

**GRUPPO DI LAVORO**  
**PER L'ATTUAZIONE DEI PROTOCOLLI**  
**CON LA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO E CON LA CORTE DI GIUSTIZIA.**

**RASSEGNA 2021-2022**

***Raccolta tematica dei report***  
***in materia di diritti fondamentali tutelati dalla CEDU, dalla CDFUE***  
***e dalle Direttive Europee***  
***(GIUGNO 2021-AGOSTO 2022)***

**AREA CIVILE**

## **AREA CIVILE**

### **REPORT RELATIVI ALLA CONVENZIONE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO (CEDU)**

#### **INDICE**

##### **ART. 3 CEDU**

**ART. 3 CEDU E ART. 14 CEDU – TRATTAMENTI INUMANI E DEGRADANTI - INCITAMENTO ALL'ODIO PER RAGIONI DI DISCRIMINAZIONE SESSUALE – ATTIVITÀ PERSECUTORIE POSTE IN ESSERE NEI CONFRONTI DI UN'ATTIVISTA DELLA COMUNITÀ OMOSESSUALE E *TRANSGENDER* ARMENA – INERZIA DELLE AUTORITÀ GIUDIZIARIE ARMENE - NECESSITÀ DI ENUCLEARE IL MOVENTE DEI DELITTI CONNOTATI DA SPINTE OMOFOBICHE - ASSENZA DI EFFICACI MECCANISMI DI DIRITTO PENALE INTERNO PER INVESTIGARE SU DENUNCE PER CONDOTTE DISCRIMINATORIE - VIOLAZIONE DELL'ART. 3 CEDU, COLLEGATO ALL'ART. 14 CEDU.**

*Corte EDU, Quarta Sezione, Oganezova c. Armenia del 17 maggio 2022.....pag. 10*

##### **ART. 6 CEDU**

**ART. 6 CEDU - TRIBUNALE INDIPENDENTE E IMPARZIALE ISTITUITO PER LEGGE – DIRITTO AD UN PROCESSO EQUO - NOMINA DEI GIUDICI DELLA SEZIONE CIVILE DELLA CORTE SUPREMA POLACCA – RIFORMA LEGISLATIVA DEL CONSIGLIO NAZIONALE DELLA MAGISTRATURA POLACCO – NOMINA DEI COMPONENTI TOGATI DA PARTE DELLA CAMERA BASSA, ANZICHÉ DA PARTE DEI GIUDICI - MANCANZA DI INDIPENDENZA DEL CONSIGLIO NAZIONALE DELLA MAGISTRATURA - CONSEGUENTE COMPROMISSIONE DELL'INDIPENDENZA DELLA CORTE SUPREMA - VIOLAZIONE DELL'ART. 6 CEDU – SUSSISTENZA.**

*Corte EDU, Prima Sezione, Advance Pharma c. Polonia, 3 febbraio 2022.....pag. 17*



**ART. 6, § 1, CEDU - DIRITTO ALLA TUTELA GIURISDIZIONALE - RIMOZIONE DI UN COMPONENTE DEL CONSIGLIO NAZIONALE DELLA MAGISTRATURA - MANCANZA DI UN RIMEDIO GIURISDIZIONALE - VIOLAZIONE DELL'ART. 6 CEDU - ART. 10 CEDU - LIBERTÀ DI ESPRESSIONE - INTERFERENZA "NON NECESSARIA IN UNA SOCIETÀ DEMOCRATICA", NEI CONFRONTI DI UN SOGGETTO CHE SI ERA ESPRESSO CONTRO LE RIFORME GOVERNATIVE DEL SETTORE GIUDIZIARIO - VIOLAZIONE DELL'ART. 10 DELLA CONVENZIONE.**

*Corte EDU, Prima Sezione, Zurek c. Polonia, 16 giugno 2022.....pag. 24*



**ARTT. 8 E 6 CEDU - RIFIUTO DEI GIUDICI NAZIONALI DI ACCERTARE LEGALMENTE LA PATERNITÀ PER IL FIGLIO BIOLOGICO - MATERNITÀ SURROGATA - AFFIDAMENTO - INTERESSE SUPERIORE DEL MINORE - ART. 6 CEDU IN RELAZIONE ALL'ART. 8 - DURATA DEL PROCEDIMENTO INCOMPATIBILE CON IL DOVERE DI DILIGENZA.**

*Corte EDU, Quinta Sezione, A. L. contro Francia del 7 aprile 2022.....pag. 31*

#### **ART. 8 CEDU**

**ART. 8 DELLA CONVENZIONE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO - DICHIARAZIONE DI ADOTTABILITÀ - PROVVEDIMENTI DI ALLONTANAMENTO DI MINORE DAL NUCLEO FAMILIARE - BILANCIAMENTO DEGLI INTERESSI IN GIOCO - INTERESSI SUPERIORI DEL BAMBINO - NESSUNA CONSIDERAZIONE DELLA NECESSITÀ DI PRESERVARE, PER QUANTO POSSIBILE, IL LEGAME TRA MADRE E FIGLIA - ASSENZA DI PROPORZIONALITÀ.**

*Corte EDU, Prima Sezione, D. M. e N. c. Italia del 20 gennaio 2022.....pag. 35*



**ART. 8 CEDU - VITA FAMILIARE - RESPONSABILITÀ GENITORIALE - SOTTRAZIONE INTERNAZIONALE DI MINORI - FISSAZIONE RESIDENZA DEL MINORE PRESSO LA MADRE - GIUDIZIO DI EQUITÀ DEL BILANCIAMENTO OPERATO DALLA CORTE NAZIONALE.**

*Corte EDU, Terza Sezione, Spinelli c. Russia del 19 ottobre 2021.....pag. 40*



**ARTT. 8 E 10 CEDU - DIRITTO AL RISPETTO DELLA VITA PRIVATA E LIBERTÀ DI ESPRESSIONE - DIFFAMAZIONE IN SEDE CIVILE - BILANCIAMENTO TRA I DIRITTI DI CUI AGLI ARTICOLI 8 E 10 - AFFERMAZIONI PRONUNCIATE DA ALTI FUNZIONARI DELLO STATO E LORO MAGGIORE CAPACITÀ DI NUOCERE ALL'ALTRUI REPUTAZIONE - CONSEGUENZE DELLA FRASE DIFFAMATORIA SULL'ESERCIZIO DELLE FUNZIONI PROFESSIONALI DELL'AVVOCATO CUI ERA RIVOLTA - VIOLAZIONE DELL'ART. 10 CEDU - ESCLUSIONE - TEMPI RAGIONEVOLI ED ECCESSIVA DURATA DEL PROCESSO - VIOLAZIONE DELL'ART. 6 CEDU - SUSSISTENZA.**

*Corte EDU, Prima sezione, MESIĆ c. Croazia del 5 maggio 2022.....pag. 48*

## **ART. 9 CEDU**

**CROCIFISSO – ESPOSIZIONE NELLE AULE SCOLASTICHE – LAICITÀ DELLO STATO – SIMBOLO PASSIVO – LIBERTÀ DI RELIGIONE – LEGALITÀ AZIONE AMMINISTRATIVA – AUTOTUTELA DEL LAVORATORE – DIVIETO DI DISCRIMINAZIONE.**

*Cass. civile, Sez. Un., n. 24414 del 06/07/2021, dep. 09/09/2021.....pag. 53*

## **ART. 14 CEDU**

**ART. 14 CEDU IN RELAZIONE ALL'ART. 8 CEDU - DIVIETO DI DISCRIMINAZIONE – POTESTÀ GENITORIALE ED AFFIDAMENTO DEI FIGLI MINORI – ESCLUSIONE DI UN GENITORE IN RAGIONE DEL SUO ORIENTAMENTO SESSUALE - VIOLAZIONE DEL COMBINATO DISPOSTO DEGLI ART. 8 E 14 DELLA CONVENZIONE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO – SUSTISTENZA.**

*Corte EDU, Prima Sezione, X. c. Polonia del 16 settembre 2021- 28 febbraio 2022.....pag. 63*

**AREA CIVILE**

**REPORT RELATIVI ALLA  
CARTA DEI DIRITTI FONDAMENTALI DELL'UNIONE EUROPEA (CDFUE)  
ED AL TFUE**

**INDICE**

**ARTT. 50 e 52 CDFUE**

**NE BIS IN IDEM E CONDIZIONI DI POSSIBILI LIMITAZIONI - RINVIO PREGIUDIZIALE – CONCORRENZA – ART. 101 TFUE - CARTA DEI DIRITTI FONDAMENTALI DELL'UNIONE EUROPEA – ART. 50 – ART. 52, PARAGRAFO 1 - PRINCIPIO DEL NE BIS IN IDEM – PROPORZIONALITÀ – CUMULO DI PROCEDIMENTI E SANZIONI – PERSEGUIMENTO DI UN OBIETTIVO D'INTERESSE GENERALE.**

*Sentenze della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Grande Sezione, 22 marzo 2022, cause C-117/2020 bpost e C-151/2020 Nordzucker e.a .....pag. 71*

**ART. 267 TFUE**

**ART. 267 TFUE - RINVIO PREGIUDIZIALE – GIUDICE NAZIONALE AVVERSO LE CUI DECISIONI NON POSSA PROPORSI RICORSO GIURISDIZIONALE DI DIRITTO INTERNO – ECCEZIONI ALL'OBBLIGO DI EFFETTUARE IL RINVIO PREGIUDIZIALE.**

*Corte di Giustizia dell'UE, Grande Sezione, 6 ottobre 2021, Consorzio Italian Management e Catania Multiservizi S.p.A. c. Rete Ferroviaria Italiana S.p.A. (Caso C-561/19).....pag. 79*

**Art. 102 TFUE**

**ABUSO DI POSIZIONE DOMINANTE - DISPARITÀ DI TRATTAMENTO CHE GOOGLE LLC RISERVAVA AI SERVIZI DI SHOPPING COMPARATIVO SUL PROPRIO MOTORE DI RICERCA.**

*Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Tribunale, 10 novembre 2021, Google c. Commissione (Caso T-612/17).....pag. 88*

## **AREA CIVILE**

### **REPORT RELATIVI A DIRETTIVE EUROPEE TEMATICHE**

#### **INDICE**

##### **DIRETTIVA 2002/58/CE**

**TRATTAMENTO DEI DATI PERSONALI NEL SETTORE DELLE COMUNICAZIONI ELETTRONICHE – DIRETTIVA 2002/58/CE – RISERVATEZZA DELLE COMUNICAZIONI - CONSERVAZIONE GENERALIZZATA E INDIFFERENZIATA DEI DATI RELATIVI AL TRAFFICO ED ALL'UBICAZIONE FINALIZZATA ALLA PREVENZIONE, RICERCA, ACCERTAMENTO E PERSEGUIMENTO DEI REATI – CONTRASTO CON IL DIRITTO DELL'UNIONE – CONSERVAZIONE MIRATA NON DISCRIMINATORIA IN FUNZIONE DI CATEGORIE DI PERSONE O MEDIANTE CRITERIO GEOGRAFICO – AMMISSIBILITÀ – CONSERVAZIONE RAPIDA DI DATI – AMMISSIBILITÀ – CONSERVAZIONE GENERALIZZATA E INDIFFERENZIATA DEI SOLI INDIRIZZI IP E DEI DATI RELATIVI ALL'IDENTITÀ DEGLI UTENTI – AMMISSIBILITÀ.**

**ACCESSO DELLE AUTORITÀ NAZIONALI AI DATI CONSERVATI PER IL PERSEGUIMENTO DI REATI GRAVI – NECESSITÀ DI CONTROLLO PREVENTIVO EFFETTUATO DA AUTORITÀ IN POSIZIONE DI TERZIETÀ ED INDIPENDENZA.**

**NORMATIVA NAZIONALE SULLA CONSERVAZIONE GENERALIZZATA ED INDIFFERENZIATA DEI DATI INCOMPATIBILE CON IL DIRITTO DELL'UNIONE - UTILIZZAZIONE COME ELEMENTI DI PROVA DEI DATI ILLEGITTIMAMENTE CONSERVATI – VALUTAZIONE RISERVATA AL DIRITTO NAZIONALE NEL RISPETTO DEI PRINCIPI DI EQUIVALENZA ED EFFETTIVITÀ.**

*Corte di Giustizia UE (Grande Sezione) – 5 aprile 2022 – C-140/20 – G.D. c. Commissioner of An Garda Síochána, Minister for Communications, Energy and Natural Resources, Attorney General.....pag. 94*



**TUTELA DELLE PERSONE FISICHE CON RIGUARDO AL TRATTAMENTO DEI DATI PERSONALI – REGOLAMENTO (UE) 2016/679 – ARTICOLO 80 – RAPPRESENTANZA DEGLI INTERESSATI – LEGITTIMAZIONE AD AGIRE – ASSOCIAZIONE DI TUTELA DEGLI INTERESSI DEI CONSUMATORI – AZIONE RAPPRESENTATIVA INTENTATA DA UN'ASSOCIAZIONE DI TUTELA DEGLI INTERESSI DEI CONSUMATORI IN ASSENZA DI UN MANDATO E INDIPENDENTEMENTE DALLA VIOLAZIONE DI SPECIFICI DIRITTI DI UN INTERESSATO – AZIONE FONDATA SUL DIVIETO DELLE PRATICHE COMMERCIALI SLEALI, SULLA VIOLAZIONE DI UNA LEGGE IN MATERIA DI TUTELA DEI CONSUMATORI O SUL DIVIETO DI UTILIZZO DI CONDIZIONI GENERALI DI CONTRATTO NULLE – AMMISSIBILITÀ – PRESUPPOSTO.**

*Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, 28 aprile 2022 – C-319/20 Facebook Ireland c. Unione federale consumatori Germania.....pag. 115*



**DIRETTIVA 2004/38/CE**

**RINVIO PREGIUDIZIALE –DIRETTIVA 2004/38/CE - LIBERTÀ DI CIRCOLAZIONE E SOGGIORNO – TRASCRIZIONE DELL’ATTO DI NASCITA FORMATO ALL’ESTERO DA PARTE DI COPPIA OMOSESSUALE – RICONOSCIMENTO DEL RAPPORTO DI FILIAZIONE – RILASCIO DI UN DOCUMENTO DI IDENTITÀ – RISPETTO DELLA VITA PRIVATA E FAMILIARE – DIRITTI DEL MINORE.**

*Corte di Giustizia dell’Unione Europea Grande Sezione, 14 dicembre 2021, causa C-490/2020, V.M.A. contro Stolichna obshtina, rayon "Pancharevo".....pag. 121*



**DIRETTIVA 89/665/CEE**

**ART. 19 TUE - ART. 47 DELLA CARTA DEI DIRITTI FONDAMENTALI DELL’UNIONE EUROPEA - DIRETTIVA 89/665/CEE - PRINCIPI DI EFFETTIVITÀ ED EQUIVALENZA DELLA TUTELA GIURISDIZIONALE PER LE VIOLAZIONI DEL DIRITTO EUROPEO.**

*Corte di Giustizia dell’Unione Europea, Grande Sezione, 21 dicembre 2021, Randstad Italia SpA c. Synergie Italia agenzia per il lavoro SpA et al. (Caso C-497/20).....pag. 126*



**DIRETTIVA 2011/95/UE**

**RINVIO PREGIUDIZIALE – POLITICA COMUNE IN MATERIA DI ASILO E DI PROTEZIONE SUSSIDIARIA – NORME SULL’ATTRIBUZIONE, A CITTADINI DI PAESI TERZI O APOLIDI, DELLA QUALIFICA DI BENEFICIARIO DI PROTEZIONE INTERNAZIONALE – DIRETTIVA 2011/95/UE – ARTICOLI 3 E 23 – RICONOSCIMENTO DELLO STATUS DI RIFUGIATO DI UN GENITORE AL FIGLIO MINORE A TITOLO DERIVATO – MANTENIMENTO DELL’UNITÀ DEL NUCLEO FAMILIARE – INTERESSE SUPERIORE DEL BAMBINO.**

*Corte di Giustizia dell’UE, Grande Sezione, 9 novembre 2021, Causa C-91/20.....pag. 133*



**DIRETTIVE N. 2011/96 E 2014/52 UE**

**DIRETTIVA “VIA” N. 2011/96/UE - AMBIENTE – VALUTAZIONE DELL’IMPATTO AMBIENTALE – MINIERA DI TURÒW (POLONIA) – ESTRAZIONE DI LIGNITE – AUTORIZZAZIONE - ART. 259 TFUE – DOMANDA DI PROVVEDIMENTI PROVVISORI – BILANCIAMENTO DEGLI INTERESSI.**

*Corte di Giustizia dell’Unione Europea, 21 maggio 2021, causa C-121/21 .....pag. 139*



**DIRETTIVA 2006/112/CE**

**RINVIO PREGIUDIZIALE - DIRETTIVA 2006/112/CE - IMPOSTA SUL VALORE AGGIUNTO (IVA) - ESENZIONI - ARTICOLO 135, PARAGRAFO 1, LETTERA A) - OPERAZIONI DI ASSICURAZIONE, NONCHÉ PRESTAZIONI DI SERVIZI RELATIVE A TALI OPERAZIONI, EFFETTUATE DAI MEDIATORI E DAGLI INTERMEDIARI DI ASSICURAZIONE - PRESTAZIONE FORNITA PER UN ASSICURATORE, COMPOSTA DA VARI SERVIZI - QUALIFICAZIONE COME PRESTAZIONE UNICA.**

*Sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea Prima Sezione, 25 marzo 2021, causa C-907/19, Q-GmbH contro Finanzamt Z .....pag. 142*



**AREA CIVILE**

**REPORT RELATIVI ALLA  
CONVENZIONE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO (CEDU)**

## ART. 3 CEDU

**ART. 3 CEDU E ART. 14 CEDU – TRATTAMENTI INUMANI E DEGRADANTI - INCITAMENTO ALL’ODIO PER RAGIONI DI DISCRIMINAZIONE SESSUALE – ATTIVITÀ PERSECUTORIE POSTE IN ESSERE NEI CONFRONTI DI UN’ATTIVISTA DELLA COMUNITÀ OMOSESSUALE E *TRANSGENDER* ARMENA – INERZIA DELLE AUTORITÀ GIUDIZIARIE ARMENE - NECESSITÀ DI ENUCLEARE IL MOVENTE DEI DELITTI CONNOTATI DA SPINTE OMOFOBICHE - ASSENZA DI EFFICACI MECCANISMI DI DIRITTO PENALE INTERNO PER INVESTIGARE SU DENUNCE PER CONDOTTE DISCRIMINATORIE - VIOLAZIONE DELL’ART. 3 CEDU, COLLEGATO ALL’ART. 14 CEDU.**

*Corte EDU, Quarta Sezione, Oganezova c. Armenia del 17 maggio 2022, n. 72961/2012.*

<https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-217250>

### CLASSIFICAZIONE

**Art. 3 CEDU e art. 14 CEDU – Trattamenti inumani e degradanti - Incitamento all’odio per ragioni di discriminazione sessuale** – Attività persecutorie poste in essere nei confronti di **un’attivista della comunità omosessuale e *transgender* armena** con una massiccia campagna stampa, realizzata anche attraverso la rete telematica e l’utilizzo dei *social network* *Facebook* e *Youtube*, nonché con attacchi fisici ed un incendio doloso – Atteggiamento di **inerzia delle autorità giudiziarie armene** di fronte alle azioni persecutorie subite da un’attivista della comunità omosessuale e *transgender* – Individuazione degli strumenti di diritto penale attivabili nei confronti dei soggetti destinatari di comportamenti, fisici e morali, di natura discriminatoria sessuale – **Rimedi giuridici esperibili a tutela del soggetto vittima di una “campagna d’odio” omofobica** – Necessità di enucleare il **movente** dei delitti connotati da **spinte omofobiche**, rilevante sia sotto il profilo della configurazione del reato sia sotto il profilo degli strumenti sanzionatori – **Assenza di efficaci meccanismi di diritto penale interno per investigare su denunce per condotte discriminatorie - Violazione dell’art. 3 CEDU, collegato all’art. 14 CEDU.**

### PRONUNCIA SEGNALATA

*Corte EDU, Oganezova c. Armenia, 17 maggio 2022, n. 72961/2012.*

### Riferimenti normativi convenzionali

CEDU, artt. 3, 8, 14.

### Riferimenti normativi per l’ordinamento italiano

Cost., art. 2, 21 Cost.

## Riferimenti giurisprudenziali

### Sentenze della Corte EDU

Corte EDU, Association ACCEPT e altri c. Romania, 1 giugno 2021, n. 19237/16; Corte EDU, X. e altri c. Bulgaria, 2 febbraio 2021, n. 22457/16; Corte EDU, Sabalić c. Croazia, 14 gennaio 2021, n. 50231/13; Corte EDU, Aghdgomelashvili e Japaridze c. Georgia, 8 ottobre 2020, n. 7224/11; Corte EDU, Abu Zubaydah c. Lituania, 31 maggio 2018, n. 46454/11; Corte EDU, M.C. e A.C. c. Romania, 12 aprile 2016, n. 12060/12; Corte EDU, Identoba e altri c. Georgia, 12 maggio 2015, n. 73235/12; Corte EDU, Begheluri e altri c. Georgia, 7 ottobre 2014, n. 28490/02; Corte EDU, Costello-Roberts c. Regno Unito, 25 marzo 1993, serie A n. 247-C.

### Sentenze della Corte di cassazione

Sez. 1, n. 4534 del 6/12/2021, dep. 2012, Governatori, Rv. 282504-01; Sez. 5, n. 30545 del 25/5/2021, G., Rv. 281604-01; Sez. 5, n. 17950 del 1/3/2019, Giovanazzi, non mass.; Sez. 5, n. 26745 del 26/2/2016, Rao, non mass.; Sez. 6, n. 5400 del 23/1/2009, Vintur, Rv. 242698-01; Sez. 1, n. 2239 del 17/12/2004, Bouffenech, Rv. 230546-01; Sez. 6, n. 39709 del 15/11/2002, Toomassian Pour, Rv. 223198-01.

## ABSTRACT

*Con la pronuncia in esame la Corte EDU, pur premettendo che le sanzioni penali nei confronti dei soggetti responsabili di manifestazioni di discriminazione fondate sull'identità sessuale delle vittime possono essere invocate solo come misure da adottare extrema ratio, ha affermato che, **qualora l'azione di incitamento discriminatorio si concretizzi in reati gravi diretti contro l'integrità fisica o psichica di una persona, solo l'attivazione di strumenti penalistici efficienti può garantire un'adeguata protezione e fungere da fattore deterrente.***

*In questa cornice, la Corte EDU ha affermato che, nel caso di specie, riguardante un'attivista dei diritti della comunità omosessuale e transgender armena conosciuta a livello internazionale, erano necessarie misure di diritto penale per contrastare le aggressioni verbali e le intimidazioni motivate da atteggiamenti discriminatori poste in essere nei confronti della ricorrente, nel corso di **una campagna omofobica** che si è protratta per tutto il 2011, **sia a mezzo stampa che con condotte di aggressione fisica.***

*La Corte EDU ha affermato che i commenti odiosi posti in essere nei confronti della ricorrente contenevano richiami espliciti alla violenza nei suoi confronti, che richiedevano un'adeguata protezione con gli strumenti del diritto penale, la cui assenza, riscontrabile nell'ordinamento giuridico armeno, ha comportato che **il movente omofobico dell'attentato incendiario***

**verificatosi nel locale pubblico gestito da Armine Oganezova, il bar "Diy Club" di Yerevan, pur incontroverso, era rimasto sprovvisto di sanzione penale.**

*La Corte EDU, infine, ha affermato che, alla luce degli atti di violenza posti in essere nei confronti della ricorrente, le autorità giudiziarie armene avrebbero dovuto valutare i commenti odiosi pubblicati sulle piattaforme dei social media più seriamente di quanto non avvenuto nel caso di specie, atteso che, all'esito delle indagini sviluppate in relazione all'attentato incendiario patito dalla vittima la notte dell'8 maggio 2011, gli autori dell'azione criminosa sono stati condannati esclusivamente per il reato di incendio doloso, senza alcuna considerazione del movente omofobico sotteso all'attività intimidatoria.*

## **IL CASO**

Il procedimento è stato instaurato su ricorso di Armine Oganezova, nota all'opinione pubblica con il soprannome di "Tsomak", membro della comunità omosessuale e *transgender* armena, conosciuta a livello internazionale, tanto da partecipare a importanti manifestazioni svoltesi in diversi Paesi europei finalizzate a tutelare i diritti di queste categorie soggettive.

La ricorrente era anche proprietaria di un bar, denominato "Diy Club", ubicato nel centro urbano di Yerevan, la capitale armena, dove i membri della comunità omosessuale e *transgender* locale si incontravano abitualmente e dove periodicamente si svolgevano delle manifestazioni pubbliche, riguardanti la tutela dei diritti di tale comunità.

Nel corso del 2011, Armine Oganezova, dopo avere partecipato a una marcia del *gay pride* a Istanbul, rilasciava due interviste sulla situazione dei diritti umani nel suo Paese, che avevano una vasta eco mediatica in Armenia, nelle quali utilizzava toni fortemente critici verso lo stato di stagnazione del dibattito, culturale e politico, su tali questioni. Dopo tali interventi giornalistici, l'**attivista armena** diventava oggetto di una campagna di stampa dai toni aspramente persecutori, sviluppata anche sulla rete telematica e sui *social network Facebook* e *Youtube*, accompagnata da **intimidazioni e minacce fisiche incentrate sul suo orientamento sessuale.**

In questo contesto, si è inserito l'**attentato incendiario** verificatosi **all'interno del bar "Diy Club" di Yerevan, gestito dalla ricorrente**, nella notte dell'8 maggio 2011, incendio sviluppatosi dopo che il locale in questione era stato visitato da **due soggetti appartenenti alla comunità neonazista armena**, con i quali si erano verificate delle scaramucce con alcuni frequentatori dell'esercizio pubblico, anche a causa del loro atteggiamento provocatorio. **Uno di costoro è stato successivamente identificato per essere tra gli autori dell'attentato incendiario**, grazie alle telecamere di sicurezza installate nel locale, anche se le Forze dell'Ordine armene, nonostante l'intervenuto riconoscimento, non attivavano alcuna attività investigativa nella direzione palesemente omofobica che caratterizzava l'azione criminosa commessa in danno di Armine Oganezova, limitandosi a considerare l'intimidazione come un semplice incendio doloso.

Nel frattempo, proseguiva la **massiccia campagna stampa di matrice omofobica nei confronti di Armine Oganezova, accompagnata da costanti minacce di morte e dall'incitamento all'odio nei suoi riguardi**, alla quale, tra l'altro, prendevano parte anche parlamentari di alto rango ed esponenti del mondo politico armeno, che accentuavano ulteriormente lo **stato di isolamento patito dalla ricorrente, emarginandola nel suo stesso ambiente**.

La dilagante campagna persecutoria attivata contro la ricorrente, dunque, ha ottenuto il risultato di pregiudicare gravemente le sue relazioni sociali e personali, limitandone l'impegno nelle attività legate alla tutela dei diritti della comunità omosessuale e *transgender* armena. In conseguenza di questa persistente attività vessatoria l'attivista, dapprima, si isolava dal suo ambiente di riferimento e, successivamente, lasciava l'Armenia.

In questo modo, **Armine Oganezova è stata privata dell'opportunità di continuare il suo impegno nella tutela dei diritti della comunità omosessuale e transgender**, venendo **costretta ad allontanarsi dal suo Paese**, e **privata**, altresì, **delle sue relazioni sociali, emarginata dal suo ambiente lavorativo**, patendo un **isolamento che ha danneggiato gravemente la sua salute psichica**.

## **IL RICORSO**

Con il ricorso in esame Armine Oganezova sosteneva che l'attentato doloso di matrice omofobica subito l'8 maggio 2011 e la contestuale campagna di stampa di natura discriminatoria che aveva patito per un lungo periodo, nel corso del 2011 – che si sviluppava attraverso minacce verbali e fisiche, attacchi individuali e collettivi, incitamento all'odio da parte di esponenti politici di primo piano – costituivano un trattamento disumano, che concretizzava una violazione dell'art. 3 CEDU. Questa violazione, a sua volta, andava correlata a quella dell'art. 14 dello stesso testo normativo, che assicura il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti convenzionalmente senza nessuna discriminazione, fondata «sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o quelle di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita od ogni altra condizione».

La ricorrente inquadrava in questo contesto anche l'attentato incendiario dell'8 maggio 2011, che aveva danneggiato il suo locale, denominato "Diy Club", ubicato nel centro urbano di Yerevan, dove i membri della comunità omosessuale e *transgender* armena si incontravano abitualmente. Infatti, l'attentato incendiario perseguiva lo scopo, incontroverso, di intimidire la ricorrente, sottoponendola a vessazioni psicologiche insostenibili, che avevano come obiettivo ultimo quello di emarginarla dall'ambiente sociale nel quale viveva e di impedirle di svolgere la sua funzione di attivista dei diritti della comunità omosessuale e *transgender* armena.

In conseguenza di questa lunga attività persecutoria, Armine Oganezova aveva vissuto una situazione di grave disagio fisio-psichico, sociale e professionale, che aveva determinato sia una condizione di grave prostrazione psicologica sia la perdita delle sue abituali fonti di reddito.

L'attività persecutoria posta in essere nei suoi confronti, quindi, aveva sortito i suoi effetti, emarginando la ricorrente e privando, al contempo, la comunità omosessuale e *transgender* armena di un luogo di incontro e di uno spazio di confronto, sociale e culturale.

La ricorrente sosteneva ulteriormente che le autorità armene non avevano predisposto alcuna attività d'indagine finalizzata a consacrare processualmente il movente omofobico dell'incendio doloso dell'8 maggio 2011, limitandosi a punire i responsabili dell'azione incendiaria, senza impedire il protrarsi della campagna persecutoria posta in essere nei suoi confronti.

L'inerzia delle autorità armene doveva ritenersi ancora più ingiustificata alla luce del fatto che le indagini penali erano state minate dal comportamento delle Forze dell'Ordine, che, nella sostanza, avevano mostrato un atteggiamento di connivente disinteresse verso le reiterate azioni persecutorie poste in essere in danno di Armine Oganezova.

## **LA DECISIONE**

La Corte EDU, decidendo il ricorso proposto da Armine Oganezova, muove dalla premessa sistematica secondo cui le sanzioni penali nei confronti dei soggetti responsabili di manifestazioni di odio, caratterizzate da intenti discriminatori e finalizzate a incitare alla violenza nei confronti di soggetti per il loro orientamento sessuale, possono essere invocate solo come misura estrema, laddove non sia possibile perseguire obiettivi di tutela della vittima con altri strumenti normativi. La Corte EDU, tuttavia, precisa subito che **nelle ipotesi in cui le "campagne d'odio" si concretizzano in condotte illecite di elevato disvalore, che minano l'integrità fisica o psichica di una persona**, come nel caso degli attacchi omofobici patiti da Armine Oganezova, **soltanto l'attivazione di strumenti di diritto penale efficienti può garantire un'adeguata protezione delle vittime e fungere da fattore deterrente, impedendo il protrarsi di comportamenti lesivi dei diritti riconosciuti all'individuo dal combinato disposto degli artt. 3 e 14 CEDU, violati nel caso di specie.**

In questa cornice, la Corte di Strasburgo ha accertato che, nel caso in esame, era necessaria l'attivazione di strumenti di diritto penale per contrastare le aggressioni verbali e le minacce fisiche rivolte ad Armine Oganezova, motivate da atteggiamenti discriminatori nei suoi confronti. L'improcrastinabilità di tali misure, a ben vedere, era resa evidente dall'attentato incendiario verificatosi la notte dell'8 maggio 2011 presso il locale della ricorrente, che attestava la gravità delle azioni persecutorie poste in essere in suo danno.

La Corte EDU, inoltre, ha ritenuto che gli attacchi omofobici espressi nei confronti di Armine Oganezova nel corso della campagna stampa ordita nei suoi confronti, oltre a possedere un contenuto univocamente discriminatorio, contenessero invocazioni esplicite alla violenza fisica contro la ricorrente, che avrebbero imposto un'adeguata protezione con gli strumenti del diritto penale, che non solo non erano stati attivati nel caso di specie, ma non erano nemmeno previsti dall'ordinamento giuridico armeno.

Da tale situazione è conseguito che, nonostante l'attentato in danno del locale di Armine Oganezova fosse stato commesso per **ragioni palesemente omofobiche**, collegate all'impegno di attivista dei diritti umani della comunità omosessuale e *transgender* armena svolto dall'istante, le **autorità giudiziarie armene hanno affrontato le condotte illecite poste in essere in danno della ricorrente come un incendio doloso, ignorando il movente discriminatorio dell'azione criminosa.**

In altri termini, sebbene gli autori dell'attentato incendiario commesso in danno del locale della ricorrente siano stati individuati e condannati, nel formulare il giudizio di colpevolezza nei loro confronti le autorità giudiziarie armene non hanno tenuto conto del **movente discriminatorio, incentrato sull'orientamento sessuale della vittima**, rendendo prive di rilievo penale queste, pur decisive, connotazioni della vicenda processuale, pretermettendo le quali la risposta giudiziaria agli accadimenti criminosi si era rivelata insufficiente e inadeguata.

Senza considerare che la mancata enucleazione del movente omofobico sotteso all'attentato incendiario verificatosi nel locale di Armine Oganezova, ritenuto decisivo per la configurazione dell'ipotesi di reato oggetto di vaglio, ha portato all'assimilazione di condotte illecite eterogenee, che a sua volta ha determinato un **trattamento sanzionatorio inconciliabile con l'art. 14 CEDU.**

Le autorità giudiziarie armene, dunque, non potevano omettere di adempiere all'obbligo di accertare se l'incendio doloso del locale di Armine Oganezova, evidentemente motivato dall'orientamento sessuale della ricorrente, costituisse un reato commesso per ragioni omofobiche (*Corte EDU, Begheluri e altri c. Georgia*, 7 ottobre 2014, cit.).

Ne discende che, tenuto conto delle modalità con cui si è concretizzata la campagna stampa omofobica nei confronti di Armine Oganezova e della notevole diffusione che questa vicenda ha avuto in Armenia, le autorità giudiziarie avrebbero dovuto contrastare con modalità più incisive l'azione persecutoria subita dalla ricorrente, impedendo che si realizzassero le condizioni per effetto delle quali l'istante era stata costretta a lasciare il suo Paese (*Corte EDU, Association ACCEPT e altri c. Romania*, 1 giugno 2021, cit.).

D'altra parte, è incontroverso – a giudizio della Corte EDU - che **nei confronti di Armine Oganezova si sia concretizzata una violazione dei suoi diritti, tutelati dal combinato disposto degli artt. 3 e 14 CEDU**, rispetto alla quale non assume rilievo decisivo **la mancanza di una legislazione dedicata alla repressione delle condotte persecutorie fondate su ragioni omofobiche**, che, al contrario, **rivela un comportamento di ingiustificabile inerzia normativa, reso ancora più grave, sul piano sistematico, dall'assenza di una definizione giuridica delle condotte discriminatorie.**

Queste disfunzioni, istituzionali e normative, hanno comportato che i reati caratterizzati da un movente omofobico, pur incontroverso, siano stati trattati alla stessa stregua dei casi che non presentano tali connotazioni, provocando un atteggiamento inammissibile di indifferenza, che poteva sfociare in atteggiamenti di acquiescenza o addirittura di connivenza alle condotte

discriminatorie sessuali che si stanno considerando (Corte EDU, *Identoba e altri c. Georgia*, 12 maggio 2015, cit.).

## **OSSERVAZIONI FINALI**

La decisione della Corte EDU che si commenta si inserisce in un dibattito molto sentito a livello internazionale, che è quello dell'individuazione degli strumenti di diritto penale utilizzabili in funzione di contrasto ai comportamenti criminosi connotati da un movente omofobico. Gli echi di questo dibattito, del resto, si sono avvertiti anche nel nostro Paese, a seguito della presentazione di un disegno di legge sulla trans-omofobia, molto commentato dalla pubblica opinione, che ha avuto un andamento tormentato.

Questa pronuncia giurisdizionale deve essere salutata con estremo favore, atteso che **la repressione delle condotte illecite connotate da una matrice omofobica impone la predisposizione di adeguati strumenti di contrasto penalistici**, la cui eventuale assenza non può giustificare l'assimilazione di comportamenti criminosi discriminatori a condotte illecite sprovviste di tale, peculiare, caratterizzazione causale, a maggior ragione quando ci si trova di fronte a "campagne d'odio" alimentate dagli organi di stampa e dall'utilizzo di *social network*.

Ne deriva ulteriormente che, a seguito della pronuncia che si commenta, **non è più possibile assimilare i reati caratterizzati da un movente omofobico certo alle condotte illecite prive di tale connotazione discriminatoria**, non potendosi stabilire alcuna equivalenza strutturale tra fattispecie differenti sul piano della causale criminosa. Di più, l'assimilazione di tali reati, in termini analoghi a quanto si è verificato nella vicenda processuale di Armine Oganezova, determina un'ingiustificata inerzia delle autorità giudiziarie, che può comportare il rischio di atteggiamenti istituzionali di acquiescenza o di connivenza rispetto alle condotte discriminatorie che si stanno considerando, lasciando prive di tutela le vittime di gravi condotte illecite.

In altri termini, **l'emersione di un movente omofobico del reato impone l'attivazione di adeguati strumenti di diritto penale**, idonei a chiarire **il movente discriminatorio** e a **sanzionare i responsabili** di tali condotte illecite, che devono essere contrastate **alla luce delle loro peculiari connotazioni causali**.

Il movente omofobico, quindi, diventa indispensabile sia sotto il profilo strutturale, assumendo un rilievo decisivo ai fini della configurazione della fattispecie, semplice o circostanziata, contestata all'imputato, sia sotto il profilo sanzionatorio, dovendo essere repressa la commissione di reati caratterizzati da una causale discriminatoria sessuale con una pena adeguata all'elevato disvalore di tali comportamenti criminosi.



## ART. 6 CEDU

**ART. 6 CEDU - TRIBUNALE INDIPENDENTE E IMPARZIALE ISTITUITO PER LEGGE - DIRITTO AD UN PROCESSO EQUO - NOMINA DEI GIUDICI DELLA SEZIONE CIVILE DELLA CORTE SUPREMA POLACCA - RIFORMA LEGISLATIVA DEL CONSIGLIO NAZIONALE DELLA MAGISTRATURA POLACCO - NOMINA DEI COMPONENTI TOGATI DA PARTE DELLA CAMERA BASSA, ANZICHE' DA PARTE DEI GIUDICI - MANCANZA DI INDIPENDENZA DEL CONSIGLIO NAZIONALE DELLA MAGISTRATURA - CONSEGUENTE COMPROMISSIONE DELL'INDIPENDENZA DELLA CORTE SUPREMA - VIOLAZIONE DELL'ART. 6 CEDU - SUSSISTENZA.**

*Corte EDU, Prima Sezione, Advance Pharma c. Polonia, 3 febbraio 2022.*

<https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-215388>

### CLASSIFICAZIONE

**ART. 6 CEDU - TRIBUNALE INDIPENDENTE E IMPARZIALE ISTITUITO PER LEGGE - DIRITTO AD UN PROCESSO EQUO - NOMINA DEI GIUDICI DELLA SEZIONE CIVILE DELLA CORTE SUPREMA POLACCA - RIFORMA LEGISLATIVA DEL CONSIGLIO NAZIONALE DELLA MAGISTRATURA POLACCO - NOMINA DEI COMPONENTI TOGATI DA PARTE DELLA CAMERA BASSA, ANZICHE' DA PARTE DEI GIUDICI - MANCANZA DI INDIPENDENZA DEL CONSIGLIO NAZIONALE DELLA MAGISTRATURA - VIOLAZIONI MANIFESTE DEL DIRITTO INTERNO - CONSEGUENTE COMPROMISSIONE DELL'INDIPENDENZA DELLA CORTE SUPREMA - VIZIO FONDAMENTALE DEL PROCESSO DE QUO - VIOLAZIONE DELL'ART. 6-1 CONVENZIONE EDU - SUSSISTENZA -**

*Corte EDU, Prima Sezione, 3 febbraio 2022, Advance Pharma c. Polonia.*

<https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-215388>

### RIFERIMENTI NORMATIVI

CONVENZIONE EDU, ART. 6 § 1

### RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI

Sulla nozione di Tribunale istituito per legge di cui all'art. 6 della Convenzione europea: *Corte Edu, Guðmundur Andri Ástráðsson c. Islanda, 1 dicembre 2020.*

Sulla mancanza di indipendenza del Consiglio Nazionale della Magistratura polacco dal legislatore e dall'esecutivo: *Corte Edu Reczkowicz c. Polonia, 22 luglio 2021; Corte EDU, Xero Flor w Polsce sp. z o.o. v. Polonia.*

Sulla mancanza di indipendenza della Corte Suprema polacca in seguito alla riforma legislativa concernente la nomina dei giudici: *Corte Edu Reczkowicz c. Polonia, 22 luglio 2021; Dolińska-Ficek e Ozimek c. Polonia, 8 novembre 2021.*

Sulla violazione dello Stato di diritto in conseguenza delle recenti riforme legislative del sistema giudiziario in Polonia: *CGUE, cause riunite C-585/18, C-624/18 e C-625/18, AK e altri (Indipendenza della Sezione Disciplinare della Corte Suprema), EU:C:2019:982; cause riunite C-558/18 e C-563/18, Miasto Lowicz (Riforma del sistema disciplinare dei magistrati), EU:C:2020:34; causa C-824/18, A. B. e altri (Nomina a un posto di giudice della Corte Suprema e indipendenza del Consiglio Nazionale della Magistratura), EU:C:2021:153; causa C-192/18, Commissione c. Polonia (Indipendenza dei tribunali ordinari), EU:C:2019:924; causa C-619/18, Commissione c. Polonia (Indipendenza della Corte Suprema), EU:C:2019:531; causa C-791/19, Commissione c. Polonia (Regime disciplinare applicabile ai giudici), EU:C:2021:596).*

### **PRONUNCIA SEGNALATA**

*Corte EDU, Prima Sezione, 3 febbraio 2022, Advance Pharma c. Polonia.*

### **ABSTRACT**

*La ricorrente è una società distributrice di integratori alimentari che ha dato avvio ad una causa di risarcimento-danni contro l'Erario dello Stato, decisa in sede di legittimità da una Sezione civile della Corte Suprema polacca. Dopo aver visto definitivamente respinta la sua domanda, la ricorrente ha denunciato dinanzi alla Corte Edu la violazione del **diritto a essere giudicata da un tribunale indipendente ed imparziale istituito per legge**, riconosciuto dall'**art. 6-1 della Convenzione EDU**. A tale riguardo, ha dedotto che i **componenti della Sezione civile della Corte Suprema polacca** chiamata a decidere in sede di legittimità la causa da lei promossa erano stati **nominati dal Presidente della Repubblica su proposta del Consiglio Nazionale della Magistratura (CNM)** dopo l'entrata in vigore della legge di **riforma del 2017** in base alla quale i **membri togati del CNM non sono più eletti dai giudici ma dalla Camera bassa del Parlamento (Sejm)**. Ha inoltre lamentato che il Presidente della Repubblica avesse proceduto alla nomina di quei giudici senza che il bando di concorso fosse stato controfirmato dal Primo Ministro e nonostante un provvedimento della Corte Suprema Amministrativa avesse sospeso gli effetti della delibera del CNM recante la proposta, sicché il procedimento di nomina doveva ritenersi affetto da **violazioni manifeste del diritto interno**. La Corte Edu ha fatto applicazione del "**test-soglia**" elaborato nella sentenza *Guðmundur Andri Ástráðsson c. Islanda* e ha affermato che **il procedimento di nomina dei giudici della Corte Suprema** che hanno deciso il caso è stato **indebitamente influenzato dai poteri legislativo ed esecutivo**, a mezzo di **manifeste violazioni del diritto interno**. Al riguardo, ha in primo luogo rilevato che, per effetto del vigente sistema di nomina dei suoi componenti, **il CNM polacco non fornisce sufficienti garanzie di indipendenza della magistratura dai poteri legislativo ed esecutivo**. Ha poi ritenuto che la nomina di quei giudici alla Corte Suprema da parte del Presidente della Repubblica, nonostante la Corte Suprema Amministrativa avesse sospeso*

*l'efficacia della proposta del CNM, costituiva un'ulteriore, manifesta violazione del diritto interno. Ha pertanto concluso che nel caso in esame si è prodotto un **vizio fondamentale del processo civile promosso dalla ricorrente, derivante dall'avvenuta compromissione della legittimità della Corte Suprema, la quale perciò non può essere considerata "giudice indipendente e imparziale, istituito per legge", con conseguente violazione dell'art. 6-1 della Convenzione EDU.***

## **IL CASO**

La società *Advance Pharma* ha dedotto dinanzi alla Corte EDU che la Sezione Civile della Corte Suprema che aveva deciso il suo caso non rappresentava un "tribunale imparziale ed indipendente, istituito per legge", ai sensi dell'art. 6 § 1 della Convenzione, in quanto i tre componenti del collegio erano stati nominati all'esito di un procedimento caratterizzato da varie irregolarità.

Tali irregolarità trovavano origine nell'approvazione, avvenuta nel 2017 nell'ambito di una più ampia riorganizzazione del sistema giudiziario polacco, della legge di modifica del Consiglio Nazionale della Magistratura (CND). Tale legge, contrariamente al passato, affida alla Camera bassa del Parlamento (*Sejm*) il compito di nominare i membri togati del CNJ, privando così i magistrati del diritto di voto loro in precedenza riconosciuto nel rispetto dei pertinenti *standard* internazionali.

A seguito della pubblicazione in Gazzetta Ufficiale del bando di concorso relativo a sette posti vacanti presso la Sezione Civile della Suprema Corte, il nuovo CNM, i cui membri togati erano stati nominati dalla Camera Bassa, aveva adottato la delibera con cui ha proposto al Capo dello Stato la nomina di un pari numero di candidati, tra i quali i tre componenti del collegio al quale era stata in seguito affidata la decisione della causa che vedeva la società ricorrente come parte attrice.

Uno dei candidati pretermessi aveva tempestivamente presentato ricorso alla Corte Suprema Amministrativa, che aveva sospeso l'efficacia della delibera consiliare. Ciononostante, il Presidente della Repubblica aveva proceduto alla nomina dei giudici proposti dal CNM. Lo stesso giorno erano state consegnate agli interessati le lettere di nomina e i sette giudici avevano prestato giuramento.

A seguito di rinvio pregiudiziale alla CGUE, che si è pronunciata con sentenza del 2 marzo 2021 (causa C-824/18, *A. B. e altri (Nomina a un posto di giudice della Corte Suprema e indipendenza del Consiglio Nazionale della Magistratura)*, EU:C:2021:153), la Corte Suprema Amministrativa (CSA) ha annullato la delibera consiliare. La CSA ha ritenuto, in particolare, che il CNM avesse intenzionalmente cercato di rendere impossibile il controllo giudiziario della delibera impugnata, poiché aveva tardato più di un mese nella trasmissione del ricorso, mentre nel frattempo aveva immediatamente sottoposto la proposta di nomina al Capo dello Stato. La CSA ha osservato,

inoltre, che il bando relativo ai posti vacanti presso la Corte Suprema, per essere valido, avrebbe per legge necessitato la controfirma del Primo Ministro, che, al contrario, risultava mancante.

**LA DECISIONE DELLA CORTE: violazione del diritto ad un giudice imparziale e indipendente, istituito per legge.**

Innanzitutto, la Corte EDU ha valutato se, nel caso in esame, fosse stato violato il diritto ad un "tribunale imparziale ed indipendente, istituito per legge". A tale scopo, ha fatto espressa applicazione del "**test-soglia**" (*threshold test*) elaborato nella sentenza *Guðmundur Andri Ástráðsson c. Islanda*, scandito da tre consecutivi passaggi.

Il primo passaggio impone di verificare la sussistenza di una violazione manifesta (testualmente, "flagrante"), del diritto interno sulle nomine giudiziarie.

L'esito positivo di tale verifica è, di per sé, sufficiente a far ritenere violato il diritto ad un tribunale istituito per legge e dotato delle richieste connotazioni di imparzialità e indipendenza, tanto che l'esame va proseguito solo in caso di esito negativo del primo passaggio.

Il secondo passaggio mira a verificare se il giudice che ha deciso un certo caso, sia pure nominato in assenza di violazioni manifeste della normativa interna, sia stato effettivamente in grado di svolgere i suoi compiti libero da interferenze, preservando così lo Stato di diritto e la separazione dei poteri.

Il terzo passaggio, infine, consiste nel prendere in considerazione la valutazione svolta dai giudici nazionali sulle conseguenze che la violazione di norme interne ha avuto sul diritto a un giudice rispondente ai criteri richiesti dalla Convenzione EDU. Qualora risultasse che i giudici nazionali hanno debitamente valutato i fatti e le denunce alla luce delle norme della Convenzione EDU, adeguatamente ponderato gli interessi concorrenti in gioco e tratto le necessarie conclusioni, infatti, la Corte EDU potrebbe ritenere avverata la violazione del diritto al giusto processo - *sub specie* di diritto al tribunale imparziale e indipendente, istituito per legge - solo in presenza di elementi concludenti.

Nel caso di specie la Corte Edu ha, già nel primo passaggio del test, accertato **due violazioni manifeste** della normativa interna sulle nomine giudiziarie (cfr. paragrafi 313-334).

In primo luogo, la Corte ha stabilito che una violazione del diritto interno era stata causata dalla **partecipazione del nuovo CNM al procedimento di nomina dei giudici della Sezione Civile della Corte Suprema** che avevano deciso la causa della ricorrente.

Riprendendo alcuni rilievi già contenuti nella sentenza *Reczkowicz c. Polonia* - relativa alla composizione della Sezione Disciplinare della Corte Suprema polacca, di nuova istituzione - la Corte ha osservato che la Costituzione polacca affida al CNM il compito di garantire l'autonomia e l'indipendenza della magistratura, e a tal fine prevede l'intervento del Consiglio nel procedimento di nomina dei giudici (art. 186 Cost. polacca). La possibilità riconosciuta all'organo di presentare una rosa di nomi al Presidente della Repubblica rappresenta pertanto uno strumento di limitazione oggettiva alla discrezionalità presidenziale. Tuttavia, tale scopo può

essere raggiunto solo se il CNM è un organo sufficientemente indipendente non solo dall'organo del potere esecutivo a cui consegna la propria proposta, ma anche dal potere legislativo. Secondo la Corte EDU, al contrario, **a seguito della riforma del 2017 il CNM non può essere più considerato indipendente dal potere legislativo e da quello esecutivo, dato che ad essi è direttamente affidata la scelta di ben ventitré membri su venticinque**, con la sola eccezione del Presidente della Corte Suprema e del Presidente della Corte Suprema Amministrativa, membri di diritto.

La Corte EDU ha inoltre osservato che la sentenza della Corte costituzionale polacca del 24 novembre 2021, ritenendo incompatibile l'articolo 6 § 1 della Convenzione e il diritto a un equo processo ivi sancito con varie disposizioni della Costituzione polacca, era stata pronunciata in un apparente tentativo di impedire l'esecuzione della sentenza della Corte Xero Flor w Polsce sp. z.o.o ai sensi dell'articolo 46 della Convenzione e di limitare la competenza riconosciuta alla Corte EDU ai sensi degli articoli 19 e 32 della Convenzione nei confronti della Polonia.

La Corte ha poi ritenuto che un'altra manifesta violazione del diritto interno si fosse verificata mediante la **nomina da parte del Presidente della Repubblica** dei giudici proposti dal CNM, **nonostante la Corte Suprema Amministrativa avesse già sospeso la relativa delibera consiliare**. Secondo la Corte EDU, infatti, il comportamento della più alta carica dello Stato che intenzionalmente ignora una decisione giudiziaria al fine di rendere privo di significato il controllo esercitato dagli altri poteri dello Stato sulle nomine dei giudici, non può che essere considerato come una **palese sfida ai principi cardine dello Stato di diritto**.

La società ricorrente aveva dedotto che il procedimento di nomina dei giudici che avevano deciso il proprio caso era affetto anche da un'ulteriore violazione manifesta del diritto interno, derivante dal fatto che il bando con cui il Presidente della Repubblica aveva reso noti i posti vacanti alla Corte Suprema non era stato controfirmato dal Primo Ministro.

La Corte Edu non ha però ritenuto necessario esprimersi al riguardo, reputando esplicitamente che la sussistenza delle prime due violazioni bastasse già a rendere intrinsecamente difettoso il processo di nomina dei giudici della Sezione Civile della Corte Suprema che si erano occupati del caso in esame.

Ha inoltre rilevato che la pertinente delibera del CNM era stata sottoposta a sindacato giurisdizionale da parte della Corte Suprema Amministrativa, la quale aveva pronunciato l'annullamento di tale delibera. Tuttavia, le azioni delle autorità polacche, intraprese in manifesta violazione del diritto interno, avevano reso tale controllo giurisdizionale privo di effetto, sicché doveva essere respinta l'eccezione di non esaurimento dei ricorsi interni proposta dal Governo polacco, in quanto nel caso di specie il previsto ricorso alla Corte costituzionale contro le regole che disciplinano il procedimento di nomina dei giudici mancava di concrete prospettive di successo.

Ha pertanto concluso, all'unanimità, che nel caso in esame si è prodotto un **vizio fondamentale del processo civile**, derivante dall'avvenuta **compromissione della legittimità della**

**composizione della Corte Suprema** decidente, la quale perciò non può essere considerata "giudice indipendente e imparziale, istituito per legge" ai sensi della Convenzione EDU, con conseguente **violazione dell'art. 6-1 della Convenzione EDU**.

La Corte EDU ha pertanto sollecitato la Polonia, nell'interesse dello Stato di diritto e dei principi della separazione dei poteri e dell'indipendenza della magistratura, ad intraprendere un'azione rapida per porre rimedio alla rilevata violazione. La Corte si è astenuta dal fornire indicazioni specifiche circa il tipo di intervento necessario, ma ha chiaramente indicato che la prosecuzione dell'attività del CNM nella composizione prevista dalla legge di modifica del 2017 e il suo coinvolgimento nelle nomine giudiziarie comporterebbe una **disfunzione sistemica** idonea a produrre in futuro plurime violazioni del diritto a un "tribunale indipendente e imparziale, istituito per legge", causando in tal modo un ulteriore aggravamento della **crisi dello Stato di diritto in Polonia**.

### **OSSERVAZIONI FINALI**

Negli ultimi anni diverse istituzioni europee hanno censurato il fatto che, per effetto delle **recenti riforme**, l'influenza del potere esecutivo e del potere legislativo sul sistema giudiziario polacco sia andata aumentando, a scapito dell'**indipendenza della magistratura** e, quindi, del **rispetto dei principi-cardine dello Stato di diritto**.

Tra queste, ad esempio, la **Rete europea dei Consigli di Giustizia (ENCJ)**, organo del Consiglio d'Europa, che a seguito della riforma delle modalità di elezione dei membri del CNM, ha dapprima (il 17 settembre 2018) sospeso e poi (il 28 ottobre 2018) espulso il Consiglio polacco. Sempre nell'ambito del Consiglio d'Europa, il **Consiglio consultivo dei giudici europei (CCJE)**, ha risposto alle riforme riguardanti il sistema giudiziario polacco adottando aggiornate raccomandazioni sui Consigli di giustizia (*Opinion n. 24 (2021) "Evolution of the Councils for the Judiciary and their role in independent and impartial judicial systems"*) e sull'indipendenza dei giudici (*2019 edition of the Report on judicial independence and impartiality in the Council of Europe member States*).

Un ruolo di primaria importanza è stato svolto dalla **Corte di Giustizia dell'UE**. Con una serie di pronunce emesse tanto in sede di rinvio pregiudiziale (cause riunite C-585/18, C-624/18 e C-625/18, *AK e altri (Indipendenza della Sezione Disciplinare della Corte Suprema)*, EU:C:2019:982; cause riunite C-558/18 e C-563/18, *Miasto Lowicz (Riforma del sistema disciplinare dei magistrati)*, EU:C:2020:34; causa C-824/18, *A. B. e altri (Nomina a un posto di giudice della Corte Suprema e indipendenza del Consiglio Nazionale della Magistratura)*, cit.), che nell'ambito di procedure di infrazione (causa C-192/18, *Commissione c. Polonia (Indipendenza dei tribunali ordinari)*, EU:C:2019:924; causa C-619/18, *Commissione c. Polonia (Indipendenza della Corte Suprema)*, EU:C:2019:531; causa C-791/19, *Commissione c. Polonia (Regime disciplinare applicabile ai giudici)*, EU:C:2021:596), infatti, la Corte ha più volte

messo in evidenza che le riforme del sistema giudiziario adottate in Polonia minano i valori fondamentali dell'Unione europea.

Merita poi di essere richiamato l'ultimo episodio del contenzioso dinanzi alla CGUE che ha interessato la Polonia con riferimento alle recenti riforme del sistema giudiziario. Il regolamento europeo 2020/2092 del 16 dicembre 2020 ha introdotto il c.d. "meccanismo di condizionalità", secondo cui il Consiglio dell'UE, su proposta della Commissione, può sospendere i pagamenti a carico del bilancio dell'Unione o l'approvazione di uno o più programmi, quando uno Stato membro commette una violazione dei principi dello Stato di diritto. Dopo che la Corte costituzionale polacca aveva dichiarato incompatibile il primato del diritto dell'Unione con la propria Costituzione (sentenze P 7/20 del 14 luglio 2021 e K 3/21 del 7 ottobre 2021), la Commissione ha ventilato l'ipotesi di attivare il meccanismo.

La Polonia e l'Ungheria sono dunque ricorse alla Corte di Giustizia per l'annullamento del regolamento. La Corte, data l'importanza della questione, ha deciso con procedura accelerata e ha sancito la legittimità del richiamato regime di condizionalità (Sent. 16 febbraio 2022 C-156/21 e C-157/21), scrivendo così un nuovo importante capitolo nella **difesa dello Stato di diritto all'interno dell'UE**.

La sentenza in commento conferma il **rapporto, definito "simbiotico" dal Presidente della Corte EDU Robert Spano, intercorrente in materia di indipendenza della magistratura tra la Corte di Strasburgo e la Corte di Giustizia dell'Unione Europea**. Se, infatti, la decisione del caso non autorizzava la Corte EDU a compiere valutazioni sulla legittimità della riorganizzazione del sistema giudiziario polacco nel suo complesso, come la stessa Corte ha espressamente riconosciuto nella sentenza, si tratta ormai della terza pronuncia, dopo quelle emesse nel caso Reczkowicz e in quello Dolińska-Ficek e Ozimek, con cui viene affermato che **l'indipendenza della Corte Suprema polacca è gravemente compromessa dalle recenti riforme del diritto interno**.

## ART. 6 CEDU

**ART. 6, § 1, CEDU - DIRITTO ALLA TUTELA GIURISDIZIONALE - RIMOZIONE DI UN COMPONENTE DEL CONSIGLIO NAZIONALE DELLA MAGISTRATURA - MANCANZA DI UN RIMEDIO GIURISDIZIONALE - VIOLAZIONE DELL'ART. 6 CEDU - ART. 10 CEDU - LIBERTÀ DI ESPRESSIONE - INTERFERENZA "NON NECESSARIA IN UNA SOCIETÀ DEMOCRATICA", NEI CONFRONTI DI UN SOGGETTO CHE SI ERA ESPRESSO CONTRO LE RIFORME GOVERNATIVE DEL SETTORE GIUDIZIARIO - VIOLAZIONE DELL'ART. 10 DELLA CONVENZIONE.**

*Corte EDU, Prima Sezione, Zurek c. Polonia, 16 giugno 2022.*

<https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-217705>

### CLASSIFICAZIONE

**Art. 6, § 1, CEDU** - Diritto alla tutela giurisdizionale - **Rimozione di un componente del Consiglio nazionale della magistratura - Mancanza di un rimedio giurisdizionale - Violazione dell'art. 6 CEDU - Art. 10 CEDU** - Libertà di espressione - **Interferenza "non necessaria in una società democratica", nei confronti di un soggetto che si era espresso contro le riforme governative del settore giudiziario** - Cumulo di misure intimidatorie, quali la cessazione dall'incarico di coordinatore di una Corte regionale, il controllo delle dichiarazioni dei redditi, l'ispezione del lavoro giudiziario - **Violazione dell'art. 10 della Convenzione.**

### RIFERIMENTI NORMATIVI CONVENZIONALI

Artt. 6, § 1, e 10 CEDU

### RIFERIMENTI NORMATIVI COSTITUZIONALI

artt. 13, 24, 101, 104, 107, 111, 113 Cost.

### RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI

#### **Sentenze della Corte EDU.**

*Advance Pharma sp. z o.o c. Polonia*, no. 1469/20, 3 Febbraio 2022; *Grzęda c. Polonia* [GC], no. 43572/18, 15 Marzo 2022; *Bilgen c. Turchia*, no. 1571/07, 9 Marzo 2021; *Miroslava Todorova c. Bulgaria*, n. 40072/13, 19 Ottobre 2021; *Goryaynova c. Ucraina*, no. 41752/09, 8 Ottobre 2020; *Cimperšek c. Slovenia*, n. 58512/16, 30 Giugno 2020; *Kövesi c. Romania*, no. 3594/19, 5 Maggio 2020; *Ramos Nunes de Carvalho e Sá c. Portogallo* [GC], 6 Novembre 2018; *Köseoğlu c. Turchia* (dec.), no. 24067/05, 10 Aprile 2018; *Döner e altri c. Turchia*, no. 29994/02, 7 Marzo 2017; *Simić c. Bosnia-Herzegovina* (dec.), no. 75255/10, 15 Novembre 2016; *Baka c. Ungheria* [GC], no. 20261/12, 23 Giugno 2016; *Harabin c. Slovacchia*, n. 58688/11, 20 Novembre 2012; *Nenkova-Lalova c. Bulgaria*, no. 35745/05, 11 Dicembre 2012; *Poyraz c. Turchia*, no. 15966/06,



7 Dicembre 2010; *Kudeshkina c. Russia*, no. 29492/05, 26 Febbraio 2009; *Guja c. Moldavia* [GC], no. 14277/04, 12 Febbraio 2008; *Kayasu c. Turchia*, 13 November 2008; *Vilho Eskelinen e altri c. Finlandia* [GC], no. 63235/00, 19 aprile 2007; *Kudła c. Polonia* [GC], no. 30210/96, 26 ottobre 2000; *Wille c. Liechtenstein* [GC], no. 28396/95, 28 Ottobre 1999; *Vogt c. Germania*, 26 Settembre 1995.

## **PRONUNCIA SEGNALATA**

*Corte EDU, Prima Sezione, Zurek c. Polonia del 16 giugno 2022 (ricorso n. 39650/18).*

## **ABSTRACT**

*La Corte EDU ha ritenuto sussistente la violazione degli artt., 6, § 1, e 10 CEDU nei confronti del **ricorrente, giudice e portavoce del Consiglio nazionale della magistratura polacco**, il quale, in tale veste, era stato **uno dei principali critici delle riforme dell'ordinamento giudiziario** poste in essere dal parlamento e dal nuovo governo polacco, in carica dal 2015.*

*Il caso concerne la sua rimozione dal Consiglio nazionale della magistratura, prima della scadenza naturale del suo mandato e la sua denuncia relativa alla mancanza di rimedi legali per contestare la perdita della carica ed alla campagna attivata per metterlo a tacere.*

*Seguendo un iter motivazionale analogo a quello della sentenza *Grzęda c. Polonia*, del 15 marzo 2022, la Corte afferma che la mancanza di un rimedio giudiziario avverso la rimozione dal Consiglio nazionale della magistratura viola il diritto di accesso ad un tribunale.*

*La Corte rileva, inoltre, che è stata messa in campo una **pluralità di misure contro il ricorrente** – che comprendono la sua cessazione da portavoce di un ufficio giudiziario regionale, la verifica delle sue dichiarazioni dei redditi, l'ispezione del suo lavoro giudiziario – **realizzate allo scopo di intimidirlo** a causa delle posizioni che aveva espresso in difesa dello stato di diritto e dell'indipendenza della magistratura.*

*Nel ritenere sussistenti le violazioni del diritto alla tutela giurisdizionale ed alla libertà di espressione, la Corte enfatizza il complessivo contesto di riforme del settore giudiziario che ha portato all'**indebolimento dell'indipendenza dei giudici**, in una generalizzata **crisi dello stato di diritto in Polonia**.*

## **IL CASO**

Waldemar Żurek, cittadino polacco, è stato **giudice del tribunale regionale di Cracovia**, ufficio per il quale ha svolto funzioni di portavoce, e **membro del Consiglio nazionale della magistratura**, eletto per la prima volta nel 2010, poi rieletto nel 2014, per un secondo mandato di quattro anni.

Nel 2014 è stato nominato **portavoce del Consiglio nazionale della magistratura** e, in tale veste, è diventato **uno dei principali critici delle riforme del settore giudiziario** avviate dai rami legislativo ed esecutivo **della nuova amministrazione, salita al potere nel 2015**, sottolineando, in particolare, la minaccia all'indipendenza della magistratura derivante dalle proposte del Governo.

Il suo mandato come membro del Consiglio nazionale della magistratura, tuttavia, si è prematuramente concluso nel 2018, a seguito dell'entrata in vigore di una nuova legislazione nel contesto di una riforma più ampia della magistratura. In particolare, gli emendamenti alla legge sul Consiglio nazionale della magistratura del 2017 prevedevano che i membri giudiziari del Consiglio non fossero più eletti dai giudici ma dalla Camera bassa del Parlamento, e che i membri neoeletti sostituissero immediatamente quelli eletti ai sensi della precedente normativa. Pertanto, quando La Camera ha eletto 15 giudici come nuovi membri del Consiglio, il 6 marzo 2018, il mandato del ricorrente è stato revocato, senza che egli ricevesse alcuna notifica ufficiale; di conseguenza, è anche cessato dalla carica di portavoce. All'inizio del 2018 il ricorrente era stato anche rimosso dalla sua posizione di portavoce del tribunale regionale di Cracovia.

Nel suo caso dinanzi alla Corte europea, il ricorrente ha presentato documentazione su una serie di altre misure adottate nei suoi confronti dalle autorità, evidenziando che: l'Ufficio centrale per la lotta alla corruzione ha svolto un controllo delle sue dichiarazioni dei redditi tra novembre 2016 e aprile 2018; il Ministero della Giustizia ha ordinato un'ispezione del suo lavoro presso il tribunale regionale di Cracovia nell'aprile 2017, nonché la declassificazione della sua dichiarazione finanziaria nel giugno 2018. Nel frattempo, almeno cinque procedimenti disciplinari sono stati avviati contro di lui e sono ancora in corso.

## **LA DECISIONE**

Il ricorrente ha denunciato: a) che gli era stato negato l'accesso ad un tribunale (art. 6 CEDU) e che non vi era alcuna procedura, giudiziale o non, per contestare la prematura cessazione del suo mandato; b) che le misure adottate nei suoi confronti avevano lo scopo di punirlo, per avere espresso critiche alle modifiche legislative del governo, e di mettere in guardia gli altri giudici dal fare altrettanto, minando così il diritto alla libertà di espressione.

Sono stati ammessi ad intervenire nel procedimento: la Rete europea dei consigli della magistratura; il Commissario per i diritti umani della Repubblica di Polonia; Amnesty International in collaborazione con la Commissione internazionale dei giuristi; la Fondazione "Judges for Judges" (Paesi Bassi) in collaborazione con il professor Pech; la Fondazione di Helsinki per i diritti umani (Polonia); l'Associazione dei giudici Themis e l'Associazione dei giudici polacchi Iustitia.

La Corte EDU **ha riconosciuto la violazione dell'art. 6, § 1, CEDU**, osservando che il governo non aveva fornito alcuna motivazione per giustificare il **grave pregiudizio al diritto del ricorrente di accedere ad un tribunale** dovuto all'**assenza di controllo giurisdizionale**

**sulla decisione di porre fine prematuramente al suo mandato** presso il Consiglio nazionale della magistratura. Come nel recente caso della Grande Camera *Grzęda c. Polonia* del 15 marzo 2022, la Corte ha ritenuto che il “diritto” del ricorrente a restare in carica per l’intera durata del suo mandato era stato effettivamente posto in discussione ai sensi del diritto interno e che tale “diritto” ha attivato la protezione dell’articolo 6.

I giudici di Strasburgo hanno sottolineato il contesto generale delle **varie riforme giudiziarie** intraprese dal governo polacco, inclusa quella del Consiglio nazionale della magistratura che ha colpito il ricorrente ed ha portato all’**indebolimento dell’indipendenza della magistratura**, determinando ciò che è stata già definita una vera e propria **crisi dello stato di diritto in Polonia**.

In relazione alla violazione dell’art. 10 CEDU, il Governo ha sostenuto che le misure adottate nei confronti del ricorrente erano state neutrali, poiché applicate a tutti i giudici, e non avevano quindi interferito con il suo personale diritto alla libertà di espressione.

La Corte ha ritenuto, tuttavia, che dette **misure** andassero **inquadrate nel contesto generale delle varie riforme** del Governo **volte a indebolire l’indipendenza della magistratura**, così da verificare che erano state tutte **successive alle dichiarazioni pubbliche del ricorrente** – in interviste, articoli *online* e sul canale YouTube del Consiglio nazionale della magistratura – rese tra il 2015 e il 2018, **con le quali si criticavano le proposte di legge e politiche** del Governo **nei confronti della magistratura**; erano state tutte prese da organi controllati o nominati dal potere esecutivo **e non erano state innescate da alcuna comprovata irregolarità da parte sua**, in particolare per quanto riguardava il controllo delle sue finanze e il controllo del suo operato come giudice.

La Corte ha sottolineato che il ricorrente, in quanto giudice e membro/portavoce del Consiglio nazionale della magistratura, non solo aveva il **diritto**, ma anche il **dovere di esprimersi in difesa dello stato di diritto e dell’indipendenza della magistratura**, riconoscendogli di aver rappresentato una delle figure più importanti della comunità giudiziaria polacca che ha difeso con fermezza quei valori fondamentali, esprimendo le sue dichiarazioni in un’ottica strettamente professionale.

Per tali ragioni, **nei confronti del ricorrente**, la Corte di Strasburgo ha ritenuto **applicabile un elevato grado di protezione della libertà di espressione, nonché un controllo rigoroso di qualsiasi interferenza con i suoi diritti**.

Nell’esaminare le misure a carico del ricorrente, la Corte ha osservato che il controllo sulle dichiarazioni dei redditi era stato innescato da irregolarità non specificate ed era durato 17 mesi senza alcun risultato concreto, mentre l’ispezione del lavoro del ricorrente presso il tribunale regionale di Cracovia era stata avviata solo un giorno dopo la ricezione di una lettera anonima, che aveva essenzialmente riguardato la sua critica alla riforma della magistratura, piuttosto che una presunta cattiva condotta o incapacità di esercitare le sue funzioni giudiziarie. Infine, la

decisione di licenziarlo dalla carica di portavoce di detto tribunale era stata presa senza il parere del Collegio, come previsto dalla normativa di riferimento.

In base agli atti a sua disposizione, la Corte ha ritenuto che il **cumulo di tali misure** può essere letto come una **strategia volta a intimidire (o addirittura a mettere a tacere) il ricorrente a causa delle sue opinioni.**

**I provvedimenti adottati nei confronti del ricorrente, inoltre, hanno avuto indubbiamente un *chilling effect*, in quanto diretti a dissuadere non solo il ricorrente ma anche altri giudici dalla partecipazione al dibattito pubblico sulle riforme legislative che interessano la magistratura e, più in generale, su questioni riguardanti l'indipendenza della magistratura.**

Tenendo presente l'importanza fondamentale della libertà di espressione in materie di interesse pubblico e collettivo, la Corte ha ritenuto che vi fosse stata un'ingerenza nel diritto alla libertà di espressione del ricorrente e che tale ingerenza non fosse "necessaria in una società democratica", con violazione dell'articolo 10 della Convenzione.

Il giudice Wojtyczek ha espresso un parere separato che è allegato alla sentenza.

#### **L'OPINIONE IN PARTE DISSENZIENTE DEL GIUDICE WOJTICZEK**

Il componente polacco della Corte EDU ha dissentito sulla violazione dell'art. 6 CEDU, secondo le linee direttrici dell'opinione già espressa nella sentenza *Grzeda c. Polonia* del 15 marzo 2022, cui si è riportato, sottolineando che non sarebbe stata raggiunta la soglia di azionabilità dell'art. 6 ed evocando le peculiarità del sistema ordinamentale polacco.

Il giudice ha, altresì, espresso riserve relativamente al ragionamento utilizzato per giungere ad affermare la violazione del diritto alla libertà di espressione tutelato dall'art. 10 CEDU, violazione sulla quale, tuttavia, comunque concorda.

L'opinione dissenziente verte, quindi, relativamente all'art. 10 CEDU, sulla constatazione di alcuni punti critici che riguardano: l'ambito di applicazione dell'art. 10 CEDU; la natura dell'ingerenza nella libertà di espressione del ricorrente; il modo in cui la sentenza da cui si dissente articola i concetti di "scopo legittimo" e "proporzionalità" dell'ingerenza nel diritto tutelato dall'art. 10; la differenziazione del livello di protezione concessa basata sulla peculiarità di alcune categorie di persone.

In sintesi, pur concordando che nel caso di specie vi sia stata una violazione del diritto alla libertà di espressione del ricorrente – configurata, a giudizio della *dissenting opinion*, solo da alcune delle misure adottate, e cioè l'aver preso di mira le dichiarazioni dei redditi del ricorrente e l'aver disposto un'ispezione del suo lavoro professionale – il giudice Wojtyczek esprime perplessità sull'estensione del campo di applicazione dell'art. 10 CEDU ai discorsi ufficiali di detentori di pubblici poteri, nonché sulla necessità, che sembra suggerita in sentenza, di garantire una protezione speciale del diritto in esame per i giudici e, più ancora, per i giudici appartenenti ad

organismi ordinamentali rappresentativi o ad associazioni di categoria, differenziazione che può determinare una crisi del principio di eguaglianza.

### **OSSERVAZIONI FINALI: LA RILEVANZA DELLA PRONUNCIA.**

La Corte EDU, nella sentenza in commento, propone **importanti affermazioni sull'indipendenza e l'autonomia della magistratura nel sistema di legalità convenzionale**, con un ampio richiamo anche ad atti di diritto europeo ed internazionale, tra i più rilevanti sul tema [i *Principi base sull'indipendenza della magistratura* -Settimo congresso delle Nazioni Unite sulla prevenzione del crimine, Milano, 1985, attuati dalle risoluzioni dell'Assemblea Generale 40/32 del 29 novembre 1985 e 40/146 del 13 dicembre 1985, punto 8; il *Rapporto speciale sull'indipendenza di giudici e procuratori* (24 giugno 2019); l'*Appendice alla raccomandazione CM/Rec (2010)12 su "Giudici, indipendenza, efficienza e responsabilità"* (17 novembre 2010), cap. II (Indipendenza esterna), punti 19 e 21, del Consiglio d'Europa, Comitato dei ministri; il *Rapporto 6 gennaio 2020 sul funzionamento delle istituzioni democratiche in Polonia* dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa; la relazione "I giudici in Polonia e Repubblica di Moldavia devono rimanere indipendenti" (punti 4., 4.5., 4.7.) del Comitato degli affari legali dei diritti dell'uomo dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa (5 gennaio 2021); il *Report del commissario per i diritti umani in visita in Polonia* (28 giugno 2019), punto 1.5; il *Report della commissione di Venezia sulla libertà di espressione dei giudici* (19-20 giugno 2015), punto 80; l'*Opinione n. 3 (19 novembre 2002)* della CCJE; la *Magna Charta dei giudici* (novembre 2010), punti 3, 9; l'*Opinione n. 18 (16 ottobre 2015)*, cap. VII, punti 41 e 42, della CCJE; la *Dichiarazione di Sofia (7 giugno 2013)*, punto VII].

Particolarmente rilevanti sono le osservazioni della Corte in merito al diritto alla libertà di espressione, in presenza di riforme legislative che aggrediscano i valori di indipendenza ed autonomia della magistratura e mettano così in crisi le stesse fondamenta dello stato di diritto. La Corte conferisce alle misure vessatorie di vario genere adottate nei confronti del ricorrente una valenza "dissuasiva" all'espressione delle sue opinioni critiche nei confronti delle riforme in atto: tali misure configurano, cioè, una reazione alla sua voce di opposizione alle scelte governative che minano l'indipendenza della magistratura e sono in grado di influenzare anche il comportamento di altri giudici, sterilizzando altre eventuali opinioni critiche ed il dibattito pubblico in generale.

Sul versante della giurisprudenza interna, **il dibattito relativo all'ambito di espansione della libertà di espressione per i magistrati trova eco soprattutto, disegnandone i confini negativi, nelle pronunce della Cassazione civile in merito agli illeciti disciplinari.**

Interessante è una recente sentenza – Sez. U, n. 6965 del 17/3/2017, Rv. 643285 - che sembra rispondere alle perplessità dell'opinione dissenziente nel caso *Zurek e*, al tempo stesso, confermare che sono proprio le manifestazioni del pensiero espresse su temi di interesse pubblico

attinenti alla giustizia a costituire il nucleo centrale del diritto garantito dall'art. 10 CEDU al magistrato, portatore di opinioni critiche.

Le Sezioni Unite hanno chiarito che, in tema di responsabilità disciplinare del magistrato, le espressioni sconvenienti rivolte "in incertam pesonam", in occasione di un intervento ad un forum di discussione su un **blog internet attinente ai temi della giustizia**, non integrano l'illecito di cui all'art. 2, comma 1, lett. d), del d.lgs. n. 109 del 2006, il quale postula che la condotta disciplinarmente rilevante sia posta in essere nell'esercizio delle funzioni, atteso che la manifestazione del pensiero di un magistrato costituisce espressione di una libertà costituzionale che rimane tale, e non diventa esercizio di funzione giurisdizionale, anche allorquando abbia ad oggetto opinioni relative a temi inerenti l'organizzazione di un ufficio giudiziario ed il suo funzionamento, e sempre che non si espliciti attraverso riferimenti individualizzati (nel qual caso, ricorrendo la natura ingiuriosa delle espressioni utilizzate, potrebbe configurarsi il delitto di cui all'art. 595 c.p. e l'illecito di cui all'art. 4, lettera d), del d.lgs. n. 109 del 2006).

In un caso limite, in cui si trattava di una conversazione privata e confidenziale, intercettata tra un magistrato ed un giornalista, dal tenore di critica nei confronti del capo dell'ufficio, si è affermato anche che la critica non integra gli estremi della grave scorrettezza, ex art. 2, comma 1, lett. d), del d.lgs. n. 109 del 2006, se ed in quanto si sia manifestata con toni oggettivamente non offensivi, né derisori, rientrando essa nella libertà di manifestazione del pensiero costituzionalmente garantita anche al magistrato, sia pure temperata in relazione agli specifici doveri incombenti sullo stesso (Sez. U, n. 24969 del 23/10/2017, Rv. 645915).

Anche la critica interna alla magistratura, su temi di interesse pubblico, ha trovato spazio, sotto il profilo dell'esimente dell'esercizio del diritto di critica: sul punto, si segnala Sez. 5, n. 30877 del 7/7/2006, Nanetti, Rv. 235222.

## ARTT. 6 e 8 CEDU

**ARTT. 8 E 6 CEDU - RIFIUTO DEI GIUDICI NAZIONALI DI ACCERTARE LEGALMENTE LA PATERNITÀ PER IL FIGLIO BIOLOGICO - MATERNITÀ SURROGATA – AFFIDAMENTO - INTERESSE SUPERIORE DEL MINORE – ART. 6 CEDU IN RELAZIONE ALL'ART. 8 - DURATA DEL PROCEDIMENTO INCOMPATIBILE CON IL DOVERE DI DILIGENZA.**

*Corte EDU, Quinta Sezione, A. L. contro Francia del 15 marzo-7 aprile 2022*

<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-216632>

### CLASSIFICAZIONE

**ARTT. 8 E 6 CEDU** – Rifiuto dei giudici nazionali di accertare legalmente la paternità per il figlio biologico – Maternità surrogata – Affidamento – Interesse superiore del minore.

### RIFERIMENTI NORMATIVI

Artt. 8, 34, 35, 41 CEDU, art. 3 della Convenzione internazionale sui diritti del bambino, artt. 6, 16-7, 16-9, 337, 371-4, 372 Code civil.

### RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI

#### **Sentenze richiamate**

*Zaunegger c. Germania, n. 22028/04, 3 dicembre 2009, Anayo c. Germania, n. 20578/07, 21 dicembre 2010, Schneider c. Germania, n. 17080/07, 15 settembre 2011, Ahrens, citato, Kautzor c. Germania, n. 23338/09, 22 marzo 2012, e Krisztián Barnabás Tóth c. Ungheria, n. 48494/06, 12 febbraio 2013, Strand Lobben e altri c. Norvegia [GC], n. 37283/13, 10 settembre 2019, Soares de Melo contro Portogallo, n. 72850/14, 16 febbraio 2016, Mennesson c. Francia n. 65192/11, 2014*

### PRONUNCIA SEGNALATA

***Corte Europea dei diritti dell'uomo, Quinta Sezione, 15 marzo/7 aprile 2022, A. L. contro Francia (ricorso n. 13344/20).***

### ABSTRACT

*I procedimenti per stabilire o contestare la paternità di un individuo riguardano la vita privata, pertanto, spetta ad ogni Stato contraente dotarsi di un quadro giuridico adeguato e sufficiente per garantire il rispetto del dovere di diligenza eccezionale richiesto quando è in gioco la relazione di una persona con il proprio figlio.*

*In un'ottica di bilanciamento degli interessi, quando si verifica una situazione di conflitto o di non coincidenza degli interessi in gioco, e quando la decisione incide sulla relazione di una persona con il proprio figlio, è necessario mettere al primo posto l'interesse superiore del minore.*

*Neppure la complessità del caso giustifica l'eccessiva durata del procedimento che con il passare*

*del tempo rischia di portare la questione al fatto compiuto con conseguente violazione del diritto al rispetto della «vita privata e familiare» di cui all'art. 8 della CEDU.*

## **FATTO**

La pronuncia riguarda un caso molto controverso, in cui tutti i protagonisti sono stati dichiarati penalmente responsabili dal Tribunale penale di Blois. In sede civile il ricorrente AL ha agito per il riconoscimento di paternità sulla base dei seguenti fatti. Egli, insieme al proprio compagno MA, aveva concluso un contratto oneroso di gestazione per altri con una donna che, dopo la nascita, avvenuta l'8 marzo 2013, aveva fatto credere alla coppia committente che il bambino era deceduto mentre in realtà lo aveva affidato ad una coppia eterosessuale – i signori R - in cambio di un compenso di 15.000 euro.

Il bambino veniva riconosciuto dai sig.ri R ma il ricorrente promuoveva il 19 luglio 2013 il giudizio per ottenere il riconoscimento della paternità.

Mentre il Tribunale adito, con provvedimento emesso il 23 marzo 2017, riconosceva che il bambino era stato fecondato dai gameti del ricorrente, dichiarava la paternità di quest'ultimo, attribuendogli l'esercizio esclusivo dell'autorità genitoriale e fissando presso di lui la residenza del minore, la Corte d'Appello di Rouen, dopo aver sospeso l'esecuzione provvisoria del provvedimento, in ragione del rischio che esso potesse creare al bambino gravi danni, con sentenza del 31 marzo 2018, dichiarava irricevibile la domanda. Rilevava infatti, sulla base della consulenza resa da uno psichiatra infantile, che l'esecuzione della sentenza del Tribunale avrebbe provocato una grave sofferenza e gravi conseguenze psicologiche al minore e pertanto ha ritenuto che il riconoscimento fosse contrario all'interesse del minore da ritenere preminente ai fini della decisione. La Corte di Cassazione con sentenza del 12 settembre 2019 ha respinto il ricorso del sig. AL.

## **LA DECISIONE DELLA CORTE DI CASSAZIONE**

La Corte di Cassazione ha respinto il ricorso considerando, in primo luogo che, ai sensi dell'articolo 16-7 del codice civile, *“qualsiasi accordo relativo alla procreazione o alla gestazione a favore di un'altra persona è nullo”*. La domanda del ricorrente - volta a contestare il riconoscimento della paternità da parte dei signori R. e a permettergli di stabilire la propria filiazione nei confronti del figlio biologico, doveva comunque essere dichiarata irricevibile perché basata sull'accordo di maternità surrogata concluso con la signora B e cioè su un contratto vietato dalla legge.

In secondo luogo la Corte suprema francese ha constatato, avvalorando quanto già ritenuto dalla Corte di Appello di Rouen, che la realtà biologica non è una ragione sufficiente per accogliere la domanda del ricorrente, tenuto conto dell'esperienza di vita del bambino, il quale, sin dalla nascita vive in ottime condizioni con i signori R. e delle sue esigenze attuali e future. Fermo il diritto del bambino a conoscere la verità sulle sue origini - non è nel suo interesse che il rapporto



genitori-figli attualmente in essere sia messo in discussione in quanto ciò pregiudicherebbe il diritto del minore.

### **LA DECISIONE DELLA CORTE EDU**

La Corte con sentenza del 7 aprile 2022 ha statuito che nel contesto di un conflitto triangolare tra il padre sociale e legale, il padre biologico e la madre di un bambino, le richieste del padre biologico per il riconoscimento dello status e anche per il riconoscimento del diritto di informazione o di contatto con il bambino devono essere valutate alla luce dell'interesse superiore del bambino.

La Corte rileva che la giurisdizione francese, se per un verso ha dichiarato irricevibili le domande del ricorrente in quanto riguardavano una situazione derivante da un contratto di maternità surrogata viziato da nullità perché vietato e contrario all'ordine pubblico interno, per altro verso, si è anche sforzata di attribuire un peso preminente all'interesse del minore e a operare comunque un bilanciamento degli interessi in gioco. Così facendo, ha ritenuto che, alla luce della esperienza di vita del minore, il suo miglior interesse non coincideva con l'accertamento legale della sua effettiva filiazione e di stabilirla con il padre biologico, ma piuttosto nel continuare a vivere con il signor e la signora R. E' stato attribuito così valore decisivo all'interesse del minore alla conservazione di uno status acquisito e che consentiva la prosecuzione di una vita familiare positivamente realizzata. Per altro verso non è stato negato il diritto alla conoscenza delle proprie origini da parte del minore.

Secondo la Corte EDU la Corte di Appello e la Corte di Cassazione hanno correttamente tenuto conto dell'interesse del minore sulla base di una considerazione in concreto della complessità del caso in esame senza disconoscere la realtà biologica invocata dal ricorrente che tuttavia deve recedere di fronte a un interesse chiaramente contrastante del minore al suo riconoscimento legale. Infatti la motivazione basata sull'attribuzione del ruolo preminente dell'interesse superiore del minore, non solo è in linea con la giurisprudenza della Corte di Strasburgo ma ha costituito anche l'unico modo per risolvere la situazione confusa e delicata in cui si è trovato il minore, una situazione di cui ciascuno dei protagonisti adulti portava una parte di responsabilità. Per quanto riguarda la qualità del processo decisionale nel caso di specie, la Corte osserva che il ricorrente ha beneficiato di un procedimento in contraddittorio in cui ha potuto discutere gli argomenti delle altre parti, compresi quelli del bambino rappresentato da un amministratore *ad hoc*, e sottoporre i propri argomenti all'esame di giudici la cui indipendenza e imparzialità non erano in discussione e che hanno emesso decisioni motivate.

Tuttavia, resta il fatto che il procedimento è durato circa sei anni e un mese in totale, il che non è compatibile con il dovere di diligenza eccezionale che era richiesto alle autorità in relazione alla sensibilità della materia del contendere. Non si può negare in effetti che, quando è in gioco, in una situazione altamente conflittuale come quella in esame, la relazione di un genitore con il proprio figlio, il passare del tempo rischia di attribuire una importanza decisiva al fatto compiuto.

Secondo la Corte, non si può contestare che il passare del tempo abbia avuto un impatto sulla valutazione concreta dei fatti. Pertanto, c'è stata una violazione dell'articolo 8 della Convenzione a causa del mancato rispetto da parte dello Stato convenuto del suo dovere di diligenza eccezionale nelle circostanze del caso, seppur, questa constatazione di violazione non può essere interpretata come una rimessa in discussione della valutazione della Corte d'appello di Rouen, confermata dalla Corte di cassazione, tuttavia essa legittima il riconoscimento in favore del ricorrente dei danni morali subiti.

## ART. 8 CEDU

**ART. 8 DELLA CONVENZIONE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO – DICHIARAZIONE DI ADOTTABILITÀ – PROVVEDIMENTI DI ALLONTANAMENTO DI MINORE DAL NUCLEO FAMILIARE – BILANCIAMENTO DEGLI INTERESSI IN GIOCO – INTERESSI SUPERIORI DEL BAMBINO – NESSUNA CONSIDERAZIONE DELLA NECESSITÀ DI PRESERVARE, PER QUANTO POSSIBILE, IL LEGAME TRA MADRE E FIGLIA – ASSENZA DI PROPORZIONALITÀ.**

*Corte EDU, Prima Sezione, D. M. e N. c. Italia del 20 gennaio 2022*

[https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg\\_1\\_20\\_1.page?contentId=SDU369185&previousPage=mg\\_1\\_20](https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_20_1.page?contentId=SDU369185&previousPage=mg_1_20)

### CLASSIFICAZIONE

**Art. 8 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo** – Dichiarazione di adottabilità – Provvedimenti di allontanamento di minore dal nucleo familiare – Bilanciamento degli interessi in gioco – Interessi superiori del bambino e necessità di preservare il legame tra madre e figlia – Assenza di proporzionalità.

### RIFERIMENTI NORMATIVI

Art. 8 CEDU (Diritto al rispetto della vita privata e familiare), Art. 46 CEDU (Forza vincolante ed esecuzione delle sentenze)

### RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI

#### **Sentenze richiamate:**

Covezzi e Morselli v. Italia, n. 52763/99, 9 maggio 2003; Scozzari e Giunta c. Italia [GC], nn. 39221/98 e 41963/98, CEDU 2000 VIII; Roda e Bonfatti c. Italia, n. 10427/02, 21 novembre 2006; Clemeno e altri c. Italia, n. 19537/03, 21 ottobre 2008; Todorova c. Italia, n. 33932/06, 13 gennaio 2009; Moretti e Benedetti c. Italia, n. 16318/07, 27 aprile 2010; Zhou c. Italia, n. 33773/11, 21 gennaio 2014; Akinnibosun c. Italia, no. 9056/14, 16 luglio 2015; S.H. c. Italia, no. 52557/14, 13 ottobre 2015; R.V. e altri c. Italia, no. 37748/13, 18 luglio 2019; e A.I. c. Italia, n. 70896/17, 1° aprile 2021.

Bove v. Italia, n. 30595/02, 30 giugno 2005; Errico c. Italia, n. 29768/05, 24 febbraio 2009; Piazzini c. Italia, n. 36168/09, 2 novembre 2010; Lombardo c. Italia, n. 25704/11, 29 gennaio 2013; Nicolò Santilli c. Italia, n. 51930/10, 17 dicembre 2013; Manuella e Nevi c. Italia, n. 107/10, 20 gennaio 2015; Bondavalli c. Italia, n. 35532/12, 17 novembre 2015; Cincimino c. Italia, n. 68884/13, 28 aprile 2016; Giorgioni c. Italia, n. 43299/12, 15 settembre 2016; Strumia c. Italia, n. 53377/13, 23 giugno 2016; Solarino c. Italia, n. 76171/13, 9 febbraio 2017;

D'Alconzo c. Italia, n. 64297/12, 23 febbraio 2017; Endrizzi c. Italia, n. 71660/14, 23 marzo 2017; Improta c. Italia, n. 66396/14, 4 maggio 2017; Beccarini e Ridolfi c. Italia [comitato], n. 63190/16, 7 dicembre 2017; D'acunto e Pignataro c. Italia [comitato] n. 6360/13 12 luglio 2018; Luzi c. Italia, n. 48322/17, §, 5 dicembre 2019; Terna c. Italia, n. 21052/18, 14 gennaio 2021; A.V. c. Italia, n. 36936/18, 10 dicembre 2020; R.B. e M. c. Italia, n. 41382/1922 aprile 2021; A.T. c. Italia, n. 40910/19, 24 giugno 2021; e T.M. c. Italia, n. 29786/19, 7 ottobre 2021.

## **PRONUNCIA SEGNALATA**

*CORTE EDU, D.M. e N. c. Italia del 20 gennaio 2022 (Ricorso n. 60083 del 7 novembre 2019)*

## **ABSTRACT**

L'art. 8 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo sancisce il diritto di ogni persona al rispetto della propria vita privata e familiare e, pertanto, non ammette alcuna ingerenza da parte di un'autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto, a meno che, tale ingerenza sia prevista dalla legge o costituisca una misura necessaria alla sicurezza nazionale [...]. Tale diritto deve essere interpretato nel senso che la decisione di recidere i legami familiari deve essere preceduta da una corretta valutazione, anche psicologica, delle capacità genitoriali, poiché, è necessario preservare il più possibile il nucleo familiare. La Corte ha precisato che, quando via sia l'esistenza di soluzioni meno radicali, il trasferimento del minore in un ambiente più favorevole per la sua educazione non giustifica di per sé la sottrazione ai suoi genitori biologici dal momento che la procedura di adozione deve essere accompagnata da garanzie proporzionate alla gravità dell'ingerenza e agli interessi in gioco.

## **IL CASO**

La sig.ra D.M. (ricorrente principale), nata a Cuba nel 1982 e residente a Brescia, è madre di due figli, nati rispettivamente nel 2002 e nel 2007 dal primo matrimonio e con i quali, seppur vivano con i nonni, ha contatti regolari. La ricorrente agisce per conto di sua figlia (seconda ricorrente) nata nel 2012 da un secondo matrimonio, poi finito nel 2014.

Nel febbraio del 2013 la ricorrente ha presentato una domanda di assistenza ai servizi sociali per gli abusi subiti dal padre di sua figlia. Pertanto, il 22 febbraio 2013 la Procura ha avviato un procedimento nell'interesse della bambina e il Tribunale ha ordinato il collocamento per circa un anno della ricorrente e di sua figlia presso un centro di accoglienza di Brescia.

Il 14 gennaio 2014 il Tribunale ha autorizzato le due ricorrenti a tornare a casa e ha ordinato ai servizi sociali di fornire sostegno e assistenza ai genitori per la crescita educativa della bambina.

Il 30 agosto 2014 il PM ha invitato il Tribunale a valutare la capacità genitoriale dei due genitori e poco dopo la signora e la bambina sono state affidate ad un altro centro accoglienza.

A tal punto, i servizi sociali hanno chiesto al Tribunale il collocamento della bambina ad una famiglia affidataria e con decisione immediatamente esecutiva del 15 dicembre 2015, il Tribunale

– dopo l’apertura della procedura di adozione chiesta dal PM e considerando la situazione irreversibile, a causa dello stile di vita della signora – ha dichiarato la bambina disponibile per l’adozione, sospendendo l’autorità parentale di entrambe i genitori. Il 30 dicembre 2015 la ricorrente e la figlia venivano separate.

Il 10 marzo 2016 la ricorrente ha presentato ricorso avverso la suddetta sentenza e il 1° luglio 2016 la Corte d’Appello di Brescia ha confermato la sentenza di primo grado, ritenendo che *“anche se la coppia avrebbe potuto recuperare le proprie capacità genitoriali era comunque preferibile nell’interesse della bambina dichiararla disponibile per l’adozione”*.

La ricorrente, di conseguenza, ha presentato ricorso in cassazione conclusosi con sentenza del 12 febbraio 2019 e con la quale la Corte ha respinto il ricorso per motivi di diritto in quanto *“seppur la dichiarazione di disponibilità per l’adozione non aveva tenuto conto della richiesta di una valutazione peritale delle capacità genitoriali della coppia, tale dichiarazione non era stata illegittima in quanto non vi era stato un difetto assoluto di motivazione”*.

### **LA DECISIONE DELLA CORTE DI CASSAZIONE (n. 12013/2019)**

La Suprema Corte ha ritenuto che in tema di dichiarazione dello stato di adottabilità di un minore, ove i genitori facciano richiesta di una consulenza tecnica per contestare elementi, dati e valutazioni dei servizi sociali, il giudice, che non intenda disporre tale consulenza, deve fornire specifica motivazione che dia conto delle ragioni che la facciano ritenere superflua. Nel caso di specie, la Corte d’Appello avrebbe motivato sul diniego della richiesta di un espletamento della c.t.u. sulla base di una completa istruttoria (lungo periodo di osservazione delle condotte dei genitori, dichiarazioni della ricorrente e della responsabile della struttura di accoglienza dove era stata collocata con la figlia), non riscontrando, pertanto, una mancanza assoluta di motivazione, tale, da integrare la violazione di legge fatta valere nel ricorso.

Inoltre, le relazioni degli assistenti sociali e degli psicologi nel procedimento per la dichiarazione dello stato di adottabilità di un minore costituiscono, secondo la Corte di legittimità, indizi sui quali il giudice può fondare il proprio convincimento e la cui valutazione non comporta violazione del diritto di difesa dei genitori, atteso che questi ultimi, nel successivo giudizio di impugnazione della adottabilità hanno diritto di prendere cognizione delle relazioni, nonché di controdedurre e di offrire prova contraria.

Pertanto, la Suprema Corte, ha ritenuto che dalle evidenze emerse, quali, la irrecuperabilità della idoneità genitoriale della madre e lo stato di abbandono della minore, fossero sussistenti i presupposti per la dichiarazione di adottabilità della minore.

### **LA QUESTIONE SOTTOPOSTA ALLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL’UOMO**

I ricorrenti hanno presentato ricorso alla Corte Europea dei Diritti dell’Uomo sostenendo che le Autorità italiane non avevano attuato tutte le misure per preservare i legami familiari e per

trovare un giusto equilibrio tra gli interessi in gioco, tenendo conto, oltretutto, che non vi era stata alcuna valutazione psicologica dei ricorrenti.

### **LA DECISIONE DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO**

La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo osserva anzitutto come nel dichiarare la figlia della ricorrente disponibile per l'adozione, i giudici nazionali si fossero basati sulle relazioni dei servizi sociali e del personale del centro accoglienza, nonché su colloqui avvenuti con le parti ritenendo, così, di aver condotto un'indagine completa e approfondita.

Il Tribunale aveva stabilito che la ricorrente fosse priva della capacità genitoriale a causa del suo comportamento, della sua vita instabile e della sua incapacità di badare a sua figlia mentre la Corte d'Appello aveva stabilito che, sebbene fosse possibile per la coppia recuperare le proprie capacità genitoriali, era tuttavia preferibile, nell'interesse della bambina, dichiararla disponibile per l'adozione.

La Corte ha osservato che:

- nel caso in questione non era dimostrato che la bambina fosse stata esposta a situazioni di violenza o abuso né tantomeno i tribunali avevano notato alcuna mancanza di sviluppo emotivo, uno stato di salute preoccupante o uno squilibrio psicologico da parte dei genitori;
- la decisione di recidere i legami familiari non era stata preceduta da una corretta valutazione circa le capacità della ricorrente di adempiere al suo ruolo di genitore né tantomeno era stata sottoposta ad alcuna valutazione psicologica;
- nessun tentativo era stato preso in considerazione per preservare i legami famigliari;
- nessun esperto era stato incaricato di valutare le competenze genitoriali della ricorrente o il suo profilo psicologico.

Pertanto, la Corte ha analizzato come i tribunali nazionali avevano deciso di dichiarare l'adottabilità della minore nonostante l'esistenza di altre misure meno radicali, più appropriate e in linea con gli interessi superiori della bambina. Quindi, ha ritenuto che per l'assoluta necessità di tutelare il più possibile i legami familiari, le argomentazioni adottate per giustificare la dichiarazione di adottabilità erano insufficienti.

Di conseguenza, a causa della violazione dell'articolo 8 della Convenzione, la Corte ha invitato le autorità nazionali a riconsiderare, il più presto possibile, la situazione delle due ricorrenti alla luce della presente sentenza e a prevedere l'organizzazione di contatti tra di loro e ogni altra azione appropriata, tenendo conto della situazione della bambina e del suo superiore interesse. Si tratta di un'ulteriore constatazione contro l'Italia di una violazione del diritto al rispetto della vita familiare e ai sensi dell'art. 41 La Corte ha ritenuto che l'Italia dovesse pagare alla ricorrente 42.000 euro (EUR) per il danno non patrimoniale e 10.000 euro per i costi e le spese.

Ai sensi degli articoli 43 e 44 della Convenzione, questa sentenza della Camera non è definitiva. Durante il periodo di tre mesi successivo alla sua pronuncia, ogni parte può chiedere il rinvio del caso alla Grande Camera della Corte.

## ART. 8 CEDU

### **ART. 8 CEDU - VITA FAMILIARE – RESPONSABILITÀ GENITORIALE – SOTTRAZIONE INTERNAZIONALE DI MINORI – FISSAZIONE RESIDENZA DEL MINORE PRESSO LA MADRE – GIUDIZIO DI EQUITÀ DEL BILANCIAMENTO OPERATO DALLA CORTE NAZIONALE.**

*Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Terza Sezione, Spinelli c. Russia del 19 ottobre 2021*

<https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-212368>

#### **CLASSIFICAZIONE**

**Art. 8 Cedu - Vita familiare – Responsabilità genitoriale** – Sottrazione internazionale di minori – Fissazione residenza del minore presso la madre – Giudizio di equità del bilanciamento operato dalla Corte nazionale.

#### **RIFERIMENTI NORMATIVI INTERNAZIONALI**

Convenzione tra l'Unione delle Repubbliche Socialiste Sovietiche e la Repubblica Italiana sull'assistenza giudiziaria in materia civile, 1979; Convenzione dell'Aia del 1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori; Convenzione dell'Aia del 1996 su giurisdizione, legge applicabile, riconoscimento, esecuzione e cooperazione in materia di responsabilità dei genitori e misure per la protezione dei minori; Dichiarazione dei diritti del fanciullo, 1959; Convenzione di New York del 1989 sui diritti dell'infanzia;

#### **RIFERIMENTI NORMATIVI CEDU**

Artt. 8 e 13 CEDU.

#### **RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI**

**Sentenze della Corte EDU:** *McIlwrath c. Russia*, 18 luglio 2017; *X c. Lettonia*, 26 novembre 2013; *Hromadka e Hromadkova c. Russia*, 11 dicembre 2014; *Hasan e Chaush c. Bulgaria*, 26 ottobre 2000; *Kudła c. Polonia*, 26 ottobre 2000.

#### **PRONUNCIA SEGNALATA**

*Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Terza Sezione, Spinelli c. Russia del 19 ottobre 2021 (ricorso n. 57777/17)*



## **ABSTRACT**

*1) Con riferimento all'ipotesi in cui un figlio minore, condotto all'estero (nella specie in Russia) con il consenso di entrambi i genitori, non rientri nello Stato di residenza abituale (nella specie l'Italia) per decisione di uno solo di essi, esula dalla competenza della Corte EDU occuparsi di errori di fatto o di diritto, ivi incluse le questioni di giurisdizione, ipoteticamente commessi da un giudice nazionale, salvo che tali errori possano aver violato diritti e libertà tutelati dalla Convenzione.*

*2) La statuizione del Tribunale nazionale in ordine alla residenza del minore deve realizzare un giusto bilanciamento tra gli interessi del bambino e quelli dei genitori, attribuendo rilevanza preminente all'interesse del minore.*

*3) In applicazione del principio, la Corte EDU ha ritenuto corrispondente a tale margine di apprezzamento la decisione dei Tribunali nazionali russi che - avendo accertato che il luogo di residenza abituale del minore era la Russia, che il bambino era sempre rimasto con la madre, alla quale era profondamente legato ed era da quest'ultima stato curato - aveva ritenuto rispondente all'interesse superiore del minore fissare la sua residenza presso la madre in Russia. Conseguentemente la Corte Edu, pur riconoscendo al padre ricorrente la possibilità di richiedere ai tribunali russi un ordine di contatto per ristabilire gradualmente il legame con il figlio, ha escluso nella specie la violazione degli artt. 8 e 13 della Convenzione.*

## **IL CASO**

Il ricorrente, Carlo Spinelli, è un cittadino italiano, residente a Vimercate. Nel 2009 sposava una cittadina russa, la Signora A.Sh.; la coppia si stabiliva in Italia e, nel gennaio 2012, nasceva in Russia A., primo e unico figlio della coppia; dopo un breve periodo, la famiglia rientrava in Italia. Il 28 dicembre 2014 i tre si recavano in visita a Mosca, per incontrare i genitori di A.Sh., e pochi giorni dopo, il primo di gennaio, il Signor Spinelli rientrava in Italia, convenendo con la moglie che lei e il bambino lo avrebbero raggiunto il 4 gennaio. Tuttavia, il 2 gennaio 2015 A.Sh. informava il marito d'aver deciso di rimanere in Russia. Il ricorrente tornava a Mosca in tre occasioni nel gennaio 2015 nel tentativo di persuadere A.Sh. a tornare in Italia, invano, e ormai non vedeva suo figlio dall'aprile 2015.

Nel gennaio 2015 il ricorrente avviava, presso il Tribunale di Monza, il procedimento di separazione giudiziale nei confronti di A.Sh., chiedendo la custodia esclusiva del figlio A. e l'addebito di responsabilità nei confronti della moglie. Il Tribunale accoglieva le ragioni del ricorrente, disponendo che il Signor Spinelli avrebbe assunto tutte le decisioni riguardanti il bambino, compresa la determinazione del luogo di residenza, e accordando ad A.Sh. il diritto di visita del figlio minore, in presenza del Signor Spinelli o dei nonni paterni, e comunque in conformità ad un accordo tra i due ex coniugi. La sentenza, successivamente confermata dalla Corte d'Appello di Milano, passava poi in giudicato. Inoltre, con sentenza del 24 gennaio 2017, il Tribunale di Monza condannava A.Sh., in contumacia, per il rapimento del figlio a 4 anni di

reclusione, e le revocava i diritti genitoriali.

Parallelamente, il 26 febbraio 2015, A.Sh. avviava il procedimento di divorzio in Russia presso il Tribunale distrettuale di Gagarinskiy di Mosca, che, tuttavia, non esaminava le richieste avanzate, rilevando la litispendenza dinanzi al Tribunale di Monza.

Nel dicembre 2015, il Tribunale della città di Mosca annullava la suddetta decisione e rinviava il caso al tribunale distrettuale per l'esame nel merito, osservando che i tribunali italiani non avevano competenza per esaminare le rivendicazioni del ricorrente, in quanto il bambino era di nazionalità russa, era stato registrato presso il luogo di residenza materno a Mosca e viveva con la madre nella regione di Mosca.

In data 17 febbraio 2016, il Tribunale distrettuale scioglieva il matrimonio tra il Signor Spinelli e A. Sh. e, sulla base degli articoli 21, 65, 80 e 81 del Codice della famiglia della Federazione Russa, nell'interesse superiore del bambino, determinava il luogo di residenza del piccolo A. presso la madre; condannava inoltre il ricorrente al pagamento degli alimenti per il figlio.

Il ricorrente proponeva dunque ricorso, e domandava altresì la chiusura del procedimento in Russia, richiamando, da un lato, la sentenza del Tribunale di Monza sul medesimo oggetto, nonché, dall'altro lato, l'illegittimità dell'allontanamento del minore dall'Italia, sull'assunto che la sentenza della Corte distrettuale avrebbe dovuto basarsi sulla Convenzione bilaterale, sulla Convenzione dell'Aia e sulla Convenzione internazionale del 20 novembre 1989 sui diritti del fanciullo.

Il Tribunale cittadino confermava in appello la sentenza e, inoltre, sulla base della Dichiarazione dei diritti del fanciullo delle Nazioni Unite del 1959, tenendo conto del fatto che il bambino conviveva sin dalla nascita con la madre, alla quale era profondamente legato, e che ella aveva creato condizioni favorevoli per la vita, l'educazione e lo sviluppo del bambino, conveniva con il Tribunale distrettuale che preservare l'ambiente abituale del bambino corrispondeva al suo interesse superiore.

L'8 dicembre 2016 e il 3 febbraio 2017 i ricorsi per cassazione del ricorrente venivano respinti rispettivamente da un giudice del Tribunale cittadino e da un giudice della Corte suprema. La richiesta del ricorrente di riconoscimento ed esecuzione della sentenza del Tribunale di Monza da parte del Tribunale cittadino veniva rigettata.

Avendo quindi esaurito le vie dei ricorsi interni, il ricorrente adiva la Corte EDU, per far valere l'asserita violazione degli artt. 8 e 13 CEDU, lamentando, da un lato, un'indebita ingerenza nella sua vita familiare e, dall'altro lato, l'assenza di strumenti effettivi che gli consentissero di ottenere il rientro del figlio in Italia.

## **LA DECISIONE DELLA CORTE EDU**

La Corte, premesso che il rapporto tra il ricorrente e suo figlio rientrava pacificamente nella sfera della vita familiare ai sensi dell'articolo 8 della Convenzione, ha conseguentemente ritenuto di

essere chiamata a valutare se lo Stato convenuto avesse agito in modo corretto per consentire a questi legami di svilupparsi normalmente.

Ha quindi rilevato, da un lato, che l'ingerenza nel diritto del ricorrente al rispetto della propria vita familiare non poteva essere attribuita ad un'azione od omissione dello Stato convenuto, quanto piuttosto all'operato di un privato (cioè la decisione dell'allora moglie del ricorrente di non fare rientro in Italia dalla Russia, insieme al figlio minore, ad inizio gennaio 2015), dall'altro lato, che quella condotta imponeva allo Stato convenuto obblighi positivi volti a garantire il pronto ricongiungimento del minore con il padre.

La Corte ha osservato, altresì, che i casi con circostanze di fatto analoghe sono generalmente esaminati con riferimento alla Convenzione dell'Aia del 1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori, la quale stabilisce i criteri per definire se l'allontanamento o il mantenimento di un minore da parte di un genitore sia stato "illecito" e se richieda l'adozione di misure appropriate da parte delle autorità dello Stato in cui il minore è stato trattenuto: con riferimento al caso in esame, però, nel gennaio 2015, quando è avvenuto il trattenimento in oggetto, la Convenzione dell'Aia non era ancora in vigore tra Russia e Italia e, pertanto, non poteva trovare applicazione.

Proprio in ragione di ciò, la Corte ha rilevato che, a differenza di quanto sostenuto dal Governo russo, al ricorrente era impedito di chiedere assistenza alle autorità russe per ottenere il ritorno del bambino in Italia.

Di conseguenza, in assenza di un quadro normativo per determinare la questione del ritorno del minore nel momento in cui si è verificato il trattenimento asseritamente illegittimo, è sorto un conflitto tra l'ordinamento giuridico russo e quello italiano rispetto a quale dei due Stati fosse competente, così che i procedimenti per la determinazione della residenza del minore sono stati avviati in entrambi gli Stati.

In ordine al presunto difetto di giurisdizione della Russia sostenuto dal ricorrente, tuttavia, la Corte ha ribadito che esula dalla sua competenza occuparsi di errori di fatto o di diritto (ivi incluse le questioni di giurisdizione) ipoteticamente commessi da un giudice nazionale, a meno che, e nella misura in cui, tali errori possano aver violato diritti e libertà tutelati dalla Convenzione.

La Corte, quindi, si è limitata a valutare se la sentenza della Corte distrettuale di Gagarinskiy, che ha statuito che la residenza del bambino sia con A.Sh., abbia realizzato un giusto bilanciamento tra gli interessi del bambino e quelli dei genitori, attribuendo rilevanza preminente all'interesse del minore.

Sul punto, la Corte osserva che, sulla base delle prove in loro possesso, i tribunali nazionali hanno stabilito, all'esito di un procedimento celebrato in pieno contraddittorio tra le parti, che il luogo di residenza abituale del minore è la Russia, che il bambino è sempre rimasto con la madre, è stato curato da A.Sh., è a lei profondamente legato e che, quindi, risponde all'interesse superiore del minore che la sua residenza sia fissata presso sua madre A.Sh.

Ebbene, a parere della Corte, non c'è nulla che indichi che le conclusioni raggiunte dai tribunali nazionali abbiano superato il limite del loro margine di apprezzamento, ferma restando la possibilità per il ricorrente di richiedere ai tribunali russi un ordine di contatto e, attraverso contatti regolari, di ristabilire gradualmente il legame con il figlio.

Alla luce delle riportate considerazioni, la Corte conclude che non vi è stata violazione dell'Articolo 8 della Convenzione nella presente causa.

Quanto, poi, all'asserita violazione dell'art. 13 CEDU, la Corte premette che non è contestato tra le parti che il ricorrente avesse una pretesa rilevante ai sensi dell'articolo 8 e avesse, quindi, diritto a un ricorso che soddisfi i requisiti dell'articolo 13.

Come già detto, se, da un lato, il ricorrente non poteva valersi delle tutele garantite dalla Convenzione dell'Aia del 1980, in quanto non ancora entrata in vigore quando ha avuto luogo il trattenimento del minore in Russia, dall'altro lato, la Corte osserva che il ricorrente ha partecipato attivamente al procedimento di soggiorno del minore avviato dalla madre del minore in Russia e successivamente, quando si è concluso a favore di quest'ultima, ha chiesto il riconoscimento e l'esecuzione della sentenza del Tribunale di Monza, pronunciata invece in suo favore. In entrambi i procedimenti il ricorrente ha potuto presentare le sue argomentazioni, e le autorità giudiziarie le hanno esaminate. In tali circostanze la Corte ritiene che quei procedimenti combinati soddisfino i requisiti di un ricorso effettivo: il fatto che l'esito di tali procedimenti sia stato sfavorevole al ricorrente non indica, in quanto tale, che il ricorso in questione fosse inefficace.

In considerazione di quanto finora riportato, la Corte rileva che questa doglianza è manifestamente infondata e deve essere respinta.

## **OSSERVAZIONI**

La decisione della CEDU qui segnalata pone in luce due problematiche distinte, entrambe attinenti alle domande relative alla responsabilità ed all'affidamento genitoriale nei casi in cui un figlio minore, condotto all'estero con il consenso di entrambi i genitori, non rientri nello Stato di residenza abituale per decisione di uno solo di essi.

La prima questione, di natura processuale, attiene alla individuazione dello Stato avente la giurisdizione; la seconda questione, di natura sostanziale, riguarda il margine di apprezzamento entro il quale la decisione dei tribunali nazionali può ritenersi rispettosa del diritto alla vita familiare sancito dall'art. 8 della Convenzione.

La Corte EDU, nella decisione di cui si discorre, non ha affrontato la questione, controversa in causa, della giurisdizione, osservando che esula dalla sua competenza occuparsi di errori di fatto o di diritto (ivi incluse le questioni di giurisdizione) ipoteticamente commessi da un giudice nazionale, a meno che, e nella misura in cui, tali errori possano aver violato diritti e libertà tutelati dalla Convenzione.

Nella specie, pertanto, la Corte di Strasburgo si è limitata a constatare che, in assenza di un quadro normativo per determinare la questione del ritorno del minore nel momento in cui si è verificato il trattenimento asseritamente illegittimo, è sorto un conflitto tra l'ordinamento giuridico russo e quello italiano rispetto a quale dei due Stati fosse competente, così che i procedimenti per la determinazione della residenza del minore sono stati avviati in entrambi gli Stati.

In realtà, analoghi casi sono generalmente esaminati con riferimento alla Convenzione dell'Aia del 1980 sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori, la quale stabilisce i criteri per definire se l'allontanamento o il mantenimento di un minore da parte di un genitore sia stato "illecito" e se richieda l'adozione di misure appropriate da parte delle autorità dello Stato in cui il minore è stato trattenuto; nella specie, tuttavia, nel gennaio 2015, quando è avvenuto il trattenimento oggetto della specifica controversia, la Convenzione dell'Aia non era ancora in vigore tra Russia e Italia e, pertanto, non poteva trovare applicazione.

Per quanto riguarda lo Stato italiano, invece, la normativa convenzionale *de qua*, ratificata con legge 15 gennaio 1994, n. 64, deve ritenersi entrata in vigore in Italia a far tempo dal primo maggio 1995, atteso l'avvenuto deposito dello strumento di ratifica alla data del febbraio 1995, essendo previsto dall'art. 2 della citata legge di ratifica che la decorrenza dell'entrata in vigore della normativa convenzionale nell'ordinamento nazionale deve coincidere con quella prevista dall'art. 43 della Convenzione, ossia con il primo giorno del terzo mese successivo al deposito del terzo strumento di ratifica da parte del terzo Stato aderente (v. Cass. 22/11/1997 n. 11696).

**Ai fini della giurisdizione**, l'art. 1 della Convenzione dell'Aja dà rilievo unicamente al **criterio della residenza abituale del minore**, quale determinata in base alla situazione di fatto esistente all'atto dell'introduzione del giudizio, non consentendo, quindi il mutamento della competenza, in ossequio al diverso principio di "prossimità" (da intendere con riferimento alla nuova residenza abituale del minore ), poiché questo è evocabile solo in tema di competenza interna; pertanto, in caso di trasferimento di un minore permane la giurisdizione del giudice di residenza abituale, ancorché l'autorità giudiziaria adita a seguito del trasferimento abbia emesso provvedimenti interinali per ragioni d'urgenza (V. Cass. SU, 02/08/2011, n. 16864).

Più in generale, sia la normativa della Comunità Europea (art. 8 Regolamento CE 27.11.2003, n. 2201) che le diverse convenzioni internazionali rilevanti in questi casi (Convenzione dell'Aja del 5.10.61, Convenzione dell'Aja del 25.10.1980, Convenzione di New York del 20.11.1989) individuano, salve alcune peculiarità, l'autorità giurisdizionale competente in ragione della residenza abituale del minore.

E tale residenza coincide, sia secondo l'ordinamento interno (art. 5 c.p.c.) che secondo le norme sovranazionali, con quella di fatto esistente al momento della domanda, in applicazione del **principio della *perpetuatio jurisdictionis***.

Così anche in ambito UE, in riferimento al quale la Suprema Corte (Cass. SU, 5/11/2019, n. 28329) ha recentemente ribadito che sussiste la giurisdizione dello Stato membro nel quale il minore aveva la residenza abituale immediatamente prima del mancato rientro, sempre che non sussistano le condizioni indicate nell'art. 10 del Regolamento (CE) n. 2201 del 2003, fermo restando che, ai fini dell'applicazione della lett. b) di tale articolo (il quale, a determinate condizioni, attribuisce rilievo al soggiorno del minore per almeno un anno nello Stato in cui è trattenuto) non si può tenere conto della permanenza successiva alla data della proposizione della domanda, dovendosi dare applicazione al principio della *perpetuatio jurisdictionis*, contemplato (oltre che dal nostro ordinamento, anche) dal menzionato Regolamento, come si evince dalla disciplina generale, contenuta all'art. 8, comma 1, dello stesso.

Quanto all'aspetto sostanziale della compatibilità delle decisioni dei Tribunali nazionali con l'art. 8 della Convenzione, la corte di Strasburgo ha evidenziato che la valutazione deve essere effettuata realizzando **un giusto bilanciamento tra gli interessi del bambino e quelli dei genitori, attribuendo rilevanza preminente all'interesse del minore**.

A tale principio si ispirano tutte le decisioni della giurisprudenza interna, in conformità anche a quanto sottolineato dalla Convenzione di New York, secondo la quale la normativa vigente deve essere interpretata ed applicata tenendo conto dell'interesse superiore del fanciullo, da considerare preminente (art. 3).

In casi analoghi a quello esaminato nella sentenza della Corte EDU in commento, la Corte di cassazione italiana ha altresì precisato, proprio in un'ottica di bilanciamento tra gli interessi dei genitori e quelli, preminenti, del bambino, che costituisce presupposto indispensabile perché possa essere disposto il rimpatrio del minore, ai sensi dell'art. 13 della Convenzione dell'Aja del 25 ottobre 1980, la circostanza che, al momento del trasferimento, il diritto di affidamento sia effettivamente esercitato dal richiedente il rimpatrio, non rilevando, ai fini dell'accoglimento della domanda, le cause e le ragioni di tale mancato esercizio (cfr. Cass. 19/05/2010, n. 12293).

A tal fine, si deve verificare, per il caso di titolarità congiunta dei diritti di custodia del minore, se il genitore che ne lamenta la violazione li abbia in concreto esercitati e cioè se l'iniziativa del trasferimento all'estero non solo abbia arbitrariamente variato il luogo di residenza del minore prima concordato con l'altro genitore, ma abbia anche pregiudicato il rapporto di effettiva cura del minore da parte del genitore coaffidatario, impedendogli di continuare a soddisfare le

molteplici esigenze fondamentali del figlio e, a quest'ultimo, di mantenere consuetudini e comunanza di vita, ancorché in misura inferiore rispetto all'altro genitore.

Altrimenti, l'ordine di ristabilimento della custodia verrebbe indebitamente ad integrare tutela del solo diritto del genitore di stabilire o concordare la residenza del minore, violato a seguito del trasferimento illegittimo, e si risolverebbe in un non consentito ampliamento delle modalità concrete di esercizio del diritto di custodia, con sostanziale modifica ampliativa del regime di affidamento e delle precedenti condizioni di vita quotidiana del minore stesso (cfr. Cass. 26/06/2014, n. 14561).

## ART. 8 CEDU

**ARTT. 8 E 10 CEDU – DIRITTO AL RISPETTO DELLA VITA PRIVATA E LIBERTÀ DI ESPRESSIONE – DIFFAMAZIONE IN SEDE CIVILE - BILANCIAMENTO TRA I DIRITTI DI CUI AGLI ARTICOLI 8 E 10 – AFFERMAZIONI PRONUNCIATE DA ALTI FUNZIONARI DELLO STATO E LORO MAGGIORE CAPACITÀ DI NUOCERE ALL'ALTRUI REPUTAZIONE – CONSEGUENZE DELLA FRASE DIFFAMATORIA SULL'ESERCIZIO DELLE FUNZIONI PROFESSIONALI DELL'AVVOCATO CUI ERA RIVOLTA – VIOLAZIONE DELL'ART. 10 CEDU – ESCLUSIONE - TEMPI RAGIONEVOLI ED ECCESSIVA DURATA DEL PROCESSO – VIOLAZIONE DELL'ART. 6 CEDU - SUSSISTENZA.**

*Corte E.D.U., Prima sezione, MESIĆ c. Croazia, 5 maggio 2022*

<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-217119>

### **CLASSIFICAZIONE**

ARTT. 8 E 10 CEDU – DIRITTO AL RISPETTO DELLA VITA PRIVATA E LIBERTÀ DI ESPRESSIONE – DIFFAMAZIONE IN SEDE CIVILE - DICHIARAZIONE DELL'EX PRESIDENTE DELLO STATO DELLA CROAZIA CON CUI SI PROSPETTAVA CHE UN AVVOCATO AVESSE BISOGNO DI CURE PSICHIATRICHE PER AVERLO COINVOLTO IN UNA DENUNCIA PENALE - BILANCIAMENTO TRA I DIRITTI DI CUI AGLI ARTICOLI 8 E 10 – AFFERMAZIONI PRONUNCIATE DA ALTI FUNZIONARI DELLO STATO E LORO MAGGIORE CAPACITÀ DI NUOCERE ALL'ALTRUI REPUTAZIONE - DICHIARAZIONE AMPIAMENTE DIFFUSA – CONSEGUENZE DELLA FRASE DIFFAMATORIA SULL'ESERCIZIO DELLE FUNZIONI PROFESSIONALI DELL'AVVOCATO CUI ERA RIVOLTA – VIOLAZIONE DELL'ART. 10 CEDU – ESCLUSIONE - TEMPI RAGIONEVOLI ED ECCESSIVA DURATA DEL PROCESSO – VIOLAZIONE DELL'ART. 6 CEDU - SUSSISTENZA.

### **RIFERIMENTI NORMATIVI CONVENZIONALI:**

Artt. 6, 8 e 10 CEDU

### **RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI (CEDU):**

Rujak c. Croazia, n. 57942/10, 2 ottobre 2012; Stojanović c. Croazia, n. 23160/09, § 56, 19 settembre 2013; Perinçek v. Switzerland [GC], n. 27510/08, 2015; Europapress Holding d.o.o. v. Croatia, n. 25333/06, 22 ottobre 2009; Axel Springer AG v. Germany [GC], n. 39954/08, 7 febbraio 2012; Couderc e Hachette Filipacchi Associés c. Francia [GC], n. 40454/07, 10 novembre 2015; Egeland e Hanseid c. Norvegia, n. 34438/04, 16 aprile 2009.



## **ABSTRACT**

*La necessità che l'ingerenza nella libertà di espressione, in una società democratica, si fondi sulla tutela della reputazione altrui, implica che l'Autorità giudiziaria nazionale verifichi la sussistenza di un giusto equilibrio nel proteggere due valori garantiti dalla Convenzione, posto che essi in alcuni casi possono entrare in conflitto tra loro: da un lato la libertà di espressione, come tutelata dall'articolo 10, e dall'altro il diritto al rispetto vita privata sancita dall'art. 8.*

*Tuttavia, affinché l'art. 8 della Convenzione entri in gioco, un attacco alla reputazione di una persona deve raggiungere un certo grado di gravità, e le sue modalità devono pregiudicare il godimento personale del diritto al rispetto della vita privata.*

*Nella specie, non è stata rilevata una violazione dell'art. 10 CEDU.*

*La Corte ha concluso, invece, nel senso che il procedimento era stato eccessivamente lungo, non soddisfacendo il requisito della ragionevole durata, con conseguente violazione dell'art. 6 CEDU.*

## **IL CASO**

La Corte EDU si è occupata di un procedimento civile per diffamazione, in cui il ricorrente – un ex Presidente della Croazia – era stato condannato dai tribunali croati a pagare l'equivalente di 6.660 euro ad un avvocato di origine croata, Jurašinović, che esercitava la professione in Francia, per aver offeso la sua reputazione.

Contro la sentenza, il ricorrente Mesić adiva la Corte di Strasburgo, invocando l'art. 10 della Convenzione e deducendo la violazione della sua libertà di espressione.

Il ricorrente era stato presidente della Croazia dal 2000 al 2010; nel 2006 Ivan Jurašinović, avvocato croato che all'epoca esercitava ad Angers (Francia), aveva depositato, per conto di uno dei suoi clienti, una denuncia penale contro alcuni cittadini croati, tra cui Mesić, in relazione a vicende di tentato omicidio e tentata estorsione da parte di una organizzazione criminale, con la quale si sosteneva che Mesić fosse coinvolto. Uno dei soggetti al centro della denuncia, infatti, era un presunto noto boss mafioso, che, secondo il cliente dell'avvocato diffamato, aveva finanziato la campagna elettorale di Mesić nel 2000.

Dopo la denuncia, apparivano sui siti web di due quotidiani croati alcuni articoli che collegavano il nome dell'allora Presidente alla denuncia penale definendolo una "sorta di protettore politico della persona che ha ordinato l'omicidio".

L'esatto contenuto della denuncia penale non era noto ai media, ma in entrambi gli articoli si affermava che i giornalisti avevano contattato telefonicamente Jurašinović, il quale aveva confermato che la denuncia era stata effettivamente presentata, ma che non gli era permesso di fornire ulteriori dettagli, in base alle disposizioni del diritto francese.

**In risposta agli articoli giornalistici, il presidente Mesić, nel corso di una conferenza stampa televisiva, aveva affermato che l'avvocato Jurašinović avrebbe dovuto essere ricoverato in un ospedale psichiatrico, dove avrebbe potuto ricevere cure efficaci; tale**

**dichiarazione era stata riportata sul sito ufficiale del presidente della Croazia ed era stata ripresa da vari media.**

Dato che, ai sensi del diritto croato, il Presidente della Repubblica gode dell'immunità dall'azione penale ma non dalla responsabilità civile, in data 22 gennaio 2007, Jurašinović aveva intentato un'azione civile per diffamazione presso il Tribunale municipale di Zagabria, denunciando che Mesić aveva usato la sua posizione istituzionale e la relativa attenzione dei media per offendere il suo onore e la sua reputazione e danneggiare la sua credibilità professionale e morale.

Mesić, a sua volta, ha sostenuto in sua difesa che la dichiarazione ritenuta offensiva non era tale, poiché si risolveva in una figura retorica (una "metafora personificata"), con cui egli ha tentato di rispondere con ironia alle infondate e gravi accuse mosse contro di lui.

La decisione del giudice civile croato era stata nel senso del riconoscimento della diffamazione a carico del Mesić, non prevalendo, nel caso di specie, il diritto alla libertà di espressione.

## **LA DECISIONE**

Anche la Corte EDU ha escluso che nei confronti del ricorrente fosse stata emessa una condanna in violazione dell'art. 10 CEDU poiché ha ritenuto che la dichiarazione resa da Mesić non fosse stata soltanto pregiudizievole per la reputazione dell'avvocato, ma era stata anche in grado di avere un effetto "di congelamento", dissuasivo dell'esercizio delle sue funzioni professionali. Pertanto, la condanna alla liquidazione del danno da diffamazione in sede civile è stata ritenuta adeguata alla neutralizzazione di tale effetto e proporzionata alla finalità di tutela della reputazione dell'avvocato.

La Corte ha riconosciuto, da un lato, che la dichiarazione del ricorrente aveva inteso negare le gravi affermazioni mosse contro di lui nella denuncia penale preparata e presentata da Jurašinović per conto del suo cliente, ritenendo, pertanto, che egli abbia legittimamente cercato di fornire informazioni o idee, senza avere come unico intento quello di insultare Jurašinović: la sua condanna al risarcimento del danno da diffamazione, decisa dai giudici interni, costituirebbe, pertanto, in astratto, sotto tale profilo, un'**ingerenza nel diritto del ricorrente alla libertà di espressione, garantito dall'art. 10 § 1 della Convenzione.**

Tuttavia, la Corte ha valutato **la legittimità di tale ingerenza**, che ha una base giuridica nel diritto interno che soddisfa i requisiti qualitativi di accessibilità e prevedibilità.

Si è ritenuto, quindi, che l'**ingerenza nella libertà di espressione del ricorrente** fosse "**prescritta dalla legge**", **come richiesto dall'articolo 10 § 2 della Convenzione** e perseguisse uno **scopo legittimo**, poiché era intesa a **proteggere la reputazione dei diritti di altri**, nel caso di specie di Jurašinović.

La Corte, poi, segnalando la **necessità prioritaria di bilanciare** i diritti previsti dagli artt. 8 e 10 CEDU, ha ricordato che bisogna accertare se le autorità abbiano trovato un giusto equilibrio nel proteggere i due valori garantiti dalla Convenzione, posto che essi in alcuni casi possono

entrare in conflitto tra loro: da un lato la libertà di espressione e dall'altro il diritto al rispetto vita privata.

Ebbene, secondo la Corte, affinché l'art. 8 della Convenzione entri in gioco, un attacco alla reputazione di una persona deve raggiungere un certo grado di gravità e le sue modalità devono pregiudicare il godimento personale del diritto al rispetto della vita privata.

Nel caso di specie – in cui il ricorrente, mentre era Presidente della Repubblica, ha affermato che Jurašinović aveva bisogno di "cure psichiatriche", con una dichiarazione ampiamente diffusa da vari organi di stampa - la Corte ha ritenuto che la frase fosse non solo in grado di offuscare la reputazione di Jurašinović, ma anche di fomentare un pregiudizio nei suoi confronti, sia nel suo ambiente professionale che sociale, indipendentemente dal fatto che tale affermazione avrebbe dovuto essere intesa alla lettera o metaforicamente, come ha sostenuto il ricorrente.

Di conseguenza, la Corte ha ritenuto che la dichiarazione del ricorrente avesse raggiunto un livello di gravità tale da far entrare in gioco i diritti di Jurašinović ai sensi dell'art. 8 della Convenzione.

**Inoltre, i giudici di Strasburgo hanno osservato che il riferimento alla necessità di un trattamento psichiatrico ed il suo utilizzo alla stregua di "insulto" sia irrispettoso nei confronti delle persone con problemi di salute mentale.**

La Corte ha ribadito che, **nei casi concernenti un conflitto tra il diritto alla reputazione e il diritto alla libertà di espressione**, ci si aspetta che i tribunali nazionali, che esaminano le richieste di diffamazione, eseguano detto **bilanciamento tra i due diritti**, in linea con i criteri stabiliti dalla giurisprudenza della Corte in merito a tale tipologia di fattispecie, tenendo in conto i seguenti fattori valutativi: se sia stato fornito un contributo ad un dibattito di interesse pubblico; la notorietà dell'interessato; la sua condotta precedente; il contenuto, la forma e le conseguenze della dichiarazione in questione; la gravità della sanzione irrogata.

Proprio con riferimento a tali "indicatori", nel caso di specie, la Corte ha ritenuto che Jurašinović non fosse un personaggio pubblico, prima che le informazioni riguardanti la denuncia penale proposta per conto del suo cliente fossero riportate dai media croati; né la persona offesa aveva rilasciato alcuna dichiarazione pubblica in merito al ricorrente (quando è stato contattato dai giornalisti, infatti, egli aveva solo confermato di aver presentato la denuncia penale in qualità di avvocato e si era astenuto dal fare ulteriori commenti, né tantomeno aveva divulgato in altro modo informazioni al riguardo, come da lui sostenuto).

La Corte ha ritenuto, quindi, che l'accusa che ha provocato la dichiarazione del ricorrente non fosse stata resa "pubblicamente", né fosse destinata ad un pubblico di lettori.

La posizione di Jurašinović non può, quindi, essere paragonata a quella di soggetti che si espongono volontariamente allo scrutinio pubblico, in virtù del loro **ruolo di politici, personaggi pubblici o partecipanti a un dibattito pubblico su una questione di interesse pubblico**, e che **sono, quindi, tenuti a manifestare un livello di tolleranza superiore a**

quello che ci si aspetterebbe da personaggi non pubblici, rispetto ai quali sono accettabili limiti più ampi di critica.

I tribunali civili nazionali hanno classificato la dichiarazione diffamatoria del ricorrente come espressiva di un fatto, piuttosto che di un giudizio di valore o metaforico, mentre la Corte EDU ha concluso nel senso che l'affermazione *de qua* fosse effettivamente una metafora e, come tale, costituisse un giudizio di puro valore e non fosse, quindi, suscettibile di prova.

Secondo la Corte, peraltro, il presunto coinvolgimento di un Presidente della Repubblica in un tentato omicidio e/o i suoi possibili legami con la criminalità organizzata costituiscono indubbiamente una questione di interesse pubblico, sicchè il ricorrente aveva il diritto di replicare a tale accusa e di difendersi, cosa che aveva fatto, in primo luogo, rilasciando alcune affermazioni fattuali che negavano qualsiasi collegamento con la persona associata alla criminalità organizzata.

**Tuttavia, il ricorrente non solo aveva espresso la sua opinione – secondo cui l'idea che egli fosse dietro un tentato omicidio e che avesse legami con la criminalità organizzata era del tutto assurda - ma aveva anche tentato di screditare Jurašinović.**

Secondo la Corte di Strasburgo, il ricorrente avrebbe potuto negare le gravi accuse mosse contro di lui senza utilizzare il linguaggio impugnato e senza insultare personalmente Jurašinović; **il ricorrente, quindi, in tal modo, non ha contribuito a un dibattito su una questione di interesse pubblico ma è andato oltre i limiti di una critica accettabile:** per questo l'ingerenza nella sua libertà di espressione non viola l'art. 10 CEDU.

## ART. 9 CEDU

**CROCIFISSO – ESPOSIZIONE NELLE AULE SCOLASTICHE – LAICITÀ DELLO STATO – SIMBOLO PASSIVO – LIBERTÀ DI RELIGIONE – LEGALITÀ AZIONE AMMINISTRATIVA – AUTOTUTELA DEL LAVORATORE – DIVIETO DI DISCRIMINAZIONE.**

*Cass. civile, Sez. Un., n. 24414 del 06/07/2021, dep. 09/09/2021*

[HTTP://WWW.ITALGIURE.GIUSTIZIA.IT/XWAY/APPLICATION/NIF/ISAPI/HC.DLL?VERBO=ATTACH&DB=SNCIV&ID=.%2F20210909%2FSNCIV%2FSU0%2FA2021%2FN24414%2FTS.PDF&HOST=&PORT=-1&SID={3C4D106F}&HCA=&HCF=](http://www.italggiure.giustizia.it/xway/application/nif/isapi/hc.dll?verbo=attach&db=snciv&id=.%2F20210909%2FSNCIV%2FSU0%2FA2021%2FN24414%2FTS.pdf&host=&port=-1&sid={3C4D106F}&hca=&hcf=)

### CLASSIFICAZIONE

Crocifisso – Aule scolastiche – Laicità dello Stato – Simbolo passivo – Libertà di religione – Legalità azione amministrativa – Autotutela del lavoratore

### RIFERIMENTI NORMATIVI SOVRANAZIONALI

Artt. 9, 14, 53 e art. 2 del Protocollo n.1 Cedu;

Art. 10 Carta dei diritti fondamentali UE

### RIFERIMENTI NORMATIVI NAZIONALI

Artt. 2, 3, 7, 19, 20, 21, 23, 33, 97, 113 Cost.;

Art. 118 R.D. n. 965 del 1924;

Art. 119 R.D. n. 1297 del 1928;

D. Lgs. n. 297 del 1994, artt.1, 2 494;

D. Lgs. n. 216 del 2003, art. 2;

D. Lgs. n. 150 del 2011, art. 28;

D.P.R. n. 275 del 1999, art. 1, comma 2;

### RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI:

**Sentenze della Corte EDU:** *Dahlab c. Svizzera*, 15 Febbraio 2001; *Lautsi contro Italia*, Seconda Sezione del 3 Novembre 2009; *Lautsi c. Italia* (GC) del 18 Marzo 2011.

**Sentenze della Corte di Giustizia dell'Unione Europea:** Grande Sezione del 15 Luglio 2021, nelle cc. riunite C- 804/18 e C-341/19, *IX c. Wabe e MH Müller Handels GmbH c. MJ*; Grande Sezione del 14 Marzo 2017, C- 157/15, *Achbita c. G4S Secure Solutions NV*; Grande Sezione del 14 Marzo 2017, C- 188/15, *Bouagnaoui c. Micropole SA*.

**Sentenze della Corte costituzionale:** Corte Cost. n. 117 del 1979; Corte Cost. n. 189 del 1987; Corte Cost. n. 440 del 1995; Corte Cost. n. 334 del 1996; Corte Cost. n. 329 del 1997; Corte Cost. n. 264 del 2012; Corte Cost. n. 85 del 2013; Corte Cost. n. 10 del 2015; Corte Cost. n. 63 del 2016; Corte Cost. n. 20 del 2017; Corte Cost. n.67 del 2017; Corte Cost. n. 58 del 2018; Corte Cost. 183 del 2018.

**Sentenze della Corte di cassazione:** Cass. pen., Sez.IV, n. 4273 del 2000; Cass. n. 15614 del 2006; Cass. Sez. U. n. 5924 del 2011; Cass. Sez. I, n. 7893 del 2020.

**Sentenze del Consiglio di Stato:** Sez. VI n. 556 de 2006

**Altre sentenze:** Tribunale federale svizzero del 26 settembre 1990; Tribunale costituzionale federale tedesco del 16 maggio 1995; Corte suprema canadese del 2 Marzo 2006, caso *Multani c. Commission scolaire Marguerite – Bourgeoys*.

## **PRONUNCIA SEGNALATA**

**Cass. civile, Sez. Un., n. 24414 del 06/07/2021, dep. 09/09/2021**

### **ABSTRACT**

*La Corte di cassazione, chiamata a decidere a Sezioni Unite, alla luce della normativa regolamentare (r.d. n. 965/1924 e r.d. n. 1297/1928) e della giurisprudenza interna ed Europea in materia, da un lato, "se sia legittimo, oppure sia discriminatorio l'ordine di servizio del dirigente scolastico che ratifica la volontà espressa, in sede di assemblea di classe, dalla maggioranza degli alunni che in classe sia affisso il crocifisso" e, dall'altro lato, "se sia legittimo il provvedimento dell'Ufficio scolastico con cui è stata irrogata la sanzione disciplinare della sospensione dall'insegnamento per il periodo di trenta giorni al docente che, sentendosi leso dalla presenza in aula del simbolo religioso, era solito rimuoverlo dalla parete al suo ingresso in aula e riappenderlo al termine della lezione", ha affermato che "l'ordine di servizio è illegittimo, perché, a fronte del dissenso manifestato dal docente, l'amministrazione scolastica non ha ricercato né promosso un accomodamento da tutti sostenibile, sollecitando i protagonisti a valutare le molte possibilità praticabili sulle modalità di esposizione del crocifisso, e neppure ha adottato la soluzione maggiormente armonica con i principi. L'illegittimità della circolare dirigenziale travolge la sanzione disciplinare applicata per la reiterata inosservanza dell'ordine di servizio con essa impartito".*

### **IL CASO**

La pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di cassazione origina dall'impugnazione proposta da un docente di un istituto professionale di Terni dell'ordine di servizio del dirigente scolastico che ha ratificato la volontà espressa dagli alunni che in classe fosse affisso il crocifisso, nonché del

provvedimento dell'Ufficio scolastico con cui è stato sanzionato il docente che, sentendosi leso dalla presenza in aula del simbolo religioso, contravvenendo al sopra menzionato ordine di servizio, era solito rimuoverlo sistematicamente, in "autotutela", dalla parete al suo ingresso in aula, per poi riappenderlo al termine della lezione.

Nell'aula della classe il crocifisso era stato affisso, inizialmente, su richiesta di due alunne e, in un secondo momento, la presenza del simbolo in aula era stata confermata con decisione assunta a maggioranza dall'assemblea di classe, alla quale aveva fatto seguito una circolare del dirigente che richiamava i docenti al dovere di rispettare la volontà espressa dagli studenti.

Dal canto suo, il docente aveva manifestato la sua disapprovazione sia agli studenti e colleghi, sia al dirigente scolastico, fin dal momento della prima affissione del crocifisso ed aveva continuato a rimuoverlo dalla parete durante ogni ora di lezione anche a seguito della menzionata circolare e del successivo ordine di servizio impugnato: da ciò era conseguita l'emanazione del provvedimento dell'Ufficio scolastico, pure impugnato, che, tenendo conto del parere espresso dal Consiglio di disciplina per il personale docente, lo aveva sanzionato per avere reiteratamente disatteso l'ordine di servizio.

Il docente, quindi, ha impugnato, da un lato, l'ordine di servizio, in quanto discriminatorio nei confronti dei docenti che non si riconoscevano nel crocifisso in quanto simbolo religioso; dall'altro lato, il provvedimento dell'Ufficio scolastico, poiché volto a sanzionare una condotta che, ad avviso del ricorrente, costituiva legittimo esercizio del potere di autotutela in relazione ai diritti fondamentali di libertà di insegnamento e di libertà in materia religiosa.

Il Giudice del lavoro, nel respingere la domanda del docente, ha richiamato la sentenza della Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo del 18 marzo 2011, nel caso *Lautsi e altri c. Italia*, nella quale si legge che la presenza del simbolo nella scuola pubblica, di per sé neutro, non pregiudica il diritto degli alunni all'istruzione, la libertà educativa dei genitori nei confronti dei figli e quella di coscienza e religione, e non pone in essere discriminazioni su base religiosa: dall'applicazione di tale principio di diritto il primo giudice ha fatto discendere la legittimità dei provvedimenti amministrativi impugnati ed ha, quindi, respinto la domanda del docente.

Approdata la questione al vaglio della Corte d'Appello, l'impugnazione è stata nuovamente respinta, da un lato, poiché è stata negata la natura discriminatoria dell'ordine di servizio, in quanto rivolto all'intero corpo docente, e non al solo appellante; dall'altro lato, ha ribadito la liceità dell'affissione del crocifisso in aula, in forza del medesimo principio di diritto a suo tempo richiamato dal tribunale.

Avverso tale pronuncia, il docente ha proposto ricorso per Cassazione e la Sezione lavoro della Corte di legittimità, con ordinanza interlocutoria del 18 settembre 2020, n. 19618, ha rimesso gli atti al Primo Presidente perché valutasse la rimessione alle Sezioni Unite della seguente questione di massima di particolare rilevanza: quali siano i modi di risoluzione di un eventuale conflitto e la possibilità di far prevalere la libertà di insegnamento o la libertà religiosa, nei casi

in cui le stesse si pongano in contrasto tra loro. Secondo l'ordinanza di rimessione, tra l'altro, vengono in rilievo temi più generali, perché la vicenda è stata innescata dalla richiesta, formulata dagli alunni, di affissione nell'aula scolastica del crocifisso, sicché occorre confrontarsi, tenendo conto delle posizioni espresse dalla giurisprudenza, con il significato del simbolo, con il principio di laicità dello Stato e con la tutela della libertà religiosa, e interrogarsi sul carattere discriminatorio di atti o comportamenti del datore di lavoro che, in ragione del credo, pongano un lavoratore in posizione di svantaggio rispetto agli altri.

In prossimità dell'udienza, il Pubblico Ministero ha depositato le proprie conclusioni, rilevando la mancata conformità della determinazione prescrittiva adottata dall'amministrazione scolastica al modello, o metodo, della ricerca di un ragionevole accomodamento mediante l'instaurazione di una dialettica tra le parti, in vista della composizione di un conflitto tra diritti di pari dignità.

### **I PRINCIPI STABILITI DALLE SEZIONI UNITE**

Nel risolvere la questione rimessa dalla citata ordinanza interlocutoria, la Corte di cassazione osserva, in premessa, che la vicenda in esame si presenta come parzialmente nuova rispetto ai precedenti giurisprudenziali, non ricavandosi elementi risolutivi da altre pronunce, tanto del giudice nazionale, quanto del giudice sovranazionale.

Gli elementi di novità sono rappresentati dal fatto che, innanzitutto, il crocifisso è stato esposto non in ossequio a una qualche normativa, ma a seguito di una delibera di assemblea studentesca. Inoltre, a differenza del caso *Lautsi c. Italia* deciso nel 2011, la simbologia del crocifisso involge la sfera dell'insegnante e non lo studente.

Il noto precedente della Corte EDU, infatti, riguarda due studenti italiani di origine finlandese che frequentavano una scuola pubblica nelle cui aule era affisso il crocifisso. La prima sentenza della Corte, emanata dalla Seconda Sezione, aveva inizialmente ravvisato nell'affissione di questo simbolo la violazione dell'art.2 del Protocollo n.1 – in lettura congiunta con l'art. 9 CEDU –, norma che prescrive un obbligo di neutralità per lo Stato nell'esercizio del diritto pubblico, e aveva di conseguenza condannato l'Italia. La sentenza della Grande Camera ha invece ribaltato la decisione precedente, stabilendo che il crocifisso è un simbolo essenzialmente passivo, dal significato certamente religioso, ma inidoneo a interferire sulla libertà educativa.

Sul piano dell'ordinamento interno, anche i precedenti riportati dalle Sezioni Unite differiscono dalla vicenda in esame: si passa da un primo procedimento penale in cui la presenza del crocifisso in aula è stata considerata causa di giustificazione per il rifiuto di assumere l'incarico di scrutatore in un seggio elettorale situato in una scuola (Cass. pen., Sez. IV, n. 4273 del 2000), al rigetto dell'impugnazione di una sanzione disciplinare irrogata a un giudice rifiutatosi di amministrare la giustizia innanzi a tale simbolo religioso (Cass. Sez. Un., n. 5924 del 2011), fino al regolamento preventivo di giurisdizione in cui, sempre le Sezioni Unite della Suprema Corte, hanno sancito la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo per le controversie aventi ad



oggetto la contestazione circa la legittimità dell'affissione del crocifisso nelle aule scolastiche (Cass. Sez. Un., n.15614 del 2006).

Proseguono le Sezioni Unite sottolineando la presenza di un quadro normativo fragile, retto da fonti regolamentari e non primarie, emanate in periodo pre-costituzionale, riflettenti un'epoca segnata dal confessionalismo di Stato e da una struttura statale fortemente accentrata e autoritaria. L'esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche è prevista dall'art.118 del regio decreto n.965 del 1924 il cui ambito applicativo si riferisce anche alle scuole superiori, risolvendo in tal senso il dubbio di applicabilità proposto dal ricorrente. L'art. 118, ancora formalmente in vigore, tuttavia va interpretato in senso conforme alla Costituzione e, dunque, va riportato in un contesto sociale e culturale profondamente mutato, in cui *"l'esposizione autoritativa del crocifisso nelle aule scolastiche non è compatibile con il principio supremo della laicità dello Stato."*

Una solida giurisprudenza costituzionale, inoltre, esclude decisamente la strumentalizzazione della religione a vantaggio dello Stato per il raggiungimento di qualsivoglia utilità (Corte cost. nn. 334/1996 e 329/1997), e, di conseguenza, l'esposizione del crocifisso non è da considerare più come un atto dovuto.

Cionondimeno, la caducazione dell'obbligo di esposizione non si traduce in un divieto di affissione del simbolo in aula, ben potendosi configurare la possibilità di scelta, rimessa alla comunità scolastica, di decidere in libertà e autonomia, adottando una soluzione cd. mite. Già il Consiglio di Stato aveva in passato escluso che l'affissione del crocifisso nelle aule scolastiche potesse essere lesiva delle norme fondamentali del nostro ordinamento e che potesse violare il principio di laicità dello Stato (Sez. VI, n.556 del 2006).

Una soluzione spesso promossa per gli edifici pubblici è quella della c.d. "parete bianca" come luogo di assoluta neutralità ed equidistanza, alla quale spesso si contrappone l'idea della c.d. "parete barocca", pronta ad accogliere una pluralità di simboli. La presenza del crocifisso, come di altri simboli delle fedi religiose presenti all'interno della comunità scolastica, rientra infatti nell'alveo di autonomia delle istituzioni scolastiche, in maniera coerente con il principio di sussidiarietà orizzontale previsto in Costituzione dopo la riforma del Titolo V della Parte II.

La Corte continua sulla linea tracciata dalla sentenza della Grande Camera della Corte Edu nel caso Lautsi, rimarcando la natura passiva del simbolo in questione, che non rappresenta uno strumento di proselitismo ed è in sé inidoneo a svolgere un'opera di indottrinamento interferendo sulla libertà educativa.

Nel contrasto tra diritti fondamentali di pari dignità occorre comunque indirizzarsi verso una tutela sistemica, non frazionata, basata su un continuo bilanciamento, improntato ai criteri di proporzionalità e ragionevolezza, così da evitare l'espansione illimitata di un diritto con sacrificio totale dell'altro di pari rango.

Il principio da seguire è quello del cd. accomodamento ragionevole, o meglio della ricerca di un consenso condiviso, di un approccio dialogante, figlio di una cultura democratica, in cui il processo di costruzione si basa sulla mediazione e sul dialogo. Nel caso in esame, la circolare

del dirigente non è certamente indice di una società dialogante o accomodante, tendendo invece ad ossequiare una logica maggioritaria, in cui non è stato dato ascolto alla voce dissenziente del professore.

Seguendo, invece, il principio della *reasonable accomodation*, di derivazione angloamericana, potevano essere trovate strade alternative di risoluzione del conflitto, come l'affissione accanto al crocifisso di un simbolo laico, la diversa collocazione dello stesso, ovvero financo prevedere la sua eventuale rimozione durante l'orario di lezione dell'insegnante.

La Corte Suprema non manca di sottolineare come l'**accomodamento ragionevole rappresenti un criterio guida** anche nelle esperienze giuridiche di altre Corti, come nel caso *Multani c. Commission Scolaire Marguerite-Bourgeois*. In questo caso la Corte Suprema del Canada ha fatto uso della dottrina della *reasonable accomodation* per risolvere un contrasto tra il diritto alla sicurezza nella scuola e il diritto alla salvaguardia della propria identità personale. Il fatto riguardava un episodio di espressione di libertà religiosa: la famiglia di un ragazzo di origini indiane reclamava la possibilità per il figlio di indossare il *kirpan*, il pugnale rituale, avverso il divieto di portare armi negli ambienti scolastici; la questione è stata risolta utilizzando un approccio mite di bilanciamento e ponderazione dei diritti coinvolti consentendo all'allievo di portare il pugnale previa apposizione di un sigillo che ne neutralizza la capacità offensiva.

Un secondo aspetto della questione di massima affrontato dalle Sezioni Unite riguarda la legittimità del provvedimento dell'Ufficio scolastico con cui è stata irrogata all'insegnante la sanzione disciplinare della sospensione dalle funzioni e se, nello specifico, detta sanzione configuri una discriminazione indiretta a carico del docente ex. art. 2, comma 1, lett. a) e b) del d.lgs. n. 216 del 2003.

La Corte ritiene che **la circolare del preside, disponendo il rigido rispetto della volontà studentesca di veder affisso il crocifisso, senza il tentativo di trovare un ragionevole accomodamento con la posizione discordante del ricorrente, sia invalida perché frutto di un comportamento illegittimo.**

L'illegittimità di detto provvedimento si riflette direttamente sulla sanzione disciplinare irrogata al docente per il fatto di avere rimosso il crocifisso dall'aula all'inizio delle lezioni, ricollocandolo alla fine delle stesse.

**Pur nella sua illegittimità, è stato ritenuto che la circolare non integri una forma di discriminazione indiretta**, poiché il diritto dell'insegnante di lavorare secondo scienza e coscienza non è stato inciso, né influenzato da un simbolo ritenuto "passivo", e l'affissione del crocifisso non ostacola il docente nell'esercizio delle proprie libertà, proprio in ragione del suo carattere passivo.

Di conseguenza, non vi è nemmeno spazio per forme di risarcimento a favore del docente dato che, nel recepire la volontà degli studenti di veder affisso il crocifisso, il dirigente scolastico non ha dimostrato di volere improntare in senso religioso la funzione pubblica dell'insegnamento.

## **NOTA A MARGINE DEL PRINCIPIO DI "REASONABLE ACCOMODATION" APPLICATO DALLA CORTE SUPREMA.**

La sentenza delle Sezioni Unite dimostra una notevole conoscenza della dimensione universale del problema inerente alla relazione tra Chiesa / Religione e Stato, la quale rappresenta un antico problema, se non una ossessione, in molte parti del mondo, e conduce, in casi estremi, a vere e proprie guerre di religione o a infiniti dibattiti e divisioni sociali. Allo stesso modo, fa piena applicazione della dottrina della "*reasonable accomodation*" che si è sviluppata al fine di regolamentare tale tormentata materia.

Nel contesto attuale la questione dei conflitti tra diversi credo e politiche aziendali o sociali è spesso vista nella logica di facilitare il raggiungimento di un compromesso o, meglio, un accomodamento tra il diritto di manifestare il proprio credo religioso e gli altrui diritti, incluso quello dello Stato o di coloro che aderiscono a diverse religioni o sottospecie della medesima religione.

Tutto questo impatta direttamente sui diritti umani e sul dovere di trovare un ragionevole equilibrio all'interno di gruppi di diversa appartenenza.

Il requisito della proporzionalità, che è tratteggiato in quasi tutti i trattati sui diritti umani (anche solo per giustificare velate forme di discriminazione indiretta), in effetti, richiede tolleranza e tutela di tutti i diritti fondamentali in gioco con riguardo a ogni singolo caso. Tuttavia tale operazione di adattamento rischia di scivolare su di un terreno di difficile definizione dell'equilibrio da raggiungere, soprattutto allorché competono diritti di pari rango, ma in contrasto tra loro, come nel caso esaminato dalle Sezioni Unite.

Inoltre, ciascuna comunità praticante un credo religioso potrebbe non vedere di buon occhio la necessità di trovare un accomodamento con altre religioni o altre visioni dell'esistenza, specialmente quando queste ultime seguono o manifestano pratiche che rappresentano un anatema per quelli che le percepiscono come un peccato, come, in molti casi sin qui visti, è accaduto per l'omosessualità (v. caso Bull v. Hall [2013] UKSC 73, trattato nel Regno Unito in relazione al rifiuto, incentrato su motivi religiosi, di un gestore di hotel di ospitare una coppia omosessuale).

Proprio per i toni aspri che in tale contesto possono manifestarsi le diversità di vedute c'è da chiedersi se il criterio del ragionevole componimento (*reasonable accomodation*) possa facilmente governare situazioni di estremo contrasto.

Una importante questione riguarda anche il limite entro il quale il sentimento religioso possa ricevere una particolare protezione rispetto ad altri diritti. Gli Stati che si pongono questo problema non riconoscono il diritto di manifestare il proprio credo religioso in maniera tale da confliggere con le finalità e i valori di rilievo sociale che hanno raggiunto un livello di priorità: tale atteggiamento ha anch'esso, come presupposto, la dottrina della "*reasonable accomodation*", ed è dunque vero che essa può non essere applicata uniformemente e coerentemente in ogni situazione od ordinamento.

La tensione, dunque, si sposta sul come rispondere alla diversità religiosa in uno Stato democratico e alle varie questioni che si pongono nella prospettiva di necessario accomodamento multiculturale, in cui anche l'ateismo o l'agnosticismo trovano uguale spazio e dignità.

Sicché, come si è visto, il criterio della discriminazione indiretta può rivelarsi inadeguato per risolvere le difficoltà che incontrano le persone religiose o atee in un posto di lavoro, perché occorre dimostrare la discriminazione di un intero gruppo che è stato discriminato. E, in questa operazione, anche il criterio della proporzionalità si dimostra di non facile applicazione nelle ipotesi, come quella in esame, in cui un credo di una comunità si deve confrontare con quello - l'ateismo - di una singola persona.

Nella Convenzione europea sui diritti dell'uomo la libertà di pensiero, coscienza e religione sono previste come diritti assoluti, ed è ugualmente prevista la libertà di manifestare la propria religione o credo individualmente o collettivamente, sia in pubblico che in privato, mediante il culto, l'insegnamento, le pratiche e l'osservanza dei riti. La libertà di manifestare la propria religione o il proprio credo può essere oggetto di quelle sole restrizioni che, stabilite per legge, costituiscono misure necessarie, in una società democratica, per la protezione dell'ordine pubblico, della salute o della morale pubblica, o per la protezione dei diritti e della libertà altrui (art. 9). Pertanto inevitabilmente si affaccia il problema di determinare fino a che punto il proprio credo è manifestabile in determinati contesti.

In *Sahin c. Turchia*, n.44774/98 paragrafi 104 - 111, dove la Corte Edu ha scrutinato le basi su cui si fonda il principio di proporzionalità qui in discussione, si è indicato che il giudice può riconoscere la necessità di restringere la libertà di manifestare il proprio credo religioso, enfatizzando i valori dell'armonia sociale, della tolleranza, del pluralismo e dell'apertura mentale quando diversi gruppi si oppongono e competono tra loro; il bisogno di cercare un compromesso e di bilanciare la tutela di diritti in conflitto; il ruolo dello Stato nell'indicare cosa sia o non sia necessario proteggere, per esempio allorquando si tratti di limitare l'uso di determinati abiti religiosi.

L'insieme di questi doveri e facoltà, dunque, rappresenta il cuore del principio di "*reasonable accomodation*" che si è ritenuto abbia avuto la sua prima affermazione nella lettera che George Washington, nel settembre 1789, indirizzò al congresso annuale dei Quaccheri, dove scrisse: "Io vi assicuro che per me gli scrupoli di coscienza di ogni uomo debbono essere trattati con grande delicatezza e sensibilità; ed è mio primo auspicio e desiderio che le leggi possano adattarsi ad essi in maniera estesa ("*extensively accomodated to them*"), nella misura in cui gli interessi della nazione possano giustificare e permettere detta protezione".

Non c'è da stupirsi, quindi, se i due ordinamenti dove la dottrina della *reasonable accomodation* ha preso una definita forma giuridica sono gli Stati Uniti d'America e il Canada. Nel titolo VII del *Civil Rights Act* del 1964 (emendato nel 1972), si richiede al datore di lavoro di svolgere una "*reasonable accomodation*" delle pratiche religiose del lavoratore, se ciò non comporta un eccessivo disagio nella conduzione dell'impresa ("*undue hardship on the conduct of business*").

Un simile principio si trova espresso anche in Canada ed è stato applicato nei precedenti richiamati dalle Sezioni Unite. Nell'ordinamento canadese, il concetto è visto come un derivato del principio di equità (Central Alberta Dairy Pool v. Alberta Human Rights Commission [1990]), ove si pone il problema dei limiti di tollerabilità e accomodamento con riguardo ad alcune manifestazioni religiose.

Il principio regolatore è stato meglio indicato nel caso "British Columbia (Public Service Employee Relations Comm.) v. BCGEU [1999] 3 SCR 3, al paragrafo 54, dove si afferma che deve essere dimostrato se sia impossibile "accomodare" gli interessi di un gruppo di lavoratori dipendenti con quelli di un unico dipendente, senza imporre sacrifici eccessivi al datore di lavoro. Allo stesso modo i lavoratori dipendenti appartenenti allo stesso gruppo devono dimostrare di avere fatto il possibile per venire incontro ai bisogni contrastanti del singolo e che sarebbe impossibile modificare o eliminare un atteggiamento senza incorrere in un eccessivo sacrificio (v. anche Central Okanagan School District No 23 v Renaud [1992] 2 SCR 970, che impone uno stringente onere della prova in capo al datore di lavoro circa la sostanziale ingerenza sui diritti degli altri dipendenti).

Come il principio di "*reasonable accomodation*" possa operare all'interno del nostro ordinamento è ancor meglio esplicitato nelle cause riunite "Eweida, Ladele & Chaplin contro il Regno Unito [2013] trattate nel 2013 dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, là dove si è sancito il criterio di un equo bilanciamento tra gli interessi individuali e della comunità in gioco, fatto salvo il margine di apprezzamento di ogni Stato,

Sicché nei casi riuniti Chaplin v. Royal Devon and Exeter Hospitals NHS Foundation del 12 gennaio 2013, una infermiera di religione cristiana ha dovuto rimuovere la croce che portava al collo per questioni di sicurezza sanitaria dei pazienti anziani che assisteva e che potevano subire lesioni a contatto con essa.

Volendo trarre sommarie conclusioni riguardo all'approccio seguito in questa spinosa materia, **la dottrina della "*reasonable accomodation*"**, ben tratteggiata nella decisione in esame, si caratterizza perché:

- a. Favorisce un approccio individuale capace di garantire l'accomodamento di un sistema ai bisogni individuali, mentre il principio di proporzionalità richiede una lente sociale più ampia.
- b. E' in grado di porre maggiori limiti alla partecipazione del singolo ad alcuni gruppi, imponendo di confrontare il suo bisogno con quello altrui.
- c. Non richiede necessariamente uno scrutinio sulla sussistenza di una discriminazione diretta o indiretta;
- d. Induce a volgere lo sguardo sulle tematiche di identificazione di gruppo, come sviluppate nei casi Eweida e Chaplin, senza la necessità di provare la sussistenza di uno svantaggio di gruppo.
- e. Induce le parti a costruire una regola su misura, in modo che il lavoratore dipendente possa chiedere uno specifico accomodamento e il datore di lavoro possa rispondere che non sia possibile ma solo a certe condizioni

f. Libera da ogni onere di prova il lavoratore dipendente e fornisce un quadro di tutela più trasparente.

g. Induce il lavoratore e il datore di lavoro a intraprendere un dialogo più aperto e mette entrambe le parti nella condizione di comprendere più chiaramente quale atteggiamento assumere. Può anche condurre a soluzioni asimmetriche, come ad es. in favore di lavoratori disabili.

Applicando il suddetto principio, pertanto, risulta altrettanto evidente che la "passività" assegnata al simbolo religioso rappresentato nel crocefisso, ugualmente indicata dalla Corte Suprema di cassazione con riferimento al caso *Lautsi*, acquista una valenza minore e potenzialmente recessiva ai fini del bilanciamento da operarsi riguardo alla manifestazione di ogni altro credo religioso o visione laica della esistenza.

## ART. 14 CEDU

**ART. 14 CEDU IN RELAZIONE ALL'ART. 8 CEDU - DIVIETO DI DISCRIMINAZIONE – POTESTÀ GENITORIALE ED AFFIDAMENTO DEI FIGLI MINORI – ESCLUSIONE DI UN GENITORE IN RAGIONE DEL SUO ORIENTAMENTO SESSUALE - VIOLAZIONE DEL COMBINATO DISPOSTO DEGLI ART. 8 E 14 DELLA CONVENZIONE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO – SUSSISTENZA.**

*Corte EDU, Prima Sezione, X. c. Polonia del 16 settembre 2021- 28 febbraio 2022*

<https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-211799>

### **CLASSIFICAZIONE:**

**ARTT. 8 E 14 CEDU - Divieto di discriminazione e rispetto della vita privata** – Potestà genitoriale ed affidamento dei figli minori – Esclusione di un genitore in ragione del suo orientamento sessuale - Violazione del combinato disposto degli art. 8 e 14 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo –Sussistenza.

### **RIFERIMENTI NORMATIVI CONVENZIONALI:**

Art. 14 CEDU

Art. 8 CEDU

### **RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI**

#### **Sentenze della Corte EDU**

E.B. c. Francia [GC], n. 43546/02, § 47, 22 January 2008; Vallianatos e altri C. Grecia [GC], nn. 29381/09 e 32684/09, § 72, 2013; Molla Sali c. Grecia [GC], n. 20452/14, § 133, 19 December 2018; Fábíán c. Ungheria [GC], n. 78117/13, § 113, 5 September 2017; Carson e altri c. Regno Unito [GC], no. 42184/05, § 70, 2010; Clift c. Regno Unito, n. 7205/07, §§ 56-59, 2010; Guberina c. Croazia, n. 23682/13, § 78, 2016; Škorjanec c. Croazia, n. 25536/14, § 55, 2017; Weller c. Ungheria, n. 44399/05, § 37, 2009; Salgueiro da Silva Mouta c. Portogallo, n. 33290/96, § 28, 1999; Alekseyev c. Russia, nn. 4916/07 e altri due, § 108, 2010; P.V. c. Spagna, n. 35159/09, § 30, 2010; Pajić c. Croazia, n. 68453/13, § 84, 2016; Ratzenböck e Seydl c. Austria, n. 28475/12, § 32, 2017; Beizaras e Levickas c. Lituania, n. 41288/15, §§ 106-116, 2020; K. e T. c. Finland [GC], n. 25702/94, § 151, 2001; Strand Lobben e altri c. Norvegia, n. 37283/13, §§ 202-213, 2017.

## **PRONUNCIA SEGNALATA**

**Corte EDU, Prima Sezione, X. c. Polonia del 16 settembre 2021 – 28 febbraio 2022**

### **ABSTRACT**

*L'esclusione della madre dalla potestà genitoriale o dall'affidamento dei figli, fondata esclusivamente sul suo eccessivo coinvolgimento in una relazione omosessuale con una nuova compagna e sulla necessità di un chiaro modello maschile nella fase di sviluppo del minore, senza un'adeguata valutazione delle circostanze del caso in esame (in particolare senza la verifica di un effettivo disagio del minore e senza alcuna indagine relativamente ai rapporti tra il nuovo partner convivente ed il minore), non può ritenersi giustificata dal superiore interesse del bambino, che deve essere valutato in concreto e non in astratto, sicché integra una discriminazione, collegata all'orientamento sessuale, riguardo al diritto al rispetto della vita familiare e ricade nel divieto di cui all'art. 14 della Convenzione dei diritti dell'uomo.*

### **IL CASO**

La ricorrente, X, nata in Polonia e ivi residente, ha sposato nel 1993 il marito, Y, da cui ha avuto quattro figli e da cui ha divorziato, dopo aver instaurato una relazione con un'altra donna, Z.

In sede di divorzio sono stati riconosciuti i pieni diritti genitoriali a X, a cui sono stati affidati i quattro figli.

Tuttavia, nell'ottobre 2006, su domanda di Y, dopo una valutazione delle rispettive capacità genitoriali, durante la quale è stato direttamente domandato alla ricorrente se fosse omosessuale e se avesse rapporti sessuali con Z, i figli sono stati affidati a Y, mentre la potestà genitoriale di X è stata limitata.

L'appello di X avverso tale decisione è stato rigettato, nonostante il marito Y avesse proposto che il più piccolo dei figli D, che aveva un legame più forte con la mamma, fosse affidato alla ricorrente. Parimenti sono state rigettate tutte le successive richieste di modifica, da parte di X, dirette ad ottenere l'affidamento di D, e le relative impugnazioni, in base alle perizie espletate nei primi procedimenti, in cui la ricorrente era stata descritta come «concentrata in maniera eccessiva su se stessa e sulla relazione con la sua fidanzata», ed in considerazione dell'interesse primario del minore a vivere con i fratelli, le sorelle ed il padre, tenuto conto del ruolo fondamentale di quest'ultimo nella creazione di un modello maschile per il figlio maschio.

### **LA QUESTIONE SOTTOPOSTA ALLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO**

La ricorrente si è rivolta alla Corte EDU denunciando, oltre ad un difetto di imparzialità del giudice, la violazione del combinato disposto degli artt. 14 (Principio di non discriminazione) e 8 (diritto al rispetto della vita privata e familiare) della Convenzione europea dei diritti dell'uomo,



essendole stato negato l'affidamento del figlio più piccolo in ragione del suo orientamento sessuale.

### **I PRINCIPI STABILITI DALLA CORTE EDU**

La Corte ha ribadito che l'art. 14 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo rileva solo con riferimento ai diritti e alle libertà oggetto della Convenzione stessa e dei suoi protocolli, pur potendo configurarsi una discriminazione vietata anche in assenza della diretta violazione di un'altra disposizione.

Nel caso di specie, il diritto che viene in rilievo è quello alla vita familiare, riconosciuto dall'art. 8 della Convenzione, che include il godimento, da parte dei genitori e dei figli, della reciproca compagnia e delle rispettive relazioni, sicché ogni misura interna che ostacoli tali rapporti costituisce un'ingerenza non consentita, a meno che non sia prevista dalla legge e non sia necessaria, in una società democratica, alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine, alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, alla protezione dei diritti e delle libertà altrui.

La discriminazione è configurabile tra persone che si trovino in posizione identica o anche semplicemente analoga o simile, le quali siano assoggettate ad una disciplina diversa in ragione di una specifica caratteristica o di uno *status*, non necessariamente dipendente da qualità innate, senza che sussista una giustificazione obiettiva e ragionevole e, cioè, in assenza di uno scopo legittimo e di un ragionevole rapporto di proporzionalità tra i mezzi impiegati e lo scopo legittimo. La Corte ha già affermato in passato che l'art. 14 copre anche le questioni relative all'orientamento sessuale ed all'identità di genere (ad es., *Salgueiro da Silva Mouta c. Portogallo*, n. 33290/96; *Alekseyev c. Russia*, nn. 4916/07 e altri due) e che le differenze fondate sull'orientamento sessuale possono essere giustificate solo da ragioni particolarmente convincenti e gravi, atteso che il margine di discrezionalità degli Stati, in tale materia, è molto ristretto e varia a seconda delle circostanze, dell'oggetto e del contesto, potendo essere determinante in proposito l'esistenza o l'inesistenza di principi comuni nelle legislazioni nazionali. Ad ogni modo, le differenze basate solo o prevalentemente sull'orientamento sessuale di una persona ricadono sempre nel divieto di cui all'art. 14 della Convenzione (*Pajić c. Croazia*, n. 68453/13, § 84, 23 febbraio 2016; *Ratzenböck e Seydl c. Austria*, n. 28475/12, § 32, 26 ottobre 2017; *Beizaras e Levickas c. Lituania*, n.41288/15, §§ 106-116, 14 gennaio 2020, con ulteriori riferimenti alla giurisprudenza della corte, *Salgueiro da Silva Mouta*, sopra citata, § 36; e *Eb c. Francia*, sopra citata, §§ 93-96).

### **LA DECISIONE DELLA CORTE**

La Corte ha ravvisato, nel caso di specie, una violazione del combinato disposto degli artt. 8 e 14 della Convenzione, constatando che il riferimento ad un modello stereotipato educativo,

incentrato sulla figura maschile, e quello all'omosessualità della ricorrente e alla sua storia con Z sono stati predominanti nelle decisioni dei giudici polacchi - decisioni che sono state fondate su due perizie, in cui si è concluso che la ricorrente avrebbe potuto conservare l'affidamento dei figli solo se avesse corretto il suo atteggiamento ed escluso dalla vita familiare la compagna Z ed in cui X è stata interrogata esplicitamente sul suo orientamento sessuale, sicchè solo apparentemente sono state giustificate dall'interesse del minore (in particolare dall'esigenza di assicurare la sua crescita con i fratelli e il suo sano sviluppo).

Invero, la Corte ha ribadito che l'interesse primario del minore può giustificare una ingerenza nella vita familiare ed una conseguente limitazione della potestà genitoriale o del regime di affidamento, così come ha riconosciuto che, laddove un genitore conviva con un altro *partner*, le questioni relative a quest'ultimo rilevano ai fini delle decisioni in materia di affidamento, in quanto è necessario, nell'interesse superiore del bambino, valutare l'atteggiamento di tale *partner* e il ruolo che lo stesso svolgerà quotidianamente nella vita del figlio.

Tuttavia, nel caso di specie, i giudici di Strasburgo hanno escluso che le decisioni dei giudici nazionali fossero effettivamente giustificate dalla necessità di tutelare il minore, le cui esigenze sono state valutate in astratto, secondo una visione stereotipata, in base alla quale "per ogni ragazzo proveniente da una famiglia disgregata, un modello maschile è importante e la sua importanza aumenta man mano che il bambino cresce": impostazione che ha indotto a ritenere un elemento negativo la relazione omosessuale della madre con Z, a prescindere da una effettiva indagine sul ruolo di quest'ultima nella vita familiare e sul suo rapporto con D.

In particolare la Corte ha sottolineato che non è stato verificato un effettivo disturbo o disagio di D, né l'impossibilità per lo stesso di conservare un adeguato rapporto con il padre, pur se affidato alla madre, come richiesto, del resto, pure da Y, e che non vi è stata alcuna indagine sui rapporti di Z con D e sul suo possibile ruolo nella vita familiare, valutato, in modo aprioristico, come negativo, a differenza di quello del padre con la nuova compagna, madre del quinto figlio. Inoltre, i giudici polacchi non hanno tenuto conto che ad entrambi i genitori erano state riconosciute pari capacità genitoriali, che la ricorrente era stata, in sede di divorzio, l'affidataria principale dei figli, che lo stesso padre aveva riconosciuto il rapporto privilegiato della madre con D.

La Corte ha, dunque, ritenuto che l'omesso affidamento del minore alla madre non fosse giustificato dal superiore interesse del minore, essendo stata adottata la decisione senza un'adeguata valutazione delle circostanze del caso concreto, in considerazione di un astratto modello educativo, in cui è centrale la figura maschile, e della affermata necessità dell'interruzione della relazione omosessuale della madre. Hanno, pertanto, ravvisato una violazione degli artt. 8 e 14 della Convenzione, essendovi stata una discriminazione della ricorrente nel rispetto della sua genitorialità in considerazione del suo orientamento sessuale.

## **OPINIONI DISSENZIENTI**

Uno dei giudici del collegio di Strasburgo ha espresso la sua opinione dissenziente, escludendo la violazione degli artt. 8 e 14 della Convenzione.

In particolare, ha rilevato come, da un punto di vista procedurale, il giudizio di fronte alla Corte Edu si sia svolto, da un lato, senza assumere le dichiarazioni della controparte nonché del figlio minore e, dall'altro, fondandosi esclusivamente sulle dichiarazioni della ricorrente ed omettendo di considerare alcuni passaggi chiave della vicenda che pure emergono dalle risultanze probatorie.

Ad esempio, la Corte ha omesso di considerare l'atteggiamento di ostruzionismo della compagna della ricorrente (Z) verso il padre del bambino, nonché più in generale il fatto che Z, a differenza della nuova compagna del padre, non fosse accettata dai figli della coppia.

Inoltre, la Corte ha fondato il proprio giudizio su alcuni pareri scientifici di esperti psicologi, che escludono che lo sviluppo psicofisico di un ragazzo sia compromesso dalla mancanza di una figura maschile di riferimento (in particolare le ricerche menzionate dall'Istituto di psicologia dell'Accademia Polacca e dalle altre associazioni che hanno partecipato al giudizio, secondo cui i bambini non subiscono ripercussioni dall'essere cresciuti da persone dello stesso sesso), senza preoccuparsi di confutare nella propria motivazione quella parte di letteratura scientifica che sostiene l'esatto opposto.

In conclusione, secondo il giudice dissenziente, le decisioni dei giudici nazionali non si sarebbero fondate su una discriminazione, ma su diversi elementi di fatto che riguardavano principalmente la persona della ricorrente, la sua attitudine e la sua capacità genitoriale, e che l'esito sarebbe stato lo stesso anche laddove la ricorrente fosse stata coinvolta in una relazione eterosessuale.

## **OSSERVAZIONI FINALI.**

La pronuncia della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo in esame concerne un caso di violazione dell'art. 8 della CEDU, sotto il profilo del diritto al rispetto della vita privata, in combinato disposto con l'art. 14 della stessa Convenzione che, sancendo il principio di non discriminazione, copre anche le questioni relative all'orientamento sessuale ed all'identità di genere, e consente differenze fondate sull'orientamento sessuale solo in presenza di ragioni particolarmente "convincenti e gravi", come affermato in numerose pronunce dalla stessa Corte EDU.

Nel caso in esame, in sede di divorzio, la madre si era vista limitare la sua potestà genitoriale ed esclusa dall'affidamento dei figli minori, in ragione della relazione omosessuale che aveva avviato.

La Corte non è entrata nel merito della specifica vicenda, ma ha ritenuto che l'omesso affidamento del minore alla madre, alla luce della motivazione assunta dai giudici polacchi, non fosse giustificato dal superiore interesse del minore, poiché non erano state adeguatamente valutate a tal fine le circostanze del caso concreto, ma si era solo data rilevanza in astratto ad un modello educativo, fondato sulla centralità della figura maschile e sulla relazione omosessuale

instaurata dalla madre.

In materia, **nel nostro ordinamento vige la regola dell'affidamento condiviso dei figli ad entrambi i genitori** - prevista dall'art. 155 c.c. con riferimento alla separazione personale dei coniugi, ed applicabile anche nei casi di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio in virtù del richiamo operato dall'art. 4, comma 2, della legge 8 febbraio 2006, n. 54, nonché nelle ipotesi di cessazione della convivenza tra genitori non coniugati -, la quale è **derogabile solo ove la sua applicazione risulti "pregiudizievole per l'interesse del minore"** (cfr., *ex multis*, Cass. n. 16593 del 18/6/2008; Cass. 24526 del 1/12/2010; Cass. n. 26587 del 25/6/2009; Cass. n. 977 del 17/1/2017; Cass. n. 6535 del 6/3/2019).

L'individuazione del pregiudizio per l'interesse del minore, secondo la nostra giurisprudenza ed in conformità con la giurisprudenza CEDU, deve avvenire attraverso una valutazione *in concreto*, con riferimento alle specifiche circostanze che connotano i rapporti della famiglia in relazione alla quale si deve statuire.

In questa prospettiva, il pregiudizio in discorso è stato ravvisato, ad esempio, *nel caso in cui il genitore non affidatario si sia reso totalmente inadempiente all'obbligo di corrispondere l'assegno di mantenimento in favore dei figli minori ed abbia esercitato in modo discontinuo il suo diritto di visita, in quanto tali comportamenti sono sintomatici della sua inidoneità ad affrontare quelle maggiori responsabilità che l'affido condiviso comporta anche a carico del genitore con il quale il figlio non coabita stabilmente* (v. Cass. n. 26587 del 25/6/2009 cit.)

Ancora, si è affermato che la mera conflittualità riscontrata tra i genitori non coniugati, che vivono separati, non preclude il ricorso al regime preferenziale dell'affidamento condiviso dei figli ove si mantenga nei limiti di un tollerabile disagio per la prole, mentre può assumere connotati ostativi alla relativa applicazione, ove si esprima in forme atte ad alterare e a porre in serio pericolo l'equilibrio e lo sviluppo psico-fisico dei figli, e, dunque, tali da pregiudicare il loro interesse. (V. Cass. n. 6535 del 6/3/2019 cit.; v. anche Cass. n. 5108 del 29/3/2012).

Per le stesse ragioni, si è ritenuto che l'affidamento condiviso non può ragionevolmente ritenersi precluso dalla oggettiva distanza esistente tra i luoghi di residenza dei genitori, potendo detta distanza incidere soltanto sulla disciplina dei tempi e delle modalità della presenza del minore presso ciascun genitore (cfr. Cass. 24526 del 1/12/2010 cit.).

La necessità di condurre una valutazione *in concreto* comporta che l'eventuale pronuncia di affidamento esclusivo deve essere sorretta da una motivazione non solo in positivo sulla idoneità del genitore affidatario, ma anche in negativo sulla inidoneità educativa ovvero manifesta carenza dell'altro genitore (cfr., *ex multis*, Cass. n. 16593 del 18/6/2008 cit.; Cass. n. 6535 del 6/3/2019 cit.): nella nostra giurisprudenza di legittimità, dunque, è consolidato proprio quello stesso principio che è posto a fondamento della decisione della Corte qui esaminata, ossia la imprescindibile necessità di un'adeguata valutazione delle circostanze del caso concreto che possano giustificare, nell'interesse del minore, l'esclusione di un genitore dall'affidamento condiviso, senza che siano ammissibili soluzioni precostituite in astratto.

In particolare, e per quanto qui interessa più direttamente, tale principio è stato enunciato dalla Corte di cassazione italiana anche in una ipotesi perfettamente sovrapponibile a quella affrontata dalla decisione della Corte EDU in esame.

Si trattava di un caso in cui un padre si doleva dell'affidamento esclusivo, disposto dal Tribunale, del figlio minore alla madre, la quale aveva instaurato una relazione omosessuale: nella specie, Cass. n. 601 dell'11/1/2013 ha ritenuto inammissibile il motivo di ricorso (ed il precedente motivo di appello) che, nel censurare la decisione circa l'affidamento, non aveva indicato certezze scientifiche, dati di esperienza o specifiche ripercussioni negative sul piano educativo e della crescita del minore, derivanti dall'inserimento del medesimo in una famiglia incentrata su una coppia omosessuale, atteso che **"l'asserita dannosità di tale inserimento va dimostrata in concreto e non può essere fondata sul mero pregiudizio"**.

Dunque, già da tempo la giurisprudenza domestica, in tema di affidamento dei figli minori, è pervenuta alle conclusioni della Corte EDU, respingendo ogni discriminazione fra genitori basata sul mero orientamento sessuale, posto che, si legge nella motivazione della citata decisione del 2013, la valutazione sull'affidamento non può fondarsi sul *"mero pre-giudizio che sia dannoso per l'equilibrato sviluppo del bambino il fatto di vivere in una famiglia incentrata su una coppia omosessuale. In tal modo si dà per scontato ciò che invece è da dimostrare, ossia la dannosità di quel contesto familiare per il bambino"*.

**AREA CIVILE**

**REPORT RELATIVI ALLA  
CARTA DEI DIRITTI FONDAMENTALI DELL'UNIONE EUROPEA (CDFUE)  
ED AL TFUE**

## ARTT. 50 e 52 CDFUE

**NE BIS IN IDEM E CONDIZIONI DI POSSIBILI LIMITAZIONI - RINVIO PREGIUDIZIALE – CONCORRENZA – ART. 101 TFUE - CARTA DEI DIRITTI FONDAMENTALI DELL’UNIONE EUROPEA – ART. 50 – ART. 52, PARAGRAFO 1 - PRINCIPIO DEL NE BIS IN IDEM – PROPORZIONALITÀ – CUMULO DI PROCEDIMENTI E SANZIONI – PERSEGUIMENTO DI UN OBIETTIVO D’INTERESSE GENERALE.**

*Sentenze della Corte di Giustizia dell’Unione Europea, Grande Sezione, 22 marzo 2022, cause C-117/2020 e C-151/2020*

<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=256247&pageIndex=0&doclang=IT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1183087>

<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=256248&pageIndex=0&doclang=it&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1183816>

### CLASSIFICAZIONE

Rinvio pregiudiziale – **Concorrenza** – Art. 101 TFUE - **Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea** – **Art. 50** – Art. 52, paragrafo 1 - Principio del ne bis in idem – Proporzionalità – Cumulo di procedimenti e sanzioni – Perseguimento di un obiettivo d’interesse generale

### PRONUNCE SEGNALATE

**Sentenze della Corte di Giustizia dell’Unione Europea Grande Sezione, 22 marzo 2022, cause C-117/2020 bpost e C-151/2020 Nordzucker e.a.**

### RIFERIMENTI NORMATIVI

#### **Diritto dell’Unione**

Artt. 101; 102 TFUE. Artt. 50; 51, paragrafo 1; 52, paragrafi 1 e 3 Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea; Artt. 3, paragrafo 1; 12, paragrafo 1; considerando 8 regolamento n. 1/2003

### RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI

#### **Sentenze CGUE**

Sentenza del 15 ottobre 2002, Limburgse Vinyl Maatschappij e a./Commissione, C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, da C-250/99 P a C-252/99 P e C-254/99 P, EU:C:2002:582; Sentenza del 20 marzo 2018, Menci, C-524/15, EU:C:2018:197; Sentenza del

5 giugno 2012, Bonda, C-489/10, EU:C:2012:319; sentenza del 5 giugno 2014, M, C-398/12, EU:C:2014; Garlsson Real Estate e a., C-537/16, EU:C:2018:193; Sentenza del 27 maggio 2014, Spasic, C-129/14 PPU, EU:C:2014:586; Sentenza del 13 luglio 2006, Manfredi e a., da C-295/04 a C-298/04, EU:C:2006:46; Sentenza del 17 febbraio 2011, TeliaSonera Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83; Sentenza del 14 febbraio 2012, Toshiba Corporation e a. C-17/10, EU:C:2012:72; Sentenza del 9 marzo 2006, Van Esbroeck C-436/04, EU:C:2006:165; Sentenza del 18 maggio 2006, Archer Daniels Midland e Archer Daniels Midland Ingredients/Commissione C-397/03 P, EU:C:2006:328; Sentenza del 29 giugno 2006, Showa Denko/Commissione C-289/04 P, EU:C:2006:431; Sentenza del 18 giugno 2013, Schenker & Co. e a. C-681/11, EU:C:2013:404; Sentenza del 3 aprile 2019, Powszechny Zakład Ubezpieczeń na Życie, C-617/17, EU:C:2019:283; Sentenza del 25 febbraio 2021, Slovak Telekom, C-857/19, EU:C:2021:139; Sentenza del 1° giugno 1999, Eco Swiss, C-126/97, EU:C:1999:269; sentenza del 13 dicembre 2012, Expedia, C-226/11, EU:C:2012:795.

### **Sentenze Corte EDU**

Sentenza del 10 febbraio 2009 Sergueï Zolotoukhine c. Russia, CE:ECHR:2009:0210JUD001493903; Sentenza del 20 maggio 2014 Pirttimäki c. Finlandia, CE:ECHR:2014:0520JUD003523211; Sentenza del 15 novembre 2016 A e B c. Norvegia, CE:ECHR:2016:1115JUD002413011.

### **ABSTRACT**

In relazione al caso bpost, la Grande Sezione della Corte di giustizia dell'Unione Europea ha statuito che l'articolo 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, letto in combinato disposto con l'articolo 52, paragrafo 1, di quest'ultima, deve essere interpretato nel senso che esso non osta a che una persona giuridica sia sanzionata con un'ammenda per aver commesso un'infrazione al diritto della concorrenza dell'Unione, quando, per gli stessi fatti, tale persona sia già stata oggetto di una decisione definitiva all'esito di un procedimento relativo a un'infrazione a una normativa settoriale avente ad oggetto la liberalizzazione del mercato interessato, a condizione che esistano norme chiare e precise che consentano di prevedere quali atti e quali omissioni possano costituire l'oggetto di un cumulo di procedimenti e di sanzioni così come il coordinamento tra le due autorità competenti, che i due procedimenti siano stati condotti in modo sufficientemente coordinato in un intervallo di tempo ravvicinato e che l'insieme delle sanzioni imposte corrisponda alla gravità delle infrazioni commesse.

Per quanto concerne il caso Nordzucker, la Corte di giustizia dell'Unione Europea ha stabilito che l'articolo 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea deve essere interpretato nel senso che esso non osta a che un'impresa sia perseguita, dall'autorità garante della concorrenza di uno Stato membro, e le sia inflitta, se del caso, un'ammenda per un'infrazione all'articolo 101 TFUE e alle corrispondenti disposizioni del diritto nazionale in materia di concorrenza, a causa di un comportamento che ha avuto un oggetto o un effetto anticoncorrenziale sul territorio di tale



Stato membro, quando tale comportamento sia già stato menzionato, da un'autorità garante della concorrenza di un altro Stato membro, in una decisione definitiva adottata da quest'ultima, nei confronti di tale impresa, al termine di un procedimento di infrazione all'articolo 101 TFUE e alle corrispondenti disposizioni del diritto in materia di concorrenza di tale altro Stato membro, purché tale decisione non sia fondata sulla constatazione di un oggetto o di un effetto anticoncorrenziale nel territorio del primo Stato membro. Con riferimento alle ulteriori questioni pregiudiziali poste all'attenzione della Grande Sezione, la Corte afferma che l'articolo 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea deve essere interpretato nel senso che un procedimento di attuazione del diritto in materia di concorrenza, in cui, a causa della partecipazione della parte interessata al programma nazionale di clemenza, può soltanto essere accertata la sua infrazione a tale diritto, è idoneo a essere soggetto al principio del *ne bis in idem*.

## **IL CASO**

**La bpost, storica impresa di servizi postali in Belgio, veniva condannata nel 2011** dall'Autorità di regolamentazione del settore postale al pagamento di un'ammenda di euro 2,3 milioni **per aver violato la normativa antidiscriminatoria interna in materia tariffaria.**

Nel 2010, infatti, la bpost aveva adottato un diverso sistema di tariffazione che realizzava, secondo l'autorità belga, una disparità di trattamento priva di giustificazione tra i clienti diretti e gli intermediari che realizzano il servizio finale di distribuzione postale. Con sentenza del 10 marzo 2016, la Corte d'Appello di Bruxelles annullava la decisione emessa dall'Autorità di regolamentazione del settore postale, ritenendo la pratica tariffaria non discriminatoria.

La pronuncia si inserisce in una vicenda giudiziaria che aveva condotto la Corte d'Appello a formulare una prima domanda di rinvio pregiudiziale, sfociata nella sentenza dell'11 febbraio 2015, bpost (C-340/13, EU:C:2015:77).

Al contempo, l'autorità garante della concorrenza condannava il 12 dicembre 2012 la bpost al pagamento di un'ammenda di euro 37 399 786 per un abuso di posizione dominante costituito dall'adozione e dall'attuazione del nuovo piano tariffario, che rendeva meno agevole per intermediari e potenziali concorrenti l'ingresso nel mercato. Con sentenza del 10 novembre 2016 la Corte d'Appello di Bruxelles annullava la decisione dell'autorità garante della concorrenza, ritenendo la decisione in contrasto con il principio del *ne bis in idem*, dal momento che i medesimi fatti controversi erano già stati oggetto di una decisione definitiva innanzi all'autorità di regolamentazione del settore postale.

Con sentenza del 22 novembre 2018 la Corte di cassazione del Belgio cassava tale decisione, rimettendo la questione innanzi alla Corte d'Appello.

Investito nuovamente della decisione, il giudice del rinvio si interroga se l'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea osti all'avvio di due procedimenti volti all'irrogazione di sanzioni amministrative aventi carattere penale quando tali procedimenti, ancorché riferiti ai

medesimi fatti, siano funzionali alla tutela di interessi differenti, ovvero sia la tutela della concorrenza e la tutela della trasparenza e del principio di non discriminazione in materia tariffaria.

Le vicende del caso Nordzucker, invece, concernono delle intese lesive della concorrenza realizzate da imprese inserite nel settore della produzione e distribuzione dello zucchero in Germania ed Austria.

La Nordzucker e la Südzucker, insieme ad un terzo produttore, assumono una posizione dominante in tale settore del mercato, secondo una suddivisione del territorio tedesco per aree geografiche di rispettiva competenza.

Tali intese non prevedevano il coinvolgimento del territorio austriaco in cui è la Agrana, società figlia della Südzucker, ad essere la principale produttrice di zucchero.

A partire dal 2004, in concomitanza con l'adesione all'Unione Europea di nuovi Stati membri, si svolgevano numerosi incontri tra i dirigenti della Nordzucker e della Südzucker per confermare il contenuto dei precedenti accordi e respingere congiuntamente eventuali pressioni concorrenziali provenienti dalle imprese produttrici degli Stati membri di nuova adesione. Intorno la fine del 2005, la società Agrana riscontrava la presenza di forniture di zucchero nel territorio austriaco provenienti da una società figlia della Nordzucker.

Dopo aver segnalato tale circostanza, il dirigente commerciale della Südzucker contattava i responsabili della Nordzucker onde verificare l'effettiva ingerenza di quest'ultima nel mercato austriaco in cui l'Agrana era stata fino ad allora l'esclusiva fornitrice. Dopo la presentazione da parte della Nordzucker di una domanda di clemenza al Bundeskartellamt (Autorità federale garante della concorrenza, Germania), quest'ultima avviava delle indagini. Al contempo, nel settembre 2010, l'autorità austriaca garante della concorrenza adiva l'Oberlandesgericht Wien (Tribunale superiore del Land, Vienna, Austria), onde accertare da parte della Nordzucker la violazione dell'art. 101 TFUE e le corrispondenti disposizioni del diritto austriaco, chiedendo altresì la condanna della Südzucker al pagamento di due ammende, una delle quali a carico anche della Agrana in qualità di responsabile in solido.

Con decisione del 18 febbraio 2014, l'autorità tedesca ha accertato da parte della Nordzucker, della Südzucker e del terzo produttore tedesco, una violazione dell'art. 101 TFUE e delle corrispondenti disposizioni del diritto tedesco.

Tra gli elementi di fatto posti a fondamento della decisione in esame si collocava la conversazione telefonica intervenuta tra i dirigenti della Nordzucker e della Südzucker con cui si confermavano le aree di competenza nel mercato tedesco e si discuteva, nello specifico, delle rispettive influenze sul mercato austriaco. Con ordinanza del 15 maggio 2019 l'Oberlandesgericht Wien respingeva il ricorso promosso dall'autorità austriaca, sostenendo che i medesimi fatti controversi, ed in particolare l'accordo telefonico sopracitato, fossero stati già oggetto di sanzioni inflitte dall'autorità tedesca, sicché la condanna al pagamento di un'ammenda si sarebbe posta in contrasto con il principio del ne bis in idem. L'autorità austriaca proponeva ricorso avverso

tale ordinanza, adendo l'Oberster Gerichtshof (Corte suprema, Austria), che è giudice del rinvio. Tale giudice si interroga, in particolare, se la telefonata controversa possa essere oggetto di sanzione, posta la decisione divenuta definitiva dell'autorità tedesca, alla luce dell'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

### **LA QUESTIONE SOTTOPOSTA ALLA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA**

Nella pronuncia relativa al caso *bpost*, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'articolo 50 della Carta debba essere interpretato nel senso che esso osta a che una persona giuridica sia sanzionata con un'ammenda per aver commesso un'infrazione al diritto della concorrenza dell'Unione, qualora, per gli stessi fatti, tale persona sia già stata oggetto di una decisione definitiva al termine di un procedimento relativo a un'infrazione ad una normativa settoriale avente ad oggetto la liberalizzazione del mercato interessato.

In occasione del caso *Nordzucker*, il giudice del rinvio si interroga se l'articolo 50 della Carta debba essere interpretato nel senso che esso osta a che un'impresa sia perseguita, dall'autorità garante della concorrenza di uno Stato membro, e le sia inflitta, se del caso, un'ammenda per un'infrazione all'articolo 101 TFUE e alle corrispondenti disposizioni del diritto nazionale in materia di concorrenza, a causa di un comportamento che ha avuto un oggetto o un effetto anticoncorrenziale nel territorio di tale Stato membro, quando tale comportamento sia già stato menzionato, da un'autorità garante della concorrenza di un altro Stato membro, in una decisione definitiva adottata da quest'ultima nei confronti di tale impresa al termine di un procedimento di infrazione all'articolo 101 TFUE e alle corrispondenti disposizioni del diritto della concorrenza di tale altro Stato membro. Infine, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'articolo 50 della Carta debba essere interpretato nel senso che un procedimento di attuazione del diritto in materia di concorrenza, in cui, a causa della partecipazione della parte interessata al programma nazionale di clemenza, può soltanto essere accertata la sua infrazione al diritto della concorrenza, sia idoneo a essere soggetto al principio del *ne bis in idem*.

### **LA DECISIONE DELLA CORTE**

La Grande Sezione ricorda, in primo luogo, che il *ne bis in idem* costituisce un principio fondamentale del diritto dell'Unione (sentenza del 15 ottobre 2002, *Limburgse Vinyl Maatschappij e a./Commissione*, C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, da C-250/99 P a C-252/99 P e C-254/99 P, EU:C:2002:582, punto 59), il cui scopo è quello di garantire la certezza del diritto e l'equità, onde prevenire che un soggetto venga perseguito o condannato due volte per la medesima infrazione (v., in tal senso, sentenza del 3 aprile 2019, *Powszechny Zakład Ubezpieczeń na Życie*, C-617/17, EU:C:2019:283, punti 29 e 33). Tale diritto trova riscontro anche nell'art. 4 del Protocollo n. 7 alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. La Corte a tal proposito osserva che ove la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea contenga diritti corrispondenti a quelli sanciti dalla

Convenzione, l'art. 52, paragrafo 3, prevede che la portata e l'interpretazione di tali diritti siano corrispondenti a quelli della Convenzione. L'art. 50 si applica non solo a quei procedimenti che siano qualificati come penali dal diritto nazionale, ma anche ai procedimenti formalmente amministrativi in cui sia ravvisabile una natura sostanzialmente penale. Spetta al giudice nazionale valutare la natura penale di un procedimento e di una sanzione, alla luce dei criteri formulati dalla giurisprudenza di questa Corte, come la qualificazione dell'illecito nel diritto nazionale, la natura dell'infrazione, il grado di severità delle sanzioni previste (sentenze del 5 giugno 2012, Bonda, C-489/10, EU:C:2012:319, punto 37, nonché del 20 marzo 2018, Menci, C-524/15, EU:C:2018:197, punti 26 e 27). In più occasioni la Corte ha sostenuto l'applicabilità del principio del *ne bis in idem* a quei procedimenti volti all'irrogazione di ammende per comportamenti anticoncorrenziali. Nello specifico, l'applicazione del suddetto principio è subordinata ad una duplice condizione: l'esistenza di una decisione definitiva anteriore (condizione «bis») e l'identità dei comportamenti oggetto dei due procedimenti o decisioni (condizione «idem»). Per quanto concerne la prima di tali condizioni, affinché si possa verificare se un fatto oggetto di un procedimento sia già stato esaminato nel corso di un altro procedimento, occorre valutare in primis se la decisione emessa abbia acquisito il carattere della definitività e, in secondo luogo, se nel corso del primo procedimento si sia giunti ad una decisione che ha esaminato il merito della questione (sentenza del 5 giugno 2014, M, C-398/12, EU:C:2014:1057, punti 28 e 30). Per quanto concerne la seconda condizione, la Grande Sezione osserva come in base alla giurisprudenza consolidata della Corte, l'identità dei fatti di reato va valutata in relazione alla corrispondenza dei fatti materiali per i quali si procede, che devono essere imputati ai medesimi soggetti giuridici. La qualificazione giuridica della fattispecie e l'interesse tutelato dalla norma non rappresentano, secondo la giurisprudenza della Corte, degli elementi determinanti per la sussistenza di un medesimo reato (sentenze del 20 marzo 2018, Menci, C-524/15, EU:C:2018:197, punto 36, e del 20 marzo 2018, Garlsson Real Estate e a., C-537/16, EU:C:2018:193, punto 38). La valutazione dell'identità dei fatti contestati dev'essere rapportata alle circostanze concrete, superando il piano della mera astrattezza (v., per analogia, sentenze del 14 febbraio 2012, Toshiba Corporation e a., C-17/10, EU:C:2012:72, punto 99, nonché del 25 febbraio 2021, Slovak Telekom, C-857/19, EU:C:2021:139, punto 45). Nel caso Nordzucker, pertanto, il giudice del rinvio deve valutare se gli accordi limitativi della concorrenza in relazione ai quali è stato adito siano i medesimi di quelli sottoposti all'esame dell'autorità tedesca, tenuto conto della durata di tali accordi, delle caratteristiche dei prodotti commercializzati e dell'area geografica di operatività. Dai procedimenti avviati rispettivamente dall'autorità tedesca e dall'autorità austriaca, che è giudice del rinvio, si evince che in ambo i casi il presupposto fattuale considerato al fine di riscontrare la sussistenza di un'intesa limitativa della concorrenza è la telefonata intercorsa tra i dirigenti della Nordzucker e della Südzucker. Orbene, spetta al giudice del rinvio valutare se, alla luce dei criteri sopracitati, i presupposti fattuali considerati delle due autorità abbiano ad oggetto, nella prima decisione, delle intese

anticoncorrenziali limitate al solo territorio tedesco o se, al contrario, l'autorità tedesca abbia considerato l'incidenza di tali accordi anche sul mercato austriaco. Risulta altresì rilevante verificare se l'autorità tedesca abbia valutato ai fini della determinazione dell'ammenda inflitta il solo fatturato realizzato in Germania, traendo beneficio della condotta anticoncorrenziale ivi realizzata (v., per analogia, sentenza del 14 febbraio 2012, Toshiba Corporation e a., C-17/10, EU:C:2012:72, punto 101). In sintesi, qualora il giudice del rinvio ritenga che la decisione definitiva dell'autorità tedesca abbia valutato nel merito o sanzionato la condotta incriminata alla luce dei suoi effetti anticoncorrenziali sul mercato austriaco, il cumulo di procedimenti o di sanzioni si porrebbe in contrasto con l'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea. Con riferimento ad eventuali deroghe all'art. 50 della Carta fondate sull'art. 52, paragrafo 1, la giurisprudenza della Corte precisa che le deroghe ai diritti fondamentali sanciti dalla Carta possono essere apportate solo laddove siano necessarie e rispondano a finalità di interesse generale garantite dal diritto dell'Unione. A tal proposito, l'art. 101 TFUE è considerata una disposizione di ordine pubblico e che persegue l'obiettivo, indispensabile per la tutela del mercato interno, di garantire che la concorrenza non venga falsata (v., in tal senso, sentenze del 1° giugno 1999, Eco Swiss, C-126/97, EU:C:1999:269, punto 36, nonché del 13 luglio 2006, Manfredi e a., da C-295/04 a C-298/04, EU:C:2006:461, punto 31). Un cumulo di procedimenti e sanzioni di natura penale, pertanto, può essere ammesso se giustificato dall'esigenza di tutela di un interesse generale e se i procedimenti sanzionatori perseguono scopi complementari, vertenti, eventualmente, su aspetti diversi della medesima condotta criminosa (v., in tal senso, sentenza del 20 marzo 2018, Menci, C-524/15, EU:C:2018:197, punto 44). Infine, la Grande Sezione rileva, nel solco della giurisprudenza costante della Corte, che qualora venga riscontrata una violazione dell'art. 101 TFUE, le autorità nazionali garanti della concorrenza possono limitarsi a constatare tale infrazione, esonerando l'impresa dall'inflizione di un'ammenda nell'ipotesi in cui quest'ultima abbia partecipato ad un programma nazionale di clemenza. Si tratta, tuttavia, di ipotesi eccezionali, dal momento che la mera constatazione della violazione senza l'irrogazione di un'ammenda potrebbe compromettere l'efficace ed uniforme applicazione negli ordinamenti degli Stati membri dell'art. 101 TFUE (sentenza del 18 giugno 2013, Schenker & Co. e a., C-681/11, EU:C:2013:404, punti 47 e 49). Anche in occasione del caso bpost la Grande Sezione ha osservato che una limitazione del principio del ne bis in idem, operata ai sensi dell'art. 52, paragrafo 1, della Carta, può essere ammessa, dal momento che anche l'art. 102 TFUE, che sanziona l'abuso di posizione dominante e che è stato posto a fondamento della decisione dell'autorità garante della concorrenza del Belgio, costituisce una disposizione di ordine pubblico e che tutela interessi fondamentali quali la liberalizzazione del mercato interessato. Può dunque ritenersi legittimo il cumulo di procedimenti e di sanzioni, derivante dall'applicazione della normativa settoriale a tutela della liberalizzazione del mercato postale da un lato, e dall'applicazione delle norme sulla concorrenza dall'altro. Il cumulo dei procedimenti, tuttavia, oltre a dover essere strettamente necessario in relazione ai fini perseguiti, deve fondarsi su

norme sufficientemente chiare e precise che consentano al cittadino di comprendere quali condotte possano essere eventualmente oggetto del cumulo di procedimenti e sanzioni.

## ART. 267 TFUE

### **ART. 267 TFUE - RINVIO PREGIUDIZIALE – GIUDICE NAZIONALE AVVERSO LE CUI DECISIONI NON POSSA PROPORSI RICORSO GIURISDIZIONALE DI DIRITTO INTERNO – ECCEZIONI ALL’OBBLIGO DI EFFETTUARE IL RINVIO PREGIUDIZIALE.**

*Corte di Giustizia dell’Unione Europea, Grande Sezione, 6 ottobre 2021, Consorzio Italian Management e Catania Multiservizi S.p.A. c. Rete Ferroviaria Italiana S.p.A. (Caso C-561/19).*

<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=247052&pageIndex=0&doclang=it&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1189058>

### **CLASSIFICAZIONE**

**Art. 267 TFUE** - Rinvio pregiudiziale – Giudice nazionale avverso le cui decisioni non possa proporsi ricorso giurisdizionale di diritto interno – Eccezioni all’obbligo di effettuare il rinvio pregiudiziale.

### **RIFERIMENTI NORMATIVI**

Art. 267 TFUE • artt. 2 e 3 TUE • Art. 4, par. 2 TUE • Artt. 9, 26, 34 TUE • art. 101, par. 1, lettera e) TUE • artt. 106, da 151 a 153 e 156 TFUE

**Norme rilevanti dell’ordinamento italiano:** artt. 101 e 104 cod. proc. amm.

### **RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI**

#### **Sentenze della CGUE**

*Aquino, C-3/16; Cilfit e a., 283/81; Intermodal Transports, C-495/03; Commissione/Francia (Anticipo d’imposta), C-416/17; Ferreira da Silva e Brito e a., C-160/14; Association France Nature Environnement, C-379/15; Mattheus, 93/78; van Schijndel e van Veen, C-430/93 e C-431/93.*

**Sentenze della Corte costituzionale:** sentenza n.170 del 1984; ordinanza n. 103 del 2008:

La Corte riconosce esplicitamente che ritenendosi non legittimata al rinvio nei giudizi in via d’azione provocherebbe “un’inaccettabile lesione del generale interesse all’uniforme applicazione del diritto comunitario quale interpretato dalla Corte di giustizia CE; sentenza Granital di cui Corte cost. 4 luglio 2007 n. 284, in ordine alla priorità della questione pregiudiziale comunitaria su quella costituzionale; Corte Cost. n. 269 del 14 dicembre 2017 in tema di capovolgimento dell’ordine logico delle questioni in materia di diritti fondamentali; sentenza n. 20 del 21 febbraio 2019 in tema di equo bilanciamento dei due strumenti da parte del giudice comune.

## **Sentenze della Corte di cassazione**

Cass.Sez. L - , *Sentenza n. 14828 del 07/06/2018*:<<Non sussiste alcun diritto della parte all'automatico rinvio pregiudiziale alla CGUE ai sensi dell'art. 267 TFUE ogni qualvolta la Corte di Cassazione non ne condivida le tesi difensive, bastando che le ragioni del diniego siano espresse, ovvero implicite laddove la questione pregiudiziale sia manifestamente inammissibile o manifestamente infondata>>; cfr. anche Cass.Sez. U, Ordinanza n. 20701 del 10/09/2013; Cass. Sez. 6 - 3, Ordinanza n. 6862 del 24/03/2014.

Cass. Sez. L, *Sentenza n. 12032 del 06/11/1992* <<Il rinvio pregiudiziale della causa alla Corte di Giustizia delle Comunità Europee, ai sensi dell'art. 177 del Trattato istitutivo della Comunità Economica Europea, non costituisce un obbligo per i giudici nazionali di ultima istanza quando la disposizione comunitaria di cui è causa abbia già costituito oggetto di interpretazione da parte della Corte medesima (nella specie, con riferimento al contrasto della disciplina dell'art. 28 del d.P.R. 11 luglio 1980 n. 382, in tema di assunzione presso le università di lettori di lingua straniera, con l'art. 48, n. 2 del trattato CEE, su cui si è pronunciata la Corte di Giustizia delle Comunità Europee con sentenza 30 maggio 1989)>>.

## **PRONUNCIA SEGNALATA**

***Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Grande Sezione, 6 ottobre 2021, Consorzio Italian Management e Catania Multiservizi S.p.A. c. Rete Ferroviaria Italiana S.p.A. (Caso C-561/19).***

## **ABSTRACT**

*L'articolo 267 TFUE deve essere interpretato nel senso che un giudice nazionale avverso le cui decisioni non possa proporsi ricorso giurisdizionale di diritto interno deve adempiere il proprio obbligo di sottoporre alla Corte una questione relativa all'interpretazione del diritto dell'Unione sollevata dinanzi ad esso, a meno che non constati che tale questione non è rilevante o che la disposizione di diritto dell'Unione di cui trattasi è già stata oggetto d'interpretazione da parte della Corte o che la corretta interpretazione del diritto dell'Unione s'impone con tale evidenza da non lasciare adito a ragionevoli dubbi. Tale giudice non può essere esonerato da detto obbligo per il solo motivo che ha già adito la Corte in via pregiudiziale nell'ambito del medesimo procedimento nazionale. Tuttavia, esso può astenersi dal sottoporre una questione pregiudiziale alla Corte per motivi d'irricevibilità inerenti al procedimento dinanzi a detto giudice, fatto salvo il rispetto dei principi di equivalenza e di effettività.*

## **FATTO**

Rete Ferroviaria Italiana S.p.A. («RFI») ha aggiudicato un appalto per servizi di pulizia da svolgersi nei locali di pertinenza dell'infrastruttura della rete ferroviaria. Ad aggiudicarsi la gara è stata l'a.t.i. composta da Consorzio Italian Management e Catania Multiservizi SpA (d'ora in



poi solo la «a.t.i.»). La procedura si è svolta sotto la vigenza del d.lgs. n. 163 del 2006 («vecchio Codice dei contratti pubblici»).

Durante l'esecuzione dell'appalto, l'a.t.i. ha chiesto alla stazione appaltante la revisione dei prezzi del contratto, invocando l'art. 115 del vecchio Codice o, in subordine, l'art. 1664 cod.civ. La revisione sarebbe stata giustificata dall'aumento dei costi per il personale. La richiesta ha però ricevuto riscontro negativo e, conseguentemente, il diniego opposto dalla committente è stato impugnato dinnanzi al giudice amministrativo.

Il T.A.R. Sardegna, in primo grado, ha rigettato le doglianze dei ricorrenti, ritenendo che l'attività oggetto dell'appalto in questione rientrasse tra i «settori speciali» di cui alla parte III del vecchio Codice dei contratti pubblici e che, quindi, il d.lgs. n. 163 del 2006 non fosse applicabile.

Avverso la decisione del giudice di prime cure ha proposto appello l'a.t.i. soccombente, lamentando – fra le altre cose – il contrasto fra la normativa italiana e la corrispondente direttiva 2004/17/CE. Il Consiglio di Stato adito, ritenendo plausibile la tesi delle impugnanti, ha rinviato la questione alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, ex art. 267 TFUE.

Quest'ultima, con sentenza C-152/17 del 19 aprile 2018, ha ritenuto in parte irricevibili ed in parte infondati i dubbi sui possibili contrasti prospettati dal giudice nazionale.

Con successiva memoria del 28 ottobre 2018, in vista dell'udienza pubblica di discussione della medesima causa dinnanzi al Consiglio di Stato, l'a.t.i. ha prospettato nuovi e ulteriori profili di illegittimità della normativa nazionale per contrasto con la direttiva comunitaria. Segnatamente, secondo gli appellanti, le pertinenti disposizioni contenute nel vecchio Codice dei contratti pubblici sarebbero in contrasto (i) con l'art. 28 della Carta di Nizza nonché (ii) con gli artt. 4, co. 2, lett. b) e c); 9 e 151-156 TFUE.

### **L'ORDINANZA DI RINVIO DEL CONSIGLIO DI STATO**

Il Consiglio di Stato ha rilevato innanzitutto che una parte delle questioni prospettate dall'a.t.i. nella memoria del 28 ottobre 2018 erano già state risolte dalla sentenza della CGUE, nel caso C-152/17, oggetto del precedente rinvio pregiudiziale.

Differentemente, le altre «nuove» questioni prospettate dagli appellanti presentavano diversi profili di frizione con il diritto europeo. Nello specifico, «la normativa che impedisce (solo per i settori speciali) l'applicazione della revisione prezzi - laddove quest'ultima è determinata dall'aumento del costo del lavoro a seguito di contrattazione collettiva intervenuta durante il rapporto contrattuale, in un settore quale quello delle pulizie, dove il costo del lavoro è la voce prevalente e determinante – si risolve in una violazione delle norme del diritto europeo che tutelano sia il diritto delle parti (imprese e associazioni dei lavoratori) alla libera contrattazione, sia i diritti stessi dei lavoratori».

Benché si trattasse di una *quaestio iuris* introdotta tardivamente in giudizio dall'a.t.i, con l'ordinanza 15 luglio 2019, n. 4949, il Consiglio di Stato ha comunque interpellato nuovamente la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, rinviandole le seguenti questioni:

*«se, ai sensi dell'articolo 267 TFUE, il giudice nazionale, le cui decisioni non sono impugnabili con un ricorso giurisdizionale, è tenuto, in linea di principio, a procedere al rinvio pregiudiziale di una questione di interpretazione del diritto dell'Unione europea, anche nei casi in cui tale questione gli venga proposta da una delle parti del processo dopo il suo primo atto di instaurazione del giudizio o di costituzione nel medesimo, ovvero dopo che la causa sia stata trattenuta per la prima volta in decisione, ovvero anche dopo che vi sia già stato un primo rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea»;*

*«se (...) siano conformi al diritto dell'Unione europea (in particolare agli articoli 4, paragrafo 2, 9, 101, paragrafo 1, lettera e), 106, 151 – ed alla Carta sociale europea ed alla Carta dei diritti sociali da esso richiamate – 152, 153, 156 TFUE; agli articoli 2 e 3 TUE; nonché all'articolo 28[della Carta]) gli articoli 115, 206 e 217 [del] d. lgs. 163/2006, come interpretati dalla giurisprudenza amministrativa, nel senso di escludere la revisione dei prezzi nei contratti afferenti ai (...) settori speciali, con particolare riguardo a quelli con oggetto diverso da quelli cui si riferisce la direttiva [2004/17], ma legati a questi ultimi da un nesso di strumentalità»;*

*«se (...) siano conformi al diritto dell'Unione europea (in particolare all'articolo 28 della Carta, al principio di parità di trattamento sancito dagli articoli 26 e 34 TFUE, nonché al principio di libertà di impresa riconosciuto anche dall'articolo 16 [della Carta]) gli articoli 115, 206 e 217[del] d. lgs. 163/2006, come interpretati dalla giurisprudenza amministrativa, nel senso di escludere la revisione dei prezzi nei contratti afferenti ai (...) settori speciali, con particolare riguardo a quelli con oggetto diverso da quelli cui si riferisce la direttiva [2004/17], ma legati a questi ultimi da un nesso di strumentalità».*

## **LA DECISIONE DELLA CORTE DI GIUSTIZIA IN MERITO AL PRIMO QUESITO**

Fra i tre quesiti formulati alla Corte di Lussemburgo, quello più rilevante è indubbiamente il primo. Difatti, con la sentenza C-561/19 del 6 ottobre 2021, qui in esame, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha stabilito che *«[l]’articolo 267 TFUE deve essere interpretato nel senso che un giudice nazionale avverso le cui decisioni non possa proporsi ricorso giurisdizionale di diritto interno deve adempiere il proprio obbligo di sottoporre alla Corte una questione relativa all’interpretazione del diritto dell’Unione sollevata dinanzi ad esso, a meno che non constati che tale questione non è rilevante o che la disposizione di diritto dell’Unione di cui trattasi è già stata oggetto d’interpretazione da parte della Corte o che la corretta interpretazione del diritto dell’Unione s’impone con tale evidenza da non lasciare adito a ragionevoli dubbi.*

*La configurabilità di siffatta eventualità deve essere valutata in funzione delle caratteristiche proprie del diritto dell’Unione, delle particolari difficoltà che la sua interpretazione presenta e del rischio di divergenze giurisprudenziali in seno all’Unione.*

*Tale giudice non può essere esonerato da detto obbligo per il solo motivo che ha già adito la Corte in via pregiudiziale nell’ambito del medesimo procedimento nazionale. Tuttavia, esso può astenersi dal sottoporre una questione pregiudiziale alla Corte per motivi d’irricevibilità inerenti*

*al procedimento dinanzi a detto giudice, fatto salvo il rispetto dei principi di equivalenza e di effettività».*

La decisione si articola in tre passaggi argomentativi.

Nella prima parte della decisione, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha circoscritto con maggiore precisione la portata dell'obbligo per i giudici nazionali di ultima istanza di effettuare il rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE. La Corte ha infatti ricordato che, di regola, *«qualora non esista alcun ricorso giurisdizionale di diritto interno avverso la decisione di un giudice nazionale, quest'ultimo è, in linea di principio, tenuto a rivolgersi alla Corte ai sensi dell'articolo 267, terzo comma, TFUE quando è chiamato a pronunciarsi su una questione d'interpretazione del diritto dell'Unione»* (punto 32).

Tuttavia, è anche noto e consolidato l'orientamento della Corte per cui esisterebbero alcune eccezioni. Segnatamente, un giudice di ultima istanza *«può essere esonerato da tale obbligo solo quando abbia constatato che la questione sollevata non è rilevante, o che la disposizione del diritto dell'Unione di cui trattasi è già stata oggetto d'interpretazione da parte della Corte [acte éclairé], oppure che la corretta interpretazione del diritto dell'Unione si impone con tale evidenza da non lasciar adito a ragionevoli dubbi [acte clair]»* (punto 33). Quest'elenco è frutto della giurisprudenza *Cilfit*, costantemente ribadita dagli anni '80 sino ad oggi (*ex multis*, *Intermodal Transports*, C-495/03, punto 33; *Commissione/Francia (Anticipo d'imposta)*, C-416/17, punto 110).

La Corte di Lussemburgo si è peraltro soffermata sulle peculiarità che connotano l'eccezione dell'*acte clair* alla luce delle caratteristiche del diritto europeo. Poiché infatti la normativa europea è scritta in ventiquattro lingue ufficiali, è necessario che l'interpretazione «evidente» sia tale per tutte le lingue e non soltanto per quella del giudice nazionale. In altri termini, proprio perché la finalità del rinvio pregiudiziale è quella di garantire l'uniforme applicazione del diritto europeo, il giudice nazionale *«deve maturare il convincimento che la stessa evidenza si imporrebbe altresì ai giudici di ultima istanza degli altri Stati membri e alla Corte»* (punto 40). Altrimenti, è tenuto a rinviare la questione alla CGUE.

Chiarito tale aspetto, nella seconda parte della decisione la Corte ha limitato il ruolo giocato dalle parti davanti al giudice nazionale. In proposito, la regola è che *«il sistema di cooperazione diretta tra la Corte e i giudici nazionali, instaurato dall'articolo 267 TFUE, è estraneo ad ogni iniziativa delle parti»* e che, di conseguenza, *«[q]ueste ultime non possono privare i giudici nazionali della loro indipendenza nell'esercizio del potere [...] segnatamente obbligandoli a presentare una domanda di pronunzia pregiudiziale»* (punto 53).

Il corollario di tale impostazione è che, se ricorre una o più delle eccezioni individuate dalla giurisprudenza *Cilfit*, il giudice nazionale non è tenuto ad attivare lo strumento contemplato all'art. 267 TFUE, nemmeno qualora sia pervenuta una richiesta in questo senso dalle parti (punto 57), ma tuttavia deve motivare sul punto. Al contrario, quando invece tali eccezioni non ricorrono, il giudice nazionale deve rinviare alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea la

questione proposta dalle parti (punto 58).

Nel terzo ed ultimo snodo argomentativo della decisione, la Corte di Lussemburgo ha analizzato la rilevanza della tardività della domanda di parte nel processo dinanzi al giudice nazionale. Senza sconfessare quanto detto, la Corte ha precisato che *«un organo giurisdizionale nazionale di ultima istanza può astenersi dal sottoporre alla Corte una questione pregiudiziale per motivi di irricevibilità inerenti al procedimento dinanzi a tale giudice, fatto salvo il rispetto dei principi di equivalenza e di effettività»* (punto 61).

Se con riguardo all'equivalenza non si pongono particolari problemi, rispetto all'effettività di tutela la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha ribadito che *«norme processuali nazionali in forza delle quali l'oggetto della controversia è determinato dai motivi di ricorso sollevati al momento della sua proposizione sono compatibili con il principio di effettività dal momento che esse garantiscono il regolare svolgimento del procedimento, in particolare preservandolo dai ritardi dovuti alla valutazione dei motivi nuovi»* (punto 64). Di conseguenza, *«nell'ipotesi in cui, in forza delle norme processuali dello Stato membro interessato che rispettino i principi di equivalenza e di effettività, i motivi sollevati dinanzi a un giudice di cui all'articolo 267, terzo comma, TFUE, debbano essere dichiarati irricevibili, una domanda di pronuncia pregiudiziale non può essere considerata necessaria e rilevante affinché tale giudice possa decidere»* (punto 65).

## **LA RILEVANZA DELLA PRONUNCIA PER L'ORDINAMENTO INTERNO ED EUROPEO**

La risposta a tale questione era, come ammesso dalla medesima Corte, scontata, stante la giurisprudenza della Corte per la quale limitazioni di carattere processuale alla potestà (e quindi all'obbligo) di effettuare il rinvio da parte dei giudici nazionali sono legittime, alla luce del principio di autonomia processuale, purché esse rispettino il principio di equivalenza e di effettività (v., da ultimo, CGUE, Sentenza della Corte del 15 marzo 2017, C-3/16, Aquino).

Vale a dire che le limitazioni processuali indicate da ciascun ordinamento sono legittime purché esse non siano previste esclusivamente con riferimento al rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE, ma si applichino anche a simili ricorsi fondati su violazioni del diritto interno (ad esempio, in Italia, in tema di questione incidentale di costituzionalità) e purché non siano tali da rendere in pratica eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento europeo (v. punti 60-64 della sentenza).

D'altro canto, come osservato dall'Avvocato Generale nelle sue conclusioni (punto 28), l'ammissibilità di siffatte limitazioni, ove previste, non comporta certo la loro necessità, rimanendo, invece, i giudici nazionali pienamente liberi di rimettere alla Corte qualunque questione, in qualsiasi fase del processo (purché prima della sua definizione), che gli stessi ritengano rilevante ai fini della risoluzione del caso.

La sottoposizione alla Corte di tale questione permette, tuttavia, all'Avvocato Generale Bobek prima e, successivamente, alla Corte stessa di tornare sulla dottrina CILFIT, secondo cui un giudice nazionale di ultima istanza <<può essere esonerato da tale obbligo solo quando abbia

constatato che la questione sollevata non è rilevante, o che la disposizione del diritto dell'Unione di cui trattasi è già stata oggetto d'interpretazione da parte della Corte, oppure che la corretta interpretazione del diritto dell'Unione si impone con tale evidenza da non lasciar adito a ragionevoli dubbi>> (punto 33 ; v. sentenza CILFIT nel caso C-283/81 del 6 ottobre 1982).

Quanto alla distinzione tra interpretazione e applicazione delle norme dell'Unione europea, è utile richiamare alcuni esempi, ripresi dalle conclusioni dell'AG Bobek - punto 141- al fine di chiarirne la dimensione concreta, là dove aveva avanzato una proposta di revisione complessiva e meno rigida della giurisprudenza CILFIT.

Si consideri, ad esempio, la nozione di circolazione dei veicoli rilevante con riferimento all'obbligo di assicurazione di cui all'art. 3 della direttiva 2009/103/CE: la Corte, inizialmente chiamata a interpretare tale nozione, la definiva come <<qualsunque uso di un veicolo che sia conforme alla funzione abituale dello stesso>> (CGUE, Sentenza del 4 settembre 2014, C-162/13, Vnuk, punto 59). In seguito, la Corte veniva chiamata a statuire se a tale nozione potessero essere ricondotte le seguenti (e altre simili) circostanze: <<la manovra di un trattore nel cortile di una casa colonica per immettere in un fienile il rimorchio di cui è munito>> (in Vnuk C-162/13, punto 59); <<una situazione in cui il passeggero di un veicolo fermo in un parcheggio, nell'aprire la portiera del suddetto veicolo, ha urtato e danneggiato il veicolo parcheggiato accanto ad esso>> (in Rodrigues de Andrade, C-514/16, p. 42); o ancora, una <<situazione (...) nella quale un veicolo parcheggiato in un garage privato di un immobile, utilizzato in conformità della sua funzione di mezzo di trasporto, abbia preso fuoco (...), malgrado il fatto che detto veicolo non fosse stato spostato da più di 24 ore prima del verificarsi dell'incendio>> (in BTA Baltic Insurance Company, C-648/17, p. 48).

La prima operazione concettuale – che prevede di elaborare una norma a partire da un testo, la disposizione normativa – è quella dell'interpretazione, mentre la seconda – di verifica della riconducibilità di un fatto a uno schema normativo – è quella propria dell'applicazione (sussunzione). L'AG Bobek, nelle sue conclusioni suggeriva di delegare, di regola, tale seconda operazione alle Corti nazionali, senza più dovere investire la Corte, a parte ipotesi peculiari.

A tal riguardo, la Corte, pur non prendendo posizione rispetto al suggerimento dato dall'Avvocato Generale, mantiene l'impostazione della giurisprudenza CILFIT, confermando la duplice funzione dell'(obbligo di) rinvio pregiudiziale di assicurare <<al diritto dell'Unione la stessa efficacia in tutti gli Stati membri e prevenire così divergenze interpretative>> e di fornire <<ai giudici nazionali, in quanto incaricati dell'applicazione del diritto dell'Unione, gli elementi d'interpretazione di tale diritto loro necessari per risolvere la controversia che essi sono chiamati a dirimere>> (punti 28 e 30).

Peraltro, la scelta di non prendere in considerazione la proposta dell'Avvocato Generale di limitare l'obbligo di rinvio alle sole questioni interpretative, e non anche applicative, del diritto europeo e, tra queste, solo a quelle di natura generale o generalizzabile, appare coerente con la volontà di mantenere l'accesso alla giurisdizione della Corte il più ampio possibile. Riferire tale

duplice funzione - di interpretazione e applicazione del diritto dell'Unione europea- allo strumento del rinvio pregiudiziale comporta, però, con ogni evidenza, l'aumento delle questioni riferite alla Corte e, con esse, il carico di lavoro della stessa, finora affrontato mediante innovazioni organizzative e non già attinenti alle modalità di accesso alla giurisdizione della Corte, tendenza che sembrerebbe confermata dalla Corte nella sentenza in commento.

Una seconda statuizione, di carattere non meno rilevante, attiene alla necessità, per il giudice nazionale che non operi il rinvio pregiudiziale, di motivare adeguatamente sul punto. Ciò deriva dalla lettura, operata dalla Corte, e suggeritale dall'AG, dell'art. 267 TFUE alla luce dell'art. 47, secondo comma, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Tale onere si deve ritenere soddisfatto solo ove il giudice nazionale indichi specificatamente la ragione per la quale ha ritenuto sussistente una delle eccezioni all'obbligo di rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE. Ciò al fine di porre un argine alla prassi delle Corti nazionali, di recente evidenziata dalla direzione per le ricerche bibliografiche della Corte, e nota anche in dottrina, di escludere l'obbligo di procedere al rinvio adducendo a supporto affermazioni alquanto apodittiche, ad esempio limitandosi a ravvisare l'assenza di ogni ragionevole dubbio in ordine all'interpretazione da darsi.

Sotto tale profilo la Corte si allinea, pur non citandola, alla giurisprudenza della Corte EDU (v. *Dhaby c. Italia*, sentenza del 8 aprile 2014, ricorso n. 17120/09, p. 33 e 34), che rinviene nell'omessa motivazione sulla questione pregiudiziale una violazione dell'art. 6, par. 1 CEDU. A tale riguardo, la Corte europea di Strasburgo, in questa pronuncia che attiene propriamente al diritto dell'Unione europea ricorda che già una giurisprudenza precedente (nella causa *Vergauwen c. Belgio* dd. 10 aprile 2012, n. 4832/04, punti 89-90) aveva riconosciuto la sussistenza di un obbligo, per le giurisdizioni interne, ed in particolare per quelle di ultima istanza, di motivare le decisioni in base alle quali viene rifiutata la richiesta di porre una questione pregiudiziale dinanzi alla Corte di Giustizia europea; obbligo che discende anche dall'art. 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, per cui dall'assenza di giustificazioni o motivazioni per detto rifiuto discende una violazione del principio dell'equo processo di cui all'art. 6 c. 1 della CEDU.

Infine, la Corte fonda la necessità di un rinvio pregiudiziale, al punto 49, sulla circostanza della sussistenza di divergenti orientamenti giurisprudenziali in Stati membri diversi (specie se portati all'attenzione del giudice ad opera delle parti in causa), sussistendo in tal caso una forte presunzione in ordine all'impossibilità, per il giudice nazionale, di raggiungere quel convincimento oltre ogni ragionevole dubbio che gli si richiede al fine di sollevarlo dall'obbligo di rinvio pregiudiziale. Questo al netto della considerazione, svolta al punto 48, per la quale la mera esistenza di varie possibili interpretazioni di una disposizione non obblighi il giudice ad operare il rinvio: ciò nella misura in cui solo una di esse risulti, secondo il convincimento - soggettivo - del giudice nazionale, tuttavia sufficientemente plausibile.

Sul piano del diritto interno, relativamente a un profilo del tutto estraneo alla questione dell'obbligo di rinvio pregiudiziale qui in discussione, gravante sul giudice del diritto, ma cionondimeno incidente sulla pregnanza di tale obbligo, si segnala l'importanza del pronunciamento n. 108/2008 della Corte Costituzionale che, discostandosi da precedenti orientamenti di segno contrario, ha ritenuto che anche il giudice delle leggi sia tenuto a ricorrere allo strumento del rinvio pregiudiziale poiché, qualora non si ritenesse legittimato al rinvio nei giudizi in via d'azione provocherebbe «un'inaccettabile lesione del generale interesse all'uniforme applicazione del diritto comunitario quale interpretato dalla Corte di giustizia CE >>, inaugurando così un nuovo corso nell'interpretazione dei rapporti tra diritto nazionale e diritto dell'Unione europea ( cfr. da ultimo, anche Ordinanze 18 novembre 2021, nn. 216 e 217 della Corte costituzionale in tema di esecuzione di mandato di arresto europeo).

Quanto alla possibile sussistenza di una doppia pregiudiziale – costituzionale e comunitaria – ove sia coinvolta l'interpretazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (Cdfue), nella sentenza n. 20 del 21 febbraio 2019 la Corte costituzionale chiarisce che «Resta fermo che i giudici comuni possono sottoporre alla Corte di giustizia dell'Unione europea, sulla medesima disciplina, qualsiasi questione pregiudiziale a loro avviso necessaria» (§ 2.3. del Considerato in diritto), in ciò spazzando ogni incertezza nata nel contesto dell'*obiter dictum* della precedente sentenza n. 269/17 della Corte costituzionale che stabiliva la priorità della questione costituzionale e interna su quella pregiudiziale europea.

Tuttavia, va rammentato che fino alla sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 14 dicembre 2017 l'ordine di trattazione delle questioni di legittimità costituzionale e di legittimità comunitaria era assolutamente chiaro. Una giurisprudenza granitica – onomatopeica alla sentenza Granital di cui a Corte cost. 4 luglio 2007 n. 284, dalla quale prende origine – offriva un meccanismo semplice e lineare di regolazione dell'ordine di trattazione delle questioni di legittimità costituzionale e delle questioni di conformità al diritto dell'Unione europea dotato di effetto diretto. Quando una norma nazionale destava dubbi di compatibilità sia con la Costituzione sia con il diritto dell'Unione europea, il treno per Lussemburgo aveva sempre la precedenza sul treno per Roma. Poi, la sentenza n. 20/2019, ribaltando l'impostazione della sentenza n. 269/17 che intendeva assegnare la precedenza al treno per Roma, ha lasciato ampio margine di apprezzamento al giudice comune nel decidere su quale treno far partire per primo in caso di doppia pregiudiziale.

La sentenza della Corte di Giustizia qui in esame, peraltro, rafforzando la dottrina CILFIT in tema di obbligo di rinvio pregiudiziale da parte del giudice comune, rischia di capovolgere ancora questo equilibrio interno nel rapporto tra giudice del diritto e giudice delle leggi, riportando il sistema alla sentenza Granital, soprattutto per quanto riguarda il giudice di ultima istanza.

## Art. 102 TFUE

### **ABUSO DI POSIZIONE DOMINANTE - DISPARITÀ DI TRATTAMENTO CHE GOOGLE LLC RISERVAVA AI SERVIZI DI SHOPPING COMPARATIVO SUL PROPRIO MOTORE DI RICERCA.**

*Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Tribunale, 10 novembre 2021, Google c. Commissione (Caso T-612/17).*

<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=250881&pageIndex=0&doclang=it&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=221146>

### **CLASSIFICAZIONE**

**Art. 102 TFUE** - Abuso di posizione dominante – Disparità di trattamento su motore di ricerca Google - Rigetto del ricorso proposto da Google LLC avverso il provvedimento con cui la Commissione europea aveva irrogato nei suoi confronti una sanzione per abuso di posizione dominante.

### **RIFERIMENTI NORMATIVI**

Art.102 TFUE; Art. 31 REGOLAMENTO (CE) N. 1/2003.

**Norme rilevanti dell'ordinamento italiano:** artt. 41 e 117, co. 2, lett. e) Cost.; artt. 1 e 3, legge 10 ottobre 1990 , n. 287.

### **RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI**

#### **Sentenze CGUE richiamate**

*Europemballage and Continental Can v Commission, C-6/72; Hoffmann-La Roche v Commission, C-85/76; AKZO v Commission, C-62/86; Bronner C-7/97; AstraZeneca v Commission, T-321/05; Deutsche Telekom v Commission, C-280/08; TeliaSonera Sverige, C-52/09; Post Danmark, C-209/10; Tomra Systems and Others v Commission, C-549/10; Intel v Commission, C-413/14; Infineon Technologies v Commission, C-99/17.*

### **PRONUNCIA SEGNALATA**

**Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Tribunale, 10 novembre 2021, Google c. Commissione (Caso T-612/17).**

### **Abstract**

*Il Tribunale dell'Unione Europea ha rigettato il ricorso presentato da Google LLC avverso il*



*provvedimento con cui la Commissione europea aveva irrogato nei suoi confronti una sanzione per abuso di posizione dominante. Il Tribunale, una volta rilevata la posizione dominante di Google all'interno del mercato di riferimento (quello dei servizi di shopping comparativo), ha confermato le valutazioni effettuate dalla Commissione relativamente all'accertamento e alla sanzione dell'illecito concorrenziale. Nello specifico, la condotta abusiva contestata – ritenuta dannosa per la concorrenza – si sostanziava in una disparità di trattamento che Google LLC riservava ai servizi di shopping comparativo sul proprio motore di ricerca. Sulle pagine di ricerca "generiche", difatti, Google collocava in posizione preferenziale il proprio servizio comparativo ("Google shopping"), per il solo fatto di essere proprietario di detto servizio, operando quindi una illecita disparità di trattamento. Il Tribunale, nell'esercizio della propria giurisdizione estesa al merito, ha confermato anche la quantificazione della sanzione fatta dalla Commissione.*

## **FATTO**

Il 30 novembre 2010, a seguito di diverse segnalazioni da parte di altri operatori, la Commissione europea ha avviato un procedimento di accertamento e di contestazione di un illecito anticoncorrenziale nei confronti di Google LLC. Con la contestazione, la Commissione sosteneva che Google LLC avesse riservato una disparità di trattamento agli operatori attivi nell'ambito del mercato dei servizi di shopping comparativo (SSC). Secondo la Commissione, una volta avviata una ricerca generica su un prodotto, gli annunci pubblicitari di SSC degli altri operatori venivano mostrati dal motore di ricerca in modo meno "attraente" sulle pagine dei risultati. Oltretutto, gli ultimi annunci venivano persino restituiti da Google in modo generico, senza riportare le icone ma riducendoli soltanto ad un collegamento link. Al contrario, il trattamento riservato da Google al proprio SSC (denominato *Google shopping*) era ben più favorevole, dal momento che gli annunci comparivano sempre prima degli altri e constavano di un *layout* più "attraente". A seguito del contraddittorio aperto con l'interessata, il 27 giugno 2017, la Commissione ha concluso la procedura e ha adottato una decisione con cui ha accertato un abuso di posizione dominante da parte di Google e l'ha condannata a pagare una sanzione pecuniaria di 2.424.495.000 €.

## **L'IMPUGNAZIONE DI GOOGLE LLC**

Google LLC ha impugnato, ai sensi dell'art. 263 TFUE, la decisione della Commissione, formulando sei motivi di censura, essenzialmente incentrati sulla violazione dell'art. **102 TFUE** per come interpretato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

Con i primi due motivi di ricorso, Google sostiene di non aver riservato un trattamento illecitamente preferenziale al proprio SSC. Con il terzo motivo, Google sostiene che la propria condotta sia stata ininfluenza nell'orientare il traffico dell'utenza verso il proprio SSC. Con il quarto motivo, Google contesta gli effetti dannosi per la concorrenza che le sono stati addebitati dalla Commissione, sostenendo invece di aver prodotto effetti pro-concorrenziali. Con il quinto

motivo, Google sostiene che il proprio algoritmo incentivava una concorrenza basata sui meriti e, quindi, non poteva essere abusivo. Con il sesto motivo, Google contesta l'*an* e il *quantum* della sanzione irrogata dalla Commissione.

## LA DECISIONE DEL TRIBUNALE

Il Tribunale adito ha preliminarmente chiarito di esercitare in questa materia una giurisdizione piena estesa al merito, grazie al combinato disposto dell'art. 261 TFUE e dell'art. art. 31 del Regolamento (CE) N. 1/2003, il quale dispone che, riguardo agli illeciti anti-concorrenziali, "[l]a Corte di giustizia ha competenza giurisdizionale anche di merito per decidere sui ricorsi presentati avverso le decisioni con le quali la Commissione irroga un'ammenda o una penalità di mora".

La decisione del Tribunale si articola poi in quattro snodi argomentativi.

In primo luogo, il Tribunale ha concentrato il proprio sindacato sulla **natura anticoncorrenziale** della condotta tenuta da Google. Essendo pacifico che quest'ultima riveste una posizione dominante nel mercato degli SSC (per pacifica ammissione della stessa, come rilevato al punto 119), il Tribunale ha tratto le necessarie conseguenze del caso. Difatti, per giurisprudenza costante, un'impresa dominante ha la responsabilità speciale di evitare che con il proprio comportamento essa alteri il genuino andamento concorrenziale del mercato di riferimento (*Intel v Commission*, C-413/14 punto 135).

D'altra parte, però, tale responsabilità speciale può sorgere in corrispondenza di condotte che, alla luce del diritto dei Trattati (ma anche nazionale), sono atipiche. L'elenco stilato all'art. 102, par. 2, TFUE, riveste infatti carattere esemplificativo e non esaustivo (*Europemballage and Continental Can v Commission*, C-6/72, punto 26). Per tale ragione, è necessario valutare la natura abusiva della condotta nel caso concreto, fermo restando che la nozione di "abuso" riveste nell'ordinamento europeo un carattere oggettivo (*Hoffmann-La Roche v Commission*, C-85/76, punto 91), essendo associata a tutte quelle condotte "escludenti" che *de facto* riducono il grado di concorrenza in un determinato mercato o ne limitano l'espansione. Peraltro, non ogni effetto escludente è dannoso per la concorrenza, giacché la concorrenza fisiologica ha come ovvio corollario proprio l'uscita da un mercato delle imprese meno competitive. La condotta punita ai sensi dell'art. 102 TFUE è dunque soltanto quella che produce un effetto restrittivo adottando metodi che si allontanano da quelli del normale gioco concorrenziale (*Post Danmark*, C-209/10, punto 24). Sulla base di questi principi, il Tribunale ha stabilito che la condotta tenuta da Google fosse anti-concorrenziale, perché produceva un effetto escludente per ragioni avulse dalle dinamiche del normale mercato concorrenziale.

Nello specifico, il Tribunale ha rilevato come il motore di ricerca di Google costituisca oggi una sorta di **essential facility**, dal momento che il servizio offerto non pare pienamente sostituibile. Tuttavia, nel caso di specie, non viene in rilievo la giurisprudenza in materia di obbligo a contrarre, tipicamente riferibile agli operatori che godono di monopoli naturali (*Bronner* C-7/97).

In questo caso, la condotta abusiva è di tipo attivo (non omissivo, come nel rifiuto a contrarre) e consiste in una disparità di trattamento nei confronti degli SSC diversi da Google shopping.

Nel secondo snodo argomentativo, il Tribunale ha esaminato gli **effetti dannosi** per il mercato prodotti dalla condotta abusiva tenuta da Google. Tale esame è necessario perché, in base alla giurisprudenza della CGUE, per l'impresa in posizione dominante è sempre possibile offrire la prova contraria rispetto all'effettiva lesività della propria condotta escludente (*TeliaSonera Sverige*, C-52/09, punto 68). Nel caso di specie, il Tribunale ha confermato la decisione della Commissione, la quale aveva accertato come il traffico verso gli SSC derivasse per la maggior parte dal motore di ricerca di Google e come quindi la disparità di trattamento avesse inciso su tale traffico. In altri termini, tale assunto riflette proprio la natura simil-monopolistica del motore di ricerca Google.

Al terzo punto, il Tribunale ha escluso che, nel caso di specie, potessero esservi **cause di giustificazione** per la condotta abusiva tenuta da Google. Difatti, in base alla giurisprudenza della CGUE (*Post Danmark*, C-209/10, punti 40 e 41), un'impresa in posizione dominante può sempre dimostrare che la propria condotta sia stata determinata dallo stato di necessità (per ragioni tecniche o commerciali) oppure che abbia prodotto benefici per i consumatori ultimi.

Il Tribunale, tuttavia, ha chiarito che tali circostanze non ricorrono nel caso di specie. Anche ammettendo che fosse tecnicamente impossibile per Google creare un algoritmo "neutro", - circostanza in ogni caso contestata dalla Commissione - comunque non si capisce per quale motivo fosse impossibile adottare meccanismi "correttivi" in caso di disparità di trattamento. Sarebbe stato onere di Google allegare e provare tale impossibilità oggettiva, cosa che è mancata nel caso di specie (*AstraZeneca v Commission*, T-321/05, punto 686). Inoltre, il Tribunale ha escluso altresì che siano stati dimostrati effetti benefici per i consumatori.

Infine, nell'esercizio della propria giurisdizione piena di merito, il Tribunale ha altresì affrontato il problema dell'ammontare della **sanzione pecuniaria** irrogata.

In primo luogo, Google sostiene che la sanzione non dovesse essere irrogata, dal momento che la condotta censurata era inedita nel panorama giurisprudenziale e nella prassi della Commissione. In altri termini, non essendo prevedibile la violazione, mancava l'elemento psicologico per configurare l'illecito in capo alla società. Sul punto, il Tribunale ha risposto che, conformemente alla giurisprudenza della CGUE, la novità di una questione può essere presa in considerazione ai fini della quantificazione di una sanzione, ma non costituisce un elemento impeditivo all'irrogazione della stessa (*AKZO v Commission*, C-62/86, punto 163).

In secondo luogo, relativamente alla quantificazione del danno, il Tribunale ha ritenuto corretto il calcolo effettuato dalla Commissione, giudicandolo proporzionato alla gravità dell'illecito contestato. La sanzione, infatti, dev'essere commisurata alle circostanze del caso concreto, vagliando l'effetto dissuasivo della stessa sulla condotta contestata e seguendo altri criteri indicati in modo esemplificativo dalla giurisprudenza della CGUE (*Deutsche Telekom v Commission*, C-280/08 punto 273; *Tomra Systems and Others v Commission*, C-549/10 punto

107; *Infineon Technologies v Commission*, C-99/17 punto 198). Nel caso specifico, il Tribunale ha ritenuto determinante il fatto che, in base a precisi indici sintomatici, la condotta tenuta da Google fosse risultata dolosamente preordinata ad escludere dal mercato gli altri SSC. Per tali ragioni, il ricorso formulato da Google è stato respinto.

**AREA CIVILE**

**REPORT RELATIVI A DIRETTIVE EUROPEE TEMATICHE**

## DIRETTIVA 2002/58/CE

**TRATTAMENTO DEI DATI PERSONALI NEL SETTORE DELLE COMUNICAZIONI ELETTRONICHE – DIRETTIVA 2002/58/CE – RISERVATEZZA DELLE COMUNICAZIONI - CONSERVAZIONE GENERALIZZATA E INDIFFERENZIATA DEI DATI RELATIVI AL TRAFFICO ED ALL'UBICAZIONE FINALIZZATA ALLA PREVENZIONE, RICERCA, ACCERTAMENTO E PERSEGUIMENTO DEI REATI – CONTRASTO CON IL DIRITTO DELL'UNIONE – CONSERVAZIONE MIRATA NON DISCRIMINATORIA IN FUNZIONE DI CATEGORIE DI PERSONE O MEDIANTE CRITERIO GEOGRAFICO – AMMISSIBILITÀ – CONSERVAZIONE RAPIDA DI DATI – AMMISSIBILITÀ – CONSERVAZIONE GENERALIZZATA E INDIFFERENZIATA DEI SOLI INDIRIZZI IP E DEI DATI RELATIVI ALL'IDENTITÀ DEGLI UTENTI – AMMISSIBILITÀ.**

**ACCESSO DELLE AUTORITÀ NAZIONALI AI DATI CONSERVATI PER IL PERSEGUIMENTO DI REATI GRAVI – NECESSITÀ DI CONTROLLO PREVENTIVO EFFETTUATO DA AUTORITÀ IN POSIZIONE DI TERZIETÀ ED INDIPENDENZA.**

**NORMATIVA NAZIONALE SULLA CONSERVAZIONE GENERALIZZATA ED INDIFFERENZIATA DEI DATI INCOMPATIBILE CON IL DIRITTO DELL'UNIONE - UTILIZZAZIONE COME ELEMENTI DI PROVA DEI DATI ILLEGITTIMAMENTE CONSERVATI – VALUTAZIONE RISERVATA AL DIRITTO NAZIONALE NEL RISPETTO DEI PRINCIPI DI EQUIVALENZA ED EFFETTIVITÀ.**

*Corte di Giustizia UE (Grande Sezione) – 5 aprile 2022 – C-140/20 – G.D. c. Commissioner of An Garda Síochána, Minister for Communications, Energy and Natural Resources, Attorney General.*

[HTTPS://CURIA.EUROPA.EU/JURIS/DOCUMENT/DOCUMENT\\_PRINT.JSF?DOCID=257242&TEXT=&DIR=&DOCLANG=IT&PART=1&OCC=FIRST&MODE=REQ&PAGEINDEX=0&CID=2311512](https://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf?docid=257242&text=&dir=&doclang=IT&part=1&occ=FIRST&mode=req&pageindex=0&cid=2311512)

### **CLASSIFICAZIONE**

**Trattamento dei dati personali nel settore delle comunicazioni elettroniche** – Direttiva 2002/58/CE – Riservatezza delle comunicazioni - Forniture di servizi di comunicazione elettronica – **Conservazione generalizzata e indifferenziata dei dati** relativi al traffico e dei dati relativi all'ubicazione finalizzata alla **prevenzione, ricerca, accertamento e perseguimento dei reati** – **Contrasto con il diritto dell'Unione** – **Conservazione mirata** non discriminatoria in funzione di categorie di persone o mediante criterio geografico – **Ammissibilità** – **Conservazione rapida** di dati relativi al traffico e dei dati relativi all'ubicazione trattati e memorizzati dai fornitori – **Ammissibilità** – **Conservazione generalizzata e indifferenziata dei soli indirizzi IP e dei dati relativi all'identità degli utenti** – **Ammissibilità.**

**Accesso delle autorità nazionali ai dati conservati per il perseguimento di reati gravi** – Necessità di controllo preventivo effettuato da autorità in posizione di terzietà ed indipendenza

– **Autorizzazione concessa da funzionario di polizia** che gode di una certa autonomia – **Controllo giurisdizionale a posteriori** – **Contrasto** con il diritto dell’Unione.

**Normativa nazionale sulla conservazione generalizzata ed indifferenziata dei dati** incompatibile con il diritto dell’Unione – **Possibilità per un giudice nazionale di limitare gli effetti nel tempo di una declaratoria di invalidità** della stessa – **Esclusione** – **Utilizzazione come elementi di prova** dei dati illegittimamente conservati – **Valutazione riservata al diritto nazionale** nel rispetto dei principi di equivalenza ed effettività.

## **RIFERIMENTI NORMATIVI ORDINAMENTO EUROUNITARIO**

**Direttiva 2002/58/CE** del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 luglio 2002 (come modificata dalla direttiva 2009/136/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 novembre 2009) relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche: **art. 15, par. 1**

**Direttiva 2006/24/CE**, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 marzo 2006, di modifica della dir. 2002/58/CE (poi annullata dalla Corte di giustizia con sent. Grande Sez., 8 aprile 2014, *Digital Rights Ireland Ltd*)

**Carta dei diritti fondamentali** dell’Unione europea: **artt. 7, 8, 11, 52, par. 1**

## **RIFERIMENTI NORMATIVI NAZIONALI**

Art. 132 d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 (codice della privacy)

Art. 1, comma 1-*bis*, d.l. 30 settembre 2021, n. 132, conv., con modiff., dalla l. 23 novembre, 2021, n. 178

## **RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI.**

### **Sentenze della Corte di Giustizia.**

Grande Sez., 2 marzo 2021, **U.K. c. Prokuratuur** (C-746/18); Grande Sez., 6 ottobre 2020, **La Quadrature du Net e aa.** (C-511/18, C-512/18, C-520/18); Grande Sez., 6 ottobre 2020, *Privacy International* (C-623/17); Grande Sez., 2 ottobre 2018, *Ministerio Fiscal* (C-207/16); Grande Sez., 21 dicembre 2016, *Tele 2 Sverige AB e a.* (C-203/15 e C-698/15); Grande Sez., 8 aprile 2014, **Digital Rights Ireland Ltd e a.** (C-293/12 e C-594/12).

### **Riferimenti giurisprudenziali Corte di cassazione penale.**

Sez. 3, n. 11993 del 16/02/2022, G., n.m.; Sez. 3, n. 11991 del 31/01/2022, Novellino, n.m.; Sez. 6, n. 9204 del 01/03/2022, Cannata e aa., n.m.; Sez. 5, n. 8968 del 24/02/2022, Fusco, n.m.; Sez. 6, n. 6618 del 03/12/2021, dep. 2022, Voci, n.m.; Sez. 2, n. 3750 del 12/11/2021, dep. 2022, PmT c/ignoti, n.m.; Sez. 5, n. 1054 del 06/10/2021, dep. 2022, Valea Stefan Petru, Rv. 282532; Sez. 5, n. 45275 del 26/10/2021, PMT c/ignoti, Rv. 282287; Sez. 2, n. 5741 del

10/12/2019, dep. 2020, Dedej, Rv. 278568; Sez. 3, n. 48737 del 25/09/2019, R., Rv. 277353; Sez. 5, n. 33851 del 24/04/2018, M., Rv. 273892; Sez. 3, n. 36380 del 19/04/2019, D'Addiego, n.m.; Sez. 5, n. 7265 del 25/01/2016, Nucera, Rv. 267144; Sez. 5, n. 15613 del 05/12/2014, dep. 2015, Geronzi e aa., Rv. 263805; Sez. 1, n. 37212 del 28/04/2014, Liuzzi e aa., Rv. 260589.

## **PRONUNCIA SEGNALATA**

***Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, 5 aprile 2022, C-140/20, G.D. c. Commissioner of An Garda Síochána, Minister for Communications, Energy and Natural Resources, Attorney General.***

## **ABSTRACT**

*In tema di conservazione dei dati relativi alle comunicazioni elettroniche, la Corte di giustizia ha affermato che il diritto dell'Unione osta ad una normativa nazionale la quale consenta, a titolo preventivo, la conservazione generalizzata e indifferenziata dei dati relativi al traffico e dei dati relativi all'ubicazione per finalità di lotta alla criminalità grave e di prevenzione delle minacce alla sicurezza pubblica. Nel rispetto delle condizioni sostanziali e procedurali dettate da norme chiare e precise, idonee ad apprestare garanzie effettive contro il rischio di abusi, la disciplina eurounitaria non impedisce: la conservazione mirata dei dati relativi al traffico e dei dati relativi all'ubicazione che sia delimitata, sulla base di elementi oggettivi e non discriminatori, in funzione delle categorie di persone interessate o mediante un criterio geografico, per un periodo temporalmente limitato allo stretto necessario, ma rinnovabile; la conservazione generalizzata e indifferenziata dei soli indirizzi IP attribuiti all'origine di una connessione, per un periodo temporalmente limitato allo stretto necessario, e dei dati relativi all'identità civile degli utenti di mezzi di comunicazione elettronica; il ricorso ad un'ingiunzione rivolta ai fornitori di servizi di comunicazione elettronica, mediante una decisione dell'autorità competente soggetta a un controllo giurisdizionale effettivo, di procedere, per un periodo determinato, alla conservazione rapida dei dati relativi al traffico e dei dati relativi all'ubicazione di cui dispongono tali fornitori di servizi.*

*Richiedendosi il controllo preventivo di un'autorità terza ed indipendente, il diritto dell'Unione osta altresì ad una normativa nazionale che, nell'ambito della ricerca e del perseguimento di reati gravi, attribuisca ad un funzionario di polizia, pur dotato di sufficiente grado di autonomia, la potestà di autorizzare l'accesso ai dati medesimi, anche se sia previsto un controllo giurisdizionale a posteriori.*

*Rispetto ad una normativa nazionale che impone ai fornitori di servizi di comunicazione elettronica la conservazione generalizzata ed indifferenziata dei dati, il giudice nazionale non può limitare nel tempo gli effetti della declaratoria di invalidità per contrasto con il diritto dell'Unione.*



*Spetta tuttavia al diritto nazionale, nel rispetto dei principi di equivalenza ed effettività, stabilire le regole relative all'ammissibilità ed alla valutazione processuale degli elementi di prova eventualmente ottenuti mediante l'accesso a tali dati.*

## **1. IL CASO.**

La **domanda di pronuncia pregiudiziale – proposta dalla Corte Suprema dell'Irlanda** verte sull'interpretazione dell'articolo 15, paragrafo 1, della direttiva 2002/58/CE relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche, letto alla luce degli articoli 7, 8 e 11, nonché dell'articolo 52, paragrafo 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (Carta di Nizza). Tale domanda è stata presentata **nell'ambito di una controversia che oppone G.D. – condannato in primo grado alla pena dell'ergastolo per omicidio volontario, anche in forza di prove tratte dall'analisi dei dati relativi al suo traffico telefonico ed all'ubicazione degli apparecchi utilizzati – alle autorità irlandesi** (il Capo della polizia nazionale; il Ministro delle comunicazioni, dell'energia e delle risorse naturali; il Consulente giuridico del Governo).

In pendenza del giudizio penale d'appello, G.D. ha intentato presso la Alta Corte dell'Irlanda un **procedimento volto a far dichiarare l'invalidità della legge nazionale del 2011, attuativa della dir. 2002/58/CE, nella parte in cui consente la conservazione generalizzata ed indifferenziata di dati di traffico telefonico e l'accesso agli stessi per finalità di giustizia penale in forza di un provvedimento adottato da un funzionario di polizia**, dotato di una certa autonomia, con possibilità di controllo giurisdizionale solo a posteriori.

A fronte dell'accoglimento della domanda di invalidità di talune disposizioni della legge nazionale da parte dell'Alta Corte, le citate Autorità irlandesi hanno proposto appello alla Corte Suprema, giudice del rinvio.

## **2. LE QUESTIONI PREGIUDIZIALI SOTTOPOSTE ALLA CORTE DI GIUSTIZIA.**

Il giudice del rinvio rileva che solo una conservazione generalizzata e indifferenziata dei dati relativi al traffico e dei dati relativi all'ubicazione consente di lottare, in maniera efficace, contro la criminalità grave, cosa che una conservazione mirata e una conservazione rapida (*quick freeze*) non consentirebbero di fare. Quanto all'accesso ai dati, si sottolineano le garanzie assicurate nel diritto nazionale dal sistema di richiesta gestito da un'autonoma unità della polizia, tenuta a valutare la necessità e la proporzionalità delle domande e la cui decisione può essere sottoposta ad un successivo controllo giurisdizionale. Infine, il giudice del rinvio si interroga sulla portata e sugli effetti nel tempo di un'eventuale dichiarazione di non conformità della legge del 2011 al diritto dell'Unione e reputa che una siffatta dichiarazione potrebbe valere solo per il

futuro, posto che, altrimenti, la ricerca e il perseguimento dei reati gravi in Irlanda, nonché la situazione di persone già giudicate e condannate, potrebbero risultare seriamente compromessi. Vengono quindi proposte **sei questioni pregiudiziali**:

- 1) se un regime generale o universale di conservazione dei dati, anche soggetto a rigorose restrizioni in materia di conservazione e accesso, sia di per sé contrario alle disposizioni dell'articolo 15 dir. 2002/58, per come interpretate alla luce della Carta di Nizza;
- 2) se, nel valutare la concessione di una declaratoria di incompatibilità di una misura nazionale attuata ai sensi della dir. 2006/24 e che prevede un regime generale di conservazione dei dati (soggetto ai necessari rigorosi controlli in materia di conservazione e/o di accesso) e, in particolare, nel valutare la proporzionalità di tale regime, un giudice nazionale possa tener conto della circostanza che i dati possono essere legalmente conservati da prestatori di servizi per fini commerciali propri e potrebbe essere richiesta una loro conservazione per motivi di sicurezza nazionale esclusi dalle disposizioni della dir. 2002/58;
- 3) nel valutare la compatibilità con il diritto dell'Unione e, in particolare, con i diritti della Carta, di una misura nazionale di accesso ai dati conservati, quali criteri dovrebbe applicare un giudice nazionale per stabilire se un siffatto regime di accesso preveda il necessario controllo preventivo indipendente e se, nell'ambito di tale valutazione, si possa tener conto dell'esistenza di un controllo *ex post* di natura giurisdizionale o indipendente;
- 4) in ogni caso, se un giudice nazionale sia tenuto a dichiarare l'incompatibilità di una misura nazionale con le disposizioni dell'art. 15 dir. 2002/58, qualora tale misura nazionale preveda un regime generale di conservazione dei dati ai fini della lotta contro reati gravi e laddove il giudice nazionale abbia concluso, sulla base di tutti gli elementi di prova disponibili, che tale conservazione sia al contempo indispensabile e strettamente necessaria al raggiungimento dell'obiettivo della lotta contro reati gravi;
- 5) qualora un giudice nazionale sia tenuto a dichiarare l'incompatibilità di una misura nazionale rispetto alle disposizioni dell'art. 15 dir. 2002/58, come interpretate alla luce della Carta, se tale giudice abbia il diritto di limitare gli effetti nel tempo di tale declaratoria, ove ritenga che, in caso contrario, ciò comporterebbe un "conseguente grave disordine e un danno all'interesse pubblico";
- 6) se un giudice nazionale, chiamato a dichiarare l'incompatibilità della legislazione nazionale con l'articolo 15 dir. 2002/58, e/o a disapplicare tale legislazione e/o a dichiarare che l'applicazione di tale legislazione ha violato i diritti di un singolo, sia nell'ambito di un procedimento avviato al fine di agevolare un dibattito sull'ammissibilità delle prove nell'ambito di un procedimento penale che in altro ambito, possa essere autorizzato a rifiutare l'emissione di tale provvedimento in relazione ai dati conservati in applicazione della disposizione nazionale adottata nel rispetto dell'obbligo di cui all'articolo 288 TFUE di introdurre fedelmente nel diritto nazionale le disposizioni di una direttiva, o a limitare l'efficacia di tale declaratoria al periodo

successivo alla dichiarazione di invalidità della dir. 2006/24 da parte della Corte di giustizia con sent. 8 aprile 2014, *Digital Rights Ireland e a.*

### **3. LE RATIONES DECIDENDI.**

**3.1.** Nell'esaminare congiuntamente **le questioni prima, seconda e quarta**, la Corte, confermando un orientamento giurisprudenziale già consolidato, riafferma la sussistenza di una chiara frizione tra il diritto dell'Unione, e segnatamente l'art. 15, par. 1, dir. 2002/58 – letto alla luce degli articoli 7, 8 e 11 nonché dell'articolo 52, paragrafo 1, della Carta – e una normativa nazionale che preveda, a titolo preventivo, la conservazione generalizzata e indifferenziata dei dati relativi al traffico e dei dati relativi all'ubicazione afferenti alle comunicazioni elettroniche, per finalità di lotta alla criminalità grave.

Adottando la direttiva 2002/58, il legislatore dell'Unione: da un lato, ha ricordato agli Stati membri che essi sono tenuti a garantire, mediante la loro legislazione nazionale, la riservatezza delle comunicazioni effettuate tramite una rete pubblica di comunicazione e di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico, nonché la riservatezza dei relativi dati sul traffico; dall'altro lato, ha riconosciuto agli utenti dei mezzi di comunicazione elettronica il diritto di attendersi, in linea di principio, che le loro comunicazioni e i dati a queste correlati, in mancanza del loro consenso, rimangano anonimi e non possano essere registrati in ossequio al principio del **divieto della memorizzazione da parte dei terzi**.

Tuttavia, tale aspettativa di riservatezza non è, e non può essere, assoluta, in quanto sussistono degli obiettivi idonei a giustificare una limitazione di detti diritti e obblighi previsti dagli artt. 5, 6 e 9 dir. 2002/58: la Corte ha già dichiarato che l'**elenco degli obiettivi** di cui all'art. 15, par. 1, prima frase, ha **carattere tassativo**, di modo che una misura legislativa adottata ai sensi di detta disposizione debba rispondere in modo effettivo e rigoroso ad uno di questi. Inoltre, dall'art. 15, par. 1, terza frase, dir. 2002/58 risulta che le misure adottate dagli Stati membri ai sensi di tale disposizione debbano essere **conformi ai principi generali del diritto dell'Unione**, ove figura il **principio di proporzionalità**, e assicurare il **rispetto dei diritti fondamentali garantiti dalla Carta**. A tal riguardo la Corte ha già affermato che la conservazione dei dati relativi al traffico e all'ubicazione costituisce, di per sé, da un lato, una deroga al divieto, previsto dall'art. 5, par. 1, dir. 2002/58, per qualsiasi persona diversa dagli utenti di memorizzare tali dati e, dall'altro, un'ingerenza nei diritti fondamentali al rispetto della vita privata e alla protezione dei dati personali, sanciti dagli artt. 7 e 8 della Carta, a prescindere dalla circostanza che le informazioni relative alla vita privata di cui trattasi abbiano o meno un carattere sensibile, che gli interessati abbiano o meno subito eventuali inconvenienti in seguito a siffatta ingerenza o che i dati conservati siano o meno utilizzati successivamente (sentenza del 6 ottobre 2020, *La Quadrature du Net*).

A riguardo si precisa che **la conservazione di tali dati e l'accesso ad essi costituiscono ingerenze distinte nei diritti fondamentali** garantiti dagli artt. 7 e 11 della Carta, che richiedono una **giustificazione altrettanto distinta**, ai sensi dell'articolo 52, par. 1, della stessa.

Tali diritti non appaiono quali prerogative assolute, ma vanno considerati alla luce della loro **funzione sociale**: le limitazioni al loro esercizio potranno realizzarsi solo se previste dalla legge, purché si rispetti il loro contenuto essenziale e, in ossequio al principio di proporzionalità, sempre che tali limitazioni siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui. Di fronte a questi diversi obblighi positivi, occorre quindi procedere al **contemperamento dei diversi interessi legittimi e diritti in gioco**.

In tale contesto, dalla formulazione stessa dell'art. 15, par. 1, prima frase, dir. 2002/58 discende che gli Stati membri possono adottare una misura che deroga al principio di riservatezza qualora tale misura sia strettamente «**necessaria, opportuna e proporzionata all'interno di una società democratica**». La necessità di disporre di siffatte garanzie è tanto più importante allorché i dati personali sono soggetti a **trattamento automatizzato**, in particolare quando esiste un rischio considerevole di accesso illecito ai dati stessi.

Richiamando la giurisprudenza pregressa la Corte ammette che, secondo il principio di proporzionalità, esiste una **gerarchia tra tali obiettivi di interesse generale** in funzione della loro rispettiva importanza e che l'importanza stessa dell'obiettivo perseguito da una simile misura debba essere rapportata alla gravità dell'ingerenza che ne risulta.

In quest'ottica ha affermato che l'art. 15, par. 1, dir. 2002/58, letto alla luce degli artt. 7, 8 e 11 nonché dell'art. 52, par. 1, della Carta, non osta a misure legislative che consentano, a fini di **salvaguardia della sicurezza nazionale**, il ricorso a un'ingiunzione che imponga ai fornitori di servizi di comunicazione elettronica di procedere a una **conservazione generalizzata e indifferenziata dei dati relativi al traffico e dei dati relativi all'ubicazione**, in situazioni nelle quali lo Stato membro interessato affronti una **minaccia grave per la sicurezza nazionale che risulti reale e attuale o prevedibile**, ove il provvedimento che prevede tale ingiunzione possa essere oggetto di un controllo effettivo, da parte di un giudice o di un organo amministrativo indipendente, la cui decisione sia dotata di effetto vincolante, diretto ad accertare l'esistenza di una di tali situazioni nonché il rispetto delle condizioni e delle garanzie che devono essere previste, e detta ingiunzione possa essere emessa solo per un periodo temporalmente limitato allo stretto necessario, ma sia rinnovabile in caso di persistenza di tale minaccia.

Mentre, per quanto riguarda l'**obiettivo di prevenzione, ricerca, accertamento e perseguimento dei reati**, la Corte ha rilevato che, conformemente al principio di proporzionalità, solo la lotta alle forme gravi di criminalità e la prevenzione di minacce gravi alla sicurezza pubblica sono idonee a giustificare ingerenze gravi nei diritti fondamentali sanciti agli artt. 7 e 8 della Carta.

È sulla base di questo sostrato che viene respinto l'argomento secondo cui la criminalità particolarmente grave potrebbe essere assimilata a una minaccia per la sicurezza nazionale che si riveli reale e attuale o prevedibile e che sia in grado di giustificare, per un periodo limitato, una misura di conservazione generalizzata e indifferenziata dei dati relativi al traffico e dei dati relativi all'ubicazione. Infatti, l'obiettivo di preservare la sicurezza nazionale corrisponde all'interesse primario di tutelare le funzioni essenziali dello Stato e gli interessi fondamentali della società mediante la prevenzione e la repressione delle attività tali da destabilizzare gravemente le strutture costituzionali, politiche, economiche o sociali fondamentali di un paese, e in particolare da minacciare direttamente la società, la popolazione o lo Stato in quanto tale. Una minaccia del genere si distingue per natura, gravità e specificità delle circostanze che la costituiscono, dal rischio generale e permanente rappresentato dal verificarsi di tensioni o di perturbazioni, anche gravi, della pubblica sicurezza o da quello di reati gravi.

Da questo logicamente discende che, **per quanto riguarda l'obiettivo della lotta alle forme gravi di criminalità**, la Corte ha statuito che una normativa nazionale che prevede, a tal fine, **la conservazione generalizzata e indifferenziata dei dati relativi al traffico e dei dati relativi all'ubicazione travalica i limiti dello stretto necessario e non può essere considerata giustificata in una società democratica.**

Per contro, la Corte stabilisce, in secondo luogo e confermando la propria giurisprudenza precedente, che il diritto dell'Unione non osta a misure legislative che prevedano, alle condizioni elencate nella sentenza, **ai fini della lotta alle forme gravi di criminalità e della prevenzione delle minacce gravi alla sicurezza pubblica:**

- **la conservazione mirata dei dati relativi al traffico e dei dati relativi all'ubicazione** in funzione delle categorie di persone interessate o mediante un criterio geografico;
- **la conservazione generalizzata e indifferenziata degli indirizzi IP attribuiti all'origine di una connessione;**
- **la conservazione generalizzata e indifferenziata dei dati relativi all'identità civile degli utenti di mezzi di comunicazione elettronica;**
- **la conservazione rapida (*quick freeze*) dei dati relativi al traffico e dei dati relativi all'ubicazione di cui tali fornitori di servizi dispongono.**

La Corte fornisce, quindi, varie precisazioni riguardanti tali differenti categorie di misure.

*In primis* chiarisce che l'art. 15, par. 1, dir. 2002/58, letto alla luce degli artt. 7, 8 e 11 nonché dell'art. 52, par. 1, della Carta, consente agli Stati membri di adottare, ai fini della lotta alle forme gravi di criminalità e della prevenzione di minacce gravi alla sicurezza pubblica, non solo misure che istituiscono una conservazione mirata e una conservazione rapida, ma anche misure che prevedano una **conservazione generalizzata e indifferenziata**, da un lato, dei **dati relativi all'identità civile degli utenti dei mezzi di comunicazione elettronica** e, dall'altro, degli **indirizzi IP attribuiti alla fonte di una connessione.**

In secondo luogo, per quanto riguarda le misure legislative che prevedono una **conservazione mirata** e una **conservazione rapida dei dati relativi al traffico e dei dati relativi all'ubicazione**, l'art. 15, par. 1, dir. 2002/58 non osta a una normativa nazionale fondata su elementi oggettivi e non discriminatori che permettano di prendere in considerazione **le persone i cui dati relativi al traffico e all'ubicazione sono idonei a rivelare una connessione, almeno indiretta, con atti di criminalità grave o a prevenire un grave rischio per la sicurezza pubblica o, ancora, un rischio per la sicurezza nazionale.**

In terzo luogo, le autorità nazionali competenti possono adottare una misura di **conservazione mirata** basata, invece, su un **criterio geografico**, qualora ritengano, sulla base di elementi oggettivi e non discriminatori, che sussista, in una o più zone geografiche, una situazione caratterizzata da un rischio elevato di preparazione o di commissione di atti di criminalità grave, oppure lì dove il tasso medio di criminalità è particolarmente elevato, pur senza necessariamente disporre di indizi concreti relativi alla preparazione o alla commissione, nelle zone interessate, di atti di criminalità grave. Occorre poi rilevare che le zone geografiche interessate da siffatta conservazione mirata possono e, se del caso devono, essere modificate in funzione dell'evoluzione delle condizioni che ne hanno giustificato la selezione, consentendo così di reagire alle evoluzioni della lotta contro le forme gravi di criminalità; non a caso, la Corte ha già dichiarato che la durata delle misure di conservazione mirata non può eccedere quella strettamente necessaria alla luce dell'obiettivo perseguito e delle circostanze che le giustificano, fatto salvo un eventuale rinnovo a motivo della persistenza della necessità di procedere a una siffatta conservazione.

La Corte non esclude poi la possibilità di prevedere **criteri distintivi, oggettivi e non discriminatori, diversi** da quello personale o geografico per attuare una conservazione mirata dei dati relativi al traffico e dei dati relativi all'ubicazione, ma, poiché l'art. 15, par. 1, dir. 2002/58 riguarda misure legislative degli Stati membri, è a questi ultimi e non alla Corte che spetta il compito di identificare siffatti criteri, fermo restando che non può trattarsi di reintrodurre, in tal modo surrettiziamente, una conservazione generalizzata e indifferenziata di tali dati.

Per quanto attiene, invece, alla **conservazione rapida di dati relativi al traffico e dei dati relativi all'ubicazione** trattati e memorizzati dai fornitori di servizi di comunicazione elettronica sulla base degli articoli 5, 6 e 9 dir. 2002/58 o su quella di misure legislative adottate in forza dell'art. 15, par. 1, della direttiva medesima, occorre ricordare che simili dati devono, in linea di principio, essere cancellati o resi anonimi, a seconda dei casi, alla scadenza dei termini legali entro i quali devono intervenire, conformemente alle disposizioni nazionali che recepiscono detta direttiva, il loro trattamento e la loro memorizzazione. Tuttavia, la Corte ha stabilito che, durante il trattamento o la memorizzazione, possono presentarsi situazioni nelle quali si pone la necessità di conservare tali dati oltre i suddetti termini al fine di indagare su reati gravi o attentati alla sicurezza nazionale, e ciò sia quando tali reati o attentati abbiano già potuto essere accertati,

sia quando la loro esistenza possa essere ragionevolmente sospettata in esito ad un esame obiettivo di tutte le circostanze pertinenti. Conseguentemente gli Stati membri possono prevedere, in una normativa adottata sulla base dell'art. 15, par. 1, dir. 2002/58, che specifichi il fine perseguito, la possibilità di ordinare ai fornitori di comunicazione elettronica, mediante un provvedimento dell'autorità competente soggetto a un controllo giurisdizionale effettivo, di procedere, **per un periodo determinato**, alla conservazione rapida dei dati dei quali dispongono. Una misura del genere può, a scelta del legislatore e nel rispetto dei limiti dello stretto necessario, essere estesa ai dati relativi al traffico e ai dati relativi all'ubicazione afferenti **a persone diverse da quelle sospettate di avere progettato o commesso un reato grave o un attentato alla sicurezza nazionale, purché tali dati possano contribuire, sulla base di elementi oggettivi e non discriminatori, al suo accertamento**, quali i dati della vittima o del suo ambiente sociale o professionale, potendo essere estesa anche a **zone geografiche determinate, quali i luoghi della commissione e della preparazione del reato o dell'attentato alla sicurezza nazionale di cui trattasi**.

Esattamente sulla stessa lunghezza d'onda si colloca l'affermazione secondo cui l'art. 15, par. 1, dir. 2002/58 non osta a che le autorità nazionali competenti dispongano una misura di **conservazione rapida fin dalla prima fase dell'indagine** relativa a una minaccia grave per la sicurezza pubblica o a un eventuale atto di criminalità grave.

Tali diverse misure possono, a scelta del legislatore nazionale e nel rispetto dei limiti dello stretto necessario, essere applicate congiuntamente.

In ultimo luogo la Corte ha ribadito che, **l'accesso** a dati relativi al traffico e a dati relativi all'ubicazione conservati da fornitori in applicazione di una misura adottata ai sensi dell'art. 15, par. 1, dir. 2002/58, **può in linea di principio essere giustificato solo dall'obiettivo di interesse generale per il quale tale conservazione è stata imposta ai fornitori**. La situazione è diversa solo se l'importanza dell'obiettivo perseguito dall'accesso supera quella dell'obiettivo che ha giustificato la conservazione. Orbene, qualora tali dati siano stati eccezionalmente conservati in maniera generalizzata e indifferenziata a fini di salvaguardia della sicurezza nazionale da una minaccia che si riveli reale e attuale o prevedibile, le autorità nazionali competenti in materia di indagini penali non possono accedere a detti dati, salvo **privare di ogni effetto utile il divieto di procedere a una siffatta conservazione ai fini della lotta alla criminalità grave** nonché determinare un'**indubbia violazione di quella gerarchia degli obiettivi di interesse generale** nel cui ambito deve essere valutata la proporzionalità di una misura di conservazione, giustificando l'accesso sulla base di un obiettivo di importanza minore rispetto a quello che ha giustificato la conservazione.

**3.2.** Nell'esaminare la **terza questione pregiudiziale**, la Corte ribadisce la propria consolidata giurisprudenza (da ultimo affermata nella decisione Grande Sez., 2 marzo 2021, *U.K. c. Prokuratuur*) secondo cui spetta al diritto nazionale stabilire le condizioni alle quali i fornitori di servizi di comunicazioni elettroniche devono accordare alle autorità nazionali competenti

l'accesso ai dati di cui essi dispongono. Tuttavia, **per soddisfare il requisito di proporzionalità**, tale normativa deve prevedere regole chiare e precise che disciplinino la portata e l'applicazione della misura in questione e fissino dei requisiti minimi, di modo che le persone i cui dati personali vengono in discussione dispongano di **garanzie sufficienti che consentano di proteggere efficacemente tali dati contro i rischi di abusi** in modo da assicurare che l'ingerenza sia limitata allo stretto necessario. La normativa nazionale in questione deve fondarsi su **criteri oggettivi per definire le circostanze e le condizioni** in presenza delle quali deve essere concesso alle autorità nazionali competenti l'accesso ai dati. In linea di principio, in relazione all'obiettivo della lotta alla criminalità, **l'accesso può essere consentito soltanto per i dati di persone sospettate di progettare, di commettere o di aver commesso un reato grave, o anche di essere implicate** in una maniera o in un'altra in un illecito del genere. Tuttavia, in **situazioni particolari**, come quelle in cui interessi vitali della sicurezza nazionale, della difesa o della sicurezza pubblica siano minacciati da attività di terrorismo, l'accesso ai dati di altre persone può essere parimenti concesso qualora sussistano elementi oggettivi che permettano di ritenere che tali dati potrebbero, in un caso concreto, fornire un contributo effettivo alla lotta contro attività di questo tipo. È poi essenziale garantire un **controllo preventivo effettuato o da un giudice o da un'entità amministrativa indipendente** a seguito di una richiesta motivata delle autorità competenti per le procedure di prevenzione o di accertamento di reati. Soltanto in caso di urgenza debitamente giustificata, il controllo può avvenire a posteriori entro termini brevi. Quanto ai dati necessari ai fini di un'indagine penale, poiché il controllo sull'accesso deve garantire un giusto equilibrio tra gli interessi connessi alle necessità dell'indagine nell'ambito della lotta contro la criminalità, da un lato, e i diritti fondamentali al rispetto della vita privata e alla protezione dei dati personali delle persone dall'altro lato, **l'autorità che adotta la decisione deve avere la qualità di terzo rispetto a quella che chiede l'accesso ai dati**. Essa, dunque, non deve essere coinvolta nella conduzione dell'indagine penale di cui trattasi e deve rivestire una posizione di neutralità nei confronti delle parti del procedimento penale.

**Queste condizioni** – osserva la Corte – **non si verificano nel caso di un funzionario di polizia, pur dotato di autonomia**, trattandosi di organo che non è terzo rispetto ai servizi di polizia investigativa che avanzano le richieste, mentre **un controllo giurisdizionale successivo non è sufficiente** a raggiungere gli obiettivi della Direttiva.

**3.3.** Nell'esaminare congiuntamente le **ultime due questioni pregiudiziali**, la Corte ha ribadito che, ove non sia possibile procedere ad un'interpretazione della normativa nazionale conforme, il **principio del primato del diritto dell'Unione** impone al giudice nazionale di garantire la piena efficacia del medesimo, disapplicando all'occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale, anche posteriore, senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale. **Solo la Corte può, eccezionalmente e per considerazioni imperative di**



**certezza del diritto, concedere una sospensione provvisoria dell'effetto di disapplicazione** e questo può avvenire soltanto nella stessa sentenza che statuisce sull'interpretazione richiesta, ciò che non è accaduto nelle precedenti pronunce rese con riguardo all'art. 15, par. 1, dir. 2002/58, letto alla luce degli articoli 7, 8 e 11 e dell'art. 52, par. 1, della Carta. Il mantenimento degli effetti di una normativa nazionale, come la legge irlandese del 2011, incompatibile con tale disciplina implicherebbe che detta normativa continui ad imporre ai fornitori di servizi di comunicazione elettronica obblighi che risultano contrari al diritto dell'Unione e comportano ingerenze gravi nei diritti fondamentali delle persone i cui dati sono stati conservati, sicché **il giudice nazionale non può limitare nel tempo gli effetti di una declaratoria di illegittimità ad esso spettante**. Né rileva che la normativa nazionale sia stata adottata al fine di recepire la dir. 2006/24 dal momento che gli effetti dell'invalidazione di tale direttiva da parte della Corte retroagiscono alla data della sua entrata in vigore e la validità della normativa nazionale deve essere valutata dal giudice del rinvio alla luce della dir. 2002/58 e della Carta, quali interpretate dalla Corte. L'interpretazione che la Corte dà di una norma di diritto dell'Unione, nell'esercizio della competenza attribuitale dall'art. 267 TFUE, chiarisce e precisa il significato e la portata di tale norma, come deve o avrebbe dovuto essere intesa ed applicata dal momento della sua entrata in vigore con conseguente **obbligo per il giudice nazionale di farne applicazione anche a rapporti giuridici sorti e costituiti prima della pronuncia della sentenza che statuisce sulla domanda di interpretazione**. Con riguardo all'impatto della dichiarazione dell'eventuale incompatibilità della legge del 2011 con la dir. 2002/58, letta alla luce della Carta, sull'**ammissibilità delle prove dedotte contro G.D. nell'ambito del procedimento penale** nei confronti del medesimo pendente in grado d'appello, la Corte richiama la propria precedente giurisprudenza (punti da 41 a 44 della sentenza del 2 marzo 2021, *U.K. c. Prokuratuur*), da cui discende che, conformemente al **principio dell'autonomia procedurale degli Stati membri**, la valutazione di tale ammissibilità rientra nel diritto nazionale, sempreché nel rispetto, in particolare, dei principi di equivalenza e di effettività.

#### **4. LA DECISIONE.**

Trattando unitariamente la **prima, la seconda e la quarta questione**, la Corte ha quindi concluso che l'art. 15, par. 1, dir. 2002/58/CE, come modificata dalla dir. 2009/136/CE, letto alla luce degli artt. 7, 8 e 11 e dell'art. 52, par. 1, della Carta di Nizza, deve essere interpretato nel senso che *«esso osta a misure legislative che prevedano, a titolo preventivo, per finalità di lotta alla criminalità grave e di prevenzione delle minacce gravi alla sicurezza pubblica, la conservazione generalizzata e indifferenziata dei dati relativi al traffico e dei dati relativi all'ubicazione. Il predetto articolo 15, paragrafo 1, letto alla luce degli articoli 7, 8 e 11 e dell'articolo 52, paragrafo 1, della Carta dei diritti fondamentali, non osta, invece, a misure*

*legislative che prevedano, per finalità di lotta alla criminalità grave e di prevenzione delle minacce gravi alla sicurezza pubblica,*

*- la conservazione mirata dei dati relativi al traffico e dei dati relativi all'ubicazione che sia delimitata, sulla base di elementi oggettivi e non discriminatori, in funzione delle categorie di persone interessate o mediante un criterio geografico, per un periodo temporalmente limitato allo stretto necessario, ma rinnovabile;*

*- la conservazione generalizzata e indifferenziata degli indirizzi IP attribuiti all'origine di una connessione, per un periodo temporalmente limitato allo stretto necessario;*

*- la conservazione generalizzata e indifferenziata dei dati relativi all'identità civile degli utenti di mezzi di comunicazione elettronica, e*

*- il ricorso a un'ingiunzione rivolta ai fornitori di servizi di comunicazione elettronica, mediante una decisione dell'autorità competente soggetta a un controllo giurisdizionale effettivo, di procedere, per un periodo determinato, alla conservazione rapida dei dati relativi al traffico e dei dati relativi all'ubicazione di cui dispongono tali fornitori di servizi,*

*se tali misure garantiscono, mediante norme chiare e precise, che la conservazione dei dati di cui trattasi sia subordinata al rispetto delle relative condizioni sostanziali e procedurali e che le persone interessate dispongano di garanzie effettive contro il rischio di abusi».*

Sulla **terza questione** si è stabilito che la disciplina di cui sopra deve essere interpretata nel senso che essa «osta a una normativa nazionale in forza della quale il trattamento centralizzato delle domande di accesso a dati conservati dai fornitori di servizi di comunicazione elettronica, provenienti dalla polizia nell'ambito della ricerca e del perseguimento di reati gravi, è affidato a un funzionario di polizia, assistito da un'unità istituita all'interno della polizia che gode di una certa autonomia nell'esercizio della sua missione e le cui decisioni possono essere successivamente sottoposte a controllo giurisdizionale».

Sulla **quinta e sulla sesta questione** si è deciso che «il diritto dell'Unione deve essere interpretato nel senso che esso osta a che un giudice nazionale limiti nel tempo gli effetti di una declaratoria di invalidità ad esso spettante, in forza del diritto nazionale, nei confronti di una normativa nazionale che impone ai fornitori di servizi di comunicazione elettronica la conservazione generalizzata e indifferenziata dei dati relativi al traffico e dei dati relativi all'ubicazione, a causa dell'incompatibilità di tale normativa con l'art. 15, par. 1, dir. 2002/58, come modificata dalla dir. 2009/136, letto alla luce della Carta dei diritti fondamentali. L'ammissibilità degli elementi di prova ottenuti mediante una siffatta conservazione rientra, conformemente al principio di autonomia procedurale degli Stati membri, nell'ambito del diritto nazionale, sempreché nel rispetto, in particolare, dei principi di equivalenza e di effettività».

## **5. OSSERVAZIONI.**

A distanza di poco più di un anno dalla sentenza della Grande Sezione, 2 marzo 2021, **U.K. c. Prokuratuur**, la Corte di Giustizia torna a pronunciarsi sull'interpretazione del diritto dell'Unione

concernente la conservazione e l'accesso ai dati delle telecomunicazioni elettroniche anche per finalità di indagine penale. Con riguardo al riepilogo del quadro normativo di riferimento del diritto dell'Unione, delle precedenti pronunce rese sul tema dalla Corte di giustizia e dalla Corte di cassazione, **si richiama il Report predisposto su quella decisione**, di cui si era sottolineato il forte impatto sull'ordinamento nazionale italiano, con prevedibile necessità di un intervento normativo di adeguamento in effetti poi intervenuto.

Con i limiti di un'analisi "a prima lettura", si proverà di seguito a valutare se e come la recentissima sentenza possa incidere sulla disciplina domestica quale da ultimo modificata e ad individuare le questioni che nell'immediato si porranno all'attenzione dell'interprete penale.

### **5.1. Il nuovo quadro normativo nazionale.**

Nella versione vigente – per quanto qui interessa (non ci occupa in questa sede degli accessi ai dati giustificati da esigenze di sicurezza nazionale e dalle indagini preventive di cui all'art. 226 disp. att. cod. proc. pen., che trovano specifica disciplina nell'art. 132, commi 4-ter, 4-quater, 4-quinquies cod. pr.) – la disposizione nazionale attuativa della dir. 2002/58/CE statuisce che «fermo restando quanto previsto dall'articolo 123, comma 2, i dati relativi al traffico telefonico sono conservati dal fornitore per ventiquattro mesi dalla data della comunicazione, per finalità di accertamento e repressione dei reati, mentre, per le medesime finalità, i dati relativi al traffico telematico, esclusi comunque i contenuti delle comunicazioni, sono conservati dal fornitore per dodici mesi dalla data della comunicazione» (art. 132, comma 1, cod. pr.). I dati relativi alle chiamate senza risposta, «trattati temporaneamente da parte dei fornitori di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico oppure di una rete pubblica di comunicazione, sono conservati per soli trenta giorni» (art. 132, comma 1-bis, cod. pr.). Per le finalità di accertamento e di repressione dei reati di cui agli artt. 51, comma 3-quater, e 407, comma 2, lettera a), cod. proc. pen., il periodo di conservazione è stato poi esteso a settantadue mesi dall'art. 24, comma 1, l. 20 novembre 2017, n. 167, dettata in attuazione dell'art. 20 della direttiva (UE) 2017/541 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 marzo 2017 (sempre in relazione agli stessi reati già il d.l. 18 febbraio 2015, n. 7 e succ. modiff. conv., con modiff., dalla l. 17 aprile 2015, n. 43, aveva esteso il periodo di detenzione di tutti i dati fino al 30 giugno 2017).

Com'è noto, al fine di conformare l'ordinamento domestico al diritto dell'Unione, quale interpretato dalla citata sentenza *U.K. c. Prokuratuur*, con un intervento d'urgenza attuato con d.l. 30 settembre 2021, n. 132, recante, tra l'altro, misure urgenti in materia di giustizia, conv., con modiff., dalla l. 23 novembre, 2021, n. 178, il legislatore ha novellato l'art. 132 d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, c.d. cod. pr. (per i commenti ai citati testi normativi, anche per richiami ed ampi riferimenti, si rimanda alle **Rel. Uff. Mass. nn. 55/2021 e 67/2021**). In particolare, si è innanzitutto precisato che, entro il termine di conservazione imposto dalla legge, se sussistono sufficienti indizi di reati per i quali la legge stabilisce la pena dell'ergastolo o della

reclusione non inferiore nel massimo a tre anni, determinata a norma dell'art. 4 cod. proc. pen., e di reati di minaccia e di molestia o disturbo alle persone col mezzo del telefono, quando la minaccia, la molestia e il disturbo sono gravi, i dati di traffico telefonico e telematico, ove rilevanti per l'accertamento dei fatti, sono acquisiti presso il fornitore dei servizi, su richiesta del pubblico ministero o del difensore, previa autorizzazione data con decreto motivato del giudice (art. 132, comma 3, cod. pr.). Quando ricorrono ragioni di urgenza e vi è fondato motivo di ritenere che dal ritardo possa derivare grave pregiudizio alle indagini, quei dati possono essere acquisiti con decreto motivato del pubblico ministero da comunicarsi non oltre quarantotto ore al giudice competente per il rilascio dell'autorizzazione, il quale deve convalidarlo, con decreto motivato, nelle successive quarantotto ore (art. 132, comma 3-bis, cod. pr.). I dati acquisiti in violazione di tali disposizioni non possono essere utilizzati (art. 132, comma 4-bis, cod. pr.). In secondo luogo, dettando una norma transitoria inserita, in sede di conversione, nell'art. 1, comma 1-bis, d.l. 132 del 2021, si è stabilito che «i dati relativi al traffico telefonico, al traffico telematico e alle chiamate senza risposta, acquisiti nei procedimenti penali in data precedente alla data di entrata in vigore del presente decreto, possono essere utilizzati a carico dell'imputato solo unitamente ad altri elementi di prova ed esclusivamente per l'accertamento dei reati per i quali la legge stabilisce la pena dell'ergastolo o della reclusione non inferiore nel massimo a tre anni, determinata a norma dell'articolo 4 del codice di procedura penale e dei reati di minaccia e di molestia o disturbo alle persone con il mezzo del telefono, quando la minaccia, la molestia o il disturbo sono gravi».

## **5.2. I più recenti orientamenti della Corte legittimità.**

Con riferimento ai principi affermati dalla Corte di Giustizia nel caso *U.K. c. Prokuratuur* (per la giurisprudenza del periodo precedente si rimanda al precedente *Report* ed alle *Rel. Uff. Massimario* già richiamati), la Corte di cassazione è in particolare intervenuta su due questioni. In primo luogo, si è ritenuto che, in tema di acquisizione dei tabulati di comunicazioni telefoniche o telematiche, richiesta dal pubblico ministero prima all'entrata in vigore del d.l. n. 132 del 2021, **non è abnorme il provvedimento del giudice per le indagini preliminari che dichiari non luogo a provvedere per essere competente il pubblico ministero ai sensi dell'art. 132, d.lgs n. 196 del 30 giugno 2003**, evidenziandosi che non sussiste contrasto con la citata decisione *U.K. c. Prokuratuur*, poiché il legislatore, con riferimento al momento in cui è stato adottato il provvedimento, non aveva ancora trasfuso in legge i principi delineati dal giudice eurounitario (Sez. 5, n. 45275 del 26/10/2021, PmT c/ignoti Rv. 282287; Sez. 2, n. 3750 del 12/11/2021, dep. 2022, PmT c/ignoti, n.m.).

In secondo luogo, successivamente all'approvazione del d.l. n. 132 del 2021 - che limita la possibilità di acquisizione dei dati telefonici, ai fini di indagine penale, ai reati più gravi, o comunque commessi col mezzo del telefono, attraverso il filtro del provvedimento motivato del giudice - si è ritenuto che **la nuova disciplina non è applicabile ai dati già acquisiti nei**

**procedimenti pendenti alla data di entrata in vigore del decreto**, trattandosi di disciplina di natura processuale (Sez. 5, n. 1054 del 06/10/2021, dep. 2022, Valea Stefan Petru, Rv. 282532, la cui *ratio decidendi* non considera la norma transitoria introdotta dalla legge di conversione successivamente all'udienza in cui il ricorso è stato deciso). In altre successive pronunce, che valutano invece la disposizione di cui all'art. 1, comma 1-*bis*, d.l. 132/2021 quale introdotto in sede di conversione del decreto-legge ad opera della l. 178/2021, la medesima conclusione è stata appunto affermata in base alla **disposizione transitoria** che consente l'utilizzo dei dati acquisiti in conformità alla previgente disciplina, a carico di chi sia imputato nei reati dalla stessa indicati, solo unitamente ad altri elementi di prova, trattandosi di disposizione conforme alla giurisprudenza della Corte di giustizia e che, nel rispetto dei principi di equivalenza ed effettività, opera un ragionevole bilanciamento tra gli opposti interessi in gioco (Sez. 3, n. 11993 del 16/02/2022, G., n.m.; Sez. 3, n. 11991 del 31/01/2022, Novellino, n.m.; Sez. 6, n. 9204 del 01/03/2022, Cannata e aa., n.m.; Sez. 5, n. 8968 del 24/02/2022, Fusco, n.m.; Sez. 6, n. 6618 del 03/12/2021, dep. 2022, Voci, n.m.).

### **5.3. L'impatto della sentenza in esame sull'applicazione della disciplina nazionale.**

La decisione in esame, se da un lato conferma orientamenti già espressi e chiari, d'altro lato affronta nodi interpretativi in precedenza rimasti in penombra e afferma principi che nuovamente sollecitano, sotto inediti profili, la valutazione di conformità delle discipline nazionali al diritto dell'Unione. Con particolare riguardo alla legislazione italiana, come di recente modificata per adeguarla alla pronuncia *U.K. c. Prokuratuur*, le ricadute dei nuovi principi sono tutt'altro che scontate.

#### **5.3.1. Gli stringenti limiti della legittima conservazione dei dati del traffico telefonico e telematico a fini di giustizia penale: il diritto interno è conforme a quello dell'Unione?**

Sebbene riprenda, in parte, principi già enunciati dalla stessa Corte di Giustizia, **la decisione in commento ha una portata innovativa**, e spinge l'interprete ad interrogarsi sulla compatibilità della disciplina nazionale con il diritto dell'Unione, proprio con riguardo al profilo della legittima conservazione dei dati di traffico telefonico e telematico.

Il problema trae origine dal fatto che la disciplina nazionale prevede, all'art. **132, comma 1, cod. pr.**, che i dati relativi al traffico telefonico debbano essere conservati dal fornitore per un periodo di 24 mesi decorrenti dalla data della comunicazione e per finalità di accertamento e di repressione dei reati. Essa sembra porsi, perciò, in **contrasto con i principi enunciati dalla Corte UE**, la quale consente ingerenze nei diritti fondamentali esclusivamente nelle ipotesi di lotta contro le forme gravi di criminalità e per la prevenzione di gravi minacce alla sicurezza pubblica. Dunque, l'ambito oggettivo di applicazione della disciplina europea risulta essere più ristretto rispetto a quello delineato dalla normativa nazionale, la quale prevede l'applicazione di criteri selettivi soltanto al momento dell'acquisizione dei dati contenuti nei tabulati telefonici

conservati. Al contrario, i giudici europei valorizzano l'esigenza di rendere selettiva la conservazione dei dati di traffico, indicando specifici presupposti di ammissibilità che la rendano consentita solo se mirata o rapida.

Nella sentenza si afferma, infatti, anche con riferimento alla lotta alle forme gravi di criminalità, **l'inammissibilità di una conservazione indistinta** di tale materiale, che sia funzionale ad una acquisizione solo eventuale, in quanto ciò comporterebbe una eccessiva ingerenza nei diritti fondamentali, che può essere ammessa solo quando strettamente necessaria (così ponendosi in contrasto con i principi enunciati agli artt. 7, 8 e 11 dalla Carta). Al contrario, la giurisprudenza interna ritiene sufficiente, considerata la natura emergente o periferica del diritto inciso dalla disciplina, un modello di tutela più tenue, reputando conforme ai principi di adeguatezza e proporzionalità una lesione dei diritti fondamentali che si connota per una compressione solo marginale dell'individuo. Nell'ottica nazionale, la compressione risulta giustificabile in quanto risponde ad esigenze di indagine legate al compito primario dell'autorità giudiziaria, quale la repressione dei reati, così da garantire la tutela dei concorrenti interessi, individuali o collettivi, che sono altrettanto meritevoli di tutela.

**Le affermazioni della Corte di Giustizia non appaiono dunque superabili, prima facie, in via interpretativa**, ponendosi il *dictum* enunciato dai giudici europei radicalmente in contrasto non solo con quanto sancito a livello nazionale dal codice della privacy, ma anche con quanto affermato in via giurisprudenziale dalla Corte di Cassazione.

Dunque, nella misura in cui la disciplina interna si pone in contrasto con i principi europei, occorre interrogarsi – in particolare quanto al futuro – su quali siano le conseguenze di tale contrasto: se la disapplicazione della disciplina interna da parte del giudice nazionale (qualora il diritto europeo fosse ritenuto dotato di effetti diretti) o il promovimento di questione di legittimità costituzionale (qualora il diritto europeo non fosse ritenuto dotato di effetti diretti).

Così come interpretata dalla Corte di Giustizia, la normativa eurounitaria subordina la conservazione dei tabulati telefonici ad una serie di criteri oggettivi, quali un'area geografica determinata o una cerchia di persone determinate che possono risultare coinvolte, anche mediante un collegamento indiretto, nella realizzazione di un reato grave. Si tratta di **criteri che**, da un lato, appaiono sicuramente limitativi in quanto finiscono per restringere il campo di applicazione della disciplina di cui alla dir. 2002/58 e, dall'altro, **potrebbero apparire discriminatori**, nella parte in cui subordinano la conservazione e, di conseguenza, anche l'acquisizione dei dati, al possesso di determinate "qualifiche", rischiando di delineare un "diritto penale del tipo d'autore"; formula che evoca il fatto che ciò che è punibile non è più il reato ma il reo, in contrasto con un sistema improntato sul diritto penale del fatto e della colpevolezza. La Corte di Giustizia, infatti, all'interno della sentenza in esame, prevede la facoltà di adottare la conservazione dei dati nei confronti di persone che sono sottoposte ad indagine o ad altre misure di sorveglianza o sono iscritte nel casellario giudiziario nazionale per atti di criminalità grave, in quanto ritiene che ciò può far presumere un elevato rischio di recidiva. In tale ottica, si

delineerebbe uno schema teorico in cui vi è la contrapposizione tra l'esigenza di garantire livelli elevati di tutela a coloro che sono considerati "cittadini onesti" e quella di estromettere dal sistema di garanzie chi si ritiene aver informato la propria vita al crimine. Quanto appena evidenziato non solo può comportare che l'intero impianto di cui alla disciplina nazionale debba essere riformulato alla luce dei principi enunciati dai giudici europei, ma può porre **dubbi in ordine alla conformità con i principi di uguaglianza e di colpevolezza.**

Da un lato, dunque, risultando complesso per la giurisprudenza interna garantire un adeguamento in via pretoria a quanto statuito dalla Corte di Giustizia, potrebbe essere **necessario un intervento del legislatore**, volto a ridefinire i presupposti e le modalità in presenza dei quali è possibile procedere alla conservazione, ad esempio operando una distinzione fondata sulla tipologia dei dati, con un regime differenziato e meno rigido per quelli relativi all'identità civile degli utenti dei mezzi di comunicazione elettronica e agli indirizzi IP attribuiti alla fonte di una connessione.

Dall'altro lato, qualora il legislatore decidesse di non intervenire e la giurisprudenza interna dovesse ritenere insuperabile l'interpretazione data alla normativa nazionale, si potrebbe anche configurare l'attivazione dei "controlimiti" attraverso l'intervento della Corte Costituzionale, in relazione alla possibile natura discriminatoria del criterio selettivo basato sulla personalità dei potenziali autori di reati.

### **5.3.2. Le condizioni sostanziali e procedurali per l'accesso alla *data retention* ai fini di indagine penale: conformità della disciplina domestica a quella eurounitaria.**

Nella versione novellata dal d.l. 132/2021, **l'art. 132 cod. pr. appare invece in linea con i principi affermati dalla decisione in commento quanto all'accesso ai dati conservati** dai fornitori dei servizi di comunicazioni elettroniche per finalità d'indagine penale.

Per un verso, **sul piano sostanziale**, si prevede chiaramente che l'accesso può avvenire per i dati telefonici o telematici che siano "rilevanti per l'accertamento dei fatti" e che riguardino persone a carico delle quali "sussistono sufficienti indizi" in ordine a reati puniti con "la pena dell'ergastolo o della reclusione non inferiore nel massimo a tre anni...e di reati di minaccia e di molestia o disturbo alle persone col mezzo del telefono, quando la minaccia, la molestia e il disturbo sono gravi". In conformità a quanto statuito nella decisione in commento, vengono pertanto delineate norme chiare e precise, idonee ad apprestare garanzie sufficienti che consentano di proteggere efficacemente i dati personali da rischi di abuso (§. 103), limitandosi l'accesso ai dati di persone sospettate di aver commesso reati gravi (§. 105).

Quanto alle **condizioni procedurali**, non v'è dubbio che la preventiva autorizzazione del giudice, emessa con decreto motivato sulla base di una richiesta avanzata dal pubblico ministero o dal difensore di una delle parti private, risponda alle garanzie richieste dal diritto dell'Unione (§. 106), come pure l'eccezionale possibilità di provvedere, in casi di urgenza, con decreto motivato del pubblico ministero soggetto a convalida giurisdizionale in tempi brevi (§. 110).

### **5.3.3. L'obbligatoria disapplicazione della legge nazionale difforme e l'autonomia procedurale degli Stati membri sull'ammissibilità delle prove nel giudizio penale: quale soluzione in attesa di un eventuale nuovo intervento legislativo?**

Con specifico riguardo alle previsioni di cui all'art. 15, par. 1, dir. 2002/59, lette alla luce della Carta di Nizza – evidentemente ritenute *self-executing* – la decisione in commento (§. 118) conferma l'obbligo del giudice nazionale, discendente dal c.d. **primato del diritto dell'Unione**, di disapplicare, all'occorrenza, le disposizioni interne con il primo contrastanti, senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante un procedimento di legittimità costituzionale. Si tratta, com'è noto, di principi da tempo consolidati nel nostro ordinamento (cfr., *ex multis*: Corte cost., sent. n. 170/1984, *Granital*; Corte cost., sent. n. 168/1991; Corte cost., sent. n. 284/2007) e sovente applicati anche dal giudice penale (cfr. Sez. 3, n. 21281 del 16/03/2018, Ragusi, Rv. 273222; Sez. 3, n. 2262 del 16/11/2016, dep. 2017, Viozzi e a., Rv. 269054; Sez. 3, n. 43955 del 15/09/2016, Policastro, Rv. 267936). Si è ulteriormente precisato (§. 125) che le disposizioni eurounitarie debbono essere applicate dagli Stati membri nell'interpretazione data dalla Corte di giustizia anche ai rapporti giuridici sorti e costituiti prima della pronuncia resa a seguito di rinvio pregiudiziale. Con particolare riguardo all'**utilizzo processuale penale dei dati conservati o acquisiti in violazione della direttiva 2002/58**, come interpretata alla luce delle disposizioni della Carta di Nizza, anche nella sentenza *G.D. c. Commissioner* la Corte di giustizia ha tuttavia ribadito che si tratta di materia rientrante nel diritto nazionale, in base al principio dell'**autonomia procedurale degli Stati membri**, sempreché siano rispettati i principi di equivalenza ed effettività.

Proprio alla luce di quest'ultima precisazione, la giurisprudenza penale di legittimità (v. *supra*, *sub* §. 5.2) ha argomentato l'utilizzabilità processuale dei dati acquisiti sulla base della disciplina normativa vigente prima che il diritto nazionale recepisce i principi affermati con l'innovativa pronuncia *U.K. c. Prokuratuur*, facendo applicazione, inizialmente, del principio del *tempus regit actum* e, in seguito, riconoscendo la conformità a quei principi, della norma transitoria contenuta nell'art. 1, comma 1-*bis*, d.l. 132/2021 conv., con modiff., dalla l. 178/2021.

Con riguardo al tema della conservazione dei dati di traffico sui cui sono intervenuti i nuovi chiarimenti interpretativi dettati dalla decisione in commento, in assenza – e, in ogni caso, prima – di una eventuale modifica della disciplina nazionale, occorrerà dunque verificare, in via interpretativa, se per i dati acquisiti a fini processuali penali possa farsi applicazione del principio del *tempus regit actum* o, comunque, delle disposizioni che nell'ordinamento processuale penale interno regolano l'utilizzabilità degli elementi di prova, con l'unico limite, imposto dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, del rispetto dei principi di equivalenza ed effettività.

A quest'ultimo proposito, nella sentenza *U.K. c. Prokuratuur*, richiamandosi la precedente sent. Corte Giust. 6 ottobre 2020, *La Quadrature du Net*, si richiede (§. 43) che dette regole «*non siano meno favorevoli di quelle disciplinanti situazioni analoghe assoggettate al diritto interno*



(principio di equivalenza) e che non rendano impossibile in pratica o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dal diritto dell'Unione (principio di effettività)». A sua volta, la richiamata decisione *La Quadrature du Net* (§§. 224-227) precisa che «per quanto concerne il **principio di equivalenza**, spetta al giudice nazionale investito di un procedimento penale fondato su informazioni o elementi di prova ottenuti in violazione dei requisiti risultanti dalla direttiva 2002/58 verificare se il diritto nazionale che disciplina tale procedimento preveda norme meno favorevoli riguardo all'ammissibilità e all'uso di tali informazioni ed elementi di prova rispetto a quelle che disciplinano le informazioni e gli elementi di prova ottenuti in violazione del diritto interno. Quanto al **principio di effettività**, occorre rilevare che lo scopo delle norme nazionali relative all'ammissibilità e all'uso delle informazioni e degli elementi di prova consiste, in base alle scelte operate dal diritto nazionale, nell'evitare che informazioni ed elementi di prova ottenuti in modo illegittimo rechino indebitamente pregiudizio a una persona sospettata di avere commesso reati. Orbene, tale obiettivo può, secondo il diritto nazionale, essere raggiunto non solo con un divieto di utilizzare tali informazioni ed elementi di prova, ma altresì mediante norme e prassi nazionali che disciplinano la valutazione e la ponderazione delle informazioni e degli elementi di prova, o prendendo in considerazione il loro carattere illegittimo nell'ambito della determinazione della pena. Ciò premesso, dalla giurisprudenza della Corte risulta che la necessità di escludere informazioni ed elementi di prova ottenuti in violazione delle prescrizioni del diritto dell'Unione deve essere valutata alla luce, in particolare, del rischio che l'ammissibilità di tali informazioni ed elementi di prova comporta per il rispetto del principio del contraddittorio e, pertanto, del diritto a un processo equo (v., in tal senso, sentenza del 10 aprile 2003, *Steffensen*, C-276/01, EU:C:2003:228, punti 76 e 77). Orbene, un giudice che ritenga che una parte non sia in grado di dedurre efficacemente in merito a un mezzo di prova che rientra in un settore che esula dalla competenza dei giudici e può influenzare in modo preponderante la valutazione dei fatti deve constatare una violazione del diritto a un processo equo ed escludere tale mezzo di prova al fine di evitare una violazione del genere (v., in tal senso, sentenza del 10 aprile 2003, *Steffensen*, C-276/01, EU:C:2003:228, punti 78 e 79). Pertanto, il principio di effettività impone al giudice penale nazionale di non tenere conto degli elementi di prova ottenuti mediante una conservazione generalizzata e indifferenziata dei dati relativi al traffico e dei dati relativi all'ubicazione incompatibile con il diritto dell'Unione, nell'ambito di un procedimento penale avviato nei confronti di persone sospettate di avere commesso atti di criminalità, qualora dette persone non siano in grado di prendere efficacemente posizione su tali informazioni ed elementi di prova, che provengono da un settore che esula dalla competenza dei giudici e possono influenzare in maniera preponderante la valutazione dei fatti».

Il **criterio di valutazione stabilito dall'art. 1, comma 1-bis, d.l. 132/2021** per consentire l'utilizzo dei dati acquisiti al processo in violazione del diritto dell'Unione come interpretato dalla Corte di Giustizia prima che lo Stato italiano ne recepisse i principi nell'ordinamento interno – vale a dire la necessità della *corroboration* laddove si tratti di elementi di prova a carico

dell'imputato – è stato ritenuto rispettoso dei principi di equivalenza ed effettività dalla giurisprudenza di legittimità sopra richiamata (§ 5.2.). Considerato che l'analogia non è vietata in campo processuale, ci si potrà dunque **chiedere se, e, eventualmente, in che limiti (pure temporali), lo stesso possa trovare applicazione anche con riguardo all'acquisizione di dati relativi al traffico ed all'ubicazione fatti oggetto di una conservazione generalizzata e indifferenziata** (il problema invece non si pone per gli indirizzi IP e i dati relativi all'identità degli utenti). Questo – almeno – **sino ad un nuovo intervento legislativo**, che la decisione in commento sembra, ancora una volta, sollecitare.

## REGOLAMENTO (UE) 2016/679

**TUTELA DELLE PERSONE FISICHE CON RIGUARDO AL TRATTAMENTO DEI DATI PERSONALI – REGOLAMENTO (UE) 2016/679 – ARTICOLO 80 – RAPPRESENTANZA DEGLI INTERESSATI – LEGITTIMAZIONE AD AGIRE – ASSOCIAZIONE DI TUTELA DEGLI INTERESSI DEI CONSUMATORI – AZIONE RAPPRESENTATIVA INTENTATA DA UN’ASSOCIAZIONE DI TUTELA DEGLI INTERESSI DEI CONSUMATORI IN ASSENZA DI UN MANDATO E INDIPENDENTEMENTE DALLA VIOLAZIONE DI SPECIFICI DIRITTI DI UN INTERESSATO – AZIONE FONDATA SUL DIVIETO DELLE PRATICHE COMMERCIALI SLEALI, SULLA VIOLAZIONE DI UNA LEGGE IN MATERIA DI TUTELA DEI CONSUMATORI O SUL DIVIETO DI UTILIZZO DI CONDIZIONI GENERALI DI CONTRATTO NULLE – AMMISSIBILITÀ – PRESUPPOSTO.**

*Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, 28 aprile 2022 – C-319/20 Facebook Ireland c. Unione federale consumatori Germania*

<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=258485&pageIndex=0&doclang=it&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=11594995>

### **CLASSIFICAZIONE**

**Tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali** – Regolamento (UE) 2016/679 – Articolo 80 – Rappresentanza degli interessati – Legittimazione ad agire – Associazione di tutela degli interessi dei consumatori – Azione rappresentativa intentata da un’associazione di tutela degli interessi dei consumatori in assenza di un mandato e indipendentemente dalla violazione di specifici diritti di un interessato – Azione fondata sul divieto delle pratiche commerciali sleali, sulla violazione di una legge in materia di tutela dei consumatori o sul divieto di utilizzo di condizioni generali di contratto nulle – Ammissibilità – Presupposto.

### **RIFERIMENTI NORMATIVI ORDINAMENTO EUROUNITARIO**

Regolamento 2016/679/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati): art. 80, par. 1 e 2 e art. 84 par. 1.

Direttiva 2005/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell’11 maggio 2005 relativa alle pratiche commerciali sleali delle imprese nei confronti dei consumatori nel mercato interno e che modifica la direttiva 84/450/CEE del Consiglio e le direttive 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE del Parlamento europeo e del Consiglio ed il regolamento (CE) n. 2006/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio («direttiva sulle pratiche commerciali sleali»).

Direttiva 2009/22/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 aprile 2009 relativa a provvedimenti inibitori a tutela degli interessi dei consumatori.

Direttiva (UE) 2020/1828 del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 novembre 2020 relativa alle azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori e che abroga la direttiva 2009/22/CE.

### **RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI CORTE GIUSTIZIA**

Grande Sezione, 15 giugno 2021, Facebook Ireland e a., (C-645/19); Seconda Sez., 29 luglio 2019, Fashion ID GmbH & Co.KG contro Verbraucherzentrale NRW e V., (C-40/17).

### **PRONUNCIA SEGNALATA**

*Corte di giustizia UE (Grande Sezione) – 28 aprile 2022 – C-319/20 – Meta Platforms Ireland Limited, già Facebook Ireland Limited c. Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände - Verbraucherzentrale Bundesverband e V.*

### **ABSTRACT**

In tema di tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, la Corte di giustizia ha affermato che il regolamento generale sulla protezione dati (RGPD) non osta ad una normativa nazionale, la quale permetta ad un'associazione di tutela degli interessi dei consumatori di agire in giudizio, in assenza di un mandato che le sia stato conferito a questo scopo e indipendentemente dalla violazione di specifici diritti degli interessati, contro il presunto autore di un atto pregiudizievole per la protezione dei dati personali, facendo valere la violazione del divieto delle pratiche commerciali sleali, la violazione di una legge in materia di tutela dei consumatori o la violazione del divieto di utilizzazione di condizioni generali di contratto nulle. Tale azione è esperibile qualora il trattamento di dati in questione sia idoneo a pregiudicare i diritti che persone fisiche identificate o identificabili si vedono riconosciuti dal RGPD.

### **1. IL CASO**

La domanda di pronuncia pregiudiziale – proposta dalla Corte federale di giustizia della Germania – verte sull'interpretazione dell'articolo 80, paragrafi 1 e 2, e dell'articolo 84, paragrafo 1, del regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati) (GU 2016, L 119, pag. 1; in prosieguo: l'«RGPD»).

Tale domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia che oppone Meta Platforms Ireland Limited, già Facebook Ireland Limited, la cui sede sociale si trova in Irlanda, contro Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände – Verbraucherzentrale Bundesverband e.V. (Unione federale delle centrali e delle associazioni di consumatori, Germania) (in prosieguo: l'«Unione federale») in merito alla violazione, da parte della Meta Platforms Ireland, della normativa tedesca in materia di protezione dei dati personali, costituente

al tempo stesso una pratica commerciale sleale, una violazione di una legge in materia di tutela dei consumatori e una violazione del divieto di utilizzazione di condizioni generali di contratto nulle.

La controversia trae origine dall'azione inibitoria proposta dall'Unione federale dinanzi al Landgericht Berlin (Tribunale del Land di Berlino, Germania) contro Meta Platforms Ireland per la violazione della legge tedesca contro la concorrenza sleale.

Il Landgericht Berlin ha condannato, conformemente alle conclusioni presentate dall'Unione federale, la società in questione, la quale ha proposto appello dinanzi al Kammergericht Berlin (Tribunale superiore del Land di Berlino, Germania).

Contro la decisione di rigetto adottata dal giudice d'appello, la Meta Platforms Ireland ha allora proposto ricorso per cassazione.

## **2. LE QUESTIONI PREGIUDIZIALI SOTTOPOSTE ALLA CORTE DI GIUSTIZIA DALLA CORTE FEDERALE DI GIUSTIZIA DELLA GERMANIA.**

Il giudice del rinvio pregiudiziale ritiene che l'azione inibitoria sia fondata, nella misura in cui la Meta Platforms Ireland ha violato la legge tedesca sulla concorrenza sleale, ma nutre dei dubbi in merito alla ricevibilità dell'azione dell'Unione federale, la quale ha agito indipendentemente dalla violazione concreta del diritto alla tutela dei dati di un interessato e senza il conferimento di un mandato apposito.

In particolare, si interroga sul fatto se l'Unione federale, effettivamente legittimata ad agire in base al diritto nazionale, abbia perduto tale legittimazione in corso di giudizio, a seguito dell'entrata in vigore dell'RGPD e, segnatamente, dell'articolo 80, paragrafi 1 e 2, nonché dell'articolo 84, paragrafo 1, di tale regolamento.

Sul punto, il giudice del rinvio rileva, infatti, che, secondo il tenore letterale delle disposizioni dell'RGPD, l'esistenza della legittimazione ad agire degli organismi, delle organizzazioni o delle associazioni senza scopo di lucro, che siano state validamente costituite in conformità del diritto di uno Stato membro, presuppone che l'interessato abbia dato mandato ad un organismo, ad un'organizzazione o ad un'associazione affinché eserciti in suo nome i diritti contemplati dagli articoli da 77 a 79 dell'RGPD nonché il diritto di ottenere un risarcimento.

Viene quindi proposta la seguente questione pregiudiziale: Se le disposizioni del capo VIII dell'RGPD, e in particolare l'articolo 80, paragrafi 1 e 2, nonché l'articolo 84, paragrafo 1, di tale regolamento, ostino a norme nazionali, le quali – oltre ai poteri di intervento delle autorità di controllo preposte alla sorveglianza e all'attuazione di detto regolamento, e in aggiunta ai mezzi di ricorso a disposizione degli interessati – conferiscano ad associazioni di tutela degli interessi dei consumatori, organismi ed organi camerali legittimati in base alla normativa nazionale, il potere di agire in caso di violazioni dell'RGPD, contro l'autore della violazione, indipendentemente dalla lesione di diritti specifici di singoli interessati e in assenza di un mandato dell'interessato, proponendo un ricorso dinanzi ai giudici civili fondato sul divieto di pratiche commerciali sleali,

o sulla violazione di una legge di tutela dei consumatori, o sul divieto di applicare condizioni generali di contratto nulle.

### **3. LE RATIONES DECIDENDI.**

In via preliminare, la Corte rileva come il regolamento generale sulla protezione dei dati miri ad assicurare un'applicazione coerente e omogenea delle norme a protezione dei diritti e delle libertà fondamentali delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali in tutta l'Unione e a rimuovere gli ostacoli alla circolazione dei dati personali all'interno di quest'ultima. Il regolamento, come risulta dal suo articolo 1, paragrafo 1, letto alla luce, segnatamente, dei suoi considerando 9, 10 e 13, mira ad assicurare un'armonizzazione delle normative nazionali relative alla protezione dei dati personali che sia, in linea di principio, completa.

Tuttavia, talune disposizioni di detto regolamento – tra cui, segnatamente, l'articolo 80, paragrafo 2, dell'RGPD – offrono la possibilità agli Stati membri di prevedere norme nazionali supplementari, più rigorose ovvero a carattere derogatorio, che lasciano a questi ultimi un margine di discrezionalità circa il modo in cui tali disposizioni possono essere attuate («clausole di apertura»), a condizione che le norme nazionali adottate non pregiudichino il contenuto e gli obiettivi del regolamento summenzionato.

In proposito, essi hanno la possibilità di prevedere un meccanismo di azione rappresentativa contro il presunto autore di un atto pregiudizievole per la protezione dei dati personali, purché rispettoso dei limiti di applicazione *ratione personae* e *ratione materiae* del regolamento.

Per quanto riguarda, in primo luogo, l'ambito di applicazione *ratione personae* di un siffatto meccanismo, la Corte osserva che l'articolo 80, paragrafo 2, dell'RGPD riconosce legittimazione ad «un organismo, un'organizzazione o un'associazione senza scopo di lucro, che siano debitamente costituiti secondo il diritto di uno Stato membro, i cui obiettivi statutari siano di pubblico interesse e che siano attivi nel settore della protezione dei diritti e delle libertà degli interessati con riguardo alla protezione dei dati personali».

A giudizio della Corte, un'associazione di tutela degli interessi dei consumatori, come l'Unione federale, rientra in tale nozione in quanto persegue un obiettivo di interesse pubblico consistente nell'assicurare i diritti e le libertà degli interessati nella loro qualità di consumatori, posto che la realizzazione di un tale obiettivo può essere correlata alla protezione dei dati personali di questi ultimi. Infatti, la violazione delle norme aventi per scopo la tutela dei consumatori o la lotta contro le pratiche commerciali sleali può essere correlata, come nel caso di specie, alla violazione delle norme in materia di protezione dei dati personali di tali consumatori.

Per quanto concerne, in secondo luogo, l'ambito di applicazione *ratione materiae* di detto meccanismo, l'esercizio dell'azione rappresentativa prevista dall'articolo 80, paragrafo 2, dell'RGPD da parte di un ente rispondente ai requisiti menzionati al paragrafo 1 di questo stesso articolo presuppone che tale ente, indipendentemente da qualsiasi mandato che gli sia stato conferito, «ritenga che i diritti di cui un interessato gode a norma di tale regolamento siano stati

violati in seguito al trattamento» dei suoi dati personali. Valorizzando il tenore letterale della citata disposizione e la nozione di interessato rilevante ai sensi dell'articolo 4, punto 1, dell'RGPD, la quale ricomprende non soltanto una «persona fisica identificata», ma anche una «persona fisica identificabile», la Corte giunge a riconoscere la legittimazione ad agire dell'ente che presenti i requisiti soggettivi appena menzionati, senza che sia necessario identificare, individualmente e preliminarmente, la persona specificamente interessata dal suddetto trattamento di dati ed allegare l'esistenza di una specifica violazione dei diritti riconosciuti dalle norme in materia di protezione dei dati. Un'interpretazione siffatta risulta infatti conforme agli obblighi derivanti dall'articolo 16 TFUE e dall'articolo 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e, dunque, all'obiettivo perseguito dall'RGPD che consiste nell'assicurare un'efficace protezione dei diritti e delle libertà fondamentali delle persone fisiche, nonché, segnatamente, nel garantire un elevato livello di protezione del diritto di qualsiasi persona alla tutela dei dati personali che la riguardano.

#### **4. LA DECISIONE.**

Alla luce delle predette considerazioni, la Corte chiarisce quindi che l'articolo 80, paragrafo 2, dell'RGPD deve essere interpretato nel senso che esso non osta ad una normativa nazionale che consente ad un'associazione di tutela degli interessi dei consumatori di agire in giudizio, in assenza di un mandato che le sia stato conferito a tale scopo e indipendentemente dalla violazione di specifici diritti degli interessati, contro il presunto autore di un atto pregiudizievole per la protezione dei dati personali, facendo valere la violazione del divieto di pratiche commerciali sleali, la violazione di una legge in materia di tutela dei consumatori o la violazione del divieto di utilizzazione di condizioni generali di contratto nulle, qualora il trattamento di dati in questione sia idoneo a pregiudicare i diritti riconosciuti da tale regolamento a persone fisiche identificate o identificabili.

Ciò in quanto il fatto di legittimare delle associazioni di tutela degli interessi dei consumatori, come l'Unione federale, a instaurare, mediante un meccanismo di ricorso rappresentativo, azioni intese a far cessare trattamenti di dati contrari alle disposizioni del regolamento summenzionato, indipendentemente dalla violazione dei diritti di una persona individualmente e concretamente pregiudicata da tale violazione, contribuisce incontestabilmente a rafforzare i diritti degli interessati e ad assicurare loro un elevato livello di protezione.

Del resto, conclude la Corte, l'esercizio di una siffatta azione rappresentativa, consentendo di prevenire un gran numero di violazioni dei diritti degli interessati a seguito del trattamento dei loro dati personali, potrebbe rivelarsi più efficace del ricorso che un'unica persona individualmente e concretamente pregiudicata da una violazione del suo diritto alla protezione dei suoi dati personali può esperire contro l'autore di tale violazione.

In altre parole, la Corte rileva come la funzione preventiva delle azioni instaurate da associazioni di tutela degli interessi dei consumatori, come l'Unione federale, non potrebbe essere garantita

nel caso in cui l'azione rappresentativa prevista dall'articolo 80, paragrafo 2, dell'RGPD permettesse di far valere soltanto la violazione dei diritti di una persona individualmente e concretamente pregiudicata da tale violazione



## DIRETTIVA 2004/38/CE

**RINVIO PREGIUDIZIALE –DIRETTIVA 2004/38/CE - LIBERTÀ DI CIRCOLAZIONE E SOGGIORNO – TRASCRIZIONE DELL'ATTO DI NASCITA FORMATO ALL'ESTERO DA PARTE DI COPPIA OMOSESSUALE – RICONOSCIMENTO DEL RAPPORTO DI FILIAZIONE – RILASCIO DI UN DOCUMENTO DI IDENTITÀ – RISPETTO DELLA VITA PRIVATA E FAMILIARE – DIRITTI DEL MINORE.**

*Corte di Giustizia dell'Unione Europea Grande Sezione, 14 dicembre 2021, causa C-490/2020, V.M.A. contro Stolichna obshtina, rayon "Pancharevo".*

<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=251201&pageIndex=0&doclang=IT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=45932>

### **CLASSIFICAZIONE:**

Rinvio pregiudiziale –**Direttiva 2004/38/CE** - Libertà di circolazione e soggiorno – Trascrizione dell'atto di nascita formato all'estero da parte di coppia omosessuale – Riconoscimento del rapporto di filiazione – **Rilascio di un documento di identità** – Rispetto della vita privata e familiare – **Diritti del minore**

### **RIFERIMENTI NORMATIVI:**

#### **Diritto dell'Unione:**

Art. 4, paragrafo 2, TUE; Artt. 20 e 21, paragrafo 1, TFUE; Artt. 7, 9, 24, 45 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea; Artt. 2, 4, 5 Direttiva 2004/38/CE.

#### **Diritto internazionale:**

Artt. 2 e 7 della Convenzione internazionale sui diritti del fanciullo.

#### **Diritto bulgaro:**

Art. 25, paragrafo 1, della Konstitutsia na Republika Bulgaria (Costituzione della Repubblica di Bulgaria); Art. 8 della Zakon za balgarskoto grazhdanstvo (legge bulgara sulla cittadinanza), del 5 novembre 1998; Art. 60 Semeen kodeks (codice di famiglia), del 12 giugno 2009.

### **RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI**

#### **Sentenze CGUE:**

Sentenza del 2 marzo 2010, Rottmann, C-135/08, EU:C:2010:104; sentenza del 12 marzo 2019, Tjebbes e altri, C-221/17, EU:C:2019:189; sentenza del 20 settembre 2001, Grzelczyk, C-184/99, EU:C:2001:458; sentenza del 15 luglio 2021, A (Assistenza sanitaria pubblica), C-535/19, EU:C:2021:595; sentenza del 5 giugno 2018, Coman e a., C-673/16, EU:C:2018:385; sentenza del 2 ottobre 2019, Bajratari, C-93/18, EU:C:2019:809; sentenza del 14 ottobre 2008,

Grunkin e Paul, C-353/06, EU:C:2008:559; sentenza del 13 settembre 2016, Rendón Marín, C-165/14, EU:C:2016:675; sentenza del 14 febbraio 2008, Dynamic Medien, C-244/06, EU:C:2008:85; sentenza dell'11 marzo 2021, État belge (Rimpatrio del genitore di un minore), C-112/20, EU:C:2021:197.

**Sentenze Corte EDU:**

Sentenza del 12 luglio 2001, K. e T. c. Finlandia, CE:ECHR:2001:0712JUD002570294.

**PRONUNCIA SEGNALATA**

***Sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea Grande Sezione, 14 dicembre 2021, causa C-490/2020, V.M.A. contro Stolichna obshtina, rayon "Pancharevo"***

**ABSTRACT**

L'articolo 4, paragrafo 2, TUE, gli articoli 20 e 21 TFUE nonché gli articoli 7, 24 e 45 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in combinato disposto con l'articolo 4, paragrafo 3, 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, devono essere interpretati nel senso che, nel caso di un minore, cittadino dell'Unione il cui atto di nascita rilasciato dalle autorità competenti dello Stato membro ospitante designi come suoi genitori due persone dello stesso sesso, lo Stato membro, di cui tale minore è cittadino, è tenuto, da un lato, a rilasciargli una carta d'identità o un passaporto, senza esigere la previa emissione di un atto di nascita da parte delle sue autorità nazionali e, dall'altro, a riconoscere, come ogni altro Stato membro, il documento emanante dallo Stato membro ospitante che consente a detto minore di esercitare, con ciascuna di tali due persone, il proprio diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri.

**IL CASO**

V.M.A. e K.D.K., rispettivamente cittadine di Bulgaria e Regno Unito, hanno avuto, mediante ricorso a P.M.A. eterologa, una figlia, S.D.K.A., nata nel dicembre 2019 nel dicembre 2019 e residente in Spagna con entrambe. L'atto di nascita della figlia rilasciato dalle autorità spagnole reca menzione di ambedue le donne come madri della bambina. Il 29 gennaio 2020 V.M.A. richiedeva al Comune di Sofia il rilascio di un atto di nascita per la figlia, necessario ai sensi della legge bulgara per l'ottenimento di una carta di identità, che consentirebbe alla figlia di soggiornare e circolare liberamente tra gli Stati membri dell'Unione. Il 5 marzo 2020 il Comune di Sofia rigettava l'istanza e osservava che la menzione di due genitori di sesso femminile in un atto di nascita si ponesse in contrasto con l'ordine pubblico e le leggi della Repubblica di Bulgaria,

in cui peraltro è fatto divieto di contrarre matrimonio tra due persone dello stesso sesso. V.M.A. presentava ricorso avverso il suddetto provvedimento all'Administrativen sad Sofia-grad (Tribunale amministrativo di Sofia, Bulgaria), che è giudice del rinvio. Il Tribunale rilevava che, sebbene il rilascio di un atto di nascita sia preconditione per l'emissione di una carta di identità, ai sensi della legislazione vigente in Bulgaria, S.D.K.A. dovesse ritenersi cittadina bulgara, e quindi cittadina europea. Tuttavia alla bambina, in virtù di tali statuizioni ostative al rilascio dell'atto di nascita e del documento di identità, viene ad essere precluso l'esercizio delle libertà riconosciute ai cittadini dell'Unione, tra cui quelle di circolazione e soggiorno nel territorio dell'Unione insieme ai propri familiari. La questione pregiudiziale verte, pertanto, sul contemperamento tra l'interesse del minore al rispetto della vita privata e al pieno godimento del suo status di cittadino dell'Unione e la tutela dell'identità costituzionale e nazionale della Repubblica di Bulgaria.

### **LA QUESTIONE SOTTOPOSTA ALLA CORTE**

L'Administrativen sad Sofia-grad (Tribunale amministrativo di Sofia, Bulgaria) ha promosso un rinvio pregiudiziale sottoponendo alla Corte di Giustizia le seguenti questioni: 1) Se gli articoli 20 e 21 TFUE nonché gli articoli 7, 24, e 45 della Carta debbano essere interpretati nel senso che non consentono alle autorità amministrative bulgare, presso le quali è stata presentata una domanda di certificazione della nascita di un bambino, cittadino bulgaro, avvenuta in un altro Stato membro dell'Unione, e attestata da un atto di nascita spagnolo, nel quale due persone di sesso femminile sono state registrate come madri, senza precisare ulteriormente se una di esse, e in caso affermativo quale, sia la madre biologica del bambino, di rifiutare il rilascio di un atto di nascita bulgaro con la motivazione che la ricorrente si rifiuta di indicare chi è la madre biologica del bambino; 2) se l'articolo 4, paragrafo 2, TUE e l'articolo 9 della Carta debbano essere interpretati nel senso che la salvaguardia dell'identità nazionale e dell'identità costituzionale degli Stati membri dell'Unione significa che questi ultimi dispongono di un'ampia discrezionalità con riferimento alle disposizioni per l'accertamento della filiazione. In particolare: se l'articolo 4, paragrafo 2, TUE debba essere interpretato nel senso di consentire agli Stati membri di richiedere informazioni sulla discendenza biologica del bambino; se l'articolo 4, paragrafo 2, TUE, in combinato disposto con l'articolo 7 e l'articolo 24, paragrafo 2, della Carta, debba essere interpretato nel senso che è imprescindibile ponderare, da una parte, l'identità nazionale e l'identità costituzionale di uno Stato membro e, dall'altra, dell'Unione, se si considera in particolare che il rifiuto di rilasciare un atto di nascita bulgaro del bambino rappresenta un ostacolo per il rilascio di un certificato di identità da parte di uno Stato membro e, di conseguenza, impedisce o rende eventualmente più difficile il pieno esercizio dei suoi diritti come cittadino dell'Unione; se, in caso di risposta affermativa alla prima questione, il diritto dell'Unione, in particolare il principio di effettività, obblighi le competenti autorità nazionali a

discostarsi dal modello per la redazione di un atto di nascita, che è parte costitutiva del diritto nazionale vigente.

### **LA DECISIONE DELLA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA**

Con la domanda di rinvio pregiudiziale il Tribunale Amministrativo di Sofia si interroga se il diritto dell'Unione comporti l'obbligo in capo ad uno Stato membro di emissione di un atto di nascita, quando ciò sia necessario per l'ottenimento di un documento di identità ai sensi della legislazione di tale Stato, anche quando ciò comporti il recepimento del contenuto di un altro atto di nascita, formatosi in un altro Stato membro, che individui in qualità di genitori due donne, senza recare l'indicazione di quale delle due sia la madre biologica del minore. Ed inoltre, in caso di risposta affermativa al primo quesito, se l'atto di nascita al cui rilascio è tenuto lo Stato membro debba recare indicazione dei nominativi di entrambe le donne in qualità di madri. Il giudice del rinvio, infine, chiede alla Corte di Giustizia dell'U.E. di conoscere se la cittadinanza del Regno Unito, che non è più uno Stato membro, di una delle madri abbia qualche rilevanza ai fini della questione pregiudiziale. La Corte osserva in via preliminare che la determinazione dei modi di acquisto e perdita della cittadinanza rientra nella competenza di ciascuno Stato membro, fermo il rispetto del diritto eurounitario quando le questioni inerenti alla cittadinanza interessino materie di competenza dell'Unione. Alla luce di tale premessa, occorre rilevare che in base all'art. 25, paragrafo 1, della Costituzione bulgara, S.D.K.A. è cittadina bulgara per nascita e di conseguenza cittadina dell'Unione, ai sensi dell'art. 20, paragrafo 1, TUE. La titolarità della cittadinanza europea comporta in capo agli Stati membri l'obbligo di rilasciare, in conformità alla propria legislazione, una carta di identità o un passaporto, allo scopo di consentire l'esercizio della libertà di circolazione e soggiorno nel territorio degli altri Stati dell'Unione, in base a quanto disposto dall'art. 4, paragrafo 3, della direttiva 2004/38/CE. Il diritto di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, riconosciuto dall'art. 21, paragrafo 1, TFUE comporta altresì il diritto al mantenimento dell'unità familiare sia nel territorio dello Stato membro ospitante che in quello di cui si possiede la cittadinanza (sentenza del 5 giugno 2018, Coman e a., C-673/16, EU:C:2018:385, punto 32 e giurisprudenza citata). Pertanto, affinché S.D.K.A. possa esercitare il proprio diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri con entrambi i genitori, è necessario che le autorità bulgare rilascino un documento di identità che indichi la cittadinanza e il cognome del minore in conformità al contenuto dell'atto di nascita formato in Spagna, indipendentemente da ciò che il diritto della Repubblica di Bulgaria disponga in tal senso. Inoltre, affinché sia preservata l'unità familiare e reso effettivo il diritto dei genitori di circolare con la figlia, è necessario che le autorità bulgare rilascino un documento che attesti il rapporto di filiazione già certificato in Spagna e consenta a V.M.A. e K.D.K. di accompagnare il minore nell'esercizio del suo diritto di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri (Sentenza del 13 settembre 2016, Rendón Marín, C-165/14, EU:C:2016:675, punti da 50 a 52 e giurisprudenza ivi citata). Con riferimento alla

questione se un eventuale obbligo per le autorità bulgare di emettere un atto di nascita che indichi come genitore di un minore due persone di sesso femminile si ponga in contrasto con l'ordine pubblico e l'identità nazionale della Repubblica di Bulgaria, la Corte di Giustizia ha richiamato quella giurisprudenza che tende a interpretare in senso restrittivo la nozione di ordine pubblico quando si tratti di apporre una deroga ad una libertà fondamentale riconosciuta dai Trattati, cosicché la violazione dell'ordine pubblico può essere invocata in casi analoghi solo quando vi sia una concreta e reale minaccia ai valori fondamentali della società (sentenza del 5 giugno 2018, Coman e a., C-673/16, EU:C:2018:385, punto 44 e giurisprudenza ivi citata). Consentire al minore la circolazione all'interno degli Stati dell'Unione insieme ai genitori risponde ad una fondamentale esigenza di tutela della vita familiare, garantita dall'art. 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, senza che la titolarità della genitorialità in capo a una coppia composta da persone dello stesso sesso osti al riconoscimento delle tutele poste a presidio della vita privata e della vita familiare, come riconosciute anche dall'art. 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. L'art. 7 in esame va interpretato, anche in base a quanto disposto dall'art. 24 della Carta, che impone di tener conto del superiore interesse del minore quando vengano compiuti atti che lo riguardano. L'art. 24 costituisce lo strumento attraverso il quale il diritto dell'Unione recepisce i principi contenuti nella Convenzione di New York del 1989 sui diritti del fanciullo, ed è in questa prospettiva che assume una particolare rilevanza quindi l'art. 2 della Convenzione ove è sancito il principio di non discriminazione del minore anche con riferimento alle persone dei propri genitori, e in particolare, per quanto riguarda la materia in esame, anche con riguardo alle convinzioni e all'orientamento sessuale dei genitori. La Corte di Giustizia ritiene, pertanto, che impedire o rendere eccessivamente oneroso l'esercizio della libertà di circolazione del minore tra gli Stati membri con entrambi i genitori, anche se uniti in una coppia dello stesso sesso, costituisca una violazione degli artt. 7 e 24 della Carta. Al contempo, deve considerarsi irrilevante la circostanza, sottoposta all'attenzione della Corte dal giudice del rinvio, per cui uno dei genitori del minore sia cittadino del Regno Unito, e quindi di uno Stato che non è più membro dell'Unione. In conclusione, la Corte ritiene che, nonostante appartenga agli Stati membri la competenza in materia di status delle persone, entro cui vanno ricomprese le norme sul matrimonio e sulla filiazione, le leggi nazionali non possono ostacolare l'esercizio dei diritti fondamentali riconosciuti dall'Unione. Per quanto, quindi, sia legittima la scelta della Bulgaria di vietare il matrimonio tra persone dello stesso sesso, questo non può tradursi nella violazione dei diritti del bambino. Lo Stato membro di cui tale minore possiede la cittadinanza è tenuto, da un lato, a rilasciargli una carta di identità o passaporto, senza esigere la previa emissione di un atto di nascita da parte delle sue autorità nazionali e, dall'altro, a riconoscere, come ogni altro Stato membro, il documento promanante dallo Stato membro ospitante che consente a detto minore di esercitare, con ambedue i genitori, il proprio diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri.

## DIRETTIVA 89/665/CEE

### **ART. 19 TUE - ART. 47 DELLA CARTA DEI DIRITTI FONDAMENTALI DELL'UNIONE EUROPEA - DIRETTIVA 89/665/CEE - PRINCIPI DI EFFETTIVITÀ ED EQUIVALENZA DELLA TUTELA GIURISDIZIONALE PER LE VIOLAZIONI DEL DIRITTO EUROPEO.**

*Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Grande Sezione, 21 dicembre 2021, Randstad Italia SpA c. Synergie Italia agenzia per il lavoro SpA et al. (Caso C-497/20).*

<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=251515&pageIndex=0&doclang=it&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=45932>

#### **CLASSIFICAZIONE**

**Art. 19 TUE • Art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea • Direttiva 89/665/CEE •** Principi di effettività ed equivalenza della tutela giurisdizionale per le violazioni del diritto europeo.

#### **RIFERIMENTI NORMATIVI**

Art. 19, par. 1, TUE; Art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea • Art. 1, par. 1 e 3, direttiva 89/665/CEE.

**Norme rilevanti dell'ordinamento italiano:** art. 111, ottavo comma, Cost.; art. 362 cod.proc.civ., art. 110 cod.proc.amm.

#### **RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI**

##### **Sentenze CGUE.**

*The Department for Communities in Northern Ireland, C-709/2; Asociapa «Forumul Judecàtorilor din Romania» e a., C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19, C-355/19 e C-397/19; Konsul Rzeczypospolitej Polskiej w N., C-949/19; Bensada Benallal, C-161/15; Orszàgos Idegenrendészeti Fòigazgatósàg Dél-alfoldi Regionàlis Igazgatósàg, C-924/19PPU e C-925/19PPU; Lombardi, C-333/18; Kòbler, C-224/01; XC e a., C-234/17; Telecom Italia, C-34/19.*

##### **Sentenze della Corte costituzionale.**

Sentenza 18 gennaio 2018, n. 6.

##### **Sentenze della Corte di cassazione.**

Cass. Civile, Sez. Un., ord. 18 settembre 2020 n. 19598.

#### **PRONUNCIA SEGNALATA**

**Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Grande Sezione, 21 dicembre 2021, Randstad Italia SpA c. Synergie Italia agenzia per il lavoro SpA et al. (Caso C-497/20).**

## **ABSTRACT**

*L'articolo 4, paragrafo 3, e l'articolo 19, paragrafo 1, TUE, nonché l'articolo 1, paragrafi 1 e 3, della direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, come modificata dalla direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, letto alla luce dell'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, devono essere interpretati nel senso che essi non ostano a una disposizione del diritto interno di uno Stato membro che, secondo la giurisprudenza nazionale, produce l'effetto che i singoli, quali gli offerenti che hanno partecipato a una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, non possono contestare la conformità al diritto dell'Unione di una sentenza del supremo organo della giustizia amministrativa di tale Stato membro nell'ambito di un ricorso dinanzi all'organo giurisdizionale supremo di detto Stato membro.*

## **FATTO**

L'Azienda USL Valle d'Aosta ha bandito una gara sopra-soglia per l'affidamento di un contratto di somministrazione di manodopera per la durata di tre anni. L'appalto doveva essere aggiudicato con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e, all'interno della *lex specialis*, era stata fissata una "soglia di sbarramento" di 48 punti per l'offerta tecnica. Il mancato superamento di tale soglia avrebbe comportato l'esclusione dalla gara.

In fase di valutazione delle offerte tecniche, quella di Randstad riceveva un punteggio inferiore alla predetta soglia e, di conseguenza, l'operatore economico veniva escluso dalla gara. Gli altri partecipanti, vale a dire il RTI Synergie-Umana (d'ora innanzi solo "Synergie") e la Gi Group, venivano ammessi alla fase successiva della procedura. Al termine di questa, la stazione appaltante aggiudicava l'appalto alla Synergie.

La Randstad, precedentemente esclusa, aveva nel frattempo impugnato la propria esclusione e, con motivi aggiunti, il successivo provvedimento di aggiudicazione in favore di Synergie, deducendo valti profili di illegittimità. La stazione appaltante e le controinteressate, ritualmente costituite, eccepivano preliminarmente la carenza di legittimazione attiva della Randstad, atteso che quest'ultima era stata esclusa dalla gara e che dunque non godeva di alcuna posizione giuridica differenziata nei confronti della medesima procedura.

Il T.A.R. Valle d'Aosta adito, respinte le eccezioni in rito, rigettava il ricorso nel merito.

A questo punto, le parti impugnavano la decisione del giudice di prime cure dinanzi al Consiglio di Stato, dolendosi tanto delle statuizioni in rito (impennate sulla carenza di legittimazione attiva della Randstad) quanto di quelle in merito. Il Consiglio di Stato, in parziale riforma della sentenza gravata, accoglieva l'eccezione in rito sollevata dall'amministrazione resistente e dalle

controinteressate e, per l'effetto, dichiarava inammissibili i restanti motivi di ricorso proposti dalla Randstad, senza esaminarli nel merito.

Quest'ultima proponeva allora ricorso per cassazione ex art. 111, ottavo comma, Cost.

### **L'ORDINANZA DI RIMESSIONE DELLA CORTE DI CASSAZIONE**

La Corte di cassazione rilevava innanzitutto che, stando all'indirizzo giurisprudenziale della Corte costituzionale, da ultimo ribadito con la sentenza 18 gennaio 2018, n. 6, "[I] «*eccesso di potere giudiziario*», denunciabile con il ricorso in cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione, come è sempre stato inteso, sia prima che dopo l'avvento della Costituzione, va riferito [...] alle sole ipotesi di difetto assoluto di giurisdizione, e cioè quando il Consiglio di Stato o la Corte dei conti affermi la propria giurisdizione nella sfera riservata al legislatore o all'amministrazione (cosiddetta invasione o sconfinamento), ovvero, al contrario, la neghi sull'erroneo presupposto che la materia non può formare oggetto, in via assoluta, di cognizione giurisdizionale (cosiddetto arretramento); nonché a quelle di difetto relativo di giurisdizione, quando il giudice amministrativo o contabile affermi la propria giurisdizione su materia attribuita ad altra giurisdizione o, al contrario, la neghi sull'erroneo presupposto che appartenga ad altri giudici".

Partendo da tale rilievo ostativo, la Corte di cassazione, con l'ordinanza 18 settembre 2020 n. 19598, rinviava ex art. 267 TFUE le seguenti questioni pregiudiziali all'esame della Corte di Giustizia dell'Unione Europea:

1) "se gli articoli 4, paragrafo 3, 19, paragrafo 1, del TUE e 2, paragrafi 1 e 2, e 267 TFUE, letti anche alla luce dell'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, ostino ad una prassi interpretativa come quella concernente gli articoli 111, ottavo comma, della Costituzione, 360, primo comma, n. 1, e 362, primo comma, del codice di procedura civile e 110 del codice del processo amministrativo — nella parte in cui tali disposizioni ammettono il ricorso per cassazione avverso le sentenze del Consiglio di Stato per «*motivi inerenti alla giurisdizione*» — quale si evince dalla sentenza della Corte costituzionale n. 6 del 2018 e dalla giurisprudenza nazionale successiva che, modificando il precedente orientamento, ha ritenuto che il rimedio del ricorso per cassazione sotto il profilo del cosiddetto «*difetto di potere giurisdizionale*», non possa essere utilizzato per impugnare sentenze del Consiglio di Stato che facciano applicazione di prassi interpretative elaborate in sede nazionale confliggenti con sentenze della Corte di giustizia, in settori disciplinati dal diritto dell'Unione europea (nella specie, in tema di aggiudicazione degli appalti pubblici) nei quali gli Stati membri hanno rinunciato ad esercitare i loro poteri sovrani in senso incompatibile con tale diritto, con l'effetto di determinare il consolidamento di violazioni del diritto comunitario che potrebbero essere corrette tramite il predetto rimedio e di pregiudicare l'uniforme applicazione del diritto dell'Unione e l'effettività della tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche soggettive di rilevanza comunitaria, in contrasto con l'esigenza che tale diritto riceva piena e sollecita attuazione da parte di ogni giudice, in modo vincolativamente conforme alla sua corretta interpretazione da parte della Corte di giustizia,



tenuto conto dei limiti alla «autonomia procedurale» degli Stati membri nella conformazione degli istituti processuali”;

2) “se gli articoli 4, paragrafo 3, 19, paragrafo 1, TUE e 267 TFUE, letti anche alla luce dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, ostino alla interpretazione e applicazione degli articoli 111, ottavo comma, della Costituzione, 360, primo comma, n. 1, e 362, primo comma, del codice di procedura civile e 110 del codice processo amministrativo, quale si evince dalla prassi giurisprudenziale nazionale, secondo la quale il ricorso per cassazione dinanzi alle Sezioni Unite per «motivi inerenti alla giurisdizione», sotto il profilo del cosiddetto «difetto di potere giurisdizionale», non sia proponibile come mezzo di impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato che, decidendo controversie su questioni concernenti l'applicazione del diritto dell'Unione, omettano immotivatamente di effettuare il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, in assenza delle condizioni, di stretta interpretazione, da essa tassativamente indicate (a partire dalla sentenza 6 ottobre 1982, Cilfit, C-238/81) che esonerano il giudice nazionale dal suddetto obbligo, in contrasto con il principio secondo cui sono incompatibili con il diritto dell'Unione le normative o prassi processuali nazionali, seppure di fonte legislativa o costituzionale, che prevedano una privazione, anche temporanea, della libertà del giudice nazionale (di ultimo grado e non) di effettuare il rinvio pregiudiziale, con l'effetto di usurpare la competenza esclusiva della Corte di giustizia nella corretta e vincolante interpretazione del diritto comunitario, di rendere irrimediabile (e favorire il consolidamento del) l'eventuale contrasto interpretativo tra il diritto applicato dal giudice nazionale e il diritto dell'Unione e di pregiudicare la uniforme applicazione e la effettività della tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche soggettive derivanti dal diritto dell'Unione”;

3) “se i principi dichiarati dalla Corte di giustizia con le sentenze 5 settembre 2019, Lombardi, C-333/18; 5 aprile 2016, Puligienica, C-689/13; 4 luglio 2013, Fastweb, C-100/12, in relazione agli articoli 1, par. 1 e 3, e 2, par. 1, della direttiva 89/665/CEE, modificata dalla direttiva 2007/66/CE, siano applicabili nella fattispecie che è oggetto del procedimento principale, in cui, contestate dall'impresa concorrente l'esclusione da una procedura di gara di appalto e l'aggiudicazione ad altra impresa, il Consiglio di Stato esamini nel merito il solo motivo di ricorso con cui l'impresa esclusa contesti il punteggio inferiore alla «soglia di sbarramento» attribuito alla propria offerta tecnica e, esaminando prioritariamente i ricorsi incidentali dell'amministrazione aggiudicatrice e dell'impresa aggiudicataria, li accolga dichiarando inammissibili (e ometta di esaminare nel merito) gli altri motivi del ricorso principale che contestino l'esito della gara per altre ragioni (per indeterminatezza dei criteri di valutazione delle offerte nel disciplinare di gara, mancata motivazione dei voti assegnati, illegittima nomina e composizione della commissione di gara), in applicazione di una prassi giurisprudenziale nazionale secondo la quale l'impresa che sia stata esclusa da una gara di appalto non sarebbe legittimata a proporre censure miranti a contestare l'aggiudicazione all'impresa concorrente, anche mediante la caducazione della procedura di gara, dovendosi valutare se sia compatibile

*con il diritto dell'Unione l'effetto di precludere all'impresa il diritto di sottoporre all'esame del giudice ogni ragione di contestazione dell'esito della gara, in una situazione in cui la sua esclusione non sia stata definitivamente accertata e in cui ciascun concorrente può far valere un analogo interesse legittimo all'esclusione dell'offerta degli altri, che può portare alla constatazione dell'impossibilità per l'amministrazione aggiudicatrice di procedere alla scelta di un'offerta regolare e all'avvio di una nuova procedura di aggiudicazione, alla quale ciascuno degli offerenti potrebbe partecipare".*

## **LA DECISIONE DELLA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA**

La Corte di Giustizia dell'Unione Europea, con la sentenza C-497/20 del 21 dicembre 2021, ha stabilito che *"L'articolo 4, paragrafo 3, e l'articolo 19, paragrafo 1, TUE, nonché l'articolo 1, paragrafi 1 e 3, della direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, come modificata dalla direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, letto alla luce dell'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, devono essere interpretati nel senso che essi non ostano a una disposizione del diritto interno di uno Stato membro che, secondo la giurisprudenza nazionale, produce l'effetto che i singoli, quali gli offerenti che hanno partecipato a una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, non possono contestare la conformità al diritto dell'Unione di una sentenza del supremo organo della giustizia amministrativa di tale Stato membro nell'ambito di un ricorso dinanzi all'organo giurisdizionale supremo di detto Stato membro".*

La decisione si articola in tre passaggi argomentativi.

Nella prima parte della decisione, la CGUE ha innanzitutto esercitato il proprio potere di "riformulazione" delle questioni che le sono state sottoposte, in base ad una prerogativa costantemente ribadita dalla propria giurisprudenza (da ultimo, sentenza del 15 luglio 2021, *The Department for Communities in Northern Ireland*, C-709/20, § 61 e la giurisprudenza ivi citata). In forza di tale potere, la CGUE ha escluso che nei quesiti sollevati dalla Corte di cassazione venisse in rilievo una violazione dell'art. 267 TFUE. Infatti, per chiarire in che misura, per garantire la tutela giurisdizionale effettiva richiesta dal diritto dell'Unione, la Cassazione debba essere riconosciuta competente ad esercitare un controllo giurisdizionale sulle sentenze pronunciate dal Consiglio di Stato, non è necessario richiamare l'art. 267 TFUE.

Nella seconda parte della decisione, la CGUE, dopo aver ricordato che i giudici nazionali sono tenuti a disapplicare le norme interne in contrasto con il diritto UE, anche qualora siano di rango costituzionale (in tal senso, sentenza del 18 maggio 2021, *Asociapa «Forumul Judecàtorilor din Romania» e a.*, C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19, C-355/19 e C-397/19, § 250 e 251, e giurisprudenza ivi citata), ha esaminato la compatibilità dell'art. 111, ottavo comma, Cost, così come interpretato dalla giurisprudenza della Corte costituzionale, con i principi di equivalenza ed

effettività che devono ispirare la tutela giurisdizionale per le violazioni del diritto UE. In proposito, la CGUE ha innanzitutto ribadito che *“spetta all’ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro, in forza del principio dell’autonomia procedurale, stabilire le modalità processuali dei rimedi giurisdizionali”* in questione.

Ciò posto, tuttavia, l’autonomia procedurale incontra il duplice limite del principio di equivalenza e del principio di effettività (in tal senso, sentenza del 10 marzo 2021, *Konsul Rzeczypospolitej Polskiej w N.*, C-949/19, § 43 e giurisprudenza ivi citata). Quindi, il diritto dell’Unione, in linea di principio, non osta a che gli Stati membri limitino o subordinino a condizioni i motivi che possono essere dedotti nei procedimenti per cassazione, a patto che detti principi vengano rispettati (sentenza del 17 marzo 2016, *Bensada Benallal*, C-161/15, § 27). È necessario comprendere quindi se, nel caso di specie, l’interpretazione invalsa dell’art. 111, ottavo comma, Cost., violi l’uno o l’altro dei predetti canoni.

Quanto al principio di equivalenza, secondo la CGUE *“risulta [...] che l’articolo 111, ottavo comma, della Costituzione, come interpretato nella sentenza n. 6/2018, limita, con le medesime modalità, la competenza della Corte suprema di cassazione a trattare ricorsi avverso sentenze del Consiglio di Stato, indipendentemente dal fatto che tali ricorsi siano basati su disposizioni di diritto nazionale o su disposizioni di diritto dell’Unione”* (§60). Di conseguenza, il primo canone preso in considerazione può ritenersi rispettato.

Per quanto riguarda poi il principio di effettività, occorre ricordare che il diritto dell’Unione non obbliga in linea teorica gli Stati membri a istituire mezzi di ricorso diversi da quelli già contemplati dal diritto interno. Tuttavia, tale obbligo può sorgere qualora *“dalla struttura dell’ordinamento giuridico nazionale in questione risulti che non esiste alcun rimedio giurisdizionale che permetta, anche solo in via incidentale, di garantire il rispetto dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto dell’Unione, o che l’unico modo per poter adire un giudice da parte di un singolo sia quello di commettere violazioni del diritto”* (v, in tal senso, sentenza del 14 maggio 2020, *Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság Dél-alföldi Regionális Igazgatóság*, C-924/19PPU e C-925/19PPU, § 143 e giurisprudenza ivi citata).

Al contrario, quando tale rimedio esiste, è ammissibile che lo Stato membro interessato conferisca al Consiglio di Stato la competenza a pronunciarsi in ultima istanza, tanto in fatto quanto in diritto, e di impedire, di conseguenza, che la questione sottopostagli venga esaminata ancora nel merito dalla Corte di Cassazione (§ 64).

Nella terza ed ultima parte della decisione, la CGUE ha esaminato la compatibilità della sentenza del Consiglio di Stato con la giurisprudenza europea susseguitasi in applicazione della direttiva 89/665/CEE. Effettivamente, stando ai precedenti ormai consolidati della CGUE, il fatto che il Consiglio di Stato non abbia esaminato nel merito i motivi di ricorso formulati da Randstad ha concretizzato una violazione della direttiva 89/665/CEE (v., in tal senso, sentenza del 5 settembre 2019, *Lombardi*, C-333/18, § 29).

In realtà, però, ciò non giustifica l’ammissibilità del ricorso per cassazione per emendare tale

vizio. Secondo la CGUE, infatti, i rimedi contemplati dall'ordinamento UE sono due:

i) da un lato, la possibilità per la Commissione europea di proporre un ricorso per inadempimento contro uno Stato membro qualora i giudici di quest'ultimo non disapplicino la normativa e/o la giurisprudenza in contrasto con il diritto UE;

ii) dall'altro lato, i singoli che siano stati eventualmente lesi dalla violazione del loro diritto a un ricorso effettivo a causa di una decisione di un organo giurisdizionale di ultimo grado, possono far valere la responsabilità dello Stato membro, purché siano soddisfatte le condizioni relative al carattere sufficientemente qualificato della violazione e all'esistenza di un nesso causale diretto tra tale violazione e il danno subito dal soggetto leso (in tal senso, in particolare, sentenze del 30 settembre 2003, *Köbler*, C-224/01, § 59; del 24 ottobre 2018, *XC e a.*, C-234/17 § 58, nonché del 4 marzo 2020, *Telecom Italia*, C-34/19, § da 67 a 69).

Alla luce di tali argomentazioni, quindi, i principi di effettività ed equivalenza non comportano la necessità che l'art. 111, ottavo comma, Cost., venga interpretato nel senso di ammettere il ricorso per cassazione avverso le decisioni del Consiglio di Stato anche nel caso in cui venga soltanto contestata una violazione del diritto UE.

## **DIRETTIVA 2011/95/UE**

**RINVIO PREGIUDIZIALE – POLITICA COMUNE IN MATERIA DI ASILO E DI PROTEZIONE SUSSIDIARIA – NORME SULL’ATTRIBUZIONE, A CITTADINI DI PAESI TERZI O APOLIDI, DELLA QUALIFICA DI BENEFICIARIO DI PROTEZIONE INTERNAZIONALE – DIRETTIVA 2011/95/UE – ARTICOLI 3 E 23 – RICONOSCIMENTO DELLO STATUS DI RIFUGIATO DI UN GENITORE AL FIGLIO MINORE A TITOLO DERIVATO – MANTENIMENTO DELL’UNITÀ DEL NUCLEO FAMILIARE – INTERESSE SUPERIORE DEL BAMBINO.**

*Corte di Giustizia dell’Unione Europea, Grande Sezione, 9 novembre 2021, Causa C-91/20*

<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=248901&pageIndex=0&doclang=IT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=45932>

### **CLASSIFICAZIONE**

Rinvio pregiudiziale – Politica comune in materia di asilo e di protezione sussidiaria – Norme sull’attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale – Direttiva 2011/95/UE – Articoli 3 e 23 – Disposizioni più favorevoli che possono essere mantenute o adottate dagli Stati membri al fine di estendere il diritto di asilo o di protezione sussidiaria ai familiari del beneficiario di protezione internazionale – Riconoscimento dello status di rifugiato di un genitore al figlio minore a titolo derivato – Mantenimento dell’unità del nucleo familiare – Interesse superiore del bambino

### **PRONUNCIA SEGNALATA**

*Corte di Giustizia dell’Unione Europea, Grande Sezione, 9 novembre 2021, Causa C-91/20*

### **RIFERIMENTI NORMATIVI**

#### **Diritto dell’Unione.**

Direttiva 2011/95/UE del Parlamento europeo e del Consiglio (che ha provveduto alla «rifusione» della direttiva 2004/83/CE del Consiglio, del 29 aprile 2004), recante norme sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno status uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, nonché sul contenuto della protezione riconosciuta:

Art. 2 lettera d) j) k) n) ; art. 3; art. 4 par.3, lettera e); art. 12; art. 23 par. 1 e 2 Considerando 4, 12, 14, 16, 18, 19, 36 e 38.

#### **Norme di diritto internazionale.**

Articolo 1, sezione A, paragrafo 2, della Convenzione di Ginevra Diritto tedesco: Articolo 3, paragrafo 1 e articolo 26, paragrafo 2,4,5 dell'Asylgesetz (l'«AsylG»- Legge relativa al diritto di asilo), del 26 giugno 1992 (BGBl. °1992 I, pag. 1126), nella versione pubblicata il 2 settembre 2008 (BGBl°2008 I, pag. 1798)

## **RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI**

### **Sentenze CGUE.**

Sentenza del 13 gennaio 2021, Bundesrepublik Deutschland (Status di rifugiato di un apolide di origine palestinese), C507/19, EU:C:2021:3, punto 39; sentenza del 20 gennaio 2021, Secretary of State for the Home Department, C-255/19, EU:C:2021:36, punto 56 (definizione di status di rifugiato); sentenza del 4 ottobre 2018, Ahmedbekova, C-652/16, EU:C:2018:801, punto 50,68 e 70,71, 72; sentenza del 9 novembre 2010, B e D, C-57/09 e C-101/09, EU:C:2010:661, punto 115; sentenza del 9 settembre 2021, Bundesrepublik Deutschland (Familiare), C-768/19, EU:C:2021:709, punti da 36 a 38; sentenza del 23 maggio 2019, Bilali, C-720/17, EU:C:2019:448, punto 57

### **ABSTRACT**

*L'articolo 3 e l'articolo 23, paragrafo 2, della direttiva 2011/95/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2011, recante norme sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno status uniforme per i 2 rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, nonché sul contenuto della protezione riconosciuta, devono essere interpretati nel senso che non ostano a che uno Stato membro, in base a disposizioni nazionali più favorevoli, riconosca, a titolo derivato e ai fini del mantenimento dell'unità nucleo familiare, lo status di rifugiato al figlio minore di un cittadino di un paese terzo al quale tale status è stato riconosciuto ai sensi della disciplina stabilita dalla succitata direttiva, anche nel caso in cui detto figlio sia nato nel territorio di detto Stato membro e posseda, tramite l'altro genitore, la cittadinanza di un altro paese terzo nel quale non sarebbe esposto al rischio di persecuzioni, purché al suddetto figlio non sia applicabile un motivo di esclusione di cui all'articolo 12, paragrafo 2, della succitata direttiva e questi non abbia diritto, a motivo della sua cittadinanza o di altri elementi che caratterizzano il suo status giuridico personale, in detto Stato membro a un trattamento migliore rispetto a quello derivante dal riconoscimento dello status di rifugiato.*

*Non è rilevante a questo proposito se sia possibile e ragionevolmente accettabile per tale minore e i suoi genitori stabilirsi nell'anzidetto altro paese terzo.*

### **IL CASO**

La ricorrente di cui al procedimento principale è nata in Germania nel 2017 da madre tunisina e padre siriano. Nell'ottobre del 2015 l'Ufficio federale per la migrazione e i rifugiati aveva

riconosciuto lo status di rifugiato al padre della ricorrente, diversamente dalla madre, che aveva presentato domanda di protezione internazionale, ricevendo esito negativo. Non solo.

Con decisione del 15 settembre 2017, l'Ufficio ha altresì respinto la domanda di asilo presentata a nome della ricorrente, dopo la sua nascita, nel procedimento principale, in quanto, «manifestamente infondata».

Pertanto, non avendo visto soddisfatte le sue ragioni dinanzi al giudice adito la ricorrente ha presentato ricorso avverso la suddetta decisione.

Con sentenza del 17 gennaio 2019, il Tribunale amministrativo di Cottbus ha annullato tale decisione nella parte in cui aveva respinto la domanda di asilo della ricorrente nel procedimento principale in quanto «manifestamente infondata», anziché «infondata», e ha respinto il ricorso quanto al resto. Tale giudice ha ritenuto che la ricorrente nel procedimento principale non avesse diritto al riconoscimento dello status di rifugiato, poiché non aveva alcun motivo di temere persecuzioni in Tunisia, uno dei paesi di cui è cittadina. Inoltre, il suddetto giudice ha dichiarato che la ricorrente non poteva neppure far discendere un diritto, a titolo di protezione dei familiari, dallo status di rifugiato riconosciuto in Germania a suo padre. Infatti, il giudicante ha ritenuto che sarebbe stato contrario al principio di sussidiarietà della protezione internazionale estendere il beneficio della protezione a soggetti che, in quanto cittadini di uno Stato idoneo ad offrire loro protezione, sono esclusi dalla categoria delle persone bisognose di protezione.

La ricorrente, di conseguenza, ha proposto ricorso in cassazione contro tale sentenza dinanzi alla Corte amministrativa federale, sostenendo che ai figli minori di genitori di diversa nazionalità deve essere riconosciuto lo status di rifugiato a titolo di protezione dei familiari, anche nel caso 3 in cui tale status sia stato riconosciuto soltanto ad uno dei suddetti genitori e che, quindi, il principio di sussidiarietà della protezione internazionale dei rifugiati non osterebbe a tale conclusione (art. 3 della direttiva 2011/95).

In questa sede, il giudice del rinvio ha affermato che la ricorrente nel procedimento principale non ha diritto al riconoscimento dello status di rifugiato in base ad un diritto a lei proprio.

Infatti, dall'articolo 1, sezione A, paragrafo 2, secondo comma, della Convenzione di Ginevra, che esprime il principio di sussidiarietà della protezione internazionale dei rifugiati, risulterebbe che le persone che posseggono due o più cittadinanze non possono ottenere lo status di rifugiato nel caso in cui possano domandare la protezione di uno degli Stati di cui sono cittadini.

Orbene, la ricorrente nel procedimento principale potrebbe beneficiare di una protezione effettiva in Tunisia, paese di cui è cittadina.

Cionondimeno, la ricorrente nel procedimento principale soddisferebbe i requisiti previsti dal diritto tedesco per ottenere lo status di rifugiato, in quanto, figlia minore non coniugata di un genitore a cui è stato riconosciuto tale status, che dovrebbe essere concesso, a titolo derivato e ai fini della protezione dei familiari del rifugiato, anche al figlio che è nato in Germania e che, tramite l'altro genitore, possiede la cittadinanza di un paese terzo, in cui non subirebbe persecuzioni.

Tuttavia, il giudice del rinvio si è chiesto se un'interpretazione siffatta del diritto tedesco sia conforme alla direttiva 2011/95.

#### **LA QUESTIONE SOTTOPOSTA ALLA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA.**

Con la domanda di rinvio pregiudiziale promossa dal Bundesverwaltungsgericht (Corte amministrativa federale, Germania), la Corte di Giustizia dell'Unione Europea è stata chiamata a pronunciarsi sull'interpretazione dell'articolo 3 e dell'articolo 23, paragrafo 2, della direttiva 2011/95.

In particolare, il giudice del rinvio si interroga se le suddette disposizioni della direttiva ostino a che uno Stato membro, in base a disposizioni nazionali più favorevoli, riconosca, a titolo derivato e ai fini del mantenimento dell'unità del nucleo familiare, lo status di rifugiato al figlio minore non coniugato di un cittadino di un paese terzo al quale tale status è stato riconosciuto ai sensi della disciplina stabilita da tale direttiva, anche nel caso in cui tale figlio sia nato nel territorio del suddetto stato membro e possieda, tramite l'altro genitore, la cittadinanza di un altro paese terzo, nel cui territorio non rischierebbe persecuzioni.

#### **LA DECISIONE DELLA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA.**

La Corte di Giustizia dell'Unione Europea osserva anzitutto come la ricorrente nel procedimento principale non possieda, in base all'articolo 2, lettera d), della direttiva 2011/95, i requisiti per ottenere il riconoscimento dello status di rifugiato su base individuale.

La presente decisione, infatti, ribadisce il principio secondo cui una domanda di protezione internazionale non può fondarsi esclusivamente sull'accertamento, in favore di un familiare del minore, del fondato timore di persecuzioni o di rischi effettivi di danni gravi, se tali rischi non sussistono anche in 4 relazione alla figura del richiedente.

Nonostante il considerando 36 della direttiva riconosca come i familiari di un rifugiato siano generalmente più esposti al rischio di persecuzioni per il sol fatto di presentare legami di parentela con quest'ultimo, occorre verificare se il richiedente possa ottenere protezione da almeno uno dei paesi di cui possiede la cittadinanza, ognuno dei quali è da considerarsi "paese d'origine" ai sensi dell'articolo 2, lettera n) della presente direttiva. Nel caso di specie, la ricorrente nel procedimento principale, di cittadinanza siriana e tunisina, nata in Germania, avrebbe ragionevolmente potuto beneficiare della protezione della Tunisia, paese d'origine della madre, e in relazione al quale non vi sono fondati motivi di ritenere sussistenti pericoli per l'incolumità.

La direttiva, quindi, non prevede l'estensione a titolo derivato dello status di rifugiato o dello status di protezione sussidiaria ai familiari di una persona a cui è stato riconosciuto il diritto di asilo, se individualmente quest'ultimi non presentano i requisiti per accedere alla protezione internazionale.



Sebbene sia da escludersi un riconoscimento automatico, l'articolo 3 della direttiva 2011/95 consente agli Stati membri di introdurre o mantenere in vigore "disposizioni più favorevoli in ordine alla determinazione dei soggetti che possono essere considerati rifugiati o persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, nonché in ordine alla definizione degli elementi sostanziali della protezione internazionale, purché siano compatibili con le disposizioni della direttiva". Affinché una disposizione interna più favorevole possa dilatare i presupposti per ottenere il riconoscimento dello status di rifugiato o per beneficiare della protezione sussidiaria, è necessario che quest'ultima sia compatibile col contenuto della direttiva e, complessivamente, con i principi generali della protezione internazionale (sentenza del 4 ottobre 2018, *Ahmedbekova*, C-652/16, EU:C:2018:801, punto 71 e giurisprudenza ivi citata).

Con la decisione in commento la Corte di Giustizia ha escluso che esigenze di tutela dell'unità familiare possano giustificare, a priori, l'estensione della protezione internazionale in favore di soggetti che individualmente non avrebbero titolo per beneficiarne.

Invero, la decisione in esame sottolinea altresì come la tutela del nucleo familiare costituisca un valore connesso alle logiche della protezione internazionale, richiamando la Convenzione di Ginevra che classifica l'unità familiare quale diritto essenziale del rifugiato, raccomandando agli Stati firmatari di predisporre adeguati strumenti di tutela a tal fine. Le esigenze di protezione del nucleo familiare non possono, tuttavia, tradursi in un abuso della riserva contenuta nell'articolo 3 della presente direttiva.

In primo luogo, occorre verificare che il diritto nazionale non consenta l'estensione della protezione internazionale nei confronti di soggetti che rientrano nelle ipotesi di esclusione contemplate dall'articolo 12, paragrafo 2, della direttiva 2011/95 (sentenza del 9 novembre 2010, *B e D*, C-57/09 e C-101/09, EU:C:2010:661, punto 115).

Al contempo, la Corte di Giustizia richiama l'articolo 23, paragrafo 2, della direttiva, ai sensi del quale l'estensione dei vantaggi accordati al beneficiario della protezione internazionale a un familiare del medesimo è esclusa allorché ciò sia incompatibile con lo status giuridico personale del familiare interessato. Si tratta di una riserva volta a salvaguardare l'unità familiare senza eludere la ratio della disciplina in tema di protezione internazionale.

Come si legge dalle motivazioni della decisione, sarebbe incompatibile con il contenuto della direttiva il riconoscimento delle tutele previste dall'articolo 23 in favore del figlio di un soggetto beneficiario di protezione internazionale, allorché il minore abbia la cittadinanza dello Stato membro ospitante o un'altra cittadinanza che, tenuto conto di tutti gli elementi che caratterizzano il suo status giuridico personale, gli dia diritto ad un trattamento migliore in tale Stato membro rispetto a quello risultante da una siffatta estensione.

Si tratta di un'interpretazione che fornisce assoluta centralità all'interesse del minore, in ossequio al considerando 16 della suddetta direttiva, che richiama, tra le altre, quelle disposizioni della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea che tutelano il diritto al rispetto della vita familiare e l'obbligo di prendere in considerazione l'interesse superiore del minore [v., in tal

senso, sentenza del 9 settembre 2021, Bundesrepublik Deutschland (Familiare), C-768/19, EU:C:2021:709, punti da 36 a 38].

In altre parole, benché le esigenze di tutela dell'unità familiare possano consentire l'ottenimento di uno status derivato, ovvero sia dipendente da quello del richiedente principale, tale estensione è da escludersi ogni qualvolta il riconoscimento dello status derivato sarebbe incompatibile con lo status personale, ad esempio perché i figli minori sono cittadini del paese ospitante o perché la loro cittadinanza dà loro diritto a un trattamento migliore. Nel caso in esame, non sembra potersi sostenere che la ricorrente nel procedimento principale godrebbe in Tunisia, paese di cui è titolare della cittadinanza, di maggiori garanzie rispetto a quelle offerte in Germania, Stato membro nel quale è nata e nel quale il padre è beneficiario di protezione internazionale. Come si evince dal testo della decisione, il diniego dello status derivato nei confronti del minore obbligherebbe il genitore, richiedente principale, a scegliere tra il mantenimento dell'unità familiare in un paese diverso da quello in cui ha ottenuto la protezione ovvero l'esercizio del diritto di asilo senza che i familiari possano godere delle medesime tutele a lui riconosciute, il che appare evidentemente in contrasto con lo spirito che informa il contenuto della direttiva e, in particolare, l'articolo 23 della medesima.

## DIRETTIVE N. 2011/96 E 2014/52 UE

**DIRETTIVA "VIA" N. 2011/96/UE - AMBIENTE - VALUTAZIONE DELL'IMPATTO AMBIENTALE - MINIERA DI TURÒW (POLONIA) - ESTRAZIONE DI LIGNITE - AUTORIZZAZIONE - ART. 259 TFUE - DOMANDA DI PROVVEDIMENTI PROVVISORI - BILANCIAMENTO DEGLI INTERESSI.**

*Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Ordinanza 21 maggio 2021, Repubblica Ceca/ Polonia (Caso C-121/21).*

[HTTPS://CURIA.EUROPA.EU/JURIS/DOCUMENT/DOCUMENT.JSF?TEXT=&DOCID=241541&PAGINDEX=0&DOCLANG=IT&MODE=LST&DIR=&OCC=FIRST&PART=1&CID=45932](https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=241541&pagindex=0&doclang=it&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=45932)

### CLASSIFICAZIONE

**Direttiva "VIA" n. 2011/96/UE - Ambiente - Valutazione dell'impatto ambientale - miniera di Turòw (Polonia) - Estrazione di lignite - Autorizzazione - Art. 259 TFUE - Domanda di provvedimenti provvisori - Bilanciamento degli interessi.**

### PRONUNCIA SEGNALATA

*Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Ordinanza 21 maggio 2021, Repubblica Ceca/ Polonia (Caso C-121/21).*

### RIFERIMENTI NORMATIVI

Artt. 1, 2, 4, 5, 6, 7, 8, 8 bis, 9, 11 direttiva 2011/92/UE mod. dalla direttiva 2014/52/UE (cd. "Direttiva VIA"), art. 7 direttiva n. 2003/4/CE, art. 4 par. 3 TUE

### RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI

Sentenze CGUE richiamate

*Inter-Environnement Wallonie e Bond Beter Leefmilieu Vlaanderen, C-411/17; Commission-Bulgaria, C-141/14*

### ABSTRACT

*La direttiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2011, concernente la valutazione dell'impatto ambientale di determinati progetti pubblici e privati, come modificata dalla direttiva 2014/52/UE del 16 aprile dispone, all'art. 2, par. I, che gli Stati Membri, ai fini del rilascio dell'autorizzazione per i progetti per i quali si prevede un significativo impatto ambientale - in particolare per la loro natura, le loro dimensioni o la loro ubicazione - devono adottare le disposizioni necessarie affinché sia prevista una valutazione del loro impatto*

*ambientale mediante un esame del progetto caso per caso o soglie e criteri fissati dallo stesso Stato membro.*

## **FATTO**

La miniera di lignite a cielo aperto di Turòw è situata nel territorio polacco, in prossimità delle frontiere della Repubblica Ceca e della Repubblica federale di Germania. Nel 1994 le autorità polacche hanno rilasciato alla PGE Elektrownia Belchatòw S.A. (di seguito "l'operatore") una concessione per l'attività estrattiva per un periodo di 26 anni, fino al 2020. Nel 2019, l'operatore ha presentato domanda di proroga di tale concessione per un ulteriore periodo di sei anni ai sensi della legge polacca relativa alle informazioni sull'ambiente in forza della quale, *"la concessione per l'estrazione di lignite può essere prorogata solo una volta per un periodo di sei anni senza alcuna valutazione dell'impatto ambientale allorché tale proroga sia motivata"*.

Contestualmente il 21 gennaio 2020, il direttore regionale della tutela dell'ambiente della Polonia ha adottato la decisione "VIA", vertente sulle condizioni ambientali per il progetto di prosecuzione dello sfruttamento del giacimento di lignite di Turòw fino all'anno 2044, dichiarandola immediatamente esecutiva. Il 24 gennaio 2020 l'operatore ha allegato la decisione "VIA" alla domanda di proroga per l'attività estrattiva presentata nel 2019.

Con decisione del 20 marzo 2020, il Ministro per il Clima della Repubblica di Polonia, ha concesso l'autorizzazione all'estrazione di lignite fino al 2026 sulla base della precedente legge polacca.

La Repubblica Ceca, ritenendo che con tale autorizzazione la Polonia avesse violato il diritto dell'Unione, il 30 settembre 2020, ha adito la Commissione Europea ai sensi dell'art. 259 TFUE.

## **LA DECISIONE DELLA COMMISSIONE**

Il 17 dicembre 2020, la Commissione ha emesso un parere motivato addebitando alla Repubblica di Polonia molteplici inadempimenti del diritto dell'Unione. In particolare, la Commissione ha ritenuto che, avendo adottato una disposizione che consentiva di prorogare fino a sei anni l'autorizzazione all'estrazione di lignite, senza procedere ad una valutazione dell'impatto ambientale, tale Stato membro avesse violato la direttiva concernente la valutazione dell'impatto ambientale di determinati progetti pubblici e privati (cd. Direttiva "VIA").

## **IL PROCEDIMENTO DINANZI ALLA CORTE DI GIUSTIZIA**

Pertanto, il 26 febbraio 2021, la Repubblica Ceca, ritenendo che la Polonia avesse violato il diritto dell'Unione, ha proposto ricorso per inadempimento dinanzi alla Corte di Giustizia. Nell'ambito del procedimento sommario la Repubblica Ceca ha chiesto alla Corte, di ordinare alla Polonia di cessare immediatamente le attività di estrazione di lignite nella miniera di Turòw.

Con ordinanza del 21 maggio 2021 la vicepresidente della Corte ha accolto la domanda della Repubblica Ceca, ordinando la cessazione delle attività fino alla pronuncia della sentenza definitiva.

A causa del mancato adempimento da parte della Polonia agli obblighi ad essa incombenti ai sensi della suddetta ordinanza, il 7 giugno 2021, la Repubblica Ceca ha presentato domanda diretta alla condanna della Polonia al pagamento di una penalità per ogni giorno di inadempimento.

La Polonia ha presentato domanda di revoca dell'ordinanza emessa nel procedimento sommario. Con ordinanza del 20 settembre 2021 la vicepresidente della Corte ha respinto la domanda della Polonia e ha ordinato a tale Stato membro di versare alla Commissione una penalità per l'importo di Euro 500.000 al giorno, a decorrere dalla data della notifica dell'ordinanza e fino all'adeguamento di quanto in essa stabilito.

Si è in attesa della sentenza che concluderà la causa C.121/12.

### **LA DECISIONE DELLA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA**

La Corte di Giustizia dell'Unione Europea, con ordinanza del 21 maggio 2021 emessa nella causa C-121/21 ha stabilito che i progetti che rientrano nell'allegato I della direttiva VIA (art. 4 par. 1), presentano per loro natura un rischio di un significativo impatto ambientale e devono essere tassativamente oggetto di una valutazione.

Per quanto riguarda i progetti che rientrano nell'allegato II della direttiva VIA (art. 4, par. 2), gli Stati Membri determinano sulla base di un esame caso per caso, o sulla base delle soglie o dei criteri che essi stabiliscono o su entrambe le procedure, se tali progetti devono essere sottoposti a una valutazione del loro impatto ambientale. Tra i progetti rientranti nell'allegato II rientrano altresì le attività minerarie a cielo aperte diverse da quelle a cui all'allegato I.

La Corte ha statuito che le autorità nazionali competenti, investite di una domanda di autorizzazione di un progetto rientrante nell'allegato II della direttiva VIA devono procedere ad una valutazione di impatto ambientale.

In tale contesto, la Corte, ha ritenuto che il pregiudizio lamentato dalla Repubblica Ceca risultante dal danno sorto dalle attività estrattive, che potrebbe comportare un sensibile aumento del livello delle acque sotterranee situate nel territorio ceco mettendo così a repentaglio la fornitura di acqua potabile, integra un danno grave e irreparabile per l'ambiente e la salute umana. Infatti tali attività comportano un flusso ininterrotto di acqua dal territorio ceco verso quello polacco che provoca il deterioramento del livello delle acque sotterranee tale da minacciare l'approvvigionamento di acqua potabile di circa 10.000 persone.

Ne consegue che, anche se l'improvvisa indisponibilità dell'estrazione di lignite nella miniera potrebbe avere effetti negativi, il bilanciamento degli interessi in gioco deve propendere per la concessione dei provvedimenti provvisori ed urgenti richiesti dalla Repubblica Ceca.

Per tali motivi, la vicepresidente della Corte ha statuito l'immediata cessazione dell'estrazione di lignite nella miniera di Turòw sino alla pronuncia della sentenza definitiva.

## DIRETTIVA 2006/112/CE

**RINVIO PREGIUDIZIALE - DIRETTIVA 2006/112/CE - IMPOSTA SUL VALORE AGGIUNTO (IVA) - ESENZIONI - ARTICOLO 135, PARAGRAFO 1, LETTERA A) - OPERAZIONI DI ASSICURAZIONE, NONCHÉ PRESTAZIONI DI SERVIZI RELATIVE A TALI OPERAZIONI, EFFETTUATE DAI MEDIATORI E DAGLI INTERMEDIARI DI ASSICURAZIONE - PRESTAZIONE FORNITA PER UN ASSICURATORE, COMPOSTA DA VARI SERVIZI - QUALIFICAZIONE COME PRESTAZIONE UNICA.**

*Sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea Prima Sezione, 25 marzo 2021, causa C-907/19, Q-GmbH contro Finanzamt Z*

<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=239288&pageIndex=0&doclang=IT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=45932>

### **CLASSIFICAZIONE.**

Rinvio pregiudiziale - Direttiva 2006/112/CE - Imposta sul valore aggiunto (IVA) - Esenzioni - Articolo 135, paragrafo 1, lettera a) - Operazioni di assicurazione, nonché prestazioni di servizi relative a tali operazioni, effettuate dai mediatori e dagli intermediari di assicurazione - Prestazione fornita per un assicuratore, composta da vari servizi - Qualificazione come prestazione unica.

### **RIFERIMENTI NORMATIVI DEL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA.**

*Articolo 1, paragrafo 2, secondo comma, della direttiva 2006/112; Articolo 135, paragrafo 1, lettera a).*

### **RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI**

#### **Sentenze della CGUE.**

*Stadion Amsterdam, C-463/16, EU:C:2018:22; Arthur Andersen, C-472/03, EU:C:2005:135; Aspiro, C-40/15, EU:C:2016:172; Blackrock Investment Management(UK), C-231/19, EU:C:2020:513; Everything Everywhere, C-276/09, EU:C:2010:730; Stock '94, C-208/15, EU:C:2016:936; United Biscuits (Pensions Trustees) e United Biscuits Pension Investments, C-235/19, EU:C:2020:801.*

#### **Sentenze della Corte di Cassazione:**

*Cass. n. 22429/2016; Cass. 5885/2017; Cass. 11442/2018; Cass. n. 25649/2018; Cass. n. 25648/ 2018; Cass. n. 21820/ 2018, Cass. n. 21303/ 2018; Cass. n. 21302/ 2018; Cass. 24713/2020.*

## **PRONUNCIA SEGNALATA**

***Sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea Prima Sezione, 25 marzo 2021, causa C-907/19, Q-GmbH contro Finanzamt Z***

### **Abstract**

Il Bundesfinanzhof (Corte tributaria federale) *ha proposto alla Corte di Giustizia di chiarire se l'art. 135, paragrafo 1, lettera a), della direttiva 2006/112, debba essere interpretato nel senso che l'esenzione dall'IVA, da esso prevista, si applica alle prestazioni effettuate da un soggetto passivo, le quali comprendano la fornitura di un prodotto assicurativo ad una società di assicurazioni e, in via accessoria, il collocamento di detto prodotto per conto di tale società, nonché la gestione dei contratti di assicurazione conclusi, laddove tali prestazioni debbano essere qualificate come prestazione unica in riferimento all'IVA. La Corte di giustizia, a tale riguardo, ha affermato che, in tema di esenzione dall'imposta sul valore aggiunto (IVA), l'articolo 135, paragrafo 1, lettera a), della direttiva 2006/112/CE del Consiglio, del 28 novembre 2006, disciplinante il sistema comune d'imposta sul valore aggiunto, deve essere interpretato nel senso che l'esenzione IVA, da esso prevista, non si applica alle prestazioni effettuate da un soggetto passivo, le quali comprendano la fornitura di un prodotto assicurativo ad una società di assicurazioni e, in via accessoria, il collocamento di detto prodotto per conto di tale società, nonché la gestione dei contratti di assicurazione conclusi, nel caso in cui il giudice del rinvio qualificasse tali prestazioni come prestazione unica in riferimento all'IVA.*

### **IL CASO**

La società Q, nell'ambito della sua attività di commercializzazione e collocamento di prodotti assicurativi, concludeva un contratto con l'assicuratore F, con cui si obbligava a fornire tre tipi di servizi. In primo luogo, metteva a disposizione di F un prodotto assicurativo concepito per la copertura dei rischi speciali, mediante una licenza di utilizzazione non esclusiva, inoltre collocava per questo assicuratore dei contratti assicurativi, provvedendo a adattare le polizze in caso di bisogno, e valutando i rischi. Infine, la società Q provvedeva alla gestione di tali contratti ed alla liquidazione dei sinistri.

Per le prestazioni di detti servizi la Q riceveva una remunerazione sotto forma di provvigione di brokeraggio e presentava, nell'agosto del 2012, alle autorità tributarie tedesche, una dichiarazione relativa all'imposta sul volume d'affari per l'esercizio 2011 chiedendo l'esenzione dall'Iva per l'insieme delle sue prestazioni a norma dell'art. 4, punto 11, dell'UStG (legge relativa all'imposta sul volume d'affari; BGBl 2005 I, pag. 386).

L'ufficio dei tributi tedesco non accoglieva la domanda della società contribuente, notificando un avviso di accertamento, atteso che, tra le prestazioni svolte dalla società contribuente, solo

l'attività di intermediazione assicurativa era esente da Iva ai sensi dell'art. 4, punto 11, dell'UStG. Q impugnava l'avviso di accertamento dinanzi al giudice tributario di primo grado competente in materia tributaria, e contestava la decisione emessa da tale giudice dinanzi alla Bundesfinanzhof (Corte tributaria federale, Germania). La Corte federale riteneva, in applicazione dei criteri elaborati dalla Corte di giustizia, (Stadion Amsterdam, C-463/16, EU:C:2018:22), che i servizi svolti dalla società contribuente dovessero, in linea di principio, essere considerati come prestazione unica. Il regime fiscale di una prestazione unica era determinato in funzione dell'elemento principale di quest'ultima, rappresentato, nella fattispecie, dalla concessione di licenze per l'utilizzazione di un prodotto assicurativo.

Secondo il giudice del rinvio, gli altri elementi, quali l'intermediazione assicurativa e le prestazioni finalizzate all'esecuzione dei contratti di assicurazione, ivi compresa la liquidazione dei sinistri, rappresentavano soltanto prestazioni accessorie.

Si precisava che le attività di intermediazione assicurativa esercitate da Q erano connesse alla fornitura del suo prodotto assicurativo all'assicuratore. Inoltre, la remunerazione di Q era dovuta anche nel caso in cui altri intermediari avessero proceduto al collocamento del prodotto assicurativo per conto dell'assicuratore. Come risultava dalla giurisprudenza della Corte, l'esenzione prevista dall'articolo 135, paragrafo 1, lettera a), della direttiva 2006/112 non trovava applicazione ad un'attività consistente nella concessione di licenze per l'utilizzazione di un prodotto assicurativo.

Veniva citata la sentenza Arthur Andersen (C-472/03 EU: C: 2005: 135) secondo cui nell'ipotesi in cui un assicuratore esternalizzava dei servizi di fornitura dei prodotti assicurativi per affidarli ad un terzo, tali servizi non rientravano nell'esenzione.

Mentre, secondo la sentenza Aspiro (C-40/15, EU: C: 2016: 172), la liquidazione dei sinistri da parte di un imprenditore per conto di un assicuratore non poteva essere qualificata come prestazione effettuata da un intermediario di assicurazione, mancando il nesso con gli aspetti essenziali dell'attività di intermediario di assicurazione, vale a dire la ricerca di clienti e la messa in relazione di costoro con l'assicuratore.

Il Bundesfinanzhof (Corte tributaria federale) non escludeva che la sentenza Aspiro potesse essere interpretata in maniera diversa, in modo tale che una prestazione unica fosse esente da Iva anche quando soltanto una prestazione accessoria soddisfaceva i requisiti stabiliti all'articolo 135, paragrafo 1, lettera a), della direttiva 2006/112. Sulla base dei rilievi espressi, per risolvere la controversia, il giudice del rinvio riteneva necessario determinare l'esatta portata della sentenza del 17 marzo 2016, Aspiro (C-40/15, EU: C: 2016: 172), al fine di stabilire se la prestazione unica fornita da Q dovesse essere esentata da IVA<sup>1</sup>. Quindi, sospendeva il

---

<sup>1</sup> La sentenza della CGUE, emessa in data 17.3.2016, nella causa C-40/15 (Aspiro SA) in tema di "esenzione in materia di assicurazioni, nozioni di operazioni di "assicurazione " e di "prestazioni di servizi relative a dette operazioni, effettuate da mediatori e dagli intermediari di assicurazione "-servizi di liquidazione dei sinistri forniti in nome e per conto di un assicuratore", ha ribadito alcuni principi già affermati, principalmente sul solco della sentenza emessa in data 3.3.2005 nella causa C-472/03 (Arthur Andersen). La società Aspiro, senza essere impresa assicuratrice, né mediatore né



procedimento, sottoponendo alla Corte la seguente questione pregiudiziale: “ Se sussista una prestazioni di servizi relativa a operazioni di assicurazione e riassicurazione, fornita da mediatori e intermediari di assicurazione in esenzione da imposta ai sensi dell’articolo 135, paragrafo 1, lettera a), della direttiva (2006/112), nel caso in cui un soggetto passivo che svolge un’attività di intermediazione per una compagnia di assicurazioni metta a disposizione di tale compagnia, in aggiunta, anche il prodotto assicurativo oggetto di intermediazione”.

### **LA QUESTIONE SOTTOPOSTA ALLA CORTE DI GIUSTIZIA DELL’UNIONE EUROPEA**

La Corte di Giustizia dell’Unione Europea è stata chiamata a pronunciarsi sulla questione se **l’articolo 135, paragrafo 1, lettera a), della direttiva 2006/112** debba essere interpretato nel senso che l’esenzione dall’IVA, da esso prevista, si applica alle prestazioni effettuate da un soggetto passivo, le quali comprendano la fornitura di un prodotto assicurativo ad una società di assicurazioni e, in via accessoria, il collocamento di detto prodotto per conto di tale società, nonché la gestione dei contratti di assicurazione conclusi, laddove tali prestazioni debbano essere qualificate come prestazione unica in riferimento all’IVA.

### **I PRINCIPI STABILITI DALLA CORTE DI GIUSTIZIA DELL’UNIONE EUROPEA**

La Corte evidenzia che, secondo i principi espressi dalla giurisprudenza unionale, quando un’operazione è costituita da un complesso di elementi e di atti, si devono prendere in considerazione tutte le circostanze nelle quali si svolge l’operazione in questione, al fine di stabilire se questa dia luogo, ai fini dell’IVA, a due o più prestazioni distinte oppure ad una

---

intermediario di assicurazione, e senza essere responsabile nei confronti degli assicurati, effettuava l’insieme dei servizi relativi alla liquidazione dei sinistri in nome e per conto di un’impresa assicuratrice (sulla base di un mandato con rappresentanza) e riceveva un corrispettivo forfetario, in funzione dello specifico tipo di sinistro. La Corte unionale, chiamata a stabilire se tale attività ricadesse nell’esenzione prevista dall’art. 135, par. 1, lett. a) della direttiva IVA è pervenuta alla conclusione che detta norma deve essere interpretata “nel senso che servizi di liquidazione di sinistri, come quelli di cui al procedimento principale, forniti da un terzo in nome e per conto di un’impresa di assicurazione, non rientrano nell’esenzione prevista da tale disposizione”. In particolare è stato precisato che l’articolo 135, paragrafo 1, lettera a), della direttiva 2006/113/CE del Consiglio, del 28 novembre 2006, relativa al sistema comune d’imposta sul valore aggiunto, deve essere interpretato nel senso che i servizi di gestione di investimenti forniti in base a un regime pensionistico professionale, con esclusione di qualsiasi indennizzo del rischio, non possono essere qualificati come “operazioni di assicurazione” ai sensi di tale disposizione e, pertanto, non possono rientrare nell’esenzione dall’imposta sul valore aggiunto (IVA) prevista da detta disposizione a favore di siffatte operazioni. La sentenza *ASPIRO* costituisce la coerente evoluzione di quanto già affermato nella sentenza emessa in data 3.3.2005, in causa C-472/03, *Arthur Andersen*, ove era stato escluso che le attività di back offices, consistenti “nel trattare domanda di assicurazione, valutare i rischi di assicurare, valutare la necessità di un accertamento medico, decidere l’accettazione del rischio qualora un siffatto esame non si renda necessario, procedere all’emissione, alla gestione e alla cessazione delle polizze assicurative nonché a modifiche tariffarie e contrattuali, incassare i premi, gestire i sinistri, fissare e pagare le commissioni degli intermediari di assicurazione e assicurare il seguito dei contatti con questi ultimi, trattare aspetti relativi alla riassicurazione e fornire informazioni ai contraenti come pure agli intermediari di assicurazione nonché ad altri soggetti interessati come le autorità tributarie” (punto 33), svolte dalla società *ACMC* in base ad un contratto di collaborazione con la società assicuratrice *UL*, potessero costituire operazioni di assicurazione perché, pur contribuente al contenuto essenziale delle attività di una impresa di assicurazioni, non costituivano operazioni di assicurazione in quanto la *ACMC* non intratteneva alcun rapporto contrattuale con gli assicurati, poiché i contratti di assicurazione venivano sottoscritti a nome della *UL* (punti 33, 34).

prestazioni unica (sentenza del 18 gennaio 2018, Stadion Amsterdam, C-463/16, EU: C: 2018: 22, punto 21 e la giurisprudenza citata).

Si è in presenza di una prestazione unica quando due o più elementi o atti forniti dal soggetto passivo al cliente sono così strettamente connessi da formare, oggettivamente, una sola prestazione economica indissolubile, la cui scomposizione avrebbe carattere artificiale (sentenza del 2 luglio 2020, Blackrock Investment Management (UK), C-231/19, EU: C: 2020: 513, punto 23 e la giurisprudenza ivi citata).

Tale situazione si verifica nel caso in cui uno o più elementi debbano essere considerati come costituenti la prestazione principale, mentre altri elementi, al contrario, debbano essere considerati alla stregua di una o più prestazioni accessorie, che condividono il medesimo trattamento fiscale riservato alla prestazione principale. Secondo la Corte, una prestazione deve essere considerata accessoria rispetto ad una prestazione principale, qualora essa costituisca per la clientela non un fine a sé stante, bensì il mezzo per fruire nelle migliori condizioni del servizio principale offerto dal prestatore (sentenza del 2 dicembre 2010, Everything Everywhere, C-276/09, EU: C: 2010: 730, punti 24 e 25 nonché la giurisprudenza citata).

#### **Esclusione dell'unicità della prestazione nel caso di specie.**

Nel caso di specie, la CGUE accerta che risulta dalla decisione di rinvio che i servizi di intermediazione forniti dalla società contribuente non sono indispensabili per la distribuzione del prodotto assicurativo ai futuri assicurati, bensì costituiscono, piuttosto, un'attività distinta e indipendente, circostanza questa la cui verifica è riservata al giudice del rinvio.

In aggiunta, le informazioni contenute nella decisione di rinvio non permettono di stabilire se i servizi di intermediazione forniti da Q si distinguano rispetto agli stessi servizi forniti da altri intermediari. In particolare, fatte salve le verifiche che incombono al giudice del rinvio, non consta che l'intermediazione di cui Q si fa carico permetta ad un assicuratore di utilizzare meglio la licenza concessa da tale società o che essa sola possa garantire, mediante i suoi servizi di intermediazione, che detto assicuratore fruisca di tale licenza nelle migliori condizioni.

Da tali circostanze consegue, secondo la Corte, che **la concessione di una licenza di utilizzazione del prodotto assicurativo ad un assicuratore, da un lato, e i servizi di intermediazione forniti da Q, dall'altro, non sembrano dover essere qualificati come prestazione unica ai fini dell'IVA.**

Si precisa, inoltre, che non spetta alla Corte, adita ai sensi dell'articolo 267 TFUE, qualificare i fatti in discussione nel procedimento principale, dato che tale qualificazione rientra nella competenza esclusiva del giudice nazionale, il quale è tenuto a verificare se i servizi di gestione dei contratti di assicurazione parimenti forniti da Q, nonché la concessione di una licenza di utilizzazione del prodotto assicurativo costituiscano una prestazione unica.

## **Interpretazione dei presupposti per l'esenzione dall'IVA ex art. 135, paragrafo 1 della direttiva 2006/112.**

La CGUE chiarisce che, poiché le prestazioni accessorie condividono il medesimo trattamento riservato alla prestazione principale in materia di IVA, nell'ipotesi in cui tale prestazione principale ricadesse sotto l'articolo 135, paragrafo 1, lettera a) della direttiva 2006/112, l'operazione dovrebbe essere integralmente esentata dall'IVA, in applicazione di tale disposizione.

La Corte afferma che "le operazioni di assicurazione e di riassicurazione" implicano per natura l'esistenza di un rapporto contrattuale tra il prestatore del servizio assicurativo e il soggetto i cui rischi sono coperti dall'assicurazione, ossia l'assicurato.

Con riguardo alle "prestazioni di servizi relative a (...) operazioni [di assicurazione], effettuate dai mediatori e dagli intermediari di assicurazione", invece, come risulta dai termini stessi dell'articolo 135, paragrafo 1, lettera a), della direttiva 2006/112, la loro esenzione è assoggettata al rispetto di due condizioni cumulative. Infatti, dette prestazioni devono essere "relative" ad operazioni di assicurazione ed essere "effettuate dai mediatori e dagli intermediari di assicurazione".

In riferimento alla prima di queste condizioni, si afferma che il termine "relative" è sufficientemente ampio per comprendere diverse prestazioni concorrenti alla realizzazione di operazioni di assicurazione e, segnatamente, la liquidazione dei sinistri, la quale costituisce una delle parti essenziali di queste operazioni.

Al fine di stabilire se le prestazioni per le quali viene richiesta l'esenzione a titolo dell'articolo 135, paragrafo 1, lettera a), della direttiva 2006/112 vengano effettuate da un mediatore assicurativo o da un intermediario di assicurazione, occorre non già basarsi sulla veste formale del prestatore, bensì esaminare il contenuto stesso di queste prestazioni.

Nell'ambito di tale esame, occorre verificare se siano soddisfatti due criteri. In primo luogo, il prestatore deve essere in rapporto con l'assicuratore e con l'assicurato. In secondo luogo, la sua attività deve comprendere aspetti essenziali della funzione di intermediario di assicurazione.

A seguito di siffatta analisi, la Corte conclude che occorre rispondere alla questione sollevata dichiarando che: **"l'articolo 135, paragrafo 1, lettera a), della direttiva 2006/112 deve essere interpretato nel senso che l'esenzione dall'IVA da esso prevista non si applica alle prestazioni effettuate da un soggetto passivo, le quali comprendano la fornitura di un prodotto assicurativo ad una società di assicurazioni e, in via accessoria, il collocamento di detto prodotto per conto di tale società, nonché la gestione dei contratti di assicurazione conclusi, nel caso in cui il giudice del rinvio qualificasse tali prestazioni come prestazione unica in riferimento all'IVA"**.

Con specifico riferimento al caso in esame, risulta dalla decisione di rinvio che la licenza di utilizzazione del prodotto assicurativo permette ad un assicuratore di offrire tale prodotto a

potenziali clienti in vista della conclusione di contratti di assicurazione. Per contro, non consta che sia richiesto il concorso di futuri potenziali clienti. Soltanto quando l'assicuratore decide di ricorrere a servizi di intermediazione e sceglie, in tale contesto, i servizi offerti da Q, quest'ultima può entrare in contatto con gli assicurati.

Essendo, dunque, manifesta la mancata sussistenza dei presupposti di cui all'art. 135 paragrafo 1 cit., come interpretati dalla Corte nella ricostruzione che precede, la concessione di licenze per l'utilizzazione di un prodotto assicurativo non è un'attività che comprenda aspetti essenziali della funzione di intermediario di assicurazioni.

Invero, anche supponendo che il prodotto sia stato concepito specificamente per una cerchia ristretta di soggetti in funzione delle loro particolari esigenze, incombe all'assicuratore assumere le iniziative necessarie al fine di contattare tali soggetti per il collocamento del prodotto suddetto, segnatamente facendo ricorso ad un intermediario di assicurazioni.

Ne consegue che l'attività esercitata da Q, consistente nella concessione di licenze per l'utilizzazione di un prodotto assicurativo, non può essere qualificata come prestazione effettuata dai mediatori e dagli intermediari di assicurazione, ai sensi dell'articolo 135, paragrafo 1, lettera a), della direttiva 2006/112.

Pertanto, se anche i servizi forniti da Q dovessero essere considerati come costituenti una prestazione unica, questa non può, comunque, essere esentata dall'IVA in applicazione della disposizione sopra citata, in quanto la prestazione principale non rientra nell'ambito di applicazione di quest'ultima.

## **OSSERVAZIONI**

Si evince chiaramente dalla pronuncia in commento che appare fondamentale comprendere se le prestazioni di cui trattasi costituiscano, ai fini IVA, un *unicum* indissolubile (quindi potendosi individuare una prestazione principale e altre prestazioni accessorie), ovvero prestazioni distinte le une dalle altre. Tale valutazione, secondo i principi espressi dalla giurisprudenza unionale, è rimessa al giudice nazionale, che dovrà compierla caso per caso, ma applicando l'*acquis communautaire* sul punto.

Ai fini Iva, ciascuna prestazione deve essere considerata, di regola, come autonoma e indipendente (articolo 1, § 2, Direttiva 2006/112/CE). Tuttavia, quando un'operazione comprende più elementi, si pone la questione se la stessa deve essere considerata come costituita da una prestazione unica o da diverse prestazioni distinte e indipendenti da valutare separatamente dal punto di vista dell'Iva.

In via generale, una prestazione deve essere considerata unica in due ipotesi alternative:

-quando le prestazioni effettuate dal prestatore sono così strettamente collegati da formare, oggettivamente, un'unica prestazione economica la cui scomposizione avrebbe carattere artificiale;

- quando una prestazione costituisce la prestazione principale, mentre l'altra o le altre prestazioni costituiscono una prestazione accessoria, cui si applica la stessa disciplina Iva prevista per la prestazione principale.

La giurisprudenza della Corte di Giustizia è ormai concorde nell'affermare che l'art. 78 della Direttiva n. 2006/112/CE (norma che ha ad oggetto il concetto di "accessorietà" delle prestazioni ai fini delle esenzioni da IVA) **richiede** che le operazioni accessorie siano addebitate dal fornitore al cliente, mentre **non richiede** che le operazioni accessorie siano eseguite direttamente dal fornitore, ovvero per suo conto e a sue spese (Causa C-392/11 del 22.9.2012; **Causa C-453/05 del 21.7.2007**; **Causa C-76/99 del 11.1.2001**).

In particolare, dopo aver superato un iniziale orientamento, secondo cui, ai fini dell'accessorietà, si richiede l'identità soggettiva del soggetto che effettua l'operazione principale e quella secondaria, la giurisprudenza comunitaria ha affermato che il carattere di accessorietà non viene meno quando la prestazione secondaria sia realizzata da un soggetto diverso da quello che esegue la prestazione principale.

Una prestazione si considera accessoria in base ad un requisito di carattere oggettivo, ossia quando non costituisce per la clientela un fine a sé stante, bensì il mezzo per fruire al meglio del servizio principale fornito dal prestatore del servizio.

Come si è sopra illustrato, con riferimento alla questione specifica, nella causa C-907/19, Q-GmbH contro Finanzamt Z, la CGUE è stata chiamata a pronunciarsi sull'applicabilità del regime delle esenzioni da IVA alla materia dei contratti assicurativi e, in particolare, di coassicurazione.

La CGUE ha ribadito alcuni principi di diritto che aveva avuto già occasione di affermare in precedenza, riassumibili nell'assunto secondo cui ai fini dell'esenzione "occorre verificare se siano soddisfatti due criteri. In primo luogo, il prestatore deve essere in rapporto con l'assicuratore e con l'assicurato. In secondo luogo, la sua attività deve comprendere aspetti essenziali della funzione di intermediario di assicurazione", pur concludendo che, nella fattispecie, tali criteri non erano soddisfatti nel caso di specie.

Già nel 1999 (Corte di giustizia, 25 febbraio 1999, C-349/96), la CGUE aveva affermato che l'espressione «operazioni di assicurazione» era in linea di principio sufficientemente ampia per comprendere la copertura assicurativa fornita da un soggetto passivo che non ha la qualità di assicuratore, ma che, nell'ambito di un'assicurazione collettiva di cui è il titolare, procura ai suoi clienti, che sono gli assicurati, una copertura assicurativa avvalendosi di un assicuratore che si assume l'onere del rischio coperto. Successivamente ha poi chiarito che il concetto di attività assicurativa non può essere interpretato estensivamente, nel senso di ricomprendere tutti i servizi forniti tra società di assicurazioni. Infatti, se così fosse, l'esenzione prevista per i mediatori e gli intermediari di assicurazione sarebbe priva di utilità (applicazione pratica), sicché non costituisce un'attività assicurativa esente una forma di cooperazione in base alla quale una società di assicurazioni gestisce, dietro corrispettivo ma senza assumerne i rischi, l'attività di

un'altra società di assicurazioni, la quale continua a sottoscrivere i contratti di assicurazione in proprio nome (Corte di giustizia, 8 marzo 2001, C-240/99, *Regeringsrätten (Svezia) contro Försäkringsaktiebolaget Skandia*).

### **La giurisprudenza della Corte di Cassazione italiana**

Sulla questione se le attività svolte dalla coassicuratrice delegataria siano esenti da IVA, la giurisprudenza di merito e di legittimità italiana hanno inizialmente espresso indirizzi non uniformi.

Un orientamento ha ritenuto tali operazioni esenti in quanto la coassicurazione troverebbe la propria fonte normativa in un unico contratto stipulato dall'assicurato con tutti gli assicuratori, i quali possono, a loro volta, intervenire direttamente e personalmente alla stipula, ovvero affidare ad uno di essi il potere di concluderlo in nome e per conto degli altri, attraverso l'attribuzione di un potere rappresentativo che, attese le modalità con cui concretamente opera, è sicuramente da ricondurre nel mandato con rappresentanza, a sua volta esente IVA ai sensi del n. 9, dell'art. 10 del d.P.R. n. 633/72. Inoltre, i servizi di *front office* effettuati dalla compagnia delegataria sono da ricondurre nell'alveo dell'unico contratto assicurativo sottoscritto con l'assicurato e non costituiscono un'autonoma prestazione effettuata da una compagnia di assicurazione nei confronti delle altre. Un secondo indirizzo, invece, ha ritenuto che i corrispettivi in oggetto siano imponibili in quanto l'attività di coassicurazione esercitata dalla delegataria, sebbene sia avvinta da nesso teleologico a quella di assicurazione, è ontologicamente distinta da quella d'assicurazione che intercorre direttamente fra assicurazione e assicurato. Nonostante il contratto di assicurazione e la correlata attività di coassicurazione siano accomunati a risarcire l'assicurato, entro i limiti convenuti, del danno ad esso prodotto, ad esempio da un sinistro ex art. 1832 c.c., tali due contratti sarebbero caratterizzati da una distinta causa negoziale.

Ciò troverebbe conferma nel fatto che la convenzione di delega costituisce un rapporto le cui parti sono le imprese deleganti, da una parte, e l'impresa delegataria dall'altra, avente ad oggetto la gestione e l'esecuzione del differente e distinto contratto stipulato con l'assicurato dai diversi coassicuratori per l'accertamento e la liquidazione del sinistro.

La Corte Suprema di Cassazione ha inizialmente ritenuto che i servizi resi dalle coassicuratrici delegataria potessero risultare esenti da IVA, pur non essendo di per sé configurabili come operazioni di assicurazione, laddove integrino sul piano economico la prestazione del servizio di coassicurazione.

**Tra le pronunce espressione di tale indirizzo si segnala la sentenza n. 22429 del 2016** (conf. Cass. n. 5885 del 2017; Cass. n. 23785 del 2017; Cass. n. 18427 del 2018), con cui si è affermato – interpretando estensivamente i principi espressi dalla sentenza della CGUE nella causa C-40/15 (Aspiro SA) ( in quanto non si pretende che vi sia necessariamente, come invece la CGUE in commento dice, la ricerca di potenziali clienti da parte della coassicuratrice

delegataria) secondo cui le esenzioni dall'IVA vanno interpretate restrittivamente poiché derogano al principio generale secondo il quale l'IVA è riscossa per ogni prestazione di servizi effettuata a titolo oneroso da un soggetto passivo (v. sentenza BG2 Leasing, C-224/11, EU: C: 2013:15, punto 56)- che il regime di esenzione previsto dall'art. 10, comma 1, n. 2, del d.P.R. n. 633 del 1972 per le 'operazioni di assicurazione' si estende alla pluralità di prestazioni idonee ad integrare il servizio assicurativo sotto il profilo economico, per cui occorre individuare gli elementi caratteristici dell'operazione di cui trattasi per stabilire se il soggetto passivo fornisca all'assicurato, considerato come consumatore medio, attraverso la pluralità di attività poste in essere, più prestazioni principali distinte o un'unica prestazione, sempre che il prestatore di servizi si sia impegnato esso stesso nei confronti dell'assicurato a garantire a quest'ultimo la copertura di un rischio e sia vincolato all'assicurato da un rapporto contrattuale. Secondo questo indirizzo della giurisprudenza di legittimità, spetta al giudice della controversia accertare, alla luce di tali elementi se l'operazione controversa debba considerarsi, ai fini IVA, unitariamente come 'operazione di assicurazione', ovvero come costituita da prestazioni indipendenti, ovvero se nella specie ricorrano prestazioni accessorie. Tale principio trova applicazione quando il contratto assicurativo sia stato concluso in coassicurazione con più soggetti obbligati pro-quota alla copertura del rischio dell'assicurato e uno dei coassicuratori sia stato delegato dagli altri alla gestione ed all'esecuzione del rapporto assicurativo.

In motivazione, la Corte di Cassazione richiama i principi della CGUE espressi nella sentenza del 16.4.2015, causa C-42/14 (WoJskowa Agencja Mieskaniowa w Warszawie) (punti 31 e 32), anche se riferiti in campo non assicurativo, ove è ribadito che, secondo l'indirizzo unionale, in tali casi, più prestazioni formalmente distinte, che potrebbero essere fornite separatamente e dare così luogo, separatamente, a imposizione o a esenzione, devono essere considerate come un'unica operazione quando sono indipendenti: "Si tratta di un'operazione unica, in particolare, quando due o più elementi o atti forniti dal soggetto passivo sono strettamente connessi a tal punto da formare, oggettivamente, una sola prestazione economica indissociabile, la cui scomposizione avrebbe carattere artificioso. Ciò accade anche nel caso in cui una o più prestazioni costituiscano una prestazione principale, mentre la o le altre prestazioni costituiscono una o più prestazioni accessorie cui si applica la stessa disciplina tributaria della prestazione principale. In particolare, una prestazione deve essere considerata accessoria e non principale quando non costituisce per la clientela un fine a sé stante, bensì il mezzo per fruire al meglio del servizio principale offerto dal prestatore".

La Corte evidenzia che la CGUE ha rimarcato la duplice circostanza secondo cui, da un lato, dall'art. 2, n. 1, della sesta direttiva, discende che ciascuna prestazione di servizio dev'essere considerata di regola come autonoma e indipendente e che, dall'altro, la prestazione costituita da un unico servizio sotto il profilo economico non dev'essere artificialmente divisa in più parti per non alterare la funzionalità del sistema dell'IVA, per cui occorre individuare gli elementi caratteristici dell'operazione di cui trattasi per stabilire, in concreto, se il soggetto passivo

fornisca al consumatore, considerato come consumatore medio, più prestazioni principali distinte o un'unica prestazione. Sul piano interpretativo, tale orientamento ha sottolineato che si configura una prestazione unica nel caso in cui uno o più elementi confluiscono nella prestazione principale, mentre una prestazione dev'essere considerato accessoria ad una prestazione principale quando essa non costituisce per la clientela un fine a sé stante, bensì il mezzo per fruire nelle migliori condizioni del servizio principale offerto dal prestatore, di guisa che anche la fatturazione di un unico prezzo non potrebbe escludere la autonomia delle prestazioni.

Nella fattispecie la "coassicuratrice, con la c.d.'clausola di delega', era stata autorizzata a effettuare attività nell'interesse comune delle altre società coassicuratrici... consistenti, tra l'altro, nella stipula del contratto, nella riscossione del premio e nella determinazione di eventuale liquidazione del danno", pertanto, secondo i giudici di legittimità, sulla base dell'indirizzo espresso dalla giurisprudenza unionale, "l'esenzione si estende... alla pluralità di prestazioni idonee ad integrare il servizio assicurativo sotto il profilo economico, per cui occorre individuare gli elementi caratteristici dell'operazione di cui trattasi per stabilire, se il soggetto passivo fornisca all'assicurato, considerato come consumatore medio, attraverso la pluralità di attività poste in essere, più prestazioni principali distinte o un'unica prestazione, sempre che il prestatore di servizi si sia impegnato esso stesso nei confronti dell'assicurato a garantire a quest'ultimo la copertura del rischio e sia vincolato all'assicurato da un rapporto contrattuale", demandando al giudice del merito l'accertamento se "l'operazione controversa debba essere considerata esente ai fini dell'IVA, unitariamente come 'operazione di assicurazione', ovvero come costituita da prestazioni indipendenti ovvero se ricorrano prestazioni accessorie" (Cass. n. 22429 del 2016). Ciò in quanto nel contratto di coassicurazione sussistono più separati rapporti assicurativi, ciascuno generato da un distinto contratto, e ciascun assicuratore è titolare delle sole posizioni soggettive, sostanziali e processuali, relative al proprio rapporto. E in tale ambito possono realizzarsi una pluralità di contratti di assicurazione stipulati fra gli assicurati e i diversi coassicuratori, i quali sottoscrivono una convenzione di delega che ha ad oggetto un'attività diversa dalla operazione di assicurazione. I compensi liquidati concernono i rapporti tra mandante e mandatario e compenso di prestazioni di servizi svolte, senza la spendita del nome delle deleganti, dalla mandataria nell'interesse delle mandanti per evitare una duplicazione delle attività gestorie, funzionali ed accessorie al rapporto principale tra assicuratore e assicurato. La clausola di delega conferisce alla delegataria soltanto il potere di gestire stragiudizialmente la polizza per tutte le coassicuratrici per consentire lo sviluppo unitario del distinto rapporto assicurativo.

A pochi mesi di distanza, la Suprema Corte è tornata ad occuparsi della medesima questione relativa ai contratti di coassicurazione con la sentenza Cass. n. 5885 del 2017, ampliando la portata dei principi espressi. I giudici di legittimità, dopo aver precisato che: "occorre certamente considerare che, per costante orientamento della Corte di giustizia (sent. 17 gennaio 2003, causa C-244/11, BGZ Leasing, punto 56), i termini utilizzati per designare le esenzioni di



cui all'articolo 135, paragrafo 1, della direttiva IVA devono essere interpretati restrittivamente, in quanto integranti deroghe al principio generale secondo cui l'IVA è riscossa per ogni prestazione di servizio effettuata a titolo oneroso da un soggetto passivo (...) hanno poi chiarito che: "La decisività, ai fini che ne occupano, dell'esistenza di un rapporto contrattuale tra l'assicurato ed il soggetto che gli procuri (anche indirettamente) la copertura del rischio, è dunque tale che, in mancanza, nemmeno il 'servizio di liquidazione di sinistri' – che pure costituisce sicuramente una 'componente essenziale dell'operazione di assicurazione', ove comprenda la determinazione della responsabilità e dell'importo del danno nonché la decisione di versare o di rifiutare un indennizzo all'assicurato' – potrebbe configurare, specie se fornito all'assicuratore da un terzo che non sia (a sua volta) assicuratore, un'operazione di assicurazione ai sensi del menzionato articolo 135, paragrafo 1, lettera a), direttiva n. 2006/112/CE (conf., da ultimo, sent. *Aspiro* cit., punti 23-25)", *concludendo, questa volta, per l'applicabilità dell'esenzione, ogniqualvolta la società, nell'espletamento delle attività delegate dalle altre imprese coassicuratrici, sia vincolata contrattualmente verso l'assicurato* (perciò si amplia, perché basta che vi sia un vincolo con l'assicurato, che si ritiene basti, indipendentemente, quindi, dalle indagini richieste dal precedente del 2016), assumendo, ad esempio, su di sé precise obbligazioni sotto il profilo della garanzia della copertura del rischio, sia pure secondo le caratteristiche proprie della coassicurazione.

**Questo indirizzo è stato successivamente superato dalla sentenza 11 maggio 2018, n. 11442 che ha avuto il pregio di dare il giusto rilievo ai principi unionali, già anticipati da Corte giust. causa 40/15, e confermati successivamente proprio dalla sentenza CGUE, Prima Sezione, 25 marzo 2021, causa C-907/19, Q-GmbH contro FinanzamtZ, in commento,** contribuendo a fare chiarezza ed eliminando gli esposti dubbi interpretativi.

Generalmente secondo la prassi italiana, con riferimento alle "commissioni di delega" le compagnie assicuratrici riconoscono all'impresa delegataria, a titolo di corrispettivo, delle commissioni in esenzione IVA, contrapponendosi alla diversa posizione dell'Agenzia delle Entrate che ritiene, invece, l'imponibilità delle stesse. Va precisato che sia la disciplina IVA europea che quella domestica di cui al d.P.R. n. 633 del 1972 non individuano espressamente il trattamento fiscale applicabile. Ne consegue che il trattamento IVA è stato dalla giurisprudenza di legittimità valutato in relazione alle disposizioni che disciplinano le prestazioni di assicurazione lato sensu, nonché in relazione ai chiarimenti resi dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

**Con la pronuncia n. 11442 del 2018 la Corte di Cassazione ha illustrato le ragioni che hanno indotto al superamento dell'indirizzo espresso precedentemente dalla giurisprudenza di legittimità,** giungendo ad affermare che: "*in tema di IVA, l'attività oggetto della clausola di delega al coassicuratore non è esente ai sensi dell'art. 10, comma 1, n. 2, del d.P.R. n. 633 del 1972, poiché la coassicurazione non modifica la ripartizione "pro quota" del rischio tra i coassicuratori, né concerne aspetti essenziali dell'attività d'intermediario o di*

*mediatore di assicurazione, con particolare riguardo alla ricerca di potenziali clienti, e, pertanto, la stessa non ha natura assicurativa, neppure in via accessoria”.*

**Il merito della suddetta decisione, seguita anche da successive pronunce** (conf. Cass. n. 25649 del 2018; Cass. n. 25648 del 2018; Cass. n. 21820 del 2018, Cass. n. 21303 del 2018; Cass. n. 21302 del 2018; Cass. n. 24713 del 2020) è stato quello di condividere quanto asserito dalla Corte di giustizia, ossia che, ai fini dell'esenzione dall'IVA, l'attività assicurativa è soltanto quella in senso stretto, con esclusione delle operazioni ad essa accessorie.

Alle attività svolte dalla coassicuratrice delegataria che - secondo quanto accertato nelle sentenze oggetto di impugnazione con i ricorsi per cassazione (v. anche Cass. n. 20249 del 2018)- sarebbero consistite nella "gestione di riscossione del premio, e nella liquidazione di indennità all'assicurato, nello svolgimento dell'attività di gestione integrale del sinistro, nella gestione "del rapporto con l'assicurato", e "nel compimento di determinati atti nell'interesse comune" comprendenti "la ricerca del cliente, la conclusione del contratto, la riscossione del premio e se del caso... l'accertamento e determinazione del danno", non si può riconoscere natura assicurativa. Il coassicuratore delegato assicura il rischio e resta conseguentemente obbligato a rivalere l'assicurato soltanto entro i limiti del proprio rapporto con lui, che scaturisce, pro quota, dal contratto di assicurazione e non già dalla clausola di delega e quindi "la coassicurazione non modifica, anzi, postula la ripartizione pro quota del rischio e di per sé esclude che la quota del coassicuratore delegato in virtù della stipulazione della clausola abbia ad aumentare (Cass. n. 111442 del 2018). Del resto, secondo la Corte, difetterebbe anche "il requisito della corrispondenza del destinatario della prestazione con il soggetto i cui rischi sono coperti dall'assicurazione, ossia l'assicurato", poiché, "nel caso in esame, le prestazioni sono rese a seguito di mandato conferito dagli altri coassicurati e, dunque, sono loro a beneficiarne, nel senso della perseguita ripartizione degli oneri amministrativi derivanti dalla gestione del rapporto assicurativo ed è a fronte di tale utilità che si impegnano a remunerare il delegatario" ( v. anche Cass. n. 13111 del 2018 e Cass. n. 13112 del 2018).

I giudici di legittimità, infatti, hanno escluso che tali attività possano integrare sul piano economico il servizio di coassicurazione esente da IVA in quanto ad esso accessorie. In primo luogo, perché il principio di accessorietà sarebbe invocabile anche per le operazioni di assicurazione, ma postulando che "entrambe le prestazioni siano indirizzate in favore del medesimo destinatario al fine di consentirgli di fruire nelle migliori condizioni del servizio principale offerto dal prestatore" non troverebbe "applicazione al caso in esame in cui la prestazione principale ha quale diretto beneficiario un soggetto (l'assicurato), mentre quella ritenuta accessoria uno diverso (i coassicuratori), in relazione al (diverso e ulteriore) fine perseguito, esclusivo dei coassicuratori, di ridurre gli oneri amministrativi derivanti dalla garanzia prestata "(Cass. nn. 13111 del 2018, 13112 del 2018 e 21302 del 2018). Inoltre, sarebbe "incongruo... il richiamo alla disciplina generale dell'accessorietà, contenuta nel d.P.R. n. 633 ..art. 12... perché, in tema di assicurazioni, il diritto unionale" avrebbe "fissato una regola

speciale di accessorietà” che sarebbe operante ai sensi della lett. a) dell’art. 135, par.1 della Direttiva 2006/112/CE per le “sole prestazioni di servizi relative a quelle di assicurazione.. rese da un mediatore o da un intermediario di assicurazione”. Pertanto, “nella materia dell’assicurazione.. il nesso utile di accessorietà è identificato in relazione a due presupposti concorrenti: a) la ‘relatività’ delle operazioni, ossia la loro correlazione a quelle di assicurazione e riassicurazione; b) la circostanza che esse siano rese da un mediatore o da un intermediario di assicurazione (Cass. n. 11442 del 2018; in conformità anche Cass. n. 11443 del 2018; Cass. n. 20249 del 2018; Cass. n. 20250 del 2018; Cass. n. 20151 del 2018).

Le attività della coassicuratrice delegataria, pur essendo relative ad operazioni di assicurazione, non sarebbero rese da un intermediario di assicurazione. E, infatti, “sebbene nella chiave della rilevanza della sostanza economica dell’operazione, non è necessario che le operazioni delle quali si discute siano rese da soggetto che abbia la qualifica formale di mediatore di assicurazioni (sentenza Aspiro SA in causa C-40/15)”, è comunque necessario non solo che tale soggetto sia in rapporto con l’assicuratore e l’assicurato, ma anche che l’attività in questione comprenda “aspetti essenziali della funzione di intermediario di assicurazione, come ricercare i potenziali clienti e metterli in relazione con l’assicuratore “(Cass. n. 11442 del 2018).

Tuttavia sarebbe indubbio che “le attività delegate delle quali si discute non erano mirate alla ricerca di potenziali clienti “posto che “l’attività delegata al coassicuratore in virtù della clausola in questione “, come si è visto, sarebbe consistita “nella riscossione del premio e nella liquidazione dell’indennizzo” e, “queste attività sono sì necessarie, ma non già ai fini del perfezionamento dell’operazione di assicurazione, bensì al fine dell’adempimento degli obblighi dell’assicuratore scaturenti dall’operazione già definita” (Cass. n. 11442 del 2018).

Secondo la Corte, le attività svolte dalla coassicuratrice delegataria non sarebbero configurabili neppure come servizi di mandato relativi ad operazioni di assicurazione esenti da IVA ai sensi del n. 9 dell’art. 10 del d.P.R. n. 633, posto che “in relazione al mandato si potrà applicare l’esenzione soltanto qualora il mandatario svolga attività oggettivamente assicurativa, nell’accezione dinanzi indicata, oppure svolga quella propria dell’intermediario o del mediatore in relazione alle prestazioni assicurative”, quest’ultimo presupposto non sarebbe soddisfatto in quanto “l’attività svolta dall’impresa assicuratrice delegataria non è tale da ricomprendere gli aspetti essenziali della funzione di intermediario di assicurazione, sostanziosamente in prestazioni di servizi non già finalizzate alla ricerca di potenziali clienti da mettere in relazione (anche) con le altre imprese assicuratrici mandanti in vista della conclusione di contratti di assicurazione ma costituenti frazioni delle attività cui (anche) le altre imprese coassicuratrici sono tenute” (Cass. n. 13111 del 2018, Cass. n. 13112 del 2018 e 21302 del 2018).

**Si legge nella motivazione della sentenza n. 11442 del 2018 che: “Il nesso di accessorietà rilevante è difatti circoscritto, con dizione più ristretta di quella prescelta per altri comparti, alle sole prestazioni di servizi relative a quelle di assicurazione e di riassicurazione, rese da un mediatore o da un intermediario di assicurazione.** La stessa

Corte di giustizia ha evidenziato la specialità di questo nesso, in rapporto a quello concernente la prestazione di servizi finanziari, in relazione ai quali aveva stabilito (Corte giust. 5 giugno 1997, causa C-2/95, Sparekassernes Datacenter) che la mera circostanza che la fatturazione di un servizio sia svolta da un terzo non osta a che l'operazione alla quale essa fa riferimento possa beneficiare dell'esenzione ai sensi dell'art. 13 B, lett.d), punti 3 e 5 della sesta direttiva n. 77/388. **L'esenzione delle operazioni di assicurazione concerne difatti soltanto quelle propriamente dette, mentre l'esenzione riguardante i servizi finanziari si riferisce, con dizione più ampia, alle operazioni "relative a determinate operazioni bancarie" (Corte giust.17 marzo 2016, causa C-40/15, Aspiro SA, punto 29)". Nella materia dell'assicurazione il nesso di accessorietà è identificato in relazione a due presupposti concorrenti: a) la 'relatività' delle operazioni, ossia la loro correlazione a quelle di assicurazione e riassicurazione; b) la circostanza che esse siano rese da un mediatore o da un intermediario di assicurazione.**

Con la sentenza n. 11442 del 2018 (i cui principi sono stati seguiti dalle altre richiamate pronunce), in linea con l'indirizzo espresso dalla Corte di giustizia, i giudici di legittimità ritengono che la stipulazione della clausola di delega non vale a modificare natura ed effetti dei distinti rapporti, con la creazione di un'obbligazione solidale tra i rispettivi titolari: la clausola ha la funzione di conferire a uno degli assicuratori l'incarico di gestire il contratto e di compiere gli atti relativi allo svolgimento del rapporto assicurativo, ma non elimina – nemmeno nel caso di mala gestio del coassicuratore delegato – la caratteristica essenziale della coassicurazione, ossia l'assunzione pro quota dell'obbligo di pagare l'indennità al verificarsi dell'evento previsto.

Ne consegue che le attività svolte dal coassicuratore delegato in esecuzione della clausola in questione non sono attività assicurativa, perché il coassicuratore delegato assicura il rischio e resta conseguentemente obbligato a rivalere l'assicurato soltanto entro i limiti del proprio rapporto con lui, che scaturisce, pro quota, dal contratto di assicurazione e non già dalla clausola in questione. La clausola di delega non incide sul rapporto tra coassicuratore delegato ed assicurato, non è quindi possibile riconoscere l'esenzione dall'IVA alle operazioni svolte in esecuzione della clausola di delega affermandone l'assimilabilità a quelle assicurative: in sintesi il coassicuratore non svolge attività assicurativa perché non v'è la ricerca di potenziali clienti per il collocamento del prodotto.

