza della *House of Lords* del caso *Pye*, e consiste nel dovere di vigilanza e cura del bene che deve essere adempiuto con la prospettiva della sua conservazione e non necessariamente rivolto a fini speculativi.

Si può dunque considerare raggiunto l'obiettivo che la *Law Commission* si era prefissata prima dell'approvazione del *Land Registration Act* del 2002, che mirava ad assicurare all'*adverse possessor* un adeguato titolo dominicale in danno del proprietario che non abbia osservato il generale dovere di vigilanza sui propri beni.<sup>56</sup>

Ad esito del caso *Pye v. UK*, la CEDU non afferma l'impossibilità che da un fatto illecito possa derivare l'acquisto del diritto di proprietà, ma le problematiche sull'operatività dell'usucapione mostrano come, relativamente a questo istituto, debba esservi un adeguato livello di tutela della proprietà nell'interesse del privato.

Si deve rilevare come anche la recente giurisprudenza italiana abbia richiamato e sottolineato il valore delle disposizioni del primo protocollo addizionale alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, nonché delle pronunce della Corte EDU. La seconda sezione della Cassazione civile ha infatti ricordato come sia necessario tener conto "del quadro degli obblighi internazionali che vincolano l'Italia, con particolare riferimento all'art. 1 protocollo n. 1 alla CEDU, quale interpretato dalla Corte EDU nella sentenza della Grande Camera 30.8.2007, *J.A. Pye (Oxford) Ltd & J.A. Pye (Oxford) Land Ltd c. United Kingdom* (ricorso n. 44302/02): con detta sentenza la Corte di Strasburgo, nel ritenere a maggioranza semplice conforme al diritto convenzionale l'*adverse possession* dell'ordinamento del Regno Unito, ha evidenziato l'esigenza di un attento bilanciamento, nell'applicazione di un istituto non dissimile dall'usucapione, dei valori in conflitto tutelati dall'art. 1 del protocollo; ciò che si traduce, quanto meno, nell'esigenza di rigore, da parte del giudice nazionale, nell'apprezzamento - anche sul fronte probatorio - del sussistere dei presupposti per l'acquisto a titolo originario della proprietà, prevalente sul precedente titolo dominicale."<sup>57</sup>

Risulta difficile prendere una netta posizione sul tema della compatibilità o meno dell'*adverse possession* (e dell'usucapione) con la disciplina prevista dal primo protocollo della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo; così come risulta difficile prevedere con certezza quali saranno le reali conseguenze che la nuova idea di proprietà, delineatasi in ambito europeo, eserciterà sui tradizionali istituti del diritto privato.

L'opinione di chi scrive, tuttavia, è che la soluzione adottata dalla Corte EDU nel 2007, in relazione alla compatibilità con le norme sovranazionali delle disposizioni inglesi sull'*adverse possession* (e dunque degli istituti affini dal punto di vista degli effetti), sia corretta, in quanto l'art 1 prot. 1 tutela la legittima aspettativa di ottenere l'effettivo godimento di un diritto dominicale e non garantisce l'acquisto di un diritto di proprietà. La vicenda acquisitiva, dunque, non può essere qualificata come una forma di ablazione della proprietà per cause di pubblica utilità, quanto piuttosto come un legittimo controllo pubblico dell'uso dei

<sup>56</sup> M. SERIO, *Il nucleo delle situazioni possessorie nel diritto inglese*, in *Europa e diritto privato*, 2017, pp. 610-617.

<sup>57</sup> Cass. civ., sez. II, 30 agosto 2017, (ud. 27/04/2017, dep. 30/08/2017), n. 20539.



beni da parte di ciascuno Stato membro, tanto da respingersi l'idea di un indennizzo in materia di *adverse possession* (e di usucapione), previsto nei casi di espropriazione poiché, come affermato, si è qualificata la fattispecie come una tipologia di controllo dell'uso del bene e non come una modalità di sottrazione della titolarità dello stesso.



## PROHIBITION OF ABUSE OF RIGHTS: FROM RULE TO PRINCIPLE

CARLA COSENTINO

SUMMARY: 1. The apparent lack of prohibition in *common law* systems. 2. The birth of the abuse theory in the French system. 3. Paragraph 226 of the German Civil Code: an unfailingly dis-applied rule. 4. The irrelevance of *ius positum* in the Italian practice. 5. The “living law” of the Court of Justice of the European Union. 6. The rediscovery of the *principle* in the lawfulness of the concrete case.

1. Although the abuse of rights issue has been under scrutiny for more than half a century<sup>1</sup>, the debate does not seem to be exhausted<sup>2</sup>, reappearing from time to time with renewed interest, given its difficulty to fit into a formula with uncertain contours and its insusceptibility to a *reductio ad unitatem*<sup>3</sup>.

In point of fact, the contradiction is already present in the definition itself, as evidenced by the terminological incoherence in the juxtaposition of *right* and *abuse*, where the existence of one seems to exclude the emergence of the other<sup>4</sup>.

A very clear contrast indeed, if one considers that the abstract recognition of an active juridical situation is followed by the time of its actual exercise. During such time, a gap

---

<sup>1</sup> Records of it can be found as early as in Roman Law in the dialogical relationship between *ius* and *aequitas*, which encapsulates the idea that the application of a right, grounded in a merely formal basis, can lead to unfair results. On the topic, see S. RICCOBONO, *La teoria dell'abuso del diritto nella dottrina romana* in *Bullettino dell'Istituto di diritto Romano*, 1939, 1, 1 ff. The concrete expression of the prohibition of abuse of rights appears in institutions such as the *aemulatio*, which condemns those who exercise a right with malicious intent to the detriment of others, and the *exceptio doli*, which guarantees a defense to a formally correct but substantially unfair trial action. On the subject, see, among others, S. RICCOBONO, *Emulazione (diritto romano)* in *Noviss. Dig. It.*, VI, Turin, 1957, 520 ff.; V. SCIALOJA, *Aemulatio*, in *Enc. giur. it.*, I, 2, Milan - Naples, 1982, 431 ff. For more recent study, see L. GAROFALO (edited by), *L'eccezione di dolo generale. Diritto romano e tradizione romanistica*. Padua, 2006, *passim*.

<sup>2</sup> Among the main contributions, D. MESSINETTI, *Abuso del diritto*, in *Enc. del diritto*, Milan, 1998, 1 ss.; U. NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, 37 ff.; S. PATTI, *Abuso del diritto*, in *Noviss. Dig. it., Disc. priv.*, Turin, 1987, 2 ff.; P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, Bologna, 1998, *passim*.

<sup>3</sup> As evidenced by authoritative writings on the matter: «Più se ne discute, più si complicano le concezioni dell'abuso: perché la dottrina spesso ne parla come se tutti dovessero procedere da una definizione unitaria, stipulativa, e non controversa; sì che la formula “abuso del diritto” senza altre qualificazioni appare altamente allusiva, quasi che non sorgessero problemi definitivi ed il suo significato fosse da tutti condiviso». In G. ALPA, *Appunti sul divieto dell'abuso del diritto in ambito comunitario e i suoi riflessi negli ordinamenti degli Stati membri*, in *Contr. e Impr.*, 2015, 2, 245.

<sup>4</sup> Following the well-known brocard *qui iure suo utitur, neminem laedit*. On the subject, see M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, Paris, 1949, 248.



may easily arise between how the conduct *ought to be* (i.e. compliant with the legal paradigm), and how it *is* in actuality.

It is therefore in the dynamic phase of the exercise of the right that the acting person's conduct must be assessed. This may result, in its unfolding, in an *abusive* act, depending - as will be later clarified - on the meaning accepted among several possible declinations.

It can be argued that the orientation which used to confine abuse of rights to a meta-juridical dimension, beyond the dogmatic constructions of *scientia iuris*, has now been superseded<sup>5</sup>. The view of abuse as merely a social occurrence is in fact overshadowed by the importance that the phenomenon has gained – even in cases where its possible existence was denied - and by its formal recognition in EU law. This is the case of common law systems in which, although it is not possible to find a conceptualization comparable to that existing in civil law systems, legal importance is recognized for cases of abusive conduct<sup>6</sup>.

A well-known leading case that initially rejects the claims for protection against a landowner, who acted «in excess of his right as a landowner» according to the plaintiff, is *The Mayor of Bradford v. Pickles*<sup>7</sup>. This was a landownership matter in which the court ruled that «if it was a lawful act, however ill the motive might be, he had a right to do it. If it was

---

<sup>5</sup> This view sprung in France, where it was later developed by R. Savatier, who sees abuse of rights as a kind of behaviour that goes against morality. Abusive conduct is, in the author's opinion, the result of an action perfectly abiding by the *regola iuris* but censurable from an ethical point of view. It is the morality criterion that simultaneously serves as a limit to the exercise of the right and as an indicator of abuse. It follows that the phenomenon thus understood, i.e. a mere moral precept, cannot in any way condition the rules of law, as it clearly operates outside the legal system. R. SAVATIER, *Traité de la responsabilité civile en droit français*, Paris, 1951, 23 ff. In Italy, one of the proponents of this interpretation is M. ROTONDI, who considers abuse of rights to be an ethical question, i.e. a problem of social relevance. In his view, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1923, 116, abuse is seen as «... un fenomeno sociale, non un concetto giuridico, anzi uno di quei fenomeni che il diritto non potrà mai disciplinare in tutte le sue applicazioni che sono imprevedibili: è uno stato d'animo, è la valutazione etica di un periodo di transizione, è quel che si vuole ma non una categoria giuridica, e ciò per la contraddizione che non lo consente». See also, by the same author, *L'abuso del diritto. Aemulatio*, Padua, 1979, *passim*.

<sup>6</sup> Particularly interesting is the issue about the relationship between abuse of rights and punitive damages, i.e. if it is possible to settle the latter in cases of abuse, not only for deterring and sanctioning purposes, but also to compensate for the granting and quantification of compensatory damages through an instrument that escapes precise determination. See F. BENATTI, *Danni punitivi e abuso del diritto*, in *Contr. e impr.*, 2015, 4-5, 862 ff.

<sup>7</sup> *Mayor of Bradford v. Pickles* (1895) AC, 587. The case concerns Bradford Waterworks, a company which had supplied water to the town of Bradford for several years, drawing it from a source on a hillside near the property of Mr. Pickles. He had started works on his land that would divert the flow of groundwater, preventing the abovementioned company from continuing its drawing activity. The lawfulness of the works was questioned by the company, on the grounds that the works started concealed Mr. Pickles' the real intent, which was to obligate the company to purchase the rights on the groundwater which had been previously drawn freely. The House of Lords rejected Bradford Waterworks' claim for protection, deeming Pickles' actions perfectly within his lawful right, thus not recognizing the abuse of rights principle. On the precedent, see J. B. AMES, *How far an act may be a tort because of the wrongful motive of the actor*, in *18 Harv. L. Rev.*, 1904-1905, 411; H. T. TERRY, *Malicious torts*, in *20 L. Q. Rev.*, 1904, 10 ss.; F. P. WALTON, *Motive as an element in torts in the common and in the civil law*, in *22 Harv. L. Rev.*, 1908-1909, 501 ff.



an unlawful act, however good his motive might be, he would have no right to do it». The precedent is referred to in a contractual matter, *Allen v. Flood*<sup>8</sup>, in which the malicious behaviour of a subject exercising his lawful right did not constitute a sufficient element to condemn his conduct.

This initial closure is probably due to the limited power of the judge to intervene on the content of contractual agreements, seen as an expression of the sovereign will of the contracting parties<sup>9</sup>.

As is well known, in following the mercantile principle of *freedom of contract*, Anglo-Saxon systems hardly tolerate reviewing on the substantial effects of the exchange. In this frame, the job of courts is to rule on the validity and enforceability of contracts, and not to replace the will of private individuals through the use, in the exercise of rights, of indefinite criteria such as *reasonableness* and *common sense*.

The absolute irrelevance of motive for the purpose of assessing conduct must, however, be tempered by the existence of corrective actions. These include, as in the case in question, the applicability of *tort of nuisance* regarding non-contractual liability.

Born in the context of landownership, the concept translates into the rule which states that the owner who obliges a neighbour to tolerate a certain number of inconveniences, due to the unreasonable exercise of their right, is obliged to pay compensation for any damage caused.

It is, quite clearly, a form of liability reminiscent of the “emulative acts” regulation typical of continental practices<sup>10</sup>, with which it shares the purpose of preventing the harming or harassing of others, albeit in the exercise of one’s right.

The essence of *private nuisance* consists in the unreasonable interference in the use and enjoyment of the property of others; the subjective element of *malice* is not strictly necessary for the purpose of ascertaining liability, but its existence constitutes, undoubtedly, an indicator of it.

American courts of the nineteenth and twentieth century have resolved the disputes arising from a conflict between property rights through *reasonableness* and *malice* rules<sup>11</sup>.

---

<sup>8</sup> *Allen v. Flood* (1898) AC, 1, 46, conclusion reads as follows: «Any right given by contract may be exercised against the giver by the person to whom it is granted, no matter how wicked, cruel or mean the motive may be which determine the enforcement of the right. It is hardly too much to say that some of the most cruel things that come under the notice of a judge are mere exercise of a right given by contract».

<sup>9</sup> On abuse of rights in common law practices, see H. C. GUTTERIDGE, *Abuse of rights*, in *Cambr. L. J.*, 1933, 22 ss; R. O. SULLIVAN, *Abuse of rights*, in *Current legal problems*, London, 1955, 60 ff. More recently, M. BYERS, *Abuse of rights: an old principle, a new age* in *McJill law Journal*, 1 February 2002, 395 ss.

<sup>10</sup> Cf. § 4.

<sup>11</sup> In *City of Franklin v. Durgee*, 58 L. R. A. 112, 51 A. 911 (1901), it is stated that «The common law right of the ownership of land [ ... ] does not sanction or authorize practical injustice to one landowner by the arbitrary and unreasonable exercise of the right of dominion by another, but makes the test of the right the reasonableness of the use under all circumstances. In such case the purpose of the use, whether understood by the landowner to be necessary or useful to himself, or merely intended to harm another, may be decisive upon the question of right. It cannot be justly contended that a purely malicious use is a reasonable use».



Subsequently, the aforementioned criteria were also used to settle disputes in contractual matters, especially in cases where a third party, while exercising the right to free competition, had interfered in a contractual relationship existing between two parties in order to obtain some kind of profit<sup>12</sup>.

The so-called *malice* and *reasonableness* rules have been used by courts in different contexts, from property to labour matters, to the economic-competitive field in the broader sense. This has resulted in the creation, according to legal authors, of a veritable «legal framework for economic change»<sup>13</sup>.

Thus, an *apparent* absence of the prohibition emerges<sup>14</sup>, which, although initially non-applicable in the decisions of courts, acquires importance as a sort of “functional equivalent” through *tort of nuisance* in non-contractual liability.

Since its existence is not recognized explicitly, but only in a mediated way, it is not possible to think of prohibition of abuse in terms of “dogmatics”, as is the case in civil law jurisdictions.

Indeed, in the latter, as previously mentioned, doctrinal approaches alternate with jurisprudential interpretations on the foundation of the rule, its application and the remedial tools.

The constitutive features of abuse are still matter of debate. It is disputed whether the existence of the objective element alone is sufficient, or rather a subjective requirement of liability is necessary. If so, the discussion particularly concerns whether liability implies the sole consciousness of prejudicing the legal sphere of others, or rather a *quid pluris*, consisting in the *animus nocendi*, is needed.

---

<sup>12</sup> See J.T. NOCKLEBY, *Tortious Interference with Contractual Relation in the Nineteenth Century: The Transformation of Property, Contract and Tort*, 93 *Harr. L. Rev.*, 1510 (1979-1980). One of the earliest precedents is *Lumley v. Gye*, Court of Queen's Bench (Coleridge, Erle, Wightman and Crompton, JJ.) [1853] 2 E&B 216.

<sup>13</sup> «Easily manoeuvrable, they allowed courts to expand or restrict at need the range of reasonable, and hence lawful, social and economic “uses” or “activities” The facilitative role played by these rules is not to obscure their ideological function. As suggested earlier, emphasis on shared socioethical standards of “reasonableness” helped justify and naturalize changing notions of “permitted” uses of property, “legal” organized labor activity and “lawful” business competition, ultimately precluding alternative arrangements and different distributive outcomes». In A. DI ROBILAND, *Abuse of Rights: The Continental Drug and the Common Law*, at <http://works.bepress.com>.

<sup>14</sup> See J.M. PERILLO, *Abuse of Rights: A Pervasive Legal Concept* (1995) 27 *Pac. L. J.* 37 at 40, who argues that abuse exists in the American legal system, and is «employed under such labels as nuisance, duress, good faith, economic waste, public policy, misuse of copyright and patent rights, lack of business purpose in tax law, extortion, and other». Similarly, A. GAMBARO, *Abuso del diritto, (diritto comparato e straniero)*, in *Enc. giur. Treccani*, I, Rome, 1988, 6, who argues that the blame and repression of abusive behavior of owners «..è presente anche nell'esperienza di *common law*, solo che essa si presenta nel capitolo della responsabilità civile e non in quello della proprietà». On the topic, see also P. G. MONATERI, *Abuso del diritto e simmetria della proprietà (un saggio di Comparative law and Economics)* in *Diritto Privato*, Torino, 1997, III, 89 ff. More recently, the assumption was reasserted by E. REID, *The doctrine of abuse of rights: Perspective from a mixed jurisdiction*, in *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 8.3 (October 2004), in [www.ejcl.org](http://www.ejcl.org).



Even in systems where the prohibition has received explicit codification, such as Germany, Switzerland and others<sup>15</sup>, the debate is not dormant but revived in light of its recognition in various fields of EU law.

This state of affairs raises further questions regarding its nature, the rationale behind it and, consequently, its “remedial aspect”.

The attempt to provide some answers to the questions raised by this controversial phenomenon cannot be separated from an approach of a comparative nature, considering the large number of contributions on the subject in systems belonging to civil law practices.

It should however be noted, as will be seen below, that the different formants within each system accept abuse of rights in a markedly inhomogeneous way.

Furthermore, a thorough analysis of the issue must also consider the existence of prohibition of abuse of rights in EU law, which can be used as an instrument with a two-fold purpose, i.e. to circumvent the internal laws of the single states or to obtain undue benefits resorting to EU regulations<sup>16</sup>.

2. Due to its large number of contributions on the topic, the reference system for abuse of rights and the related prohibition is, without a doubt, the French model. Starting from the end of the nineteenth century, French scholars have devoted themselves to defining the phenomenon and finding a normative foundation for it.

Said speculative activity resulted in a number theories with the most varied contours, some of which, however, appear now to be outdated<sup>17</sup>. These include the theory which denies legal dignity to abuse of rights on account of the *contradictio in terminis* of the phrase itself<sup>18</sup>.

In this regard, it has already been pointed out that the question seems to be wrongly formulated<sup>19</sup>, in that it confuses two distinct aspects, i.e the legal recognition of the person's active position and its concrete exercise. In fact, the act committed within abuse of one's right cannot be considered compliant with it, inasmuch as it is outside the perimeter of its normal course; in other words, the abuse begins where the right ends<sup>20</sup>.

Once recognized the legal dignity of the concept, it is useful to review the different theories of French scholars, in order to get to the fundamental core of prohibition of abuse and give it a juridical justification.

---

<sup>15</sup> Cf. § 3

<sup>16</sup> Cf. § 5.

<sup>17</sup> On the need to “relativize” some contributions, in light of almost half a century of studies on the subject, see G. ALPA, *op. cit.*, 247, who maintains that a good number of interpretative issues are now outdated, due to the change of context.

<sup>18</sup> See M. PLANIOL, *op.cit.*, 284.

<sup>19</sup> Cf. § 1.

<sup>20</sup> On the subject, see M. ROTONDI, *L'abuso del diritto. Aemulatio, op. cit.*, 18.



According to an early interpretation, the concept of abuse of rights responds to the need to compose a conflict of rights<sup>21</sup>.

Abuse would arise from the unfair exercise of the powers constituting a right, eventually creating a contrast with other equally protected prerogatives. Such an interpretation has been subjected to harsh criticism<sup>22</sup>, proving inadequate to explain the concept of abuse.

On closer inspection, it is an immanent requirement for any legal system to provide settlement of potential conflicts arising from right-based interests. Every relation between legal persons implies the existence of conflicting positions and legal rules are required to settle them.

It can then be argued that the conflict may represent the starting point of abuse or a revealing factor, but certainly not the solution to the problem of its systematic definition<sup>23</sup>.

More in line with the divergence between the static moment of the right's recognition and the dynamic phase of its exercise is the theory that identifies abuse as an *exercice anormal du droit*, which has in Saleilles its main exponent<sup>24</sup>. The abnormality would consist, in the author's thinking, in the contrariness to the economic or social destination of the right, to be assessed exclusively in objective terms.

This last remark represents the strength of the concept at stake. The possibility of qualifying as "abusive" a behaviour that harms the legal sphere of others, purging it from any investigation aimed at ascertaining consciousness or also intentionality, means relieving the passive subject from the burden of proving the subjective element. The responsibility of the agent, based on purely objective parameters, actually translates into an anomalous use of the right, which does not comply with the criterion of "normal exercise" of its prerogatives.

It should also be noted that the "illicit" activity is often characterized by the formal respect of the *regola iuris*, however in violation of its content.

This discordance is at the basis of the interpretation of abuse as "misuse of purpose", which theorizes the split between the external compliance with the legal rule (i.e. observance of its limits), and the substantial transgression, determined by the pursuit of unlawful ulterior motives<sup>25</sup>.

---

<sup>21</sup> As argued by M. DESSERTAUX, *Abus de droit ou conflit de droits*, in *Revue trim. de droit civil*, 1906, 124 ff.

<sup>22</sup> Again, M. ROTONDI, *op. ult. cit.*, 25.

<sup>23</sup> According to M. MESSINA, *L'Abuso del diritto*, Naples, 2004, 86, who criticizes Dessertaux's theory, abuse may be defined as «... una particolare forma di conflitto, dal momento che quest'ultimo non risulterebbe composto in una specifica norma scritta che già contenga in sé il criterio del bilanciamento».

<sup>24</sup> R. SALEILLES, *Étude sur la théorie générale de l'obligation dans la second rédaction du projet de code civil allemand*, Paris, 1985, 371 ff.

<sup>25</sup> The main exponents of this theory are M. HARIOU, *Précis élémentaire de droit administratif*, Paris, 1898, *passim* e E. PORCHEROT, *De l'abus du droit*, Dijon, 1901, 215. Such a theory is further investigated by F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, 1919, *passim*.



The *détournement de pouvoir* is a defect of form typical of administrative acts, attributable to excess of power - a jurisprudential creation - which condemns the unlawful activity of public administration<sup>26</sup>.

Borrowed from public law, the concept was adopted by the exponents of said theory to describe abuse of rights as an activity that violates the function or purpose of the law conferring the right itself.

Although the idea of abuse as an activity that does not conform to the legal paradigm shows certain similarities to the “symptomatic figure” of “misuse of purpose”, the juxtaposition of private subjective juridical situations to categories typical of administrative law presents evident criticalities.

In fact, it should be pointed out that misuse of purpose, as well as other concrete hypotheses falling within the excess of power defect, are all situations pertaining to administrative discretion and its actual exercise.

Unlike its *sensu stricto* bound counterpart, free administrative discretion presents a certain margin of autonomy in the issuing of administrative measures, although it is still obliged to serve a higher public purpose, which is considered to be a legal obligation<sup>27</sup>. Conversely, in the private law, the exercise of the right does not contemplate a power comparable to that of public authorities, especially in the “obligatory” dimension, typical of administrative measures.

As for application, it must be noted that French case law has also provided significant insights into the development of a theory on abuse of rights, mainly through the refer-

---

<sup>26</sup> The *excès de pouvoir* was originally used as a technical tool to check complaints about incompetence and then to censor defects of form. Only later did the *Conseil d'État* apply the *détournement de pouvoir* as a new remedy tool for excess of power, starting with the *Pariset* case. In developing this notion, French courts have come to identify three types of *détournement de pouvoir*: a) the act does not serve any public interest; b) the act is adopted for a different public interest from that for which it should be issued; c) administration feigns the content of an act having a different end in order to evade some formal rules or to reduce certain guarantees. With the circulation of legal models, the *excès de pouvoir* was introduced in Italy through the law establishing the 4th Section of *Consiglio di Stato*. As a result of parliamentary debate, three distinct defects for administrative acts were identified in Italy: incompetence, violation of the law, excess of power. After a long scholarly process, the last one of the three, originally indicating an act detrimental to the powers of others, has come to signify “misuse of power”, to which various symptomatic figures have been gradually added. Through the examination of French decisions, it can be noticed that the Italian practice has followed in parallel the transalpine approach of *détournement de pouvoir*. See, among others, E. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative*, I, Paris, 1896, 394 ff.

<sup>27</sup> The literature on the topic is vast. See, among others, G. AZZARITI, *Dalla discrezionalità al potere*, Padua, 1989; *passim*; L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Padua, 1986, *passim*. M. S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della P.A. Concetto e problemi*, Milan, 1939, *passim*; C. MORTATI, «Potere discrezionale», in *Noviss. Dig. It.*, Turin, 1939, 76; ID, *Norme non giuridiche e merito amministrativo*, in *Stato e diritto*, 1941, 131 ff.; A. PIRAS, «Discrezionalità amministrativa», in *Enc. dir.*, XIII, Milan, 1964, 65.



ence to art. 1134 of the *Code Civil*, which provides for the obligation of the parties to act in good faith<sup>28</sup>.

The main, though not exclusive, area of interest, as will soon be shown, is property law.

The first case in chronological order is a 1855 decision of the Court of Appeal of Colmar in which the uselessness of a building is recognized, even within the legitimate exercise of the right of property, with consequent removal<sup>29</sup>. The decision states that the *ius utendi et abutendi* which characterizes property must entail in any case the pursuit of a serious and legitimate interest and not cause harm to others. A similar ruling was reached by the Court of Appeal of Lyon in 1856 on a case concerning waterworks<sup>30</sup>. But the most famous case is undoubtedly the *arrêt Coquerel/Clément-Bayard*, ruled upon by the *Cour de Cassation* on 3 August 1915<sup>31</sup>.

This was a truly singular decision in which the Court of Cassation opted for a reconciliation of opposing interests, recognizing however the abusiveness of a certain conduct. The matter concerns the owners of two neighbouring plots of land, one of whom used his property as a runway for airships. The other owner, in order to force the neighbour to purchase his land, built a fence with rows of eleven-meter posts ending with metal piles which had no other purpose, in actuality, than to inhibit the passage and the easy landing of airships, to the point that one of them was irreparably damaged.

Having brought the matter to trial, the court recognized the full lawfulness of the speculative purpose, since it the owner is entirely allowed to derive maximum profit from his land, but sentenced him to the removal of the metal piles and compensation for the damage caused through the illegitimate means used for the sole and exclusive intent to harm.

In addition to the property sector, the “abuse theory” is used in several other areas of private law.

Particularly in labour law, abuse of rights became a control instrument to verify the lawfulness, hence the lack of abusiveness of the employer’s withdrawal from contract.

Subsequently, the creation of the principle of just cause and its legal transposition have made it unnecessary to employ it in such a circumstance.

---

<sup>28</sup> Which states «Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi».

<sup>29</sup> Colmar, 2 May 1855, in *Recueil Dalloz*, 1856, 2, 9. The matter concerns the construction of a faux fireplace that prevented light from reaching a neighbour’s windows. This was an act of questionable “usefulness”, as merely ornamental and objectively harmful to other people’s rights.

<sup>30</sup> The case regards the existence of three water sources located on three plots belonging to different owners, but communicating underground. Canalization works made by one of the owners brought about considerable reduction in the water flow of the sources owned by the others, without an objective benefit for the first owner. In the absence of any real benefit, recognizing that the act was determined solely by the desire to damage the neighboring plots, the court invoked the general rule set forth in art. 1382 of the *Code Civil* regarding non-contractual liability.

<sup>31</sup> *Coquerel/Clément-Bayard*, in *Recueil Dalloz*, 1917, I,1917,705 ff.



Further application of the prohibition is found regarding the possibility of reviewing the exercise of the right to strike, if this is exercised for purposes that do not conform to the actual granting of the right, particularly for ambiguous and instrumental purposes.

Finally, the concept is particularly relevant in social law, with reference to the exercise of the right to vote in a meeting, if the right is thought to be used for the purpose of favouring a situation in clear contrast with the social interest<sup>32</sup>.

3. While the French system, in the absence of any legislative declaration of prohibition of abuse, is characterized by a remarkable study tradition, stimulated in turn by a rich case law, paragraph 226 of the German Civil Code of 1900 (henceforth BGB) provides that the exercise of a right is inadmissible (*unzulässig*) if it has the sole purpose of causing harm to others.

Thus, if in the French practice the prohibition of abuse appears to be an unwritten *principle*, in the German legal system it *should* emerge as an unfailingly codified *rule*<sup>33</sup>, to which the alleged cases of unfair exercise of rights should be referred.

The use of *should* is mandatory here. Indeed, this provision, which not only condemns abusive conducts explicitly, but also acquires wider significance as not exclusive to a specific sector of private law, has been basically ignored in actual application, to the point it remains a dead letter. Apart from a few sporadic cases, the rule is unfailingly disappplied today<sup>34</sup>.

The reasons for the non-implementation of this legal prescription are probably to be found in its difficult application. In fact, the highly subjective connotation of the specific case, which in its formulation explicitly refers to «... the purpose of harming others», makes it difficult, if not impossible, to extend it to the majority of alleged cases, as its text seems to suggest. The difficult verifiability of the *animus nocendi* for evidentiary purposes could actually have been tempered by resorting to the mechanism of legal presumptions.

---

<sup>32</sup> With reference to such theories, see A. LAS CASAS, *Trattati essenziali del modello dell'abuso del diritto nei sistemi giuridici europei e nell'ordinamento comunitario*, in the same volume, July 2013.

<sup>33</sup> As in Switzerland, due to the general clause in art. 2 of the Civil Code of 1907, according to which anyone is obliged to act in good faith in the exercise of their rights and in the fulfillment of obligations, as the manifest abuse of their right is not protected by law. On the topic, see P. TERRIER, *L'abus de droit en droit privé suisse*, in M. ROTONDI (edited by), *Inchieste di diritto comparato*, Padua, 1979, 444 ff. Similarly in the Spanish system, in which the prohibition is codified in art. 7, paragraph 2, of the preliminary provisions of the civil code, as amended by the 1974 reform. On the topic, see M. ATIENZA - J. R. MANERO, *Illeciti atipici. L'abuso del diritto, la frode alla legge, lo sviamento di potere*, Bologna, 2004, 37 ff; J. CALVO SOTELO, *La doctrina del abuso del derecho como limitación del derecho subjetivo*. Madrid, 1917, *passim*. Art. 281 of the Greek Civil Code of 1946 also prohibits the exercise of a right that clearly exceeds the limits imposed by good faith or morality.

<sup>34</sup> Such a fact confirms the need, in the study of law, not to limit oneself to legislative provisions alone. This is one of the fundamental assumptions of the comparative method which, in following the third methodological rule, entails a cognitive analysis that draws on the totality of the legal sources of the single systems involved. It is rather common, in fact, that the apparent virtuosity of the *norma legis*, capable of elevating the model examined to paradigm, is contradicted by the practical application of the rule, thus creating discordance from the situation envisioned. It is worth mentioning R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, Turin, 1990, 50 ff.



This allows to infer, from the lack of objective usefulness of the act, the proof of the agent's subjective element<sup>35</sup>. However, the legislator being silent, the vicarious function of case law has modelled the concept of abuse in highly rigorous terms. The extremely faithful interpretation of the legal text has resulted, as an obvious consequence, abuse was very scarcely recognized in all those cases submitted to the examination of the judicial bodies, as falling within the provisions of paragraph 226 of the *BGB*.

This did not entail the expulsion of the specific case from the legal system, but it “forced” case law to search for other textual bases that would allow to censor the aforementioned phenomenon. Normative appendages have been identified in the rules laid down for non-contractual liability as well as those aimed at protecting good faith and fairness regarding obligations.

This refers specifically to paragraph 826 of the *BGB*, which provides for the obligation to compensate for the damage caused as a result of violation of morality, and to paragraph 242 on the general good faith clause<sup>36</sup>.

The use of paragraph 826 has covered the alleged cases of intentionally caused damage, in violation of morality, albeit within the exercise of a right.

Case law in this area includes, for example, the case in which defects of form are claimed that would entail the nullity of the contract after accepting the opposing party's service, or if a right is exercised after such a long time that it has engendered in the counterparty a legitimate expectation regarding its non-exercise.

This particular situation is at the basis of the German theory of *Vermirkung* which legitimizes, in the situation described above, the other party's defence to paralyze the tardive exercise of the right through the alleged violation of the principles of fairness and good faith, in force in the relation<sup>37</sup>.

Further applications, as in the French legal system, are found in the field property law, in neighbourly and social relations, any abusive behavior in the exercise of voting rights, which may harm the social interest.

In time, the recourse to paragraph 826 of the *BGB* gave way to the application of the good faith clause in paragraph 242, which regulates, in general terms, the fair exercise of rights through the prohibition of abusive conducts, i.e. committed with intentionally harmful purposes to the detriment of third parties.

Hence, after examining the situation, one fact emerges as clear: the discordance between the jurisprudential formant and the legislative one makes the German model a pretty far example from what one would have been expected at a first reading. In fact, while the code sets a precise *rule*, the highly subjective connotation of the very rule determines its substantial non-application and the consequent search for normative appendages by schol-

---

<sup>35</sup> Similarly, A. LAS CASAS, *op.cit.*, 23.

<sup>36</sup> On the topic, see, among others, F. RANIERI, *Norma scritta e prassi giudiziale nell'evoluzione nella dottrina tedesca del Rechtsmissbrauch* in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972, 1216 ff.; R. MÜLLER ERZBACH, *Der Rechtsmissbrauch. Sein Erfassen durch das kausale Rechtsdenken*, Italian translation, *L'abuso del diritto secondo la dottrina giuridica teleologica*, in *Riv. dir. comm.*, 1950, I, 89 ff.

<sup>37</sup> On the subject, see S. PATTI, *op. cit.*, 3.



ars which can justify the existence of the *principle*, considered applicable nonetheless, particularly through the use of the good faith clause.

4. One of the reasons that seemed to constitute an obstacle to the recognition of abuse of rights in the Italian legal system is the principle of legal certainty<sup>38</sup>, whose applicability is to be found in the need to guarantee a non-arbitrary application of the law by judges. In truth, the absence of a codification of abuse of rights defining its extension and limits would have led to an excessive dilation of the judges' powers, resulting in further limits to the exercise of the rights, besides those explicitly established by law.

The checking of the various *facultates agendi*, carried out in the dynamic phase of the exercise, would have given the judicial bodies the possibility to establish what is supposed to be within the powers of the holders of the subjective rights and what is not, on account of being "abusive".

The absence of the *rule*, read through the lens of legal certainty, would have equalled the inexistence of the *principle*.

On closer view, the complaints made about the abuse/certainty relationship concern, on general terms, all cases in which the judge is required an interpretative activity, i.e. an expression of discretionary power.

According to the strict interpretation of the separation of powers principle, the judge is exclusively responsible for the application of the rule of law to a specific case through a mechanism that entails the mere subsumption of the concrete case to the abstract provision of law.

In fact, it is evident that such an operation necessarily involves an interpretative activity of a certain discretion, the extent of which is determined by the level of certainty and exactness of the legal case being assessed. Judicial discretion, in fact, is directly proportional to the generality and abstraction of the normative precept: the greater the indeterminacy rate of the formulation, the wider the autonomy reserved for the judgement.

Naturally, such discretionary power is not absolute, but lies within substantial limits which determine the various legitimate alternatives of judgement and impose the search for a solution compatible with the axiological principles of the legal system.

The supposed incompatibility between abuse theory and legal certainty is also strongly challenged on the assumption that, on the contrary, it is precisely the indiscriminate exercise of law, with no possibility of verifying its limits, which undermines the legal certainty of a system, leaving ample space for individual referees<sup>39</sup>.

The initial denial of the phenomenon gives way, therefore, to the search for a *rule* in precise legislative provisions that legitimize its applicability.

---

<sup>38</sup> On the topic, see M. MESSINA, *op. cit.*, 111.

<sup>39</sup> That is the view of U. NATOLI, *op. cit.*, 33.



The first rule identified by legal authors is art. 833 of the civil code regarding emulative acts<sup>40</sup>. Considered to be the expression of a principle of social solidarity between private individuals and a precept to follow for using property in compliance with the interests of the whole community, the provision has for years been a regulatory framework capable of justifying the existence of prohibition of abuse.

The provision stating that «the owner is not allowed to commit acts which have no other purpose than harming or harassing others», aptly sums up the idea of prohibition of an anomalous exercise of the owner's rights.

It must be stated, however, that the wording of the rule, combined with its context of application (landownership) and the interpretative contribution of the jurisprudential formant, in spite of a far too extensive interpretation by scholars, have eventually determined the impossibility for the rule itself to constitute a starting point for the recognition of a general principle on prohibition of abuse of rights. In fact, similarly to the wording of paragraph 226 of the German Civil Code, the highly subjective nature of the specific case results in the considerable restriction of the provision's application scope. Following the principle *onus probandi incumbit ei qui dicit*, it is up to the victim of abuse to provide proof of the right holder's intention to harm.

In an attempt to mitigate the rigor of the subjectivistic approach of art. 833 of the Italian Civil Code, scholars have developed several theories, driven by the desire to provide a different reading of the legal text. According to one interpretation, the intention to harm does not imply a conduct aimed at causing damage, but rather expresses the mere awareness of detriment that accompanies the exercise of the right.

Borrowing concepts from penal law, the willfulness of the act should be replaced by the sole consciousness of the possible negative consequences of one's behaviour<sup>41</sup>.

On the other hand, a different orientation, aiming at switching the assessing criterion for harmfulness to a more objective level, focuses on the "purpose of acts", considering some of them detrimental, regardless of a real intention to harm<sup>42</sup>. Unlawfulness should not be assessed with regard to the subjective element, but exclusively with reference to the scope of harmfulness of the act itself.

Although supported by the commendable purpose of allowing for less rigorous interpretation, the abovementioned theories do not conceal a certain "interpretative stretch",

---

<sup>40</sup> Being unable to provide an exhaustive list of bibliographical references, see, among others, M. ALLARA, *Atti emulativi*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 33 ff.; F. D. BUSNELLI - E. NAVARRETTA, *Abuso del diritto e responsabilità civile*, in *Diritto privato*, III, *L'abuso del diritto*, Padua, 1998, 206 ff.; M. COMPORTEI, *Contributo allo studio del diritto reale*, Milan, 1977, 264 ff.; A. GAMBARO, *Jus aedificandi e nozione civilistica della proprietà*, Milan, 1975, 45 ff.; ID., *Emulazione*, in *Noviss. Dig. It. (discp. priv.)*, Turin, 1991, 439 ff.; U. MATTEI, *La proprietà immobiliare*, Turin, 1995, 186 ff.; S. RODOTÀ, *Note critiche in tema di proprietà*, in *Riv. trim. dir. civ.*, 1960, 1268 ff.

<sup>41</sup> Not a conduct, therefore, supported by representation of tort and willingness to commit it, but a different psychological attitude characterized by the acceptance of the occurrence of possible negative consequences of a behavior bent on a legitimate purpose. On the topic, see G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale (parte generale)*, Bologna, 2005, 328 ff.

<sup>42</sup> See M. ALLARA, *op. cit.*, 35.



also evidenced by case law, which remains, in the application of the rule, definitely faithful to the legal text.

Even in a diachronic investigation, there have been several precedents in which the Supreme Court has always required the presence of the subjective element of *animus nocendi* as a conduct aimed at causing harm<sup>43</sup>.

A further requirement that significantly conditions the extension of the rule is the reference «to acts that have *no other purpose* than to harm or harass». The literal interpretation of the provision implies that, for the purpose of the subsumption of the specific case to the abstract model referred to in art. 833 of the Italian Civil Code, it is necessary that the only motive for the right holder's behaviour is the will to harm, thus excluding cases where a benefit for the holder can be recognized.

Another – also rejected – interpretation suggested extending the precept's application scope to cases in which there was some kind of benefit for the owner, albeit lesser than the harm caused to third parties<sup>44</sup>. This possibility would have implied a comparative assessment of damages and benefits leading to the application of art. 833 even in cases where the former were greater than the latter. Case law has however rejected this theory on the assumption that «... per aversi atto emulativo, vietato dall'art. 833 c.c., è necessario che l'atto di esercizio del diritto sia privo d'interesse ed utilità per colui che lo compie e che sia stato posto in essere al solo scopo di nuocere o recare molestia ad altri<sup>45</sup>», recently reasserting that «... non è riconducibile a tale categoria un atto comunque rispondente ad un interesse del proprietario, non potendo il giudice compiere una valutazione comparativa discrezionale fra gli interessi in gioco o formulare un giudizio di meritevolezza e prevalenza fra gli stessi».

This brief analysis allows us to exclude that art. 833 may be indicated as a provision capable of justifying the existence of prohibition of abuse of rights as a general *principle*.

This is due to the definitory troubles of the legal text, so univocal as to leave no room for the various and commendable attempts of scholars to provide a reading that lies outside the landownership context. It is also due to the literal interpretation of case law, which does not allow for an application of the provision that could go beyond the context in question<sup>47</sup>.

It is not surprising, therefore, that authors have looked elsewhere for a provision to which to prohibition of abuse should be traced, identifying it in the general clause of objec-

---

<sup>43</sup> On this matter, Cass. civ., 25 March 1995, n. 3558, in *Giur. It.*, 1996, I,1, 378, stating that «Cass. civ., 22 January 2016, n. 1209, in *Foro It.*, 2016, 3, 1, 842, stating that «... ai sensi dell'art. 833 c.c., integra *atto emulativo* esclusivamente quello che sia obiettivamente privo di alcuna utilità per il proprietario ma dannoso per altri».

<sup>44</sup> Strongly supported by U. NATOLI, *La proprietà. Appunti delle lezioni*, I, Milan, 1976, 165.

<sup>45</sup> Cass. civ., 16 March 1996, n. 301, in *Mass. Giur. It.*, 1996.

<sup>46</sup> Cass. civ., 22 January 2016, n. 1209, on [www.italgiure.giustizia.it](http://www.italgiure.giustizia.it).

<sup>47</sup> Among others, see Cass. civ., 17 October 1969, n. 3394, on [www.italgiure.giustizia.it](http://www.italgiure.giustizia.it), stating: «Non costituisce applicazione di un principio generale di divieto per il proprietario di compiere atti che non abbiano se non lo scopo di nuocere o recare molestia ad altri; pertanto la norma dell'art. 833 c.c. non può essere invocata fuori dal campo per cui è dettata e, in particolare, contro un condominio, il quale eserciti il proprio diritto di rivolgersi al giudice per far dichiarare l'asserita nullità di una deliberazione dell'assemblea dei condomini».



tive good faith<sup>48</sup>. A rule of conduct to conform to, having now risen to inspiring criterion for all property relations, it certainly presents a certain contiguity with abuse of rights. This similarity was also recognized by the jurisprudential formant, which used it as leverage to legitimize the existence of a general prohibition of abuse of right in the Italian system<sup>49</sup>.

Particularly interesting in this respect is the ruling of the Court of Cassation 20 April 1994, n. 3775, also known as *caso Fiuggi*<sup>50</sup>, in which good faith is defined as «... regola di governo della discrezionalità soggettiva», prohibiting abuse and granting the injured party a far more effective remedy than damages, that is, the termination of the contract.

However, it should immediately be stressed that the two concepts should not overlap<sup>51</sup>: good faith is a criterion for assessing behavior among persons in the unfolding of their relations. Prohibition of abuse of rights concerns the relationship between the rule and the holder of the legal situation that the latter assigns to them. In other words, the dogmatics of abuse translates into the necessity for the holder to exercise their right in compliance with the provision.

It is obvious that, in assessing abuse, objective good faith plays a fundamental role, as it is a suitable clause to provide private individuals with a paradigm for good conduct, though it is imperative not to fall into the methodological error of considering one the product of the other.

On the contrary, it is believed that abuse of rights has an autonomous and broader conceptual dignity than that of good faith, as evidenced by the sanctioning response to abusive conduct, which emerges as quite diversified in character.

In addition to the classic compensatory solution which often accompanies the injunction and notifies the termination of the abusive conduct<sup>52</sup>, case law has declared, as a remedial action, the termination of the contract being abused, as in the aforementioned *caso Fiuggi*.

---

<sup>48</sup> U. NATOLI, *op.cit.*, 1958, 37 ff.; P. RESCIGNO, *op.cit.*, 13 ff.; S. ROMANO, *Abuso del diritto*, in *Enc. del diritto*, I, Milan, 1958, 168 ff.; S. PATTI, *op. cit.*, 2 ff.

<sup>49</sup> Among the numerous, and in some cases dated, judgements, see, for instance, Cass. civ., 15 November 1960, n. 3047, in *Mass. Giur. It.*, 1960 stating: « L'abuso del diritto non è previsto nel c.c. vigente come particolare figura di illecito. Peraltro, in singoli casi, con riferimento ai fondamentali precetti giuridici della buona fede e della rispondenza dell'esercizio agli scopi etici e sociali per cui il diritto è riconosciuto e concesso dall'ordinamento giuridico, l'uso anormale del diritto può condurre il comportamento del singolo fuori della sfera di esso in modo da costituire un'attività avente carattere di illiceità». See also Cass. civ., 23 July 1997, n. 6900, in *Mass. Giur. It.*, 1997; Cass. civ., 14 November 1997, n. 11271, in *Mass. Giur. It.*, 1997; Cass. civ., 31 May 2010, n. 13208, on [www.italgiure.giustizia.it](http://www.italgiure.giustizia.it). Particularly interesting is the assessment of abuse of rights with reference to the breach of contract in Cass. civ., 31 May 2010, n. 13208, on [www.italgiure.giustizia.it](http://www.italgiure.giustizia.it), stating: «

<sup>50</sup> For an account of the facts, see decision in *Foro Amm.*, 1997, 414 ff.

<sup>51</sup> On the topic, see G. D'AMICO, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, in *I contratti*, 2010, 22.

<sup>52</sup> This was born in the context of landownership as an action taken by the owner of the damaged plot to obtain the elimination of the causes of immissions in order to definitively ascertain their unlawfulness and to achieve the completion of the structural changes to the property to make them cease. It was then extended to other sectors such as consumer goods, protection of engineering works, unfair competition, etc.



Sometimes art. 1438 of the Italian Civil Code is invoked, according to which the threat to enforce a right - which is likened to the abusive use of the right – is cause for annulment of the contract if it is aimed at achieving unlawful benefits.

The *exceptio doli generalis* is also considered to be generally applicable. This grants its holder the possibility to oppose to a claim or defence of others which is abstractly founded, but is actually an expression of an unfair exercise of the right on which it is based.

Abuse of rights and good faith are, therefore, two contiguous but not coinciding phenomena<sup>53</sup>.

The fact that it seems impossible to isolate a rule, or better, a single rule, to which the all the hypothesis of abuse of right can be univocally traced back, together with the absence of an explicit recognition of such a concept by the legislator, must not and cannot lead to denying its existence and applicability in the Italian system, as happened in the past.

A major role in the development of an “abuse theory” is surely played by art. 833, as well as by the general clause of good faith, and also by articles 2 and 3, paragraph 1 of the Italian Constitution on the principle of solidarity and formal equality in a constitutionally oriented reading of the phenomenon. The theory, however, does not lend itself to being confined within narrow boundaries.

On the other hand, it is commonly thought that its failed “positivization”, i.e. the absence of a *rule*, ends up confirming the full applicability of the unwritten principle, which, on closer view, is able to express the phenomenological variety of abuse<sup>54</sup>.

Our brief analysis of the French and German legal systems also proves said assumption. Indeed, the former shows strong similarities with the Italian practice, while the latter, despite accepting prohibition of abuse in an explicit way, has resorted, in the application stage, to other rules to sanction the multiplicity of the potentially subsumable conducts of the specific case.

5. Once established that prohibition of abuse constitutes a general principle in most legal systems of the European Union, it is necessary to ask oneself whether the applies to the framework of EU law as well<sup>55</sup>.

---

<sup>53</sup> Similarly, judgement n. 20106 Cass., del 18 September 2009, in *Contr.*, which has explicitly recognized abuse of right as a general principle in the Italian legal system.

<sup>54</sup> Particularly significant in this respect are the words of N. LIPARI, who argues that «In sostanza, il principio dell'abuso del diritto si proietta necessariamente nella complessità delle vicende applicative e quindi si sottrae ad ogni ipotesi di formalizzazione. In chiave di teoria generale la riflessione non può essere diversa a seconda che l'abuso sia o meno sanzionato da un testo legislativo, proprio perchè, com'è stato giustamente osservato, l'abuso del diritto riflette la storia stessa di un problema di misura del diritto inteso... come insieme di ragioni coesistenti in un sistema». *Ancora sull'abuso del diritto. Riflessioni sulla creatività della giurisprudenza*, on [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it), fasc. 4, 2016.

<sup>55</sup> On the topic, see, among others N. BROWN, *Is there a general principle of abuse of rights in European Community Law?*, in D. Curtin, T. Heukels (edited by), *Essays in honour of Henry G. Schermers: Institutional dynamics of European integration*, II, Dordrecht, Boston, London, 1994, 511 ff.; S. CAFARO, *L'abuso del diritto nel sistema comunitario: dal caso Van Bisberger alla Carta dei diritti, passando per gli ordinamenti nazionali*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2003, 291 ff.; R. DE LA FIERA, *Prohibition of abuse of (community) law: the creation of a new general principle of EC law through tax*, in *Common Market Law Review*, 2008, 395; M. GESTRI, *Abuso del diritto e frode alla legge nell'ordinamento comunitario*,



Before examining the issue, a clarification is necessary: since EU law is characterized by an eminently pragmatic nature compared to that of the single national models, a positive answer to the question cannot imply conceptual identity, but necessarily the enucleation of an autonomous and more complex notion than that of the individual states<sup>56</sup>, considering the multi-layered level (internal and supranational) of protection of rights involved.

The starting point is represented by art. 54 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union (also known as Charter of Nice) entitled *Prohibition of abuse of rights*, which reads: «nothing in this Charter shall be interpreted as implying any right to engage in any activity or to perform any act aimed at the destruction of any of the rights and freedoms recognized in this Charter or at their limitation to a greater extent than is provided for herein». Truthfully, the text does not seem to correspond to the title, as there is no explicit reference to abuse, to which the provision is actually entitled. Nevertheless, the meaning is absolutely clear.

It should be noted that there are no written rules in Treaties that refer to abuse of rights<sup>57</sup>, but with the enforcement of the Lisbon Treaty, the Charter of Nice has taken, from a formal point of view, the nature of multilateral treaty and, from a practical point of view, the same legal value as the founding Treaties of the European Union, becoming in actuality a primary source of EU law.

Rather than the “written” law of the EU, it is the “living” law of the Court of Justice of the European Union that we need to consider in order to identify all the arguments for an autonomous theorization of abuse of rights in “community” law.

The examination of the cases covered by the CJEU shows that the notion of abuse of rights corresponds to at least three distinct types, notably a) the circumvention of state regulations through the instrumental use of powers recognized by EU law; b) violation of EU law through the factitious attribution of prerogatives deriving from it; c) the exercise of a right based on a community provision which however alters, in practice, its original purposes (the so-called abuse of rights in the strictest sense)<sup>58</sup>.

As already mentioned, the theorization of abuse in EU law is unsurprisingly more complex than in national systems, considering the fields in which it was isolated – all regarding fundamental freedoms – and especially for the rather difficult harmonization between national and supranational rules.

Among the numerous precedents<sup>59</sup>, the *Halifax* case stands out in fiscal matters<sup>60</sup>, i.e. regarding the application of indirect tax regulations, in which the Court specifies the ele-

---

Milan, 2003, *passim*; K. E. SORENSSEN, *Abuse of rights in community Law: a principle of substance or merely rhetoric?*, in *Common Market Law Review*, 2006, 423 ff.

<sup>56</sup> The clarification is by G. ALPA, *op. cit.*, 247.

<sup>57</sup> Some believe, however, that the concept of abuse is referred to in art.4 par. 3 of T. F. U. E., which states that «The Member States shall take any appropriate measure, general or particular, to ensure fulfilment of the obligations arising out of the Treaties or resulting from the acts of the institutions of the Union».

<sup>58</sup> On the topic, see F. LOSURDO, *Il divieto dell'abuso del diritto nell'ordinamento europeo*, Turin, 2011, 135 ff.

<sup>59</sup> See, for instance, judgement of 3 December 1974, case C-33/74, judgement of 5 October 1994, case C-23/93, judgement of 2 May 1996, case C-206/94, judgement of 19 October 2004, C-200/02, etc.



ments constituting a conduct considered abusive: «... For it to be found that an abusive practice exists, it is necessary, first, that the transactions concerned, notwithstanding formal application of the conditions laid down by the relevant provisions of the Sixth Directive and of national legislation transposing it, result in the accrual of a tax advantage the grant of which would be contrary to the purpose of those provisions. Second, it must also be apparent from a number of objective factors that the essential aim of the transactions concerned is to obtain a tax advantage».

The Court clearly identifies three requirements, namely the merely formal compliance with a rule, the subject's reliance on the acquisition of an advantage resulting from the application of the rule, the violation of the purpose underlying the rule.

In what follows, the remarkably more pragmatic approach of EU law emerges. In fact, in requiring the substantial violation of the precept, the Court makes exclusive reference to contrariness to the purpose, without mentioning wilfulness or consciousness of undermining the legal positions of others. But there is more: for evidentiary purposes, the aim of obtaining an undue advantage must be inferred from *a number of objective elements* characterizing abusive conduct, regardless of the need to ascertain and prove the intention to circumvent the provision.

In full awareness of the difficulty to provide positive proof of the presence of *animus nocendi* or, more simply, the willfulness to violate the law, the Court of Justice considers a merely objective ascertainment to be sufficient for the recognition of abusive conduct. Failure to comply with the specific purposes of the rule which, in other legal systems, is seen as an indispensable subjective element for the emergence of abuse, may be induced, through a presumption mechanism, by objective elements indicating the unlawful conduct.

The reference to a case of abusive practices ascertained through eminently objective criteria is nearly a constant in most judgements of the Court of Justice in the various matters in which it has ruled<sup>61</sup>.

In the *Emsland Staerke GmbH*<sup>62</sup> it is restated that: «... finding of an abuse requires, first, a combination of objective circumstances in which, despite formal observance of the conditions laid down by the Community rules, the purpose of those rules has not been achieved».

**6.** Prohibition of abuse of rights is therefore an *autonomous principle*, which is no longer possible to doubt<sup>63</sup>; it is fully effective in national systems as well as in EU law, where it

---

<sup>60</sup> Judgement of 21 February 2006, case C-255/02, on [https://europa.eu/european-union/law/find-case-law\\_it](https://europa.eu/european-union/law/find-case-law_it).

<sup>61</sup> Reference is made to rulings regarding freedom of movement of services, freedom of settlement and movement of people, etc.

<sup>62</sup> Judgement of 14 December 2000, case C110/99, on [https://europa.eu/european-union/law/find-case-law\\_it](https://europa.eu/european-union/law/find-case-law_it).

<sup>63</sup> In the *Centros* case, it is explicitly stated that «... the principle which prevents individuals from improperly or fraudulently taking advantage of provisions of Community law ... is among the general principles of Community law». Judgement of 9 March 1999, case C-212/97, on [https://europa.eu/european-union/law/find-case-law\\_it](https://europa.eu/european-union/law/find-case-law_it).



emerges both as source and interpretative criterion, given the function of case law of the Court of Justice in light of which EU law sources should be interpreted<sup>64</sup>.

The enucleation of the concept of abuse is not accidentally entrusted to the “creativity” of case law; it is not in the European context, in which the Court of Justice has played and continues to play a major role in the characterization of the phenomenon; it is not in the national systems such as Germany or Italy, in which judges have tried to fill the gaps of the lawmaker being “too strict” in the former case and “absent” in the latter.

Actually, on closer inspection, it probably could not have been otherwise precisely with reference to a concept expressing not the static moment of granting a subjective right but the dynamic phase of its actual exercise. In fact, it is in its realization that the occurrence of the event and its legal qualification are welded in the search for the juridical enunciation or the principle to which the solution of the case is to be traced back.

Such a consideration makes it possible to reflect on abuse of rights from a different perspective, no longer grounded to the search for a legal paradigm according to the fitting and, perhaps too simplistic, subsumption of the concrete case to the abstract model: the constant complexity of juridical relations in which different, hardly predictable interests intertwine, imposes a kind of assessment that eschews schematic preconceptions.

We have already pointed out the inadequacy of qualifying abuse as a mere hypothesis of a tort concerning injurious damages, a paradigm that would mortify its remedial perspective. This does not mean accepting arbitrary solutions or broad evaluative discretion: it is obvious that any judgement remains confined to its respective legal framework.

Of secondary importance is also the failure to formalize abuse in punctual regulatory provisions in view of a rethinking of the very concept of legality, which does not necessarily arise from the emergence of an imposed precept and therefore from a *rule* of law, but also and especially from the necessity to engage in the exercise of the right, assessing it with reference to its impact on the whole of the interests at stake in the concrete case.

It is therefore totally acceptable to claim the inadmissibility of a conduct which, while complying with the normative framework of reference, is, however, illegitimate for its purposes<sup>65</sup>.

Prohibition of abuse properly responds to the logic of the consideration of the right *in fieri*, in the witted statement that «behind all rules there is always a principle»<sup>66</sup>.

---

<sup>64</sup> In his respect, see G. ALPA, *op. cit.*, 253.

<sup>65</sup> In this respect, see the in-depth analysis of N. LIPARI, *op. cit.*, on [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it).

<sup>66</sup> A. GENTILI, *Il diritto come discorso*, Milan, 2013, 464.



## IL DANNO DA FUMO NELLA RECENTE GIURISPRUDENZA DI MERITO E DI LEGITTIMITÀ

EUGENIO BENEVENTO

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. La commercializzazione del tabacco quale attività pericolosa – 3. L'interazione della "scelta di fumare" con la responsabilità per attività pericolosa

1. Inserendosi nel vivace dibattito ha animato negli ultimi anni dottrina e giurisprudenza in tema di risarcibilità del danno da fumo<sup>1</sup>, la sentenza in commento<sup>2</sup> rappresenta uno spartiacque tra il consistente orientamento volto a disconoscere la configurabilità del diritto al risarcimento e la "timida" linea in controtendenza inaugurata dalla Corte di Cassazione con la nota pronuncia sugli obblighi informativi da posizionarsi sui pacchetti delle sigarette, che ha ricondotto la fattispecie nell'orbita dell'art. 2050 cod. civ.<sup>3</sup>. La Corte di Appello milanese ha, difatti, applicato nella giurisprudenza di merito i principi coniati dalla Suprema Corte nel 2009, con una decisione che aveva rappresentato la prima pronuncia favorevole al riconoscimento della risarcibilità dei danni da fumo attivo, seppur in modo del tutto collaterale, in quanto facente riferimento alla dicitura "light" presente sulle confezioni di sigarette fino all'anno 2003<sup>4</sup>.

Il tema è, dunque, quello della produzione e della vendita dei prodotti del tabacco e dei danni da esso derivanti. A differenza di altri ambiti, nei quali la pericolosità del prodotto ha un contenuto compensativo con vantaggi diretti o indiretti per la collettività, la commercializzazione dei derivati del tabacco, che per decenni ha rappresentato lo *status symbol* di intere generazioni, finendo per diventare l'icona di numerose rappresentazioni cinematografiche, è attività del tutto lecita, ma completamente priva di benefici sociali o individuali, caratterizzata, com'è, da una logica puramente economica.

---

<sup>1</sup>Sui diversi orientamenti sui danni da fumo si veda PONZANELLI, *Il caso Cipollone: la tutela del fumatore tra normativa federale e statale*, in *Foro it.*, 1992, IV, 502 ss., nonché, dello stesso Autore, *Class action tutela dei fumatori e circolazione dei modelli giuridici*, *ibidem*, 2000, 449 ss.

<sup>2</sup>La sentenza della Corte di Appello di Milano n. 1432/16, confermativa del precedente intervento del Tribunale, afferisce alla richiesta risarcitoria formulata dai parenti di una vittima dei danni da fumo, nello specifico del danno da fumo attivo. Precisamente gli eredi Scippa citavano in giudizio la British American Tobacco spa (BAT), in seguito alla morte del de cuius Antonio Scippa. La Corte di Appello Meneghina, come detto, confermava la sentenza del Tribunale e condannava la British American Tobacco a risarcire i predetti eredi della somma complessiva di euro 970.000, comprensiva tra gli altri della somma di euro 60.000 assegnati al de cuius ed euro 4.435 per le spese funerarie.

<sup>3</sup>Sentenza Cass. Sez. III 17.12.2009 n. 26516 in *Giur. civ. comm.*, 2010, 660 ss. con nota di D'ANTONIO, *Il danno da fumo e l'art. 2050 cod. civ. scusate il ritardo*.

<sup>4</sup>Si veda D'ANTONIO, *La saga della tobacco litigation italiana all'indomani di Cass. n. 26516/2009*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2, 2015, 185 ss.



In tale contesto la Corte di Appello di Milano, dopo aver accertato il nesso causale fra l'assunzione di tabacco e la neoplasia polmonare, ha sentenziato per il riconoscimento del diritto al risarcimento, attraverso un percorso motivazionale che merita attenzione.

2. L'indirizzo esegetico che ha trovato prevalente riscontro nella prassi interpretativa è, come ben noto, univocamente teso ad escludere la produzione e la distribuzione di sigarette tra le attività pericolose di cui all'art. 2050 cod. civ. e, nel contempo, la riconducibilità del fatto ai parametri di cui all'art. 2043 cod. civ.<sup>5</sup>

Nonostante il riconoscimento che il tabacco, per la sua natura e composizione biochimica, contiene una potenziale carica di nocività, si è costantemente sostenuto che i fumatori non perdono il controllo delle proprie capacità decisionali, sicché agli stessi non è inibita la scelta di fumare o non fumare, vale a dire la capacità di discernimento.

Nessun riferimento, seppure indiretto, è fatto alla tutela offerta dall'art. 32 Cost., né vengono presi in considerazione i riflessi condizionanti del processo di assuefazione su cui è copiosa la letteratura medica.

Nel descritto scenario, l'apparato argomentativo della decisione in esame, incentrato sui due parametri codicistici degli artt. 2050 e 1227 c.c., segna una decisa inversione di rotta.

La Corte meneghina ha, *in primis*, inquadrato la fattispecie della produzione e vendita di sigarette nell'orbita applicativa dell'art. 2050 cod. civ., a tenore del quale chiunque cagiona danno ad altri nello svolgimento di un'attività pericolosa, per sua natura o per la natura dei mezzi adoperati, è tenuto al risarcimento, se non prova di avere adottato tutte le misure idonee a evitare il danno.

I prodotti del tabacco – si afferma – non possono accomunarsi a prodotti genericamente difettosi o suscettibili di recare danno al consumatore soltanto a fronte di anomale forme di utilizzazione, ma si tratta di beni che, per loro stessa natura, sono destinati a causare un danno alla salute del fruitore, collegato al tipico e prolungato utilizzo.

Non vi è pericolosità nel momento produttivo del bene, né nell'uso anomalo dello stesso, bensì nell'assunzione ordinaria e costante.

Il carattere della pericolosità, richiesto dall'art. 2050 cod. civ., è, insomma, insito nel prodotto in sé e nel suo consumo.

Pioniera di una esegesi di tal fatta era stata, come detto, la sentenza n. 26516/09 della Suprema Corte, che aveva riconosciuto l'applicabilità dell'art. 2050 cod. civ. alla commercializzazione del tabacco ed aveva posto, per la prima volta, il problema del processo informativo su “*un bene di per sé pericoloso per la salute del consumatore*”.

---

<sup>5</sup>In questa sede si procede a citare ed ad elencare una serie di sentenze: App. Roma 27 gennaio 2012; Trib. Roma 11 Aprile 2011; Trib. Roma 28 gennaio 2009; Trib. Roma 4 aprile 2008; Trib. Roma 5 dicembre 2007; Trib. Brescia 10 agosto 2005; Trib. Roma 11 aprile 2005; Trib. Napoli 15 dicembre 2004; Trib. Roma 11 febbraio 2005; Trib. Brescia 10 agosto 2005.



La Corte di merito milanese, nel rimarcare che la pericolosità di un bene non può limitarsi *sic et simpliciter* alla sola attività produttiva, ma deve estendersi anche alla fase finale, afferente l'utilizzo del bene, ha compiuto un ulteriore passo avanti.

Radicalmente disatteso è stato il tentativo di scindere, nell'interpretazione dell'art. 2050 c.c., produzione e utilizzazione. E ciò per l'essenziale ragione che non ha senso produrre un bene se non se ne prevede l'utilizzo: produzione e utilizzo sono due fasi dell'identico procedimento diretto all'immissione in commercio del bene, due facce della stessa medaglia<sup>6</sup>.

Ed qui che si coglie il *novum* della decisione meneghina: l'art. 2050 cod. civ. va letto nel senso che può essere riferito anche solo alla fase di consumo del bene finale di una determinata attività produttiva priva di rischi specifici, perché unitario è il procedimento di produzione e commercializzazione<sup>7</sup>.

Riconosciuta la dannosità insita nel consumo normale e prevedibile del bene – e, al riguardo, la letteratura medica è copiosa – diviene doverosa l'adozione di adeguate misure di protezione, che si traducono nel dovere di informare ed educare il consumatore circa i rischi connessi all'utilizzo.

Di conseguenza, accertato il nesso eziologico tra danno lamentato dalla vittima e consumo dei prodotti da fumo, si innesca la presunzione di responsabilità posta dalla previsione codicistica in capo al produttore, su cui incombe l'onere di dimostrare l'adozione di tutte le misure necessarie ad evitare che il danno si concretizzi.

Non si tratta, però, di responsabilità da prodotto difettoso, come definita dalla normativa europea. Come ritenuto dalla Corte, “*un farmaco difettoso è un prodotto che, proprio (e solo) perché è tale, produce effetti dannosi o non produce gli effetti benefici in vista dei quali ne è stata autorizzata l'immissione in commercio; le sigarette e gli altri tabacchi lavorati producono i loro effetti micidiali per la salute umana a prescindere da qualsivoglia difetto, anche se, come di regola accade, sono state prodotte senza difetto alcuno e sono state conservate fino al momento del consumo*”.

L'assunto è estremamente chiaro<sup>8</sup>. Qualsiasi prodotto che è difettoso, diventa dannoso. Cosa diversa per le sigarette, che sono dannose in quanto tali, anche se conformi ai migliori standard produttivi.

In sostanza, la nocività della sigaretta è *in re ipsa*, indipendentemente dai processi produttivi.

**3.** La maggiore criticità in materia di risarcimento del danno da fumo è costituita dalla centralità della condotta del danneggiato e dalla sua scelta “*se fumare o meno*”.

---

<sup>6</sup> CASCIONE, *La responsabilità per danni da fumo*, in *Seminari di diritto privato comparato*, Bari, 2011, 211 ss.

<sup>7</sup> D'ANTONIO, *La Cassazione e il danno da fumo attivo: alla ricerca di un orientamento che non c'è*; si veda anche FACCI: *Brevi considerazioni in tema da danni da fumo*, 1999, 944 ss. e COVUCCI, *Attività pericolosa e responsabilità oggettiva del produttore di sigarette*, p. 660 ss.

<sup>8</sup> Corte di Appello di Milano n. 1432/16 considerato in diritto.



Ed in effetti, la prevalente giurisprudenza non ha mancato di ravvisare un rapporto diretto e continuo tra comportamento colpevole del consumatore e irresponsabilità del produttore di sigarette. La “scelta di fumare” viene, insomma, assimilata ad una sorta di accettazione del rischio.

Ma anche sotto questo profilo, la sentenza in commento si segnala per la sua portata innovativa.

Nel ricostruire le interazioni tra responsabilità da attività pericolosa (art. 2050 c.c.) ed il fatto concorsuale colposo del danneggiato (art. 1227 c.p., che, come noto, prevede una diminuzione del risarcimento “*secondo la gravità della colpa e l'entità delle conseguenze che ne sono derivate*”), la Corte milanese ha affrancato il diritto al risarcimento dal comportamento del soggetto danneggiato<sup>9</sup>.

Si afferma, in sostanza, che la fattispecie di cui all'art. 2050 c.c. si perfeziona indipendentemente dalla condotta del consumatore. Nella ricostruzione ermeneutica operata dalla sentenza in esame, il comportamento del danneggiato degrada, dunque, ad elemento esterno del paradigma normativo della responsabilità per danni da fumo.

L'attenzione è stata spostata dal comportamento del danneggiato e dalla sua capacità di discernimento al nesso eziologico tra produzione e vendita di tabacchi e l'evento danno<sup>10</sup>.

In questa prospettiva, la negligenza del danneggiato nell'adozione di misure cautelative volte ad evitare il danno assume rilievo giuridico in un momento successivo, cioè quello della determinazione del *quantum* del risarcimento.

Ciò non significa che la condotta del danneggiato non assumi rilevanza alcuna sulla responsabilità, rimanendo oltremodo significativo l'inquadramento del ruolo del fumatore.

A tal proposito, la Corte di Appello opera una fondamentale distinzione tra il consumo di tabacco *ante* 1990 e quello successivo, quasi ad evitare modelli di assoluta deresponsabilizzazione del danneggiato ed al fine di valutare il grado di consapevolezza del rischio che accompagnava la vittima del danno all'atto del consumo del tabacco<sup>11</sup>.

Intanto si può parlare di apporto causale del danneggiato, purché vi sia piena conoscenza della pericolosità del prodotto e consapevolezza della scelta. Quindi, volontarietà dell'esposizione al rischio e conseguente violazione di un canone diligenziale.

E non c'è dubbio che, in quest'ottica, fondamentale rilevanza assume l'informazione sui rischi connessi al consumo da parte del produttore.

Nel caso che ci occupa, il consumatore non era informato compiutamente dei pericoli per la propria salute dal produttore, prima del 1990 e quindi era nell'impossibilità di effet-

---

<sup>9</sup> D'ANTONIO, *Il danno da fumo e l'art. 2050 cod. civ.*. Si veda anche CAPECCHI, *Il nesso di causalità: da elemento della fattispecie fatto illecito a criterio di limitazione del risarcimento del danno*, Padova, 2005.

<sup>10</sup> IZZO, *La precauzione nella responsabilità civile*, Padova 2004.

<sup>11</sup> ROLFI, *Il nesso di causalità nell'illecito civile: la Cassazione alla ricerca di un modello unitario*, in *Corr. giur.*, 2006, pp. 263 ss.



tuare una scelta libera e consapevole tra il non fumare ed il fumare con tutti i rischi conseguenti.<sup>12</sup>

Tale rappresentazione giustifica l'assetto motivazionale della Corte di Milano, che configura un concorso della vittima nell'evento dannoso soltanto per il periodo successivo al 1990 allorquando il fumatore decise di continuare nell'uso del fumo, nonostante le informative sui pacchetti di sigarette.

Mentre per il periodo precedente al 1990 dove non si era proceduto a dare conoscenza dei danni da fumo da parte delle società produttrici determina in capo a questi ultimi in maniera assorbente la responsabilità per danni.<sup>13</sup>

Va precisato che le fondamenta della liceità della commercializzazione dei prodotti da fumo ha trovato giustificazione nel principio, più formale che sostanziale, nell'autonomia economica privata e nel potere decisionale del consumatore, in grado di decidere sull'utilizzo nocivo di un bene per la salute.<sup>14</sup>

Da tali impostazioni ne deriva che la legislazione pubblica è stata impregnata non da una logica proibizionistica, bensì puramente informativa, finalizzata non a proibire il consumo del prodotto pericoloso, bensì ad favorire la consapevolezza della pericolosità dello stesso ed a disincentivare il consumo in via indiretta.

In sostanza l'impianto normativo è stato caratterizzato non da una logica proibizionista, ma dall'autonomia decisionale degli utenti, dal momento che la legislazione antifumo succedutasi nel tempo non ha avuto come oggetto principale la tutela diretta del diritto alla salute.

Infatti attraverso una analisi della normativa sviluppatasi in questi anni, la stessa è stata finalizzata esclusivamente a segnalare al consumatore i rischi provocati alla salute dai prodotti da fumo, risultando invece assente una rigida impostazione proibizionistica.

Appare quindi evidente la carenza di un efficace meccanismo di "*regulation trough legislation*", risultando nel merito un vuoto normativo idoneo e finalizzato a regolamentare e disciplinare il settore in merito a tutte le implicazioni connesse alla vendita di prodotti del tabacco e, soprattutto al consumo degli stessi.<sup>15</sup>

In quest'ottica l'utilizzo di forme di regolamentazione pubblica unitamente alla tipizzazione di meccanismi della responsabilità civile può rappresentare un adeguato percorso per tutelare ed equilibrare la tutela dei soggetti lesi, in considerazione che la scelta normativa di consentire la produzione e la vendita di prodotti dannosi per la salute dei consumatori deve essere finalizzata in via prioritaria alla tutela del diritto alla salute.

---

<sup>12</sup> FERRARI, *Il danno da fumo tra regolamentazione e risarcimento. Note in tema di informazione, dissuasione e limiti cognitivi degli individui*, 2007, pp. 109 ss.

<sup>13</sup> COVUCCI *Attività pericolosa e responsabilità oggettiva del produttore di sigarette*, in *Rivista*, 2010 pp. 660 ss.. Si veda anche D'ANTONIO, *Il danno da fumo*, cit.

<sup>14</sup> D'ANTONIO *La saga della tobacco litigation italiana all'indomani di Cass n. 26516/2009*, in *Nuova giur. Civ. comm.*, 2, 2015, 185 ss., nonché COVUCCI, *Anche il Tribunale di Milano riconosce la risarcibilità dei danni da fumo attivo*, in *Danno e resp.*, 2, 2015, pp. 174 ss.

<sup>15</sup> In merito al rapporto tra *litigation* e *legislation* si veda, MONATERI, *I danni da fumo*, in *Corr. giur.*, 2005, pp. 668 ss.



In sede processuale la British American Tobacco ha predisposto la propria linea difensiva attraverso l'analisi dell'evoluzione della consapevolezza dei danni da fumo nella società italiana.

In tal senso si è cercato di dimostrare che i pericoli per la salute connessi al fumo di sigarette erano diventati di conoscenza comune in Italia fin dal lontano 1945.<sup>16</sup>

Nel caso di specie venivano allegati i lavori storiografici della prof.ssa La Rocca dove venivano citati ed indicati una serie di quotidiani locali e nazionali (Corriere della Sera, La Stampa, il Messaggero, il Mattino, l'Unità, l'Avanti, Avvenire,) oltre che riviste femminili (Annabella, Gioia) settimanali di informazioni (Espresso, Panorama), rotocalchi, settimanali confessionali, rapporti statistici e pubblicazioni specializzate.

Tale copiosa documentazione era la prova tangibile, secondo la consulenza dell'appellante, che dal 1945-1991 vi era stata una evoluzione lineare dell'acquisizione nelle coscienze collettive della consapevolezza dei danni da fumo.

Tali articoli segnalavano la pericolosa connessione tra fumo e malattie mortali e dove l'attenzione alla collettività di tali pericoli erano stato ingentivato anche da malattie che avevano colpito personaggi celebri: Winston Churchill, re Giorgio VI di Inghilterra, lo scrittore Franz Werfel.

In tal senso si provvedeva a citare anche il rapporto Terry sugli effetti dannosi da fumo.

Con tale articolata ricostruzione storica parte appellante si è sforzata di dimostrare che la collettiva consapevolezza dei danni da fumo era già presente prima del 1991.

Le motivazioni della Corte Meneghina, per le considerazioni di cui appresso si dirà, finiscono ancora di più per ritagliare e definire la posizione soggettiva della parte passiva.

Fermo restando l'aspetto processualistico di contestazione degli scritti della prof. La Rocca, che non potevano costituire una prova preconstituita, vale a dire un documento, formatosi fuori dal processo ed idoneo a rendere nota l'esistenza di un fatto costitutivo di una situazione giuridica, la Corte Milanese è attenta nell'evidenziare che la documentazione allegata si fonda su stampa quotidiana e periodica ma è priva completamente di popolari ed efficaci forme di comunicazione, in grado di influenzare i comportamenti quotidiani della vita quotidiana di grandi masse di persone.<sup>17</sup>

Come contro rappresentazione la Corte Milanese è invece sensibile nell'evidenziare "la pubblicità mascherata" di sigarette, attraverso non solo inquadrature di pacchetti ma anche in richiami palesi con riproduzioni cinematografiche, richiamando l'immagine come il fumatore è stato lo status symbol di intere generazioni.

---

<sup>16</sup> Sentenza Corte di Appello di Milano n. 1432/16 considerato in diritto; sulla centralità dell'obbligo di informazione si veda anche Cass., sez. III, 2007 n. 3086, in *Foro it.* 2007, cc. 3144 ss. e Cass. sez. un., 2009 n. 794, in *Corr. giur.*, 2009, pp. 770 ss.

<sup>17</sup> Sulla centralità dell'obbligo di informazione si veda D'ANTONIO, *Sigarette light*, cit.



A parere della Corte l'aspetto centrale è definire ed inquadrare la posizione soggettiva del danneggiato, il suo livello culturale al fine di cristallizzare la potenziale ricettività nell'acquisizione di informazione.<sup>18</sup>

A parere sempre della Corte i richiami della British American Tobacco sull'informazione collettiva avevano un valore limitato su una persona, come il defunto Scippa che aveva lasciato la scuola all'età di quindici anni per lavorare come cameriere in un pubblico esercizio nella zona della stazione di Napoli, che certamente non poteva leggere il rapporto Terry né acquisire riviste ed informazioni scientifiche.

Il grado di diffusione nella collettività ha sicuramente un valore generale, ma deve comunque essere messo in correlazione con la posizione soggettiva del ricevente e sulla sua potenziale ricettività nell'inglobare le informazioni.

Tale motivazione pone le basi per una attenta verifica dell'art. 1227 cod. civ., ampiamente menzionato in sentenza ed la sua profonda interazione con l'art. 2050 cod. civ., come pilastri normativi della citata sentenza.

E' interessante notare attraverso un'analisi comparata nel sistema nord americano che già nel 1995 la Corte federale del distretto della Louisiana aveva indicato la necessità per i fumatori di agire processualmente non più singolarmente bensì congiuntamente tramite "*class action*".

In quest'ottica la sentenza Castano del 1995 ha rappresentato nel sistema giurisprudenziale americano il punto di svolta per una tipizzazione dell'azione risarcitoria.

In sede processuale la British American Tobacco ha cercato di inquadrare la fattispecie attraverso la normativa di fonte europea in materia di prodotti difettosi, dove a suo dire andrebbe applicata in luogo dell'art. 2050 cod. civ..

Nel merito il richiamo motivazione della sentenza della Corte di Appello di Milano è estremamente chiara: la qualifica di pericolosità di un'attività dipende dalla quantità di pericolo che la connota, risultando ardua e comunque priva di base normativa la limitazione al solo momento produttivo della responsabilità ex art. 2050 cod. civ..

In tal senso citando l'esempio della "*bombola di gas*", dove in quest'ultima l'attività si è trasfusa nella pericolosità della cosa, si sarebbe in presenza di un'attività di per sé pericolosa che produce una cosa pericolosa, che contiene in questo caso l'oggetto pericoloso dell'attività, il gas.<sup>19</sup>

Nel caso invece delle sigarette il collegamento non è applicabile, dal momento che la loro produzione non è pericolosa e quindi tale attività non può trasfondere tale caratteristica nel prodotto.

Un eventuale regolamentazione della produzione di sigarette tra la normativa europea sarebbe distorsiva.

---

<sup>18</sup> Sull'obbligo di informazione si veda anche Cass. Sez. III 2007 n. 3086 in *Foro it.* 2007, 3144 ss e Cass sez. un. 2009 n. 794 in *Corr. giur.*, 2009, 770 ss. cit.

<sup>19</sup> TASSONE, *Tobacco Litigation all'italiana e responsabilità civile che va in fumo*, in *Danno e resp.*, 11, 2009, pp. 1088 ss.



Nel caso de quo, la sentenza della Corte Milanese ritaglia nettamente le sfere competenziali tra l'ordinamento italiano che conosce e regola le attività pericolose e le cose in custodia e la legislazione speciale di origine comunitaria che conosce i prodotti difettosi.

Nel caso di specie la qualifica di pericolosità è determinata dalla quantità di pericolo che la connota, risultando errata la limitazione al solo momento produttivo della responsabilità ex art. 2050 cod. civ., risultando per sua natura e non per la natura dei mezzi impiegati pericolosa l'attività di produzione di sigarette e di tabacchi lavorati, finalizzata alla loro commercializzazione ed al consumo da parte di terzi.

L'assenza di una adeguata politica di informazione circa il pericolo di sviluppare gravi malattie oltre all'utilizzo di strategie mediche per contrastare fenomeni di dipendenza da tale consumo, espone un numero molto alto di persone a contrarre malattie.<sup>20</sup>

Peraltro sentenza la Corte, che inquadrare la vendita delle sigarette tra i prodotti pericolosi, diventerebbe illecita di per sé, in quanto in violazione dell'obbligo, sancito dall'art. 104 d. lgs. n. 206/2005, di immettere sul mercato solo prodotti sicuri e renderebbe conseguenziale l'attivazione delle autorità amministrative competenti di cui all'art. 106, che dovrebbero prendere i provvedimenti prescritti dal successivo art. 107, fino all'inevitabile divieto di immissione sul mercato, stabilito dal II comma lett. E) N. 1 ) del codice del consumo.<sup>21</sup>

L'art. 103 I comma del d. lgs. n. 206/2005 la definizione dei prodotti pericolosi ha carattere negativo, con l'affermazione di considerare tali tutti i prodotti che non rispondono alla definizione di prodotto sicuro.

Le repliche formulate dalla British American Tobacco di evidenziare la consapevolezza dei rischi connessi a tale abitudine sono state ritenute dalla Corte prive di ogni supporto scientifico e documentale.

La sentenza in esame è estremamente nitida nell'evidenziare che i processi motivazionali sono stati condotti attraverso una attenta ricognizione delle fonti di documentazione, tralasciando completamente di considerare modelli culturali e di comportamento.

E' interessante notare come la Corte Milanese dia particolare importanza alle procedure di informazioni e di pubblicità assegnando a queste uno spartiacque ai fini risarcitori.

Tale ricostruzione non significa celare il concetto di assuefazione, che è ampiamente documentato da una copiosa letteratura medica e trova comunque spazio nei passaggi motivazionali della sentenza.

Infatti da una attenta lettura appare cristallizzato il seguente concetto: la idoneità a responsabilizzare il consumatore con riferimento ai rischi del fumo non produce i medesimi risultati concreti se riferiti ad un soggetto che assume tabacco da un tempo significativo rispetto a colui che non ha mai fatto uso e deve scegliere se cominciare a fumare. Nel disegno giurisprudenziale della corte milanese traspare il concetto che l'assuefazione determinata dai prodotti da fumo assume rilevanza in termini di minore efficacia dell'informativa sul-

---

<sup>20</sup> MONATERI, *I danni da fumo*, pp. 673 ss.

<sup>21</sup> D'ANTONIO, *Riflessioni sulla risarcibilità del danno da fumo*, 10, 2004, pp. 996 ss.



la pericolosità del prodotto fornita al consumatore tardivamente, quando questi aveva già cominciato a fumare.<sup>22</sup>

In sostanza il tentativo di procedere alla ricostruzione della fattispecie secondo un modello di responsabilità oggettiva ancorato alla fattispecie dell'art. 2050 cod. civ. non impedisce in chiave interpretativa di dare adeguata attenzione alla condotta del danneggiato che incide ai sensi dell'art. 1227 cod. civ..

In tal senso ai tentativi di parte appellante di dibattere sulla carenza probatoria dell'assuefazione da fumo da parte del signor Scippa, l'intervento della Corte è netto nel richiamare le consulenze tecniche espletate circa il forte tabagismo di cui era affetto il de cuis.

Orbene nella fattispecie di danni da fumo, si potrebbe obiettare che la centralità della condotta del danneggiato e la sua scelta "*se fumare o meno*" pone delle criticità in materia di elementi giustificativi al riconoscimento della responsabilità oggettiva.

La Corte ha superato tale rigida impostazione, attraverso un obbligo di prevenzione bilaterale, valida anche per la responsabilità di natura oggettiva.

In sostanza ha un senso applicare l'art. 2050 cod. civ., fin quando da un lato si verificano le condizioni di cui al citato articolo che impone alla ditta produttrice di aver adottato tutte le misure ad evitare i danni.

In tal senso si è già discusso dell'obbligo di informazione, e come lo stesso sia stato sviluppato negli ultimi anni.<sup>23</sup>

Si rappresenta che le precedenti sentenze erano basate su un rapporto diretto e continuo tra condotta colpevole del consumatore e della irresponsabilità del produttore di sigarette.

In sostanza la scelta di fumare finiva per diventare come un consenso ad accettare la pericolosità del rischio.

Il carattere innovativo della sentenza della Corte di Appello sta nell'aver cristallizzato il concetto dell'art. 2050 cod. civ. indipendentemente dal comportamento del soggetto danneggiato.<sup>24</sup>

In sostanza l'art. 2050 cod. civ., si perfeziona al di là del comportamento del consumatore, che in quest'ultima circostanza non costituisce elemento di perfezionamento della fattispecie di cui al predetto articolo.

Nella fase ricostruttiva della sentenza il comportamento del danneggiato degrada ad elemento esterno del paradigma normativo della responsabilità per danni da fumo.

Mentre la giurisprudenza pregressa era basata nel focalizzare esclusivamente l'attenzione sul comportamento del danneggiato e sulla sua capacità di discernimento, i

---

<sup>22</sup> TASSONE, *Tobacco Litigation all'italiana*, cit, p. 1088.

<sup>23</sup> COVUCCI, *Attività pericolosa e responsabilità oggettiva del produttore*, cit, pp.569 ss.

<sup>24</sup> CASCIONE, *La responsabilità per danni da fumo*, in *Seminari di diritto privato comparato*, Bari 2011, pp. 211 ss.



successivi interventi spostano il baricentro sul nesso eziologico tra produzione e vendita di tabacchi e l'evento dannoso.<sup>25</sup>

In tal senso la negligenza del danneggiato nell'adozione di misure volte ad evitare il danno assume rilievo giuridico in un momento successivo, cioè quello della determinazione del risarcimento.

Questo non significa che la condotta del danneggiato non assumi rilevanza alcuna sulla responsabilità, rimanendo oltremodo significativo l'inquadramento della posizione del ruolo del fumatore .

Nel caso di specie la Corte di Appello scinde nettamente tra il consumo di tabacco ante 1990 e quello successivo, quasi ad evitare modelli di assoluta deresponsabilizzazione del danneggiato e, quindi direttamente a distinguere il grado di consapevolezza del rischio che accompagnava la vittima del danno all'atto del consumo del tabacco.

Fin tanto si può parlare di apporto causale del danneggiato quando vi sia piena conoscenza della pericolosità del prodotto e consapevolezza della scelta e, quindi volontarietà dell'esposizione al rischio e la violazione di un canone diligenziale.

Tale rappresentazione va letta e posta in correlazione con la parallela responsabilità del venditore di tabacchi. In tal senso assume rilevanza l'obbligo di informazione sui rischi connessi al consumo da parte del produttore.

Quindi, il consumatore non era informato compiutamente dei pericoli per la propria salute del produttore, prima del 1990 e quindi era nell'impossibilità di effettuare una scelta libera e consapevole tra il non fumare ed il fumare con tutti i rischi conseguenti.

Tutto ciò giustifica l'assetto motivazionale della Corte di Milano, che configura un concorso della vittima nell'evento dannoso soltanto per il periodo successivo al 1990 allorché il fumatore decise di continuare nell'uso del fumo, nonostante le informative sui pacchetti di sigarette.

Mentre per il periodo precedente al 1990 dove non si era proceduto a dare conoscenza dei danni da fumo da parte delle società produttrici determina in capo a questi ultimi in maniera assorbente la responsabilità per danni.<sup>26</sup>

È interessante notare come la Corte Milanese dia particolare importanza alle procedure di informazioni e di pubblicità assegnando a queste uno spartiacque ai fini risarcitori.

Infatti da una attenta lettura appare cristallizzato il seguente concetto: la idoneità a responsabilizzare il consumatore con riferimento ai rischi del fumo non produce i medesimi risultati concreti se riferiti ad un soggetto che assume tabacco da un tempo significativo rispetto a colui che non ha mai fatto uso e deve scegliere se cominciare a fumare. Nel disegno giurisprudenziale della corte milanese traspare il concetto che l'assuefazione determinata dai prodotti da fumo assume rilevanza in termini di minore efficacia dell'informativa sul-

---

<sup>25</sup> Sui richiami giurisprudenziali si veda D'ANTONIO, *Sigarette light, pubblicità ingannevole e danni al consumatore: i due principi fissati dalle Sezioni Unite*.

<sup>26</sup> Corte di Appello di Milano n. 1432/16 considerato in diritto; si veda anche D'ANTONIO: *La risarcibilità del danno da fumo tra consuetudine giurisprudenziale e nuove prospettive*.



la pericolosità del prodotto fornita al consumatore tardivamente, quando questi aveva già cominciato a fumare.<sup>27</sup>

In sostanza il tentativo di procedere alla ricostruzione della fattispecie secondo un modello di responsabilità oggettiva ancorato alla fattispecie dell'art. 2050 cod. civ. non impedisce in chiave interpretativa di dare adeguata attenzione alla condotta del danneggiato che incide ai sensi dell'art. 1227 cod. civ..

In sede ricostruttiva la sentenza in esame rappresenta un primo esempio di apertura alla risarcibilità del danno da fumo.

Dal suo contenuto traspare una precisa valorizzazione dell'art. 2050 cod. civ. finalizzata anche ad evidenziare gli innumerevoli costi sociali dai danni da fumo.

In tal senso l'obbligo di informazione riveste una capillare importanza circa la nocività e la dannosità del prodotto, anche perché il processo informativo rappresenta la prima misura precauzionale da adottare ex art. 2050 cod. civ.

Da tali considerazioni ne deriva che se l'omissione informativa rappresenta il prius logico e giuridico da cui scaturisce la risarcibilità del danno, con la conseguente piena responsabilità del produttore ogni qual volta non riuscirà a dimostrare di aver adottato tutte le cautele per evitare la realizzazione il danno in concreto.

Peraltro l'adozione delle misure precauzionali, non può esaurirsi solo al processo informativo, ma deve essere anche esteso all'adozione di standard tecnologici più moderni e meno dannosi per la salute e deve essere inquadrato in senso lato, come divulgazione in favore dei consumatori di ogni dato e notizia in merito all'utilizzo del prodotto.

Tale sentenza, pertanto, facendo seguito alla precedente pronuncia della Cassazione del 2009 apre nuovi scenari alla regolamentazione del fenomeno, dove accanto alla "*litigation*", si inizia a configurare anche l'esigenza di una adeguata legislazione.

In quest'ottica la elaborazione giurisprudenziale può svolgere la funzione di linee guida dove attraverso un percorso ermeneutico si può giungere ad una completa regolamentazione del fenomeno.

---

<sup>27</sup> Corte di Appello di Milano n. 1432/16 considerato in diritto.





## GIURISPRUDENZA

Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, sentenza 8 maggio 2018, Causa C-82/16

**Rinvio pregiudiziale – Controllo alle frontiere, asilo, immigrazione – Articolo 20 TFUE – Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea – Articoli 7 e 24 – Direttiva 2008/115/CE – Articoli 5 e 11 – Cittadino di un paese terzo oggetto di un divieto di ingresso nel territorio – Domanda di soggiorno ai fini di un ricongiungimento familiare con un cittadino dell’Unione europea che non ha mai esercitato la propria libertà di circolazione – Rifiuto di esaminare la domanda**

Nella causa C-82/16,  
avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell’articolo 267 TFUE, dal Raad voor Vreemdelingenbetwistingen (Commissione per il contenzioso in materia di stranieri, Belgio), con decisione dell’8 febbraio 2016, pervenuta in cancelleria il 12 febbraio 2016, nel procedimento

**K.A.,  
M.Z.,  
M.J.,  
N.N.N.,  
O.I.O.,  
R.I.,  
B.A.**

contro  
**Belgische Staat,**

LA CORTE (Grande Sezione),

composta da K. Lenaerts, presidente, A. Tizzano, vicepresidente, R. Silva de Lapuerta, M. Ilešič e C. Vajda, presidenti di sezione, J.-C. Bonichot, A. Arabadjiev, C. Toader, M. Safjan, E. Jarašič nas, S. Rodin, F. Biltgen e C. Lycourgos (relatore), giudici,  
avvocato generale: E. Sharpston

cancelliere: C. Strömholm, amministratore

vista la fase scritta del procedimento e in seguito all’udienza del 28 febbraio 2017,

considerate le osservazioni presentate:

- per K.A., M.Z. e B.A., da J. De Lien, advocaat;
- per M.J., da W. Goossens, advocaat;
- per N.N.N., da B. Brijs, advocaat;
- per il governo belga, da C. Pochet e M. Jacobs, in qualità di agenti, assistite da C. Decordier, D. Matray e T. Bricout, advocaten;
- per il governo ellenico, da T. Papadopoulou, in qualità di agente;
- per la Commissione europea, da E. Montaguti, C. Cattabriga e P.J.O. Van Nuffel, in qualità di agenti,



sentite le conclusioni dell'avvocato generale, presentate all'udienza del 26 ottobre 2017, ha pronunciato la seguente

### **Sentenza**

1 La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione dell'articolo 20 TFUE, degli articoli 7 e 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (in prosieguo: la «Carta») e degli articoli 5 e 11 della direttiva 2008/115/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 2008, recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare (GU 2008, L 348, pag. 98).

2 Tale domanda è stata presentata nell'ambito di sette controversie tra K.A., M.Z., M.J., N.N.N., O.I.O., R.I. e B.A, e il gemachtigde van de staatssecretaris voor Asiel en Migratie, Maatschappelijke Integratie en Armoedebestrijding (delegato del segretario di Stato all'asilo e alla migrazione, all'integrazione sociale e alla lotta contro la povertà; in prosieguo: «l'autorità nazionale competente») in merito alle decisioni con cui quest'ultimo stabiliva di non prendere in considerazione le loro rispettive domande di soggiorno ai fini di un ricongiungimento familiare e, a seconda dei casi, di ordinare loro di lasciare il territorio o di ottemperare ad un ordine di lasciare il territorio.

#### **Contesto normativo**

##### *Diritto dell'Unione*

3 I considerando 2 e 6 della direttiva 2008/115 così recitano:

«(2) Il Consiglio europeo di Bruxelles del 4 e 5 novembre 2004 ha sollecitato l'istituzione di un'efficace politica in materia di allontanamento e rimpatrio basata su norme comuni affinché le persone siano rimpatriate in maniera umana e nel pieno rispetto dei loro diritti fondamentali e della loro dignità.

(...)

(6) È opportuno che gli Stati membri provvedano a porre fine al soggiorno irregolare dei cittadini di paesi terzi secondo una procedura equa e trasparente. In conformità dei principi generali del diritto dell'Unione europea, le decisioni ai sensi della presente direttiva dovrebbero essere adottate caso per caso e tenendo conto di criteri obiettivi, non limitandosi quindi a prendere in considerazione il semplice fatto del soggiorno irregolare. Quando utilizzano modelli uniformi per le decisioni connesse al rimpatrio, vale a dire le decisioni di rimpatrio e, ove emesse, le decisioni di divieto d'ingresso e le decisioni di allontanamento, gli Stati membri dovrebbero rispettare tale principio e osservare pienamente tutte le disposizioni applicabili della presente direttiva».

4 L'articolo 1 della direttiva così recita:

«La presente direttiva stabilisce norme e procedure comuni da applicarsi negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare, nel rispetto dei diritti fondamentali in quanto principi generali del diritto [dell'Unione] e del diritto internazionale, compresi gli obblighi in materia di protezione dei rifugiati e di diritti dell'uomo».

5 L'articolo 2, paragrafo 1, della direttiva così dispone:

«La presente direttiva si applica ai cittadini di paesi terzi il cui soggiorno nel territorio di uno Stato membro è irregolare».



6 L'articolo 3 della direttiva prevede quanto segue:

«Ai fini della presente direttiva, si intende per:

(...)

2) “soggiorno irregolare”: la presenza nel territorio di uno Stato membro di un cittadino di un paese terzo che non soddisfi o non soddisfi più le condizioni d'ingresso di cui all'articolo 5 del [regolamento (CE) n. 562/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 marzo 2006, che istituisce un codice comunitario relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone (codice frontiere Schengen) (GU 2006, L 105, pag. 1)], o altre condizioni d'ingresso, di soggiorno o di residenza in tale Stato membro;

3) “rimpatrio” il processo di ritorno di un cittadino di un paese terzo, sia in adempimento volontario di un obbligo di rimpatrio sia forzatamente:

- nel proprio paese di origine, o
- in un paese di transito in conformità di accordi comunitari o bilaterali di riammissione o di altre intese; o
- in un altro paese terzo, in cui il cittadino del paese terzo in questione decide volontariamente di ritornare e in cui sarà accettato;

4) “decisione di rimpatrio” decisione o atto amministrativo o giudiziario che attesti o dichiari l'irregolarità del soggiorno di un cittadino di paesi terzi e imponga o attesti l'obbligo di rimpatrio;

5) “allontanamento” l'esecuzione dell'obbligo di rimpatrio, vale a dire il trasporto fisico fuori dallo Stato membro;

6) “divieto d'ingresso” decisione o atto amministrativo o giudiziario che vieti l'ingresso e il soggiorno nel territorio degli Stati membri per un periodo determinato e che accompagni una decisione di rimpatrio;

(...).»

7 L'articolo 5 della direttiva 2008/115 dispone quanto segue:

«Nell'applicazione della presente direttiva, gli Stati membri tengono nella debita considerazione:

- a) l'interesse superiore del bambino;
  - b) la vita familiare;
  - c) le condizioni di salute del cittadino di un paese terzo interessato;
- e rispettano il principio di non-refoulement».

8 L'articolo 6, paragrafo 1, di detta direttiva così recita:

«Gli Stati membri adottano una decisione di rimpatrio nei confronti di qualunque cittadino di un paese terzo il cui soggiorno nel loro territorio è irregolare, fatte salve le deroghe di cui ai paragrafi da 2 a 5.

(...).»

9 L'articolo 7, paragrafo 4, della direttiva in questione così dispone:

«Se sussiste il rischio di fuga o se una domanda di soggiorno regolare è stata respinta in quanto manifestamente infondata o fraudolenta o se l'interessato costituisce un pericolo per l'ordine pubblico, la pubblica sicurezza o la sicurezza nazionale, gli Stati membri pos-



sono astenersi dal concedere un periodo per la partenza volontaria o concederne uno inferiore a sette giorni».

10 L'articolo 11 della stessa direttiva così recita:

«1. Le decisioni di rimpatrio sono corredate di un divieto d'ingresso:

- a) qualora non sia stato concesso un periodo per la partenza volontaria, oppure
- b) qualora non sia stato ottemperato all'obbligo di rimpatrio.

In altri casi le decisioni di rimpatrio possono essere corredate di un divieto d'ingresso.

2. La durata del divieto d'ingresso è determinata tenendo debitamente conto di tutte le circostanze pertinenti di ciascun caso e non supera di norma i cinque anni. Può comunque superare i cinque anni se il cittadino di un paese terzo costituisce una grave minaccia per l'ordine pubblico, la pubblica sicurezza o la sicurezza nazionale.

3. Gli Stati membri valutano la possibilità di revocare o sospendere un divieto d'ingresso qualora un cittadino di un paese terzo colpito da un divieto d'ingresso disposto in conformità del paragrafo 1, secondo comma, possa dimostrare di aver lasciato il territorio di uno Stato membro in piena ottemperanza di una decisione di rimpatrio.

Le vittime della tratta di esseri umani cui è stato concesso un permesso di soggiorno ai sensi della direttiva 2004/81/CE del Consiglio, del 29 aprile 2004, riguardante il titolo di soggiorno da rilasciare ai cittadini di paesi terzi vittime della tratta di esseri umani o coinvolti in un'azione di favoreggiamento dell'immigrazione illegale che cooperino con le autorità competenti [GU 2004, L 261, pag. 19] non sono soggette a divieto d'ingresso fatte salve le disposizioni del paragrafo 1, primo comma, lettera b), e purché il cittadino di un paese terzo in questione non rappresenti una minaccia per l'ordine pubblico, la pubblica sicurezza o la sicurezza nazionale.

In casi individuali gli Stati membri possono astenersi per motivi umanitari dall'emettere, revocare o sospendere un divieto d'ingresso.

In casi individuali o in talune categorie di casi gli Stati membri possono revocare o sospendere un divieto d'ingresso per altri motivi.

(...).

#### *Diritto belga*

11 L'articolo 7, primo comma, della loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers (legge 15 dicembre 1980 che disciplina l'ingresso nel territorio, il soggiorno, l'insediamento e l'allontanamento degli stranieri) (*Monsieur belge* del 31 dicembre 1980, pag. 14584), nella versione applicabile ai fatti del procedimento principale (in prosieguo: la «legge del 15 dicembre 1980»), enuncia quanto segue:

«Fatte salve le disposizioni più favorevoli contenute in un trattato internazionale, il ministro o un suo delegato possono emettere nei confronti dello straniero, che non è autorizzato né ammesso a soggiornare per più di tre mesi o a stabilirsi nel Regno, un ordine di lasciare il territorio entro un termine prestabilito oppure devono rilasciare, nei casi di cui al punto 1°, 2°, 5°, 11° o 12°, un ordine di lasciare il territorio entro un termine prestabilito:

(...)

12° se lo straniero è oggetto di un divieto d'ingresso né sospeso né revocato.

(...).



12 L'articolo 40 bis, paragrafo 2, di detta legge prevede quanto segue:

«Viene considerato familiare del cittadino dell'Unione:

1° il coniuge o lo straniero con il quale egli ha contratto un'unione civile registrata considerata equivalente al matrimonio in Belgio, che lo accompagna o lo raggiunge;

2° il partner, che lo accompagna o lo raggiunge, con il quale il cittadino dell'Unione ha contratto un'unione civile registrata ai sensi di una legge.

I partner debbono soddisfare le seguenti condizioni:

a) dimostrare di intrattenere una relazione di coppia durevole e stabile debitamente costituita.

Il carattere durevole e stabile di tale relazione è dimostrato:

– se i partner dimostrano di aver convissuto in Belgio o in un altro paese per un periodo ininterrotto pari almeno all'anno precedente alla domanda;

– oppure se i partner dimostrano di conoscersi da almeno due anni prima della domanda (...);

– oppure se i partner hanno avuto un figlio assieme;

b) andare a convivere;

c) avere entrambi più di ventun anni;

d) non essere coniugati e non avere una relazione di coppia durevole e stabile con un'altra persona;

(...)

3° i familiari in linea discendente nonché quelli del coniuge o del partner, ai sensi dei commi primo e secondo, di età inferiore ai ventuno anni o che sono a loro carico, che li accompagnano o li raggiungono (...);

(...)

5° il padre o la madre di un cittadino minorenni dell'Unione europea, di cui all'articolo 40, paragrafo 4, primo comma, punto 2°, nei limiti in cui quest'ultimo è a suo carico e egli ne è effettivamente affidatario».

13 L'articolo 40ter della stessa legge così recita:

«Le disposizioni del presente capo sono applicabili ai familiari di un cittadino belga, nei limiti in cui si tratta:

– dei familiari di cui all'articolo 40bis, paragrafo 2, primo comma, punti da 1° a 3°, che accompagnano il cittadino belga o lo raggiungono;

– dei familiari di cui all'articolo 40bis, paragrafo 2, primo comma, punto 4°, che sono genitori di un cittadino belga minorenni, che dimostrano la loro identità con un documento d'identità, e che accompagnano tale cittadino belga o lo raggiungono.

Per quanto riguarda i familiari di cui all'articolo 40bis, paragrafo 2, primo comma 1, da 1° a 3°, il cittadino belga deve dimostrare:

– di disporre di mezzi di sostentamento stabili, sufficienti e regolari. (...)

– di disporre di un alloggio dignitoso che gli permette di ricevere il familiare o i familiari che desiderano ricongiungersi con lui (...).

14 L'articolo 43 della legge in parola, che si applica anche ai familiari di un cittadino belga ai sensi dell'articolo 40 ter della stessa legge, così recita:



«L'ingresso e il soggiorno possono essere negati ai cittadini dell'Unione e ai loro familiari solo per motivi di ordine pubblico, di sicurezza nazionale o di sanità pubblica, nel rispetto dei seguenti limiti:

1° tali motivi non possono essere invocati per fini economici;

2° i provvedimenti adottati per motivi di ordine pubblico o di sicurezza nazionale devono essere conformi al principio di proporzionalità ed essere fondati esclusivamente sul comportamento personale dell'interessato. La sola esistenza di condanne penali non giustifica automaticamente l'adozione di tali provvedimenti. Il comportamento personale deve rappresentare una minaccia reale, attuale e sufficientemente grave da pregiudicare un interesse fondamentale della società. Giustificazioni estranee al caso individuale o attinenti a ragioni di prevenzione generale non sono prese in considerazione;

(...)

Se il ministro o il suo delegato, per motivi di ordine pubblico, di sicurezza nazionale, o di salute pubblica, intende porre fine al soggiorno di un cittadino dell'Unione o di un familiare, esso tiene conto della durata del soggiorno dell'interessato nel Regno, della sua età, del suo stato di salute, della sua situazione familiare ed economica, della sua integrazione sociale e culturale e dell'intensità dei suoi legami con il suo paese di origine».

15 L'articolo 74/11 della legge del 15 dicembre 1980 dispone quanto segue:

«§ 1°. La durata del divieto d'ingresso è determinata tenendo conto delle circostanze specifiche del singolo caso.

La decisione di allontanamento è corredata da un divieto d'ingresso con una durata massima di tre anni nei seguenti casi:

1° se non è concesso alcun termine per la partenza volontaria, o

2° se non è stata eseguita una decisione precedente di allontanamento.

Il termine massimo di tre anni di cui al comma 2 è prorogato ad un massimo di cinque anni se:

1° il cittadino di uno Stato terzo ha commesso frode o ha utilizzato altri mezzi illegittimi al fine di essere ammesso al soggiorno o di conservare il suo diritto di soggiorno;

2° il cittadino di un paese terzo ha contratto matrimonio, un'unione civile registrata o ha effettuato un'adozione all'unico fine di essere ammesso al soggiorno o di conservare il diritto al soggiorno.

La decisione di allontanamento può essere corredata da un divieto d'ingresso di più di cinque anni se il cittadino di uno Stato terzo rappresenta una grave minaccia per l'ordine pubblico o la sicurezza nazionale.

§ 2. (...)

Il ministro o il suo delegato possono astenersi dall'imposizione di un divieto d'ingresso in singoli casi, per motivi umanitari.

§ 3. Il divieto d'ingresso entra in vigore il giorno in cui viene notificata la relativa decisione.

Il divieto d'ingresso non può violare le disposizioni sul diritto alla protezione internazionale, come definita agli articoli 9ter, 48/3 e 48/4».

16 L'articolo 74/12 della legge in esame così dispone:



«§ 1°. Il ministro o il suo delegato possono revocare o sospendere il divieto d'ingresso per motivi umanitari.

(...)

Salvo deroghe previste mediante trattato internazionale, legge o regio decreto, la domanda motivata dev'essere presentata dal cittadino di uno Stato terzo presso la sede diplomatica o consolare belga competente del luogo di residenza o soggiorno dello straniero all'estero.

§ 2. Il cittadino di uno Stato terzo può presentare al ministro o al suo delegato una domanda di revoca o di sospensione del divieto d'ingresso motivata dal rispetto dell'obbligo di allontanamento imposto in precedenza, se egli fornisce la prova scritta di aver lasciato il territorio belga in piena conformità con la decisione di allontanamento.

§ 3. Una decisione sulla richiesta di revoca o sospensione del divieto d'ingresso è adottata entro quattro mesi dalla sua presentazione. Se non è assunta una decisione entro quattro mesi, la decisione è considerata negativa.

§ 4. Durante l'esame della domanda di revoca o di sospensione il cittadino di uno Stato terzo interessato non ha alcun diritto ad entrare o a soggiornare nel Regno.

(...).».

17 L'articolo 74/13 della legge in parola così prevede:

«Nell'adozione di una decisione di allontanamento, il ministro o il suo delegato tengono conto dell'interesse superiore del bambino, della vita familiare, e dello stato di salute del cittadino di uno Stato terzo di cui trattasi».

#### **Procedimenti principali e questioni pregiudiziali**

18 Dalla decisione di rinvio si evince che i ricorrenti del procedimento principale sono tutti cittadini di paesi terzi, familiari di cittadini belgi che non hanno esercitato la loro libertà di circolazione o di stabilimento. Detti ricorrenti sono stati colpiti da una decisione di rimpatrio, accompagnata da una decisione di divieto d'ingresso nel territorio dello Stato membro interessato. Per ciascuno di essi, quest'ultima decisione è divenuta definitiva e, secondo il giudice del rinvio, in linea di principio, ai sensi del diritto nazionale, non può venir meno o cessare temporaneamente di produrre effetti se non in virtù dell'introduzione, all'estero, di una domanda di revoca o di sospensione di tale decisione.

19 I ricorrenti nel procedimento principale hanno successivamente proposto, in Belgio, una domanda di permesso di soggiorno, nella loro qualità, rispettivamente, di discendente a carico di un cittadino belga (K.A. e M.Z.), di genitore di un minore belga (M.J., N.N.N., O.I.O., e RI) o di convivente legale in una relazione stabile con un cittadino belga (B.A.). Tali domande non sono state prese in considerazione dall'autorità nazionale competente per il motivo che i ricorrenti nel procedimento principale erano stati colpiti da una decisione, ancora in vigore, di divieto d'ingresso nel territorio. I ricorrenti hanno presentato ricorso contro le decisioni impugnate dinanzi al giudice del rinvio.

20 Risulta in particolare dalla decisione di rinvio, per quanto riguarda, in primo luogo, K.A., che a quest'ultima, di cittadinanza armena, il 27 febbraio 2013 è stato notificato un ordine di lasciare il territorio, accompagnato da un divieto d'ingresso per un periodo di tre anni, per il motivo che essa non aveva adempiuto all'obbligo di rimpatrio e che non le era stato concesso alcun termine per il rimpatrio volontario, poiché era stata considerata come



un pericolo per l'ordine pubblico dopo essere stata colta in flagranza di reato di taccheggio. Il 10 febbraio 2014, K.A. e i suoi due figli hanno proposto, mentre si trovavano sul territorio belga, una domanda di soggiorno ai fini di un ricongiungimento familiare in qualità di discendenti a carico del padre della stessa, cittadino belga. Il 28 marzo 2014 l'autorità nazionale competente ha emesso la propria decisione sotto forma di ordine di lasciare il territorio, in cui si rifiutava di prendere in considerazione detta domanda a causa del divieto d'ingresso notificato il 27 febbraio 2013.

21 In secondo luogo, per quanto riguarda M.Z., a quest'ultimo, cittadino russo, è stato notificato, il 2 luglio 2014, un ordine di lasciare il territorio e un divieto di ingresso per un periodo di tre anni, per il motivo che egli non aveva rispettato l'obbligo di rimpatrio e che non gli era stato concesso alcun termine per il rimpatrio volontario, in quanto era considerato un pericolo per l'ordine pubblico dopo l'emissione di un verbale per furto con effrazione in una rimessa. L'8 settembre 2014 M.Z. è stato rimpatriato forzatamente in Russia. Il 5 novembre 2014 l'interessato, allorché si trovava nuovamente nel territorio belga, ha chiesto una carta di soggiorno in qualità di discendente a carico del proprio padre belga. Il 29 aprile 2015 l'autorità nazionale competente ha rifiutato di prendere in considerazione tale richiesta, in virtù della decisione di divieto d'ingresso imposta all'interessato, e gli ha inoltre ingiunto di ottemperare ad un ordine di lasciare il territorio.

22 In terzo luogo, per quanto concerne M.J., cittadina ugandese, alla medesima è stato ingiunto di lasciare il territorio in due occasioni, vale a dire il 13 gennaio 2012 e il 12 novembre dello stesso anno. L'11 gennaio 2013 le è stato notificato un divieto d'ingresso di tre anni, poiché non aveva dato alcun seguito a detti obblighi di rimpatrio, e non le era stato concesso alcun termine per il rimpatrio volontario tenuto conto del rischio di fuga legato all'assenza di un indirizzo ufficiale in Belgio e del fatto che, a fronte del verbale per lesioni personali redatto dalla polizia, la ricorrente in questione era considerata un pericolo per l'ordine pubblico. Il 20 febbraio 2014 M.J. ha chiesto, allorché si trovava nel territorio belga, una carta di soggiorno in qualità di genitore di un minore di nazionalità belga, nato il 26 ottobre 2013. L'autorità nazionale competente, con decisione del 30 aprile 2014, ha rifiutato di prendere in considerazione la sua domanda di soggiorno ai fini di un ricongiungimento familiare a causa del divieto d'ingresso dell'11 gennaio 2013, al tempo stesso ingiungendole di lasciare il territorio.

23 Per quanto riguarda, in quarto luogo, N.N.N., quest'ultima, cittadina kenyota, è stata colpita da due ordini di lasciare il territorio, datati rispettivamente 11 settembre 2012 e 22 febbraio 2013. Successivamente, N.N.N. ha partorito una figlia che ha ottenuto la cittadinanza belga, da parte del padre, il 3 aprile 2014. Il 24 aprile 2014 N.N.N. è stata raggiunta da un nuovo ordine di lasciare il territorio e le è stato notificato un divieto d'ingresso nel territorio per un periodo di tre anni per non aver adempiuto all'obbligo di rimpatrio. Il 9 settembre 2014 N.N.N. ha chiesto, allorché si trovava nel territorio belga, una carta di soggiorno in qualità di genitore di un minore di nazionalità belga. A sostegno di tale domanda, ha fornito prove di pagamento di un contributo per gli alimenti da parte del padre di sua figlia nonché una lettera in cui quest'ultimo dichiarava di non potersi occupare della loro figlia a tempo pieno e che era preferibile che ella restasse con la madre. Il 4 marzo 2015



l'autorità nazionale competente ha rifiutato di prendere in considerazione la domanda di soggiorno ai fini di ricongiungimento familiare, in virtù della decisione di divieto d'ingresso che aveva raggiunto N.N.N., e le ha inoltre ingiunto di ottemperare ad un ordine di lasciare il territorio.

24 In quinto luogo, per quanto concerne O.I.O., cittadino nigeriano, questi ha sposato R.C., cittadina belga, con cui ha avuto una figlia, di nazionalità belga. L'11 maggio 2010 O.I.O. è stato condannato per lesioni personali dolose. Dopo aver divorziato da O.I.O., il 6 aprile 2011 R.C. ha ottenuto l'affidamento esclusivo della figlia. Quest'ultima è domiciliata presso la madre, che percepisce gli assegni familiari e altre prestazioni sociali. Peraltro, il diritto di O.I.O. alle relazioni personali con la figlia è temporaneamente sospeso. In seguito al divorzio da R.C., è stata adottata una decisione di revoca del diritto di soggiorno di O.I.O., accompagnata da un ordine di lasciare il territorio. Il 28 maggio 2013 gli è stato notificato un divieto d'ingresso nel territorio per un periodo di otto anni in quanto non aveva adempiuto all'obbligo di rimpatrio e non gli era stato concesso alcun termine per il rimpatrio volontario per il motivo che presentava un rischio serio, reale e attuale per l'ordine pubblico. Il 6 novembre 2013 O.I.O. ha chiesto, allorché si trovava di nuovo nel territorio belga, una carta di soggiorno, in qualità di genitore di un minore di nazionalità belga. L'autorità nazionale competente, con decisione del 30 aprile 2014, ha rifiutato di prendere in considerazione tale domanda a causa del divieto d'ingresso del 28 maggio 2013, ingiungendo al tempo stesso a O.I.O. di lasciare il territorio.

25 In sesto luogo, per quanto riguarda la situazione di R.I., cittadino albanese, dalla decisione di rinvio risulta che quest'ultimo è padre di un minore belga. In seguito alla nascita del figlio, il diritto di soggiorno del ricorrente in questione, ottenuto fraudolentemente, è stato revocato. Il 17 dicembre 2012 gli è stato parimenti notificato un divieto di ingresso nel territorio per un periodo di cinque anni, per aver fatto ricorso alla frode o ad altri mezzi illeciti al fine di essere ammesso a soggiornare o di conservare il diritto di soggiorno. In seguito R.I. si è sposato in Albania con la madre, di nazionalità belga, di suo figlio. Il 21 agosto 2014 R.I. ha chiesto, allorché si trovava nel territorio belga, una carta di soggiorno, in qualità di genitore di un minore di nazionalità belga. Il 13 febbraio 2015 l'autorità nazionale competente ha rifiutato di prendere in considerazione tale richiesta, in virtù della decisione di divieto d'ingresso che aveva raggiunto l'interessato, e gli ha inoltre ingiunto di ottemperare ad un ordine di lasciare il territorio.

26 Per quanto riguarda, in settimo luogo, B.A., cittadino della Guinea, quest'ultimo è stato colpito da due ordini di lasciare il territorio, datati rispettivamente 23 gennaio 2013 e 29 maggio 2013. Il 13 giugno 2014 gli è stato notificato un divieto d'ingresso nel territorio per un periodo di tre anni, per il motivo che non aveva ottemperato all'obbligo di rimpatrio. In seguito, B.A., allorché si trovava nel territorio belga, ha costituito un'unione civile con la sua partner di nazionalità belga e ha chiesto una carta di soggiorno, in qualità di convivente legale in una relazione stabile e durevole con un cittadino belga. Il 21 maggio 2015 l'autorità nazionale competente ha rifiutato di prendere in considerazione la domanda di soggiorno ai fini di un ricongiungimento familiare, in virtù del divieto d'ingresso nel territo-



rio del 13 giugno 2014, e gli ha inoltre ingiunto di ottemperare ad un ordine di lasciare il territorio.

27 Il giudice del rinvio precisa, innanzitutto, che, in conformità ad una prassi nazionale, applicata in tutti i casi, senza possibilità di adeguamento alla situazione concreta, le domande di soggiorno ai fini di un ricongiungimento familiare presentate dai ricorrenti nel procedimento principale non sono state prese in considerazione, e quindi non sono state esaminate nel merito, sulla base del motivo che i cittadini di paesi terzi in parola erano stati colpiti da un divieto d'ingresso nel territorio. Non è stato quindi tenuto conto, in relazione a tali domande, della vita familiare, né, nei casi pertinenti, dell'interesse del minore, e nemmeno della qualità di cittadini dell'Unione dei familiari di nazionalità belga. Il giudice del rinvio sottolinea inoltre che, secondo l'autorità nazionale competente, i ricorrenti nel procedimento principale devono innanzitutto lasciare il Belgio, e poi chiedere la sospensione o la revoca del divieto di ingresso nel territorio, prima di poter presentare una domanda di soggiorno nell'ambito di un ricongiungimento familiare.

28 Detto giudice rileva a tale proposito che, conformemente al diritto nazionale, una decisione sulla domanda di revoca o sospensione del divieto d'ingresso nel territorio, introdotta nel paese di origine dell'interessato, dev'essere adottata entro quattro mesi dalla presentazione della domanda. In caso contrario, la decisione è considerata negativa. Peraltro, è solamente in seguito all'adozione della decisione sulla revoca o sulla sospensione del divieto d'ingresso nel territorio che si statuirà, entro un termine di sei mesi, in merito alla domanda di visto presentata, nell'ambito di un ricongiungimento familiare, dal cittadino di un paese terzo nel suo Stato di origine.

29 Il giudice del rinvio constata, inoltre, che i procedimenti introdotti dinanzi ad esso non rientrano né nel campo di applicazione della direttiva 2003/86/CE del Consiglio, del 22 settembre 2003, relativa al diritto al ricongiungimento familiare (GU 2003, L 251, pag. 12), né in quello 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). Inoltre, esso rileva che i diversi cittadini dell'Unione coinvolti in tali cause in virtù del vincolo familiare che rispettivamente li unisce ai ricorrenti nel procedimento principale non si recano regolarmente in un altro Stato membro in qualità di lavoratori dipendenti o di prestatori di servizi, e che non hanno sviluppato o consolidato una vita familiare con detti ricorrenti in occasione di un soggiorno effettivo in uno Stato membro diverso dal Belgio.

30 Il giudice del rinvio rileva, tuttavia, che la situazione di un cittadino dell'Unione che non abbia fatto uso del proprio diritto alla libera circolazione non può, per ciò solo, essere assimilata ad una situazione puramente interna, conformemente alle sentenze dell'8 marzo 2011, Ruiz Zambrano (C-34/09, EU:C:2011:124), e del 5 maggio 2011, McCarthy (C-434/09, EU:C:2011:277).



31 Esso rileva poi che, sebbene i principi enunciati nella sentenza dell'8 marzo 2011, Ruiz Zambrano (C-34/09, EU:C:2011:124), siano applicabili soltanto in circostanze eccezionali, non risulta dalla giurisprudenza della Corte che essi siano riservati a situazioni in cui esiste un legame biologico tra il cittadino di uno Stato terzo, per il quale si richiede un diritto di soggiorno, e il cittadino dell'Unione, minore in tenera età. Dalla giurisprudenza della Corte si evincerebbe che occorre tener conto del rapporto di dipendenza tra il cittadino dell'Unione in tenera età e il cittadino di un paese terzo, dal momento che è in ragione di tale dipendenza che il cittadino dell'Unione sarebbe obbligato, di fatto, a lasciare il territorio dell'Unione, se il cittadino del paese terzo da cui dipende non venisse autorizzato al soggiorno.

32 In tali circostanze, il Raad voor Vreemdelingenbetwistingen (Commissione per il contenzioso in materia di stranieri, Belgio) ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Se il diritto dell'Unione, e segnatamente l'articolo 20 TFUE, gli articoli 5 e 11 della direttiva [2008/115], in combinato disposto con gli articoli 7 e 24 della Carta, debba essere interpretato nel senso che, in talune circostanze, esso osta ad una prassi nazionale ai sensi della quale una domanda di soggiorno, presentata da un familiare-cittadino di uno Stato terzo nel quadro del ricongiungimento familiare con un cittadino dell'Unione nello Stato membro nel quale risiede il cittadino dell'Unione di cui trattasi e del quale egli possiede la cittadinanza, e che non si è avvalso del suo diritto di libera circolazione e stabilimento (in prosieguo: il "cittadino dell'Unione statico"), non viene presa in considerazione – ed è eventualmente corredata di una decisione di allontanamento – per il solo motivo che il familiare cittadino di uno Stato terzo di cui trattasi è oggetto di un divieto d'ingresso a livello europeo.

a) Se ai fini della valutazione di tali circostanze sia rilevante il fatto che tra il familiare-cittadino di uno Stato terzo e il cittadino dell'Unione statico sussiste una relazione di dipendenza che va oltre un mero legame familiare. In tal caso, quali fattori rilevino per accertare l'esistenza di siffatta relazione di dipendenza. Se a tal riguardo si possa validamente rinviare alla giurisprudenza vertente sull'esistenza di una vita familiare, ai sensi degli articoli 8 [della convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950 (in prosieguo: la "CEDU")] e 7 della Carta.

b) Specificamente con riguardo ai figli minorenni, se l'articolo 20 TFUE esiga qualcosa di più di un legame biologico tra il genitore-cittadino di uno Stato terzo e il figlio-cittadino dell'Unione. Se al riguardo sia rilevante dimostrare una convivenza, oppure se siano sufficienti legami affettivi e finanziari, come un regime di soggiorno e di visita e il pagamento di assegni alimentari. Se al riguardo si possa validamente rinviare alle sentenze della Corte di giustizia Ogieriakhi [(C-244/13, EU:C:2014:2068, punti 38 e 39)]; Singh e a. [(C-218/14, EU:C:2015:476, point 54)]; e O. e a. [(C-356/11 et C-357/11, EU:C:2012:776, point 56)]. Si veda al riguardo anche [la sentenza del 10 maggio 2017] Chavez Vilchez e a., [(C-133/15, EU:C:2017:354)].

c) Se il fatto che la vita familiare è sorta nel momento in cui il cittadino di uno Stato terzo era già oggetto di un divieto di ingresso, ed egli era pertanto consapevole dell'irregolarità



del suo soggiorno nello Stato membro, sia rilevante ai fini della valutazione di tali circostanze. Se questo fatto possa essere efficacemente utilizzato per contrastare un eventuale abuso delle procedure di soggiorno nel quadro del ricongiungimento familiare.

d) Se il fatto che non sia stato presentato alcun ricorso, ai sensi dell'articolo 13, paragrafo 1, della direttiva [2008/115], avverso la decisione di imposizione di un divieto di ingresso, o il fatto che il ricorso avverso la decisione in parola sia stato respinto, sia rilevante ai fini della valutazione di tali circostanze.

e) Se sia un elemento rilevante la circostanza che il divieto d'ingresso è stato imposto per motivi di ordine pubblico o a causa dell'irregolarità del soggiorno. In tal caso, se occorra anche esaminare se il cittadino di uno Stato terzo di cui trattasi configuri una minaccia effettiva, attuale e abbastanza grave per un interesse fondamentale della collettività. Se a questo riguardo possano essere applicati per analogia ai familiari di cittadini dell'Unione statici gli articoli 27 e 28 della [direttiva 2004/38], recepiti dagli articoli 43 e 45 [delle legge del 15 dicembre 1980], e la relativa giurisprudenza della Corte di giustizia sull'ordine pubblico (v. le [sentenze del 13 settembre 2016, Rendón Marín (C-165/14, EU:C:2016:675), e del 13 settembre 2016, CS (C-304/14, EU:C:2016:674)]).

2) Se il diritto dell'Unione, segnatamente l'articolo 5 della direttiva [2008/115] e gli articoli 7 e 24 della Carta, debba essere interpretato nel senso che esso osta ad una prassi nazionale con la quale viene eccepito un divieto di ingresso applicabile per non prendere in considerazione una successiva domanda di ricongiungimento familiare con un cittadino dell'Unione statico, presentata nel territorio di uno Stato membro, senza che si tenga conto al riguardo della vita familiare e dell'interesse dei figli interessati, menzionati in tale successiva domanda di ricongiungimento familiare.

3) Se il diritto dell'Unione, segnatamente l'articolo 5 della direttiva [2008/115] e gli articoli 7 e 24 della Carta, debba essere interpretato nel senso che esso osta ad una prassi nazionale con la quale viene adottata una decisione di allontanamento nei confronti di un cittadino di uno Stato terzo già oggetto di un divieto d'ingresso, senza che si tenga conto al riguardo della vita familiare e dell'interesse dei figli interessati menzionati in una successiva domanda di [soggiorno finalizzato al] ricongiungimento familiare con un cittadino dell'Unione statico, presentata dopo l'imposizione del divieto di ingresso.

4) Se l'articolo 11, paragrafo 3, della direttiva [2008/115] implichi che un cittadino di uno Stato terzo deve presentare in via di principio fuori dell'Unione europea una domanda di revoca o di sospensione di un divieto di ingresso vigente e definitivo o se esistono circostanze nelle quali egli può presentare tale domanda anche nell'Unione europea.

a) Se l'articolo 11, paragrafo 3, commi terzo e quarto, della direttiva [2008/115] debba essere inteso nel senso che in ciascun singolo caso, o in tutte le categorie di casi, deve comunque essere soddisfatto il disposto dell'articolo 11, paragrafo 3, primo comma, della medesima direttiva, ai sensi del quale la revoca o la sospensione del divieto di ingresso può essere presa in considerazione soltanto se il cittadino di uno Stato terzo di cui trattasi dimostra di aver lasciato il territorio in piena conformità con la decisione di rimpatrio.

b) Se gli articoli 5 e 11 della direttiva [2008/115] ostino ad un'interpretazione secondo la quale una domanda di soggiorno ai fini del ricongiungimento familiare con un cittadino



dell'Unione statico, che non ha esercitato il suo diritto di libera circolazione e stabilimento, viene considerata come una domanda implicita (temporanea) di revoca o di sospensione del divieto di ingresso vigente e definitivo, divieto che comunque riacquista efficacia allorché emerga che non ricorrono i requisiti di soggiorno.

c) Se formi un elemento rilevante il fatto che l'obbligo di presentare una domanda di revoca o di sospensione nel paese di origine comporta eventualmente soltanto una separazione temporanea fra il cittadino di uno Stato terzo e il cittadino dell'Unione statico. Se esistano circostanze nelle quali gli articoli 7 e 24 della Carta ostano tuttavia ad una separazione temporanea.

d) Se formi un elemento rilevante la circostanza che l'obbligo di presentare una domanda di revoca o di sospensione nel paese di origine ha l'unico effetto che il cittadino dell'Unione debba eventualmente lasciare il territorio dell'Unione europea nel suo complesso soltanto per un periodo limitato. Se esistano circostanze nelle quali l'articolo 20 TFUE osta comunque al fatto che il cittadino dell'Unione statico deve lasciare il territorio dell'Unione nel suo complesso per un periodo limitato».

#### **Sulla domanda di riapertura della fase orale del procedimento**

33 In seguito alla pronuncia delle conclusioni dell'avvocato generale, il governo belga, con atto depositato presso la cancelleria della Corte il 12 dicembre 2017, ha chiesto la riapertura della fase orale del procedimento affinché gli fosse data la possibilità, da un lato, di rispondere alle stesse, in quanto tali conclusioni conterrebbero un'interpretazione errone della direttiva 2008/115 e, dall'altro, per far valere le proprie osservazioni sulle sentenze del 26 luglio 2017, *Ouhrami* (C-225/16, EU:C:2017:59), e del 14 settembre 2017, *Petrea* (C-184/16, EU:C:2017:684).

34 Quanto alla critica mossa alle conclusioni dell'avvocato generale, occorre rilevare, da un lato, che né lo Statuto della Corte di giustizia dell'Unione europea né il regolamento di procedura della Corte prevedono la facoltà per le parti di depositare osservazioni in risposta alle conclusioni presentate dall'avvocato generale (sentenza del 25 ottobre 2017, *Polbud – Wykonawstwo*, C-106/16, EU:C:2017:804, punto 23 e giurisprudenza ivi citata).

35 Dall'altro lato, in forza dell'articolo 252, secondo comma, TFUE, l'avvocato generale ha il compito di presentare pubblicamente, con assoluta imparzialità e in piena indipendenza, conclusioni motivate sulle cause che, conformemente allo Statuto della Corte di giustizia dell'Unione europea, richiedono il suo intervento. A tal proposito, la Corte non è vincolata dalle conclusioni dell'avvocato generale né dalla motivazione in base alla quale quest'ultimo giunge alle proprie conclusioni. Di conseguenza, il disaccordo di una parte interessata rispetto alle conclusioni dell'avvocato generale, qualunque siano le questioni da esso ivi esaminate, non può costituire, di per sé, un motivo che giustifichi la riapertura della fase orale (sentenza del 25 ottobre 2017, *Polbud – Wykonawstwo*, C-106/16, EU:C:2017:804, punto 24 e giurisprudenza ivi citata).

36 Inoltre, si deve ricordare che la Corte, in qualsiasi momento, sentito l'avvocato generale, può disporre la riapertura della fase orale del procedimento, a norma dell'articolo 83 del suo regolamento di procedura, in particolare se essa non si ritiene sufficientemente edotta, o anche quando la causa dev'essere decisa in base a un argomento che non è stato



oggetto di discussione tra gli interessati (sentenza del 22 giugno 2017, *Federatie Nederlandse Vakvereniging e a.*, C-126/16, EU:C:2017:489, punto 33).

37 Tuttavia, nella presente causa, la Corte, sentito l'avvocato generale, ritiene di disporre di tutti gli elementi necessari per statuire sulla domanda di pronuncia pregiudiziale ad essa sottoposta e che questa non debba essere esaminata in riferimento ad un argomento che non è stato discusso dinanzi ad essa.

38 In considerazione di ciò, la Corte reputa che non occorra riaprire la fase orale del procedimento.

### **Sulle questioni pregiudiziali**

#### ***Osservazioni preliminari***

39 In via preliminare, occorre anzitutto osservare che le situazioni di cui al procedimento principale riguardano tutte il rifiuto dell'autorità nazionale competente di prendere in considerazione una domanda di soggiorno ai fini di un ricongiungimento familiare, presentata in Belgio da un cittadino di un paese terzo, familiare di un cittadino belga, in qualità di discendente, genitore o convivente legale di quest'ultimo, sulla base del rilievo che detto cittadino di un paese terzo è oggetto di una decisione di divieto d'ingresso nel territorio. Il giudice del rinvio osserva che, in base al diritto nazionale, i ricorrenti nel procedimento principale, in linea di principio, devono proporre, nei rispettivi paesi di origine, una richiesta di revoca o sospensione del divieto di ingresso nel territorio che li colpisce, prima di poter validamente proporre una domanda di soggiorno ai fini di un ricongiungimento familiare.

40 Inoltre, il giudice del rinvio precisa che, in ciascuno dei sette procedimenti principali riuniti, il cittadino belga di cui trattasi non ha mai esercitato la propria libertà di circolazione all'interno dell'Unione. Pertanto, i cittadini di paesi terzi, familiari di tale cittadino belga, non possono invocare un diritto di soggiorno derivato né ai sensi della direttiva 2004/38, né ai sensi dell'articolo 21 TFUE (v., in tal senso, sentenza del 10 maggio 2017, *Chavez-Vilchez e a.*, C-133/15, EU:C:2017:354, punti da 52 a 54).

41 Infine, dalla decisione di rinvio risulta che le «decisioni di allontanamento» adottate dall'autorità nazionale competente contengono l'obbligo, per i ricorrenti nel procedimento principale, di lasciare il territorio belga, e che esse sono accompagnate da un divieto d'ingresso nel territorio. Come rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 44 delle sue conclusioni, simili decisioni debbono quindi, ai fini dell'esame delle questioni proposte alla Corte, essere considerate «decisioni di rimpatrio», ai sensi dell'articolo 3, punto 4, della direttiva 2008/115 (v. anche, in tal senso, sentenza del 18 dicembre 2014, *Abdida*, C-562/13, EU:C:2014:2453, punto 39).

#### ***Sulle prime due questioni***

42 Con le prime due questioni, che occorre esaminare congiuntamente, il giudice del rinvio chiede, in sostanza:

– se gli articoli 5 e 11 della direttiva 2008/115, nonché l'articolo 20 TFUE, letti, se del caso, alla luce degli articoli 7 e 24 della Carta, debbano essere interpretati nel senso che ostano alla prassi di uno Stato membro consistente nel non prendere in considerazione una domanda di soggiorno ai fini di un ricongiungimento familiare, presentata dal cittadino di



un paese terzo, familiare di un cittadino dell'Unione che possieda la cittadinanza di tale Stato membro e che non abbia mai esercitato il proprio diritto alla libera circolazione, in base al solo motivo che detto cittadino di un paese terzo è oggetto di un divieto di ingresso in tale territorio, senza che sia stato esaminato se sussista una relazione di dipendenza tra il cittadino dell'Unione e detto cittadino di un paese terzo tale per cui, in caso di rifiuto di concessione a quest'ultimo di un diritto di soggiorno derivato, il cittadino dell'Unione in parola sarebbe, di fatto, obbligato a lasciare il territorio dell'Unione considerato nel suo insieme e si troverebbe così privato del godimento effettivo del contenuto essenziale dei diritti conferitigli dal suo status;

– in caso di risposta affermativa, quali elementi debbano essere presi in considerazione al fine di valutare l'esistenza di un simile rapporto di dipendenza e, quando il cittadino dell'Unione è minorenne, quale rilevanza vada attribuita all'esistenza di un legame familiare, di tipo biologico o giuridico, e alle modalità di alloggio e di presa in carico finanziaria di tale cittadino dell'Unione, cittadino dello Stato membro interessato;

– quale incidenza possano avere, in questo contesto:

– il fatto che il rapporto di dipendenza invocato dal cittadino di un paese terzo, a sostegno della sua domanda di soggiorno ai fini di un ricongiungimento familiare, sia sorta dopo l'adozione, nei propri confronti, di una decisione di divieto d'ingresso nel territorio;

– il fatto che tale divieto sia divenuto definitivo nel momento in cui il cittadino di un paese terzo presenta la domanda di soggiorno ai fini di un ricongiungimento familiare, e

– il fatto che tale divieto sia giustificato dal mancato rispetto di un obbligo di rimpatrio o da motivi di ordine pubblico.

*Sulla mancata presa in considerazione di una domanda di soggiorno ai fini di un ricongiungimento familiare a causa di un provvedimento di divieto d'ingresso nel territorio dello Stato membro interessato nei confronti dell'autore di tale domanda*

43 Occorre determinare, in primo luogo, se gli articoli 5 e 11 della direttiva 2008/115 o l'articolo 20 TFUE, letti, se del caso, alla luce degli articoli 7 e 24 della Carta, debbano essere interpretati nel senso che ostano a una prassi di uno Stato membro consistente nel non prendere in considerazione una domanda di soggiorno ai fini di un ricongiungimento familiare presentata, nel territorio di tale Stato membro, da parte di un cittadino di un paese terzo, oggetto di un divieto d'ingresso nel territorio.

– *Sulla direttiva 2008/115*

44 Si deve anzitutto ricordare che la direttiva 2008/115 disciplina unicamente il rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno sia irregolare e che, pertanto, essa non si prefigge l'obiettivo di armonizzare integralmente le norme degli Stati membri sul soggiorno degli stranieri (sentenza del 1° ottobre 2015, Celaj, C-290/14, EU:C:2015:640, punto 20). Pertanto, le norme e le procedure comuni introdotte dalla direttiva 2008/115 riguardano solo l'adozione di decisioni di rimpatrio e l'esecuzione di tali decisioni (sentenza del 6 dicembre 2011, Achughbabian, C-329/11, EU:C:2011:807, punto 29).

45 In particolare, nessuna disposizione di tale direttiva disciplina le modalità con cui deve essere trattata una domanda di soggiorno ai fini di un ricongiungimento familiare presentata, come nei procedimenti principali, successivamente all'adozione di una decisione di



rimpatrio accompagnata da un divieto d'ingresso nel territorio. Inoltre, il rifiuto di prendere in considerazione una simile domanda nelle circostanze descritte al punto 27 della presente sentenza non può ostacolare l'applicazione della procedura di rimpatrio prevista da detta direttiva.

46 Ne consegue che la direttiva 2008/115, e in particolare i suoi articoli 5 e 11, dev'essere interpretata nel senso che non osta alla prassi di uno Stato membro consistente nel non prendere in considerazione una domanda di soggiorno ai fini di un ricongiungimento familiare, presentata da un cittadino di un paese terzo, familiare di un cittadino dell'Unione che possieda la cittadinanza di tale Stato membro e che non abbia mai esercitato il proprio diritto alla libera circolazione, in base al solo motivo che detto cittadino di un paese terzo è oggetto di un divieto di ingresso in tale territorio.

– *Sull'articolo 20 TFUE*

47 Preliminarmente occorre ricordare che, per consolidata giurisprudenza della Corte, l'articolo 20 TFUE conferisce a chiunque possieda la cittadinanza di uno Stato membro lo status di cittadino dell'Unione, il quale è destinato ad essere lo status fondamentale dei cittadini degli Stati membri (v., in particolare, sentenze del 20 settembre 2001, Grzelczyk, C-184/99, EU:C:2001:458, punto 31; dell'8 marzo 2011, Ruiz Zambrano, C-34/09, EU:C:2011:124, punto 41, e del 13 settembre 2016, Rendón Marín, C-165/14, EU:C:2016:675, punto 69 e giurisprudenza ivi citata).

48 La cittadinanza dell'Unione conferisce a ciascun cittadino dell'Unione il diritto primario e individuale di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, fatte salve le limitazioni e le condizioni previste dal Trattato e le disposizioni adottate in applicazione dello stesso (sentenza del 13 settembre 2016, Rendón Marín, C-165/14, EU:C:2016:675, punto 70 e giurisprudenza ivi citata).

49 In tale contesto, 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; del 6 dicembre 2012, O e a., C-356/11 e C-357/11, EU:C:2012:776, punto 45, nonché del 10 maggio 2017, Chavez Vilchez e a., C-133/15, EU:C:2017:354, punto 61).

50 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 negarne il riconoscimento pregiudica, in particolare, la libertà di circolazione del cittadino dell'Unione (sentenza del 10 maggio 2017, Chavez Vilchez e a., C-133/15, EU:C:2017:354, punto 62 e giurisprudenza ivi citata).

51 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 accor-



dato al cittadino di un paese terzo, familiare di detto cittadino dell'Unione, a pena di pregiudicare l'effetto utile della cittadinanza dell'Unione, qualora, in 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, nonché del 10 maggio 2017, Chavez Vilchez e a., C-133/15, EU:C:2017:354, punto 63).

52 Tuttavia, il rifiuto di concedere un diritto di soggiorno al cittadino di un paese terzo può rimettere in discussione l'effetto utile della cittadinanza dell'Unione solo se tra tale cittadino di un paese terzo e il cittadino dell'Unione, suo familiare, esista un rapporto di dipendenza tale da far sì che quest'ultimo sia costretto a seguire il cittadino del paese terzo e a lasciare il territorio dell'Unione, considerato nel suo insieme (v., in tal senso, sentenze del 15 novembre 2011, Dereci e a., C-256/11, EU:C:2011:734, punti da 65 a 67; del 6 dicembre 2012, O e a., C-356/11 e C-357/11, EU:C:2012:776, punto 56, nonché del 10 maggio 2017, Chavez Vilchez e a., C-133/15, EU:C:2017:354, punto 69).

53 Nel caso di specie, si deve constatare che la prassi di cui al procedimento principale riguarda le modalità procedurali in base alle quali, nell'ambito di una domanda di soggiorno ai fini di un ricongiungimento familiare, il cittadino di un paese terzo può far valere l'esistenza di un diritto derivato ai sensi dell'articolo 20 TFUE.

54 A tal proposito, se è vero che spetta agli Stati membri determinare le modalità di attuazione del diritto di soggiorno derivato che, nelle situazioni assai specifiche di cui al punto 51 della presente sentenza, dev'essere riconosciuto al cittadino di un paese terzo in forza dell'articolo 20 TFUE, resta il fatto che tali modalità procedurali non possono però compromettere l'effetto utile del suddetto articolo 20 (v., in tal senso, sentenza del 10 maggio 2017, Chavez-Vilchez e a., C-133/15, EU:C:2017:354, punto 76).

55 Orbene, la prassi nazionale di cui al procedimento principale subordina l'esame della domanda di soggiorno ai fini di un ricongiungimento familiare e l'eventuale concessione di un diritto di soggiorno derivato, ai sensi dell'articolo 20 TFUE, all'obbligo, per il cittadino di un paese terzo interessato, di lasciare preventivamente il territorio dell'Unione al fine di chiedere la revoca o la sospensione del divieto d'ingresso nel territorio di cui è stato oggetto. Risulta altresì dalla decisione di rinvio che nessun esame dell'eventuale sussistenza di un rapporto di dipendenza tra detto cittadino di un paese terzo e il suo familiare, cittadino dell'Unione, come definito al punto 52 della presente sentenza, è effettuato finché detto cittadino di un paese terzo non abbia ottenuto la revoca o la sospensione del divieto d'ingresso nel territorio.

56 Contrariamente a quanto sostiene il governo belga, l'obbligo così imposto, dalla prassi nazionale in questione, al cittadino di un paese terzo, di lasciare il territorio dell'Unione per chiedere la revoca o la sospensione del divieto d'ingresso nel territorio di cui è oggetto, è tale da pregiudicare l'effetto utile dell'articolo 20 TFUE se il rispetto di detto obbligo comporta, in ragione dell'esistenza di un rapporto di dipendenza tra il cittadino di un paese terzo e un cittadino dell'Unione, suo familiare, che quest'ultimo sia, di fatto, costretto ad



accompagnarlo e, quindi, a lasciare parimenti il territorio dell'Unione per un periodo che, come rileva il giudice del rinvio, è indeterminato.

57 Pertanto, se è pur vero che il rifiuto di un cittadino di un paese terzo di ottemperare all'obbligo di rimpatrio e di cooperare nell'ambito di una procedura di allontanamento non può permettergli di sottrarsi, in tutto o in parte, agli effetti giuridici di una decisione di divieto d'ingresso (v., in tal senso, sentenza del 26 luglio 2017, *Ouhrami*, C-225/16, EU:C:2017:590, punto 52), resta tuttavia il fatto che, allorché l'autorità nazionale competente è adita, dal cittadino di un paese terzo, per una domanda di concessione di un diritto di soggiorno ai fini di un ricongiungimento familiare con un cittadino dell'Unione, cittadino dello Stato membro in questione, tale autorità non può rifiutarsi di prendere in considerazione detta domanda per il solo motivo che detto cittadino di un paese terzo è oggetto di un divieto d'ingresso nel territorio di tale Stato membro. Spetta all'autorità in parola, al contrario, esaminare tale domanda e valutare se esista, tra il cittadino del paese terzo e il cittadino dell'Unione in questione, un rapporto di dipendenza tale che un diritto di soggiorno derivato debba, in linea di principio, essere accordato a detto cittadino, ai sensi dell'articolo 20 TFUE, per evitare di costringere, di fatto, detto cittadino a lasciare il territorio dell'Unione nel suo complesso e, pertanto, di privarlo del godimento effettivo del nucleo essenziale dei diritti conferitigli dal suo status. In tale ipotesi, lo Stato membro interessato deve allora ritirare o, quanto meno, sospendere la decisione di rimpatrio e il divieto di ingresso di cui è oggetto quel cittadino.

58 Infatti, sarebbe contrario all'obiettivo perseguito dall'articolo 20 TFUE costringere il cittadino di un paese terzo a lasciare, per un periodo di tempo indeterminato, il territorio dell'Unione al fine di ottenere la revoca o la sospensione del divieto di ingresso in detto territorio di cui è oggetto, senza previa verifica dell'esistenza, tra il suddetto cittadino di un paese terzo e il cittadino dell'Unione, suo familiare, di un rapporto di dipendenza di natura tale da costringere quest'ultimo ad accompagnare il cittadino del paese terzo nel suo paese d'origine, anche se, proprio in ragione di tale rapporto di dipendenza, in linea di principio dovrebbe essere riconosciuto al cittadino del paese terzo un diritto di soggiorno derivato in virtù dell'articolo 20 TFUE.

59 Contrariamente a quanto sostiene il governo belga, l'articolo 3, punto 6, e l'articolo 11, paragrafo 3, della direttiva 2008/115, non sono tali da rimettere in discussione una simile conclusione.

60 È vero che, ai sensi dell'articolo 11, paragrafo 3, primo comma, della direttiva 2008/115, gli Stati membri possono esaminare la possibilità di revocare o sospendere un divieto di ingresso che accompagna una decisione di rimpatrio che concede un termine per la partenza volontaria quando il cittadino di un paese terzo si è allontanato dal territorio in conformità con detta decisione. Tuttavia, si deve rilevare che, al terzo e quarto comma dello stesso articolo 11, paragrafo 3, il legislatore dell'Unione ha previsto la possibilità per gli Stati membri di revocare o sospendere un simile divieto, in casi particolari, per ragioni diverse da quelle di cui al primo comma di tale disposizione, senza che sia precisato in tali commi che il cittadino di un paese terzo che è stato oggetto di una decisione di divieto di ingresso deve aver lasciato il territorio dello Stato membro in questione.



61 Pertanto, l'articolo 3, punto 6, e l'articolo 11, paragrafo 3, della direttiva 2008/115 non vietano agli Stati membri, contrariamente a quanto sostenuto dal governo belga, di revocare o sospendere un divieto d'ingresso nel territorio, quando la decisione di rimpatrio non sia stata eseguita e il cittadino di un paese terzo si trovi nel territorio dello Stato membro.

62 Ne consegue che l'articolo 20 TFUE dev'essere interpretato nel senso che osta alla prassi di uno Stato membro consistente nel non prendere in considerazione una domanda di soggiorno ai fini di un ricongiungimento familiare, presentata dal cittadino di un paese terzo, familiare di un cittadino dell'Unione che possieda la cittadinanza di tale Stato membro e che non abbia mai esercitato il proprio diritto alla libera circolazione, in base al solo motivo che detto cittadino di un paese terzo è oggetto di un divieto d'ingresso in tale territorio, senza che sia stato esaminato se sussista un rapporto di dipendenza tra il citato cittadino dell'Unione e il cittadino di un paese terzo tale che, in caso di rifiuto di concessione a quest'ultimo di un diritto di soggiorno derivato, il cittadino dell'Unione in parola sarebbe, di fatto, obbligato a lasciare il territorio dell'Unione considerato nel suo insieme trovandosi così privato del godimento effettivo del contenuto essenziale dei diritti conferitigli dal suo status.

*Sull'esistenza nei procedimenti principali di un rapporto di dipendenza idoneo a fondare un diritto di soggiorno derivato ai sensi dell'articolo 20 TFUE*

63 In secondo luogo, occorre esaminare le circostanze in cui, nei procedimenti riuniti di cui al procedimento principale, possa concretizzarsi un rapporto di dipendenza che possa originare un diritto di soggiorno derivato ai sensi dell'articolo 20 TFUE.

64 A tale riguardo, si deve rilevare che i ricorsi nei procedimenti principali proposti rispettivamente da K.A., da M.Z. e da B.A. riguardano domande di soggiorno ai fini di un ricongiungimento familiare presentate da cittadini di paesi terzi il cui padre o partner principale, parimenti maggiorenne, è cittadino belga. Per contro, i ricorsi nel procedimento principale di M.J., di N.N.N., di O.I.O. e di R.I. riguardano domande di soggiorno ai fini di un ricongiungimento familiare da parte di cittadini di paesi terzi, maggiorenni, il cui figlio, minore, è cittadino belga.

65 Per quanto riguarda, da un lato, i procedimenti principali che hanno come ricorrenti, rispettivamente, K.A., M.Z. e B.A., occorre in primo luogo sottolineare che, a differenza dei minori, e a maggior ragione se si tratta di bambini come i cittadini dell'Unione di cui alla causa che ha dato origine alla sentenza dell'8 marzo 2011, Ruiz Zambrano (C-34/09, EU:C:2011:124), un adulto è, in linea di principio, in grado di condurre una vita indipendente dai propri familiari. Ne consegue che il riconoscimento, tra due familiari in età adulta, di un rapporto di dipendenza, di natura tale da creare un diritto di soggiorno derivato ai sensi dell'articolo 20 TFUE, è possibile solo in casi eccezionali, in cui, alla luce dell'insieme delle circostanze pertinenti, il soggetto interessato non può in alcun modo essere separato dal proprio familiare da cui dipende.

66 Nel caso di specie, in nessuno dei tre procedimenti principali aventi ad oggetto una relazione familiare tra maggiorenni il fascicolo sottoposto alla Corte sembra far emergere



un rapporto di dipendenza tale da giustificare la concessione al cittadino di un paese terzo di un diritto di soggiorno derivato ai sensi dell'articolo 20 TFUE.

67 Infatti, sotto un primo profilo, quanto a K.A., il giudice del rinvio si limita a constatare che la stessa è a carico di suo padre, cittadino belga, senza che risulti, dalla decisione di rinvio o dalle osservazioni presentate da K.A., che un siffatto nesso di dipendenza possa essere tale da costringere il padre di quest'ultima a lasciare il territorio dell'Unione nel caso in cui venga rifiutata a K.A. la concessione di un diritto di soggiorno in Belgio.

68 Sotto un secondo profilo, per quanto concerne M.Z., il medesimo dipende dal padre belga solo sul piano finanziario. Orbene, come osservato in sostanza dall'avvocato generale al paragrafo 79 delle sue conclusioni, un siffatto nesso di dipendenza puramente finanziario non è manifestamente tale da costringere il padre di M.Z., cittadino belga, a lasciare il territorio dell'Unione, considerato nel suo insieme, nel caso in cui a M.Z. venisse negata la concessione di un diritto di soggiorno in Belgio.

69 Sotto un terzo profilo, nulla indica, nella decisione di rinvio, che sussista una qualsivoglia situazione di dipendenza tra B.A. e il suo convivente legale.

70 Per quanto concerne, dall'altro lato, i ricorsi di cui ai procedimenti principali depositati da M.J., N.N.N., O.I.O. e R.I., va ricordato che la Corte ha già 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 minore cittadino dell'Unione, comporti per quest'ultimo la privazione del godimento effettivo del contenuto essenziale dei diritti ad esso conferiti dal suo status e lo costringa, di fatto, ad accompagnare il genitore e quindi a lasciare il territorio dell'Unione complessivamente inteso – 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 (v., in tal senso, sentenza del 10 maggio 2017, Chavez-Vilchez e a., C-133/15, EU:C:2017:354, punto 68 e giurisprudenza ivi citata).

71 Più nello specifico, per valutare il rischio che il minore in questione, cittadino dell'Unione, sia costretto a lasciare il territorio dell'Unione nel caso in cui il genitore, cittadino di un paese terzo, si veda negare il riconoscimento di un diritto di soggiorno derivato nello Stato membro di cui trattasi, spetta al giudice del rinvio stabilire, in ciascuna delle controversie 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, 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 (sentenza del 10 maggio 2017, Chavez Vilchez e a., C-133/15, EU:C:2017:354, punto 70).

72 Il fatto che l'altro genitore, cittadino dell'Unione, sia realmente capace di – e disposto a – assumersi da solo l'onere quotidiano ed effettivo del figlio minorene costituisce un elemento pertinente, ma che non è di per sé solo sufficiente a constatare l'inesistenza, tra il genitore cittadino di un paese terzo e il minore, di un rapporto di dipendenza tale per cui



quest'ultimo sarebbe costretto a lasciare il territorio dell'Unione qualora al 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 del minore (sentenza del 10 maggio 2017, Chavez Vilchez e a., C-133/15, EU:C:2017:354, punto 71).

73 Pertanto, il fatto che il genitore, cittadino di un paese terzo, viva con il figlio minore, cittadino dell'Unione, è uno degli elementi rilevanti da prendere in considerazione nel determinare la sussistenza di un rapporto di dipendenza tra loro, pur senza costituire una condizione necessaria (v., in tal senso, sentenza del 6 dicembre 2012, O e a., C-356/11 e C-357/11, EU:C:2012:776, punto 54).

74 Per contro, la mera circostanza che possa apparire auspicabile al cittadino di uno Stato membro, per ragioni economiche o per mantenere l'unità familiare nel territorio dell'Unione, che taluni dei suoi familiari, che non possiedono la cittadinanza di uno Stato membro, possano soggiornare con lui nel territorio dell'Unione, non basta di per sé a far ritenere che il cittadino dell'Unione sarebbe costretto ad abbandonare il territorio dell'Unione qualora un tale diritto non gli fosse concesso (v., in tal senso, sentenze del 15 novembre 2011, Dereci e a., C-256/11, EU:C:2011:734, punto 68, e del 6 dicembre 2012, O e a., C-356/11 e C-357/11, EU:C:2012:776, punto 52).

75 Pertanto, l'esistenza di un vincolo familiare, di tipo biologico o giuridico, tra il cittadino dell'Unione minorenni e il genitore, cittadino di un paese terzo, non può essere sufficiente a giustificare che a tale genitore sia riconosciuto, a norma dell'articolo 20 TFUE, un diritto di soggiorno derivato nel territorio dello Stato membro di cui il minore è cittadino.

76 Risulta dai punti da 64 a 75 della presente sentenza che l'articolo 20 TFUE deve essere interpretato nel senso che:

– se il cittadino dell'Unione è maggiorenne, un rapporto di dipendenza – di natura tale da giustificare la concessione, al cittadino del paese terzo, di un diritto di soggiorno derivato ai sensi di detto articolo – è ravvisabile solo in casi eccezionali, nei quali, tenuto conto dell'insieme delle circostanze pertinenti, il soggetto interessato non può in alcun modo essere separato dal familiare da cui dipende;

– se il cittadino dell'Unione è minorenne, la valutazione dell'esistenza di un simile rapporto di dipendenza dev'essere fondata sulla presa in considerazione, nell'interesse superiore del bambino, dell'insieme delle circostanze del caso di specie, e, segnatamente, della sua età, del suo sviluppo fisico ed emotivo, dell'intensità della sua relazione affettiva con ciascuno dei genitori nonché del rischio che la separazione dal genitore cittadino di un paese terzo comporterebbe per l'equilibrio del minore stesso. L'esistenza di un vincolo familiare con tale cittadino, di tipo biologico o giuridico, non è sufficiente, e una convivenza con quest'ultimo non è necessaria, per fondare un tale rapporto di dipendenza.

*Sull'importanza del momento in cui è sorto il rapporto di dipendenza*



77 In terzo luogo, si deve determinare se l'articolo 20 TFUE debba essere interpretato nel senso che non rileva che il rapporto di dipendenza invocato dal cittadino di un paese terzo a sostegno della sua domanda di soggiorno ai fini di un ricongiungimento familiare sia sorto prima dell'adozione, nei propri confronti, di un divieto d'ingresso nel territorio.

78 A tal proposito, va ricordato, da un lato, che il diritto di soggiorno riconosciuto ai cittadini di paesi terzi, familiari di un cittadino dell'Unione, ai sensi dell'articolo 20 TFUE, è un diritto di soggiorno derivato, volto a tutelare le libertà di circolazione e di soggiorno del cittadino dell'Unione, e, dall'altro, che è proprio in ragione del rapporto di dipendenza tra il cittadino dell'Unione e il suo familiare, cittadino di un paese terzo, nel senso indicato al punto 52 della presente sentenza, che deve essere riconosciuto a quest'ultimo un diritto di soggiorno nel territorio dello Stato membro di cui il cittadino dell'Unione ha la cittadinanza.

79 Alla luce di ciò, l'effetto utile della cittadinanza dell'Unione sarebbe disatteso se una domanda di soggiorno ai fini di un ricongiungimento familiare dovesse essere respinta automaticamente quando un simile rapporto di dipendenza tra il cittadino dell'Unione e il suo familiare, cittadino di un paese terzo, sia sorto in un momento in cui quest'ultimo era già stato oggetto di una decisione di rimpatrio accompagnata da un divieto d'ingresso sul territorio e si sapeva quindi in posizione di soggiorno irregolare. Infatti, in un simile caso, l'esistenza di un tale rapporto di dipendenza tra il cittadino dell'Unione e il cittadino di un paese terzo non ha potuto, per ipotesi, essere presa in considerazione al momento della decisione di rimpatrio, accompagnata da un divieto d'ingresso, di cui il cittadino di un paese terzo è stato oggetto.

80 Del resto, la Corte ha già ammesso, nelle sentenze dell'8 marzo 2011, Ruiz Zambrano (C-34/09, EU:C:2011:124), e del 10 maggio 2017, Chavez-Vilchez e a. (C-133/15, EU:C:2017:354), che sia riconosciuto un diritto di soggiorno derivato, ai sensi dell'articolo 20 TFUE, ai cittadini di paesi terzi, familiari di cittadini dell'Unione, minorenni, e che non hanno mai esercitato la loro libertà di circolazione, benché, al momento della nascita di questi ultimi, i genitori si trovassero in posizione di soggiorno irregolare nel territorio dello Stato membro interessato.

81 Da quanto precede risulta che l'articolo 20 TFUE dev'essere interpretato nel senso che è irrilevante che il rapporto di dipendenza invocato dal cittadino di un paese terzo a sostegno della sua domanda di soggiorno ai fini di un ricongiungimento familiare sia sorto prima dell'adozione, nei suoi confronti, di un divieto d'ingresso nel territorio.

*Sul carattere definitivo del divieto di ingresso nel territorio*

82 In quarto luogo, si deve determinare se l'articolo 20 TFUE debba essere interpretato nel senso che non rileva che la decisione di divieto d'ingresso nel territorio di cui è oggetto il cittadino di un paese terzo sia divenuta definitiva nel momento in cui quest'ultimo deposita la sua domanda di soggiorno ai fini di un ricongiungimento familiare.

83 A tal proposito, come discende dai punti da 57 a 61 della presente sentenza, l'effetto utile dell'articolo 20 TFUE impone di revocare o sospendere un simile divieto d'ingresso, anche se divenuto definitivo, ove esista, tra il suddetto cittadino di un paese terzo e il cittadino dell'Unione, suo familiare, un rapporto di dipendenza tale da giustificare la concessio-



ne all'interessato di un diritto di soggiorno derivato, ai sensi del citato articolo 20, nel territorio dello Stato membro interessato.

84 Ne consegue che l'articolo 20 TFUE dev'essere interpretato nel senso che è irrilevante che la decisione di divieto d'ingresso nel territorio di cui è oggetto il cittadino di un paese terzo sia divenuta definitiva al momento in cui quest'ultimo deposita la sua domanda di soggiorno ai fini di un ricongiungimento familiare.

*Sui motivi del divieto d'ingresso nel territorio*

85 In quinto luogo, si deve determinare se l'articolo 20 TFUE debba essere interpretato nel senso che è irrilevante che la decisione di divieto d'ingresso nel territorio di cui è oggetto il cittadino di un paese terzo che ha depositato una domanda di soggiorno ai fini di un ricongiungimento familiare sia giustificata dal mancato rispetto del suo obbligo di rimpatrio o da motivi di ordine pubblico.

86 Preliminarmente occorre sottolineare che, ai sensi dell'articolo 11, paragrafo 1, della direttiva 2008/115, gli Stati membri sono tenuti ad adottare una decisione di divieto d'ingresso nel territorio se il cittadino di un paese terzo, che è stato oggetto di una decisione di rimpatrio, non ha rispettato l'obbligo di rimpatrio, o quando nessun termine per la partenza volontaria gli è stato concesso, il che può verificarsi, conformemente all'articolo 7, paragrafo 4, di detta direttiva, se l'interessato costituisce un pericolo per l'ordine pubblico, la pubblica sicurezza o la sicurezza nazionale.

87 Per quanto concerne, sotto un primo profilo, il mancato rispetto dell'obbligo di rimpatrio, si deve osservare che non rileva la circostanza che il divieto d'ingresso nel territorio sia stato adottato per un tale motivo.

88 Infatti, per le ragioni esposte ai punti da 53 a 62 nonché ai punti 79 e 80 della presente sentenza, uno Stato membro non può rifiutarsi di prendere in considerazione una domanda di soggiorno ai fini di un ricongiungimento familiare, presentata dal cittadino di un paese terzo, per il solo motivo che egli, non avendo rispettato l'obbligo di rimpatrio, soggiorna in modo irregolare in detto territorio, senza aver preliminarmente esaminato se esista, tra il cittadino del paese terzo e il cittadino dell'Unione, suo familiare, un rapporto di dipendenza tale da imporre di riconoscere a detto cittadino un diritto di soggiorno derivato ai sensi dell'articolo 20 TFUE.

89 Inoltre, si deve ricordare, da un lato, che il diritto di soggiorno nello Stato membro di accoglienza, riconosciuto dall'articolo 20 TFUE al cittadino di un paese terzo, familiare di un cittadino dell'Unione, discende direttamente da tale articolo e non richiede che il cittadino di un paese terzo disponga già di un altro titolo di soggiorno nel territorio dello Stato membro interessato e, dall'altro lato, che, poiché il beneficio di tale diritto di soggiorno deve essere riconosciuto al cittadino di un paese terzo a partire dal sorgere del rapporto di dipendenza tra quest'ultimo e il cittadino dell'Unione, detto cittadino di un paese terzo non può più essere considerato, a partire da tale momento e per tutta la durata del rapporto di dipendenza, in soggiorno irregolare nel territorio dello Stato membro interessato, ai sensi dell'articolo 3, punto 2, della direttiva 2008/115.

90 Per quanto concerne, sotto un secondo profilo, la circostanza che il divieto di ingresso nel territorio si basa su considerazioni di ordine pubblico, la Corte ha già dichiarato che



l'articolo 20 TFUE non incide sulla possibilità, per gli Stati membri, di far valere un'eccezione connessa, segnatamente, al mantenimento dell'ordine pubblico e alla salvaguardia della sicurezza pubblica. Ciò detto, nei limiti in cui la situazione dei ricorrenti ricade nel campo di applicazione del diritto dell'Unione, la valutazione della stessa deve tener conto del diritto al rispetto della vita privata e familiare, come enunciato all'articolo 7 della Carta, articolo che deve essere letto in combinato disposto, se del caso, con l'obbligo di prendere in considerazione l'interesse superiore del minore, sancito dall'articolo 24, paragrafo 2, della Carta (v., in tal senso, sentenze del 13 settembre 2016, Rendón Marín, C-165/14, EU:C:2016:675, punto 81, e del 13 settembre 2016, CS, C-304/14, EU:C:2016:674, punto 36).

91 Inoltre, in quanto giustificazione di una deroga al diritto di soggiorno dei cittadini dell'Unione o dei loro familiari, le nozioni di «ordine pubblico» e di «pubblica sicurezza» devono essere intese in senso restrittivo. Così, la nozione di «ordine pubblico» presuppone, in ogni caso, oltre alla perturbazione dell'ordine sociale insita in qualsiasi infrazione della legge, l'esistenza di una minaccia reale, attuale e sufficientemente grave nei confronti di un interesse fondamentale della società. Quanto alla nozione di «pubblica sicurezza», dalla giurisprudenza della Corte risulta che tale nozione comprende la sicurezza interna di uno Stato membro e la sua sicurezza esterna e, pertanto, il pregiudizio al funzionamento delle istituzioni e dei servizi pubblici essenziali nonché alla sopravvivenza della popolazione; allo stesso modo, il rischio di perturbazioni gravi dei rapporti internazionali o della coesistenza pacifica dei popoli, o ancora il pregiudizio agli interessi militari, possono ledere la pubblica sicurezza. La Corte ha altresì dichiarato che la lotta contro la criminalità legata al traffico di stupefacenti in associazione criminale e la lotta contro il terrorismo sono comprese nella nozione di «pubblica sicurezza» (v., in tal senso, sentenze del 13 settembre 2016, Rendón Marín, C-165/14, EU:C:2016:675, punti 82 e 83, nonché del 13 settembre 2016, CS, C-304/14, EU:C:2016:674, punti da 37 a 39).

92 In tale contesto, si deve considerare che, quando il diniego del diritto di soggiorno è basato sull'esistenza di una minaccia reale, attuale e sufficientemente grave per l'ordine pubblico o la pubblica sicurezza, tenuto conto, in particolare, dei reati commessi dal cittadino di uno Stato terzo, siffatto diniego sarebbe conforme al diritto dell'Unione, anche ove comportasse l'obbligo per il cittadino dell'Unione, suo familiare, di lasciare il territorio dell'Unione (v., in tal senso, sentenze del 13 settembre 2016, Rendón Marín, C-165/14, EU:C:2016:675, punto 84, e del 13 settembre 2016, CS, C-304/14, EU:C:2016:674, punto 40).

93 Per contro, non si potrebbe giungere automaticamente a tale conclusione sulla sola base dei precedenti penali dell'interessato. Detta conclusione potrebbe discendere, se del caso, solamente da una valutazione in concreto di tutte le circostanze attuali e pertinenti del caso di specie, alla luce del principio di proporzionalità, dell'interesse superiore del bambino e dei diritti fondamentali di cui la Corte garantisce il rispetto (sentenze del 13 settembre 2016, Rendón Marín, C-165/14, EU:C:2016:675, punto 85, e del 13 settembre 2016, CS, C-304/14, EU:C:2016:674, punto 41).



94 Pertanto, tale valutazione deve segnatamente prendere in considerazione il comportamento personale dell'interessato, la durata e la legittimità del suo soggiorno nel territorio dello Stato membro di cui trattasi, la natura e la gravità del reato commesso, il livello di pericolosità attuale dell'interessato per la società, l'età dei figli eventualmente coinvolti, il loro stato di salute e la loro situazione familiare ed economica (sentenze del 13 settembre 2016, Rendón Marín, C-165/14, EU:C:2016:675, punto 86, e del 13 settembre 2016, CS, C-304/14, EU:C:2016:674, punto 42).

95 Orbene, dalla decisione di rinvio risulta che la prassi nazionale di cui al procedimento principale non impone all'autorità nazionale competente di effettuare una siffatta valutazione in concreto di tutte le circostanze rilevanti del caso di specie prima di respingere una domanda di soggiorno ai fini di un ricongiungimento familiare in circostanze come quelle di cui al procedimento principale.

96 Peraltro, il giudice del rinvio rileva che non risulta dalle decisioni impugnate dinanzi ad esso che siffatta valutazione in concreto sia stata realizzata in occasione dell'adozione della decisione di rimpatrio, accompagnata da un divieto d'ingresso, di cui è stato oggetto ciascuno dei ricorrenti nel procedimento principale. In ogni caso, anche a voler ritenere che si versi in tale ipotesi, l'autorità nazionale competente sarebbe nondimeno tenuta ad esaminare, nel momento in cui prevede di dover respingere la domanda di soggiorno ai fini di un ricongiungimento familiare presentata dal cittadino di un paese terzo, se, successivamente all'adozione della decisione di rimpatrio, le circostanze di fatto si siano evolute in modo tale che un diritto di soggiorno non può, ormai, più essergli rifiutato (v., per analogia, sentenze del 29 aprile 2004, Orfanopoulos e Oliveri, C-482/01 e C-493/01, EU:C:2004:262, punti 79 e 82, nonché dell'11 novembre 2004, Cetinkaya, C-467/02, EU:C:2004:708, punti 45 e 47).

97 Ne consegue che l'articolo 20 TFUE dev'essere interpretato nel senso che è irrilevante che la decisione di divieto d'ingresso nel territorio di cui è oggetto il cittadino di un paese terzo che ha depositato una domanda di soggiorno ai fini di un ricongiungimento familiare sia giustificata dal mancato rispetto del suo obbligo di rimpatrio. Qualora ragioni di ordine pubblico abbiano giustificato una simile decisione, esse possono portare al diniego della concessione a detto cittadino di un paese terzo di un diritto di soggiorno derivato ai sensi dell'articolo citato solo se emerga da una valutazione in concreto di tutte le circostanze del caso di specie, alla luce del principio di proporzionalità, dell'interesse superiore del o degli eventuali figli interessati e dei diritti fondamentali, che l'interessato rappresenta una minaccia reale, attuale e sufficientemente grave per l'ordine pubblico.

#### *Sulla terza questione*

98 Con la terza questione il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'articolo 5 della direttiva 2008/115 nonché gli articoli 7 e 24 della Carta debbano essere interpretati nel senso che ostano ad una prassi nazionale in forza della quale è adottata una decisione di rimpatrio nei confronti del cittadino di un paese terzo, già oggetto di una decisione di rimpatrio, accompagnata da una decisione di divieto d'ingresso nel territorio, ancora in vigore, senza che siano presi in considerazione gli elementi della sua vita familiare, e in particolare l'interesse



del figlio minore, menzionati nella domanda di soggiorno ai fini di un ricongiungimento familiare presentata dopo l'adozione di tale divieto d'ingresso nel territorio.

99 Alla luce della risposta fornita alle prime due questioni, si deve intendere la terza questione come riferita esclusivamente ai casi in cui il cittadino di un paese terzo non può beneficiare di un diritto di soggiorno derivato ai sensi dell'articolo 20 TFUE.

100 In tale prospettiva, si deve innanzitutto ricordare che, come enuncia il suo considerando 2, la direttiva 2008/115 persegue l'attuazione di un'efficace politica in materia di allontanamento e rimpatrio basata su norme comuni affinché le persone siano rimpatriate in maniera umana e nel pieno rispetto dei loro diritti fondamentali e della loro dignità. Come risulta tanto dal titolo quanto dal tenore testuale dell'articolo 1 della stessa direttiva, quest'ultima stabilisce «norme e procedure comuni» che ciascuno Stato membro è tenuto ad applicare per il rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare (sentenza del 5 novembre 2014, Mukarubega, C-166/13, EU:C:2014:2336, punto 39 e giurisprudenza ivi citata).

101 Peraltro, discende dal considerando 6 di tale direttiva che gli Stati membri, nei confronti di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno sia irregolare nel loro territorio, devono prendere una decisione di rimpatrio, prescritta dall'articolo 6, paragrafo 1, della citata direttiva, in esito ad una procedura equa e trasparente.

102 Più nello specifico, in applicazione dell'articolo 5 della direttiva 2008/115, rubricato «Non-refoulement, interesse superiore del bambino, vita familiare e condizioni di salute», quando gli Stati membri attuano la suddetta direttiva, essi devono, da una parte, tenere nella debita considerazione l'interesse superiore del bambino, la vita familiare e le condizioni di salute del cittadino del paese terzo interessato e, dall'altra, rispettare il non-refoulement (non respingimento) (sentenza dell'11 dicembre 2014, Boudjlida, C-249/13, EU:C:2014:2431, punto 48).

103 Ne consegue che, qualora l'autorità nazionale competente intenda adottare una decisione di rimpatrio, essa deve necessariamente rispettare gli obblighi imposti dall'articolo 5 della direttiva 2008/115 e sentire l'interessato in proposito. Al riguardo, spetta all'interessato cooperare con l'autorità nazionale competente nel corso della propria audizione al fine di fornire alla stessa tutte le informazioni pertinenti relative alla propria situazione personale e familiare e, in particolare, quelle che possono giustificare la non adozione di una decisione di rimpatrio (sentenza dell'11 dicembre 2014, Boudjlida, C-249/13, EU:C:2014:2431, punti 49 e 50).

104 L'articolo 5 della direttiva 2008/115 osta pertanto a che uno Stato membro adotti una decisione di rimpatrio senza prendere in considerazione gli elementi pertinenti relativi alla vita familiare del cittadino di un paese terzo interessato, che detto cittadino ha fatto valere, sia pure a sostegno di una domanda di soggiorno ai fini di un ricongiungimento familiare, al fine di opporsi all'adozione di tale decisione, anche se il cittadino in questione è già stato oggetto di una decisione di rimpatrio accompagnata da un divieto d'ingresso nel territorio.

105 Tuttavia, come sottolineato al punto 103 della presente sentenza, l'interessato ha un obbligo di cooperazione leale con l'autorità nazionale competente. Questo dovere di leale



cooperazione gli impone di comunicare senza indugio all'autorità qualsiasi circostanza pertinente relativa alla propria vita familiare. Infatti, il diritto del cittadino di un paese terzo a che l'evoluzione della propria situazione familiare sia presa in considerazione prima dell'adozione di una decisione di rimpatrio non può essere strumentalizzato per riaprire o prorogare indefinitamente il procedimento amministrativo (v., per analogia, sentenza del 5 novembre 2014, Mukarubega, C-166/13, EU:C:2014:2336, punto 71).

106 Quindi, qualora, come nei procedimenti principali, il cittadino di un paese terzo sia già stato oggetto di una decisione di rimpatrio, e a condizione che, nel corso di questo primo procedimento, egli abbia potuto far valere gli elementi della propria vita familiare, all'epoca già esistenti e che fondano la sua domanda di soggiorno ai fini del ricongiungimento familiare, non si può contestare all'autorità nazionale competente di non aver tenuto conto, nel corso del procedimento di rimpatrio avviato successivamente, di tali elementi, che avrebbero dovuto essere invocati dall'interessato in una fase precedente del procedimento.

107 Si deve pertanto rispondere alla terza questione dichiarando che l'articolo 5 della direttiva 2008/115 dev'essere interpretato nel senso che osta ad una prassi nazionale in forza della quale è adottata una decisione di rimpatrio nei confronti del cittadino di un paese terzo, già oggetto di una decisione di rimpatrio, accompagnata da una decisione di divieto d'ingresso nel territorio, ancora in vigore, senza che siano presi in considerazione gli elementi della sua vita familiare, e in particolare l'interesse del figlio minore, menzionati nella domanda di soggiorno ai fini di un ricongiungimento familiare presentata dopo l'adozione di tale divieto d'ingresso nel territorio, salvo quando tali elementi avrebbero potuto essere fatti valere in precedenza dall'interessato.

#### *Sulla quarta questione*

108 Considerate le risposte fornite alle prime tre questioni pregiudiziali, non occorre rispondere alla quarta questione.

#### **Sulle spese**

109 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) La direttiva 2008/115/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 2008, recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare, e in particolare i suoi articoli 5 e 11, dev'essere interpretata nel senso che non osta alla prassi di uno Stato membro che consiste nel non prendere in considerazione una domanda di soggiorno ai fini di un ricongiungimento familiare, presentata nel suo territorio da un cittadino di un paese terzo, familiare di un cittadino dell'Unione che possiede la cittadinanza di tale Stato membro e che non ha mai esercitato il proprio diritto alla**



libera circolazione, in base al solo motivo che detto cittadino di un paese terzo è oggetto di un divieto di ingresso in tale territorio.

2) L'articolo 20 TFUE dev'essere interpretato nel senso:

– che esso osta alla prassi di uno Stato membro che consiste nel non prendere in considerazione una tale domanda unicamente in base a detto motivo, senza che sia stato esaminato se sussista un rapporto di dipendenza tra detto cittadino dell'Unione e detto cittadino di un paese terzo di natura tale che, in caso di rifiuto di concessione a quest'ultimo di un diritto di soggiorno derivato, il cittadino dell'Unione in parola sarebbe, di fatto, obbligato a lasciare il territorio dell'Unione considerato nel suo insieme e verrebbe così privato del godimento effettivo del contenuto essenziale dei diritti conferitigli dal suo status;

– che se il cittadino dell'Unione è maggiorenne, un rapporto di dipendenza – di natura tale da giustificare la concessione, al cittadino di un paese terzo interessato, di un diritto di soggiorno derivato ai sensi di detto articolo – è ravvisabile solo in casi eccezionali, nei quali, tenuto conto dell'insieme delle circostanze pertinenti, il soggetto interessato non può in alcun modo essere separato dal familiare da cui dipende;

– che se il cittadino dell'Unione è minorenne, la valutazione dell'esistenza di un siffatto rapporto di dipendenza dev'essere fondata sulla presa in considerazione, nell'interesse superiore del bambino, dell'insieme delle circostanze del caso di specie, e, segnatamente, della sua età, del suo sviluppo fisico ed emotivo, dell'intensità della sua relazione affettiva con ciascuno dei genitori, nonché del rischio che la separazione dal genitore cittadino di un paese terzo comporterebbe per l'equilibrio del minore stesso; l'esistenza di un vincolo familiare con tale cittadino, di tipo biologico o giuridico, non è sufficiente, e una convivenza con quest'ultimo non è necessaria, per fondare un tale rapporto di dipendenza;

– che è irrilevante che il rapporto di dipendenza invocato dal cittadino di un paese terzo a sostegno della sua domanda di soggiorno ai fini di un ricongiungimento familiare sia sorto dopo l'adozione, nei suoi confronti, di un divieto d'ingresso nel territorio;

– che è irrilevante che la decisione di divieto d'ingresso nel territorio di cui è oggetto il cittadino di un paese terzo sia divenuta definitiva nel momento in cui quest'ultimo deposita la sua domanda di soggiorno ai fini di un ricongiungimento familiare, e

– che è irrilevante che la decisione di divieto d'ingresso di cui è oggetto il cittadino di un paese terzo che ha depositato una domanda di soggiorno ai fini di un ricongiungimento familiare sia giustificata dal mancato rispetto di un obbligo di rimpatrio; qualora ragioni di ordine pubblico abbiano giustificato una tale decisione, esse possono portare al diniego della concessione a detto cittadino di un paese terzo di un diritto di soggiorno derivato ai sensi dell'articolo citato solo ove emerga da una valutazione in concreto di tutte le circostanze del caso di specie, alla luce del principio di proporzionalità, dell'interesse superiore del o degli eventuali bambini



interessati e dei diritti fondamentali, che l'interessato rappresenta una minaccia reale, attuale e sufficientemente grave per l'ordine pubblico.

3) L'articolo 5 della direttiva 2008/115 dev'essere interpretato nel senso che osta ad una prassi nazionale in forza della quale è adottata una decisione di rimpatrio nei confronti di un cittadino di un paese terzo, già oggetto di una decisione di rimpatrio, accompagnata da un divieto d'ingresso, ancora in vigore, senza che siano presi in considerazione gli elementi della sua vita familiare, e in particolare l'interesse del figlio minore, menzionati in una domanda di soggiorno ai fini di un ricongiungimento familiare presentata dopo l'adozione di tale divieto d'ingresso, salvo quando tali elementi avrebbero potuto essere fatti valere in precedenza dall'interessato.



Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, 5 giugno 2018, causa C-673/16

**Rinvio pregiudiziale – Cittadinanza dell’Unione – Articolo 21 TFUE – Diritto dei cittadini dell’Unione di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri – Direttiva 2004/38/CE – Articolo 3 – Aventi diritto – Familiari del cittadino dell’Unione – Articolo 2, punto 2, lettera a) – Nozione di “coniuge” – Matrimonio tra persone dello stesso sesso – Articolo 7 – Diritto di soggiorno per un periodo superiore a tre mesi – Diritti fondamentali**

Nella causa C-673/16,

avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell’articolo 267 TFUE, dalla Curtea Constituțională (Corte costituzionale, Romania), con decisione del 29 novembre 2016, pervenuta in cancelleria il 30 dicembre 2016, nel procedimento

**Relu Adrian Coman,  
Robert Clabourn Hamilton,  
Asociația Accept**

contro

**Inspectoratul General pentru Imigrări,  
Ministerul Afacerilor Interne,**

con l’intervento di:

**Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării,**

LA CORTE (Grande Sezione),

composta da K. Lenaerts, presidente, A. Tizzano, vicepresidente, R. Silva de Lapuerta, M. Ilešič (relatore), J.L. da Cruz Vilaça, A. Rosas, C.G. Fernlund e C. Vajda, presidenti di sezione, E. Juhász, A. Arabadjiev, M. Safjan, D. Šváby, M. Berger, E. Jarašiūnas ed E. Regan, giudici,

avvocato generale: M. Wathelet

cancelliere: R. Seres, amministratore

vista la fase scritta del procedimento e in seguito all’udienza del 21 novembre 2017,

considerate le osservazioni presentate:

- per R.A. Coman e R.C. Hamilton, da R. Iordache e R. Wintemute, consiglieri, nonché da R.-I. Ionescu, avocat;
- per la Asociația Accept, da R. Iordache e R. Wintemute, consiglieri, nonché da R.-I. Ionescu, avocat, assistiti da J.F. MacLennan, solicitor;
- per il governo rumeno, inizialmente da R.-H. Radu nonché da C. M. Florescu, E. Gane e R. Mangu, poi da C.-R. Canțar nonché da C. M. Florescu, E. Gane e R. Mangu, in qualità di agenti;
- per il Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării, da C.F. Asztalos, M. Roșu e C. Vlad, in qualità di agenti;
- per il governo lettone, da I. Kucina e V. Šoica, in qualità di agenti;



- per il governo ungherese, da M.Z. Fehér, G. Koós e M.M. Tátrai, in qualità di agenti;
- per il governo dei Paesi Bassi, da M.A.M. de Ree e K. Bulterman, in qualità di agenti;
- per il governo polacco, da B. Majczyna, M. Kamejsza-Kozłowska e M. Szwarc, in qualità di agenti;
- per la Commissione europea, da L. Nicolae, E. Montaguti e I.V. Rogalski, in qualità di agenti;

sentite le conclusioni dell'avvocato generale, presentate all'udienza dell'11 gennaio 2018, ha pronunciato la seguente

### **Sentenza**

1 La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione dell'articolo 2, punto 2, lettera a), dell'articolo 3, paragrafo 1 e paragrafo 2, lettere a) e b), nonché dell'articolo 7, paragrafo 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 rettifica in GU 2004, L 229, pag. 35, e GU 2005, L 197, pag. 34).

2 Tale domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia tra i sigg. Relu Adrian Coman e Robert Clabourn Hamilton nonché l'Asociația Accept (in prosieguito, congiuntamente: «Coman e a.»), da un lato, e l'Inspectoratul General pentru Imigrări (Ispettorato generale per l'Immigrazione, Romania) (in prosieguito: l'«Ispettorato») e il Ministerul Afacerilor Interne (Ministero degli Affari interni, Romania), dall'altro, in merito ad una domanda relativa alle condizioni di concessione al sig. Hamilton di un diritto di soggiorno per un periodo superiore a tre mesi in Romania.

#### **Contesto normativo**

##### *Il diritto dell'Unione*

3 Il considerando 31 della direttiva 2004/38 enuncia quanto segue:

«(31) La presente direttiva rispetta i diritti e le libertà fondamentali e osserva i principi riconosciuti segnatamente dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. In conformità con il divieto di discriminazione contemplato nella Carta gli Stati membri dovrebbero dare attuazione alla presente direttiva senza operare tra i beneficiari della stessa alcuna discriminazione fondata su motivazioni quali sesso, razza, colore della pelle, origine etnica o sociale, caratteristiche genetiche, lingua, religione o convinzioni personali, opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, appartenenza ad una minoranza etnica, patrimonio, nascita, handicap, età o tendenze sessuali».

4 L'articolo 2 di tale direttiva, rubricato «Definizioni», al punto 2, lettere a) e b), prevede quanto segue:

«Ai fini della presente direttiva, si intende per:

(...)

2) “familiare”:

a) il coniuge;



b) il partner che abbia contratto con il cittadino dell'Unione un'unione registrata sulla base della legislazione di uno Stato membro, qualora la legislazione dello Stato membro ospitante equipari l'unione registrata al matrimonio e nel rispetto delle condizioni previste dalla pertinente legislazione dello Stato membro ospitante;  
(...)».

5 L'articolo 3 di detta direttiva, intitolato «Aventi diritto», dispone quanto segue:

«1. 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.

2. Senza pregiudizio del diritto personale di libera circolazione e di soggiorno dell'interessato lo Stato membro ospitante, conformemente alla sua legislazione nazionale, agevola l'ingresso e il soggiorno delle seguenti persone:

a) ogni altro familiare, qualunque sia la sua cittadinanza, non definito all'articolo 2, punto 2, se è a carico o convive, nel paese di provenienza, con il cittadino dell'Unione titolare del diritto di soggiorno a titolo principale o se gravi motivi di salute impongono che il cittadino dell'Unione lo assista personalmente;

b) il partner con cui il cittadino dell'Unione abbia una relazione stabile debitamente attestata.

Lo Stato membro ospitante effettua un esame approfondito della situazione personale e giustifica l'eventuale rifiuto del loro ingresso o soggiorno».

6 L'articolo 7 della medesima direttiva, intitolato «Diritto di soggiorno per un periodo superiore a tre mesi», ha il seguente tenore:

«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 essere iscritto presso un istituto pubblico o privato, riconosciuto o finanziato dallo Stato membro ospitante in base alla sua legislazione o prassi amministrativa, per seguirvi a titolo principale un corso di studi inclusa una formazione professionale;

– 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

– 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 alle condizioni di cui al paragrafo 1, lettere a), b) o c).

3. Ai sensi del paragrafo 1, lettera a), il cittadino dell'Unione che abbia cessato di essere un lavoratore subordinato o autonomo conserva la qualità di lavoratore subordinato o autonomo nei seguenti casi:

a) l'interessato è temporaneamente inabile al lavoro a seguito di una malattia o di un infortunio;

b) l'interessato, trovandosi in stato di disoccupazione involontaria debitamente comprovata dopo aver esercitato un'attività per oltre un anno, si è registrato presso l'ufficio di collocamento competente al fine di trovare un lavoro;

c) l'interessato, trovandosi in stato di disoccupazione involontaria debitamente comprovata al termine di un contratto di lavoro di durata determinata inferiore ad un anno o venutosi a trovare in tale stato durante i primi dodici mesi, si è registrato presso l'ufficio di collocamento competente al fine di trovare un lavoro. In tal caso, l'interessato conserva la qualità di lavoratore subordinato per un periodo che non può essere inferiore a sei mesi;

d) l'interessato segue un corso di formazione professionale. Salvo il caso di disoccupazione involontaria, la conservazione della qualità di lavoratore subordinato presuppone che esista un collegamento tra l'attività professionale precedentemente svolta e il corso di formazione seguito.

4. In deroga al paragrafo 1, lettera d) e al paragrafo 2, soltanto il coniuge, il partner che abbia contratto un'unione registrata prevista all'articolo 2, punto 2, lettera b) e i figli a carico godono del diritto di soggiorno in qualità di familiari di un cittadino dell'Unione che soddisfa le condizioni di cui al paragrafo 1, lettera c). L'articolo 3, paragrafo 2, si applica ai suoi ascendenti diretti e a quelli del coniuge o partner registrato».

#### ***Il diritto rumeno***

7 L'articolo 259, paragrafi 1 e 2, del Codul Civil (codice civile) dispone quanto segue:

«1. Il matrimonio è l'unione di un uomo e di una donna fondata sul loro libero consenso, contratta alle condizioni previste dalla legge.

2. L'uomo e la donna hanno diritto di sposarsi allo scopo di costituire una famiglia».

8 L'articolo 277, paragrafi 1, 2 e 4, del codice civile è così formulato:

«1. Il matrimonio tra persone dello stesso sesso è vietato.

2. I matrimoni tra persone dello stesso sesso contratti o conclusi all'estero sia da cittadini rumeni sia da cittadini stranieri non vengono riconosciuti in Romania. (...)

4. Le disposizioni di legge riguardo alla libera circolazione nel territorio della Romania dei cittadini degli Stati membri dell'Unione europea e dello Spazio economico europeo rimangono applicabili».

#### **Procedimento principale e questioni pregiudiziali**

9 Il sig. Coman, cittadino rumeno e americano, e il sig. Hamilton, cittadino americano, si sono conosciuti a New York (Stati Uniti), nel mese di giugno 2002, ed hanno convissuto in tale città dal maggio 2005 al maggio 2009. Il sig. Coman si è poi stabilito a Bruxelles (Belgio) per lavorare presso il Parlamento europeo in qualità di assistente parlamentare,



mentre il sig. Hamilton è rimasto a New York. Si sono sposati a Bruxelles il 5 novembre 2010.

10 Nel marzo 2012 il sig. Coman ha lasciato le sue funzioni al Parlamento, pur continuando a vivere a Bruxelles, dove ha ricevuto l'indennità di disoccupazione fino al gennaio 2013.

11 Nel mese di dicembre 2012, i sigg. Coman e Hamilton si sono rivolti all'Ispettorato per ottenere informazioni circa la procedura e le condizioni in cui il sig. Hamilton, che non è cittadino dell'Unione, potesse ottenere, in quanto familiare del sig. Coman, il diritto di soggiornare legalmente in Romania per un periodo superiore a tre mesi.

12 L'11 gennaio 2013, in risposta a tale richiesta, l'Ispettorato ha informato i sigg. Coman e Hamilton che quest'ultimo godeva soltanto di un diritto di soggiorno di tre mesi, giacché, trattandosi di persone dello stesso sesso, il matrimonio non è riconosciuto, conformemente al codice civile, e che, inoltre, non può essere concessa la proroga del diritto di soggiorno temporaneo del sig. Hamilton in Romania a titolo di ricongiungimento familiare.

13 Il 28 ottobre 2013, Coman e a. hanno proposto dinanzi alla Judecătoria Sectorului 5 Bucureşti (Tribunale di primo grado del settore 5 di Bucarest, Romania) un ricorso contro l'Ispettorato diretto a far dichiarare l'esistenza di una discriminazione fondata sull'orientamento sessuale, per quanto riguarda l'esercizio del diritto di libera circolazione nell'Unione, e ad ottenere la condanna dell'Ispettorato a porre fine alla discriminazione stessa e versare loro un risarcimento del danno morale dagli stessi subito.

14 Nell'ambito di tale controversia essi hanno sollevato un'eccezione di incostituzionalità dell'articolo 277, paragrafi 2 e 4, del codice civile. Coman e a. ritengono infatti che il mancato riconoscimento dei matrimoni tra persone dello stesso sesso contratti all'estero, ai fini dell'esercizio del diritto di soggiorno, configuri una violazione delle disposizioni della Costituzione rumena che tutelano il diritto alla vita intima, familiare e privata nonché delle disposizioni relative al principio di uguaglianza.

15 Con ordinanza del 18 dicembre 2015, la Judecătoria Sectorului 5 Bucureşti (Tribunale di primo grado del settore 5 di Bucarest) ha adito la Curtea Constituțională (Corte costituzionale, Romania) affinché questa si pronunciasse su detta eccezione.

16 La Curtea Constituțională (Corte costituzionale) rileva che la presente causa verte sul riconoscimento di un matrimonio legalmente contratto all'estero tra un cittadino dell'Unione e il suo coniuge dello stesso sesso, cittadino di uno Stato terzo, alla luce del diritto alla vita familiare e del diritto alla libera circolazione, esaminati sotto il profilo del divieto di discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale. In tale contesto, detto giudice nutre dubbi sull'interpretazione da dare a varie nozioni utilizzate nelle disposizioni rilevanti della direttiva 2004/38, interpretate alla luce della Carta dei diritti fondamentali (in prosieguo: la «Carta») e della recente giurisprudenza della Corte e della Corte europea dei diritti dell'Uomo.

17 Ciò considerato, la Curtea Constituțională (Corte costituzionale) ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:



«1) Se il termine “coniuge”, ai sensi dell’articolo 2, punto 2, lettera a), della direttiva 2004/38, in combinato disposto con gli articoli 7, 9, 21 e 45 della Carta, comprenda il coniuge dello stesso sesso, proveniente da uno Stato che non è membro dell’Unione europea, di un cittadino dell’Unione europea con il quale il cittadino si è legalmente sposato in base alla legge di uno Stato membro diverso da quello ospitante.

2) In caso di risposta affermativa, se gli articoli 3, paragrafo 1, e 7, paragrafo [2], della direttiva 2004/38, in combinato disposto con gli articoli 7, 9, 21 e 45 della Carta, richiedano che lo Stato membro ospitante conceda il diritto di soggiorno sul proprio territorio per un periodo superiore a tre mesi al coniuge dello stesso sesso di un cittadino dell’Unione.

3) In caso di risposta negativa alla prima questione, se il coniuge dello stesso sesso, proveniente da uno Stato che non è membro dell’Unione europea, di un cittadino dell’Unione europea con il quale il cittadino si è legalmente sposato in base alla legge di uno Stato membro diverso da quello ospitante, possa essere qualificato come “ogni altro familiare, (...)” ai sensi dell’articolo 3, paragrafo 2, lettera a), della direttiva 2004/38 o “partner con cui il cittadino dell’Unione abbia una relazione stabile debitamente attestata” ai sensi dell’articolo 3, paragrafo 2, lettera b), della direttiva 2004/38, con il corrispondente obbligo dello Stato ospitante di agevolare l’ingresso e il soggiorno dello stesso, anche se lo Stato ospitante non riconosce i matrimoni tra persone dello stesso sesso né prevede qualsiasi altra forma alternativa di riconoscimento giuridico, come le unioni registrate.

4) In caso di risposta affermativa alla terza questione, se gli articoli 3, paragrafo 2, e 7, paragrafo 2, della direttiva 2004/38, in combinato disposto con gli articoli 7, 9, 21 e 45 della Carta, richiedano che lo Stato membro ospitante conceda il diritto di soggiorno sul proprio territorio per un periodo superiore a tre mesi al coniuge dello stesso sesso di un cittadino dell’Unione europea».

### **Sulle questioni pregiudiziali**

#### ***Osservazioni preliminari***

18 Si deve ricordare che, conformemente ad una costante giurisprudenza della Corte, la direttiva 2004/38 mira ad agevolare l’esercizio del diritto primario e individuale di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, conferito direttamente ai cittadini dell’Unione dall’articolo 21, paragrafo 1, TFUE e che la direttiva suddetta ha segnatamente l’obiettivo di rafforzare tale diritto (sentenze del 12 marzo 2014, O. e B., C-456/12, EU:C:2014:135, punto 35; del 18 dicembre 2014, McCarthy e a., C-202/13, EU:C:2014:2450, punto 31, nonché del 14 novembre 2017, Lounes, C-165/16, EU:C:2017:862, punto 31).

19 A norma del suo articolo 3, paragrafo 1, la direttiva 2004/38 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, della medesima direttiva, che accompagnino o raggiungano il cittadino medesimo.

20 Al riguardo, come la Corte ha più volte dichiarato, da un’interpretazione letterale, sistematica e teleologica delle disposizioni della direttiva 2004/38 risulta che quest’ultima disciplina unicamente le condizioni di ingresso e di soggiorno di un cittadino dell’Unione negli Stati membri diversi da quello di cui egli ha la cittadinanza e non consente di fondare un



diritto di soggiorno derivato a favore dei cittadini di uno Stato terzo, familiari di un cittadino dell'Unione, nello Stato membro di cui tale cittadino possiede la cittadinanza (v., in tal senso, sentenze del 12 marzo 2014, O. e B., C-456/12, EU:C:2014:135, punto 37; del 10 maggio 2017, Chavez-Vilchez e a., C-133/15, EU:C:2017:354, punto 53, nonché del 14 novembre 2017, Lounes, C-165/16, EU:C:2017:862, punto 33).

21 Nella fattispecie, come illustrato ai punti da 9 a 11 della presente sentenza, il sig. Coman, cittadino rumeno e statunitense, e il sig. Hamilton, cittadino americano, si sono rivolti all'Ispezzione per ottenere informazioni circa la procedura e le condizioni in cui il sig. Hamilton potesse ottenere, in qualità di familiare del sig. Coman, un diritto di soggiorno derivato in Romania, Stato membro di cui il sig. Coman possiede la cittadinanza. Ne consegue che la direttiva 2004/38, di cui il giudice del rinvio chiede l'interpretazione, non può fondare un diritto di soggiorno derivato a favore del sig. Hamilton.

22 Ciò posto, come la Corte ha in più occasioni dichiarato, benché formalmente il giudice del rinvio abbia limitato le proprie questioni all'interpretazione delle disposizioni della direttiva 2004/38, tale circostanza non osta a che la Corte gli fornisca tutti gli elementi interpretativi del diritto dell'Unione che possano risultare utili per definire la controversia sottoposta al suo esame, a prescindere dal fatto che detto giudice vi abbia fatto riferimento o meno nel formulare le proprie questioni (v., in tal senso, sentenze del 10 maggio 2017, Chavez-Vilchez e a., C-133/15, EU:C:2017:354, punto 48, nonché del 14 novembre 2017, Lounes, C-165/16, EU:C:2017:862, punto 28 e giurisprudenza ivi citata).

23 In proposito, la Corte ha già riconosciuto, in alcuni casi, che cittadini di Stati terzi, familiari di un cittadino dell'Unione, che non potevano beneficiare, sulla base delle disposizioni della direttiva 2004/38, di un diritto di soggiorno derivato nello Stato membro di cui tale cittadino avesse la cittadinanza, potevano tuttavia vedersi riconosciuto detto diritto sulla base dell'articolo 21, paragrafo 1, TFUE (sentenza del 14 novembre 2017, Lounes, C-165/16, EU:C:2017:862, punto 46).

24 In particolare, la Corte ha dichiarato che, quando, nel corso di un soggiorno effettivo del cittadino dell'Unione in uno Stato membro diverso da quello di cui ha la cittadinanza, ai sensi e nel rispetto delle condizioni poste dalla direttiva 2004/38, si sia sviluppata o consolidata una vita familiare in quest'ultimo Stato membro, l'effetto utile dei diritti che al cittadino dell'Unione interessato derivano dall'articolo 21, paragrafo 1, TFUE impone che la vita familiare che tale cittadino abbia condotto nello Stato membro suddetto possa proseguire al suo ritorno nello Stato membro di cui possiede la cittadinanza, grazie alla concessione di un diritto di soggiorno derivato al familiare interessato, cittadino di uno Stato terzo. Difatti, in mancanza di un siffatto diritto di soggiorno derivato, detto cittadino dell'Unione potrebbe essere dissuaso dal lasciare lo Stato membro di cui possiede la cittadinanza al fine di avvalersi del suo diritto di soggiorno, ai sensi dell'articolo 21, paragrafo 1, TFUE, in un altro Stato membro, per il fatto di non avere la certezza di poter proseguire nello Stato membro di origine una vita familiare in tal modo sviluppata o consolidata nello Stato membro ospitante (v., in tal senso, sentenza del 12 marzo 2014, O. e B., C-456/12, EU:C:2014:135, punto 54 e giurisprudenza ivi citata).



25 Per quanto riguarda le condizioni di concessione di tale diritto di soggiorno derivato, la Corte ha sottolineato che queste non devono essere più rigorose di quelle previste dalla direttiva 2004/38 per la concessione di un simile diritto di soggiorno a un cittadino di uno Stato terzo, familiare di un cittadino dell'Unione che abbia esercitato il proprio diritto di libera circolazione stabilendosi in uno Stato membro diverso da quello di cui possiede la cittadinanza. Infatti, alla situazione descritta al punto precedente si deve applicare per analogia la direttiva citata (v., in tal senso, sentenze del 12 marzo 2014, O. e B., C-456/12, EU:C:2014:135, punti 50 e 61; del 10 maggio 2017, Chavez-Vilchez e a., C-133/15, EU:C:2017:354, punti 54 e 55, nonché del 14 novembre 2017, Lounes, C-165/16, EU:C:2017:862, punto 61).

26 Nella fattispecie, le questioni sollevate dal giudice del rinvio si fondano sulla premessa per cui il sig. Coman, durante il suo soggiorno effettivo in Belgio ai sensi dell'articolo 7, paragrafo 1, della direttiva 2004/38, ha sviluppato o consolidato in tale occasione una vita familiare con il sig. Hamilton.

27 Occorre rispondere alle questioni poste dal giudice del rinvio alla luce delle considerazioni sopra svolte.

#### *Sulla prima questione*

28 Con la sua prima questione il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se, in una situazione in cui un cittadino dell'Unione abbia esercitato la sua libertà di circolazione, recandosi e soggiornando in modo effettivo, conformemente alle condizioni di cui all'articolo 7, paragrafo 1, della direttiva 2004/38, in uno Stato membro diverso da quello di cui ha la cittadinanza, e in tale occasione abbia sviluppato o consolidato una vita familiare con un cittadino di uno Stato terzo dello stesso sesso, al quale si è unito con un matrimonio legalmente contratto nello Stato membro ospitante, l'articolo 21, paragrafo 1, TFUE debba essere interpretato nel senso che osta a che le autorità competenti dello Stato membro di cui il cittadino dell'Unione ha la cittadinanza rifiutino di concedere un diritto di soggiorno sul territorio di detto Stato membro al predetto cittadino di uno Stato terzo, per il fatto che il diritto dello Stato membro di cui trattasi non prevede il matrimonio tra persone dello stesso sesso.

29 Occorre ricordare che, in quanto cittadino rumeno, il sig. Coman gode, ai sensi dell'articolo 20, paragrafo 1, TFUE, dello status di cittadino dell'Unione.

30 A tale riguardo, la Corte ha ripetutamente affermato che lo status di cittadino dell'Unione è destinato ad essere lo status fondamentale dei cittadini degli Stati membri (v. sentenze del 20 settembre 2001, Grzelczyk, C-184/99, EU:C:2001:458, punto 31; dell'8 marzo 2011, Ruiz Zambrano, C-34/09, EU:C:2011:124, punto 41, e del 2 giugno 2016, Bogendorff von Wolffersdorff, C-438/14, EU:C:2016:401, punto 29).

31 Come risulta dalla giurisprudenza della Corte, un cittadino di uno Stato membro che, come nel procedimento principale, nella sua qualità di cittadino dell'Unione abbia esercitato la propria libertà di circolare e di soggiornare in uno Stato membro diverso dal suo Stato membro d'origine, può avvalersi dei diritti connessi a tale qualità, in particolare di quelli previsti dall'articolo 21, paragrafo 1, TFUE, anche, eventualmente, nei confronti del suo Stato membro d'origine (v., in tal senso, sentenze del 23 ottobre 2007, Morgan e Bucher, C-11/06 e C-12/06, EU:C:2007:626, punto 22; del 18 luglio 2013, Prinz e Seeberger,



C-523/11 e C-585/11, EU:C:2013:524, punto 23, nonché del 14 novembre 2017, Lounes, C-165/16, EU:C:2017:862, punto 51).

32 I diritti riconosciuti ai cittadini degli Stati membri da tale disposizione includono il diritto di condurre una normale vita familiare sia nello Stato membro ospitante sia nello Stato membro del quale essi possiedono la cittadinanza, al ritorno in tale Stato membro, ivi beneficiando della presenza, al loro fianco, dei loro familiari (v., in tal senso, sentenze del 7 luglio 1992, Singh, C-370/90, EU:C:1992:296, punti 21 e 23, nonché del 14 novembre 2017, Lounes, C-165/16, EU:C:2017:862, punto 52 e giurisprudenza ivi citata).

33 Per quanto riguarda la questione se i «familiari», di cui al punto precedente, comprendano il cittadino di uno Stato terzo, dello stesso sesso del cittadino dell'Unione, che abbia contratto matrimonio con quest'ultimo in uno Stato membro conformemente alla normativa di quest'ultimo, occorre anzitutto ricordare che la direttiva 2004/38, applicabile, come rilevato al punto 25 della presente sentenza, per analogia in circostanze come quelle di cui al procedimento principale, al suo articolo 2, punto 2, lettera a) menziona espressamente il «coniuge» come «familiare».

34 La nozione di «coniuge», di cui a tale disposizione, vale a designare una persona unita ad un'altra da vincolo matrimoniale (v., in tal senso, sentenza del 25 luglio 2008, Metock e a., C-127/08, EU:C:2008:449, punti 98 e 99).

35 Per quanto riguarda la questione se la nozione in parola ricomprenda il cittadino di uno Stato terzo dello stesso sesso del cittadino dell'Unione, che abbia contratto matrimonio con quest'ultimo in uno Stato membro conformemente alla normativa di quest'ultimo, si deve sottolineare, in primo luogo, che, ai sensi della direttiva 2004/38, la nozione di «coniuge» è neutra dal punto di vista del genere e può comprendere quindi il coniuge dello stesso sesso del cittadino dell'Unione interessato.

36 Occorre poi rilevare che, mentre, per determinare la qualificazione di «familiare» di un partner con cui il cittadino dell'Unione ha contratto un'unione registrata sulla base della legislazione di uno Stato membro, l'articolo 2, punto 2, lettera b), della direttiva 2004/38 rinvia alle condizioni previste dalla legislazione pertinente dello Stato membro in cui tale cittadino intende recarsi o soggiornare, l'articolo 2, punto 2, lettera a), della direttiva citata, applicabile per analogia al caso di specie, non contiene, invece, un siffatto rinvio per quanto riguarda la nozione di «coniuge» ai sensi di detta direttiva. Ne consegue che uno Stato membro non può invocare la propria normativa nazionale per opporsi al riconoscimento sul proprio territorio, ai soli fini della concessione di un diritto di soggiorno derivato a un cittadino di uno Stato terzo, del matrimonio da questo contratto con un cittadino dell'Unione dello stesso sesso in un altro Stato membro in conformità della normativa di quest'ultimo.

37 È vero che lo stato civile, a cui sono riconducibili le norme relative al matrimonio, è una materia che rientra nella competenza degli Stati membri e il diritto dell'Unione non pregiudica tale competenza (v., in tal senso, sentenze del 2 ottobre 2003, Garcia Avello, C-148/02, EU:C:2003:539, punto 25; del 1° aprile 2008, Maruko, C-267/06, EU:C:2008:179, punto 59, nonché del 14 ottobre 2008, Grunkin e Paul, C-353/06, EU:C:2008:559, punto 16). Gli Stati membri sono dunque liberi di prevedere o meno il ma-



trrimonio tra persone del medesimo sesso (sentenza del 24 novembre 2016, Parris, C-443/15, EU:C:2016:897, punto 59).

38 Tuttavia, da una giurisprudenza consolidata risulta che gli Stati membri, nell'esercizio della suddetta competenza, devono rispettare il diritto dell'Unione e, in particolare, le disposizioni del Trattato relative alla libertà riconosciuta a ogni cittadino dell'Unione di circolare e di soggiornare nel territorio degli Stati membri (v., in tal senso, sentenze del 2 ottobre 2003, Garcia Avello, C-148/02, EU:C:2003:539, punto 25; del 14 ottobre 2008, Grunkin e Paul, C-353/06, EU:C:2008:559, punto 16, nonché del 2 giugno 2016, Bogendorff von Wolffersdorff, C-438/14, EU:C:2016:401, punto 32).

39 Ebbene, lasciare agli Stati membri la possibilità di concedere o negare l'ingresso e il soggiorno nel proprio territorio a un cittadino di uno Stato terzo, che abbia contratto matrimonio con un cittadino dell'Unione dello stesso sesso in uno Stato membro conformemente alla normativa di quest'ultimo, a seconda che le disposizioni del diritto nazionale prevedano o meno il matrimonio tra persone dello stesso sesso, avrebbe come conseguenza che la libertà di circolazione dei cittadini dell'Unione, che abbiano già esercitato la libertà in discorso, varierebbe da uno Stato membro all'altro, in funzione di tali disposizioni di diritto nazionale (v., per analogia, sentenza del 25 luglio 2008, Metock e a., C-127/08, EU:C:2008:449, punto 67). Una simile situazione sarebbe contraria alla giurisprudenza della Corte, ricordata dall'avvocato generale al paragrafo 73 delle sue conclusioni, secondo cui, in considerazione del contesto e degli scopi che la direttiva 2004/38 persegue, le sue disposizioni, applicabili per analogia al caso di specie, non possono essere interpretate restrittivamente e, comunque, non devono essere private del loro effetto utile (sentenze del 25 luglio 2008, Metock e a., C-127/08, EU:C:2008:449, punto 84, nonché del 18 dicembre 2014, McCarthy e a., C-202/13, EU:C:2014:2450, punto 32).

40 Ne consegue che il rifiuto, opposto dalle autorità di uno Stato membro, di riconoscere, ai soli fini della concessione di un diritto di soggiorno derivato a un cittadino di uno Stato terzo, il matrimonio di quest'ultimo con un cittadino dell'Unione dello stesso sesso, cittadino di tale Stato membro, contratto durante il loro soggiorno effettivo in un altro Stato membro conformemente alla legislazione di quest'ultimo Stato membro, è atto ad ostacolare l'esercizio del diritto di detto cittadino dell'Unione, sancito dall'articolo 21, paragrafo 1, TFUE, di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri. Infatti, un simile rifiuto ha come conseguenza che tale cittadino dell'Unione può vedersi privato della possibilità di tornare nello Stato membro di cui ha la cittadinanza, accompagnato dal coniuge.

41 Ciò premesso, conformemente ad una costante giurisprudenza, una restrizione alla libera circolazione delle persone che, come nel procedimento principale, sia indipendente dalla cittadinanza delle persone interessate, può essere giustificata se è basata su considerazioni oggettive di interesse generale ed è proporzionata allo scopo legittimamente perseguito dal diritto nazionale (v., in tal senso, sentenze del 14 ottobre 2008, Grunkin e Paul, C-353/06, EU:C:2008:559, punto 29; del 26 febbraio 2015, Martens, C-359/13, EU:C:2015:118, punto 34, nonché del 2 giugno 2016, Bogendorff von Wolffersdorff, C-438/14, EU:C:2016:401, punto 48). Dalla giurisprudenza della Corte emerge che una mi-



sura è proporzionata quando è idonea a realizzare l'obiettivo perseguito, ma al contempo non va oltre quanto necessario per il suo raggiungimento (sentenza del 26 febbraio 2015, Martens, C-359/13, EU:C:2015:118, punto 34 e giurisprudenza ivi citata).

42 Per quanto riguarda i motivi di interesse generale, si deve osservare che vari governi che hanno presentato osservazioni alla Corte hanno evidenziato, al riguardo, il carattere fondamentale dell'istituzione del matrimonio e la volontà di alcuni Stati membri di mantenere tale istituzione quale unione tra un uomo e una donna, tutelata in alcuni Stati membri da norme di rango costituzionale. Il governo lettone ha in tale ambito precisato, in udienza, che, quand'anche il rifiuto, in circostanze come quelle di cui al procedimento principale, di riconoscere i matrimoni tra persone dello stesso sesso contratti in un altro Stato membro costituissero una restrizione all'articolo 21 TFUE, siffatta restrizione sarebbe giustificata da motivi connessi all'ordine pubblico e all'identità nazionale, di cui all'articolo 4, paragrafo 2, TUE.

43 A tale riguardo, occorre ricordare che, ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 2, TUE, l'Unione rispetta l'identità nazionale dei suoi Stati membri, insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale (v. anche, in tale senso, sentenza del 2 giugno 2016, Bogendorff von Wolffersdorff, C-438/14, EU:C:2016:401, punto 73 e giurisprudenza ivi citata).

44 Inoltre, la Corte ha dichiarato in più occasioni che la nozione di «ordine pubblico», in quanto giustificazione di una deroga a una libertà fondamentale, dev'essere intesa in senso restrittivo, di guisa che la sua portata non può essere determinata unilateralmente da ciascuno Stato membro senza il controllo delle istituzioni dell'Unione. Ne consegue che l'ordine pubblico può essere invocato soltanto in caso di minaccia reale e sufficientemente grave ad uno degli interessi fondamentali della società (v., in tal senso, sentenze del 2 giugno 2016, Bogendorff von Wolffersdorff, C-438/14, EU:C:2016:401, punto 67, nonché del 13 luglio 2017, E, C-193/16, EU:C:2017:542, punto 18 e giurisprudenza ivi citata).

45 In proposito, si deve rilevare che l'obbligo per uno Stato membro di riconoscere un matrimonio tra persone dello stesso sesso contratto in un altro Stato membro conformemente alla normativa di quest'ultimo, ai soli fini della concessione di un diritto di soggiorno derivato a un cittadino di uno Stato terzo, non pregiudica l'istituto del matrimonio in tale primo Stato membro, il quale è definito dal diritto nazionale e rientra, come ricordato al punto 37 della presente sentenza, nella competenza degli Stati membri. Esso non comporta l'obbligo, per detto Stato membro, di prevedere, nella normativa nazionale, l'istituto del matrimonio tra persone dello stesso sesso. Tale obbligo è circoscritto al riconoscimento di siffatti matrimoni, contratti in un altro Stato membro in conformità della normativa di quest'ultimo, e ciò unicamente ai fini dell'esercizio dei diritti conferiti a tali persone dal diritto dell'Unione.

46 Pertanto, un simile obbligo di riconoscimento ai soli fini della concessione di un diritto di soggiorno derivato a un cittadino di uno Stato terzo non attenta all'identità nazionale né minaccia l'ordine pubblico dello Stato membro interessato.

47 Si deve aggiungere che una misura nazionale idonea ad ostacolare l'esercizio della libera circolazione delle persone può essere giustificata solo se è conforme ai diritti fonda-



mentali sanciti dalla Carta di cui la Corte garantisce il rispetto (v., per analogia, sentenza del 13 settembre 2016, Rendón Marín, C-165/14, EU:C:2016:675, punto 66).

48 Quanto alla nozione di «coniuge» di cui all'articolo 2, punto 2, lettera a), della direttiva 2004/38, il diritto al rispetto della vita privata e familiare garantito dall'articolo 7 della Carta è fondamentale.

49 A tale riguardo, come risulta dalle spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali (GU 2007, C 303, pag. 17), a norma dell'articolo 52, paragrafo 3, della Carta, i diritti garantiti dall'articolo 7 della medesima hanno lo stesso significato e la stessa portata di quelli garantiti dall'articolo 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950.

50 Orbene, dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo risulta che la relazione che lega una coppia omosessuale può rientrare nella nozione di «vita privata», nonché in quella di «vita familiare», al pari della relazione che lega una coppia di sesso opposto che si trovi nella stessa situazione (Corte EDU, 7 novembre 2013, Vallianatos e a. c. Grecia, CE:ECHR:2013:1107JUD002938109, § 73, nonché Corte EDU, 14 dicembre 2017, Orlandi e a. c. Italia, CE:ECHR:2017:1214JUD002643112, § 143).

51 Alla luce di tutte le considerazioni che precedono, occorre rispondere alla prima questione dichiarando che, in una situazione in cui un cittadino dell'Unione abbia esercitato la sua libertà di circolazione, recandosi e soggiornando in modo effettivo, conformemente alle condizioni di cui all'articolo 7, paragrafo 1, della direttiva 2004/38, in uno Stato membro diverso da quello di cui ha la cittadinanza, e in tale occasione abbia sviluppato o consolidato una vita familiare con un cittadino di uno Stato terzo dello stesso sesso, al quale si è unito con un matrimonio legalmente contratto nello Stato membro ospitante, l'articolo 21, paragrafo 1, TFUE deve essere interpretato nel senso che osta a che le autorità competenti dello Stato membro di cui il cittadino dell'Unione ha la cittadinanza rifiutino di concedere un diritto di soggiorno sul territorio di detto Stato membro al suddetto cittadino di uno Stato terzo, per il fatto che l'ordinamento di tale Stato membro non prevede il matrimonio tra persone dello stesso sesso.

#### *Sulla seconda questione*

52 Con la sua seconda questione il giudice del rinvio chiede, in sostanza, in caso di risposta affermativa alla prima questione, se l'articolo 21, paragrafo 1, TFUE debba essere interpretato nel senso che, in circostanze come quelle di cui al procedimento principale, il cittadino di uno Stato terzo, dello stesso sesso del cittadino dell'Unione, che abbia contratto matrimonio con quest'ultimo in uno Stato membro conformemente alla sua normativa, disponga di un diritto di soggiorno per un periodo superiore a tre mesi nel territorio dello Stato membro di cui il cittadino dell'Unione ha la cittadinanza.

53 Come ricordato ai punti 23 e 24 della presente sentenza, quando, nel corso di un soggiorno effettivo del cittadino dell'Unione in uno Stato membro ospitante diverso da quello di cui egli abbia la cittadinanza, ai sensi e nel rispetto delle condizioni poste dalla direttiva 2004/38, si sia sviluppata o consolidata una vita familiare in quest'ultimo Stato membro, per preservare l'effetto utile dei diritti che al cittadino dell'Unione interessato derivano dall'articolo 21, paragrafo 1, TFUE è necessario che la vita familiare che il cittadino



di cui trattasi ha condotto in tale Stato membro possa proseguire al suo ritorno nello Stato membro di cui possiede la cittadinanza, grazie alla concessione di un diritto di soggiorno derivato al familiare interessato, cittadino di uno Stato terzo.

54 Quanto alle condizioni di concessione di tale diritto di soggiorno derivato, come rilevato al punto 25 della presente sentenza, la Corte ha sottolineato che queste non devono essere più rigorose di quelle previste dalla direttiva 2004/38 per la concessione del diritto di soggiorno a un cittadino di uno Stato terzo, familiare di un cittadino dell'Unione che abbia esercitato il proprio diritto di libera circolazione stabilendosi in uno Stato membro diverso da quello di cui possiede la cittadinanza.

55 Al riguardo, come risulta dall'articolo 7, paragrafo 2, della direttiva 2004/38, il diritto di soggiorno di cui al paragrafo 1 di tale articolo 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 alle condizioni di cui al paragrafo 1, lettere a), b) o c), dello stesso articolo.

56 Alla luce delle considerazioni che precedono, si deve rispondere alla seconda questione dichiarando che l'articolo 21, paragrafo 1, TFUE deve essere interpretato nel senso che, in circostanze come quelle di cui al procedimento principale, il cittadino di uno Stato terzo, dello stesso sesso del cittadino dell'Unione, che abbia contratto matrimonio con quest'ultimo in uno Stato membro conformemente alla sua normativa, dispone di un diritto di soggiorno per un periodo superiore a tre mesi nel territorio dello Stato membro di cui il cittadino dell'Unione ha la cittadinanza. Tale diritto di soggiorno derivato non può essere sottoposto a condizioni più rigorose di quelle previste all'articolo 7 della direttiva 2004/38.

#### *Sulle questioni terza e quarta*

57 Alla luce della soluzione fornita alla prima e alla seconda questione, non occorre rispondere alla terza e alla quarta questione.

#### **Sulle spese**

58 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) In una situazione in cui un cittadino dell'Unione abbia esercitato la sua libertà di circolazione, recandosi e soggiornando in modo effettivo, conformemente alle condizioni di cui all'articolo 7, paragrafo 1, 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, in uno Stato membro diverso da quello di cui ha la cittadinanza, e in tale occasione abbia sviluppato o consolidato una vita familiare con un cittadino di uno Stato terzo dello stesso sesso, al**



quale si è unito con un matrimonio legalmente contratto nello Stato membro ospitante, l'articolo 21, paragrafo 1, TFUE deve essere interpretato nel senso che osta a che le autorità competenti dello Stato membro di cui il cittadino dell'Unione ha la cittadinanza rifiutino di concedere un diritto di soggiorno sul territorio di detto Stato membro al suddetto cittadino di uno Stato terzo, per il fatto che l'ordinamento di tale Stato membro non prevede il matrimonio tra persone dello stesso sesso.

2) L'articolo 21, paragrafo 1, TFUE deve essere interpretato nel senso che, in circostanze come quelle di cui al procedimento principale, il cittadino di uno Stato terzo, dello stesso sesso del cittadino dell'Unione, che abbia contratto matrimonio con quest'ultimo in uno Stato membro conformemente alla sua normativa, dispone di un diritto di soggiorno per un periodo superiore a tre mesi nel territorio dello Stato membro di cui il cittadino dell'Unione ha la cittadinanza. Tale diritto di soggiorno derivato non può essere sottoposto a condizioni più rigorose di quelle previste all'articolo 7 della direttiva 2004/38.



Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, 5 giugno 2018, Causa C-210/16

**Rinvio pregiudiziale – Direttiva 95/46/CE – Dati personali – Tutela delle persone fisiche riguardo al trattamento di tali dati – Provvedimento diretto a disattivare una pagina Facebook (fanpage) che consente di raccogliere ed elaborare determinati dati collegati ai visitatori di tale pagina – Articolo 2, lettera d) – Responsabile del trattamento di dati personali – Articolo 4 – Diritto nazionale applicabile – Articolo 28 – Autorità nazionali di controllo – Poteri d'intervento di tali autorità**

Nella causa C-210/16,

avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'articolo 267 TFUE, dal Bundesverwaltungsgericht (Corte amministrativa federale, Germania), con decisione del 25 febbraio 2016, pervenuta in cancelleria il 14 aprile 2016, nel procedimento

**Unabhängiges Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein**

contro

**Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein GmbH,**

con l'intervento di:

**Facebook Ireland Ltd,**

**Vertreter des Bundesinteresses beim Bundesverwaltungsgericht,**

LA CORTE (Grande Sezione),

composta da K. Lenaerts, presidente, A. Tizzano (relatore), vicepresidente, M. Ilešič, L. Bay Larsen, T. von Danwitz, A. Rosas, J. Malenovský ed E. Levits, presidenti di sezione, E. Juhász, A. Borg Barthet, F. Biltgen, K. Jürimäe, C. Lycourgos, M. Vilaras ed E. Regan, giudici,

avvocato generale: Y. Bot

cancelliere: C. Strömholm, amministratore

vista la fase scritta del procedimento e in seguito all'udienza del 27 giugno 2017,

considerate le osservazioni presentate:

- per l'Unabhängiges Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein, da U. Karpenstein e M. Kottmann, Rechtsanwälte;
- per la Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein GmbH, da C. Wolff, Rechtsanwalt;
- per la Facebook Ireland Ltd, da C. Eggers, H.-G. Kamann, M. Braun, Rechtsanwälte, e da I. Perego, avvocato;
- per il governo tedesco, da J. Möller, in qualità di agente;
- per il governo belga, da L. Van den Broeck, C. Pochet, P. Cottin e J.-C. Halleux, in qualità di agenti;
- per il governo ceco, da M. Smolek, J. Vlášil e L. Běezinová, in qualità di agenti;
- per l'Irlanda, da M. Browne, L. Williams, E. Creedon, G. Gilmore e A. Joyce, in qualità di agenti;



- per il governo italiano, da G. Palmieri, in qualità di agente, assistita da P. Gentili, avvocato dello Stato;
  - per il governo dei Paesi Bassi, da C.S. Schillemans e M. K. Bulterman, in qualità di agenti;
  - per il governo finlandese, da J. Heliskoski, in qualità di agente;
  - per la Commissione europea, da H. Krämer e D. Nardi, in qualità di agenti,
- sentite le conclusioni dell'avvocato generale, presentate all'udienza del 24 ottobre 2017, ha pronunciato la seguente

### **Sentenza**

1 La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione della direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 ottobre 1995, relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati (GU 1995, L 281, pag. 31).

2 Tale domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia tra, da un lato, l'Unabhängiges Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein (autorità di vigilanza regionale indipendente per la protezione dei dati dello Schleswig-Holstein) (in prosieguo: l'«ULD») e, dall'altro, la Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein GmbH, società di diritto privato specializzata nel settore della formazione (in prosieguo: la «Wirtschaftsakademie»), in merito alla legittimità di un provvedimento emesso dall'ULD con cui si intima alla Wirtschaftsakademie di disattivare una fanpage presente sul sito del social network Facebook (in prosieguo: «Facebook»).

#### **Contesto normativo**

##### *Diritto dell'Unione*

3 I considerando 10, 18, 19 e 26 della direttiva 95/46 così dispongono:

«(10) considerando che le legislazioni nazionali relative al trattamento dei dati personali hanno lo scopo di garantire il rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali, in particolare del diritto alla vita privata, riconosciuto anche dall'articolo 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e dai principi generali del diritto [dell'Unione]; che pertanto il ravvicinamento di dette legislazioni non deve avere per effetto un indebolimento della tutela da esse assicurata ma deve anzi mirare a garantire un elevato grado di tutela nell'[l'Unione];

(...)

(18) considerando che, onde evitare che una persona venga privata della tutela cui ha diritto in forza della presente direttiva, è necessario che qualsiasi trattamento di dati personali effettuato nell'[l'Unione] rispetti la legislazione di uno degli Stati membri; che, a questo proposito, è opportuno assoggettare i trattamenti effettuati da una persona che opera sotto l'autorità del responsabile del trattamento stabilito in uno Stato membro alla legge di tale Stato;

(19) considerando che lo stabilimento nel territorio di uno Stato membro implica l'esercizio effettivo e reale dell'attività mediante un'organizzazione stabile; che la forma giuridica di siffatto stabilimento, si tratti di una semplice succursale o di una filiale dotata di personalità giuridica, non è il fattore determinante a questo riguardo; che quando un unico



responsabile del trattamento è stabilito nel territorio di diversi Stati membri, in particolare per mezzo di filiali, esso deve assicurare, segnatamente per evitare che le disposizioni vengano eluse, che ognuno degli stabilimenti adempia gli obblighi previsti dalla legge nazionale applicabile alle attività di ciascuno di essi;

(...)

(26) considerando che i principi della tutela si devono applicare ad ogni informazione concernente una persona identificata o identificabile; che, per determinare se una persona è identificabile, è opportuno prendere in considerazione l'insieme dei mezzi che possono essere ragionevolmente utilizzati dal responsabile del trattamento o da altri per identificare detta persona; che i principi della tutela non si applicano a dati resi anonimi in modo tale che la persona interessata non è più identificabile; (...).

4 L'articolo 1 della direttiva 95/46, intitolato «Oggetto della direttiva», prevede quanto segue:

«1. Gli Stati membri garantiscono, conformemente alle disposizioni della presente direttiva, la tutela dei diritti e delle libertà fondamentali delle persone fisiche e particolarmente del diritto alla vita privata, con riguardo al trattamento dei dati personali.

2. Gli Stati membri non possono restringere o vietare la libera circolazione dei dati personali tra Stati membri, per motivi connessi alla tutela garantita a norma del paragrafo 1».

5 L'articolo 2 di tale direttiva, intitolato «Definizioni», è così formulato:

«Ai fini della presente direttiva si intende per:

(...)

b) “trattamento di dati personali” (“trattamento”): qualsiasi operazione o insieme di operazioni compiute con o senza l'ausilio di processi automatizzati e applicate a dati personali, come la raccolta, la registrazione, l'organizzazione, la conservazione, l'elaborazione o la modifica, l'estrazione, la consultazione, l'impiego, la comunicazione mediante trasmissione, diffusione o qualsiasi altra forma di messa a disposizione, il raffronto o l'interconnessione, nonché il congelamento, la cancellazione o la distruzione;

(...)

d) “responsabile del trattamento”: la persona fisica o giuridica, l'autorità pubblica, il servizio o qualsiasi altro organismo che, da solo o insieme ad altri, determina le finalità e gli strumenti del trattamento di dati personali. Quando le finalità e i mezzi del trattamento sono determinati da disposizioni legislative o regolamentari nazionali o [dell'Unione], il responsabile del trattamento o i criteri specifici per [la] sua designazione possono essere fissati dal diritto nazionale o [dell'Unione];

e) “incaricato del trattamento”: la persona fisica o giuridica, l'autorità pubblica, il servizio o qualsiasi altro organismo che elabora dati personali per conto del responsabile del trattamento;

f) “terzi”: la persona fisica o giuridica, l'autorità pubblica, il servizio o qualsiasi altro organismo che non sia la persona interessata, il responsabile del trattamento, l'incaricato del trattamento e le persone autorizzate all'elaborazione dei dati sotto la loro autorità diretta;

(...).



6 L'articolo 4 della direttiva in parola, intitolato «Diritto nazionale applicabile», al suo paragrafo 1, così recita:

«Ciascuno Stato membro applica le disposizioni nazionali adottate per l'attuazione della presente direttiva al trattamento di dati personali:

- a) effettuato nel contesto delle attività di uno stabilimento del responsabile del trattamento nel territorio dello Stato membro; qualora uno stesso responsabile del trattamento sia stabilito nel territorio di più Stati membri, esso deve adottare le misure necessarie per assicurare l'osservanza, da parte di ciascuno di detti stabilimenti, degli obblighi stabiliti dal diritto nazionale applicabile;
- b) il cui responsabile non è stabilito nel territorio dello Stato membro, ma in un luogo in cui si applica la sua legislazione nazionale, a norma del diritto internazionale pubblico;
- c) il cui responsabile, non stabilito nel territorio dell'[l'Unione], ricorre, ai fini del trattamento di dati personali, a strumenti, automatizzati o non automatizzati, situati nel territorio di detto Stato membro, a meno che questi non siano utilizzati ai soli fini di transito nel territorio dell'[l'Unione]».

7 L'articolo 17 della direttiva 95/46, intitolato «Sicurezza dei trattamenti», ai paragrafi 1 e 2, così dispone:

«1. Gli Stati membri dispongono che il responsabile del trattamento deve attuare misure tecniche ed organizzative appropriate al fine di garantire la protezione dei dati personali dalla distruzione accidentale o illecita, dalla perdita accidentale o dall'alterazione, dalla diffusione o dall'accesso non autorizzati, segnatamente quando il trattamento comporta trasmissioni di dati all'interno di una rete, o da qualsiasi altra forma illecita di trattamento di dati personali.

Tali misure devono garantire, tenuto conto delle attuali conoscenze in materia e dei costi dell'applicazione, un livello di sicurezza appropriato rispetto ai rischi presentati dal trattamento e alla natura dei dati da proteggere.

2. Gli Stati membri dispongono che il responsabile del trattamento, quando quest'ultimo sia eseguito per suo conto, deve scegliere un incaricato del trattamento che presenti garanzie sufficienti in merito alle misure di sicurezza tecnica e di organizzazione dei trattamenti da effettuare e deve assicurarsi del rispetto di tali misure».

8 L'articolo 24 di tale direttiva, intitolato «Sanzioni», prevede quanto segue:

«Gli Stati membri adottano le misure appropriate per garantire la piena applicazione delle disposizioni della presente direttiva e in particolare stabiliscono le sanzioni da applicare in caso di violazione delle disposizioni di attuazione della presente direttiva».

9 L'articolo 28 della direttiva di cui trattasi, intitolato «Autorità di controllo», è così formulato:

«1. Ogni Stato membro dispone che una o più autorità pubbliche siano incaricate di sorvegliare, nel suo territorio, l'applicazione delle disposizioni di attuazione della presente direttiva, adottate dagli Stati membri.

Tali autorità sono pienamente indipendenti nell'esercizio delle funzioni loro attribuite.



2. Ciascuno Stato membro dispone che le autorità di controllo siano consultate al momento dell'elaborazione delle misure regolamentari o amministrative relative alla tutela dei diritti e delle libertà della persona con riguardo al trattamento dei dati personali.

3. Ogni autorità di controllo dispone in particolare:

– di poteri investigativi, come il diritto di accesso ai dati oggetto di trattamento e di raccolta di qualsiasi informazione necessaria all'esercizio della sua funzione di controllo;

– di poteri effettivi d'intervento, come quello di formulare pareri prima dell'avvio di trattamenti, conformemente all'articolo 20, e di dar loro adeguata pubblicità o quello di ordinare il congelamento, la cancellazione o la distruzione dei dati, oppure di vietare a titolo provvisorio o definitivo un trattamento, ovvero quello di rivolgere un avvertimento o un monito al responsabile del trattamento o quello di adire i Parlamenti o altre istituzioni politiche nazionali;

– del potere di promuovere azioni giudiziarie in caso di violazione delle disposizioni nazionali di attuazione della presente direttiva ovvero di adire per dette violazioni le autorità giudiziarie.

È possibile un ricorso giurisdizionale avverso le decisioni dell'autorità di controllo recanti pregiudizio.

(...)

6. Ciascuna autorità di controllo, indipendentemente dalla legge nazionale applicabile al trattamento in questione, è competente per esercitare, nel territorio del suo Stato membro, i poteri attribuiti a norma del paragrafo 3. Ciascuna autorità può essere invitata ad esercitare i suoi poteri su domanda dell'autorità di un altro Stato membro.

Le autorità di controllo collaborano tra loro nella misura necessaria allo svolgimento dei propri compiti, in particolare scambiandosi ogni informazione utile.

(...))».

#### *Diritto tedesco*

10 L'articolo 3, paragrafo 7, del Bundesdatenschutzgesetz (legge tedesca sulla protezione dei dati), nella versione applicabile ai fatti di cui al procedimento principale (in prosieguo: il «BDSG»), è così formulato:

«Per organismo responsabile si intende qualsiasi persona o qualsiasi organismo che raccoglie, elabora o utilizza dati personali per suo conto o attraverso terzi su incarico».

11 L'articolo 11 del BDSG, intitolato «Raccolta, trattamento o utilizzo dei dati personali attraverso terzi su incarico», è redatto come segue:

«(1) Se dati personali sono raccolti, elaborati o utilizzati attraverso organismi terzi su incarico, il responsabile del trattamento su incarico è responsabile del rispetto delle disposizioni della presente legge e di altre disposizioni relative alla tutela dei dati. (...)

(2) L'incaricato del trattamento deve essere rigorosamente scelto tenendo conto in particolare dell'adeguatezza delle misure tecniche e organizzative da esso adottate. Il trattamento su incarico necessita della forma scritta, fermo restando che occorre in particolare determinare in dettaglio: (...)

il responsabile del trattamento e del trattamento su incarico deve accertarsi del rispetto delle misure tecniche e organizzative adottate dall'incaricato del trattamento prima dell'inizio



del trattamento dei dati e successivamente in maniera regolare. Il risultato deve essere registrato.

(...».

12 L'articolo 38, paragrafo 5, del BDSG, così dispone:

«Al fine di garantire il rispetto della presente legge e delle altre disposizioni in materia di protezione dei dati, l'autorità di vigilanza può ordinare misure dirette a porre rimedio alle violazioni accertate nella raccolta, nel trattamento o nell'impiego di dati personali o a inadempimenti tecnici o organizzativi. In caso di violazioni o inadempimenti gravi, segnatamente qualora questi ultimi costituiscano un rischio particolare di pregiudizio al diritto alla vita privata, essa può vietare la raccolta, il trattamento o l'impiego, addirittura il ricorso a determinate procedure, qualora non sia posto rimedio in tempo utile alle violazioni o agli inadempimenti, in violazione del provvedimento di cui al primo periodo e nonostante l'irrogazione di una penalità. Essa può chiedere la revoca del responsabile della protezione dei dati, ove questi non disponga delle competenze e dell'affidabilità necessarie per svolgere le sue mansioni».

13 L'articolo 12 del Telemediengesetz (legge tedesca sui servizi di telecomunicazione), del 26 febbraio 2007 (BGBl. 2007 I, pag. 179; in prosieguo: il «TMG»), è così formulato:

«(1) Il fornitore di servizi può raccogliere e utilizzare dati personali ai fini della messa a disposizione di servizi di telecomunicazione solo nella misura in cui lo permetta la presente legge o un'altra norma, riguardante espressamente i servizi di telecomunicazione oppure se l'utente vi abbia prestato consenso.

(...)

(3) Ove non sia diversamente stabilito, le norme rispettivamente vigenti per la tutela dei dati personali trovano applicazione anche nel caso in cui i dati non costituiscano oggetto di trattamento automatizzato».

### **Procedimento principale e questioni pregiudiziali**

14 La Wirtschaftsakademie offre servizi di formazione attraverso una fanpage presente su Facebook.

15 Le fanpage sono account utenti che possono essere attivate su Facebook da singole persone o imprese. Per farlo, l'autore della fanpage, dopo essersi registrato su Facebook, può utilizzare la piattaforma da quest'ultimo amministrata per presentarsi agli utenti di detto social network nonché alle persone che visitano la fanpage e diffondere comunicazioni di ogni tipo sul mercato dei media e del pubblico. Gli amministratori delle fanpage possono ottenere dati statistici anonimi riguardanti i visitatori di tali pagine servendosi di una funzione denominata *Facebook Insights*, messa a loro disposizione gratuitamente da Facebook secondo condizioni d'uso non modificabili. Tali dati sono raccolti grazie a marcatori (in prosieguo: i «cookie») contenenti ciascuno un codice utente unico, attivi per due anni e salvati da Facebook sul disco fisso del computer o su qualsiasi altro supporto dei visitatori della fanpage. Il codice utente, che può essere associato ai dati di collegamento degli utenti registrati su Facebook, è raccolto ed elaborato al momento dell'accesso alle fanpage. A tal riguardo, dalla decisione di rinvio emerge che né la Wirtschaftsakademie né la Facebook Ireland Ltd hanno menzionato l'operazione di conservazione e il funzionamento di tale



cookie o il trattamento successivo dei dati, quanto meno durante il periodo rilevante per il procedimento principale.

16 Con decisione del 3 novembre 2011 (in prosieguo: la «decisione impugnata») l'ULD, in qualità di autorità di controllo, ai sensi dell'articolo 28 della direttiva 95/46, incaricata di sorvegliare l'applicazione nel territorio del Land Schleswig-Holstein (Germania) delle disposizioni adottate dalla Repubblica federale di Germania in attuazione di tale direttiva, ordinava alla Wirtschaftsakademie, conformemente all'articolo 38, paragrafo 5, primo periodo, del BDSG, la disattivazione della fanpage da essa creata su Facebook all'indirizzo [www.facebook.com/wirtschaftsakademie](http://www.facebook.com/wirtschaftsakademie), prevedendo una penalità in caso di mancato adempimento entro il termine prescritto, per il fatto che né la Wirtschaftsakademie né Facebook informavano i visitatori della fanpage del fatto che quest'ultimo raccoglieva, mediante cookie, informazioni personali che li riguardavano e che essi elaboravano successivamente tali informazioni. Avverso tale decisione, la Wirtschaftsakademie presentava reclamo negando, essenzialmente, di essere responsabile, alla luce della normativa applicabile in materia di protezione dei dati, del trattamento dei dati realizzato da Facebook e dei cookie da quest'ultimo installati.

17 Con decisione del 16 dicembre 2011 l'ULD respingeva tale reclamo, affermando che la responsabilità della Wirtschaftsakademie, quale fornitore di servizi, scaturiva dagli articoli 3, paragrafo 3, punto 4, e 12, paragrafo 1, del TMG, in combinato disposto con l'articolo 3, paragrafo 7, del BDSG. L'ULD precisava che, avendo creato la propria fanpage, la Wirtschaftsakademie forniva un contributo attivo e volontario alla raccolta, da parte di Facebook, di dati personali riguardanti i visitatori di tale fanpage, dati di cui essa beneficiava mediante statistiche messe a disposizione da quest'ultimo.

18 Avverso tale decisione, la Wirtschaftsakademie proponeva ricorso dinanzi al Verwaltungsgericht (Tribunale amministrativo, Germania), affermando che il trattamento dei dati personali realizzato da Facebook non poteva esserle imputato e negando inoltre di aver incaricato Facebook di effettuare, ai sensi dell'articolo 11 del BDSG, un trattamento dei dati soggetto al suo controllo o rientrante nella sua sfera di influenza. La Wirtschaftsakademie ne deduceva che l'ULD avrebbe dovuto agire direttamente contro Facebook invece di adottare contro di essa la decisione impugnata.

19 Con sentenza del 9 ottobre 2013 il Verwaltungsgericht (Tribunale amministrativo) annullava la decisione impugnata sulla base del rilievo che, sostanzialmente, poiché l'amministratore di una fanpage su Facebook non costituisce un organismo responsabile ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 7, del BDSG, la Wirtschaftsakademie non poteva essere destinataria di una misura adottata a norma dell'articolo 38, paragrafo 5, del BDSG.

20 L'Oberverwaltungsgericht (Tribunale amministrativo superiore del Land, Germania) respingeva in quanto infondato l'appello presentato dall'ULD avverso tale sentenza. Tale giudice riteneva essenzialmente che il divieto di trattamento dei dati sancito nella decisione impugnata fosse illegittimo nella misura in cui l'articolo 38, paragrafo 5, secondo periodo, del BDSG prevede un processo graduale la cui prima fase permette unicamente di adottare misure volte a sanare violazioni accertate in sede di trattamento dei dati. Un divieto immediato di trattamento di dati sarebbe ipotizzabile solamente ove un processo di trattamento



di dati sia illecito nella sua globalità e a condizione che solo la sospensione di detto processo permetta di porvi rimedio. Orbene, a giudizio dell'Oberverwaltungsgericht (Tribunale amministrativo superiore del Land), ciò non si sarebbe verificato nel caso di specie poiché Facebook avrebbe potuto far cessare le violazioni dedotte dall'ULD.

21 L'Oberverwaltungsgericht (Tribunale amministrativo superiore del Land) aggiungeva che la decisione impugnata era illegittima anche per il fatto che un provvedimento a norma dell'articolo 38, paragrafo 5, del BDSG può essere pronunciato solo nei confronti dell'organismo responsabile, ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 7, del BDSG, e, per quanto riguarda i dati raccolti da Facebook, tale organismo non sarebbe la Wirtschaftsakademie. Infatti, solo Facebook deciderebbe della finalità e degli strumenti relativi alla raccolta e al trattamento dei dati personali utilizzati nell'ambito della funzione *Facebook Insights*, mentre la Wirtschaftsakademie, dal canto suo, riceverebbe solo informazioni statistiche rese anonime.

22 L'ULD proponeva ricorso per cassazione (*Revision*) dinanzi al Bundesverwaltungsgericht (Corte amministrativa federale, Germania), deducendo, fra i vari argomenti, la violazione dell'articolo 38, paragrafo 5, del BDSG nonché diversi errori procedurali inficianti la decisione del giudice d'appello. Essa ritiene che la violazione commessa dalla Wirtschaftsakademie consista nel fatto che quest'ultima ha affidato la realizzazione, l'hosting e la manutenzione di un sito Internet a un fornitore inadatto in quanto irrispettoso della normativa applicabile in materia di protezione dei dati, nello specifico la Facebook Ireland. Il provvedimento, che intima alla Wirtschaftsakademie, mediante la decisione impugnata, di effettuare la disattivazione della sua fanpage sarebbe diretto a porre rimedio a tale violazione, poiché gli vieterebbe di continuare a utilizzare l'infrastruttura di Facebook come base tecnica del suo sito Internet.

23 Analogamente all'Oberverwaltungsgericht (Tribunale amministrativo superiore del Land), il Bundesverwaltungsgericht (Corte amministrativa federale, Germania) è del parere che la Wirtschaftsakademie non possa essere considerata essa stessa responsabile del trattamento di dati, ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 7, del BDSG o dell'articolo 2, lettera d), della direttiva 95/46. Tale ultimo giudice ritiene, tuttavia, che, in linea di principio, tale nozione debba essere interpretata in modo estensivo nell'interesse di una tutela efficace del diritto alla vita privata, come la Corte avrebbe dichiarato nella sua recente giurisprudenza in materia. Esso nutre, inoltre, dubbi in merito ai poteri di cui dispone nella fattispecie l'ULD nei confronti della Facebook Germany, tenuto conto del fatto che il responsabile della raccolta e del trattamento dei dati personali all'interno del gruppo Facebook è, a livello dell'Unione, la Facebook Ireland. Infine, esso si interroga sull'impatto, ai fini dell'esercizio dei poteri d'intervento dell'ULD, delle valutazioni effettuate dall'autorità di controllo in cui rientra la Facebook Ireland, in merito alla liceità del trattamento dei dati personali in oggetto.

24 In tale contesto, il Bundesverwaltungsgericht (Corte amministrativa federale) ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:



«1) Se l'articolo 2, lettera d), della direttiva [95/46] debba essere interpretato nel senso che esso disciplina la responsabilità per violazioni delle disposizioni sulla protezione dei dati personali in modo tassativo e completo o se, nell'ambito delle "misure appropriate" ai sensi dell'articolo 24 [di detta] direttiva (...) e dei "poteri effettivi di intervento" ai sensi dell'articolo 28, paragrafo 3, secondo trattino, della medesima (...), rimanga spazio – nei rapporti tra fornitori di informazioni su più livelli – per una responsabilità in capo a un organismo che non è responsabile del trattamento dei dati ai sensi dell'articolo 2, lettera d), della [suddetta direttiva], rispetto alla scelta di un amministratore per la sua offerta informativa.

2) Se dall'obbligo che incombe agli Stati membri, ai sensi dell'articolo 17, paragrafo 2, della direttiva [95/46] (...), di disporre, in sede di trattamento dei dati su incarico, che il responsabile del trattamento deve scegliere un "incaricato del trattamento che presenti garanzie sufficienti in merito alle misure di sicurezza tecnica e di organizzazione dei trattamenti da effettuare" si possa dedurre a contrario che, nel caso di rapporti di utilizzo di altra natura, non collegati a un trattamento dei dati su incarico ai sensi dell'articolo 2, lettera e), [di detta] direttiva (...), non sussiste alcun obbligo di scelta diligente e un tale obbligo non può essere fondato neppure sulla normativa nazionale.

3) Se, nel caso di una società controllante stabilita al di fuori dell'Unione europea e avente filiali giuridicamente indipendenti (controllate) in diversi Stati membri, l'autorità di vigilanza di uno Stato membro (nel caso di specie, la Germania) possa esercitare – ai sensi degli articoli 4 e 28, paragrafo 6, della direttiva [95/46] (...) – i poteri ad essa trasferiti a norma dell'articolo 28, paragrafo 3, della medesima (...) nei confronti di una filiale posta sul suo territorio, anche quando tale filiale è competente soltanto per la promozione e la vendita di pubblicità ed altre misure di marketing dirette agli abitanti di detto Stato membro, mentre la filiale (controllata) con sede in un diverso Stato membro (nella fattispecie, l'Irlanda) ha, in base alla ripartizione dei compiti interna al gruppo, competenza esclusiva quanto alla raccolta e al trattamento dei dati personali in tutto il territorio dell'Unione europea e quindi anche nell'altro Stato membro (nella fattispecie, la Germania), se – di fatto – la decisione in merito al trattamento dei dati è assunta dalla controllante.

4) Se gli articoli 4, paragrafo 1, e 28, paragrafo 3, della direttiva [95/46] debbano essere interpretati nel senso che quando il responsabile del trattamento ha una filiale nel territorio di uno Stato membro (nella fattispecie, l'Irlanda) ed esiste un'altra filiale giuridicamente autonoma nel territorio di un altro Stato membro (nella fattispecie, la Germania), competente segnatamente per la vendita di spazi pubblicitari e la cui attività si rivolge agli abitanti di detto Stato, l'autorità di controllo competente in detto altro Stato membro (nella fattispecie, la Germania) può adottare misure o provvedimenti diretti all'attuazione della normativa sulla protezione dei dati personali anche nei confronti della filiale (nella fattispecie, in Germania) che, in base alla ripartizione dei compiti e delle responsabilità interna al gruppo, non è responsabile del trattamento, o se tali misure e provvedimenti possano essere adottati soltanto dall'autorità di controllo dello Stato membro (nella fattispecie, l'Irlanda) sul cui territorio ha la propria sede l'organismo responsabile a livello interno al gruppo.



5) Se gli articoli 4, paragrafo 1, lettera a), e 28, paragrafi 3 e 6, della direttiva [95/46] debbano essere interpretati nel senso che quando le autorità di controllo di uno Stato membro (nella fattispecie, della Germania) agiscono nei confronti di un soggetto o di un organismo attivo sul loro territorio ai sensi dell'articolo 28, paragrafo 3, [di tale direttiva] in ragione della scelta non diligente di un terzo coinvolto nel processo di trattamento dei dati (nella fattispecie, Facebook), poiché detto terzo violerebbe la normativa sulla protezione dei dati, l'autorità di controllo che interviene (nella fattispecie, la Germania) è vincolata alla valutazione compiuta, sotto il profilo della normativa sulla protezione dei dati, dall'autorità di controllo dell'altro Stato membro in cui il terzo responsabile del trattamento dei dati ha la sua filiale (nella fattispecie, in Irlanda), nel senso che essa non può compiere alcuna valutazione giuridica discordante, o se l'autorità di controllo che interviene (nella fattispecie, la Germania) possa valutare in modo autonomo preliminarmente alla propria azione la legittimità del trattamento dei dati compiuto da un terzo stabilito in un altro Stato membro (nella fattispecie, l'Irlanda).

6) Nell'ipotesi in cui l'autorità di vigilanza che interviene (nella fattispecie, la Germania) possa procedere a un esame autonomo: se l'articolo 28, paragrafo 6, secondo periodo, della direttiva [95/46] debba essere interpretato nel senso che la suddetta autorità di vigilanza può esercitare i poteri effettivi di intervento ad essa trasferiti in base all'articolo 28, paragrafo 3, [di detta] direttiva (...) nei confronti di un soggetto o di un organismo stabilito sul suo territorio a titolo di corresponsabilità nelle violazioni della normativa sulla protezione dei dati personali commesse da un terzo stabilito in un altro Stato membro a condizione che abbia previamente richiesto all'autorità di vigilanza di detto altro Stato membro (nella fattispecie, l'Irlanda) di esercitare i suoi poteri».

### **Sulle questioni pregiudiziali**

#### *Sulla prima e sulla seconda questione*

25 Con la sua prima e seconda questione, che occorre esaminare congiuntamente, il giudice del rinvio mira, in sostanza, a chiarire se l'articolo 2, lettera d), l'articolo 17, paragrafo 2, l'articolo 24 e l'articolo 28, paragrafo 3, secondo trattino, della direttiva 95/46 debbano essere interpretati nel senso che essi consentono di dichiarare la responsabilità di un organismo, in qualità di amministratore di una fanpage presente su un social network, in caso di violazione delle norme relative alla tutela dei dati personali, a motivo della scelta di essersi avvalso di tale social network per diffondere la propria offerta d'informazioni.

26 Per rispondere a tali questioni, occorre ricordare che, come risulta dal suo articolo 1, paragrafo 1, e dal suo considerando 10, la direttiva 95/46 è volta a garantire un elevato grado di tutela delle libertà e dei diritti fondamentali delle persone fisiche, in particolare della loro vita privata, riguardo al trattamento dei dati personali (sentenza dell'11 dicembre 2014, Ryněš, C-212/13, EU:C:2014:2428, punto 27 e giurisprudenza ivi citata).

27 Conformemente a tale obiettivo, l'articolo 2, lettera d), di tale direttiva definisce in modo ampio la nozione di «responsabile del trattamento» inteso come la persona fisica o giuridica, l'autorità pubblica, il servizio o qualsiasi altro organismo che, da solo o insieme ad altri, determina le finalità e gli strumenti del trattamento di dati personali.



28 Infatti, come è già stato giudicato dalla Corte, la finalità di tale disposizione è di garantire, mediante un'ampia definizione della nozione di «responsabile», una tutela efficace e completa degli interessati (sentenza del 13 maggio 2014, *Google Spain e Google*, C-131/12, EU:C:2014:317, punto 34).

29 Inoltre, dal momento che, così come prevede espressamente l'articolo 2, lettera d), della direttiva 95/46, la nozione di «responsabile del trattamento» riguarda l'organismo che, «da solo o insieme ad altri», determina le finalità e gli strumenti del trattamento di dati personali, tale nozione non rinvia necessariamente a un unico organismo e può riguardare vari attori che partecipano a tale trattamento, ciascuno dei quali sarà quindi soggetto alle disposizioni applicabili in materia di protezione dei dati.

30 Nel caso di specie, la Facebook Inc. e, per quanto riguarda l'Unione, la Facebook Ireland devono essere considerate coloro che determinano, in via principale, le finalità e gli strumenti del trattamento dei dati personali degli utenti di Facebook nonché delle persone che hanno visitato la fanpage presente su Facebook e rientrano pertanto nella nozione di «responsabile del trattamento», ai sensi dell'articolo 2, lettera d), della direttiva 95/46, fatto di cui non si dubita nella presente causa.

31 Ciò premesso, e al fine di rispondere alle questioni sollevate, si deve esaminare se e in che misura l'amministratore di una fanpage presente su Facebook, come la *Wirtschaftsakademie*, contribuisca, nell'ambito di tale fanpage, a determinare, assieme con la Facebook Ireland e la Facebook Inc., le finalità e gli strumenti del trattamento dei dati personali dei visitatori della suddetta fanpage e possa, quindi, anch'essa essere considerata quale «responsabile del trattamento», ai sensi dell'articolo 2, lettera d), della direttiva 95/46.

32 A tal riguardo, risulta che qualsiasi persona che desideri creare una fanpage su Facebook stipula con la Facebook Ireland un contratto specifico relativo all'apertura di una siffatta pagina e aderisce, a tale titolo, alle condizioni di utilizzo di tale pagina, inclusa la politica ad essa relativa in materia di cookie, cosa che spetta al giudice nazionale verificare.

33 Come emerge dal fascicolo presentato alla Corte, i trattamenti di dati di cui al procedimento principale sono effettuati essenzialmente attraverso il posizionamento, da parte di Facebook, sul computer o su ogni altro dispositivo delle persone che hanno visitato la fanpage, di cookie usati per memorizzare informazioni nei browser web e che, se non eliminati, restano attivi per due anni. Da esso emerge altresì che, in pratica, Facebook riceve, registra ed elabora le informazioni memorizzate nei cookie in particolare quando una persona visita «servizi Facebook, servizi forniti da altri membri delle Aziende di Facebook e servizi forniti da altre aziende che usano i servizi Facebook». Inoltre, altri soggetti, quali i partner di Facebook o anche terzi «possono usare i cookie sui servizi di Facebook per [fornire servizi direttamente a tale social network] e alle aziende che fanno pubblicità su Facebook».

34 Tali trattamenti di dati personali mirano segnatamente, da un lato, a consentire a Facebook di migliorare il proprio sistema di pubblicità che esso diffonde attraverso il suo network e, dall'altro, a consentire all'amministratore della fanpage di ottenere statistiche stabilite da Facebook a partire dalle visite di tale pagina, a fini di gestione della promozione della propria attività, consentendogli di conoscere, ad esempio, il profilo dei visitatori che apprezzano la sua fanpage o che utilizzano le sue applicazioni, affinché esso possa proporre



loro un contenuto più pertinente e sviluppare funzionalità che possano interessarli in maggior misura.

35 Orbene, il mero fatto di utilizzare un social network quale Facebook non rende un utilizzatore di Facebook corresponsabile di un trattamento di dati personali effettuato da tale network; occorre, invece, rilevare che l'amministratore di una fanpage presente su Facebook, mediante la creazione di una siffatta pagina, offre a Facebook la possibilità di posizionare cookie sul computer o su qualsiasi altro dispositivo della persona che ha visitato la sua fanpage, indipendentemente dal fatto che tale persona possieda o meno un profilo Facebook.

36 In tale contesto, dalle indicazioni presentate alla Corte emerge che la creazione di una fanpage su Facebook implica da parte del suo amministratore un'azione d'impostazione dei parametri in base, segnatamente, al suo pubblico destinatario nonché agli obiettivi di gestione o di promozione delle sue attività, che influisce sul trattamento di dati personali ai fini della creazione di statistiche stabilite a partire dalle visite della fanpage. Tale amministratore può, tramite filtri messi a disposizione da Facebook, definire i criteri a partire dai quali si devono stabilire tali statistiche e designare perfino le categorie di persone i cui dati personali saranno oggetto di utilizzo da parte di Facebook. Di conseguenza, l'amministratore di una fanpage presente su Facebook contribuisce al trattamento dei dati personali dei visitatori della sua pagina.

37 In particolare, l'amministratore della fanpage può chiedere di ricevere – e, quindi, chiedere che siano trattati – dati demografici concernenti il suo pubblico destinatario, in particolare tendenze in materia di età, sesso, situazione sentimentale e professionale, informazioni sullo stile di vita e sugli interessi di detto pubblico, nonché informazioni sugli acquisti e il comportamento di acquisto online dei visitatori della sua pagina, le categorie di prodotti o di servizi di loro maggiore interesse, come pure dati territoriali che consentono all'amministratore della fanpage di stabilire dove avviare promozioni speciali o organizzare eventi e, in generale, di offrire informazioni maggiormente mirate.

38 Se è vero che le statistiche sull'utenza stabilite da Facebook sono unicamente trasmesse all'amministratore della fanpage in forma anonima, ciò non toglie che la realizzazione di tali statistiche si fonda sulla raccolta preliminare, mediante cookie installati da Facebook sul computer o su ogni altro dispositivo delle persone che hanno visitato tale pagina, e sul trattamento dei dati personali di tali visitatori a siffatti fini statistici. In ogni caso, la direttiva 95/46 non impone che, qualora vi sia una responsabilità congiunta di più operatori per un medesimo trattamento, ciascuno abbia accesso ai dati personali interessati.

39 In tale contesto, si deve ritenere che l'amministratore di una fanpage presente su Facebook, quale la *Wirtschaftsakademie*, partecipa, attraverso la propria azione d'impostazione dei parametri, in funzione, segnatamente, del suo pubblico destinatario nonché di obiettivi di gestione o promozione delle sue attività, alla determinazione delle finalità e degli strumenti del trattamento dei dati personali dei visitatori della sua fanpage. Pertanto, tale amministratore deve essere, nella fattispecie, qualificato come responsabile di tale trattamento, all'interno dell'Unione, assieme alla Facebook Ireland, ai sensi dell'articolo 2, lettera d), della direttiva 95/46.



40 Infatti, la circostanza che un amministratore di una fanpage utilizzi la piattaforma realizzata da Facebook per beneficiare dei servizi a essa collegati non può esonerarlo dal rispetto degli obblighi ad esso incombenti in materia di protezione dei dati personali.

41 Inoltre, è importante sottolineare che le fanpage presenti su Facebook possono essere visitate anche da persone che non sono utilizzatori di Facebook e che quindi non dispongono di un account utente su tale social network. In tal caso, la responsabilità dell'amministratore della fanpage relativamente al trattamento dei dati personali di tali persone appare ancor più importante, poiché la mera consultazione della fanpage da parte di visitatori fa scattare automaticamente il trattamento dei loro dati personali.

42 Ciò premesso, il riconoscimento di una responsabilità congiunta del gestore del social network e dell'amministratore di una fanpage presente su tale network in relazione al trattamento dei dati personali dei visitatori di tale fanpage contribuisce a garantire una più completa tutela dei diritti di cui godono le persone che visitano una fanpage, conformemente alle prescrizioni della direttiva 95/46.

43 Tuttavia, si deve precisare, come rilevato dall'avvocato generale ai paragrafi 75 e 76 delle sue conclusioni, che l'esistenza di una corresponsabilità non si traduce necessariamente in una responsabilità equivalente dei diversi operatori nell'ambito di un trattamento di dati personali. Al contrario, tali operatori possono essere coinvolti in fasi diverse di tale trattamento e a diversi livelli, di modo che il grado di responsabilità di ciascuno di essi deve essere valutato tenendo conto di tutte le circostanze rilevanti del caso di specie.

44 Alla luce delle considerazioni che precedono, si deve rispondere alla prima e alla seconda questione dichiarando che l'articolo 2, lettera d), della direttiva 95/46 deve essere interpretato nel senso che la nozione di «responsabile del trattamento», ai sensi di tale disposizione, include l'amministratore di una fanpage presente su un social network.

*Sulla terza e quarta questione*

45 Con la sua terza e quarta questione, che occorre esaminare congiuntamente, il giudice del rinvio si chiede, in sostanza, se gli articoli 4 e 28 della direttiva 95/46 debbano essere interpretati nel senso che, qualora un'impresa stabilita al di fuori dell'Unione disponga di varie filiali in diversi Stati membri, l'autorità di controllo di uno Stato membro è autorizzata a esercitare i poteri che le conferisce l'articolo 28, paragrafo 3, di tale direttiva, nei confronti di una filiale situata nel territorio di tale Stato membro anche se, in base alla ripartizione delle funzioni all'interno del gruppo, da un lato, tale filiale è competente solamente per la vendita di spazi pubblicitari e per altre attività di marketing nel territorio di detto Stato membro e, dall'altro, la responsabilità esclusiva per la raccolta e per il trattamento dei dati personali grava, per l'intero territorio dell'Unione, su una filiale situata in un altro Stato membro, o se spetti all'autorità di controllo di tale ultimo Stato membro esercitare detti poteri nei confronti della seconda filiale.

46 L'ULD e il governo italiano esprimono dubbi in merito alla ricevibilità di tali questioni in quanto esse sarebbero irrilevanti per la soluzione della controversia di cui al procedimento principale. Infatti, la decisione impugnata avrebbe come destinataria la Wirtschaftsakademie e non riguarderebbe quindi né la Facebook Inc. né nessun'altra filiale stabilita nel territorio dell'Unione.



47 A questo proposito, occorre rammentare che, nell'ambito della cooperazione tra la Corte e i giudici nazionali istituita dall'articolo 267 TFUE, spetta esclusivamente al giudice nazionale, cui è stata sottoposta la controversia e che deve assumersi la responsabilità dell'emananda decisione giurisdizionale, valutare, alla luce delle particolari circostanze di ciascuna causa, sia la necessità di una pronuncia pregiudiziale per essere in grado di emettere la propria sentenza, sia la rilevanza delle questioni che esso sottopone alla Corte. Di conseguenza, se le questioni sollevate dal giudice nazionale riguardano l'interpretazione del diritto dell'Unione, la Corte, in via di principio, è tenuta a statuire (sentenza del 6 settembre 2016, Petruhhin, C-182/15, EU:C:2016:630, punto 19 e giurisprudenza ivi citata).

48 Nel caso di specie, occorre evidenziare che il giudice del rinvio afferma che una risposta della Corte alla terza e alla quarta questione pregiudiziale è necessaria perché lo stesso possa pronunciarsi sulla controversia di cui al procedimento principale. Esso spiega infatti che, nel caso in cui si constatasse, alla luce di tale risposta, che l'ULD avrebbe potuto porre rimedio alle asserite violazioni del diritto alla protezione dei dati personali agendo nei confronti della Facebook Germany, una siffatta circostanza potrebbe dimostrare l'esistenza di un errore di valutazione che inficia la decisione impugnata, nella parte in cui essa sarebbe stata adottata erroneamente nei confronti della Wirtschaftsakademie.

49 Alla luce di ciò, la terza e la quarta questione sono ricevibili.

50 Per rispondere a tali questioni, occorre rammentare in via preliminare che, ai sensi dell'articolo 28, paragrafi 1 e 3, della direttiva 95/46, ciascuna autorità di controllo esercita tutti i poteri che le sono stati conferiti dal diritto nazionale nel territorio dello Stato membro cui appartiene, per assicurare in tale territorio il rispetto delle norme in materia di protezione dei dati (v., in tal senso, sentenza del 1° ottobre 2015, Weltimmo, C-230/14, EU:C:2015:639, punto 51).

51 La questione relativa a quale diritto nazionale si applichi ai trattamenti dei dati personali è disciplinata dall'articolo 4 della direttiva 95/46. Ai sensi del paragrafo 1, lettera a), di tale articolo ciascuno Stato membro applica le disposizioni nazionali che esso adotta per l'attuazione della presente direttiva al trattamento di dati personali effettuato nel contesto delle attività di uno stabilimento del responsabile del trattamento nel territorio di tale Stato membro. Detta disposizione precisa che, qualora uno stesso responsabile del trattamento sia stabilito nel territorio di più Stati membri, esso deve adottare le misure necessarie per assicurare l'osservanza, da parte di ciascuno di detti stabilimenti, degli obblighi stabiliti dal diritto nazionale applicabile.

52 Discende così dal combinato disposto di tale norma e dell'articolo 28, paragrafi 1 e 3, della direttiva 95/46 che, quando il diritto nazionale dello Stato membro dell'autorità di controllo è applicabile ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 1, lettera a), di quest'ultima, per il fatto che il trattamento in oggetto è effettuato nell'ambito delle attività di uno stabilimento del responsabile del trattamento nel territorio di detto Stato membro, tale autorità di controllo può esercitare tutti i poteri che tale diritto le conferisce nei confronti di detto stabilimento, e ciò indipendentemente dal fatto che il responsabile del trattamento disponga di stabilimenti anche in altri Stati membri.



53 Così, per determinare se un'autorità di controllo sia autorizzata, in circostanze come quelle di cui al procedimento principale, a esercitare, nei confronti di uno stabilimento ubicato sul territorio dello Stato membro cui essa appartiene, i poteri che le sono conferiti dal diritto nazionale, si deve verificare se le due condizioni previste dall'articolo 4, paragrafo 1, lettera a), della direttiva 95/46 siano soddisfatte, ossia, da un lato, se si tratti di uno «stabilimento del responsabile del trattamento», ai sensi di tale disposizione, e, dall'altro, se il trattamento in parola sia effettuato «nel contesto delle attività» di tale stabilimento, ai sensi della medesima disposizione.

54 Per quanto attiene, in primo luogo, alla condizione secondo cui il responsabile del trattamento di dati personali deve disporre di uno stabilimento nel territorio dello Stato membro dell'autorità di controllo interessata, occorre rammentare che, secondo il considerando 19 della direttiva 95/46, lo stabilimento nel territorio di uno Stato membro implica l'esercizio effettivo e reale di un'attività mediante un'organizzazione stabile e che la forma giuridica di siffatto stabilimento, si tratti di una semplice succursale o di una filiale dotata di personalità giuridica, non è il fattore determinante (sentenza del 1° ottobre 2015, Weltimmo, C-230/14, EU:C:2015:639, punto 28 e giurisprudenza ivi citata).

55 Nel caso di specie, è pacifico che la Facebook Inc., in quanto responsabile del trattamento di dati personali, assieme alla Facebook Ireland, dispone di una filiale stabile in Germania, ossia la Facebook Germany, situata ad Amburgo, e che quest'ultima società esercita realmente ed effettivamente alcune attività in detto Stato membro. Di conseguenza, essa costituisce uno stabilimento, ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 1, lettera a), della direttiva 95/46.

56 Per quanto riguarda, in secondo luogo, la condizione in base alla quale il trattamento di dati personali deve essere effettuato «nel contesto delle attività» dello stabilimento interessato, si deve rammentare, innanzitutto, che, tenuto conto dell'obiettivo perseguito dalla direttiva 95/46, consistente nel garantire una tutela efficace e completa delle libertà e dei diritti fondamentali delle persone fisiche, segnatamente del diritto alla vita privata, riguardo al trattamento dei dati personali, l'espressione «nel contesto delle attività di uno stabilimento» non può essere interpretata restrittivamente (sentenza del 1° ottobre 2015, Weltimmo, C-230/14, EU:C:2015:639, punto 25 e giurisprudenza ivi citata).

57 Occorre poi sottolineare che l'articolo 4, paragrafo 1, lettera a), della direttiva 95/46 non esige che un siffatto trattamento sia effettuato «dallo» stesso stabilimento interessato, bensì soltanto che venga effettuato «nel contesto delle attività» di quest'ultimo (sentenza del 13 maggio 2014, Google Spain e Google, C-131/12, EU:C:2014:317, punto 52).

58 Nel caso di specie, dalla decisione di rinvio e dalle osservazioni scritte depositate dalla Facebook Ireland emerge che la Facebook Germany è incaricata della promozione e della vendita di spazi pubblicitari e svolge attività destinate ai residenti in Germania.

59 Come è stato rammentato ai punti 33 e 34 della presente sentenza, il trattamento di dati personali di cui al procedimento principale, effettuato dalla Facebook Inc. congiuntamente alla Facebook Ireland e consistente nella raccolta di siffatti dati mediante cookie installati sui computer o su ogni altro dispositivo dei visitatori delle fanpage presenti su Facebook, ha come obiettivo segnatamente di consentire a tale social network di migliorare il



proprio sistema pubblicitario al fine di individuare meglio le comunicazioni che esso difonde.

60 Orbene, come rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 94 delle sue conclusioni, dato che, da un lato, un social network, come Facebook, trae una parte considerevole delle sue entrate segnatamente dalla pubblicità diffusa sulle pagine web che gli utenti creano e a cui essi accedono e, dall'altro, che la filiale di Facebook ubicata in Germania è destinata a garantire, in tale Stato membro, la promozione e la vendita di spazi pubblicitari che servono a rendere redditizi i servizi offerti da Facebook, le attività di tale filiale devono essere ritenute inscindibilmente connesse al trattamento di dati personali del procedimento principale, di cui la Facebook Inc. è il responsabile assieme alla Facebook Ireland. Di conseguenza, un siffatto trattamento deve essere considerato come effettuato nel contesto delle attività di uno stabilimento del responsabile del trattamento, ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 1, lettera a), della direttiva 95/46 (v., in tal senso, sentenza del 13 maggio 2014, Google Spain e Google, C-131/12, EU:C:2014:317, punti 55 e 56).

61 Ne consegue che, poiché, ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 1, lettera a), della direttiva 95/46, il diritto tedesco era applicabile al trattamento dei dati personali di cui al procedimento principale, l'autorità di controllo tedesca era competente, conformemente all'articolo 28, paragrafo 1, di tale direttiva, ad applicare a detto trattamento la normativa tedesca.

62 Di conseguenza, tale autorità di controllo era competente a garantire, nel territorio tedesco, il rispetto delle disposizioni in materia di protezione dei dati personali per esercitare, nei confronti della Facebook Germany, tutti i poteri di cui essa dispone in forza delle disposizioni nazionali di attuazione dell'articolo 28, paragrafo 3, della direttiva 95/46.

63 Occorre precisare altresì che la circostanza, evidenziata dal giudice del rinvio nella sua terza questione, secondo cui le strategie decisionali in merito alla raccolta e al trattamento di dati personali relativi a persone residenti nel territorio dell'Unione sono adottate da una società controllante stabilita in uno Stato terzo, come, nella fattispecie, la Facebook Inc., non è tale da mettere in discussione la competenza dell'autorità di controllo sottoposta al diritto di uno Stato membro con riferimento a uno stabilimento, ubicato nel territorio di tale medesimo Stato, del responsabile del trattamento dei suddetti dati.

64 Tenuto conto di quanto precede, si deve rispondere alla terza e alla quarta questione dichiarando che gli articoli 4 e 28 della direttiva 95/46 devono essere interpretati nel senso che, qualora un'impresa stabilita al di fuori dell'Unione disponga di varie filiali in diversi Stati membri, l'autorità di controllo di uno Stato membro è autorizzata a esercitare i poteri che le conferisce l'articolo 28, paragrafo 3, di tale direttiva nei confronti di una filiale di detta impresa situata nel territorio di tale Stato membro anche se, in base alla ripartizione delle funzioni all'interno del gruppo, da un lato, tale filiale è competente solamente per la vendita di spazi pubblicitari e per altre attività di marketing sul territorio di detto Stato membro e, dall'altro, la responsabilità esclusiva per la raccolta e per il trattamento dei dati personali grava, per l'intero territorio dell'Unione, su una filiale situata in un altro Stato membro.

*Sulla quinta e sesta questione*

65 Con la sua quinta e sesta questione, che occorre esaminare congiuntamente, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'articolo 4, paragrafo 1, lettera a), e l'articolo 28, paragrafi



3 e 6, della direttiva 95/46 debbano essere interpretati nel senso che, qualora l'autorità di controllo di uno Stato membro intenda esercitare, nei confronti di un organismo stabilito nel territorio di tale Stato membro, i poteri d'intervento di cui all'articolo 28, paragrafo 3, di tale direttiva a motivo di violazioni delle disposizioni relative alla protezione dei dati personali, commesse da un terzo responsabile del trattamento di tali dati che ha la propria sede in un altro Stato membro, tale autorità di controllo è competente a valutare, in modo autonomo rispetto all'autorità di controllo di quest'ultimo Stato membro, la liceità di un siffatto trattamento di dati e può esercitare i suoi poteri d'intervento nei confronti dell'organismo stabilito sul proprio territorio senza previamente richiedere l'intervento dell'autorità di controllo dell'altro Stato membro.

66 Al fine di rispondere a tali questioni, si deve rammentare, come emerge dalla risposta fornita alla prima e alla seconda questione pregiudiziale, che l'articolo 2, lettera d), della direttiva 95/46 deve essere interpretato nel senso che esso consente, in circostanze come quelle di cui al procedimento principale, di riconoscere la responsabilità di un organismo, quale la *Wirtschaftsakademie*, in qualità di amministratore di una fanpage presente su Facebook, in caso di violazione delle disposizioni relative alla tutela dei dati personali.

67 Ne consegue che, ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 1, lettera a), nonché dell'articolo 28, paragrafi 1 e 3, della direttiva 95/46, l'autorità di controllo dello Stato membro sul cui territorio è stabilito tale organismo è competente ad applicare il suo diritto nazionale e, pertanto, a esercitare, nei confronti di detto organismo, tutti i poteri che le sono conferiti da tale diritto nazionale, conformemente all'articolo 28, paragrafo 3, della direttiva in parola.

68 Come previsto dall'articolo 28, paragrafo 1, secondo comma, di tale direttiva, le autorità di controllo incaricate di sorvegliare l'applicazione, nel territorio degli Stati membri cui appartengono, delle disposizioni adottate da questi ultimi in attuazione della medesima direttiva, sono pienamente indipendenti nell'esercizio delle funzioni loro attribuite. Tale prescrizione risulta altresì dal diritto primario dell'Unione, segnatamente dall'articolo 8, paragrafo 3, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e dall'articolo 16, paragrafo 2, TFUE (v., in tal senso, sentenza del 6 ottobre 2015, *Schrems*, C-362/14, EU:C:2015:650, punto 40).

69 Inoltre, benché, ai sensi dell'articolo 28, paragrafo 6, secondo comma, della direttiva 95/46, le autorità di controllo collaborino tra loro nella misura necessaria allo svolgimento dei propri compiti, in particolare scambiandosi ogni informazione utile, tale medesima direttiva non prevede nessun criterio di priorità che disciplini l'intervento delle autorità di controllo le une rispetto alle altre né prevede l'obbligo per l'autorità di controllo di uno Stato membro di conformarsi alla posizione espressa, eventualmente, dall'autorità di controllo di un altro Stato membro.

70 Pertanto, nulla impone a un'autorità di controllo la cui competenza è riconosciuta dal suo diritto nazionale di far propria la soluzione adottata da un'altra autorità di controllo in una situazione analoga.

71 A tal riguardo, va ricordato che, poiché le autorità nazionali di controllo sono incaricate, ai sensi dell'articolo 8, paragrafo 3, della Carta dei diritti fondamentali e dell'articolo 28 della direttiva 95/46, di sorvegliare il rispetto delle norme dell'Unione relative alla tutela



delle persone fisiche riguardo al trattamento dei dati personali, a ognuna di esse è quindi attribuita la competenza a verificare se un trattamento di dati personali nel territorio dello Stato membro cui appartiene rispetti gli obblighi fissati dalla direttiva 95/46 (v., in tal senso, sentenza del 6 ottobre 2015, Schrems, C-362/14, EU:C:2015:650, punto 47).

72 Poiché l'articolo 28 della direttiva 95/46 si applica, per sua stessa natura, a ogni trattamento di dati personali, anche in presenza di una decisione di un'autorità di controllo di un altro Stato membro, un'autorità di controllo, investita da parte di un soggetto di una domanda relativa alla tutela dei propri diritti e libertà relativamente al trattamento di dati personali che la riguardano, deve valutare in piena indipendenza se il trattamento di tali dati rispetti gli obblighi stabiliti dalla presente direttiva (v., in tal senso, sentenza del 6 ottobre 2015, Schrems, C-362/14, EU:C:2015:650, punto 57).

73 Ne consegue che, nel caso di specie, in base al sistema stabilito dalla direttiva 95/46, l'ULD era autorizzata a valutare, in maniera autonoma rispetto alle valutazioni effettuate dall'autorità di vigilanza irlandese, la liceità del trattamento di dati di cui al procedimento principale.

74 Di conseguenza, occorre rispondere alla quinta e alla sesta questione dichiarando che l'articolo 4, paragrafo 1, lettera a), e l'articolo 28, paragrafi 3 e 6, della direttiva 95/46 devono essere interpretati nel senso che, qualora l'autorità di controllo di uno Stato membro intenda esercitare, nei confronti di un organismo stabilito sul territorio di tale Stato membro, i poteri d'intervento di cui all'articolo 28, paragrafo 3, di tale direttiva a motivo di violazioni delle disposizioni relative alla protezione dei dati personali, commesse da un terzo responsabile del trattamento di tali dati che ha la propria sede in un altro Stato membro, tale autorità di controllo è competente a valutare, in modo autonomo rispetto all'autorità di controllo di quest'ultimo Stato membro, la liceità di un siffatto trattamento di dati e può esercitare i suoi poteri d'intervento nei confronti dell'organismo stabilito sul proprio territorio senza previamente richiedere l'intervento dell'autorità di controllo dell'altro Stato membro.

#### **Sulle spese**

75 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 2, lettera d), della direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 ottobre 1995, relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati, deve essere interpretato nel senso che la nozione di «responsabile del trattamento», ai sensi di tale disposizione, include l'amministratore di una fanpage presente su un social network.**
- 2) Gli articoli 4 e 28 della direttiva 95/46 devono essere interpretati nel senso che, qualora un'impresa stabilita al di fuori dell'Unione europea disponga di varie filiali in diversi Stati membri, l'autorità di controllo di uno Stato membro è autorizzata a**



esercitare i poteri che le conferisce l'articolo 28, paragrafo 3, di tale direttiva nei confronti di una filiale di detta impresa situata sul territorio di tale Stato membro anche se, in base alla ripartizione delle funzioni all'interno del gruppo, da un lato, tale filiale è competente solamente per la vendita di spazi pubblicitari e per altre attività di marketing sul territorio di detto Stato membro e, dall'altro, la responsabilità esclusiva per la raccolta e per il trattamento dei dati personali grava, per l'intero territorio dell'Unione europea, su una filiale situata in un altro Stato membro.

3) L'articolo 4, paragrafo 1, lettera a), e l'articolo 28, paragrafi 3 e 6, della direttiva 95/46 devono essere interpretati nel senso che, qualora l'autorità di controllo di uno Stato membro intenda esercitare, nei confronti di un organismo stabilito sul territorio di tale Stato membro, i poteri d'intervento di cui all'articolo 28, paragrafo 3, di tale direttiva a motivo di violazioni delle disposizioni relative alla protezione dei dati personali, commesse da un terzo responsabile del trattamento di tali dati che ha la propria sede in un altro Stato membro, tale autorità di controllo è competente a valutare, in modo autonomo rispetto all'autorità di controllo di quest'ultimo Stato membro, la liceità di un siffatto trattamento di dati e può esercitare i suoi poteri d'intervento nei confronti dell'organismo stabilito sul proprio territorio senza previamente richiedere l'intervento dell'autorità di controllo dell'altro Stato membro.



Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, 10 luglio 2018, causa C-25/17

**Rinvio pregiudiziale – Tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali – Direttiva 95/46/CE – Ambito di applicazione di detta direttiva – Articolo 3 – Raccolta di dati personali da parte dei membri di una comunità religiosa nell’ambito della loro attività di predicazione porta a porta – Articolo 2, lettera c) – Nozione di “archivio di dati personali” – Articolo 2, lettera d) – Nozione di “responsabile del trattamento” – Articolo 10, paragrafo 1, della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea**

Nella causa C-25/17,

avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell’articolo 267 TFUE, dal Korkein hallinto-oikeus (Corte amministrativa suprema, Finlandia), con decisione del 22 dicembre 2016, pervenuta in cancelleria il 19 gennaio 2017, nel procedimento avviato dal

**Tietosuojavaltuutettu**

con l’intervento di:

**Jehovan todistajat – uskonnollinen yhdyksunta,**

LA CORTE (Grande Sezione),

composta da K. Lenaerts, presidente, A. Tizzano, vicepresidente, R. Silva de Lapuerta, T. von Danwitz (relatore), J.L. da Cruz Vilaça, J. Malenovský, E. Levits e C. Vajda, presidenti di sezione, A. Borg Barthet, J.-C. Bonichot, A. Arabadjiev, S. Rodin, F. Biltgen, K. Jürimäe e C. Lycourgos, giudici,

avvocato generale: P. Mengozzi

cancelliere: C. Strömholm, amministratore

vista la fase scritta del procedimento e in seguito all’udienza del 28 novembre 2017,

considerate le osservazioni presentate:

- per il Tietosuojavaltuutettu, da R. Aarnio, in qualità di agente;
- per Jehovan todistajat – uskonnollinen yhdyksunta, da S.H. Brady, asianajaja, nonché da P. Muzny;
- per il governo finlandese, da H. Leppo, in qualità di agente;
- per il governo ceco, da M. Smolek e J. Vlášil, in qualità di agenti;
- per il governo italiano, da G. Palmieri, in qualità di agente, assistita da P. Gentili, avvocato dello Stato;
- per la Commissione europea, da P. Aalto, H. Kranenborg e D. Nardi, in qualità di agenti,

sentite le conclusioni dell’avvocato generale, presentate all’udienza del 1° febbraio 2018, ha pronunciato la seguente

### **Sentenza**

1 La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull’interpretazione degli articoli 2, lettere c) e d), e 3, della direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24



ottobre 1995, relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati (GU 1995, L 281, pag. 31), letti alla luce dell'articolo 10, paragrafo 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (in prosieguo: la «Carta»).

2 Tale domanda è stata presentata nell'ambito di un procedimento avviato dal tietosuoja-valtuutettu (garante della protezione dei dati, Finlandia) in merito alla legittimità di una decisione della tietosuoja-lautakunta (commissione per la protezione dei dati, Finlandia) che vieta alla Jehovan todistajat – uskonnollinen yhdyskunta (comunità religiosa dei testimoni di Geova; in prosieguo: la «comunità dei testimoni di Geova») di raccogliere o di trattare dati personali nell'ambito dell'attività di predicazione porta a porta senza che siano rispettati i requisiti della normativa finlandese relativa al trattamento dei dati personali.

### **Contesto normativo**

#### ***Diritto dell'Unione***

3 I considerando 10, 12, 15, 26 e 27 della direttiva 95/46 sono così formulati:

«(10) considerando che le legislazioni nazionali relative al trattamento dei dati personali hanno lo scopo di garantire il rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali, in particolare del diritto alla vita privata, riconosciuto anche dall'articolo 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali [, firmata a Roma il 4 novembre 1950,] e dai principi generali del diritto comunitario; che pertanto il ravvicinamento di dette legislazioni non deve avere per effetto un indebolimento della tutela da esse assicurata ma deve anzi mirare a garantire un elevato grado di tutela nella Comunità;

(...)

(12) considerando che i principi di tutela si devono applicare a tutti i trattamenti di dati personali quando le attività del responsabile del trattamento rientrano nel campo d'applicazione del diritto comunitario; che deve essere escluso il trattamento di dati effettuato da una persona fisica nell'esercizio di attività a carattere esclusivamente personale o domestico quali la corrispondenza e la compilazione di elenchi di indirizzi;

(...)

(15) considerando che il trattamento de[i] suddetti dati rientra nella presente direttiva soltanto se è automatizzato o se riguarda dati contenuti, o destinati ad essere contenuti, in un archivio strutturato secondo criteri specifici relativi alle persone, in modo da consentire un facile accesso ai dati personali di cui trattasi;

(...)

(26) considerando che i principi della tutela si devono applicare ad ogni informazione concernente una persona identificata o identificabile; che, per determinare se una persona è identificabile, è opportuno prendere in considerazione l'insieme dei mezzi che possono essere ragionevolmente utilizzati dal responsabile del trattamento o da altri per identificare detta persona; (...)

(27) considerando che la tutela delle persone fisiche deve essere applicata al trattamento dei dati sia automatizzato sia manuale; che la portata della tutela non deve infatti dipendere dalle tecniche impiegate poiché, in caso contrario, sussisterebbero gravi rischi di elusione delle disposizioni; che nondimeno, riguardo al trattamento manuale, la presente direttiva si



applica soltanto agli archivi e non ai fascicoli non strutturati; che, in particolare, il contenuto di un archivio deve essere strutturato secondo criteri specifici relativi alle persone che consentano un facile accesso ai dati personali; che, in conformità alla definizione dell'articolo 2, lettera c), i diversi criteri che determinano gli elementi che costituiscono un insieme strutturato di dati personali, nonché i diversi criteri in virtù dei quali un siffatto insieme è accessibile, possono essere precisati dai singoli Stati membri; che i fascicoli o le serie di fascicoli, nonché le rispettive copertine, non strutturati secondo criteri specifici, non rientrano in nessun caso nel campo di applicazione della presente direttiva».

4 L'articolo 1, paragrafo 1, della direttiva 95/46 stabilisce quanto segue:

«Gli Stati membri garantiscono, conformemente alle disposizioni della presente direttiva, la tutela dei diritti e delle libertà fondamentali delle persone fisiche e particolarmente del diritto alla vita privata, con riguardo al trattamento dei dati personali».

5 L'articolo 2 di tale direttiva prevede quanto segue:

«Ai fini della presente direttiva si intende per:

a) “dati personali”: qualsiasi informazione concernente una persona fisica identificata o identificabile (“persona interessata”); si considera identificabile la persona che può essere identificata, direttamente o indirettamente, in particolare mediante riferimento ad un numero di identificazione o ad uno o più elementi specifici caratteristici della sua identità fisica, fisiologica, psichica, economica, culturale o sociale;

b) “trattamento di dati personali” (“trattamento”): qualsiasi operazione o insieme di operazioni compiute con o senza l'ausilio di processi automatizzati e applicate a dati personali, come la raccolta, la registrazione, l'organizzazione, la conservazione, l'elaborazione o la modifica, l'estrazione, la consultazione, l'impiego, la comunicazione mediante trasmissione, diffusione o qualsiasi altra forma di messa a disposizione, il raffronto o l'interconnessione, nonché il congelamento, la cancellazione o la distruzione;

c) “archivio di dati personali” (“archivio”): qualsiasi insieme strutturato di dati personali accessibili, secondo criteri determinati, indipendentemente dal fatto che tale insieme sia centralizzato, decentralizzato o ripartito in modo funzionale o geografico;

d) “responsabile del trattamento”: la persona fisica o giuridica, l'autorità pubblica, il servizio o qualsiasi altro organismo che, da solo o insieme ad altri, determina le finalità e gli strumenti del trattamento di dati personali. Quando le finalità e i mezzi del trattamento sono determinati da disposizioni legislative o regolamentari nazionali o comunitarie, il responsabile del trattamento o i criteri specifici per la sua designazione possono essere fissati dal diritto nazionale o comunitario;

(...))».

6 Ai sensi dell'articolo 3 di detta direttiva:

«1. Le disposizioni della presente direttiva si applicano al trattamento di dati personali interamente o parzialmente automatizzato nonché al trattamento non automatizzato di dati personali contenuti o destinati a figurare negli archivi.

2. Le disposizioni della presente direttiva non si applicano ai trattamenti di dati personali:



- effettuati per l'esercizio di attività che non rientrano nel campo di applicazione del diritto comunitario, come quelle previste dai titoli V e VI del Trattato sull'Unione europea e comunque ai trattamenti aventi come oggetto la pubblica sicurezza, la difesa, la sicurezza dello Stato (compreso il benessere economico dello Stato, laddove tali trattamenti siano connessi a questioni di sicurezza dello Stato) e le attività dello Stato in materia di diritto penale;
- effettuati da una persona fisica per l'esercizio di attività a carattere esclusivamente personale o domestico».

### ***Diritto finlandese***

7 La direttiva 95/46 è stata trasposta nel diritto finlandese dalla Henkilötietolaki (523/1999) [legge sui dati personali (523/1999); in prosieguo: la «legge n. 523/1999»].

8 L'articolo 2 di tale legge, intitolato «Soveltamisala» (campo di applicazione), prevede, ai commi secondo e terzo, quanto segue:

«La presente legge si applica al trattamento automatizzato dei dati personali. La presente legge si applica anche agli altri trattamenti di dati personali quando questi costituiscono un archivio di dati personali o una parte di archivio di dati personali, o sono destinati a costituire un archivio di dati personali o una parte di archivio di dati personali.

La presente legge non è applicabile al trattamento di dati personali che effettuato da una persona fisica a fini esclusivamente personali, o per analoghe finalità ordinarie e private».

9 L'articolo 3, paragrafo 3, della legge n. 523/1999 definisce l'«archivio di dati personali» come una «raccolta di dati personali, composta di registrazioni correlate in base alle loro finalità, elaborate in parte o completamente con l'ausilio di processi automatizzati, o organizzati in schedari, elenchi o in maniera analoga che consenta di reperire facilmente i dati riguardanti determinate persone evitando costi sproporzionati».

10 Conformemente all'articolo 44 di tale legge, la commissione per la protezione dei dati, su richiesta del garante della protezione dei dati, può vietare il trattamento di dati personali in violazione di detta legge o di norme o disposizioni emanate sulla base della stessa e fissare agli interessati un termine per porre rimedio all'attività illecita o alla mancanza riscontrata.

### **Procedimento principale e questioni pregiudiziali**

11 Il 17 settembre 2013, la commissione per la protezione dei dati ha adottato, su richiesta del garante della protezione dei dati, una decisione che vietava alla comunità dei testimoni di Geova di raccogliere o di trattare dati personali nell'ambito dell'attività di predicazione porta a porta effettuata dai suoi membri senza che fossero soddisfatti i requisiti legali per il trattamento di tali dati, di cui, in particolare, agli articoli 8 e 12 della legge n. 523/1999. Inoltre, la commissione per la protezione dei dati ha imposto a questa comunità, sulla base dell'articolo 44, paragrafo 2, di tale legge, di adoperarsi in modo che, entro il termine di sei mesi, nessun dato personale fosse più raccolto per le finalità di tale comunità senza che detti requisiti fossero rispettati.

12 Nella motivazione della sua decisione, la commissione per la protezione dei dati ha dichiarato che la raccolta dei dati in questione da parte dei membri della comunità dei te-



stimoni di Geova costituiva un trattamento di dati personali, ai sensi di detta legge, e che tale comunità e i suoi membri erano congiuntamente responsabili di tale trattamento.

13 La comunità dei testimoni di Geova ha adito lo Helsingin hallinto-oikeus (tribunale amministrativo di Helsinki, Finlandia) con un ricorso contro tale decisione. Con sentenza del 18 dicembre 2014, detto giudice annullava la decisione summenzionata per il motivo, in particolare, che la comunità dei testimoni di Geova non era responsabile del trattamento di dati personali, ai sensi della legge n. 523/1999, e che l'attività di quest'ultima non costituiva un trattamento illecito di tali dati.

14 Il garante della protezione dei dati ha impugnato tale sentenza dinanzi al Korkein hallinto-oikeus (Corte amministrativa suprema, Finlandia).

15 Secondo quanto constatato da tale giudice, i membri della comunità dei testimoni di Geova, nell'ambito della loro attività di predicazione porta a porta, prendono appunti sulle visite effettuate a persone che essi stessi o detta comunità non conoscono. I dati raccolti potrebbero tra l'altro comprendere il nome e l'indirizzo delle persone contattate porta a porta e informazioni sul loro credo religioso e sulla loro situazione familiare. Tali dati sarebbero raccolti a titolo di promemoria, per poter essere consultati per un'eventuale visita successiva, senza che le persone interessate vi abbiano acconsentito o ne siano state informate.

16 Secondo quanto accertato dal giudice del rinvio, la comunità dei testimoni di Geova ha fornito ai suoi membri istruzioni in ordine alla redazione di tali appunti, che figurano in almeno una delle sue pubblicazioni riguardanti l'attività di predicazione. Tale comunità e le congregazioni che ne dipendono organizzerebbero e coordinerebbero l'attività di predicazione porta a porta dei loro membri, in particolare predisponendo mappe sulla cui base sarebbe realizzata una ripartizione in zone tra i membri che svolgono l'attività di predicazione e tenendo schedari sui predicatori e sul numero di pubblicazioni della comunità diffuse da questi ultimi. Inoltre, le congregazioni della comunità dei testimoni di Geova gestirebbero un elenco delle persone che hanno espresso la volontà di non ricevere più visite da parte dei membri predicatori e i dati personali che figurano in tale elenco, detto «elenco di divieto», sarebbero utilizzati dai membri di tale comunità. Infine, la comunità dei testimoni di Geova, in passato, avrebbe tenuto a disposizione dei suoi membri moduli per la raccolta di tali dati nel corso della loro attività di predicazione. L'uso di tali moduli, tuttavia, sarebbe stato abbandonato a seguito di una raccomandazione del garante europeo della protezione dei dati.

17 Il giudice del rinvio osserva che, secondo le indicazioni della comunità dei testimoni di Geova, quest'ultima non impone ai suoi membri predicatori di effettuare una raccolta di dati e che, qualora una tale raccolta abbia comunque luogo, essa non è a conoscenza né della natura degli appunti presi, i quali sono, del resto, soltanto note personali informali, né dell'identità dei membri predicatori che hanno proceduto alla raccolta.

18 Per quanto riguarda la necessità della presente domanda di pronuncia pregiudiziale, il Korkein hallinto-oikeus (Corte amministrativa suprema) ritiene che l'esame della controversia nel procedimento principale esiga che si tenga conto, da un lato, dei diritti alla tutela della vita privata e alla protezione dei dati personali e, dall'altro, della libertà di religione e di



associazione, garantiti sia dalla Carta e dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, sia dalla costituzione finlandese.

19 Il giudice del rinvio tende a considerare che l'attività di predicazione porta a porta praticata dai membri di una comunità religiosa, come la comunità dei testimoni di Geova, non ricade tra le attività escluse dal campo di applicazione della direttiva 95/46 in forza del suo articolo 3, paragrafo 2, primo trattino. Si pone invece la questione se tale attività presenti un carattere esclusivamente personale o domestico, ai sensi del suo articolo 3, paragrafo 2, secondo trattino. A tale riguardo, si dovrebbe tenere conto del fatto che, nel caso di specie, i dati raccolti sono più di semplici appunti figuranti in una rubrica, dato che si riferiscono a sconosciuti e contengono informazioni sensibili relative alle loro convinzioni religiose. Dovrebbe inoltre essere preso in considerazione il fatto che l'attività di predicazione porta a porta è una forma di azione fondamentale della comunità dei testimoni di Geova, organizzata e coordinata da quest'ultima e dalle sue congregazioni.

20 Inoltre, nella misura in cui i dati raccolti controversi nel procedimento principale sono trattati in maniera non automatizzata, sarebbe necessario, alla luce dell'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 95/46, in combinato disposto con l'articolo 2, lettera c), di detta direttiva, stabilire se l'insieme di tali dati costituisca un archivio ai sensi di tali disposizioni. Secondo le informazioni fornite dalla comunità dei testimoni di Geova, detti dati non le sono comunicati, cosicché non è possibile conoscere con certezza la natura e la portata dei dati raccolti. Tuttavia, sarebbe possibile considerare che la raccolta e il successivo trattamento dei dati controversi nel procedimento principale sono finalizzati a poter ritrovare facilmente i dati relativi a una persona o a un indirizzo determinato per un'utilizzazione successiva. I dati raccolti non sarebbero comunque strutturati in forma di schede.

21 Nel caso in cui il trattamento dei dati controversi nel procedimento principale rientrasse nell'ambito di applicazione della direttiva 95/46, il giudice del rinvio sottolinea che si porrebbe allora la questione se la comunità dei testimoni di Geova debba essere considerata responsabile di tale trattamento, ai sensi dell'articolo 2, lettera d), di tale direttiva. La giurisprudenza della Corte risultante dalla sentenza del 13 maggio 2014, *Google Spain e Google* (C-131/12, EU:C:2014:317), definirebbe in modo ampio la nozione di «responsabile del trattamento». Inoltre, dal parere 1/2010 del 16 febbraio 2010 sui concetti di «responsabile del trattamento» e «incaricato del trattamento», adottato dal gruppo di lavoro istituito ai sensi dell'articolo 29 della direttiva 95/46, risulterebbe che si deve prendere in considerazione, in particolare, il potere di controllo effettivo e la concezione che la persona i cui dati sono oggetto di trattamento si forma del responsabile del trattamento.

22 Orbene, nel caso di specie, occorrerebbe tener conto del fatto che la comunità dei testimoni di Geova organizza, coordina e promuove l'attività di predicazione porta a porta e che essa ha fornito, nelle sue pubblicazioni, istruzioni sulla raccolta dei dati nell'ambito di tale attività. Inoltre, il garante della protezione dei dati avrebbe constatato che tale comunità dispone effettivamente del potere di determinare i metodi di trattamento dei dati e di vietare o limitare tale trattamento, e che essa ha previamente definito la finalità e i mezzi di quest'ultimo fornendo istruzioni sulla raccolta. Inoltre, anche dai formulari utilizzati in precedenza emergerebbe il forte coinvolgimento della comunità nel trattamento dei dati.



23 Tuttavia, sarebbe necessario altresì considerare che i membri della comunità dei testimoni di Geova possono decidere essi stessi di raccogliere dati e stabilire le modalità di tale raccolta. Inoltre, tale comunità non raccoglierebbe direttamente dati e non avrebbe accesso ai dati raccolti dai suoi membri, ad eccezione di quelli che figurano nell'elenco, cosiddetto di «divieto». Tali circostanze non osterebbero tuttavia a che possano esistere più responsabili del trattamento, ciascuno con diverse missioni e responsabilità.

24 È alla luce di tali circostanze che il Korkein hallinto-oikeus (Corte amministrativa suprema) ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Se le eccezioni di cui all'articolo 3, paragrafo 2, primo e secondo trattino, della direttiva [95/46], riguardanti il suo campo di applicazione, debbano essere interpretate nel senso che la raccolta e il trattamento dei dati personali eseguiti dai membri di una comunità religiosa in relazione all'attività di predicazione porta a porta da essi svolta non rientrino nel campo di applicazione della direttiva. Quale importanza rivesta ai fini di esaminare l'applicabilità della direttiva [95/46] il fatto che, da un lato, l'attività di predicazione nel cui ambito sono raccolti i dati venga organizzata dalla comunità religiosa e dalle sue congregazioni e, dall'altro, che si tratti nel contempo di una pratica religiosa individuale dei membri della comunità religiosa.

2) Se la definizione della nozione di “archivio” di cui all'articolo 2, lettera c), della direttiva [95/46], tenuto conto dei considerando 26 e 27 della medesima direttiva, debba essere interpretata nel senso che l'insieme dei dati personali che non vengano raccolti in modo automatizzato nell'ambito dell'attività di predicazione porta a porta sopra descritta (nome e indirizzo ed eventuali altri dati personali ed elementi caratteristici)

a) non costituisca un archivio in tal senso, in quanto non si tratta di specifici schedari o elenchi o di analoghi sistemi di classificazione che facilitino la ricerca ai sensi della definizione di cui alla legge [n. 523/1999], oppure

b) costituisca un archivio in tal senso, in quanto dai dati raccolti, tenuto conto della relativa finalità, possono essere effettivamente recuperate con facilità e senza costi sproporzionati le informazioni richieste per un successivo impiego, come previsto espressamente dalla legge [n. 523/1999].

3) Se l'espressione di cui all'articolo 2, lettera d), della direttiva [95/46] “che, da solo o insieme ad altri, determina le finalità e gli strumenti del trattamento di dati personali (...)” debba essere interpretata nel senso che una comunità religiosa che organizzi un'attività con la quale vengono raccolti dati personali (tra l'altro con una ripartizione del raggio d'azione dei predicatori, con il monitoraggio dell'attività di predicazione e la tenuta di registri su persone che non gradiscono la visita dei predicatori) possa essere considerata responsabile del trattamento dei dati personali in riferimento a tale attività dei suoi membri, anche se la comunità religiosa fa valere che solo i singoli predicatori hanno accesso alle informazioni registrate.

4) Se l'articolo 2, lettera d), della direttiva [95/46] debba essere interpretato nel senso che la comunità religiosa possa essere qualificata come responsabile del trattamento solo se adotta altre misure specifiche, quali conferimenti di incarichi o istruzioni scritte con cui



guidi la raccolta dei dati, o se sia sufficiente che la comunità religiosa svolga un ruolo effettivo nel dirigere l'attività dei suoi membri».

Occorre rispondere alle questioni terza e quarta solo nel caso in cui, dalle risposte alle questioni prima e seconda, la direttiva [95/46] sia applicabile. Occorre rispondere alla quarta questione solo se dalla risposta alla terza questione emerge che non si può escludere l'applicabilità dell'articolo 2, lettera d), della direttiva [95/46] a una comunità religiosa».

#### **Sulle domande di riapertura della fase orale del procedimento**

25 Con due atti depositati presso la cancelleria della Corte rispettivamente in data 12 dicembre 2017 e 15 febbraio 2018, la comunità dei testimoni di Geova ha chiesto che venga disposta la riapertura della fase orale del procedimento, in applicazione dell'articolo 83 del regolamento di procedura della Corte. A sostegno della prima di tali domande, la comunità dei testimoni di Geova fa segnatamente valere che essa non ha avuto la possibilità di replicare in udienza alle osservazioni presentate dalle altre parti, alcune delle quali non corrispondono ai fatti del procedimento principale. Per quanto riguarda la seconda di tali domande, detta comunità deduce, in sostanza, che le conclusioni dell'avvocato generale si fondano su elementi di fatto imprecisi o potenzialmente fuorvianti, alcuni dei quali non erano inclusi nella domanda di pronuncia pregiudiziale.

26 Ai sensi dell'articolo 83 del proprio regolamento di procedura, la Corte, sentito l'avvocato generale, può disporre in qualsiasi momento la riapertura della fase orale del procedimento, in particolare se essa non si ritiene sufficientemente edotta o quando, dopo la chiusura di tale fase, una parte ha prodotto un fatto nuovo, tale da influenzare in modo determinante la decisione della Corte, oppure quando la causa dev'essere decisa in base a un argomento che non è stato oggetto di discussione tra le parti o gli interessati menzionati dall'articolo 23 dello Statuto della Corte di giustizia dell'Unione europea.

27 Ebbene, tali ipotesi non è riscontrabile nel caso in esame. In particolare, le domande con cui la comunità dei testimoni di Geova chiede che sia disposta la riapertura della fase orale del procedimento non contengono alcun argomento nuovo in base al quale la presente causa dovrebbe essere decisa. Inoltre, tale parte e gli altri interessati di cui all'articolo 23 dello Statuto della Corte di giustizia dell'Unione europea hanno presentato, sia nella fase scritta sia nella fase orale del procedimento, le loro osservazioni sull'interpretazione dell'articolo 2, lettere c) e d), e dell'articolo 3 della direttiva 95/46, letti alla luce dell'articolo 10 della Carta, oggetto delle questioni pregiudiziali.

28 Per quanto riguarda i fatti del procedimento principale, occorre ricordare che, nell'ambito della procedura di cui all'articolo 267 TFUE, è compito del solo giudice del rinvio definire il contesto di fatto in cui si inseriscono le questioni che ha sottoposto alla Corte. Ne consegue che un soggetto parte del procedimento principale non può asserire che talune premesse di fatto su cui si basano gli argomenti dedotti dagli altri interessati di cui all'articolo 23 dello Statuto della Corte di giustizia dell'Unione europea, o anche l'analisi dell'avvocato generale, siano inesatte, per giustificare la riapertura della fase orale in base all'articolo 83 del regolamento di procedura (v., in tal senso, sentenza del 26 giugno 2008, *Burda*, C-284/06, EU:C:2008:365, punti 44, 45 e 47).



29 In tale contesto, la Corte, sentito l'avvocato generale, ritiene di disporre di tutti gli elementi necessari per rispondere alle questioni proposte dal giudice del rinvio e considera che la presente causa non necessita di essere definita sulla base di argomenti che non sarebbero stati discussi. Le domande di riapertura della fase orale del procedimento devono pertanto essere respinte.

#### **Sulla ricevibilità della domanda di pronuncia pregiudiziale**

30 La comunità dei testimoni di Geova sostiene che la domanda di pronuncia pregiudiziale è irricevibile. Contestando i principali fatti sui quali la domanda è fondata, essa sostiene che quest'ultima si riferisce al comportamento di alcuni dei suoi membri, che non sarebbero parti nel procedimento principale. Pertanto, detta domanda riguarderebbe un problema di natura ipotetica.

31 Si deve rilevare a questo proposito che spetta esclusivamente al giudice nazionale cui è stata sottoposta la controversia e che deve assumersi la responsabilità dell'emananda decisione giurisdizionale valutare, alla luce delle particolari circostanze di ciascuna causa, sia la necessità di una pronuncia pregiudiziale per essere in grado di pronunciare la propria sentenza sia la rilevanza delle questioni che sottopone alla Corte. Di conseguenza, se le questioni sollevate riguardano l'interpretazione del diritto dell'Unione, la Corte, in via di principio, è tenuta a statuire. Il rifiuto, da parte della Corte, di pronunciarsi su una questione pregiudiziale proposta da un giudice nazionale è possibile soltanto qualora appaia in modo manifesto che l'interpretazione del diritto dell'Unione richiesta non ha alcun rapporto con l'effettività o l'oggetto del procedimento principale, qualora la questione sia di tipo ipotetico o, ancora, qualora la Corte non disponga degli elementi di fatto e di diritto necessari per rispondere in modo utile alle questioni che le sono sottoposte. (v., in tal senso, sentenza del 27 giugno 2017, *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania*, C-74/16, EU:C:2017:496, punti 24 e 25 e giurisprudenza citata).

32 Nella fattispecie, la decisione di rinvio contiene gli elementi di fatto e di diritto sufficienti per la comprensione delle questioni pregiudiziali e della loro portata. Inoltre, e soprattutto, nessun elemento del fascicolo consente di ritenere che l'interpretazione del diritto dell'Unione richiesta non avrebbe alcun rapporto con la realtà effettiva o con l'oggetto del procedimento principale o sarebbe di natura ipotetica, in particolare in considerazione del fatto che i membri della comunità dei testimoni di Geova, la cui attività di raccolta di dati personali è alla base delle questioni pregiudiziali, non sono parti del procedimento principale. Infatti, dalla decisione di rinvio risulta che le questioni pregiudiziali mirano a consentire al giudice del rinvio di stabilire se tale comunità possa, essa stessa, essere ritenuta responsabile, ai sensi della direttiva 95/46, della raccolta dei dati personali effettuata dai suoi membri nell'ambito della loro attività di predicazione porta a porta.

33 In tali circostanze, la domanda di pronuncia pregiudiziale è ricevibile.

#### **Sulle questioni pregiudiziali**

##### ***Sulla prima questione***

34 Con la sua prima questione, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'articolo 3, paragrafo 2, della direttiva 95/46, letto alla luce dell'articolo 10, paragrafo 1, della Carta, debba essere interpretato nel senso che la raccolta di dati personali da parte dei membri di



una comunità religiosa nell'ambito di un'attività di predicazione porta a porta e i trattamenti successivi dei dati costituiscono trattamenti di dati personali effettuati per l'esercizio di attività di cui all'articolo 3, paragrafo 2, primo trattino, di tale direttiva, o trattamenti di dati personali effettuati da persone fisiche per l'esercizio di un'attività a carattere esclusivamente personale o domestico, ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 2, secondo trattino, di detta direttiva.

35 Per rispondere a tale questione, occorre anzitutto ricordare che, come risulta dal suo articolo 1, paragrafo 1, e dal suo considerando 10, la direttiva 95/46 è volta a garantire un elevato grado di tutela delle libertà e dei diritti fondamentali delle persone fisiche, in particolare della loro vita privata, riguardo al trattamento dei dati personali (sentenze del 13 maggio 2014, *Google Spain e Google*, C-131/12, EU:C:2014:317, punto 66, e del 5 giugno 2018, *Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein*, C-210/16, EU:C:2018:388, punto 26).

36 L'articolo 3 della direttiva 95/46, che ne definisce il campo di applicazione, stabilisce al paragrafo 1 che essa si applica al trattamento di dati personali interamente o parzialmente automatizzato nonché al trattamento non automatizzato di dati personali contenuti o destinati a figurare negli archivi.

37 Detto articolo 3 prevede tuttavia, al paragrafo 2, due eccezioni al campo di applicazione della medesima direttiva, che devono essere interpretate in modo restrittivo (v., in tal senso, sentenze dell'11 dicembre 2014, *Ryneš*, C-212/13, EU:C:2014:2428, punto 29, e del 27 settembre 2017, *Pušár*, C-73/16, EU:C:2017:725, punto 38). Peraltro, la direttiva 95/46 non prevede alcuna ulteriore limitazione al suo ambito di applicazione. (sentenza del 16 dicembre 2008, *Satakunnan Markkinapörssi e Satamedia*, C-73/07, EU:C:2008:727, punto 46).

38 Per quanto riguarda, in primo luogo, l'eccezione di cui all'articolo 3, paragrafo 2, primo trattino, della direttiva 95/46, è stato dichiarato che le attività menzionate a titolo esemplificativo in tale trattino sono, in tutti i casi, attività proprie degli Stati o delle autorità statali, estranee ai settori di attività dei singoli. Tali attività sono destinate a definire la portata dell'eccezione prevista in detta disposizione, di modo che detta eccezione si applica solo alle attività che vi sono espressamente menzionate e che possono essere ascritte alla stessa categoria (sentenze del 6 novembre 2003, *Lindqvist*, C-101/01, EU:C:2003:596, punti 43 e 44; del 16 dicembre 2008, *Satakunnan Markkinapörssi e Satamedia*, C-73/07, EU:C:2008:727, punto 41, nonché del 27 settembre 2017, *Pušár*, C-73/16, EU:C:2017:725, punti 36 e 37).

39 Orbene, nel caso di specie, la raccolta di dati personali da parte dei membri della comunità dei testimoni di Geova, nell'ambito di un'attività di predicazione porta a porta, rientra esclusivamente nell'ambito di un'iniziativa religiosa di singoli. Ne consegue che una siffatta attività non costituisce un'attività propria delle autorità statali e che, pertanto, non può essere equiparata a quelle di cui all'articolo 3, paragrafo 2, primo trattino, della direttiva 95/46.

40 Con riferimento, in secondo luogo, all'eccezione che figura all'articolo 3, paragrafo 2, secondo trattino, della direttiva 95/46, tale disposizione sottrae all'ambito di applicazione di quest'ultima il trattamento dei dati effettuato per l'esercizio di attività non semplicemente



personali o domestiche, bensì «esclusivamente» personali o domestiche (v., in tal senso, sentenza dell'11 dicembre 2014, Ryneš, C-212/13, EU:C:2014:2428, punto 30).

41 I termini «personale o domestico», ai sensi di detta disposizione, si riferiscono all'attività della persona che effettua il trattamento dei dati personali e non alla persona i cui dati sono trattati (v., in tal senso, sentenza dell'11 dicembre 2014, Ryneš, C-212/13, EU:C:2014:2428, punti 31 e 33).

42 Come ha dichiarato la Corte, l'articolo 3, paragrafo 2, secondo trattino, della direttiva 95/46 dev'essere interpretato nel senso che comprende unicamente le attività che rientrano nell'ambito della vita privata o familiare dei singoli. A tale riguardo, un'attività non può essere considerata a carattere esclusivamente personale o domestico, ai sensi di tale disposizione, se il suo scopo è quello di rendere i dati personali accessibili a un numero indefinito di persone, ovvero se tale attività si estende, anche se solo parzialmente, allo spazio pubblico, e pertanto è diretta verso l'esterno della sfera privata della persona che procede al trattamento dei dati (v., in tal senso, sentenze del 6 novembre 2003, Lindqvist, C-101/01, EU:C:2003:596, punto 47; del 16 dicembre 2008, Satakunnan Markkinapörssi e Satamedia, C-73/07, EU:C:2008:727, punto 44, nonché dell'11 dicembre 2014, Ryneš, C-212/13, EU:C:2014:2428, punti 31 e 33).

43 Dal momento che risulta che i trattamenti di dati personali controversi nel procedimento principale sono effettuati nell'ambito dell'esercizio dell'attività di predicazione porta a porta dei membri della comunità dei testimoni di Geova, occorre determinare se tale attività abbia carattere esclusivamente personale o domestico ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 2, secondo trattino, della direttiva 95/46.

44 A tale riguardo dalla decisione di rinvio risulta che l'attività di predicazione porta a porta, nel cui ambito i membri della comunità dei testimoni di Geova raccolgono dati personali, ha, per sua stessa natura, la finalità di diffondere il credo della comunità dei testimoni di Geova presso persone che, come ha rilevato in sostanza l'avvocato generale al paragrafo 40 delle sue conclusioni, non appartengono al nucleo familiare dei membri predicatori. Tale attività è diretta quindi verso l'esterno della sfera privata dei membri predicatori.

45 Inoltre, risulta altresì dalla decisione di rinvio che alcuni dei dati raccolti dai membri predicatori di tale comunità sono da loro trasmessi alle congregazioni di tale comunità, le quali conservano elenchi, compilati in base a questi dati, di persone che non desiderano più ricevere visite da parte di detti membri. Nell'ambito della loro attività di predicazione, questi ultimi pertanto rendono, quanto meno alcuni dei dati rilevati, accessibili a un numero potenzialmente illimitato di persone.

46 Quanto alla questione se la circostanza che il trattamento di dati personali avviene nell'ambito di un'attività relativa a una pratica religiosa possa conferire un carattere esclusivamente personale o domestico all'attività di predicazione porta a porta, occorre ricordare che il diritto alla libertà di coscienza e di religione sancito all'articolo 10, paragrafo 1, della Carta, implica, in particolare, la libertà di ciascuno di manifestare la propria religione o la propria convinzione individualmente o collettivamente, in pubblico o in privato, mediante il culto, l'insegnamento, le pratiche e l'osservanza dei riti.



47 La Carta attribuisce un'ampia portata alla nozione di «religione» contenuta in tale disposizione, che può comprendere sia il forum internum, ossia il fatto di avere convinzioni, sia il forum externum, ossia la manifestazione pubblica della fede religiosa (sentenza del 29 maggio 2018, *Liga van Moskeeën en Islamitische Organisaties Provincie Antwerpen e a.*, C-426/16, EU:C:2018:335, punto 44 e giurisprudenza citata).

48 Inoltre, la libertà di manifestare la propria religione individualmente o collettivamente, in pubblico o in privato, che può assumere diverse forme quali, ad esempio, l'insegnamento, le pratiche e l'osservanza dei riti, include anche il diritto di cercare di convincere altre persone, ad esempio mediante una predicazione (Corte EDU, 25 maggio 1993, *Kokkinakis c. Grecia*, CE:ECHR:1993:0525JUD001430788, § 31, e Corte EDU, 8 novembre 2007, *Perry c. Lettonia*, CE:ECHR:2007:1108JUD003027303, § 52).

49 Tuttavia, anche se l'attività di predicazione porta a porta dei membri di una comunità religiosa è tutelata dall'articolo 10, paragrafo 1, della Carta, in quanto espressione della fede del o dei predicatori, tale circostanza non ha l'effetto di conferire alla suddetta attività un carattere esclusivamente personale o domestico ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 2, secondo trattino, della direttiva 95/46.

50 Infatti, l'attività di predicazione va oltre, tenuto conto di quanto esposto ai punti 44 e 45 della presente sentenza, la sfera privata di un membro predicatore di una comunità religiosa.

51 Tenuto conto delle considerazioni che precedono, si deve rispondere alla prima questione dichiarando che l'articolo 3, paragrafo 2, della direttiva 95/46, letto alla luce dell'articolo 10, paragrafo 1, della Carta, dev'essere interpretato nel senso che la raccolta di dati personali da parte dei membri di una comunità religiosa nell'ambito di un'attività di predicazione porta a porta e i trattamenti successivi di tali dati non costituiscono né trattamenti di dati personali effettuati per l'esercizio di attività di cui all'articolo 3, paragrafo 2, primo trattino, di tale direttiva, né trattamenti di dati personali effettuati da persone fisiche per l'esercizio di attività a carattere esclusivamente personale o domestico, ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 2, secondo trattino, di detta direttiva.

#### *Sulla seconda questione*

52 Con la sua seconda questione, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'articolo 2, lettera c), della direttiva 95/46 debba essere interpretato nel senso che la nozione di «archivio» figurante in tale disposizione comprende un insieme di dati personali raccolti nell'ambito di un'attività di predicazione porta a porta, con nomi, indirizzi e altre informazioni riguardanti le persone contattate porta a porta, allorché questi dati possono, in pratica, essere reperibili agevolmente ai fini di un utilizzo successivo, o se il suddetto insieme di dati, per rientrare in tale nozione, debba comprendere schedari, elenchi specifici o altri sistemi di ricerca.

53 Come risulta dall'articolo 3, paragrafo 1, e dai considerando 15 e 27 della direttiva 95/46, quest'ultima riguarda sia il trattamento automatizzato dei dati personali sia il trattamento manuale di tali dati, al fine di non far dipendere la tutela che essa attribuisce alle persone i cui dati sono oggetto di trattamento dalle tecniche impiegate e di evitare il rischio di elusione di tale tutela. Tuttavia, ne consegue altresì che tale direttiva si applica ai trattamenti



manuali di dati personali solo se i dati trattati sono contenuti o destinati a figurare in un archivio.

54 Nel caso di specie, dal momento che i trattamenti di dati personali controversi nel procedimento principale sono effettuati in modo non automatizzato, la questione che si pone è se i dati trattati in tal modo siano contenuti o destinati a figurare in un archivio, ai sensi dell'articolo 2, lettera c), e dell'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 95/46.

55 Al riguardo, dall'articolo 2, lettera c), della direttiva 95/46 risulta che la nozione di «archivio» comprende «qualsiasi insieme strutturato di dati personali accessibili, secondo criteri determinati, indipendentemente dal fatto che tale insieme sia centralizzato, decentralizzato o ripartito in modo funzionale o geografico».

56 Conformemente all'obiettivo ricordato al punto 53 della presente sentenza, tale disposizione definisce estensivamente la nozione di «archivio», in particolare indicando «qualsiasi» insieme strutturato di dati personali.

57 Come risulta dai considerando 15 e 27 della direttiva 95/46, il contenuto di un archivio deve essere strutturato in modo da consentire un facile accesso ai dati personali. Inoltre, sebbene l'articolo 2, lettera c), di tale direttiva non precisi i criteri secondo i quali tale archivio dev'essere strutturato, da questi stessi considerando risulta che tali criteri devono essere «relativi alle persone». Risulta pertanto che il requisito secondo cui l'insieme di dati personali deve avere un carattere «strutturato secondo criteri specifici» mira unicamente a consentire che i dati relativi a una persona possano essere individuati facilmente.

58 A parte tale requisito, l'articolo 2, lettera c), della direttiva 95/46 non prescrive né le modalità secondo le quali un archivio deve essere strutturato né la forma che deve presentare. In particolare, non risulta da tale disposizione né da nessun'altra disposizione di tale direttiva, che i dati personali in questione dovrebbero figurare in schede o elenchi specifici o in un altro sistema di ricerca, al fine di poter accertare l'esistenza di un archivio ai sensi di detta direttiva.

59 Nel caso di specie, dalle constatazioni del giudice del rinvio risulta che, nell'ambito dell'attività di predicazione porta a porta in questione nel procedimento principale, i dati vengono raccolti a titolo di promemoria, sulla base di una ripartizione per area geografica, per agevolare l'organizzazione di visite successive a persone già contattate porta a porta. Essi comprendono non solo informazioni sul contenuto delle conversazioni riguardanti le convinzioni personali della persona visitata, ma anche il nome e l'indirizzo. Inoltre, tali informazioni, almeno alcune di esse, sono utilizzate per elaborare elenchi gestiti dalle congregazioni della comunità dei testimoni di Geova, riguardanti le persone che non desiderano più ricevere visite da parte di predicatori membri di tale comunità.

60 Risulta inoltre che i dati personali raccolti nell'ambito dell'attività di predicazione porta a porta di cui al procedimento principale sono strutturati secondo criteri in funzione dell'obiettivo perseguito da tale raccolta, che è quello di preparare visite successive e gestire gli elenchi di persone che non desiderano più ricevere visite. Come risulta dalla decisione di rinvio, tali criteri, tra cui figurano in particolare il nome e l'indirizzo delle persone contattate porta a porta, le loro convinzioni o il loro desiderio di non ricevere più visite, sono indi-



viduati in modo che possano consentire di recuperare facilmente i dati relativi a determinate persone.

61 Al riguardo, la questione di sapere secondo quale preciso criterio e in che modo esattamente l'insieme dei dati personali raccolti da ciascuno dei membri predicatori sia effettivamente strutturato è irrilevante, nei limiti in cui tale insieme consenta di reperire facilmente i dati relativi a una determinata persona contattata porta a porta, fatto che spetta tuttavia al giudice del rinvio verificare, alla luce del complesso delle circostanze del procedimento principale.

62 Occorre quindi rispondere alla seconda questione dichiarando che l'articolo 2, lettera c), della direttiva 95/46 deve essere interpretato nel senso che la nozione di «archivio», di cui a tale disposizione, include l'insieme di dati personali raccolti nell'ambito di un'attività di predicazione porta a porta, contenente nomi, indirizzi e altre informazioni riguardanti le persone contattate porta a porta, allorché tali dati sono strutturati secondo criteri specifici che consentono, in pratica, di recuperarli facilmente per un successivo impiego. Affinché il suddetto insieme rientri in tale nozione, non è necessario che esso comprenda schedari, elenchi specifici o altri sistemi di ricerca.

*Sulle questioni terza e quarta*

63 Con le sue questioni terza e quarta, che occorre esaminare congiuntamente, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'articolo 2, lettera d), della direttiva 95/46, letto alla luce dell'articolo 10, paragrafo 1, della Carta, debba essere interpretato nel senso che esso consente di considerare una comunità religiosa quale responsabile, congiuntamente con i suoi membri predicatori, dei trattamenti di dati personali effettuati da questi ultimi nell'ambito di un'attività di predicazione porta a porta organizzata, coordinata e sostenuta da tale comunità, e se a tal fine sia necessario che detta comunità abbia accesso a tali dati o si dimostri che essa ha fornito ai propri membri istruzioni scritte o incarichi relativamente a tali trattamenti.

64 Nel caso di specie, la commissione per la protezione dei dati, nella decisione di cui trattasi nel procedimento principale, ha considerato la comunità dei testimoni di Geova responsabile, congiuntamente con i suoi membri predicatori, dei trattamenti di dati personali effettuati da questi ultimi nell'ambito dell'attività di predicazione porta a porta. Nella misura in cui solo la responsabilità di tale comunità è contestata, quella dei predicatori non risulta rimessa in discussione.

65 Come prevede espressamente l'articolo 2, lettera d), della direttiva 95/46, la nozione di «responsabile del trattamento» si riferisce alla persona fisica o giuridica che «da sol[a] o insieme ad altri» determina le finalità e gli strumenti del trattamento di dati personali. Tale nozione non rinvia, pertanto, necessariamente a una persona fisica o giuridica unica e può riguardare più soggetti che partecipano al trattamento, ognuno dei quali deve essere pertanto assoggettato alle disposizioni applicabili in materia di protezione dei dati (v., in tal senso, sentenza del 5 giugno 2018, *Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein*, C-210/16, EU:C:2018:388, punto 29).

66 L'obiettivo di tale disposizione è di garantire, mediante un'ampia definizione della nozione di «responsabile», una tutela efficace e completa delle persone interessate, pertanto



l'esistenza di una responsabilità congiunta non implica necessariamente una responsabilità equivalente, per un medesimo trattamento di dati personali, dei diversi soggetti che vi partecipano. Al contrario, tali soggetti possono essere coinvolti in fasi diverse di tale trattamento e a diversi livelli, di modo che il grado di responsabilità di ciascuno di essi deve essere valutato tenendo conto di tutte le circostanze rilevanti del caso di specie (v., in questo senso, sentenza del 5 giugno 2018, *Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein*, C-210/16, EU:C:2018:388, punti 28, 43 e 44).

67 A tal riguardo, né il tenore letterale dell'articolo 2, lettera d), della direttiva 95/46 né altre disposizioni di tale direttiva consentono di ritenere che la determinazione delle finalità e dei mezzi del trattamento debba essere effettuata mediante istruzioni scritte o incarichi da parte del responsabile del trattamento.

68 Può essere invece considerata responsabile del trattamento, ai sensi dell'articolo 2, lettera d), della direttiva 95/46, una persona fisica o giuridica che, a scopi che le sono propri, influisca sul trattamento di dati personali e partecipi pertanto alla determinazione delle finalità e dei mezzi di tale trattamento.

69 Inoltre, la responsabilità congiunta di vari soggetti per un medesimo trattamento, ai sensi di tale disposizione, non presuppone che ciascuno di essi abbia accesso ai dati personali in questione (v., in tal senso, sentenza del 5 giugno 2018, *Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein*, C-210/16, EU:C:2018:388, punto 38).

70 Nel caso di specie, come risulta dalla decisione di rinvio, spetta certamente ai membri predicatori della comunità dei testimoni di Geova valutare in quali circostanze concrete essi raccolgono dati personali relativi alle persone contattate porta a porta, quali precisi dati sono oggetto di tale raccolta e in che modo essi procedono al loro ulteriore trattamento. Tuttavia, come ricordato ai punti 43 e 44 della presente sentenza, la raccolta dei dati personali avviene nell'ambito dell'esercizio dell'attività di predicazione porta a porta, con la quale i membri predicatori della comunità dei testimoni di Geova diffondono il credo della loro comunità. Tale attività di predicazione costituisce, come risulta dalla decisione di rinvio, una forma di azione essenziale di tale comunità, azione che è organizzata, coordinata e sostenuta dalla comunità stessa. In questo contesto, i dati sono raccolti a titolo di promemoria ai fini di un utilizzo e di una eventuale nuova visita successivi. Infine, le congregazioni della comunità dei testimoni di Geova tengono elenchi di persone che non desiderano più ricevere la visita di tali membri, redatti a partire dai dati trasmessi loro dai membri predicatori.

71 Risulta quindi che la raccolta di dati personali relativi alle persone contattate porta a porta e il loro trattamento ulteriore sono strumentali al perseguimento dell'obiettivo della comunità dei testimoni di Geova consistente nel diffondere il credo di quest'ultima e sono perciò, effettuati dai suoi membri predicatori a fini propri di detta comunità. Inoltre, non solo la comunità dei testimoni di Geova ha, in generale, conoscenza del fatto che tali trattamenti hanno luogo ai fini della diffusione del proprio credo, ma essa organizza e coordina l'attività di predicazione dei suoi membri, in particolare ripartendo i settori di attività dei diversi predicatori.



72 Tali circostanze consentono di ritenere che la comunità dei testimoni di Geova incoraggi i suoi membri predicatori a procedere, nell'ambito della loro attività di predicazione, a trattamenti di dati personali.

73 Dal fascicolo sottoposto alla Corte risulta pertanto che la comunità dei testimoni di Geova, organizzando, coordinando e promuovendo l'attività di predicazione dei suoi membri volta alla diffusione del suo credo, partecipa, insieme ai suoi membri predicatori, a determinare le finalità e i mezzi dei trattamenti di dati personali delle persone che sono contattate porta a porta, circostanza che spetta tuttavia al giudice del rinvio valutare alla luce di tutte le circostanze del caso di specie.

74 Tale constatazione non può essere rimessa in discussione dal principio dell'autonomia organizzativa delle comunità religiose, derivante dall'articolo 17 TFUE. Infatti, l'obbligo di ogni persona di conformarsi alle norme del diritto dell'Unione relative alla protezione dei dati personali non può essere ritenuta un'ingerenza nell'autonomia organizzativa di dette comunità (v., per analogia, sentenza del 17 aprile 2018, Egenberger, C-414/16, EU:C:2018:257, punto 58).

75 Tenuto conto delle considerazioni che precedono, si deve rispondere alle questioni terza e quarta, dichiarando che l'articolo 2, lettera d), della direttiva 95/46, letto alla luce dell'articolo 10, paragrafo 1, della Carta, dev'essere interpretato nel senso che esso consente di considerare una comunità religiosa, congiuntamente ai suoi membri predicatori, quale responsabile dei trattamenti di dati personali effettuati da questi ultimi nell'ambito di un'attività di predicazione porta a porta organizzata, coordinata e incoraggiata da tale comunità, senza che sia necessario che detta comunità abbia accesso a tali dati o che si debba dimostrare che essa ha fornito ai propri membri istruzioni scritte o incarichi relativamente a tali trattamenti.

#### **Sulle spese**

76 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 3, paragrafo 2, della direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 ottobre 1995, relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati, letto alla luce dell'articolo 10, paragrafo 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, deve essere interpretato nel senso che la raccolta di dati personali da parte dei membri di una comunità religiosa nell'ambito di un'attività di predicazione porta a porta e i trattamenti successivi di tali dati non costituiscono né trattamenti di dati personali effettuati per l'esercizio di attività di cui all'articolo 3, paragrafo 2, primo trattino, di tale direttiva, né trattamenti di dati personali effettuati da persone fisiche per l'esercizio di attività a carattere esclusivamente personale o domestico, ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 2, secondo trattino, di detta direttiva.**



2) L'articolo 2, lettera c), della direttiva 95/46 deve essere interpretato nel senso che la nozione di «archivio», di cui a tale disposizione, include l'insieme di dati personali raccolti nell'ambito di un'attività di predicazione porta a porta, contenente nomi, indirizzi e altre informazioni riguardanti le persone contattate porta a porta, allorché tali dati sono strutturati secondo criteri specifici che consentono, in pratica, di recuperarli facilmente per un successivo impiego. Affinché il suddetto insieme rientri in tale nozione, non è necessario che esso comprenda schedari, elenchi specifici o altri sistemi di ricerca.

3) L'articolo 2, lettera d), della direttiva 95/46, letto alla luce dell'articolo 10, paragrafo 1, della Carta dei diritti fondamentali, dev'essere interpretato nel senso che esso consente di considerare una comunità religiosa, congiuntamente ai suoi membri predicatori, quale responsabile dei trattamenti di dati personali effettuati da questi ultimi nell'ambito di un'attività di predicazione porta a porta organizzata, coordinata e incoraggiata da tale comunità, senza che sia necessario che detta comunità abbia accesso a tali dati o che si debba dimostrare che essa ha fornito ai propri membri istruzioni scritte o incarichi relativamente a tali trattamenti.



Corte di Cassazione Sezioni Unite, sentenza dell'11 luglio 2018, n. 18287

**Matrimonio - Scioglimento - Divorzio - Obblighi - Verso l'altro coniuge - Assegno - In genere natura perequativo-compensativa - Conseguenze - Quantificazione - Autosufficienza economica in astratto - Inadeguatezza**

REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO  
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE  
SEZIONI UNITE CIVILI

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:  
Dott. MAMMONE Giovanni - Primo Presidente -  
Dott. SCHIRO' Stefano - Presidente di Sezione -  
Dott. CRISTIANO Magda - Presidente di Sezione -  
Dott. VIRGILIO Biagio - Presidente di Sezione -  
Dott. SCALDAFERRI Andrea - Consigliere -  
Dott. FRASCA Raffaele - Consigliere -  
Dott. ACIERNO Maria - rel. Consigliere -  
Dott. GIUSTI Alberto - Consigliere -  
Dott. CIRILLO Francesco Maria - Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

SENTENZA

sul ricorso 23138-2017 proposto da:

C.L., elettivamente domiciliata in ROMA, VIA XX SETTEMBRE 3, presso lo studio dell'avvocato BRUNO NICOLA SASSANI, che la rappresenta e difende unitamente agli avvocati MARGHERITA BARIE' e FRANCESCA BALDI;  
- ricorrente -

C.O., elettivamente domiciliato in ROMA, VIA QUINTINO SELLA 41, presso lo studio dell'avvocato CAMILLA BOVELACCI, rappresentato e difeso dall'avvocato BRUNELLA BERTANI;  
- controricorrente -

avverso la sentenza n. 1429/2017 della CORTE D'APPELLO di BOLOGNA, depositata il 15/06/2017.



Udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 10/04/2018 dal Consigliere dott.ssa MARIA ACIERNO;

udito il Pubblico Ministero, in persona dell'Avvocato Generale Dott. MATERA MARCELLO, che ha concluso per l'accoglimento, p.q.r., del primo motivo del ricorso, assorbito il secondo motivo;

uditi gli avvocati Bruno Nicola Sassani, Margherita Bariè e Brunella Bertani.

### Svolgimento del processo

1. Il matrimonio concordatario tra le parti è stato celebrato nel (OMISSIS). La separazione personale consensuale reca la data del (OMISSIS). Le parti, in questa sede, hanno raggiunto un accordo fondato sul riequilibrio dei loro patrimonio che non prevedeva la corresponsione di alcun assegno da parte di un coniuge il favore dell'altro.

2. La cessazione degli effetti civili del matrimonio è stata pronunciata con sentenza parziale del Tribunale di Reggio Emilia il (OMISSIS). Con sentenza definitiva il Tribunale ha posto a carico dell'ex marito la somma di Euro 4000,00 mensili a titolo di assegno divorzile in favore della ex moglie.

3. La Corte d'Appello, in riforma della sentenza impugnata, ha negato il diritto della ex moglie al riconoscimento di un assegno di divorzio condannandola alla ripetizione delle somme ricevute a tale titolo specifico.

3.1. A sostegno della decisione assunta, la Corte ha applicato l'orientamento espresso nella pronuncia di questa Corte n. 11504 del 2017 secondo il quale il fondamento dell'attribuzione dell'assegno divorzile è la mancanza di autosufficienza economica dell'avente diritto. Nel merito ha escluso che la parte appellata fosse in tale condizione, in quanto titolare e percettrice di uno stipendio decisamente superiore alla media nonché di un patrimonio mobiliare ed immobiliare molto cospicuo. Ha, pertanto, precisato che l'attribuzione dell'assegno di divorzio si era fondata sull'orientamento, superato da quello più recente cui era stata prestata adesione, fondato sul criterio del tenore di vita, peraltro potenziale, goduto dal richiedente, nel corso dell'unione coniugale, da valutarsi alla stregua delle capacità patrimoniali ed economiche delle parti. Nella specie pur essendovi un'evidente sperequazione delle predette capacità economiche e patrimoniali in favore dell'ex marito, l'agiatezza della ex moglie aveva condotto ad escludere la ricorrenza dei requisiti attributivi dell'assegno, dovendosene escludere il difetto di autosufficienza economica.

4. Avverso tale pronuncia ha proposto ricorso per cassazione C.L., con richiesta, accolta con provvedimento del 30 ottobre 2017, di rimessione del ricorso alle Sezioni Unite. Ha resistito con controricorso C.O.. La parte ricorrente ha depositato memoria.

### Motivi della decisione



5. Nel primo motivo di ricorso viene dedotta la violazione della L. n. 898 del 1970, art. 5 e successive modificazioni per le seguenti ragioni:

5.1 il criterio dell'indipendenza od autosufficienza economica non trova alcun riscontro nel testo della norma che detta i criteri per l'attribuzione e determinazione dell'assegno di divorzio. Inoltre, non risulta chiaro quali siano i parametri al quale ancorarlo tra le diverse alternative proponibili, ovvero l'indice medio delle retribuzioni degli operai ed impiegati; la pensione sociale; un reddito medio rapportato alla classe economico sociale di appartenenza dei coniugi e alle possibilità dell'obbligato. Nell'ultima ipotesi, peraltro, il tenore di vita verrebbe ripreso in considerazione perchè i mezzi adeguati non potrebbero che essere rapportati alla condizione sociale ed economica delle parti in causa e ai loro redditi;

5.2 la lettura logico sistematica della L. n. 898 del 1970, art. 5, comma 6 e successive modificazioni conduce al ripristino del criterio del tenore di vita, tenuto conto che l'art. 5, al comma 9 prevede espressamente la possibilità per il Tribunale, in caso di contestazioni, di disporre indagini sull'effettivo tenore di vita. La stessa Corte Costituzionale con la sentenza n. 11 del 2015 ha ritenuto del tutto legittimo tale criterio, allora costantemente seguito dalla giurisprudenza;

5.3 l'applicazione del criterio dell'autosufficienza economica è foriero di gravi ingiustizie sostanziali, in particolare per i matrimoni di lunga durata ove il coniuge più debole che abbia rinunciato alle proprie aspettative professionali per assolvere agli impegni familiari improvvisamente deve mutare radicalmente la propria conduzione di vita;

5.4 il richiamo, contenuto nella sentenza n. 11504 del 2017, all'art. 337 septies c.c. che fissa il criterio dell'indipendenza economica ai fini del riconoscimento del diritto ad un contributo per il mantenimento dei figli maggiorenni non autosufficienti non risulta condivisibile in quanto le condizioni soggettive rispettivamente dell'ex coniuge e del figlio maggiorenne non autosufficiente non sono comparabili: il figlio maggiorenne ha il compito sociale, prima che giuridico, di mettersi nelle condizioni di essere economicamente indipendente e l'obbligo di mantenimento è definito temporalmente in funzione del raggiungimento dell'obiettivo; il coniuge, specie se non più giovane, che abbia rinunciato, per scelta condivisa anche dall'altro, ad essere economicamente indipendente o abbia ridotto le proprie aspettative professionali per l'impegno familiare si può trovare, in virtù dell'applicazione del criterio dell'indipendenza economica, in una situazione di irreversibile grave disparità. Infine, l'obbligo di mantenimento del figlio maggiorenne non autosufficiente perdura fino a quando non sia raggiunto un livello di indipendenza adeguato al percorso di studi e professionale seguito, mentre all'esito del divorzio per il coniuge che abbia le caratteristiche soggettive sopra delineate, la condizione deteriore in cui versa non ha alcuna possibilità di essere emendata, essendo fondata su una sperequazione reddituale e patrimoniale non più colmabile. Tale è la condizione della ricorrente rispetto al livello economico-patrimoniale molto più elevato dell'ex marito.

5.5 Il nuovo orientamento lede il principio della solidarietà post matrimoniale, sottolineato, invece, dal legislatore sia in ordine al diritto alla pensione di reversibilità che in relazione alla quota del trattamento di fine rapporto spettanti al titolare dell'assegno. Il criterio adottato porta ad una lettura sostanzialmente abrogativa dell'art. 5.



6. Nel secondo motivo viene dedotta la violazione dell'art. 2033 c.c. con riferimento alla condanna alla ripetizione di quanto indebitamente versato. La statuizione della sentenza d'appello non è idonea a configurare un indebito oggettivo perchè dispone per l'avvenire. Inoltre vige, nella specie, il principio dell'irripetibilità, impignorabilità e non compensabilità delle prestazioni assistenziali, del tutto disatteso nella specie.

7. L'esame della questione rimessa alle Sezioni Unite richiede l'illustrazione preliminare del quadro legislativo interno di riferimento, anche sotto il profilo diacronico, dal momento che le modifiche medio tempore intervenute hanno notevolmente influenzato gli orientamenti della giurisprudenza anche di legittimità.

8. IL QUADRO LEGISLATIVO INTERNO. 8.1. Il testo originario della L. 1 dicembre 1970, n. 898, art. 5, comma 6, e gli orientamenti giurisprudenziali relativi.

Il testo originario della L. n. 898 del 1970, art. 5, comma 6 della aveva il seguente contenuto:

Con la sentenza che pronuncia lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio, il tribunale dispone, tenuto conto delle condizioni economiche dei coniugi e delle ragioni della decisione, l'obbligo per uno dei coniugi di somministrare a favore dell'altro periodicamente un assegno in proporzione alle proprie sostanze e ai propri redditi. Nella determinazione di tale assegno il giudice tiene conto del contributo personale ed economico dato da ciascuno dei coniugi alla conduzione familiare ed alla formazione del patrimonio di entrambi. Su accordo delle parti la corresponsione può avvenire in una unica soluzione. L'obbligo di corresponsione dell'assegno cessa se il coniuge, al quale deve essere corrisposto, passa a nuove nozze.

Il coniuge, al quale non spetti l'assistenza sanitaria per nessun altro titolo, conserva il diritto nei confronti dell'ente mutualistico da cui sia assistito l'altro coniuge. Il diritto si estingue se egli passa a nuove nozze.

La lettura della norma, già nella sua formulazione originaria, poteva dare luogo ad interpretazioni diverse. Valorizzando la distinzione di significato tra l'espressione "il Tribunale dispone" con la quale si apriva l'elencazione dei criteri di cui si doveva "tenere conto" ai fini del diritto alla corresponsione dell'assegno di divorzio e l'incipit della seconda parte della norma "nella determinazione di tale assegno il giudice tiene conto" emergeva, sul piano testuale una distinzione tra criteri attributivi (le condizioni economiche dei coniugi - profilo assistenziale; le ragioni della decisione - profilo risarcitorio) e determinativi (contributo personale ed economico dato da ciascuno dei coniugi - profilo compensativo).

La dottrina prevalente e la giurisprudenza di questa Corte avevano, tuttavia, ritenuto che l'assegno di divorzio, alla luce della L. n. 898 del 1970, art. 5, comma 6 avesse una natura mista senza alcuna diversificazione e graduazione tra i criteri attributivi e determinativi.

In particolare le Sezioni Unite, poco dopo l'entrata in vigore della norma affermarono che l'assegno previsto dalla L. 1 dicembre 1970 n. 898, art. 5 aveva natura composita "in relazione ai criteri che il giudice per legge deve applicare quando è chiamato a pronunciarsi sulla richiesta di corresponsione: assistenziale in senso lato, con riferimento al criterio che fa leva sulle condizioni economiche dei coniugi; risarcitoria in senso ampio, con riguardo al criterio che concerne le ragioni della decisione; compensativa, per quanto attiene al criterio



del contributo personale ed economico dato da ciascun coniuge alla condizione della famiglia ed alla formazione del patrimonio di entrambi. Il giudice, che pur deve applicare tali criteri nei confronti di entrambi i coniugi e nella loro necessaria coesistenza, ha ampio potere discrezionale, soprattutto in ordine alla quantificazione dell'assegno (S.U. 1194 del 1974; conf. 1633 del 1975).

La coesistenza dei criteri, come espresso efficacemente nella massima, ne evidenziava la equiordinazione e costituiva una prescrizione di primario rilievo per la valutazione che doveva essere svolta dal giudice di merito al quale veniva riconosciuto un ampio potere discrezionale nella determinazione nell'ammontare dell'assegno ma non gli era consentito di considerare recessivo, in astratto ed in linea generale, un criterio rispetto ad un altro, salvo che il rilievo concreto di alcuno di essi non fosse marginale od insussistente. Nella giurisprudenza immediatamente successiva, la formulazione generale del principio venne puntualizzata in relazione a ciascun parametro. In particolare la Corte esclude che l'assegno potesse avere carattere alimentare proprio in relazione allo scioglimento definitivo del vincolo di parentela, dal momento che tale tipologia di obbligazioni postulava la permanenza del vincolo stesso e non la sua cessazione (Cass. 256 del 1975). Venne sottolineato come il fulcro dell'accertamento da svolgere, in questa prima fase storica di applicazione della L. n. 898 del 1970, art. 5, comma 6, dovesse incentrarsi sulla natura e misura dell'indebolimento della complessiva sfera economico-patrimoniale del coniuge richiedente l'assegno in relazione a tutti i fattori che possano concorrere a determinare questa sperequazione, quali l'età, la salute, l'esclusivo svolgimento di attività domestiche all'interno del nucleo familiare, il contributo fornito al consolidamento del patrimonio familiare e dell'altro coniuge etc. (Cass. 835 del 1975). Gli orientamenti furono certamente influenzati dal contesto socio economico nel quale la L. n. 898 del 1970 si è innestata, in quanto caratterizzato da un modello coniugale formato su ruoli endofamiliari distinti ed eziologicamente condizionanti la posizione economico patrimoniale di ciascuno dei coniugi dopo lo scioglimento dell'unione matrimoniale. Il rilievo paritario attribuito a tutti i parametri venne condizionato dalla vis espansiva del principio di parità ed uguaglianza tra i coniugi così come innovativamente consacrato e reso effettivo dalla riforma del diritto di famiglia.

Il criterio assistenziale, in particolare, assume, già in questa prima fase di applicazione della L. n. 898 del 1970, art. 5, comma 6, una funzione perequativa della condizione di "squilibrio ingiusto" (Cass. 660 del 1977) che può determinarsi in relazione alla situazione economico-patrimoniale degli ex coniugi, a causa dello scioglimento del vincolo, in particolare quando la disparità di condizioni si giustifica in funzione di scelte endofamiliari comuni che hanno prodotto una netta diversificazione di ruoli tra i due coniugi così da escludere o da ridurre considerevolmente l'impegno verso la costruzione di un livello reddituale individuale autonomo adeguato a quello familiare. Risultava evidente, pertanto, già negli orientamenti degli anni 70 che il profilo strettamente assistenziale si contaminava con quello compensativo, soprattutto in relazione alla durata del matrimonio, così da dar luogo all'inizio degli anni 80 a principi ancora più decisamente ispirati all'esigenza di ristabilire "un certo equilibrio nella posizione dei coniugi dopo lo scioglimento del matrimonio" (Cass. 496 del 1980) da realizzarsi assumendo il parametro relativo alle condizioni economiche dei coniugi non



come criterio esclusivo o prevalente ma come elemento di giudizio da porsi in relazione con gli altri concorrenti, in considerazione delle complessive condizioni di vita garantite nel corso dell'unione coniugale e delle aspettative che tali condizioni potevano indurre (Cass. 496 del 1980).

La funzione dell'assegno di divorzio si caratterizza, sempre più, negli anni 80, sotto il vigore del testo originario della L. n. 898 del 1970, art. 5, comma 6, come strumento perequativo della situazione di squilibrio economico patrimoniale che si sia determinata a vantaggio di un ex coniuge ed in pregiudizio dell'altro. A questo fine i tre criteri contenuti nella norma operano come "presupposti di attribuzione" (Cass. 5714 del 1988) dell'assegno stesso. All'interno di questo orientamento, la funzione dell'assegno si risolve in uno strumento volto ad intervenire su una situazione di squilibrio "ingiusto" non in senso astratto, ovvero fondato sulla mera comparazione quantitativa delle sfere economico-patrimoniali o delle capacità reddituali degli ex coniugi ma in concreto, ponendo in luce la correlazione tra la situazione economico patrimoniale fotografata al momento dello scioglimento del vincolo ed i ruoli svolti dagli ex coniugi all'interno della relazione coniugale. Al riguardo sempre più frequentemente entrava nella valutazione complessiva e paritaria dei criteri ex art. 5, comma 6 il rilievo dell'apporto personale al soddisfacimento delle esigenze domestiche di uno solo dei coniugi (Cass. 3390 del 1985) ed, in particolare, l'effetto negativo sull'acquisizione di esperienze lavorative e professionali che può determinare un impegno versato essenzialmente nell'ambito domestico e familiare (Cass. 3520 del 1983), tanto da far affermare che, anche in relazione all'età, il giudice del merito avrebbe dovuto accertare se fosse in concreto possibile per l'ex coniuge richiedente l'assegno essere competitivo sul mercato del lavoro senza dover svolgere attività lavorative troppo usuranti od inadeguate rispetto al profilo complessivo della persona, (Cass. 3520 del 1983).

Da questi orientamenti emerge l'incidenza del principio costituzionale della parità sostanziale tra i coniugi, così come declinato nell'art. 29 Cost. nella valutazione in concreto dei criteri, ed in particolare di quello assistenziale e compensativo, sempre meno scindibili nel giudizio complessivo relativo al diritto all'assegno. L'interconnessione tra i due parametri viene precisata dall'affermazione contenuta nella pronuncia n. 6719 del 1987, secondo la quale la funzione dell'assegno di divorzio non è remunerativa ma compensativa, essendo preordinata all'obiettivo del "giusto mantenimento" in relazione, non solo all'apporto del coniuge richiedente alla conduzione della vita familiare, ma anche alla formazione del patrimonio comune ed in particolare al rafforzamento della sfera economico patrimoniale dell'altro coniuge.

Deve essere sottolineato come l'applicazione equilibrata dei tre criteri, assistenziale, compensativo e risarcitorio, sia stata ritenuta adeguata alla varietà delle situazioni concrete ed idonea a far emergere l'effettiva situazione di squilibrio (od equilibrio) conseguente alle scelte ed all'andamento effettivo della vita familiare, tenuto conto delle condizioni economico-patrimoniali degli ex coniugi e delle cause, con particolare riferimento a quelle maturate in corso di matrimonio, che hanno concorso a determinarle.

I principi giurisprudenziali illustrati, tuttavia, furono sottoposti a revisione critica dalla dottrina, in particolare per l'eccessiva discrezionalità rimessa ai giudici di merito che l'equiordi-



nazione dei criteri aveva determinato. Si lamentava l'assenza di un fondamento unitario e coerente nella composizione mista dei parametri di attribuzione e determinazione dell'assegno di divorzio. Si sottolineava come l'an ed il quantum dell'assegno fossero stati tendenzialmente stabiliti del tutto discrezionalmente e l'applicazione dei criteri, proprio in quanto composita, fosse stata utilizzata per giustificare ex post la decisione, invece che dettarne le coordinate. Inoltre, vennero poste in luce le profonde mutazioni nella società civile, l'affermazione del principio di autoresponsabilità ed autodeterminazione, da ritenere determinanti anche nelle scelte relazionali, oltre che l'evoluzione del ruolo femminile all'interno della famiglia e nella società. Si gettavano le basi, pur sottolineandosi la funzione complessivamente perequativa dell'assegno di divorzio, per la riforma della norma.

8.2. L'intervento della L. 6 marzo 1987 e la modifica della L. n. 898 del 1970, art. 5, comma 6; l'interpretazione del nuovo testo nella giurisprudenza di legittimità.

In questo rinnovato contesto, è stato modificato l'art. 5, comma 6 dalla L. n. 74 del 1987, art. 10 nel modo che segue:

"Con la sentenza che pronuncia lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio, il tribunale, tenuto conto delle condizioni dei coniugi, delle ragioni della decisione, del contributo personale ed economico dato da ciascuno alla conduzione familiare ed alla formazione del patrimonio di ciascuno o di quello comune, del reddito di entrambi, e valutati tutti i suddetti elementi anche in rapporto alla durata del matrimonio, dispone l'obbligo per un coniuge di somministrare periodicamente a favore dell'altro un assegno quando quest'ultimo non ha mezzi adeguati o comunque non può procurarseli per ragioni oggettive. La sentenza deve stabilire anche un criterio di adeguamento automatico dell'assegno, almeno con riferimento agli indici di svalutazione monetaria. Il tribunale può, in caso di palese iniquità, escludere la previsione con motivata decisione. Su accordo delle parti la corresponsione può avvenire in unica soluzione ove questa sia ritenuta equa dal tribunale. In tal caso non può essere proposta alcuna successiva domanda di contenuto economico.

I coniugi devono presentare all'udienza di comparizione avanti al presidente del tribunale la dichiarazione personale dei redditi e ogni documentazione relativa ai loro redditi e al loro patrimonio personale e comune. In caso di contestazioni il tribunale dispone indagini sui redditi, sui patrimoni e sull'effettivo tenore di vita, valendosi, se del caso, anche della polizia tributaria)). L'obbligo di corresponsione dell'assegno cessa se il coniuge, al quale deve essere corrisposto, passa a nuove nozze.

Il coniuge, al quale non spetti l'assistenza sanitaria per nessun altro titolo, conserva il diritto nei confronti dell'ente mutualistico da cui sia assistito l'altro coniuge. Il diritto si estingue se egli passa a nuove nozze.

Il confronto testuale con la formulazione originaria della norma pone immediatamente in luce alcune differenze:

a) il rilievo dell'indagine comparativa dei redditi e dei patrimoni degli ex coniugi, fondato sull'obbligo di deposito dei documenti fiscali delle parti e sull'attribuzione di poteri istruttori officiosi al giudice in precedenza non esistenti in funzione dell'effettivo accertamento delle condizioni economico patrimoniali delle parti, nella fase conclusiva della relazione matrimoniale;



b) l'accorpamento di tutti gli indicatori che compongono rispettivamente il criterio assistenziale ("le condizioni dei coniugi" ed "il reddito di entrambi"), quello compensativo ("il contributo personale ed economico dato da ciascuno alla conduzione familiare ed alla formazione del patrimonio di ciascuno o di quello comune") e quello risarcitorio ("le ragioni della decisione") nella prima parte della norma, come fattori di cui si deve "tenere conto" nel disporre sull'assegno di divorzio;

c) la condizione (che costituisce l'innovazione più significativa, perchè assente nella precedente formulazione della norma) dell'insussistenza di mezzi adeguati e dell'impossibilità di procurarli per ragioni obiettive, in capo all'ex coniuge che richiama l'assegno.

La rigida bipartizione tra criteri attributivi e determinativi, sorta per delineare più specificamente e rigorosamente i parametri sulla base dei quali disporre l'an ed il quantum dell'assegno di divorzio, e la ricerca del parametro dell'adeguatezza/inadeguatezza dei mezzi al di fuori degli indicatori contenuti nell'art. 5, comma 6, novellato, raggruppati nella prima parte della stessa, non costituisce una conseguenza necessaria della nuova formulazione della norma. In primo luogo, come nella versione originaria, il legislatore impone di "tenere conto" dei fattori che compongono i tre criteri, fornendone, rispetto alla formulazione antecedente un'elencazione completa. In secondo luogo nella norma s'introducono, al fine di sottolineare il rilievo indefettibile dell'indagine, poteri istruttori officiosi in capo al giudice del merito in ordine all'accertamento delle condizioni economico-patrimoniali di entrambe le parti, tanto da imporre l'obbligo di produrre la documentazione fiscale fin dagli atti introduttivi del giudizio. Proprio in virtù delle due nuove caratteristiche di questa fase istruttoria (previsione ex lege di produzione della documentazione fiscale e poteri officiosi d'indagine), deve ritenersi che essa costituisca, per tutte le controversie nelle quali si discute dell'assegno di divorzio, un accertamento ineludibile rivolto ad entrambe le parti, con la conseguenza che la conoscenza comparativa di tali condizioni costituisce, secondo quanto risulta dall'esame testuale della norma, pregiudiziale a qualsiasi successiva indagine sui presupposti dell'assegno. In terzo luogo, il dato testuale dal quale è scaturita l'opzione interpretativa della netta bipartizione tra an e quantum e della individuazione del parametro dell'adeguatezza dei mezzi al di fuori degli indicatori contenuti nella norma, non presenta l'univocità che gli orientamenti, ancorchè contrapposti, in ordine al metro di valutazione dell'adeguatezza dei mezzi, hanno voluto ravvisarvi. La norma stabilisce, nell'ultima parte del primo periodo, che l'obbligo per un coniuge di "somministrare periodicamente a favore dell'altro un assegno (di divorzio n.d.r.)" sorge quando il richiedente non ha mezzi adeguati e non può procurarseli per ragioni oggettive, ma il periodo si apre con la prescrizione espressa e completa dei criteri di cui il giudice deve tenere conto, valutandone il peso in relazione alla durata del matrimonio quando dispone sull'assegno di divorzio.

Al fine di comprendere le ragioni dell'affermazione dell'opzione ermeneutica che ha dato luogo al contrasto di orientamenti su cui si fonda l'intervento delle S.U., deve rilevarsi che il dibattito che ha accompagnato la nascita della novella legislativa, si era incentrato su una netta contrapposizione di posizioni. Da un lato si sosteneva la necessità di ancorare il diritto all'assegno di divorzio esclusivamente all'accertamento di una condizione di non autosufficienza economica, variamente declinata come autonomia od indipendenza economica, od



anche capacità idonea a consentire un livello di vita dignitoso, dall'altro si poneva in luce come la comparazione delle condizioni economico-patrimoniali delle parti non potesse dirsi esclusa dall'accertamento rimesso al giudice di merito, essendo una delle novità introdotte dalla novella proprio l'attribuzione di poteri istruttori officiosi all'organo giudicante, oltre al rilievo, del tutto attuale, della sostanziale marginalizzazione degli indici contenuti nella prima parte della norma, ove l'accertamento fosse esclusivamente incentrato sulla condizione economico patrimoniale del creditore. Le S.U. con la sentenza n.11490 del 1990 hanno ritenuto centrali questi ultimi profili, dando vita ad un orientamento, rimasto fermo per un trentennio, fino al mutamento determinato dalla sentenza n. 11504 del 2017. Nella sentenza del 1990 hanno affermato che l'assegno ha carattere esclusivamente assistenziale dal momento che il presupposto per la sua concessione deve essere rinvenuto nell'inadeguatezza dei mezzi del coniuge istante, da intendersi come insufficienza degli stessi, comprensivi di redditi, cespiti patrimoniali ed altre utilità di cui possa disporre, a conservargli un tenore di vita analogo a quello avuto in costanza di matrimonio. E' stato però chiarito che non è necessario l'accertamento di uno stato di bisogno, assumendo rilievo, invece, l'apprezzabile deterioramento, in dipendenza del divorzio, delle precedenti condizioni economiche, le quali devono essere tendenzialmente ripristinate, per ristabilire un certo equilibrio. I criteri indicati nella prima parte della norma hanno funzione esclusivamente determinativa dell'assegno, da attribuirsi, tuttavia, sulla base dell'esclusivo parametro dell'inadeguatezza dei mezzi. Ove sussista tale presupposto, la liquidazione in concreto deve essere effettuata in base alla valutazione ponderata e bilaterale dei criteri enunciati dalla legge (condizioni dei coniugi, ragioni della decisione, contributo personale ed economico dato da ciascuno alla conduzione familiare ed alla formazione del patrimonio di ciascuno o di quello comune, reddito di entrambi, durata del matrimonio), con riguardo al momento della pronuncia di divorzio.

A questo consolidato orientamento si è di recente contrapposto quello affermato dalla sentenza n. 11504 del 2017 che, pur condividendo la premessa sistematica relativa alla rigida distinzione tra criterio attributivo e determinativo, ha individuato come parametro dell'inadeguatezza dei mezzi del coniuge istante, la non autosufficienza economica dello stesso ed ha stabilito che solo all'esito del positivo accertamento di tale presupposto possano essere esaminati in funzione ampliativa del quantum i criteri determinativi dell'assegno indicati nella prima parte della norma.

Entrambe le sentenze si sono richiamate ai lavori preparatori della nuova legge. In particolare, la recente sentenza n. 11504 del 2017 ha valorizzato un passaggio contenuto nella relazione accompagnatoria della novella, dal quale poteva desumersi che l'intentio legis fosse quella di limitare l'accertamento sull'an debeatur alle condizioni economico-patrimoniali del creditore-richiedente l'assegno, ma si deve obiettare a questa argomentazione, per un verso, l'intrinseca ambiguità dell'intentio legis e dall'altro che il testo della norma, come ricordato nella sentenza delle S.U. n. 11490 del 1990, ha subito un significativo mutamento rispetto a quello predisposto dalla Commissione Giustizia del Senato, nel quale l'adeguatezza dei mezzi era correlata al conseguimento di un dignitoso mantenimento, disancorato da quello goduto in costanza di matrimonio.



8.2.1. L'interpretazione dell'art. 5, comma 6, novellato, nella giurisprudenza di legittimità. La lettura del nuovo testo della L. n. 898 del 1970, art. 5, comma 6, non offre indicazioni applicative univoche, in ordine all'esatta determinazione del sintagma "mezzi adeguati" non essendo espressamente precisato quale sia il parametro di riferimento cui ancorare il giudizio di adeguatezza.

Questa indeterminatezza ha dato luogo a due orientamenti contrapposti, ancorchè entrambi fondati sull'esigenza di limitare la discrezionalità dei giudici di merito, ai quali era lasciata la comparazione, la selezione e, in concreto la graduazione della rilevanza dei tre criteri (assistenziale, compensativo e risarcitorio) contenuti nella norma. In particolare, sia l'orientamento della sentenza n. 1652 del 1990, che legava l'adeguatezza dei mezzi al conseguimento di un'esistenza libera e dignitosa, intesa come autonomia ed indipendenza economica da valutarsi prescindendo dalle condizioni di vita matrimoniale e senza un accertamento comparativo della situazione economico-patrimoniale delle parti al momento dello scioglimento del vincolo, sia l'orientamento opposto (Cass. 1322 del 1989 e 2799 del 1990) fatto proprio dalla sentenza delle S.U. 11540 del 1990, secondo il quale l'inadeguatezza dei mezzi deve riconoscersi quando il richiedente non abbia mezzi adeguati per conseguire un tenore di vita analogo a quello goduto in costanza di rapporto coniugale, partono da un postulato ermeneutico comune dell'art. 5, comma 6 novellato. Entrambi gli orientamenti, forti anche di sostegno dottrinale, ritengono che la norma imponga una distinzione tra il criterio attributivo dell'assegno, di natura assistenziale, e gli altri, meramente determinativi. Il legislatore, avendo condizionato l'obbligo di somministrare periodicamente (od in un'unica soluzione) l'assegno di divorzio all'accertamento sull'inadeguatezza dei mezzi e sull'impossibilità oggettiva di procurarli, avrebbe inteso separare nettamente il piano assistenziale da quello compensativo e risarcitorio.

A questa premessa unitaria si aggiunge, l'ulteriore profilo comune costituito dal rinvenimento del parametro dell'adeguatezza/inadeguatezza al di fuori degli indicatori contenuti nella norma. Entrambi i parametri, il tenore di vita matrimoniale (specie se potenziale) e l'autonomia od indipendenza economica (anche nella nuova versione dell'autosufficienza economica, introdotta dalla sentenza n. 11504 del 2017) sono esposti al rischio dell'astrattezza e del difetto di collegamento con l'effettività della relazione matrimoniale. Tale collegamento diventa meramente eventuale ove si assuma come parametro l'autosufficienza economica ma può perdere di rilievo anche con l'ancoraggio al tenore di vita ove questo criterio venga assunto esclusivamente sulla base della comparazione delle condizioni economico-patrimoniali delle parti e, dunque valutando la potenzialità e non l'effettività delle condizioni di vita matrimoniale.

Le due parti della norma sono state interpretate in modo dicotomico pur essendo legate da un nesso di dipendenza logica testuale che ne impone un esame esegetico unitario. Il giudice dispone sull'assegno di divorzio in relazione all'inadeguatezza dei mezzi ma questa valutazione avviene tenuto conto dei fattori indicati nella prima parte della norma. La scissione tra le due parti della norma e quella conseguente tra i criteri attributivi e determinativi, può condurre ad escludere nella prevalenza dei casi, l'esame degli indicatori la cui valutazione è imposta dall'art. 5, comma 6, oltre che dal contesto costituzionale e convenzionale di rife-



rimento nel quale deve essere inquadrato il diritto all'assegno di divorzio quando ne ricorrano le condizioni.

9. L'ESAME COMPARATIVO DEI DUE ORIENTAMENTI. Esaminati gli aspetti che accomunano i due orientamenti occorre rilevarne le ragioni di forte contrapposizione che li contraddistinguono.

Preliminarmente è necessario evidenziare che l'orientamento fissato nella sentenza n. 11490 del 1990, è stato costantemente seguito dalla giurisprudenza di legittimità e di merito, ancorché con adattamenti determinati dalle esigenze concrete che di volta in volta si sono prospettate. In particolare, l'astrattezza del criterio del tenore di vita, anche solo potenzialmente, tenuto durante la relazione matrimoniale è stata temperata tanto in funzione della durata del rapporto, (Cass. 7295 del 2013; 6164 del 2015), per cui la estrema limitatezza temporale della relazione coniugale può determinare l'azzeramento del diritto all'assegno, quanto in funzione della creazione di un nuovo nucleo relazionale, caratterizzato dalla convivenza e dalla condivisione della vita quotidiana (c.d. famiglia di fatto), essendo tale circostanza ritenuta, (Cass. 6455 del 2015; 2466 del 2016) fattore definitivamente impeditivo del riconoscimento del diritto dell'assegno.

Tuttavia, nonostante i criteri determinativi possano, in concreto, incidere sull'entità dell'assegno, come fattori limitativi, deve condividersi il duplice rilievo critico che viene mosso al parametro del tenore di vita goduto o fruibile nel corso della relazione coniugale. Il primo rilievo riguarda l'assoluta preminenza della comparazione delle condizioni economico-patrimoniali dei coniugi nel giudizio sul diritto all'assegno. Questa valutazione, ove costituisca il fattore determinante l'an debeat del diritto all'assegno, non può sottrarsi a forti rischi di locupletazione ingiustificata dell'ex coniuge richiedente in tutte quelle situazioni in cui egli possa godere comunque non solo di una posizione economica autonoma ma anche di una condizione di particolare agiatezza oppure quando non abbia significativamente contribuito alla formazione della posizione economico-patrimoniale dell'altro ex coniuge. I criteri determinativi, ed in particolare quello relativo all'apporto fornito dall'ex coniuge nella conduzione e nello svolgimento della complessa attività endofamiliare, cui il Collegio ritiene di attribuire primaria e peculiare importanza, risultano marginalizzati, con conseguente ingiustificata sottovalutazione dell'autoresponsabilità. Tale aspetto costituisce, invece, uno dei cardini delle scelte individuali e relazionali, sia nelle situazioni analoghe a quella sopradescritta, sia nelle situazioni opposte, caratterizzate da condizioni economico-patrimoniali che presentino uno squilibrio nella valutazione comparativa, nelle quali la situazione di disparità economico-patrimoniale, riscontrabile alla fine del rapporto, sia il frutto esclusivo o prevalente delle scelte adottate dai coniugi in ordine ai ruoli ed al contributo di ciascuno alla vita familiare. In questa peculiare situazione, peraltro molto frequente, il criterio compensativo non può essere esclusivamente un fattore di moderazione, dovendosene tenere conto al pari degli altri elementi alla luce dell'inquadramento costituzionale delle ragioni giustificative del diritto all'assegno di divorzio, così come fattori quali la salute o l'età in relazione alle capacità lavorativo-professionali e di produzione di reddito. Gli indicatori contenuti nella L. n. 898 del 1978, art. 5, comma 6, prima parte, hanno un contenuto perequativo-compensativo che la preminenza assoluta della comparazione quantitativa tra le condizioni



economico-patrimoniali degli ex coniugi rischia di offuscare. Tuttavia, il rischio di trascurare del tutto i predetti indicatori, è ancora più incisivo alla luce dell'opposto orientamento, già preesistente e consacrato nella sentenza n. 1564 del 1990 ma, di recente, riaffermato, ed arricchito di rilievi critici e di nuovi elementi di valutazione giuridici e metagiuridici, con la sentenza n. 11504 del 2017.

La ragione di fondo, espressa nella motivazione di quest'ultima pronuncia che ha dato luogo alla modifica del consolidato orientamento giurisprudenziale in ordine al criterio attributivo dell'assegno di divorzio, risiede nell'indicata inattualità del precedente orientamento e nella sua inadeguatezza rispetto ad una mutata valorizzazione delle scelte personali e delle loro conseguenze sotto il profilo dell'autoresponsabilità, da valutarsi nel contesto costituzionale all'interno del quale tali scelte e la loro protezione giuridica si collocano.

L'opzione di fondo della pronuncia coglie un elemento di rilievo ma ne trascura altri. L'autodeterminazione individuale e la libertà di scegliere il percorso da imprimere alla propria esistenza costituisce certamente un valore assiologico portante nel sistema dei diritti della persona, ma è necessario che la declinazione di questo profilo dinamico dell'autodeterminazione sia effettiva ovvero non sia sconnessa dall'altro profilo fondante, quello della dignità personale, atteso che la libertà di scegliere e di determinarsi è eziologicamente condizionata dalla possibilità concreta di esercitare questo diritto. Per questa ragione, i diritti inviolabili della persona sono vivificati nella nostra Costituzione dal principio di effettività che permea l'art. 3 Cost.. Alla luce di tale specifico richiamo, devono essere posti in rilievo alcuni elementi che anche il legislatore, nella composita indicazione di fattori incidenti sull'assegno di divorzio ha inteso valorizzare. In primo luogo deve sottolinearsi che con la cessazione dell'unione matrimoniale si realizza, nella prevalenza delle situazioni concrete, un depauperamento di entrambi gli ex coniugi e si crea uno squilibrio economico-patrimoniale conseguente a tale determinazione.

I ruoli all'interno della relazione matrimoniale costituiscono un fattore, molto di frequente, decisivo nella definizione dei singoli profili economico-patrimoniali post matrimoniali e sono frutto di scelte comuni fondate sull'autodeterminazione e sull'autoresponsabilità di entrambi i coniugi all'inizio e nella continuazione della relazione matrimoniale. Inoltre, non può trascurarsi, per la ricchezza ed univocità dei riscontri statistici al riguardo, la perdurante situazione di oggettivo squilibrio di genere nell'accesso al lavoro, tanto più se aggravata dall'età.

La valutazione svolta nella sentenza n. 11504 del 2017 è rilevante ma incompleta, in quanto non radicata sui fattori oggettivi e interrelazionali che determinano la condizione complessiva degli ex coniugi dopo lo scioglimento del vincolo.

Lo stesso limite dell'incompletezza si deve rilevare in ordine alla ratio posta a sostegno del criterio attributivo dell'assegno di divorzio, individuato nella carenza di autosufficienza economica della parte richiedente. Solo questo parametro viene ritenuto coerente con i principi di autodeterminazione ed autoresponsabilità che permeano la solidarietà post coniugale, su cui, in via esclusiva, si rinviene il fondamento dell'assegno. Il sostegno costituzionale della ratio solidaristica viene desunto dall'art. 2 Cost. e dall'art. 23 Cost.. La garanzia costituzionale della riserva di legge in ordine al prelievo fiscale ed ad ogni forma di obbligo



tributario anche inteso in senso lato, risulta del tutto estraneo al contesto giuridico-costituzionale all'interno del quale deve collocarsi la cd. solidarietà post coniugale, riguardando esclusivamente la relazione tra il cittadino-contribuente e l'autorità statale o pubblica in senso ampio. Essa tuttavia costituisce la premessa coerente del contenuto riduttivo che nella pronuncia si attribuisce al principio di autodeterminazione ed autoresponsabilità, ancorchè formalmente ancorati all'art. 2 Cost.. Della norma costituzionale viene, tuttavia, azzerata la parte, di primaria importanza, che colloca il principio di autodeterminazione all'interno delle formazioni sociali nelle quali si sviluppa la personalità dell'individuo.

La giurisprudenza costituzionale ha, del resto, ancorato proprio all'art. 2 Cost. ed alla dignità costituzionale che assume la modalità relazionale nello sviluppo della personalità umana, il fondamento costituzionale delle unioni e delle convivenze di fatto (Corte Cost. n. 404 del 1988; 559 del 1989) estendendo ad esse, strumenti di tutela propri dell'unione matrimoniale (diritto a succedere nella titolarità del rapporto di locazione etc.) mediante un processo di adeguamento incrementato dalla giurisprudenza di merito e di legittimità (Cass. 12278 del 2011; 9178 del 2018). Lo stesso fondamento costituzionale è stato riconosciuto alle unioni omoaffettive (Corte Cost. n. 138 del 2010; Cass. 2184 del 2012) prima dell'entrata in vigore della L. n. 76 del 2016. La libertà di scelta e l'autoresponsabilità, che della libertà è una delle principali manifestazioni, costituiscono il fondamento costituzionale dell'unione matrimoniale, una delle formazioni sociali che la Costituzione riconosce come modello relazionale-familiare preesistente e tipizzato. Il canone dell'uguaglianza, posto a base dell'art. 29 Cost., può essere attuato e reso effettivo soltanto all'interno di una relazione governata da scelte che sono frutto di determinazioni assunte liberamente dai coniugi in particolare in ordine ai ruoli ed ai compiti che ciascuno di essi assume nella vita familiare. L'uguaglianza si coniuga indissolubilmente con l'autodeterminazione e determina la peculiarità della relazione coniugale così come declinata nell'art. 143 c.c., norma che ne costituisce la perfetta declinazione. L'autodeterminazione non si esaurisce con la facoltà anche unilaterale di sciogliersi dal vincolo ma preesiste a tale determinazione e connota tutta la relazione ed, in particolare la definizione e la condivisione dei ruoli endofamiliari. Ugualmente l'autoresponsabilità costituisce il cardine dell'intera relazione matrimoniale, su di essa fondandosi l'obbligo reciproco di assistenza e di collaborazione nella conduzione della vita familiare così come tratteggiati nell'art. 143 c.c..

Nella sentenza n. 11504 del 2017, invece, lo scioglimento del vincolo coniugale, comporta una netta soluzione di continuità tra la fase di vita successiva e quella anteriore. L'autodeterminazione e l'autoresponsabilità costituiscono la giustificazione di questa radicale cesura e vengono assunti come principi informativi dei residui, limitati effetti, della cessata relazione coniugale. La previsione legislativa relativa all'assegno di divorzio, alle condizioni previste dalla legge, viene ritenuta prescrizione di carattere eccezionale e derogatorio, in relazione al riacquisto dello stato libero realizzato con il divorzio. All'assegno viene, di conseguenza, riconosciuta una natura giuridica strettamente ed esclusivamente assistenziale, rigidamente ancorata ad una condizione di mancanza di autonomia economica, da valutare in considerazione della condizione soggettiva del richiedente, del tutto svincolata dalla relazione matrimoniale ed unicamente orientata, per il presente e per il futuro, dalle scelte e re-



sponsabilità individuali. Si deve osservare, tuttavia, che questa impostazione, pur condivisibile nella parte in cui coglie la potenzialità deresponsabilizzante del parametro del tenore di vita, omette di considerare che i principi di autodeterminazione ed autoresponsabilità hanno orientato non solo la scelta degli ex coniugi di unirsi in matrimonio ma, ciò che è più rilevante ai fini degli effetti conseguenti al suo scioglimento così come definiti nella L. n. 898 del 1970, art. 5, comma 6, hanno determinato il modello di relazione coniugale da realizzare, la definizione dei ruoli, il contributo di ciascun coniuge all'attuazione della rete di diritti e doveri fissati dall'art. 143 c.c. La conduzione della vita familiare è il frutto di decisioni libere e condivise alle quali si collegano doveri ed obblighi che imprimono alle condizioni personali ed economiche dei coniugi un corso, soprattutto in relazione alla durata del vincolo, anche irreversibile. Alla reversibilità della scelta relativa al legame matrimoniale non consegue necessariamente una correlata duttilità e flessibilità in ordine alle condizioni soggettive e alla sfera economico patrimoniale dell'ex coniuge al momento della cessazione dell'unione matrimoniale.

Il legislatore è stato largamente consapevole del forte condizionamento che il modello di relazione matrimoniale prescelto dai coniugi può determinare sulla loro condizione economico-patrimoniale successiva allo scioglimento. Per questa ragione ha imposto al giudice di "tenere conto" di una serie d'indicatori che sottolineano il significato del matrimonio come atto di libertà e di auto responsabilità, nonché come luogo degli affetti e di effettiva comunione di vita. Queste declinazioni del modello costituzionale dell'unione coniugale, incentrata sulla pari dignità dei ruoli che i coniugi hanno svolto nella relazione matrimoniale, non possono entrare in via esclusivamente eventuale nella valutazione che il giudice deve effettuare quando dispone sull'assegno di divorzio. La relazione coniugale è orientata fin dall'inizio dai principi di libertà ed autoresponsabilità ed il legislatore ha inteso valorizzare la funzione conformativa di questi principi nel regime giuridico dell'unione matrimoniale anche in relazione agli effetti che possono conseguire dopo lo scioglimento del vincolo, senza incidere sulla efficacia solutoria di tale determinazione, volta al riacquisto dello stato libero ma anche senza azzerare l'esperienza della relazione coniugale alla quale si dà forte rilevanza nella norma che prefigura gli effetti di natura economica che conseguono al divorzio.

L'immanenza del principio di autoresponsabilità risulta cristallizzata nei criteri fissati nell'incipit dell'art. 5, comma 6, individuati dal legislatore nelle condizioni dei coniugi, nelle ragioni della decisione, nel contributo personale ed economico dato da ciascuno alla conduzione familiare ed alla formazione del patrimonio di ciascuno o di quello comune, nel reddito di entrambi, nella durata del matrimonio e, di conseguenza non può essere mai tenuta fuori dall'accertamento del diritto alla corresponsione di un assegno divorzile.

Nell'orientamento affermato dalle S.U. n. 11490 del 1990, la comparazione delle condizioni economico-patrimoniali degli ex coniugi conduceva sia pure in modo riflesso a tenere conto dei criteri determinativi, ma in funzione esclusivamente limitativa dell'astratta quantificazione dell'assegno fondata sul parametro del tenore di vita. Nell'orientamento più recente, tali ultimi criteri, ed in particolare quello, direttamente conseguente dal principio costituzionale della pari dignità dei coniugi, relativo al contributo dato da ciascuno di essi nella conduzione della vita familiare e nella formazione del patrimonio comune e di ciascuno, di-



ventano meramente eventuali prospettandosi sostanzialmente una lettura dell'art. 5, comma 6 abrogatrice della prima parte, in quanto l'opzione ermeneutica prescelta è fondata sul rilievo nettamente preminente se non esclusivo del criterio attributivo dell'assegno.

**10. LA SOLUZIONE INTERPRETATIVA ADOTTATA.** Le rilevanti modificazioni sociali che hanno inciso sulla rappresentazione simbolica del legame matrimoniale e sulla disciplina giuridica dell'istituto, sia per l'attribuzione a ciascuno dei coniugi del diritto unilaterale di sciogliersi dal vincolo sia per la natura di scelta libera e responsabile che caratterizza la decisione di unirsi in matrimonio, hanno determinato l'esigenza di valutare criticamente il criterio attributivo dell'assegno cristallizzato nella sentenza delle S.U. n. 11490 del 1990, soprattutto in relazione al rischio di creare rendite di posizione disancorate dal contributo personale dell'ex coniuge richiedente alla formazione del patrimonio comune o dell'altro ex coniuge, ed a quello connesso della deresponsabilizzazione conseguente all'adozione di un criterio fondato solo sulla comparazione delle condizioni economico-patrimoniale delle parti. Rimangono fermi, tuttavia, i rilevi formulati alla soluzione radicalmente opposta proposta da Cass. 11504 del 2017.

Al fine d'indicare un percorso interpretativo che tenga conto sia dell'esigenza riequilibratrice posta a base dell'orientamento proposto dalle Sezioni Unite nella sentenza n. 11490 del 1990 sia della necessità di attualizzare il diritto al riconoscimento dell'assegno di divorzio anche in relazione agli standards europei, questa Corte ritiene di dover abbandonare la rigida distinzione tra criteri attributivi e determinativi dell'assegno di divorzio, alla luce di una interpretazione dell'art. 5, comma 6, più coerente con il quadro costituzionale di riferimento costituito, come già evidenziato, dagli artt. 2, 3 e 29 Cost..

Giova premettere che l'inclusione dell'art.29 Cost. nell'orizzonte in cui deve collocarsi l'interpretazione dell'art. 5, comma 6, deriva anche dalla sentenza della Corte Cost. n. 11 del 2015, sollecitata proprio in sede di denuncia d'illegittimità costituzionale del criterio attributivo dell'assegno di divorzio costituito dal tenore di vita goduto durante il matrimonio.

Questo richiamo diretto al modello costituzionale del matrimonio, fondato sui principi di uguaglianza, pari dignità dei coniugi, libertà di scelta, reversibilità della decisione ed autoreponsabilità sono stati tenuti in primaria considerazione dal legislatore in sede di definizione degli effetti economico patrimoniali conseguenti allo scioglimento del vincolo.

L'art. 5, comma 6 attribuisce all'assegno di divorzio una funzione assistenziale, riconoscendo all'ex coniuge il diritto all'assegno di divorzio quando non abbia mezzi "adeguati" e non possa procurarseli per ragioni obiettive. Il parametro dell'adeguatezza ha, tuttavia, carattere intrinsecamente relativo ed impone una valutazione comparativa che entrambi gli orientamenti illustrati traggono al di fuori degli indicatori contenuti nell'incipit della norma, così relegando ad una funzione residuale proprio le caratteristiche dell'assegno di divorzio fondate sui principi di libertà, autoreponsabilità e pari dignità desumibili dai parametri costituzionali sopra illustrati e dalla declinazione di essi effettuata dall'art. 143 c.c..

L'intrinseca relatività del criterio dell'adeguatezza dei mezzi e l'esigenza di pervenire ad un giudizio comparativo desumibile proprio dalla scelta legislativa, non casuale, di questo peculiare parametro inducono ad un'esegesi dell'art. 5, comma 6, diversa da quella degli orientamenti passati. Il fondamento costituzionale dei criteri indicati nell'incipit della norma



conduce ad una valutazione concreta ed effettiva dell'adeguatezza dei mezzi e dell'incapacità di procurarseli per ragioni oggettive fondata in primo luogo sulle condizioni economico-patrimoniali delle parti, da accertarsi anche utilizzando i poteri istruttori officiosi attribuiti espressamente al giudice della famiglia a questo specifico scopo. Tale verifica è da collegare causalmente alla valutazione degli altri indicatori contenuti nella prima parte dell'art. 5, comma 6, al fine di accertare se l'eventuale rilevante disparità della situazione economico-patrimoniale degli ex coniugi all'atto dello scioglimento del vincolo sia dipendente dalle scelte di conduzione della vita familiare adottate e condivise in costanza di matrimonio, con il sacrificio delle aspettative professionali e reddituali di una delle parti in funzione dell'assunzione di un ruolo trainante endofamiliare, in relazione alla durata, fattore di cruciale importanza nella valutazione del contributo di ciascun coniuge alla formazione del patrimonio comune e/o del patrimonio dell'altro coniuge, oltre che delle effettive potenzialità professionali e reddituali valutabili alla conclusione della relazione matrimoniale, anche in relazione all'età del coniuge richiedente ed alla conformazione del mercato del lavoro.

Il richiamo all'attualità, avvertito dalla sentenza n. 11504 del 2017, in funzione della valorizzazione dell'autoresponsabilità di ciascuno degli ex coniugi deve, pertanto, dirigersi verso la preminenza della funzione equilibratrice-perequativa dell'assegno di divorzio. Il principio di solidarietà, posto a base del riconoscimento del diritto, impone che l'accertamento relativo all'inadeguatezza dei mezzi ed all'incapacità di procurarseli per ragioni oggettive sia saldamente ancorato alle caratteristiche ed alla ripartizione dei ruoli endofamiliari. L'accertamento del giudice non è conseguenza di un'inesistente ultrattività dell'unione matrimoniale, definitivamente sciolta tanto da determinare una modifica irreversibile degli status personali degli ex coniugi, ma della norma regolatrice del diritto all'assegno, che conferisce rilievo alle scelte ed ai ruoli sulla base dei quali si è impostata la relazione coniugale e la vita familiare. Tale rilievo ha l'esclusiva funzione di accertare se la condizione di squilibrio economico patrimoniale sia da ricondurre eziologicamente alle determinazioni comuni ed ai ruoli endofamiliari, in relazione alla durata del matrimonio e all'età del richiedente. Ove la disparità abbia questa radice causale e sia accertato che lo squilibrio economico patrimoniale conseguente al divorzio derivi dal sacrificio di aspettative professionali e reddituali fondate sull'assunzione di un ruolo consumato esclusivamente o prevalentemente all'interno della famiglia e dal conseguente contributo fattivo alla formazione del patrimonio comune e a quello dell'altro coniuge, occorre tenere conto di questa caratteristica della vita familiare nella valutazione dell'inadeguatezza dei mezzi e dell'incapacità del coniuge richiedente di procurarseli per ragioni oggettive. Gli indicatori, contenuti nella prima parte dell'art. 5, comma 6, prefigurano una funzione perequativa e riequilibratrice dell'assegno di divorzio che permea il principio di solidarietà posto a base del diritto.

Il giudizio di adeguatezza impone una valutazione composita e comparativa che trova nella prima parte della norma i parametri certi sui quali ancorarsi. La situazione economico-patrimoniale del richiedente costituisce il fondamento della valutazione di adeguatezza che, tuttavia, non va assunta come una premessa meramente fenomenica ed oggettiva, svincolata dalle cause che l'hanno prodotta, dovendo accertarsi se tali cause siano riconducibili agli indicatori delle caratteristiche della unione matrimoniale così come descritti nella prima par-



te dell'art. 5, comma 6, i quali, infine, assumono rilievo direttamente proporzionale alla durata del matrimonio. Solo mediante una puntuale ricomposizione del profilo soggettivo del richiedente che non trascuri l'incidenza della relazione matrimoniale sulla condizione attuale, la valutazione di adeguatezza può ritenersi effettivamente fondata sul principio di solidarietà che, come illustrato, poggia sul cardine costituzionale fondato della pari dignità dei coniugi. (artt. 2, 3 e 29 Cost.).

Il parametro dell'adeguatezza contiene in sé una funzione equilibratrice e non solo assistenziale-alimentare. Il rilievo del profilo perequativo non si fonda su alcuna suggestione criptoindissolubilista (l'espressione è stata usata nell'ordinanza di rimessione alla Corte Costituzionale che ha dato luogo alla sentenza n. 11 del 2015), ma esclusivamente sul rilievo che tale principio assume nella norma regolativa dell'assegno. La piena ed incondizionata reversibilità del vincolo coniugale non esclude il rilievo pregnante che questa scelta, unita alle determinazioni comuni assunte in ordine alla conduzione della vita familiare, può imprimere sulla costruzione del profilo personale ed economico-patrimoniale dei singoli coniugi, non potendosi trascurare che l'impegno all'interno della famiglia può condurre all'esclusione o limitazione di quello diretto alla costruzione di un percorso professionale-reddituale.

Ne consegue che la funzione assistenziale dell'assegno di divorzio si compone di un contenuto perequativo-compensativo che discende direttamente dalla declinazione costituzionale del principio di solidarietà e che conduce al riconoscimento di un contributo che, partendo dalla comparazione delle condizioni economico-patrimoniali dei due coniugi, deve tener conto non soltanto del raggiungimento di un grado di autonomia economica tale da garantire l'autosufficienza, secondo un parametro astratto ma, in concreto, di un livello reddituale adeguato al contributo fornito nella realizzazione della vita familiare, in particolare tenendo conto delle aspettative professionali ed economiche eventualmente sacrificate, in considerazione della durata del matrimonio e dell'età del richiedente. Il giudizio di adeguatezza ha, pertanto, anche un contenuto prognostico riguardante la concreta possibilità di recuperare il pregiudizio professionale ed economico derivante dall'assunzione di un impegno diverso. Sotto questo specifico profilo il fattore età del richiedente è di indubbio rilievo al fine di verificare la concreta possibilità di un adeguato ricollocamento sul mercato del lavoro.

L'eliminazione della rigida distinzione tra criterio attributivo e criteri determinativi dell'assegno di divorzio e la conseguente inclusione, nell'accertamento cui il giudice è tenuto, di tutti gli indicatori contenuti nell'art. 5, comma 6 in posizione equiordinata, consente, in conclusione, senza togliere rilevanza alla comparazione della situazione economico-patrimoniale delle parti, di escludere i rischi d'ingiustificato arricchimento derivanti dalla adozione di tale valutazione comparativa in via prevalente ed esclusiva, ma nello stesso tempo assicura tutela in chiave perequativa alle situazioni, molto frequenti, caratterizzate da una sensibile disparità di condizioni economico-patrimoniali ancorché non dettate dalla radicale mancanza di autosufficienza economica ma piuttosto da un dislivello reddituale conseguente alle comuni determinazioni assunte dalle parti nella conduzione della vita familiare.

11. IL QUADRO COMPARATISTICO EUROPEO ED EXTRAEUROPEO. La soluzione prospettata è largamente coerente con il quadro della legislazione dei paesi dell'Unio-



ne europea. Il confronto, pur non essendo la materia nè di competenza dell'Unione Europea nè oggetto di diversa disciplina convenzionale, non può essere eluso, in considerazione della natura dei diritti in gioco e della composizione del principio solidaristico ad essi sottesi. La comparazione con alcuni ordinamenti europei (in particolare quello francese e tedesco) evidenzia, in particolare, la natura specificamente perequativo-compensativa attribuita all'assegno di divorzio correlata alla previsione della temporaneità dell'obbligo in quanto prevalentemente finalizzato a colmare la disparità economico patrimoniale determinatasi con lo scioglimento del vincolo. Possono, tuttavia, porsi in luce alcuni principi comuni, posti in luce dai lavori svolti dalla Commissione Europea del diritto di famiglia (C.E.F.L.), sorta al fine di armonizzare i principi che regolano il diritto di famiglia in considerazione della competenza del diritto dell'Unione Europea in ordine alla giurisdizione, al riconoscimento ed alla circolazione delle decisioni in materia di scioglimento dell'unione coniugale e responsabilità genitoriale. Si è riscontrata, in particolare, la tendenziale eliminazione del divorzio per colpa che, anche all'interno del nostro ordinamento, trova riscontro nella progressiva riduzione dell'importanza del c.d. criterio risarcitorio fin dall'accertamento dell'addebito in sede di separazione; la natura consensuale del divorzio e la preminenza del principio di autoresponsabilità anche in sede di regolazione dell'assegno le cui caratteristiche sono da cogliere nell'ancoraggio ad un criterio perequativo-assistenziale in funzione di riequilibrio della posizione dell'ex coniuge più svantaggiato (sistema francese); nel favor verso un sistema di riequilibrio economico-patrimoniale realizzato con la ripartizione pregressa delle risorse e del patrimonio familiare cui consegue l'eccezionalità dell'assegno di divorzio (sistema tedesco) ed infine nella temporaneità della disposizione, in quanto finalizzata alla ricomposizione di un quadro di parità economico patrimoniale.

Sia le linee di tendenza comuni che le differenze di regime giuridico sono ispirate dal medesimo obiettivo della pari dignità degli ex coniugi. In questa priorità si coglie l'esclusivo elemento di continuità tra i postulati costituzionali dell'unione matrimoniali e la finalità dell'assegno di divorzio.

La conferma della centralità del principio di uguaglianza effettiva tra i coniugi anche alla luce dell'esame comparatistico delle legislazioni di paesi occidentali trova riscontro effettivo nel VII Protocollo addizionale alla Convenzione Europea dei Diritti Umani, nell'art. 5. Nella norma viene stabilito che: "I coniugi godono dell'uguaglianza di diritti e di responsabilità di carattere civile tra di essi e nelle loro relazioni con i loro figli riguardo al matrimonio, durante il matrimonio e in caso di suo scioglimento. Il presente articolo non impedisce agli Stati di adottare le misure necessarie nell'interesse dei figli".

Il principio è un'evoluzione di quanto già contenuto nell'art. 16 della Dichiarazione Universale dei Diritti Umani proclamata il 10 dicembre 1948. Nell'articolo è indicato che uomini e donne hanno eguali diritti riguardo al matrimonio, durante il matrimonio e all'atto del suo scioglimento.

Emerge, in conclusione, corrispondenza tra la collocazione dell'assegno di divorzio nell'alveo degli artt. 2, 3 e 29 Cost. con la conseguente preminenza della funzione perequativa ad esso attribuibile ed il quadro europeo e convenzionale di riferimento. Gli elementi che appaiono in contrasto con tale quadro, ovvero l'eccezionalità del ricorso all'assegno e la tem-



poraneità dello stesso non scalfiscono la comune provenienza dal principio di parità effettiva.

In particolare la mancanza di temporaneità trova puntuale correttivo nel meccanismo legislativo della revisione delle condizioni della sentenza di divorzio in presenza di fatti sopravvenuti mentre il riconoscimento dell'assegno per importi poco elevati ed in unione perequativa riguarda una percentuale molto modesta delle controversie in tema di divorzio. L'attenzione deve rivolgersi, al fine di rendere effettiva la funzione perequativa dell'assegno al rigoroso accertamento probatorio dei fatti posti a base della disparità economico-patrimoniale conseguente allo scioglimento del vincolo, dovendo trovare giustificazione causale negli indicatori contenuti nella prima parte dell'art. 5, comma 6 ed in particolare nel contributo fornito dal richiedente alla conduzione della vita familiare e, conseguentemente, alla formazione del patrimonio familiare e personale dell'altro coniuge. Di tale contributo la parte richiedente deve fornire la prova con ogni mezzo anche mediante presunzioni. Del superamento della disparità determinata dalle cause sopraindicate, la parte che chiede la riduzione o la eliminazione dell'assegno posto originariamente a suo carico, deve fornire la prova contraria. La sostanziale assenza di preclusioni, salvo l'allegazione di mutamenti di fatto, nel procedimento di revisione, rende reversibile e modificabile sine die la determinazione originaria in ordine all'assegno di divorzio, escludendo anche sotto tale profilo, i rischi della c.d. cripto indissolubilità.

**12. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE.** Si ritiene utile, prima di procedere alla decisione riguardante il primo motivo di ricorso, fornire un quadro sintetico conclusivo dei principi relativi alla individuazione dei criteri sulla base dei quali può essere riconosciuto il diritto all'assegno di divorzio.

Si deve premettere una considerazione di carattere fattuale. La determinazione e l'attuazione della scelta di sciogliere l'unione matrimoniale, determinano un deterioramento complessivo nelle condizioni di vita del coniuge meno dotato di capacità reddituali, economiche e patrimoniali proprie.

Il legislatore impone di accertare, preliminarmente, l'esistenza e l'entità dello squilibrio determinato dal divorzio mediante l'obbligo della produzione dei documenti fiscali dei redditi delle parti ed il potenziamento dei poteri istruttori officiosi attribuiti al giudice, nonostante la natura prevalentemente disponibile dei diritti in gioco. All'esito di tale preliminare e doveroso accertamento può venire già in evidenza il profilo strettamente assistenziale dell'assegno, qualora una sola delle parti non sia titolare di redditi propri e sia priva di redditi da lavoro. Possono, tuttavia, riscontrarsi più situazioni comparative caratterizzate da una sperequazione nella condizione economico-patrimoniale delle parti, di entità variabile.

In entrambe le ipotesi, in caso di domanda di assegno da parte dell'ex coniuge economicamente debole, il parametro sulla base del quale deve essere fondato l'accertamento del diritto ha natura composita, dovendo l'inadeguatezza dei mezzi o l'incapacità di procurarli per ragioni oggettive essere desunta dalla valutazione, del tutto equiordinata degli indicatori contenuti nella prima parte dell'art. 5, comma 6, in quanto rivelatori della declinazione del principio di solidarietà, posto a base del giudizio relativistico e comparativo di adeguatezza. Pertanto, esclusa la separazione e la graduazione nel rilievo e nella valutazione dei criteri at-



tributivi e determinativi, l'adeguatezza assume un contenuto prevalentemente perequativo-compensativo che non può limitarsi nè a quello strettamente assistenziale nè a quello dettato dal raffronto oggettivo delle condizioni economico patrimoniali delle parti. Solo così viene in luce, in particolare, il valore assiologico, ampiamente sottolineato dalla dottrina, del principio di pari dignità che è alla base del principio solidaristico anche in relazione agli illustrati principi CEDU, dovendo procedersi all'effettiva valutazione del contributo fornito dal coniuge economicamente più debole alla formazione del patrimonio comune e alla formazione del profilo economico patrimoniale dell'altra parte, anche in relazione alle potenzialità future. La natura e l'entità del sopraindicato contributo è frutto delle decisioni comuni, adottate in sede di costruzione della comunità familiare, riguardanti i ruoli endofamiliari in relazione all'assolvimento dei doveri indicati nell'art. 143 c.c.. Tali decisioni costituiscono l'espressione tipica dell'autodeterminazione e dell'autoresponsabilità sulla base delle quali si fonda, ex artt. 2 e 29 Cost. la scelta di unirsi e di sciogliersi dal matrimonio.

Alla luce delle considerazioni svolte, ritiene il Collegio che debba essere prescelto un criterio integrato che si fondi sulla concretezza e molteplicità dei modelli familiari attuali. Se si assume come punto di partenza il profilo assistenziale, valorizzando l'elemento testuale dell'adeguatezza dei mezzi e della capacità (incapacità) di procurarseli, questo criterio deve essere calato nel "contesto sociale" del richiedente, un contesto composito formato da condizioni strettamente individuali e da situazioni che sono conseguenza della relazione coniugale, specie se di lunga durata e specie se caratterizzata da uno squilibrio nella realizzazione personale e professionale fuori nel nucleo familiare. Lo scioglimento del vincolo incide sullo status ma non cancella tutti gli effetti e le conseguenze delle scelte e delle modalità di realizzazione della vita familiare. Il profilo assistenziale deve, pertanto, essere contestualizzato con riferimento alla situazione effettiva nella quale s'inserisce la fase di vita post matrimoniale, in particolare in chiave perequativa-compensativa. Il criterio attributivo e quello determinativo, non sono più in netta separazione ma si coniugano nel cd. criterio assistenziale-compensativo.

L'elemento contributivo-compensativo si coniuga senza difficoltà a quello assistenziale perchè entrambi sono finalizzati a ristabilire una situazione di equilibrio che con lo scioglimento del vincolo era venuta a mancare. Il nuovo testo dell'art. 5 non preclude la formulazione di un giudizio di adeguatezza anche in relazione alle legittime aspettative reddituali conseguenti al contributo personale ed economico fornito da ciascun coniuge alla conduzione della vita familiare ed alla formazione del patrimonio di ciascuno ed a quello comune. L'adeguatezza dei mezzi deve, pertanto, essere valutata, non solo in relazione alla loro mancanza o insufficienza oggettiva ma anche in relazione a quel che si è contribuito a realizzare in funzione della vita familiare e che, sciolto il vincolo, produrrebbe effetti vantaggiosi unilateralmente per una sola parte. Il superamento della distinzione tra criterio attributivo e criteri determinativi dell'assegno di divorzio non determina, infine, un incremento ingiustificato della discrezionalità del giudice di merito, perchè tale superamento non comporta la facoltà di fondare il riconoscimento del diritto soltanto su uno degli indicatori contenuti nell'incipit dell'art. 5, comma 6 essendone necessaria una valutazione integrata, incentrata sull'aspetto perequativo-compensativo, fondata sulla comparazione effettiva delle condi-



zioni economico-patrimoniali alla luce delle cause che hanno determinato la situazione attuale di disparità. Inoltre è necessario procedere ad un accertamento probatorio rigoroso del rilievo causale degli indicatori sopraindicati sulla sperequazione determinatasi, ed, infine, la funzione equilibratrice dell'assegno, deve ribadirsi, non è finalizzata alla ricostituzione del tenore di vita endoconiugale ma soltanto al riconoscimento del ruolo e del contributo fornito dall'ex coniuge economicamente più debole alla realizzazione della situazione comparativa attuale.

In conclusione, alla pluralità di modelli familiari consegue una molteplicità di situazioni personali conseguenti allo scioglimento del vincolo. Il criterio individuato proprio per la sua natura composita ha l'elasticità necessaria per adeguarsi alle fattispecie concrete perchè, a differenza di quelli che si sono in precedenza esaminati non ha quelle caratteristiche di generalità ed astrattezza variamente criticate in dottrina.

13. ACCOGLIMENTO DEL PRIMO MOTIVO E PRINCIPIO DI DIRITTO. Alla luce delle considerazioni svolte, deve essere accolto il primo motivo di ricorso. La sentenza impugnata si è fondata esclusivamente sul criterio dell'autosufficienza economica, escludendo dalla propria indagine l'accertamento dell'eventuale incidenza degli indicatori concorrenti contenuti nella L. n. 898 del 1970, art. 5, comma 6, ed in particolare quello relativo al contributo fornito dalla richiedente alla conduzione della vita familiare ed alla conseguente formazione del patrimonio comune e personale dell'altro ex coniuge. Al riguardo nel ricorso alle pagine 14 e 15 viene sottolineato l'omesso esame di tale criterio, unitamente a tutti quelli non riconducibili al profilo strettamente assistenziale dell'autosufficienza economica. Limitatamente a tale specifica violazione dell'art. 5, comma 6, pertanto, il motivo deve essere accolto essendo necessario integrare alla luce delle allegazioni fattuali della parte ricorrente ed in relazione alla comparazione della situazione economico patrimoniale delle parti e della intervenuta suddivisione del patrimonio familiare, se possa riconoscersi il diritto all'assegno diverso in funzione specificamente perequativo-compensativa, così come prospettato in ricorso. L'accoglimento del primo motivo determina l'assorbimento del secondo. Alla cassazione della sentenza impugnata consegue il rinvio alla Corte d'Appello di Bologna che dovrà attenersi al seguente principio di diritto:

"Ai sensi della L. n. 898 del 1970, art. 5, comma 6, dopo le modifiche introdotte con la L. n. 74 del 1987, il riconoscimento dell'assegno di divorzio, cui deve attribuirsi una funzione assistenziale ed in pari misura compensativa e perequativa, richiede l'accertamento dell'ineadeguatezza dei mezzi o comunque dell'impossibilità di procurarseli per ragioni oggettive, attraverso l'applicazione dei criteri di cui alla prima parte della norma i quali costituiscono il parametro di cui si deve tenere conto per la relativa attribuzione e determinazione, ed in particolare, alla luce della valutazione comparativa delle condizioni economico-patrimoniali delle parti, in considerazione del contributo fornito dal richiedente alla conduzione della vita familiare e alla formazione del patrimonio comune e personale di ciascuno degli ex coniugi, in relazione alla durata del matrimonio e all'età dell'avente diritto".

P.Q.M.



Accoglie il primo motivo di ricorso nei limiti di cui in motivazione. Dichiara assorbito il secondo. Cassa la sentenza impugnata e rinvia anche per le spese processuali del presente giudizio alla Corte d'Appello di Bologna in diversa composizione.

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio, il 10 aprile 2018.