



UNIVERSITÀ
DI TRENTO

Facoltà di
Giurisprudenza

EFFETTIVITÀ DELLE TUTELE
E DIRITTO EUROPEO.
UN PERCORSO DI RICERCA
PER E CON LA FORMAZIONE GIUDIZIARIA

a cura di

Paola Iamiceli

2020



**UNIVERSITÀ
DI TRENTO**

**Facoltà di
Giurisprudenza**

QUADERNI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

47

2020

Al fine di garantire la qualità scientifica della Collana di cui fa parte, il presente volume è stato valutato e approvato da un *Referee* esterno alla Facoltà a seguito di una procedura che ha garantito trasparenza di criteri valutativi, autonomia dei giudizi, anonimato reciproco del *Referee* nei confronti di Autori e Curatori.

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

*Redazione a cura dell'Ufficio Pubblicazioni Scientifiche
dell'Università degli Studi di Trento*

© *Copyright 2020*
by Università degli Studi di Trento
Via Calepina 14 - 38122 Trento

ISBN 978-88-8443-926-0
ISSN 2284-2810

Libro in Open Access scaricabile gratuitamente dall'archivio IRIS - Anagrafe della ricerca (<https://iris.unitn.it/>) con Creative Commons Attribuzione-Non commerciale-Non opere derivate 3.0 Italia License.

Maggiori informazioni circa la licenza all'URL:
<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/it/legalcode>

Il presente volume è pubblicato anche in versione cartacea per i tipi di Editoriale Scientifica - Napoli, con ISBN 978-88-9391-943-2.

Novembre 2020

EFFETTIVITÀ DELLE TUTELE
E DIRITTO EUROPEO.
UN PERCORSO DI RICERCA
PER E CON LA FORMAZIONE GIUDIZIARIA

a cura di
Paola Iamiceli

Università degli Studi di Trento 2020

INDICE

	Pag.
Paola Iamiceli <i>Effettività delle tutele e diritto europeo: il ruolo del giudice nel prisma della Carta dei diritti fondamentali.....</i>	1
PARTE PRIMA DIRITTI FONDAMENTALI, ART. 47 CDFUE E RUOLO DEL GIUDICE NEI SISTEMI DI TUTELA MULTILIVELLO	
Fabrizio Cafaggi <i>Tutela amministrativa, tutela giurisdizionale e principio di effettività.....</i>	51
Davide Strazzari <i>Immigrazione e diritto a un ricorso effettivo: le variabili declinazioni ad opera della Corte di giustizia</i>	71
Martina Flamini <i>Accesso alla giustizia e protezione internazionale. La sospensione dell'efficacia esecutiva del decreto di rigetto della domanda di protezione internazionale alla luce dei principi di effettività, equivalenza e imparzialità.....</i>	109
Simone Penasa <i>L'effettività del diritto a presentare la domanda di protezione internazionale: un diritto amministrativamente condizionato? Prime riflessioni in prospettiva europea e comparata</i>	129
Antonino Ali <i>Tutela giurisdizionale effettiva e tutela della sicurezza dello Stato nel diritto dell'Unione europea.....</i>	159

PARTE SECONDA
EFFETTIVITÀ DELLE TUTELE,
DOVERI DI COOPERAZIONE
E POTERI DEL GIUDICE

Madalina Moraru <i>L'influenza delle corti europee e nazionali sul diritto di essere ascoltati dei richiedenti asilo e dei migranti non regolari</i>	181
Diana Ungureanu <i>Il ruolo del giudice nazionale e i poteri d'ufficio nell'applicazione del diritto europeo dei consumatori.....</i>	227
Giuseppe Fiengo <i>Prime riflessioni sui poteri istruttori ex officio del giudice dell'esecuzione e tutela del consumatore</i>	255

PARTE TERZA
PRINCIPI DI EFFETTIVITÀ, PROPORZIONALITÀ
E DETERRENZA NEL DIALOGO
TRA CORTI E LEGISLATORI

Fabrizio Cafaggi <i>Rimedi e sanzioni nella tutela del consumatore: l'applicazione del New Deal</i>	295
Gianmatteo Sabatino <i>Tutela effettiva dei consumatori nel diritto della concorrenza dell'Unione europea: disamina di alcuni profili rilevanti.....</i>	331
Chiara Angiolini <i>Dati personali e informazioni all'interessato. L'impatto dell'art. 47 CDFUE e del principio di proporzionalità. Prime riflessioni alla luce del dialogo fra Corti e autorità di controllo</i>	357

PARTE QUARTA
EFFETTIVITÀ DELLE TUTELE,
DIRITTI FONDAMENTALI
E INTERFERENZE TRA SETTORI

Giovanni Arnone	
<i>Principio di effettività e diritto del lavoro</i>	391
Federica Casarosa	
<i>Azioni collettive fra tutela dei dati personali e tutela dei consumatori: nuovi strumenti alla prova dei fatti</i>	429
Lucia Busatta	
<i>L'access to justice funzionale: l'effettività rimediale quale veicolo di garanzia del diritto alle prestazioni sanitarie</i>	459

EFFETTIVITÀ DELLE TUTELE E DIRITTO EUROPEO: IL RUOLO DEL GIUDICE NEL PRISMA DELLA CARTA DEI DIRITTI FONDAMENTALI

*Paola Iamiceli**

SOMMARIO: *1. Un percorso dialogico: profili di metodo tra ricerca e formazione (giudiziaria). 2. Tutela effettiva dei diritti, 'principio' e 'fine' nel dialogo tra corti. 2.1. Principio di effettività e diritto dell'Unione europea. 3. Le principali questioni affrontate nel volume. 3.1. Effettività, accesso alla giustizia e tutele multilivello. 3.2. Effettività della tutela, doveri di cooperazione e poteri del giudice. 3.3. Effettività, proporzionalità e dissuasività dei rimedi e delle sanzioni. 3.4. L'effettività delle tutele: dalle specificità settoriali alla prospettiva dei diritti fondamentali. 4. La struttura del volume.*

* PhD, Professoressa di Diritto Privato, Università di Trento.

Questo volume e i progetti che in esso trovano espressione non sarebbero mai nati senza il contributo dei magistrati che hanno attivamente partecipato alle attività di formazione e a quell'intenso scambio di conoscenze ed esperienze che le ha accompagnate. A loro e alle Scuole di formazione (in particolare, quella italiana, spagnola, olandese, rumena, slovena, croata, irlandese) va uno speciale ringraziamento. Ancora un grazie particolare ai colleghi dell'Università di Trento, dell'Istituto Europeo di Fiesole, delle Università di Versailles St. Quintin, di Amsterdam, di Groeningen, della Pompeu Fabra di Barcellona, dell'Istituto di Studi Giuridici dell'Accademia Polacca delle Scienze, che hanno costantemente contribuito al disegno dei progetti e attivamente partecipato a seminari e attività di ricerca ad essi inerenti. Si ringrazia, ancora, la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento per aver sostenuto queste iniziative e cofinanziato le spese di pubblicazione del volume nell'ambito delle attività dei Dipartimenti di Eccellenza e, al suo interno, l'Ufficio pubblicazioni scientifiche, nonché Chiara Angiolini e Gianmatteo Sabatino per il puntuale e instancabile supporto nella revisione editoriale. Errori e omissioni commessi restano ascrivibili a me in quanto autrice e curatrice.

1. Un percorso dialogico: profili di metodo tra ricerca e formazione (giudiziaria)

Il volume nasce da un'esperienza pluriennale di ricerca sui temi del dialogo tra le corti e della tutela effettiva dei diritti riconosciuti in ambito europeo: esperienza orientata alla formazione giudiziaria e per questo fondata su una stretta collaborazione tra università e magistratura secondo una logica di mutuo apprendimento.

Il dialogo non è solo oggetto dello studio ma metodo. Coinvolge giudici, autorità amministrative indipendenti, studiosi del diritto, componenti di un'accademia sempre più consapevole del ruolo della giurisprudenza nel progresso della scienza giuridica e nel sistema delle fonti¹.

Muovendo da questa premessa, il volume accompagna il lettore lungo alcuni dei percorsi tematici sviluppati in questi anni in occasione dei molti seminari di formazione giudiziaria organizzati dall'Università di Trento con altre Università, Centri di ricerca, Scuole della magistratura in diversi Stati dell'Unione. Il progetto *RE-Jus* e il progetto *FRICoRe* hanno rappresentato la cornice metodologica, oltre che tematica, di questa peculiare esperienza formativa, in piena continuità con precedenti iniziative caratterizzate da una simile metodologia². L'interazione

¹ Cfr. P. GROSSI, *A proposito de 'il diritto giurisprudenziale'*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1, 2020, 1 ss., introduzione ai lavori della Giornata di studi in ricordo di Alessandro Pizzorusso organizzata, il 16 dicembre 2019, dal Dipartimento di scienze giuridiche dell'Università di Pisa; N. LIPARI, *Le fonti del diritto*, Milano, 2008, 151 ss.; G. VETTORI, *Il diritto privato europeo fra legge, Corti e diritti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 4, 2018, 1341 ss. Da una diversa prospettiva, nella quale il ruolo del precedente giurisprudenziale è ancorato al piano dell'argomentazione giuridica, assurgendo a fonte solo "secondaria" del diritto: C. CASTRONOVO, *L'aporia tra ius dicere e ius facere*, in *Eur. dir. priv.*, 4, 2016, 981 ss. Cfr. anche l'ampio dibattito su "Il diritto civile tra fattispecie e clausola generale" pubblicato in *Quest. Giust.*, 2020, 1, 60 ss.

² Il progetto *Roadmap to European effective Justice* (RE-Jus, JUST/2015/JTRA/AG/EJTR/8703) e il progetto *Fundamental Rights in Court and regulation* (FRICoRe, JUST-AG-2017/JUST-JTRA-EJTR-AG-2017/807056), coordinati dall'Università di Trento, i cui risultati sono alla base di questo volume, sviluppano alcune delle premesse metodologiche già maturate in precedente progetti di formazione giudiziaria coordinate dal Centro di Cooperazione Giudiziaria (CJC) costituito presso l'Istituto Universitario Europeo. La cooperazione con alcuni componenti del CJC ha dato vita a contributi

costante con i giudici coinvolti, mai ridotta alla mera partecipazione al singolo evento formativo, ha consentito di creare una vera e propria rete di esperti, pronta ad accogliere e animare scambi di orientamenti interpretativi sui più diversi temi della tutela dei diritti in ambito europeo. Al centro di questa metodologia, che unisce ricerca e formazione, premezzia l'analisi del ciclo di vita dei casi giurisprudenziali, che dalle corti nazionali approdano a Lussemburgo per poi dar vita a una fitta rete di applicazioni collaterali nel paese del giudice referente e spesso in altri paesi. Un simile percorso conoscitivo ha quale principale obiettivo quello di comprendere in che modo la giurisprudenza europea riviva e si arricchisca nelle giurisprudenze nazionali e se e come tutto ciò contribuisca al crescere di una cultura giuridica europea³.

Molti lavori realizzati intorno ai principali eventi formativi hanno consentito di dar conto di questa intensa cooperazione nei vari ambiti di interesse dei progetti: dal diritto dei consumatori alla protezione dei dati e all'immigrazione⁴. Si tratta di lavori che, ancorché poderosi e attenti

importanti nell'ambito dei progetti *ReJus* e *FRICoRe*, come attestato in questo stesso volume (v. in particolare i lavori di F. Casarosa e M. Moraru).

³ La nota metodologica del Progetto *Re-Jus* è disponibile alla pagina <https://www.rejus.eu/content/materials>. Lo studio del dialogo tra Corti mediante la osservazione del ciclo di vita dei casi e del relativo impatto sulle giurisprudenze nazionali trova nel Database dedicato un fondamentale strumento di comparazione (<https://www.fricore.eu/content/database-index>). La metodologia riflette l'attenzione che, non da ora, la scienza giuridica riserva al dialogo tra le corti quale strumento di costruzione di una cultura giuridica europea. Sul tema: B. DE WITTE, J.A. MAYORAL, U. JAREMBA (a cura di), *National Courts and EU Law – New Issues, Theories and Methods*, Cheltenham, 2016; M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a costituzione*, in *Enc. dir., Annali*, IX, 2016, 391 ss., part. 473 ss.; F. CAFAGGI, S. LAW (a cura di), *Judicial Cooperation in European Private Law*, Cheltenham, 2017; M. LOTH, *Who Has the Last Word?*, in *Eur. Rev. Priv. L.*, 2017, 45 ss.; B. NASCIBENE, I. ANRÒ, *La tutela dei diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte di giustizia: nuove sfide, nuove prospettive*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2, 2017, 323 ss.; G. VETTORI, *Il diritto privato europeo fra legge, Corti e diritti*, cit., 1341 ss.

⁴ Per ciascuna di queste aree sono stati preparati manuali casistici (*Casebooks*), comprensivi di note comparative sull'impatto della giurisprudenza europea nelle giurisprudenze nazionali, e linee guida sintetiche (*Guidelines*). I lavori sono disponibili alla pagina <https://www.rejus.eu/content/materials>.

all'inquadramento teorico dei temi affrontati, privilegiano un approccio fortemente orientato alla soluzione di questioni concrete. In essi la metodologia gius-comparatistica tende a fornire importanti strumenti di comprensione al giudice, quando questi si confronta con principi di diritto enunciati dalla Corte europea in relazione a un determinato contesto giuridico e istituzionale, quale quello del paese del giudice referente, ove diverso dal proprio.

L'idea di un volume che raccogliesse alcuni dei contributi realizzati in questi anni è nata dall'esigenza di rendere disponibili i risultati di una riflessione scientifica, che solo in parte ha trovato spazio nei lavori destinati alla formazione giudiziaria, pur costituendone premessa e apporto del tutto integrati con il percorso formativo.

Il volume è dunque rivolto ai giudici, in quanto prosegue in diverso formato (e diversa lingua)⁵ quella interazione dialogica avviata nel percorso formativo e mai esaurita in quella sede. Senza tacere dei risvolti applicativi sottesi ai principali arresti europei, la riflessione svolta invita il giudice a ricercare i fondamenti dei poteri e dei doveri connessi al suo ruolo di interprete e 'autore' del diritto europeo, nonché a esplorare future occasioni di dialogo con la Corte di giustizia.

Il volume è altresì rivolto a chi è impegnato nella ricerca. In tal senso intende offrire nuovi spunti al dibattito scientifico sul dialogo tra le corti europee e nazionali, con particolare attenzione all'impatto prodotto dalla giurisprudenza europea anche in ordinamenti diversi da quelli a cui, in prima battuta, si riferiscono le questioni pregiudiziali presentate. Riflette inoltre sulle possibili implicazioni che questo dialogo può determinare nei più recenti sviluppi delle tutele multilivello, che sempre più coinvolgono le autorità amministrative al fianco dei giudici. Agli accademici non si propone solo una riflessione scientifica, bensì un in-

Nell'ambito dei progetti in corso (in particolare, FriCoRe, <https://www.fricore.eu/content/materials>), lavori analoghi saranno pubblicati sui temi della non discriminazione e del diritto alla salute, così come su tematiche trasversali alla tutela dei diritti (come il rapporto tra tutele individuali e tutele collettive, sia in ambito giurisdizionale che amministrativo).

⁵ Tra i lavori realizzati nell'ambito del progetto *Re-Jus*, prevalentemente pubblicati in lingua inglese, compaiono anche manuali casistici rivisitati nella prospettiva e nella lingua di alcuni dei paesi partner (in particolare, Italia e Francia).

vito a confrontarsi con una metodologia di ricerca orientata alla formazione e con una metodologia di formazione basata sulla ricerca⁶, ciò in vista di un possibile interesse di queste pagine per la stessa didattica universitaria, lungo direttrici che sempre più coniugano didattica, ricerca e c.d. terza missione delle università⁷.

2. Tutela effettiva dei diritti, 'principio' e 'fine' nel dialogo tra corti

Il diritto a un ricorso effettivo è sancito quale diritto fondamentale dalla Carta di Nizza e come diritto costituzionalmente protetto nel quadro delle tradizioni costituzionali comuni degli Stati Membri, come attestato, tra i molti, dall'art. 24 della Costituzione italiana⁸. La Convenzione Europea ne fa un perno essenziale della salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali lì riconosciute⁹. Nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo il diritto a tutela è necessario corollario del principio di uguaglianza davanti alla legge (art. 7) e la sua

⁶ Le due espressioni non coincidono ma sono collegate, rievocando entrambe quello strettissimo legame tra ricerca e insegnamento che è alla base della vocazione di ogni Università. Cfr. R. BURCH, *Jaspers' Concept of the University*, in *Canadian Journal of Higher Education*, 3, 1976, 13 ss.

⁷ L'idea di una ricerca 'con e per la società' è alla base del programma europeo della ricerca noto sotto il titolo di Horizon 2020.

⁸ A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, IV ed., Milano, 2003, 1 ss.; G. VETTORI, *Effettività delle tutele (diritto civile)*, in *Annali Enc. Dir.*, X, 2017, 381 ss.; L. BREGGIA, *La giustizia del XXI secolo dentro e fuori la giurisdizione: una riflessione sul principio di effettività*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2, 2016, 715 ss.; M. LIBERTINI, *Le nuove declinazioni del principio di effettività*, in *Eur. Dir. Priv.*, 4, 2018, 1071 ss.; A. CARRATA, *Tecniche di attuazione dei diritti e principio di effettività*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1, 2019, 1 ss.

⁹ Gli artt. 6 e 13, CEDU, rispettivamente in tema di diritto di accesso alla giustizia e di diritto a un rimedio effettivo, devono essere letti in combinazione con il principio di sussidiarietà di cui all'art. 35, CEDU, per cui lo scrutinio della Corte sull'effettiva esistenza di forme di tutela in ambito nazionale è parte essenziale delle garanzie che la Convenzione intende assicurare a protezione di diritti che siano concreti ed effettivi e non teorici ed illusori (così la Corte in *Scordino c. Italia* (n. 1) [GC], 29 marzo 2006, § 192).

effettività è sancita con particolare riferimento a diritti e libertà fondamentali riconosciuti dalla legge o dalla costituzione (art. 8).

La natura fondamentale e costituzionale del diritto a una tutela effettiva porta con sé la complessità del ruolo che gli è proprio: un diritto servente e non per questo asservito, deputato a rafforzare e in qualche caso a dar voce ad altri diritti, fondamentali e non, che diversamente ne sarebbero privi o quasi. Non si tratta di una rivincita del diritto processuale sul diritto sostanziale, ma della presa d'atto che a poco servirebbe una proclamazione di diritti se non accompagnata da un impegno alla loro attuazione nei modi e nelle forme (non solo processuali) a ciò deputati¹⁰. E altrettanto debole sarebbe la proclamazione di un diritto a tutela se non accompagnata dall'attributo dell'effettività¹¹.

Nella tradizione giuridica interna, il principio di effettività della tutela porta esso stesso a rivedere il rapporto tra diritti e processo¹² e apre

¹⁰ A. DI MAJO, *Tutela (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XLV, 1992, 361 ss. Sull'antecedenza del piano sostanziale rispetto a quello rimediabile, I. PAGNI, *Effettività della tutela giurisdizionale*, in *Annali dell'Enciclopedia del diritto*, X, 2017, 355 ss., part. 359; G. VETTORI, *Effettività delle tutele*, cit., 387 ss. In giurisprudenza: Cass, sez. un., 23 dicembre 2008, n. 30254, punto 13.3 («La tutela giurisdizionale si dimensiona su quella sostanziale e non viceversa»). V. anche Cass., sez. un., 19 marzo 2014, n. 6313, dove si afferma che il principio di effettività «esige perciò che tali situazioni giuridiche soggettive, fatte valere e definitivamente riconosciute in sede giurisdizionale, siano “realizzate” in favore del suo titolare, secondo adeguati strumenti predisposti dall'ordinamento, con l'ottenimento del “bene della vita” che ne costituisce l'oggetto, ovviamente fin dove giuridicamente possibile».

¹¹ Cfr. C. cost., 8 settembre 1995, n. 419: «Una decisione di giustizia che non possa essere portata ad effettiva esecuzione (eccettuati i casi di impossibilità dell'esecuzione in forma specifica) altro non sarebbe che un'inutile enunciazione di principi, con conseguente violazione degli artt. 24 e 113 Cost., i quali garantiscono il soddisfacimento effettivo dei diritti e degli interessi accertati in giudizio nei confronti di qualsiasi soggetto». V. anche CtEDU, Grande Camera, 29 marzo 2006 (*Cocchiarella c. Italia*).

¹² A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, cit., 4 ss.; S. MAZZAMUTO, *La prospettiva dei rimedi in un sistema di civil law: il caso italiano*, in *Contr. Impr.*, 3, 2019, 831 ss. Cfr. in giurisprudenza C. cost. 18 aprile 2019, n. 98, in cui, rimarcandosi la distinzione tra tutela giurisdizionale e diritto soggettivo al rimedio, si esclude l'illegittimità costituzionale della disciplina sul Fondo di garanzia delle vittime della strada per danni causati da veicoli non identificati, là dove esclude il risarcimento del danno alle cose nel caso in cui non vi sia danno grave alla persona, posto che in tal caso limitato è il solo aspetto sostanziale dell'ampiezza del diritto al risarcimento e non la tutela giurisdizionale.

la strada al riconoscimento di un diritto giurisprudenziale a complemento del diritto positivo, di cui si respinge una lettura formalista e incurante degli esiti prodotti dalle norme¹³. In questa prospettiva, l'effettività è intesa come idoneità del diritto a essere concretamente applicato e, in quanto riferita all'apparato giurisdizionale, come

necessità che il processo garantisca la soddisfazione dell'interesse sostanziale senza limiti o esclusioni che non siano imposti dal prevalere di valori ritenuti superiori dall'ordinamento, o da condizioni di impossibilità materiale¹⁴.

Già in questa prospettiva, che affonda le sue radici nell'insegnamento chiovendiano per cui il processo deve dare al titolare del diritto «tutto e proprio quello» che il diritto sostanziale riconosce quale contenuto del diritto¹⁵, l'effettività è strumento di individuazione del «rimedio adeguato al soddisfacimento del bisogno di tutela di quella specifica, unica, talvolta irripetibile situazione sostanziale di interesse giuridicamente tutelato»¹⁶.

Il principio di effettività concorre così, insieme ad altri principi generali, all'opera di determinazione di strumenti di tutela là dove il legislatore, come spesso accade, non definisce la specifica misura di rea-

¹³ Cass., 17 settembre 2013, n. 21255 («[i]l principio processual-civilistico sancito dall'art. 100 c.p.c., e [...] quelli costituzionali dell'effettività della tutela in giudizio (art. 24 Cost.) e del giusto processo (art. 111 Cost.) [...] impediscono ogni interpretazione normativa di tipo formalistico e al tempo stesso sciocamente defatigante rispetto ai tempi della decisione»), su cui ampiamente G. VETTORI, *Effettività delle tutele*, cit., 390 ss.; Cass., 22 novembre 2016, n. 23710, dove, coniugandosi il principio di effettività della tutela con l'art. 111, Cost., e l'art. 6, CEDU, si esclude che la legittimazione passiva del Fondo di garanzia delle vittime della strada per danni causati da veicoli non identificati venga meno per la sopravvenuta identificazione del responsabile, dovendosi altrimenti ritenere che l'attore sia costretto ad instaurare un nuovo e separato giudizio.

¹⁴ I. PAGNI, *Effettività della tutela giurisdizionale*, cit., 355 ss. Su questo bilanciamento, improntato al principio di proporzionalità, cfr. C. cost., 30 maggio 2016, n. 121.

¹⁵ G. CHIOVENDA, *Dell'azione nascente dal contratto preliminare*, in *Riv. dir. Comm.*, 1, 1911, 99 ss.

¹⁶ Cass., 17 settembre 2013, n. 21255. In dottrina: I. PAGNI, *Effettività della tutela giurisdizionale*, cit., 355 ss.; G. VETTORI, *Effettività delle tutele (diritto civile)*, cit., 390 ss.

zione alla violazione del diritto ovvero dipana una più o meno ampia gamma di opzioni rimediali¹⁷. Più critico è il ruolo del principio di effettività in ipotesi in cui il legislatore compie una scelta atta a precludere l'accesso a taluni specifici rimedi a favore di altre misure, considerate più 'idonee'¹⁸. Sotto questo profilo la giurisprudenza ha avuto modo di esprimersi in più occasioni, valutando la legittimità costituzionale del limite legislativo, là dove previsto, e temperando gli effetti del principio di effettività con il criterio della ragionevolezza¹⁹ o con il principio di proporzionalità²⁰. Su questo bilanciamento si avrà modo di tornare oltre²¹.

¹⁷ G. VETTORI, *L'attuazione del principio di effettività. Chi e come*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 3, 2018, 939 ss. La minore o maggiore specificità delle norme relative a misure, rimedi e sanzioni dipende dal diverso operare del principio di legalità nei diversi contesti (amministrativo o giudiziario, civile, penale o amministrativo) in cui la tutela è accordata. Sul tema, anche con riferimento alla tipicità delle sanzioni e all'atipicità dei rimedi, v. il contributo di Fabrizio Cafaggi nella terza parte di questo volume.

¹⁸ Cfr. Cass., 17 settembre 2013, n. 21255. In dottrina: I. PAGNI, *Effettività della tutela giurisdizionale*, cit., 356; G. VETTORI, *Effettività delle tutele (diritto civile)*, *Annali Enc. Dir.*, X, 2017, 380.

¹⁹ C. cost., 25 giugno 2019, n. 160: «[i]l legislatore ben può, nell'esercizio della sua discrezionalità, prevedere un meccanismo di tutela anche solo risarcitorio-monetario (sentenza n. 303 del 2011), purché un tale meccanismo si articoli nel rispetto del principio di ragionevolezza (sentenza n. 194 del 2018) (...) La sentenza (...) giudica il rimedio risarcitorio di regola idoneo a garantire un'attitudine riparatoria adeguata».

²⁰ C. cost., 13 dicembre 2019, n. 271, la quale ricorda come la Corte EDU lasci all'autonomia degli Stati membri un certo margine di apprezzamento nella configurazione del diritto di accesso a un tribunale e, in particolare, nella previsione di eventuali limiti, a condizione che siano posti per uno scopo legittimo, rispettino il principio di proporzionalità e non abbiano l'effetto di rendere impossibile od oltremodo difficile l'esercizio del diritto convenzionale (tra le tante, CEDU, prima sezione, *Dimitras c. Grecia*, 19 aprile 2018).

In altro ambito, cfr. Cass., sez. un., 16 gennaio 2018, n. 898, dove la Corte applica il principio di proporzionalità alla nullità per difetto di sottoscrizione di una delle parti, considerando sproporzionato il ricorso alla nullità (in cui si riconosce una natura sanzionatoria) in ipotesi di nullità c.d. relativa in quanto tesa a proteggere in primo luogo l'interesse particolare della parte debole, già sottoscrittente.

Sul rapporto tra ragionevolezza e proporzionalità cfr. N. LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017, 18 ss.

²¹ V. *infra* par. 3.3.

Saldamente ancorato al dettato costituzionale, il principio di effettività della tutela ha permeato ampie aree del diritto, non solo processuale. Operando come «criterio di integrazione e di correzione del diritto vigente»²², ha determinato trasformazioni profonde nell'apparato dei rimedi civilistici e portato a un radicale ripensamento del rapporto tra diritti e tutele²³. In nome dell'effettività, la tutela inibitoria è uscita dalla nicchia delle misure eccezionali per divenire strumento di reazione tempestiva e in taluni casi di vera e propria prevenzione a tutela di diritti soggettivi (fondamentali e non) e di interessi legittimi²⁴; il risarcimento del danno da lesione dell'interesse legittimo è stato alleggerito dell'onere della previa impugnazione del provvedimento amministrativo illegittimo²⁵; il risarcimento del danno non patrimoniale è assunto a presidio, minimo sì ma insopprimibile, dei diritti inviolabili della persona²⁶; la tutela collettiva, non più baluardo dell'*enforcement* pubblico, si

²² Così C. cost., 12 marzo 2007, n. 77, in *Foro it.*, 2007, I, c. 1013.

²³ W. VAN GERVEN, *Of Rights, Remedies and Procedures*, in *Comm. Mkt. L. Rev.*, 3, 2000, 500 ss.; D. FRIEDMANN, *Rights and Remedies*, in N. COHEN, E. MCKENDRICK (a cura di), *Comparative Remedies for Breach of Contract*, Oxford, 2005, 3. Nel panorama italiano, v., da ultimi: G. GRISI (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti. Omaggio a Salvatore Mazzamuto a trent'anni dal convegno palermitano*, Napoli, 2019; S. MAZZAMUTO, *La prospettiva dei rimedi in un sistema di civil law: il caso italiano*, cit., 831 ss.

²⁴ Su questi ultimi v. C. cost., 10 maggio 2002, n. 179. Sul fondamento costituzionale della tutela inibitoria, radicato nell'art. 24 Cost., A. DI MAJO, *Tutela (dir. priv.)*, cit., 388 ss.; nonché, anche in uno scritto recente, A. PROTO PISANI, *Quattro brevi lezioni sul processo civile*, in *Riv. Dir. Proc.*, 4-5, 2016, 926 ss.; S. MAZZAMUTO, *La prospettiva dei rimedi in un sistema di civil law*, cit., 831 ss.; M. LIBERTINI, *Le nuove declinazioni del principio di effettività*, cit., 1071 ss.; F. CAFAGGI, H.W. MICKLITZ, *Collective enforcement of consumer law: a framework for a comparative assessment*, in *Eur. Rev. Priv. L.*, 3, 2008, 391 ss.

²⁵ Cass., sez. un., 23 dicembre 2008, n. 30254, su cui anche G. VETTORI, *Effettività delle tutele (diritto civile)*, cit., 391 ss.

²⁶ C. cost., 27 giugno 1984, n. 186; Cass., sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972. Sul tema, A. DI MAJO, *Tutela (dir. priv.)*, cit., 371 ss., dove si collega questa giurisprudenza all'art. 24 Cost., nonché, per una lettura in chiave di effettività, E. NAVARRETTA, *Diritti inviolabili e responsabilità civile*, in *Annali Enc. Dir.*, VII, 2014, 343 ss., part. 375 ss.

è aperta all'uso dei rimedi civilistici a favore di interessi diffusi e diritti individuali omogenei²⁷.

Questo volume esamina tali trasformazioni guardando al principio di effettività nel diverso quadro del diritto europeo. Se ne illustreranno dunque le implicazioni rispetto alla tutela di diritti che trovano la loro fonte in regolamenti e direttive dell'UE. Invece che marcare la distanza tra un diritto dei diritti (di matrice europea) e un diritto delle tutele (di matrice nazionale), la dimensione europea porta a scoprire nuove relazioni e nuovi adattamenti nei sistemi nazionali, taluni dei quali destinati ad espandere i loro effetti oltre gli ambiti di competenza europea. Motore di simili trasformazioni è per lo più la giurisprudenza, spesso quella del giudice comune come giudice europeo²⁸. Ad essa si guarderà in questo volume, scritto non a caso con il contributo degli stessi giudici.

2.1. Principio di effettività e diritto dell'Unione europea

Prima ancora di entrare tra le norme del Trattato e rappresentare uno dei capisaldi della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, il principio di effettività è da annoverarsi tra i principi generali del diritto

²⁷ Si veda in particolare, in ambito europeo, Dir. 99/22/EC, ora oggetto della proposta di modificazione nel contesto del *New Deal for Consumers* (v. proposta di Direttiva relativa alle azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori, COM/2018/184 final), nonché, nel diritto italiano, la l. n. 31/2019 in materia di azione di classe. Sul tema riflettono, da diverse prospettive, Fabrizio Cafaggi e Federica Casarosa nei contributi contenuti in questo volume. In giurisprudenza, sulla legittimazione ad agire delle associazioni al di fuori dei casi espressamente previsti dalla legge, definita alla luce del parametro costituzionale di cui all'art. 24 Cost., v. Cons. St., ord. RG 2885 del 2017, 26 settembre 2019.

²⁸ F. CAFAGGI, *On the Transformations of European Consumer Enforcement Law: Judicial and Administrative Dialogues, Instruments and Effects*, in F. CAFAGGI, S. LAW (a cura di), *Judicial Cooperation in European Private Law*, cit., 223 ss.; ID., *Towards Collaborative Governance of European Remedial and Procedural Law?*, in *Theoretical Inquiries L.*, 1, 2018, 235 ss. E. NAVARRETTA, *Costituzione, Europa e diritto privato. Effettività e Drittwirkung ripensando la complessità giuridica*, Torino, 2017, 31 ss. (dove si attribuisce ai giudici ordinari un vero e proprio ruolo di coordinamento tra Carta dei diritti, costituzioni nazionali e discipline orizzontali rientranti nelle competenze dell'Unione e li si qualifica come «punti di connessione fra le corti al vertice e punti di ricaduta dei relativi conflitti»).

europeo, di cui la Corte di Lussemburgo ha fatto ampia applicazione in nome di quelle tradizioni costituzionali comuni poi richiamate nell'articolo 52(4) della Carta e nell'art. 6, TUE²⁹. È su queste basi che vanno ricercate le radici dell'art. 19, TUE, e dell'art. 47, Carta, che a loro volta impegnano gli Stati Membri a stabilire i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione (art. 19, TUE) e ad assicurare il ricorso effettivo a un giudice imparziale a chiunque subisca la lesione di diritti e libertà garantiti dall'Unione (art. 47, Carta). In tal senso il principio opera sul doppio crinale dell'effettività della norma e dell'effettività del rimedio³⁰.

Proprio per lo stretto legame che unisce la formulazione degli articolati con il sistema di principi generali da tempo sviluppato dalla Corte di giustizia, l'interpretazione di queste norme finisce per trovare il suo referente naturale nelle decisioni della Corte³¹. Non a caso, e pur con

²⁹ N. REICH, *General Principles of EU Civil Law*, Cambridge-Antwerp-Portland, 2014, 89 ss.; ID., *The Principle of Effectiveness and EU Contract Law*, in J. RUTGERS, P. SIRENA (a cura di), *Rules and Principles in European Contract Law*, Cambridge-Antwerp-Portland, 2015, 45 ss.; A. HARTKAMP, *European Law and National Private Law*, Cambridge, 2016, 100 ss.

³⁰ Sulla distinzione tra due fasi della giurisprudenza europea, una incentrata sulla salvaguardia dell'effetto utile del diritto dell'Unione, l'altra sulla tutela giurisdizionale effettiva, N. TROCKER, *Il diritto processuale europeo e le «tecniche» della sua formazione: l'opera della Corte di Giustizia*, in *Europa e dir. priv.*, 2, 2010, 361 ss. Cfr. sul tema anche E. NAVARRETTA, *Costituzione, Europa e diritto privato*, cit., 29 ss.; M. LIBERTINI, *Le nuove declinazioni del principio di effettività*, cit., 1071 ss., che, a fronte di una progressiva affermazione della effettività intesa in chiave soggettiva (e dunque di tutela del singolo), auspica un recupero del «primato della concezione oggettiva (ordinamentale) del principio di effettività».

³¹ A partire dalle ben note C. giust. UE, 16 dicembre 1976, C-33/76, *Rewe*; C. giust. UE, 16 dicembre 1976, C-45/76, *Comet*; C. giust. UE, 15 maggio 1986, C-222/84, *Johnston*. Amplissima la letteratura; ci si limita ai richiami principali: T. TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, Oxford, 2006, 419; N. REICH, *General Principles of EU Civil Law*, cit., 90 ss.; N. TROCKER, *Il diritto processuale europeo e le «tecniche» della sua formazione: l'opera della Corte di Giustizia*, cit., 361 ss.; O.O. CHEREDNYCHENKO, *Public and Private Enforcement of European Private Law: Perspectives and Challenges*, in *Eur. Rev. Priv. L.*, 4, 2015, 481 ss.; C. MAK, *Rights and Remedies – Article 47 EUCFR and Effective Judicial Protection in European Private Law Matters*, in H.W. MICKLITZ (a cura di), *Constitutionalization of European Private Law*, Oxford, 2014, 236; H.W. MICKLITZ, *The Transformation of Enforcement*

qualche diversità di vedute, la Corte stessa ribadisce una sostanziale continuità tra principio di effettività della tutela e diritto al ricorso effettivo ex art. 47, Carta³². Peraltro, va ancora intesa nel senso della continuità la lettura estensiva del principio di effettività, suscettibile di applicazione anche là dove non sia in gioco la tutela di uno specifico diritto riconosciuto dall'Unione, ma l'attuazione di un dovere, sia questo ancorato o meno al riconoscimento di un diritto o una libertà che vi faccia da contrappeso³³. Ugualmente in senso estensivo va colto l'operare del principio di effettività della tutela quando lo si applica a procedure extragiudiziarie che, per quanto collegate a possibili e successive fasi giurisdizionali, presentano natura diversa (es. volontaria o amministrativa)³⁴.

Non è dunque un caso che, a vent'anni dall'adozione della Carta e a più di dieci anni dal Trattato che ha attribuito ad essa la natura di norma

in European Private Law: Preliminary Considerations, in *Eur. Rev. Priv. L.*, 4, 2015, 517; A. CARRATTA, *Libertà fondamentali del Trattato UE e processo civile*, in F. MEZZANOTTE (a cura di), *Le 'libertà fondamentali' dell'Unione europea e il diritto privato*, Roma, 2016, 199 ss.; G. VETTORI, *The Fair Contract in the Constitutional System: Principles as an Imperative Content of Codified Rules in the Italian Case-Law*, in *Eur. Rev. Contr. L.*, 1, 2016, 1 ss., part. 16 ss.; F. CAFAGGI, *On the Transformations of European Consumer Enforcement Law*, cit., 223 ss.; ID., *Towards Collaborative Governance of European Remedial and Procedural Law?*, cit., 235 ss.; B. NASCIMBENE, I. ANRÒ, *La tutela dei diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, cit., 323 ss.

³² V. part. C. giust. UE, 27 febbraio 2018, C-64/16, *Associação Sindical dos Juízes Portugueses*, par. 35: «Il principio di tutela giurisdizionale effettiva dei diritti che i singoli traggono dal diritto dell'Unione, cui fa riferimento l'articolo 19, paragrafo 1, secondo comma, TUE, costituisce, infatti, un principio generale di diritto dell'Unione che deriva dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, che è stato sancito dagli articoli 6 e 13 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, e che è attualmente affermato all'articolo 47 della Carta».

³³ S. PRECHAL, *The Court of Justice and Effective Judicial Protection: What Has the Charter Changed?*, in C. PAULUSSEN ET AL. (a cura di), *Fundamental Rights in International and European Law: public and private law perspectives*, The Hague, 2016, 143 ss. In tal senso, nella dottrina italiana, anche M. LIBERTINI, *Le nuove declinazioni del principio di effettività*, cit., 1071 ss.

³⁴ L. BREGGIA, *La giustizia del XXI secolo dentro e fuori la giurisdizione: una riflessione sul principio di effettività*, cit., 715 ss. Sul tema, v. *amplius* oltre, par. 3.1.

di legislazione primaria, il principio di tutela effettiva sia invocato più frequentemente dell'art. 47³⁵. Eppure, è proprio il riconoscimento che del principio è stato effettuato nella Carta a ribadire la natura di diritto fondamentale, portando in risalto quella componente 'affermativa' che è alla base di molte trasformazioni del diritto (europeo e nazionale) nel campo della tutela dei diritti³⁶.

Sotto questo profilo può essere utile ricordare come, anche nella lettura giurisprudenziale europea, il principio di effettività della tutela è stato declinato secondo due accezioni destinate a completarsi reciprocamente³⁷: secondo un'accezione *lato sensu* 'negativa', il principio di effettività è stato ed è strumento di rimozione degli ostacoli posti dagli ordinamenti nazionali nel disegno delle procedure volte a realizzare la tutela dei diritti e delle libertà riconosciute dal diritto dell'Unione³⁸; per altro verso, la giurisprudenza ha colto un'accezione 'affermativa' o 'positiva' del principio di effettività, facendone strumento di riconoscimento di misure, rimedi e procedure atte a garantire una tutela piena

³⁵ È quanto emerge dall'analisi svolta nell'ambito dei progetti RE-Jus e FRiCoRe, ben esemplificata dalla raccolta contenuta nel Database richiamato sopra (v. nota n. 3).

³⁶ In taluni casi l'impatto del principio di effettività sulla giurisprudenza degli Stati membri tende peraltro a fuoriuscire dallo stesso ambito di applicazione della Carta, finendo per corroborare gli strumenti interpretativi del giudice nazionale anche nel caso in cui non applichi il diritto dell'Unione. Così, da ultima, Cass. 4 febbraio 2020, n. 2467, dove si richiamano le motivazioni del giudice di Lussemburgo per definire il "diritto ad avere un processo", come principio generale del diritto europeo riconosciuto dall'art. 47, Carta, pur avendo la Corte di Cassazione espressamente escluso che il caso di specie rientrasse nell'ambito di competenza del diritto dell'Unione.

³⁷ N. REICH, *General Principles of EU Civil Law*, cit., 91 ss.; T. TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, cit., 423; F. CAFAGGI, P. IAMICELI, *The Principles of Effectiveness, Proportionality and Dissuasiveness in the Enforcement of EU Consumer Law: The Impact of a Triad on the Choice of Civil Remedies and Administrative Sanctions*, in *Eur. Rev. Priv. L.*, 3, 2017, 575 ss.; E. NAVARRETTA, *Costituzione, Europa e diritto privato*, cit., 36 ss.

³⁸ C. giust. UE, 6 ottobre 2009, C-40/08, *Asturcom*, par. 38; C. giust. UE, 18 febbraio 2016, C-49/14, *Finanmadrid*, par. 40. In dottrina: T. TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, cit., 423; N. REICH, *The Principle of Effectiveness and EU Contract Law*, in J. RUTGERS, P. SIRENA (a cura di), *Rules and principles in European Contract Law*, cit., 45 ss.; A. HARTKAMP, *European Law and National Private Law*, cit., 100 ss.

ed efficace³⁹. In questa seconda accezione, ha indotto gli ordinamenti nazionali, attraverso l'azione dei giudici o dei legislatori, a dotarsi di nuovi strumenti o modificare quelli esistenti tenendo conto di nuove istanze di tutela e nuovi bilanciamenti⁴⁰. Interpretazione conforme e disapplicazione, per lo più mediate, seppure non necessariamente, dal rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, rappresentano gli strumenti impiegati dai giudici nazionali in questa difficile opera di composizione dei conflitti tra diritto europeo e diritto nazionale⁴¹.

³⁹ N. REICH, *General Principles of EU Civil Law*, cit., 97 ss.; A. HARTKAMP, *European Law*, cit., 99; G. VETTORI, *Effettività delle tutele (diritto civile)*, cit., 393. In giurisprudenza l'approccio è presente fin dalla decisione della C. giust. UE, 10 aprile 1984, Case C-14/83, *von Colson*, par. 23, dove la Corte afferma che gli Stati membri dovrebbero predisporre misure idonee a garantire una tutela giudiziaria reale ed effettiva.

Una pari articolazione del principio di effettività si coglie nella tradizione giuridica interna. Sul ruolo del principio di effettività come strumento di individuazione del rimedio oltre che come principio volto a garantire la rapidità e l'efficacia della risposta giudiziale, I. PAGNI, *Effettività della tutela giurisdizionale*, cit., 360 ss., dove si evidenzia il ruolo dell'art. 24, Cost., nell'orientare l'interpretazione delle norme sui rimedi in ipotesi in cui ne scaturisca un assetto rimediale lacunoso e incompleto. Sul tema, cfr. A. CARRATTA, *Tecniche di attuazione dei diritti e principio di effettività*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2019, 1 ss., part. 8, dove si mettono in luce tre componenti del principio di effettività: «a) come diritto di accesso alla tutela giurisdizionale; b) come diritto ad avere strumenti processuali che si conformino alla situazione da tutelare; c) come diritto ad ottenere la tutela in tempi ragionevoli».

⁴⁰ E. NAVARRETTA, *Costituzione, Europa e diritto privato*, cit., 28 ss.; F. CAFAGGI, P. IAMICELI, *The Principles of Effectiveness, Proportionality and Dissuasiveness*, cit., 577 ss.

⁴¹ C. TIMMERMANS, *Looking Behind the Scene of Judicial Cooperation in Preliminary Procedures*, in F. CAFAGGI, S. LAW (a cura di), *Judicial Cooperation in European Private Law*, cit., 33 ss.; M. SAFJAN, *Fields of Application of the Charter of Fundamental Rights and Constitutional Dialogues in the European Union*, *ibid.*, 51 ss. Sul tema, cfr. anche M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a costituzione*, cit., 449 ss.; C. CAMARDI, *Certezza e incertezza nel diritto privato contemporaneo*, Torino, 2017, 92 ss., dove si mette in luce come operazioni ermeneutiche presentate come di interpretazione conforme possano in concreto condurre ad esiti del tutto analoghi alla disapplicazione. Sul tema, cfr., da ultima, C. giust. UE, 4 marzo 2020, C-34/19, *Telecom*, in cui la Corte estende lo strumento della disapplicazione agli esiti di interpretazioni consolidate, affermando che «un giudice nazionale non può validamente ritenere di trovarsi nell'impossibilità di interpretare una disposizione nazionale conformemente al diritto dell'Unione per il solo fatto che tale disposizione sia stata interpretata in senso incompati-

In entrambe le accezioni, l'effettività della tutela ha dovuto confrontarsi con il diverso e altrettanto fondamentale principio della autonomia processuale degli Stati membri⁴². Quest'ultimo trova immediato riflesso nella competenza nazionale pressoché esclusiva in materia processuale. Né, del resto, il sistema di competenze dell'Unione può dirsi pregiudicato dall'operare del principio di effettività o dalla successiva entrata in vigore della Carta, come lo stesso art. 51(2) impone di ricordare⁴³. Ciò precisato, il rispetto del principio di sovranità non ha impedito il dispiegarsi di una copiosa giurisprudenza in tema di accesso a una tutela effettiva, se mai consentendo di riconoscere al principio *europeo* di effettività una capacità ancora più dirompente rispetto al suo omologo nazionale⁴⁴. La piena affermazione di un'efficacia diretta dell'art. 47,

bile con tale diritto, o applicata in una siffatta maniera da parte delle autorità nazionali competenti».

⁴² N. REICH, *General Principles of EU Civil Law*, cit., 90 ss. La Corte di giustizia sistematicamente associa l'affermazione di tale principio, per un verso, all'assenza di una disciplina europea in materia processuale, per l'altro, alla vigenza dei principi di effettività e di equivalenza, quali "corollari" del principio di autonomia (così, ad esempio, le Conclusioni dell'Avvocato Generale E. Sharpston, 31 ottobre 2019, C-507/18, *NH c. Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI – Rete Lenford*).

⁴³ Di qui la necessità di vagliare l'ambito di applicazione dell'art. 47, Carta, anche in ragione delle aree delle competenze del diritto dell'Unione (C. giust. UE, 26 febbraio 2013, C-617/10, *Fransson*; C. giust. UE, ord. 26 ottobre 2017, C-333/17, *Caixa Económica Montepio Geral*). Analogo limite ha la stessa Corte costituzionale, quando vaglia la legittimità costituzione di norme nazionali alla luce del parametro interposto di principi della Carta (v., da ultime, C. cost. 8 novembre 2018, n. 194; Cass., 4 febbraio 2020, n. 2467). In ciò i principi enunciati dalla Carta europea si distinguono, nella relazione con gli omologhi principi costituzionali interni, dai principi enunciati dalla Convenzione europea; cfr. C. cost. 21 dicembre 2018, n. 240, punto 2.3: «in ossequio all'art. 117, primo comma, Cost., il denunciato art. 55, comma 2, del t.u. finanza, al pari di ogni altra norma dell'ordinamento giuridico nazionale, deve rispettare i diritti e i principi garantiti dalla CEDU come sviluppati dalla giurisprudenza della Corte europea di Strasburgo: diritti e principi che non soffrono limitazioni per ambiti di competenza». Peraltro, come sopra evidenziato, la consapevolezza circa il limitato ambito di applicazione della Carta non impedisce al giudice di applicare quel nucleo minimo del diritto di accesso alla giustizia effettiva, di cui all'art. 47, CDFUE, almeno sotto il profilo del diritto a un giudice imparziale (v. Cass. 4 febbraio 2020, n. 2467, cit. sopra in nota 36).

⁴⁴ Sulla distinzione tra effettività in ambito nazionale e in ambito europeo, v. E. NAVARRETTA, *Costituzione, Europa e diritto privato*, cit., 159 ss.

Carta, anche nei rapporti inter-privati a cui si applicano norme dell'Unione, ha finito per rafforzarne ulteriormente l'incidenza nei sistemi nazionali⁴⁵.

Se il principio di effettività della tutela non è bastato a introdurre surrettiziamente una specifica competenza unionale in ambito processuale, la sua applicazione ha dunque concorso a influenzare non poco il diritto interno dei rimedi e delle procedure volte a garantire la tutela dei diritti⁴⁶. In molti casi ha determinato veri e propri stravolgimenti delle regole comunemente applicabili e in altri ha messo in crisi principi consolidati mediante un progressivo ampliamento di deroghe ed eccezioni a salvaguardia dei diritti riconosciuti dall'Unione. In via di prima approssimazione si può affermare che il principio di effettività ha ampliato i poteri del giudice nazionale, aggiungendo peraltro nuovi doveri e nuove responsabilità⁴⁷.

⁴⁵ C. giust. UE, 17 aprile 2018, C-414/16, *Egenberger*, par. 78 «(...) al pari dell'articolo 21 della Carta, l'articolo 47 di quest'ultima, relativo al diritto a una tutela giurisdizionale effettiva, è sufficiente di per sé e non deve essere precisato mediante disposizioni del diritto dell'Unione o del diritto nazionale per conferire ai singoli un diritto invocabile in quanto tale».

⁴⁶ Parla di “destrutturazione della normativa” C. CAMARDI, *Certezza e incertezza nel diritto privato contemporaneo*, cit., 100 ss. Sul tema cfr. P. BIAVATI, *Le categorie del processo civile alla luce del diritto europeo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 4, 2018, 1323 ss.

⁴⁷ F. CAFAGGI ET AL., *Re-Jus Guidelines for judges*, Trento, 2018, <https://www.rejus.eu/content/materials>, 6; M. LIBERTINI, *Le nuove declinazioni del principio di effettività*, cit.

Sul tema, da ultima, C. giust. UE, 4 marzo 2020, C-34/19, *Telecom*, in cui la Corte, richiamando i principi già espressi in *Köbler*, C-224/01, sull'estensione del principio di responsabilità degli Stati membri per i danni derivanti da violazioni del diritto dell'Unione, conclude che, là dove le norme processuali non possano interpretarsi in modo da escludersi nel caso di specie la formazione della cosa giudicata, pur non potendosi disapplicare un tale principio in virtù dell'autonomia procedurale degli Stati membri, non si può tuttavia «con ciò escludere la possibilità per gli interessati di far valere la responsabilità dello Stato al fine di ottenere in tal modo una tutela giuridica dei loro diritti riconosciuti dal diritto dell'Unione».

Esempio chiarissimo, nell'area consumeristica, è l'espansione dei poteri officiosi del giudice civile⁴⁸. A fronte di un principio dispositivo, fortemente radicato nel diritto processuale degli Stati membri, quei poteri sono assurti, nella prospettiva della Corte di giustizia, a *doveri* del giudice, peraltro idonei essi stessi a generare responsabilità⁴⁹. Ciò non solo in relazione all'accertamento d'ufficio della vessatorietà di clausole contrattuali, come costantemente ripetuto nella giurisprudenza degli ultimi venti anni⁵⁰, ma anche con riguardo ad altre violazioni del diritto dell'Unione, quali obblighi di informazione e pratiche commerciali scorrette⁵¹.

Le specifiche implicazioni derivanti dalle decisioni del giudice di Lussemburgo mutano da Stato a Stato e, finanche nell'ambito del medesimo Stato, possono variare in ragione della natura delle singole procedure⁵². Al giudice spetta il difficile compito di dare attuazione a tali

⁴⁸ A. BEKA, *The Active Role of Courts in Consumer Litigation: Applying EU Law of the National Courts' Own Motion*, Cambridge, 2018; B. FEKETE, A.M. MANCALEONI, *Application of primary and secondary EU law on the national courts' own motion*, in A. HARTKAMP, C. SIEBURGH, W. DEVROE (a cura di), *Cases, Materials and Text on European Law and Private Law*, Oxford, 2017, 421 ss.; J. WERBROUCK, *Another Brick in the Wall: The Court's Judgment in KdG/Kuijpers, 17 May 2018 [C-147/16]*, in *Eur. Rev. Priv. L.*, 1, 2019, 135 ss.

⁴⁹ Essenziali i richiami a C. giust. UE, 27 giugno 2000, C-240/98, *Océano Grupo Editorial* (sul potere di rilevazione *ex officio*); C. giust. UE, 4 giugno 2009, C-243/08, *Pannon* (in cui il poter si fa *dovere* di rilevazione); C. giust. UE, 28 luglio 2016, C-168/15, *Tomášová* (in tema di responsabilità per mancata di rilevazione della questione inerente alla violazione del diritto UE da parte del giudice).

⁵⁰ Su cui ampiamente: F. CAFAGGI, P. IAMICELI, C. ANGIOLINI, F. CASAROSA, A. VAN DUIN, M. GROCHOWSKI ET AL., *Re-Jus Casebook on Effective Justice in Consumer Protection*, Trento, 2018, <https://www.rejus.eu/content/materials>, 9 ss. Tra le ultime pronunce: C. giust. UE, 17 maggio 2018, C-147/16, *Karel de Grote*; C. giust. UE, 13 settembre 2018, C-176/17, *Profi Credit*; C. giust. UE, 20 settembre 2018, C-51/17, *OTP*; C. giust. UE, 4 settembre 2019, C-347/18, *Salvoni*; C. giust. UE, 19 dicembre 2019, C-453/18, C-494/18, *Bondora*; C. giust. UE, 11 marzo 2020, C-511/17, *Lintner*; C. giust. UE, 4 giugno 2020, C-495/19, *Kancelaria Medius SA*.

⁵¹ C. giust. UE, 21 aprile 2016, C-377/14, *Radlinger*; C. giust. UE, 7 novembre 2019, C-419/18, C-483/18, *Profi Credit (II)*; C. giust. UE, 19 settembre 2018, C-109/17, *Bankia*; C. giust. UE, 5 marzo 2020, C-679/18, *OPR Finance s.r.o.*

⁵² Di grande interesse è, ad esempio, sotto questo profilo, l'evoluzione della giurisprudenza europea in tema di effetti della vessatorietà della clausola e di possibile inte-

decisioni, tenendo conto delle specifiche caratteristiche del sistema di diritto processuale e sostanziale in cui opera. Questo spiegherebbe, almeno in parte, come, a partire da un medesimo arresto del giudice europeo, i giudici nazionali possano arrivare a conclusioni contrapposte, ad esempio, là dove si chiedono quali limiti incontrino i poteri (doveri) di rilievo officioso da parte del giudice di fronte a un altro caposaldo del diritto processuale nazionale, quale la *res judicata*⁵³.

Parimenti differenziati in ragione dei contesti istituzionali e normativi propri dei singoli Stati sono gli esiti del principio di effettività in altri campi del diritto sostanziale e processuale. Così, ad esempio, là dove la Corte di giustizia fa derivare dall'art. 47, Carta, e dal principio di effettività il diritto del richiedente la protezione internazionale di es-

grazione della stessa mediante applicazione di norme suppletive. Comparando diverse linee giurisprudenziali (es. C. giust. UE, 26 marzo 2019, C-70/17 e C-179/17, *Abanca*, per il filone spagnolo, e C. giust. UE, 30 aprile 2014, C 26/13, *Käsler*, e C. giust. UE, 14 marzo 2019, C-118/17, *Dunai*, per quello ungherese), si può osservare come, a seconda del tipo di legislazione nazionale adottata in risposta agli orientamenti della Corte di giustizia e dell'impatto, anche economico, prodotto dall'invalidità delle clausole sui singoli consumatori e sul mercato, i medesimi principi individuati dalla Corte possano condurre ad un uso più o meno restrittivo dell'integrazione del contratto, mettendo in luce talora (come accaduto in Spagna) l'emergere di diversi orientamenti tra corti di merito e corte suprema. Sul tema sia consentito il rinvio a P. IAMICELI, *Nullità parziale e integrazione del contratto: riflessioni sul diritto del consumatore a un rimedio effettivo, proporzionato e dissuasivo*, di prossima pubblicazione.

⁵³ Così, ad esempio, in relazione al c.d. "giudicato implicito", ammesso entro certi limiti dalla nostra giurisprudenza (Cass., 28 novembre 2017, n. 28318; Cass., sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242), ma escluso da una recente sentenza della corte costituzionale spagnola (sentenza del 18 febbraio 2019) in applicazione dei principi espressi dalla Corte di giustizia in *Banco Primus* (C. giust. UE, 26 gennaio 2017, C-421/14, *Banco Primus*). Sul tema è ancora pendente, proprio nella prospettiva del diritto processuale italiano, il caso C-831/19, *Banco di Desio e della Brianza SpA*, in cui il giudice si interroga sulla compatibilità della fattispecie del 'giudicato implicito' con l'art. 47, Carta. Del resto, il rapporto tra poteri officiosi del giudice e *res judicata* è tra gli snodi più complessi del confronto tra autonomia procedurale e principio europeo dell'effettività della tutela. Cfr. C. giust. UE, 6 ottobre 2009, C-40/08, *Asturcom*; C. giust. UE, 4 settembre 2019, C-347/18, *Salvoni*; C. giust. UE, 4 marzo 2020, C-34/19, *Telecom*. Sulla tenuta delle regole processuali in tema di *res judicata* rispetto al diritto UE, v. anche Cass. 28 marzo 2019, n. 8630. In dottrina, cfr. P. BIAVATI, *Le categorie del processo civile alla luce del diritto europeo*, cit., 1325.

sere ascoltato o ascoltato nuovamente davanti al giudice dell'impugnazione⁵⁴; oppure quando valuta l'effettività di quella protezione in ordinamenti in cui il giudice dell'impugnazione non può decidere nel merito della controversia ma solo dichiarare l'illegittimità del provvedimento impugnato⁵⁵.

In altri casi gli esiti del principio di effettività sono, a primo acchito, omogenei, in quanto fatti propri dal legislatore europeo in sede di regolamento, salvo poi determinare implicazioni differenziate nelle applicazioni nazionali. Tanto può osservarsi, ad esempio, in tema di tutela dei dati personali e di diritto alla cancellazione mediante deindicizzazione ad opera del motore di ricerca: un rimedio sostanzialmente 'creato' dalla Corte di giustizia in nome del principio di effettività⁵⁶ e poi fatto proprio dall'art. 17, GDPR, sulla cui estensione i giudici nazionali si confrontano tuttora⁵⁷.

Il principio di effettività della tutela non è peraltro il solo a limitare l'autonomia procedurale degli Stati membri. Regolarmente richiamato dalla Corte di giustizia al fianco di quello, anche il principio di equivalenza svolge questa funzione di limite al fine di assicurare una piena tutela dei diritti riconosciuti dall'Unione. Volto a impedire che a questi ultimi si dia accesso a forme di tutela più onerose di quelle già previste dagli ordinamenti nazionali in situazioni analoghe, il principio di equivalenza finisce per favorire una certa osmosi tra diritto processuale nazionale e diritto processuale di (indiretta) derivazione europea. Fondamentale, sotto questo profilo, il richiamo ai principi e alle clausole ge-

⁵⁴ V. M. MORARU et al., *Re-Jus Casebook on Effective Justice in Asylum and Immigration*, Trento, 2018, <https://www.rejus.eu/content/materials>, 59 ss.; nonché in questo volume i contributi di Davide Strazzari e di Madalina Moraru.

⁵⁵ M. MORARU ET AL., *Re-Jus Casebook on Effective Justice in Asylum and Immigration*, cit., 148 ss.; nonché in questo volume il contributo di Davide Strazzari.

⁵⁶ C. giust. UE, 13 maggio 2014, C-131/12, *Google Spain SL*, par. 84, su cui ampiamente S. CLAVEL ET AL., *Re-Jus Casebook on Effective Justice in Data Protection*, Trento, 2018, <https://www.rejus.eu/content/materials>, 143 ss. Sul tema cfr. B. NASCIMBENE, I. ANRÒ, *La tutela dei diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte di giustizia: nuove sfide, nuove prospettive*, cit., 323 ss.

⁵⁷ S. CLAVEL ET AL., *Re-Jus Casebook on Effective Justice in Data Protection*, cit., 147 ss. e 149 ss. Sul tema, successivamente, C. giust. UE, 24 settembre 2019, C-507/17, *Google LLC c. Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL)*.

nerali usati nel diritto nazionale anche al di fuori delle materie di competenza europea (es. il concetto di ordine pubblico, la cui violazione giustifica, secondo alcuni diritti nazionali, l'uso di poteri officiosi del giudice): ove tale richiamo assicuri una tutela più adeguata rispetto a quella specificamente prevista dal diritto nazionale per l'attuazione del diritto europeo, tale tutela deve essere resa disponibile anche a favore dei diritti riconosciuti dall'Unione⁵⁸.

In diverso modo, dunque, principio di effettività e principio di equivalenza concorrono ad orientare l'esercizio della sovranità (legislativa e non solo) degli Stati membri al fine di assicurare l'attuazione degli impegni da questi assunti nei confronti dell'Unione, nel rispetto del principio del primato del diritto europeo, da tempo elaborato dalla Corte di giustizia⁵⁹.

In tal senso sarebbe riduttiva una lettura che intendesse il principio di effettività, come principio generale del diritto europeo, quale mero riflesso delle tradizioni costituzionali comuni in diretta continuità con l'omologo principio riconosciuto dalle costituzioni nazionali⁶⁰. Nel complesso sistema di compenetrazione tra fonti nazionali e sovranazionali, tale continuità, lungi dall'essere un precipitato della storia, va costruita dinamicamente attraverso il lavoro quotidiano dell'interprete e il

⁵⁸ V., es., C. giust. UE, 30 maggio 2013, C-488/11, *Asbeek Brusse*, che ha riconosciuto l'art. 6, Dir. 93/13/CE come «norma equivalente alle disposizioni nazionali che occupano, nell'ambito dell'ordinamento giuridico interno, il rango di norme di ordine pubblico» e, su queste basi, ha ascrivito al giudice di appello il potere di valutare d'ufficio la vessatorietà di clausole contrattuali alla stregua di quanto già consentito dal diritto interno rispetto alle norme nazionali di ordine pubblico (così già C. giust. UE, 6 ottobre 2009, C-40/08, *Asturcom*). Tra le ultime pronunce, v. anche C. giust. UE, 9 luglio 2020, C-698/18, *SC Raiffeisen Bank SA*, in tema di decorso del termine di prescrizione dell'azione restitutoria conseguente all'accertamento di vessatorietà della clausola di un contratto del consumatore.

⁵⁹ Cfr., a partire dal celeberrimo caso *Costa v. Enel* (C-6/64), A. HARTKAMP, *European Law and National Private Law*, cit., 9 ss.

⁶⁰ Cfr. su questa prospettiva E. NAVARRETTA, *Costituzione, Europa e diritto privato*, cit., 159 ss., part. 160, dove l'Autrice osserva: «L'elemento caratterizzante di tale effettività [ndr: quella riconosciuta dalla Costituzione] è il suo fondamento assiologico, il suo alimentarsi ad una priorità gerarchica di valori che vincolano tutti i poteri dello Stato, il che la distanzia profondamente dall'effettività dell'Unione, che si alimenta ad una ripartizione di competenze fra Stati e Unione».

dialogo tra le corti di diverso livello e giurisdizione⁶¹. Si tratta di processo graduale e ancora incompiuto. Uno studioso lo ha icasticamente definito ispirandosi alle opere di Piet Mondrian e pensando al tocco armonico aggiunto dall'artista alla posa dei colori, atti a distinguere le diverse tonalità dei diritti fondamentali protetti dalla Carta, e al tratteggio delle linee, verticali prima e orizzontali poi, che, ancora mediante l'opera delle corti, hanno determinato l'efficacia diretta dei principi generali del diritto europeo sui diritti nazionali⁶².

Pur non potendo addentrarsi in un tema che richiederebbe ben altro approfondimento, il legame tra giurisprudenza europea e giurisprudenza costituzionale in ambito nazionale deve essere tenuto nella dovuta considerazione. La diversità delle prospettive, nel complesso sistema delle fonti e delle istituzioni deputate a farne applicazione, non esclude che il dialogo tra Corti possa favorire la crescita di una cultura giuridica europea; in essa tanto la Corte di giustizia dell'Unione quanto le corti nazionali (le corti 'supreme' e in modo diverso quelle di prima istanza) concorrono a quell'opera di determinazione giurisprudenziale di significato, sottesa all'applicazione dei principi generali e delle norme parzialmente indeterminate di cui sono pervase le costituzioni nazionali⁶³.

⁶¹ Tema connesso alla duplice natura costituzionale del principio di effettività, sia interna che europea, è quello della c.d. 'doppia pregiudizialità', su cui è intervenuta la ben nota decisione della C. cost., 14 dicembre 2017, n. 269; da ultime, C. cost., 21 marzo 2019, n. 63, nonché C. cost., 21 febbraio 2019, n. 20, richiamata anche da C. cost., 10 maggio 2019, n. 117, con particolare riguardo all'arricchimento degli strumenti di tutela dei diritti fondamentali indotti dal "concorso di rimedi giurisdizionali" deputati al vaglio di conformità delle leggi (il che "per definizione, esclude ogni preclusione").

⁶² Così, ispirato dall'opera di Mondrian, S. DE VRIES, *The Bauer et al. and Max Planck judgments and EU citizens' fundamental rights: An outlook for harmony*, in *European Equality L. Rev.*, 1, 2019, 16 ss.; v. anche S. PRECHAL, S. DE VRIES, *Seamless Web of Judicial Protection in the Internal Market?*, in *European Law Review*, 1, 2009, vol. 34, fasc. 5, 5 ss. Sull'efficacia diretta dell'art. 47, CDFUE, v. la decisione resa dalla Corte di giustizia nel caso *Egenberger*, citato sopra, nota n. 45.

⁶³ Cfr. C. cost. 10 maggio 2019, n. 117, là dove, sulla scia della precedente giurisprudenza (part. Cost. n. 20/2019 e ancor prima Cost. n. 269/2017) si riconosce alla Corte costituzionale la capacità «di contribuire, per la propria parte, a rendere effettiva la possibilità, di cui ragiona l'art. 6 del Trattato sull'Unione europea (TUE) [...] che i corrispondenti diritti fondamentali garantiti dal diritto europeo, e in particolare dalla CDFUE, siano interpretati in armonia con le tradizioni costituzionali comuni agli Stati

3. *Le principali questioni affrontate nel volume*

Partendo dalle premesse teoriche sopra accennate, il volume intende esaminare l'impatto prodotto dall'applicazione del principio di effettività della tutela, qui inteso come principio generale del diritto europeo, su forme, modi ed esiti di un dialogo giurisprudenziale multilivello: tra corti nazionali e corti europee; tra corti nazionali dello Stato, il cui giudice ha posto la questione pregiudiziale; tra corti nazionali di diversi Stati membri parimenti coinvolti nel dare attuazione ai principi applicati dalla Corte di giustizia.

Nei diversi contributi, relativi a vari ambiti del diritto europeo, ci si interrogherà su alcune questioni trasversali, riconducibili in estrema sintesi a quattro ordini di problemi:

- i) quale sia la portata del principio di effettività in un sistema di tutele multilivello, che sempre più includono forme e procedure di natura non giurisdizionale (amministrativa o volontaria) e se dunque il principio di effettività, testualmente riferito nella Carta e nelle norme del Trattato alla tutela giurisdizionale, debba ormai estendersi a tali forme;
- ii) come il principio di effettività stia mutando il ruolo del giudice con particolare riguardo all'ampliamento dei poteri officiosi e dei doveri di cooperazione nel processo, con implicazioni almeno potenzialmente rilevanti anche sul fronte della responsabilità;

membri, richiamate anche dall'art. 52, paragrafo 4, della stessa CDFUE come fonti rilevanti».

Sul ruolo del giudice in un sistema delle fonti in cui concorrono regole e principi, N. LIPARI, *Le fonti del diritto*, cit., 216 ss., e, più recentemente, ID., *Il diritto civile tra legge e giudizio*, cit., 93 ss.; C. CAMARDI, *Certeza e incertezza nel diritto privato contemporaneo*, cit., *passim*, part. 18 ss.; G. D'AMICO, *Appunti per una dogmatica dei principi*, in E. NAVARRETTA (a cura di), *Effettività e Drittwirkung: idee a confronto*, Torino, 2017, 71 ss.; G. VETTORI, *Il contratto fra clausole generali e principi*, *ibid.*, 135 ss.; da diversa prospettiva: M. LIBERTINI, *Le nuove declinazioni del principio di effettività*, cit.; incline a limitare il ricorso ai principi al solo caso della lacuna legislativa non colmabile per mezzo di analogia, C. CASTRONOVO, *L'aporia tra ius dicere e ius facere*, cit., 1006 ss. e 1010. Sull'applicazione diretta dei principi e in particolare del principio di effettività, si veda la profonda analisi svolta nel lavoro monografico di E. NAVARRETTA, *Costituzione, Europa e diritto privato*, cit., part. 5 ss., 85 ss. e 204 ss.

- iii) se e quale relazione esista tra effettività della tutela, intesa nella specifica accezione del diritto a un rimedio effettivo, e altri principi inerenti alla tutela, in particolare quelli di proporzionalità e dissuasività delle misure di protezione o sanzione;
- iv) se, proprio perché sviluppatosi in ben delimitate aree di competenza del diritto europeo, il principio di effettività debba conoscere applicazioni settoriali immuni da interferenze tra settori o se esso abbia tratti estendibili a più aree del diritto europeo (es. diritto dei consumatori, diritto del lavoro, protezione dei dati personali);
- correlativamente, se l'approccio intersettoriale sia favorito o comunque influenzato dalla natura fondamentale del diritto leso, per cui, ad esempio, certe applicazioni rafforzate del principio di effettività (es. in favore dell'adozione di misure cautelari) si giustifichino in modo particolare quando sono coinvolti diritti fondamentali a prescindere dal settore legislativo in cui si opera (es. diritto dei consumatori, diritto del lavoro o diritto dell'immigrazione).

3.1. *Effettività, accesso alla giustizia e tutele multilivello*

Tanto le tutele stragiudiziali, quanto quelle amministrative hanno acquistato una rilevanza crescente in quasi tutti i settori del diritto dell'Unione europea, compresi quelli considerati in questo volume⁶⁴. Per un verso, seppure in modo differente, entrambe sono concepite come potenziale strumento di deflazione della macchina giurisdizionale e dunque in funzione alternativa rispetto ad essa⁶⁵. Per altro verso, proprio in ragione della natura fondamentale del diritto all'accesso alla giustizia, tali forme di tutela assolvono una funzione tra loro comple-

⁶⁴ F. CAFAGGI, *Towards Collaborative Governance of European Remedial and Procedural Law?*, cit., 237 ss.; con riguardo agli ultimi approdi del diritto dei consumatori, si veda il contributo di Fabrizio Cafaggi nella prima parte di questo volume, nonché C. SCOTT, *Consumer Law, Enforcement and the New Deal for Consumers*, in *Eur. Rev. Priv. L.*, 6, 2019, 1279 ss.

⁶⁵ Cfr. C. giust. UE, 8 marzo 2010, C-317/08, C-318/08, C-319/08, C-320/08, *Alasini*.

mentare, che mai potrebbe dunque escludere il diritto di adire un tribunale per la tutela dei medesimi interessi⁶⁶.

Al titolare va dunque riconosciuto il diritto di impugnare davanti al giudice il provvedimento amministrativo che accerta ed eventualmente sanziona l'illecito o inibisce il protrarsi dell'atto e dei suoi effetti; in assenza di o in alternativa a un ricorso all'autorità amministrativa pur preposta alla tutela, a quel titolare va anche e comunque riconosciuto il diritto di rivolgersi all'autorità giurisdizionale⁶⁷.

Non solo. Lo stesso diritto europeo induce a vagliare l'effettività guardando al complesso delle tutele⁶⁸ e accettando che una articolazione delle forme possa, sì, determinare un qualche limite al diritto del

⁶⁶ Cfr. C. giust. UE, 14 giugno 2017, C-75/16, *Menini e Rampanelli*: «La direttiva 2013/11/UE (...) sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori (...), dev'essere interpretata nel senso che essa non osta a una normativa nazionale, come quella di cui al procedimento principale, che prevede il ricorso a una procedura di mediazione (...) come condizione di procedibilità della domanda giudiziale relativa a queste medesime controversie, purché un requisito siffatto non impedisca alle parti di esercitare il loro diritto di accesso al sistema giudiziario».

⁶⁷ Nella prospettiva del diritto interno, v., es, art. 27, co. 14 e 15, cod. cons., dove, a fronte dei poteri di accertamento, inibizione e sanzione riconosciuti all'AGCM contro le pratiche commerciali scorrette, si prevede il ricorso al giudice amministrativo per l'impugnazione dei provvedimenti di tale Autorità, ferma restando la giurisdizione del giudice ordinario in materia di atti di concorrenza sleale e pubblicità comparativa. O ancora, es., in tema di protezione dei dati personali, art. 140-*bis*, d.lgs. 196/2003, come modificato dal d.lgs. 101/2018, ai sensi del quale, qualora ritenga che i diritti di cui gode sulla base della normativa in materia di protezione dei dati personali siano stati violati, l'interessato può proporre reclamo al Garante o ricorso dinanzi all'autorità giudiziaria.

⁶⁸ Cfr., es., Considerando 6, Dir. 2014/104/UE in tema di danni da violazioni del diritto della concorrenza; Considerando 27, Dir. 2005/85/UE in tema di procedure per il riconoscimento e la revoca dello status di rifugiato. Nella prospettiva interna, cfr. I. PAGNI, *Effettività della tutela giurisdizionale*, cit., 380 s. Con riguardo a una diversa complementarietà tra giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa, v. Cass., sez. un., 23 dicembre 2008, n. 30254 (ove ulteriori riferimenti anche alla giurisprudenza costituzionale), secondo cui la giurisdizione va intesa in senso ampio alla stregua di una tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi che «comprende le diverse tutele che l'ordinamento assegna ai diversi giudici per assicurare l'effettività dell'ordinamento».

singolo di adire il giudice ma solo nel rispetto del principio di proporzionalità⁶⁹.

Se dall'effettività della tutela multilivello debba derivare un invito a o addirittura un obbligo di coordinamento esplicito tra tutele, è in verità ancora dibattuto⁷⁰. Il legislatore europeo configura obblighi di cooperazione (tra giudici, tra autorità amministrative indipendenti, tra gli uni e le altre), in qualche modo riconducibili a un obiettivo di coordinamento ispirato al principio di effettività della tutela⁷¹. Analoga matrice ha la giurisprudenza che discute del coordinamento di competenze riconducibili a diverse autorità amministrative operanti in settori contigui⁷². Il tema si interseca peraltro con quello delle garanzie di *ne bis in idem*, presidiate a loro volta dal principio di proporzionalità, che mai tollerebbe che una violazione sia sanzionata più volte con misure aventi la

⁶⁹ Così, richiamando espressamente in via analogica i principi applicati nel caso *Alassini*, C. giust. UE, 27 settembre 2017, C-73/16, *Puškár*, par. 62: «L'obbligo di esaurire i rimedi amministrativi disponibili integra pertanto, quale preconditione per la proposizione di un ricorso giurisdizionale, una restrizione del diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice ai sensi dell'art. 47 della Carta, la quale, conformemente all'art. 52, par. 1, della Carta, può essere giustificata soltanto se prevista dalla legge, se rispetta il contenuto essenziale di tale diritto e se, in osservanza del principio di proporzionalità, è necessaria e risponde effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui».

Nella giurisprudenza interna, cfr. sulla proporzionalità dei termini di decadenza per l'esercizio dell'azione giudiziaria, Cass., 4 febbraio 2020, n. 2467, con ampi richiami alla giurisprudenza delle corti europee.

⁷⁰ Il tema è ampiamente discusso in F. CAFAGGI, *Towards Collaborative Governance of European Remedial and Procedural Law?*, cit., 238 ss. e ulteriormente sviluppato nel contributo dello stesso Autore nella parte prima di questo volume.

⁷¹ Cfr., es., Reg. (UE) 2017/2394 sulla cooperazione tra le autorità nazionali responsabili dell'esecuzione della normativa che tutela i consumatori; GDPR, capo VII, sui meccanismi di cooperazione tra le autorità di controllo competenti in materia di protezione dei dati personali (su cui si veda il contributo di Chiara Angiolini in questo volume). Con riferimento al dovere di cooperazione nel diritto nella protezione internazionale, v. M. MORARU ET AL., *Re-Jus Casebook on Effective Justice in Asylum and Immigration*, cit., 15 ss.

⁷² C. giust., 13 settembre 2018, C-54/17, C-55/17, *AGCM c. Wind Tre s.p.a., Vodafone Italia s.p.a.*, su cui *amplius* P. IAMICELI, C. ANGIOLINI, C. PATERA ET AL., *Re-Jus Casebook. Il diritto europeo e la tutela effettiva del consumatore nel dialogo tra corti e autorità*, Trento, 2018, <https://www.rejus.eu/content/materials>, 129 ss.

medesima funzione (es. proprio quella sanzionatoria) benché irrogate in procedimenti diversi, uno di tipo amministrativo e l'altro di tipo giurisdizionale⁷³. Se questi principi si applichino alle sole sanzioni aventi funzione penale secondo la giurisprudenza delle corti europee o, su questa scia, anche alle altre misure, sanzionatorie o meno, e ai rimedi civilistici è questione di cui ci si occuperà in questo volume. Parimenti discussa sarà l'applicazione del principio di proporzionalità in presenza di misure e rimedi aventi funzioni affini ma non omogenee⁷⁴.

La complementarità tra tutela giurisdizionale e tutela amministrativa trova dunque i suoi riferimenti nel principio di effettività e in quello di proporzionalità. Effettività e proporzionalità guidano un processo di coordinamento destinato ad acquisire una rilevanza tanto maggiore quanto maggiore è lo spazio ritagliato dal legislatore europeo alle tutele collettive. Erogate sia da autorità amministrative sia da autorità giurisdizionali, gli strumenti di tutela collettiva richiedono uno specifico coordinamento non solo sul versante delle competenze dei singoli organi ma anche ai fini dell'accertamento dell'illecito e delle misure applicabili⁷⁵. Sotto questi profili, la giurisprudenza europea ha fatto ampio riferimento al principio di effettività, ciò al fine di temperare le opportune esigenze di buon funzionamento delle procedure deputate alla tutela collettiva con l'effettività di una tutela individuale, che, specie quando persegue distinte finalità, non può essere subordinata agli esiti di quella⁷⁶.

I contributi contenuti in questo volume mettono in luce le crescenti aperture giurisprudenziali verso una lettura sistemica del principio di

⁷³ C. eur. dir. u., 4 marzo 2014, *Grande Stevens et al. C. Italia*. V. anche, da ultima, C. cost., 10 maggio 2019, n. 117: «la questione se gli artt. 47 e 48 CDFUE, alla luce della rammentata giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo concernente l'art. 6 CEDU, impongano di riferire tale diritto anche a procedimenti amministrativi suscettibili di sfociare nell'irrogazione di sanzioni di natura "punitiva", non risulta essere stata mai affrontata dalla Corte di giustizia UE».

⁷⁴ Su entrambe le questioni, v. il contributo di Fabrizio Cafaggi nella terza parte di questo volume.

⁷⁵ F. CAFAGGI, *Towards Collaborative Governance of European Remedial and Procedural Law?*, cit., 239 ss.

⁷⁶ C. giust. UE, 14 aprile 2016, C-381/14, C-385/14, *Salès Sinuès*, su cui si veda il contributo di Federica Casarosa in questo volume.

effettività, la cui rilevanza impone al giudice di tenere conto dei molteplici livelli di tutela, pur nel rispetto delle specificità funzionali e nella considerazione dei costi di accesso alla giustizia in capo al singolo e alla collettività.

3.2. *Effettività della tutela, doveri di cooperazione e poteri del giudice*

Nella lettura giurisprudenziale europea, il principio di effettività della tutela ha determinato importanti trasformazioni nel ruolo del giudice nazionale. Il dovere di leale cooperazione, ora enunciato dall'art. 4, co. 3, TUE (come già dall'art. 10, TCE), vincola insieme all'Unione tutti gli Stati membri intesi nelle loro rispettive articolazioni istituzionali, di cui la magistratura è parte⁷⁷. La stessa Corte di giustizia, anche in pronunce recenti, ha espressamente riconosciuto l'applicazione di tale dovere nei confronti delle autorità nazionali deputate all'adozione di sanzioni o rimedi contro la violazione di norme del diritto europeo⁷⁸. Tale dovere trova nuova eco nel diritto secondario, quando ad esempio si definisce il ruolo dello Stato nell'accertamento dei presupposti della protezione internazionale e si prefigura una vera e propria cooperazione tra organi dello Stato deputati a tale accertamento e il richiedente⁷⁹. Anche in questo contesto, il dovere di cooperazione è strettamente connesso al principio di effettività della tutela⁸⁰.

⁷⁷ C. giust. UE, 27 febbraio 2018, C-64/16, *Associação Sindical dos Juízes Portugueses*, par. 32-34. V. anche B. NASCIBENE, I. ANRÒ, *La tutela dei diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte di giustizia: nuove sfide, nuove prospettive*, cit., 2017, 323 ss.

⁷⁸ C. giust. UE, 12 novembre 2019, C-261/18, *Commissione europea c. Irlanda*, par. 75.

⁷⁹ V. art. 4, Dir. 2011/95: «Gli Stati membri possono ritenere che il richiedente sia tenuto a produrre quanto prima tutti gli elementi necessari a motivare la domanda di protezione internazionale. Lo Stato membro è tenuto, in cooperazione con il richiedente, a esaminare tutti gli elementi significativi della domanda».

⁸⁰ Esplicito il nesso tra art. 4, co. 3, e art. 19, co. 1, TUE, in C. giust. UE, 6 luglio 2017, C-348/16, *Moussa Sacko*, par. 29; C. giust. UE, 27 settembre 2017, C-73/16, *Puškár*, par. 57; C. giust. UE, 27 febbraio 2018, C-64/16, *Associação Sindical dos Juízes Portugueses*, par. 34. Cfr. M. ACIERNO, M. FLAMINI, *Il dovere di cooperazione del giudice, nell'acquisizione e nella valutazione della prova*, in *Dir. imm. citt.*, 1,

Muovendo da questa prospettiva, il principio di effettività induce la Corte di giustizia a ridisegnare il ruolo del giudice, tenendo nella dovuta considerazione la reale capacità delle parti processuali di esercitare i diritti e dare attuazione agli oneri connessi al processo. Si ammette infatti che, in ragione di qualificate posizioni di debolezza, il giudice possa in qualche modo sopperirvi al fine di rendere effettivo quel diritto di adire il giudice e domandare un rimedio, che altrimenti resterebbe vano. Su questa scia, non a caso in un settore, quello consumeristico, caratterizzato da una strutturale asimmetria di potere tra le parti in causa, la Corte ha riconosciuto l'esistenza di quei poteri, poi assurti a doveri, di accertamento d'ufficio, a cui si è già accennato sopra⁸¹. Non solo il ruolo del giudice, in particolare quello civile, ne è profondamente trasformato, ma ne sono altresì accresciute le responsabilità, che la stessa giurisprudenza riconosce a fronte del mancato esercizio dei poteri (doveri) officiosi⁸².

In circostanze in cui l'asimmetria negoziale tra le parti, già sperimentata nel mercato, si fa asimmetria processuale, il dovere di accertare d'ufficio la violazione del diritto europeo diventa dunque strumento necessario per l'effettività della norma prima ancora di essere presidio del diritto individuale al rimedio effettivo⁸³. Con le parole della giuri-

2017; M. FLAMINI, *Il ruolo del giudice di fronte alle peculiarità del giudizio di protezione internazionale*, in *Quest. Giust.*, 2, 2018, 176 ss. Sul tema, v. anche i contributi di Davide Strazzari, Madalina Moraru e Martina Flamini in questo volume.

⁸¹ Si tratta di un'ampia gamma di doveri individuati progressivamente dalla Corte di giustizia: doveri di rilevare d'ufficio la questione inerente alla violazione del diritto europeo, doveri di adottare d'ufficio misure istruttorie al fine di accertare una simile violazione, dovere di consentire alla parte, in presenza di preclusioni processuali, di modificare la propria domanda prospettando il rimedio in concreto disponibile in alternativa a quello domandato, di cui non ricorrono i presupposti. V. i richiami giurisprudenziali svolti sopra in nota n. 49, nonché, *amplius*, F. CAFAGGI, P. IAMICELI, C. ANGIOLINI, F. CASAROSA, A. VAN DUIN, M. GROCHOWSKI, G. SABATINO ET AL., *Re-Jus Casebook on Effective Justice in Consumer Protection*, cit., 4 ss. Sul tema v. l'ampia e aggiornata rassegna giurisprudenziale nel contributo di D. Ungureanu in questo volume.

⁸² V. sopra, note n. 49-51 e testo corrispondente.

⁸³ Cfr. E. NAVARRETTA, *Costituzione, Europa e diritto privato*, cit., 29 ss. Il dibattito circa la natura della protezione consumeristica, se essenzialmente orientata a garantire il buon funzionamento del mercato o anche (se non soprattutto) a tutelare diritti, individuali e collettivi, di parti strutturalmente deboli in seno alle relazioni contrattuali,

sprudenza italiana, si assegna «al rilievo d'ufficio obbligatorio il carattere della irrinunciabile garanzia della effettività della tutela di valori fondamentali dell'organizzazione sociale»⁸⁴. In tal senso il principio di effettività, baluardo di una effettività della norma che altrimenti sarebbe compromessa, riesce a giustificare un attivismo giudiziario che, diversamente, sarebbe criticabile sotto il profilo dell'imparzialità del giudice⁸⁵. Non a caso in altri contesti, dove ad esempio il rapporto controverso coinvolge solo imprese o dove l'attivismo del giudice rischia di sopprimere all'inerzia della pubblica amministrazione nei rapporti con il privato, il principio di effettività recede e il potere del rilievo d'ufficio è interpretato in modo assai più restrittivo⁸⁶.

è vastissimo e tuttora aperto. Senza poter entrare nel merito di un simile dibattito, cfr. tra i molti: E. NAVARRETTA, *Costituzione, Europa e diritto privato*, cit., 55 ss.; M. LIBERTINI, *Le nuove declinazioni del principio di effettività*, cit. In giurisprudenza, anche per la diretta inerza al tema qui trattato, giova richiamare le note pronunce della Corte di Cassazione a Sezioni unite in tema di rilievo d'ufficio della nullità; v. part. Cass., Sez. Un., 12 dicembre 2012, n. 26242, punto 3.13.3, dove si correla il potere di rilevazione d'ufficio al perseguimento di interessi generali quali il corretto funzionamento del mercato, ex art. 41 Cost., e l'uguaglianza non solo formale tra contraenti in posizione asimmetrica.

⁸⁴ Cass., Sez. Un., 12 dicembre 2012, n. 26242, punto 3.13.2.

⁸⁵ Cfr. C. giust. UE, 24 giugno 2019, C-619/18, *Commissione europea c. Repubblica di Polonia*: «Il requisito dell'indipendenza delle autorità giurisdizionali di cui gli Stati membri devono (...) assicurare il rispetto per quanto riguarda gli organi giurisdizionali nazionali che (...) sono chiamati a statuire su questioni legate all'interpretazione e all'applicazione del diritto dell'Unione comporta due aspetti. (...) Il secondo aspetto, di carattere interno, si ricollega alla nozione di imparzialità e riguarda l'equidistanza dalle parti della controversia e dai loro rispettivi interessi riguardo all'oggetto di quest'ultima. Questo aspetto impone il rispetto dell'obiettività e l'assenza di qualsivoglia interesse nella soluzione da dare alla controversia all'infuori della stretta applicazione della norma giuridica»; v. anche C. giust. UE, 16 maggio 2017, C-682/15, *Berlioz Investment Fund SA*, par. 55, sulle implicazioni in tema di sindacato giurisdizionale su atti amministrativi.

⁸⁶ Così, es., ove si tratti dell'obbligo per il giudice di istruire d'ufficio gli elementi della controversia di cui è investito nell'ambito dell'azione punitiva contro gli illeciti amministrativi a carattere penale (C. giust. UE, 14 giugno 2017, C-685/15, *Online Games*) oppure ove si correli effettività della tutela e sindacato di legittimità dei provvedimenti della Commissione europea in tema di intese anticoncorrenziali (C. giust. UE, 26 gennaio 2017, C 625/13 P, *Villeroy & Bosch*).

All'analisi di simili trasformazioni sono dedicati molti dei contributi del volume (e in particolare quelli contenuti della seconda parte) con l'obiettivo di indagare le diverse implicazioni del dovere di cooperazione del giudice e dei poteri d'ufficio in vari ambiti del diritto europeo e nella giurisprudenza nazionale, non solo italiana.

3.3. *Effettività, proporzionalità e dissuasività dei rimedi e delle sanzioni*

L'effettività della tutela include, come già illustrato, il diritto a un rimedio effettivo. Effettivo non deve essere il solo accesso al processo ma anche la possibilità di ottenere dal processo la 'cura' apprestata dall'ordinamento a fronte della lesione o comunque quella forma di reazione alla violazione che, a seconda dei casi, può avere la funzione di ristoro o protezione per la parte lesa e(o) di inibizione o sanzione per colui che ha violato la norma o commesso l'illecito⁸⁷.

Questa particolare declinazione del principio di effettività, inerente alle misure, talora ai rimedi, più spesso alle sanzioni, compare sistematicamente nella legislazione secondaria dell'Unione europea. In questa veste, l'effettività è requisito della sanzione o del rimedio e, specie in relazione alla sanzione, si accompagna quasi sempre ai requisiti della proporzionalità e della dissuasività⁸⁸.

⁸⁷ Sulla nozione di rimedio come 'cura' atta a «ristabilire un ordine giuridico violato o irrealizzato per la fraposizione di un elemento anche esterno», nonché «strumento tipicamente posto a disposizione del singolo dalla legge o dall'autonomia privata» e in ciò distinto dalla sanzione, S. MAZZAMUTO, *La nozione di rimedio nel diritto continentale*, in *Eur. dir. priv.*, 3, 2007, 585. Sul rapporto tra sanzioni e rimedi, si veda, *amplius*, il contributo di Fabrizio Cafaggi in questo volume.

⁸⁸ F. CAFAGGI, P. IAMICELI, *The Principles of Effectiveness, Proportionality and Dissuasiveness in the Enforcement of EU Consumer Law*, cit., 575 ss.; per un'analisi critica delle recenti riforme del diritto europeo dei consumatori proprio in relazione al ruolo dei tre principi, cfr. C. PAVILLON, *Private Enforcement as a Deterrence Tool: A Blind Spot in the Omnibus-Directive*, in *Eur. Rev. Priv. L.*, 6, 2019, 1297 ss. Sul tema ampiamente il contributo di Fabrizio Cafaggi nella terza parte di questo volume. Che i medesimi principi trovino applicazione anche nella prospettiva rimediabile meramente interna è ampiamente discusso. Sul punto cfr. S. MAZZAMUTO, *La prospettiva dei rimedi in un sistema di civil law*, cit., 845 («i rimedi vengono giudizialmente somministrati

Che relazione esiste tra effettività, proporzionalità e dissuasività degli strumenti di tutela? Come questi diversi principi (o requisiti) operano nel dialogo tra corti europee e corti nazionali e quale impatto determinano nella tutela dei diritti riconosciuti in ambito europeo?

Per la sua intrinseca connessione con il bilanciamento dei diritti fondamentali, particolare attenzione merita il principio di proporzionalità. Il diritto a una tutela effettiva è infatti, sì, fondamentale (e l'art. 47, Carta, lo conferma), ma non per questo assoluto, né immune da limitazioni⁸⁹. Proprio per la sua natura di diritto fondamentale, qualsiasi limitazione è soggetta al rispetto dell'art. 52, Carta. Nella lettura consolidata della giurisprudenza della Corte di giustizia, il principio di proporzionalità richiede una valutazione del limite imposto al diritto fondamentale secondo il triplice criterio della necessità, dell'adeguatezza al perseguimento di finalità legittime e della proporzionalità in senso stretto (in ragione di un equilibrio misurabile)⁹⁰. L'art. 52, cit., circo-

sulla scorta di valutazioni o bilanciamenti che utilizzano, fermo restando l'ineliminabile apprezzamento di interessi, i criteri dell'adeguatezza, della proporzionalità e della ragionevolezza, soltanto ove lo consentano norme apposite o clausole generali direttamente applicabili». Sul tema dell'applicazione del principio di proporzionalità ai rimedi contro l'inadempimento, sia consentito il rinvio a P. IAMICELI, *Diritto dei contratti, principio di proporzionalità e tutele contro l'inadempimento*, in *Ann. Contr.* 2014, Torino, 2015, 27 ss.

⁸⁹ C. giust. UE, 6 luglio 2017, C-348/16, *Moussa Sacko*, par. 39. Nella giurisprudenza italiana, v. in tal senso da ultima Cass., 4 febbraio 2020, n. 2467.

⁹⁰ C. giust. UE, 17 dicembre 1970, C-11/70, *Internationale Handelsgesellschaft MbH*. Nella giurisprudenza più recente: C. giust. UE, 19 dicembre 2019, C-752/18, *Deutsche Umwelthilfe eV*, par. 50; C. giust. UE, 27 settembre 2017, C-73/16, *Puškár*, par. 62; C. giust. UE, 8 marzo 2010, C-317/08, C-318/08, C-319/08, C-320/08, *Alasini*, par. 63; C. giust. UE, 11 luglio 2002, C-210/00, *Käserei*, par. 59. V. anche Opinione dell'Avvocato Generale Kokott, 14 ottobre 2004, C-387/02, C-391/02, C-403/02, *Berlusconi*. Per un riconoscimento del principio di proporzionalità come principio generale di diritto europeo applicabile anche nell'area del diritto dei contratti: Corte di prima istanza, 25 maggio 2004, T-154/01, *Distilleria Palma*. Sul tema anche: C. CAUFFMAN, *The Principle of Proportionality and European Contract Law*, in J. RUTGERS, P. SIRENA (a cura di), *Rules and Principles in European Contract Law*, cit., 69 ss.

La non assolutezza del diritto alla tutela giurisdizionale e la possibile ponderazione in base al principio di proporzionalità sono altresì capisaldi della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. Cfr. *Philis c. Greece* (no. 1), 27 agosto 1991, § 59; *De Geouffre de la Pradelle c. France*, 16 dicembre 1992, § 28; *Stanev c. Bulgaria*

ulteriormente le finalità legittime entro i limiti delle finalità di interesse generale riconosciute dal diritto dell'Unione o di protezione di diritti e libertà altrui⁹¹.

Come emergerà dai contributi del volume, il principio di proporzionalità svolge un ruolo importante nel definire le conseguenze derivanti dall'applicazione giurisprudenziale dell'effettività⁹²: in taluni casi ne amplia la portata, in quanto la misura di tutela effettiva reagisce a violazioni particolarmente gravi⁹³ o alla lesione di diritti fondamentali⁹⁴; in altri casi ne ridimensiona gli effetti, concorrendo al bilanciamento tra l'esigenza di assicurare una tutela effettiva dei diritti e il sacrificio di altri interessi di portata generale, come il buon funzionamento della

[GC], 17 gennaio 2012, § 229; *Baka c. Hungary* [GC], 23 giugno 2016, § 120; *Lupeni Greek Catholic Parish and Others c. Romania* [GC], 29 novembre 2016, § 89; *Nait-Liman c. Switzerland* [GC], 15 marzo 2018, § 115.

⁹¹ T. TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, cit., 137; N. REICH, *How Proportionate is the Proportionality Principle? Some Critical Remarks on the Use and Methodology of the Proportionality Principle in the Internal Market Case Law of the ECJ*, in H.W. MICKLITZ, B. DE WITTE (a cura di), *The European Court of Justice and the Autonomy of the Member States*, Cambridge, 2012, 81 ss.

⁹² F. CAFAGGI, P. IAMICELI, *The Principles of Effectiveness, Proportionality and Dissuasiveness in the Enforcement of EU Consumer Law*, cit.; C. PAVILLON, *Private Enforcement as a Deterrence Tool*, cit., 1297 ss. Nel diverso ambito dei rapporti tra imprese: F. CAFAGGI, *The Regulatory Functions of Transnational Commercial Contracts. New Architectures*, in *Fordham Journal of International Law*, 6, 2013, 1557 ss. Sulle implicazioni del principio di proporzionalità nella definizione di sanzioni e rimedi si veda, *amplius*, il contributo di Fabrizio Cafaggi nella terza parte di questo volume.

⁹³ C. giust. UE, 27 marzo 2014, C-565/12, *Le Crédit Lyonnais*; C. giust. UE, 9 novembre 2016, C-42/15, *Home Credit Slovakia a.s.*, su cui, anche con riferimento al possibile impatto della decisione sul diritto e la giurisprudenza italiani, M.R. MAUGERI, *Omissione di informazioni e rimedi nel credito al consumo. La decisione della CGE 42/15 e la proporzionalità dell'apparato rimediale italiano*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2018, 134 ss.

⁹⁴ C. giust. UE, 10 settembre 2014, C-34/13, *Kušionová*.

giustizia o la certezza del diritto⁹⁵, o di altri diritti e libertà fondamentali, compreso il libero esercizio di attività economiche⁹⁶.

Ruolo complementare spetta altresì alla dissuasività dei rimedi e delle sanzioni. Per lo più riferito a queste ultime⁹⁷, il legislatore e il giudice finiscono per estenderne la portata a misure di tutela di natura non sanzionatoria, come le misure inibitorie⁹⁸, le diverse forme di invalidità o inefficacia nel contratto⁹⁹, i rimedi restitutori¹⁰⁰, più raramente

⁹⁵ C. giust. UE, 8 marzo 2010, C-317/08, C-318/08, C-319/08, C-320/08, *Allassini*, par. 64-65. Cfr., da ultima, nella giurisprudenza interna, Cass. 4 febbraio 2020, n. 2467.

⁹⁶ Per un bilanciamento tra protezione dell'investitore e funzionamento del mercato, cfr., sulla proporzionalità della nullità del contratto bancario in ipotesi di sottoscrizione da parte del solo investitore, Cass., sez. un., 16 gennaio 2018, n. 898, cit. Le sezioni unite della Corte di Cassazione si sono occupate di recente di analogo bilanciamento, avendo riguardo agli effetti restitutori delle nullità c.d. 'protettive' in ipotesi in cui, nel quadro del regime della nullità di protezione, l'investitore agisca per la nullità di alcuni ordini di investimento e non per altri. V. Cass., sez. un., 4 novembre 2019, n. 28314, su cui S. PAGLIANTINI, *Le stagioni della nullità selettiva (e del "di protezione")*, in *Contr.*, 1, 2020, 11 ss. e i commenti di R. RORDORF e A.A. DOLMETTA in *Quest. Giust.*, 2020, 1, 120 ss.

Per un esame congiunto del principio di effettività e di quello di proporzionalità nell'applicazione della recente riforma delle direttive consumeristiche, v. S. TOMMASI, *The 'New Deal' for Consumers: Towards More Effective Protection?*, in *Eur. Rev. Priv. L.*, 2, 2020, 311 ss.

Nel diverso campo della protezione dei dati personali, in tema di proporzionalità delle misure di tutela dei diritti dell'interessato a fronte degli oneri così imposti al titolare del trattamento, si veda, in questo volume, il contributo di Chiara Angiolini.

⁹⁷ V., da ultime, C. giust. UE, 6 luglio 2017, C-180/16 P, *Toshiba Corp.*; C. giust. UE, 14 maggio 2020, C-263/19, *T-Systems Magyarország Zrt*. Sul tema, ampiamente, il contributo di Fabrizio Cafaggi nella terza parte di questo volume.

⁹⁸ Cfr. C. giust. UE, 26 aprile 2012, C-472/10, *Invitel Távközlési Zrt*, par. 37.

⁹⁹ In tema di nullità (totale) del contratto di credito al consumo per mancata verifica del merito creditizio del consumatore, C. giust. UE, 5 marzo 2020, C-679/18, *OPR Finance s.r.o.* Cfr. sul tema anche C. giust. UE, 27 marzo 2014, C-565/12, *Le Crédit Lyonnais*, in cui la dissuasività del rimedio civilistico è valutato in relazione alla decadenza degli interessi (e inefficacia della relativa clausola). Il tema della dissuasività dell'invalidità parziale è stato discusso nella giurisprudenza della Corte di giustizia con particolare riferimento alla configurabilità (o meno) del potere del giudice di integrare la clausola nulla o inefficace (C. giust. UE, 14 giugno 2012, C-618/10, *Banco Español*; C. giust. UE, 30 maggio 2013, C-488/11, *Asbeek Brusse*; C. giust. UE, 30 aprile 2014,

quelli risarcitori¹⁰¹. Nel valorizzare la funzione di deterrenza delle forme, anche civilistiche, della tutela, l'applicazione del principio porta

C 26/13, *Kásler*; C. giust. UE, 7 agosto 2018, C-96/16 e C-94/17, *Banco SantanderSA*; C. giust. UE, 26 marzo 2019, C-70/17 e C-179/17, *Abanca Corporación Bancaria SA*; C. giust. UE, 14 marzo 2019, C-118/17, *Dunai*; C. giust. UE, 3 ottobre 2019, C-260/18, *Dziubak*; C. giust. UE, 7 novembre 2019, da C-349/18 a C-351/18, *Kanyeba*; C. giust. UE, 3 marzo 2020, C-125/18, *Marc Gómez del Moral Guasch c. Bankia SA*). Nella giurisprudenza interna dell'Arbitro bancario e finanziario: ABF Coll. Cord. 3955, 24 giugno 2014. Sulla funzione di deterrenza della nullità, in relazione ai poteri giudiziari di rilievo d'ufficio, Cass., Sez. Un., 12 dicembre 2012, n. 26242, punto 3.13.2: «Si è così osservato che (...) la omessa rilevazione officiosa della nullità finirebbe per ridurre la tutela di quel bene primario consistente nella deterrenza di ogni abuso in danno del contraente debole». Sul tema *amplius*, E. NAVARRETTA, *Costituzione, Europa e diritto privato*, cit., 53 ss. Nella prospettiva del diritto europeo dei consumatori, C. PAVILLON, *Private Enforcement as a Deterrence Tool*, cit., 1307 ss.; S. PAGLIANTINI, *I mutui indicizzati ed il mito di un consumatore "costituzionalizzato": la "dottrina" della Corte di giustizia da Árpád Kásler a Dziubak*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 5, 2019, 1258 ss.; P. IAMICELI, *Nullità parziale e integrazione del contratto*, cit. anche in merito al recente cambio di passo della Corte di giustizia nel caso C-224/19, *Caixabank*, e alla decisione della Cass., Sez. Un., 18 settembre 2020, n. 19597.

¹⁰⁰ C. giust. UE, 21 dicembre 2016, C-154/15, C-307/15 e C-308/15, *Naranjo*, par. 63: «L'assenza di tale effetto restitutorio, infatti, potrebbe pregiudicare l'effetto deterrente che l'art. 6, par. 1, della direttiva 93/13, in combinato disposto con l'articolo 7, paragrafo 1, della stessa, mira a collegare alla dichiarazione del carattere abusivo delle clausole contenute in contratti stipulati tra un consumatore e un professionista».

¹⁰¹ Sull'ammissibilità di una finalità anche deterrente della responsabilità civile si sono confrontate voci autorevoli della dottrina e della giurisprudenza, anche interne, che hanno spesso richiamato l'esigenza, là dove si passi da una funzione di deterrenza generale a una deterrenza individuale con carattere sanzionatorio, di un ancoraggio normativo e di un sindacato di proporzionalità. Tra le molte decisioni, preme richiamare, per la Corte di giustizia, C. giust. UE, 13 luglio 2006, da C-295/04 a C-298/04, *Manfredi*; C. giust. UE, 17 dicembre 2015, C-407/14, *Arjona Camacho*; C. giust. UE, 25 gennaio 2017, C-367/15, *Olawska Telewizja Kablowa*; per la Corte costituzionale, C. cost., 23 giugno 2016, n. 152; per la Corte di Cassazione, Cass., sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601. Sul tema, nella dottrina interna: C. SCOGNAMIGLIO, *Principio di effettività, tutela civile dei diritti e danni punitivi*, in *Resp. civ. prev.*, 4, 2016, 1120B ss.; A. DI MAJO, *Risarcimento anche con funzione punitiva - Principio di legalità e di proporzionalità nel risarcimento con funzione punitiva*, in *Giur. it.*, 8-9, 2017, 1787 ss.; G. VETTORI, *Il diritto privato europeo fra legge, Corti e diritti*, cit., 1341 ss.; E. NAVARRETTA, *Il risarcimento in forma specifica e il dibattito sui danni punitivi tra effettività, prevenzione e deterrenza*, in *Resp. civ. prev.*, 1, 2019, 6 ss.

alla determinazione di misure realmente dissuasive dell'illecito e impone una valutazione caso per caso, che mal si presta a facili generalizzazioni. Di qui, anche, il bisogno di ridimensionarne gli effetti attraverso la lente della proporzionalità, al fine di prevenire forme di ipo- o iper-deterrenza alla luce della concreta natura dell'illecito e delle sue conseguenze¹⁰². Non sfugge peraltro che, salvo volerla intendere come elemento intrinseco all'effettività, la dissuasività è criterio interpretativo, spesso richiamato dal legislatore secondario, ma non è espressamente riconosciuto come principio generale nella giurisprudenza della Corte o nella Carta dei diritti fondamentali. Ciò spiega la relativa riluttanza del giudice comune a fondare questioni pregiudiziali sui canoni della dissuasività e rende ad oggi più incerta l'individuazione dei possibili esiti giurisprudenziali delle pronunce della Corte che vi fanno riferimento¹⁰³.

3.4. L'effettività delle tutele: dalle specificità settoriali alla prospettiva dei diritti fondamentali

I contributi di questo volume maturano in diverse aree di interesse: il diritto dei consumatori, il diritto antitrust, quello della protezione dei dati personali, della protezione della salute, il diritto dell'immigrazione, il diritto del lavoro. Pur nella diversità delle discipline, si tratta di aree per lo più caratterizzate da sistemi di tutela multilivello, volti (anche) alla protezione di diritti fondamentali. In tutte queste aree il principio di effettività ha prodotto o sta producendo cambiamenti importanti sia sul piano legislativo che giurisprudenziale attraverso un intenso dialogo che coinvolge corti europee e corti nazionali.

Di questo dialogo si vuole rendere conto nelle pagine del volume, nel tentativo di chiarire se e in che misura certi sviluppi giurispruden-

Con specifico riguardo ai danni da illecito antitrust, si veda il contributo di Gianmatteo Sabatino in questo volume.

¹⁰² Cfr. C. giust. UE, 9 novembre 2016, C-42/15, *Home Credit Slovakia a.s.*, dove, a fronte di una consolidata giurisprudenza su effettività e dissuasività della misura consistente nel divieto di integrazione giudiziale del contratto, si sottopone la medesima misura anche a un controllo di proporzionalità.

¹⁰³ Su queste implicazioni e le possibili prospettive di sviluppo si veda il contributo di Fabrizio Cafaggi in questo volume.

ziali siano destinati a un'applicazione prettamente settoriale o a forme più o meno ampie di estensione a settori contigui, se non a vere e proprie generalizzazioni, come la stessa Corte di giustizia sta sperimentando in alcuni ambiti¹⁰⁴. Nel comparare le applicazioni settoriali, alcuni contributi prenderanno in specifica considerazione la natura fondamentale dei diritti controversi al fine di verificare se esista una particolare declinazione del principio di effettività che si colleghi intrinsecamente a questa natura¹⁰⁵.

Molti gli esempi esaminati in questo volume.

In che misura i poteri officiosi del giudice, ampiamente invocati nella giurisprudenza europea di area consumeristica, possono essere impiegati a tutela dell'impresa debole (ad esempio nel diritto antitrust o in quello dei contratti tra imprese)¹⁰⁶, della tutela del lavoratore o di quella dei dati personali¹⁰⁷?

¹⁰⁴ Cfr. es. C. giust. UE, 27 settembre 2017, C-73/16, *Puškár*, parr. 69-71, dove, al fine di valutare la proporzionalità del limite al diritto di accesso alla giustizia ex art. 47, Carta, imposto dall'obbligo di previo esaurimento degli strumenti di tutela amministrativa in un caso di protezione dei dati personali, la Corte applica, *mutatis mutandis*, i criteri già determinati nel caso *Alassini*, relativo all'obbligo di previo esperimento della procedura stragiudiziale ai fini dell'accesso alla tutela giurisdizionale del consumatore.

Nell'ipotizzare una possibile espansione transettoriale del principio di effettività anche in ambito nazionale, non si ignora quanto già sopra richiamato circa l'ambito di rilevanza dell'art. 47, Carta, e del principio di effettività di matrice europea, ambito da disegnarsi in relazione al sistema di competenze del diritto europeo medesimo. Sul punto cfr. C. cost. 8 novembre 2018, n. 194, cit. Si intende piuttosto valorizzare quel diverso orientamento, pur presente nella giurisprudenza recente (cfr. Cass. 4 febbraio 2020, n. 2467), che, nell'applicare principi e norme di diritto interno dal contenuto omogeneo con i principi europei (es. in tema di diritto a un giudice imparziale), guarda agli sviluppi della giurisprudenza europea nell'applicazione dei medesimi principi.

¹⁰⁵ C. giust. UE, 10 settembre 2014, C-34/13, *Kušionová*.

¹⁰⁶ Sul tema, con specifico riferimento alla recente approvazione del Reg. (UE) 2019/1150 su equità e trasparenza per gli utenti commerciali dei servizi di intermediazione online, v. P. IAMICELI, *Online Platforms and the Digital Turn in EU Contract Law: Unfair Practices, Transparency and the (pierced) Veil of Digital Immunity*, in *Eur. rev. contr. l.*, 4, 2019, 392-420.

¹⁰⁷ Sul tema si veda rispettivamente il contributo di Giovanni Arnone in materia di diritto del lavoro e quello di Federica Casarosa in tema di tutela dei dati personali.

Quale è la portata del diritto di essere ascoltati nel diritto dell'immigrazione e nel diritto dei consumatori o nelle controversie relative al diritto alla salute¹⁰⁸?

Come si configura il dovere di cooperazione del giudice nelle diverse aree di interesse menzionate e che relazione esiste tra dovere di cooperazione del giudice nel diritto dell'immigrazione e poteri officiosi dello stesso in area consumeristica, posto che entrambi si riconducono al principio di effettività¹⁰⁹?

Che tipo di coordinamento è indotto dal principio di effettività, come sopra inteso, tra procedimento amministrativo e procedimento giurisdizionale a seconda del settore in questione? È possibile, ad esempio, estendere all'area consumeristica soluzioni giurisprudenziali o legislative individuate nel settore antitrust in nome dell'effettività della tutela?

Il volume consentirà di affrontare alcune di questi interrogativi, anticipando possibili sviluppi dell'effettività della tutela in aree o situazioni in cui essi non hanno ancora trovato spazio. Al quadro di Mondrian si aggiungono nuove linee e nuovi colori, alla ricerca di nuove armonie.

4. *La struttura del volume*

Il volume si articola in quattro parti corrispondenti alle questioni sopra introdotte.

¹⁰⁸ Il tema è ampiamente dibattuto nell'area della protezione internazionale (v. i contributi di Davide Strazzari e, *amplius*, di Madalina Moraru, in questo volume), ma ha, ad esempio, una forte rilevanza nel caso in cui si esercitano poteri d'ufficio nelle controversie d'area consumeristica; v. part. C. giust. UE, 21 febbraio 2013, C-472/11, *Banif Plus Bank Zrt.*

¹⁰⁹ A tali questioni sono dedicati i contributi contenuti nella seconda parte del volume. In giurisprudenza, cfr. sul punto Cass. 6 dicembre 2018, n. 31556, secondo cui «il potere di assumere informazioni previsto dall'art. 738, comma 3, c.p.c., (...) costituisce – in funzione della salvaguardia del principio di effettività della tutela giurisdizionale di diritti di indubbia matrice costituzionale e convenzionale – utile meccanismo riequilibratore nell'ambito di un procedimento caratterizzato da una situazione di squilibrio tra la parte pubblica, titolare della potestà punitiva, e il soggetto privato che la subisce». Conf.: Cass., 29 marzo 2019, n. 8770.

La prima parte è dedicata all'applicazione del principio di effettività della tutela e dell'art. 47, Carta, ai sistemi di protezione multilivello dei diritti fondati sul diritto dell'Unione europea.

Pur sviluppato nella specifica area del diritto dei consumatori, il contributo di Fabrizio Cafaggi affronta una questione emblematica dei sistemi di tutela multilivello ben al di là della materia consumeristica: se e in che misura l'art. 47, Carta, e il principio di effettività debbano essere applicati secondo un approccio che guardi in modo integrato ai sistemi di tutela multilivello (amministrativa e giurisdizionale), valorizzandone la complementarità. L'analisi proposta muove dall'osservazione degli sviluppi recenti del dialogo tra le corti nazionali ed europee, così come dall'esame delle ultime riforme intervenute nel diritto dei consumatori. Gli uni e le altre mettono in luce una graduale ibridazione nel rapporto tra tutela amministrativa e tutela giurisdizionale con una crescente rilevanza, in entrambe, della funzione di deterrenza, che, tradizionalmente ascritta alla tutela amministrativa e a quella penale, finisce per trovare sempre maggiore spazio anche nella tutela civile. In un simile contesto, il principio di effettività permea sia la definizione dell'assetto istituzionale, in particolare il rapporto tra autorità amministrative e giudici, sia il contenuto degli strumenti, in particolare quello di sanzioni e rimedi e il loro rapporto. Diversa è, nella prospettiva dell'Autore, la funzione del principio di effettività nell'ambito della tutela giurisdizionale e in quello della tutela amministrativa: nel primo, esso garantisce alla parte lesa il diritto/potere di scelta del rimedio, nei limiti dei principi di proporzionalità e dissuasività; nel secondo, conforma l'azione dell'autorità che somministra il rimedio, ordinando la cessazione dell'illecito e l'eliminazione degli effetti lesivi da esso cagionati.

Il ruolo del principio di effettività in sistemi di tutela multilivello è altresì discusso in alcuni contributi relativi alla protezione internazionale: altra materia in cui l'applicazione del diritto europeo ha sviluppato un fitto dialogo tra corti europee e corti nazionali a fronte della possibile violazione di diritti fondamentali da parte delle autorità amministrative investite della domanda di protezione.

Illustrando le principali applicazioni dell'art. 47 in quest'area, il contributo di Davide Strazzari offre un'ampia panoramica sul ruolo della Corte di giustizia e sull'impatto delle sue decisioni in ambito na-

zionale. Sotto questo profilo la prospettiva del diritto comparato induce ad osservare il contesto istituzionale in cui le decisioni della Corte sono destinate a trovare applicazione; in particolare rilevano le condizioni di indipendenza del giudice, nonché le regole processuali che in ambito nazionale qualificano il giudizio come prevalentemente impugnatorio o invece decisorio nel merito. Questa chiave di lettura, pur rilevante nella comparazione tra decisioni dal diverso approccio, non arriva peraltro a restituire un'idea frammentata dell'art. 47, Carta, di cui si individua comunque un nucleo essenziale nella tutela giurisdizionale effettiva quale diritto fondamentale in sé, anche a prescindere dalla natura fondamentale o meno della posizione sottesa. In questo contesto, si sviluppano tre principali linee di analisi della giurisprudenza della Corte in tema di immigrazione e protezione internazionale: quella del diritto di accesso a un giudice indipendente e imparziale; quella del diritto a un ricorso effettivo 'nel' processo (con particolare riguardo al diritto di essere sentiti); quella del diritto a un rimedio effettivo.

La struttura multilivello della protezione internazionale (articolata nella doppia fase, amministrativa e giurisdizionale) porta ad osservare con particolare attenzione l'impatto del diritto a un rimedio effettivo sul diritto processuale. Di questo impatto si occupa il contributo di Martina Flamini in tema di sospensione dell'efficacia esecutiva del decreto di rigetto della domanda di protezione internazionale. Il rimedio effettivo è in tal caso l'esame completo ed *ex nunc* degli elementi di fatto e di diritto, compreso l'esame delle esigenze di protezione internazionale ai sensi della direttiva 2011/95/UE, quanto meno nei procedimenti di impugnazione dinanzi al giudice di primo grado¹¹⁰.

Tale diritto è, secondo la direttiva in vigore, abbinato al diritto di permanere nel territorio dello Stato membro interessato fino all'esito del ricorso, salvo che ricorrano circostanze particolari previste dalla direttiva. Il contributo illustra un interessante esempio di dialogo 'parallelo' condotto dalla Corte di giustizia, rispettivamente, con il giudice olandese e quello italiano in tema di mancata previsione di sospensione automatica dell'efficacia esecutiva del decreto di rigetto, connessa all'impugnazione dello stesso. L'analisi mostra luci e ombre di questo

¹¹⁰ Così l'art. 46(3), Dir. 2013/32/UE.

dialogo, che produce echi importanti in ambito nazionale, tanto in senso orizzontale, tra i giudici di merito, quanto in senso verticale rispetto ad alcune decisioni della Corte di Cassazione. Tra le ombre si intravedono i segni premonitori di possibili futuri rinvii pregiudiziali, i cui esiti possano auspicabilmente e più compiutamente orientare l'interprete nella difficile coniugazione tra effettività della tutela, equivalenza dei livelli di protezione (interni ed europei) e imparzialità del giudice.

Il contributo di Simone Penasa riflette su un profilo cruciale della protezione internazionale e dirimente di qualsiasi analisi sull'effettività della tutela: il diritto a presentare la domanda di protezione internazionale. L'Autore mette in luce il contrasto tra *law in the books* e *law in action* registrato nella fase iniziale del procedimento amministrativo e, ancora prima, nei suoi stessi atti di impulso (come nella primissima interlocuzione tra straniero e autorità amministrativa nazionale). Tale contrasto riduce in misura significativa l'effettività delle tutele successive, minando alla base quel diritto di accesso alla giustizia, che è prima ancora diritto alla giusta decisione e al giusto procedimento, anche amministrativo. Pur in assenza di una copertura esplicita della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione in relazione al giusto procedimento amministrativo delle autorità nazionali, i principi generali del diritto europeo e, *in primis*, il principio di buona amministrazione, rappresentano insieme alle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri la cornice entro la quale si va sviluppando una legislazione secondaria sempre più attenta ai profili procedurali della protezione internazionale. Tanto non basta, osserva l'Autore, a garantire il diritto alla protezione internazionale, per la quale diventa essenziale il ricorso al rimedio giurisdizionale effettivo. Sotto questo profilo, attraverso un'indagine comparata sulla giurisprudenza nazionale di alcuni Stati membri, il contributo mette in risalto il ruolo delle tutele d'urgenza e dei giudizi di ottemperanza, che soli consentono di offrire risposte tempestive alla domanda di giustizia, concorrendo a prevenire la presenza irregolare dello straniero.

Il ruolo dell'art. 47, Carta, nei sistemi di tutela multilivello (amministrativa e giurisdizionale) porta in primo piano la rilevanza del sindacato giurisdizionale di decisioni delle autorità che, assunte in ambiti regolati dal diritto dell'Unione, possono limitare il godimento di diritti fon-

damentali. Del tema si occupa il contributo di Antonino Alì, avendo particolare riguardo all'applicazione dell'art. 47, Carta, e al possibile bilanciamento a cui questo debba sottoporsi quando il diritto a un ricorso giurisdizionale effettivo si scontra con le esigenze dettate dalla sicurezza nazionale. In particolare, ad essere messo in discussione è il diritto di difesa, nonché l'onere di motivazione del provvedimento restrittivo o sanzionatorio in relazione a elementi di fatto e di diritto, la cui conoscenza, pur essenziale per un effettivo esercizio della difesa, pregiudicherebbe di fatto l'istanza di segretezza per ragioni di sicurezza nazionale. Come visto in altri contributi del volume, il bilanciamento richiede un'attenta applicazione del principio di proporzionalità ai sensi dell'art. 52, Carta. Il risultato, raggiunto attraverso un intenso dialogo tra corti europee (a partire dagli interventi della Corte di Strasburgo), corti nazionali e il legislatore europeo, si traduce nel disegno di vere e proprie regole processuali che, pur nel rispetto delle competenze del diritto dell'Unione, chiedono ai giudici un attento uso dei principi generali e della Carta anche in aree, come quella della sicurezza degli Stati, di per sé riservate alla sovranità degli Stati membri.

La seconda parte del volume è dedicata alle trasformazioni indotte dal principio di effettività nella definizione del ruolo del giudice con particolare riguardo al potenziamento dei doveri di cooperazione con le parti e dei poteri/doveri d'ufficio nell'ambito del processo.

Muovendo dal dovere di cooperazione del giudice della protezione internazionale, il contributo di Madalina Moraru esamina gli sviluppi del dialogo tra le corti nel campo del diritto di essere ascoltati in seno alle procedure di protezione internazionale e di rimpatrio. Il dialogo tra le corti si sviluppa sia in senso verticale, lungo le fasi ascendenti e discendenti delle procedure di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, sia in senso orizzontale, guardandosi con occhio critico ai richiami della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, così come agli effetti delle decisioni della Corte di Lussemburgo sulla giurisprudenza di Stati diversi da quello a cui appartiene il giudice referente. Il risultato, osserva l'Autrice, è quello di un complessivo rafforzamento del diritto a essere ascoltati nella direzione di un parziale bilanciamento tra buon funzionamento dell'apparato amministrativo, indipendenza del giudice e tutela dei diritti fondamentali. Tanto la Corte di giustizia, quanto le corti nazionali hanno

concorso a determinare gli standard interpretativi di una legislazione secondaria spesso lacunosa e a mettere in luce l'importanza del diritto di difesa quale base giuridica del diritto di essere ascoltati. Di qui il ruolo cruciale della Carta e in particolare dell'art. 47, almeno per tutte le misure che, nell'ambito e in vista della fase giurisdizionale della protezione internazionale, servono a rendere effettivo l'accesso alla giustizia. Che poi il richiamo all'effettività sia sempre declinato in direzione di una piena tutela dei diritti fondamentali, ciò è deducibile in dubbio, conclude l'Autrice. Infatti, nelle stesse corde della Corte europea, prevale talora il valore di un'effettività nel senso oggettivo di salvaguardia di un *effet utile*.

Il rafforzamento dei poteri del giudice nella direzione di un maggiore attivismo nella conduzione del processo è al centro del contributo di Diana Ungureanu in tema di protezione dei consumatori. Il contributo prende le mosse dal principio dispositivo delle parti, dominante nel diritto processuale degli Stati membri. Attraverso una ricchissima esplorazione della giurisprudenza europea, inerente in particolare alla disciplina delle clausole vessatorie, l'Autrice esamina l'impatto che su tale principio hanno determinato tanto il principio di effettività quanto quello di equivalenza. Il contributo, scritto da un giudice, è rivolto primariamente ai giudici nazionali o a quanti, anche tra i più giovani studiosi del diritto, aspirano ad esserlo. Si confronta con le tensioni generate dalla giurisprudenza della Corte di giustizia rispetto a principi e regole consolidati nel diritto processuale nazionale e indica la via tracciata da quella giurisprudenza nella direzione di un ruolo del giudice fortemente proattivo ma non per questo incline a sopperire a qualsiasi forma di inerzia da parte del consumatore, per quanto parte debole.

Proseguendo un ideale dialogo tra autori, il contributo di Giuseppe Fiengo esplora le implicazioni del principio di equivalenza e del principio di effettività della tutela consumeristica nello specifico ambito del processo dell'esecuzione. La riflessione prende le mosse da quegli orientamenti della giurisprudenza europea che, ai fini del vaglio di effettività delle norme di diritto processuale nazionale, tengono conto del ruolo di queste ultime «nell'insieme del procedimento, dello svolgimento e delle peculiarità dello stesso, dinanzi ai vari organi giurisdizionali naziona-

li»¹¹¹. In tal senso rileva che il processo esecutivo sia almeno potenzialmente e almeno in astratto collegato ad un processo di cognizione: quello che ha determinato il titolo giudiziale e(o) quello che potrà essere avviato a seguito dell'opposizione. Tale specificità pare riflettere il bisogno di una più radicale affermazione del principio di autonomia procedurale degli Stati; eppure, tanto non osta a una piena applicazione del principio di effettività, posto che in concreto il processo esecutivo rimane spesso l'unica sede in cui taluni diritti dei consumatori possono essere fatti valere. Confrontandosi con numerosi arresti della giurisprudenza europea e con sistemi processuali diversi da quello italiano (in particolare quello spagnolo), il giudice dell'esecuzione è chiamato a fare applicazione del principio di equivalenza e di quello di effettività utilizzando i possibili spazi dell'interpretazione conforme e, ove necessario, della disapplicazione. Ne emerge un quadro in cui a mutare è il ruolo del giudice, anche dell'esecuzione: pur nel rispetto dell'imparzialità e dei «principi che sono alla base del sistema giurisdizionale nazionale, quali la tutela dei diritti della difesa, il principio della certezza del diritto e il regolare svolgimento del procedimento», tale giudice vedrà accresciuti poteri e responsabilità connessi alla definizione degli elementi di fatto e di diritto sottesi alla pretesa del creditore e dunque all'individuazione di mezzi istruttori idonei all'accertamento della violazione del diritto dell'Unione¹¹².

Nella terza parte, il volume esplora le interconnessioni tra principio di effettività, posto alla base del diritto a un rimedio effettivo, principio di proporzionalità e dissuasività delle tutele.

Introduce la sezione il contributo di Fabrizio Cafaggi che, muovendosi nella prospettiva delle tutele consumeristiche multilivello, già tracciata nel volume, compie una rivisitazione del rapporto tra rimedi e sanzioni nella tutela giurisdizionale e in quella amministrativa. Ripercorrendo le tappe principali di un percorso di progressiva innovazione negli strumenti di protezione del consumatore e di parziale ibridazione tra rimedi e sanzioni, l'Autore respinge l'idea di un isomorfismo delle tutele. In un fitto dialogo tra giurisprudenze europee e nazionali, si con-

¹¹¹ C. giust. UE, 14 dicembre 1995, C-312/93, *Peterbroeck*, par. 14 ; C. giust. UE, 16 luglio 2020, C-224/19, *Caixabank*, par. 85.

¹¹² C. giust. UE, 14 dicembre 1995, C-312/93, *Peterbroeck*, par. 14; C. giust. UE, 16 luglio 2020, C-224/19, *Caixabank*, par. 85.

fronta con le novità normative emergenti dal *New Deal for Consumers*, che consentono di mettere in luce specificità funzionali e complementarità tra i diversi sistemi di protezione dei diritti divisi dal legislatore europeo. Muovendo da una lettura integrata dei principi di effettività, proporzionalità e dissuasività, il contributo ascrive al giudice l'esigenza di una guida interpretativa nell'applicazione di tali principi ai fini della determinazione di sanzioni e rimedi: un'applicazione che, nella prospettiva dell'Autore, non potrà trascurare la relazione, spesso di complementarità, che unisce rimedi e sanzioni, pur amministrati da diverse autorità. La determinazione di criteri-guida, che pur si va delineando nel dialogo tra corte di giustizia e corti nazionali e, ora, nel nuovo disegno della legislazione secondaria, richiederebbe, conclude l'Autore, un intervento legislativo, la cui matrice costituzionale è già delineata nell'art. 47, Carta, e nell'art. 24, Cost.

Le problematiche legate alla scelta di strumenti di tutela effettiva, proporzionata e dissuasiva del consumatore riemergono in modo evidente nel contesto *antitrust*, esplorato in questo volume dal contributo di Gianmatteo Sabatino. Muovendo da un'analisi puntuale del dialogo tra Corte di giustizia, corti nazionali e legislatore europeo, il contributo esamina il ruolo del principio di effettività nella duplice veste di strumento regolatorio, e dunque di rafforzamento dell'effetto utile del diritto *antitrust*, e di potenziamento della tutela dei diritti dei soggetti deboli, quali sono i consumatori a fronte dell'illecito anticoncorrenziale. Del principio di effettività si esamina in particolare l'impatto rispetto alla relazione peculiare tra *public* e *private enforcement*. Quando il processo giurisdizionale volto al risarcimento del danno segue al procedimento amministrativo volto all'irrogazione della sanzione, l'obiettivo di rendere effettiva la tutela porta il giudice a valorizzare la complementarità tra procedimenti delle autorità e rimedi civilistici (ad esempio, coordinando i mezzi di prova). Quando invece la tutela giurisdizionale opera in assenza di un procedimento amministrativo di accertamento dell'illecito (c.d. giudizio *stand alone*), questo supporto viene meno; in simili circostanze, si chiede l'Autore, il principio di effettività potrebbe portare il giudice ad assumere un ruolo più attivo, eventualmente provocando l'intervento dell'autorità amministrativa. Effettività, proporzionalità e dissuasività sono inoltre determinanti nella determinazione del danno,

specie là dove si valuti l'ammissibilità di una componente punitiva dello stesso. La giurisprudenza recente suggerisce che la definizione dei confini dei poteri del giudice civile nell'amministrazione di rimedi effettivi, proporzionati e dissuasivi è cruciale non solo nel campo del risarcimento del danno ma, in termini simili, anche in quello delle restituzioni connesse all'invalidità dei contratti dei consumatori, se mai determinata dall'invalidità delle intese a monte. In questo campo il principio di effettività potrà guidare il giudice nel valutare, ad esempio, la natura del collegamento negoziale tra intesa anticoncorrenziale e contratto a valle e le possibili implicazioni invalidatorie alla luce del regime delle nullità, totali o parziali¹¹³.

I percorsi della tutela effettiva, proporzionata e dissuasiva assumono ulteriore complessità in ambiti diversi dal diritto dei consumatori, quale è ad esempio la tutela dei dati personali. Muovendo dalla complessa articolazione delle tutele e tratteggiandone le caratteristiche tanto sul piano europeo quanto su quello nazionale, il contributo di Chiara Angiolini esamina le possibili implicazioni del principio di effettività della tutela e di quello di proporzionalità dei rimedi nella giurisprudenza relativa ai diritti di informazione dell'interessato. Nel far ciò, si concentra anche sulla disciplina delle informazioni che, ex art. 14, GDPR (General Data Protection Regulation), devono essere fornite all'interessato se i dati non sono raccolti presso di lui. Lo stretto legame tra informazione dell'interessato ed esercizio del diritto fondamentale alla protezione dei dati personali nelle sue diverse componenti riconosciute dal diritto europeo (dal diritto di accesso ai dati a quello di rettifica, di cancellazione, di opposizione al trattamento, etc.) fanno degli obblighi informativi un presupposto dirimente dell'effettività della tutela. Il principio di effettività e, nella misura in cui si guardi al diritto di agire davanti al giudice, lo stesso art. 47, Carta, finiscono per proiettare sul piano degli obblighi di informazione del titolare standard di adeguatezza che l'interprete non riuscirebbe a individuare se tenesse l'informazione separata dal diritto di azione. La contestuale applicazione dell'art. 8 e dell'art. 47, Carta, per quanto di fatto non esplicitata nella giurisprudenza delle corti e in quella delle autorità, attribuisce un particolare rilievo al

¹¹³ Su cui, da ultima, Cass. 26 settembre 2019, n. 24044.

test di proporzionalità contemplato dall'art. 14, GDPR, quale misura di possibile contenimento degli obblighi informativi del titolare. Del tipo di bilanciamento oggi compiuto dai giudici e dalle autorità amministrative, talora in dialogo con la Corte di giustizia e il Comitato europeo per la protezione dei dati personali, si dà conto nel contributo di Chiara Angiolini, che non si esime dal delineare in punto di conclusioni prospettive di ricerca future atte a valorizzare ulteriormente il ruolo dei principi europei, oggi fatti propri dagli art. 47 e 52, Carta, e la loro interazione nell'applicazione del diritto secondario dell'Unione.

La quarta parte del volume è dedicata all'applicazione del principio di effettività della tutela in aree che attraversano più ambiti del diritto dell'Unione o che possono essere interessate da applicazioni trasversali del principio di effettività, tali per cui un meccanismo di tutela effettiva sviluppato in una determinata area sia traslato, per via di analogia *juris* o *legis*, ad altra area contigua.

Nella direzione delle applicazioni trasversali del principio di effettività muove il contributo di Giovanni Arnone. Il capitolo valorizza i profili di continuità tra effettività in ambito europeo ed effettività in ambito costituzionale interno e, tenendo conto degli sviluppi registrati dalla giurisprudenza consumeristica, esplora le diverse potenzialità del principio nell'area del diritto del lavoro. Muovendosi tra vecchio e nuovo, l'Autore fa propria la visione della Corte costituzionale per cui «il diritto a una tutela giurisdizionale effettiva [dei diritti inviolabili] è tra i grandi principi di civiltà giuridica del nostro tempo» e si chiede se, su queste basi, il diritto del lavoro possa recuperare un antico primato legato alla individuazione di tutele effettive nel campo del 'diritto diseguale'. Nella prospettiva dell'Autore, il diritto europeo avrebbe un ruolo importante sotto questo profilo, in quanto, negli ambiti di sua competenza, porterebbe il giudice a confrontarsi con tecniche di tutela (peraltro già note al diritto del lavoro) che, in nome dell'effettività, assicurano pieno ristoro dei diritti lesi. Mosso da una «sorta di principio di equivalenza rovesciato», fondato sul principio di uguaglianza, il giudice del lavoro sarebbe allora indotto ad esplorare la possibilità di impiego di pari tutele in aree non immediatamente interessate dall'applicazione del diritto dell'Unione. Paradigmatico il caso della tutela reintegratoria nei casi di nullità del licenziamento, come tali non necessariamente riconducibili a violazioni del

diritto dell'Unione. Il tema delle intersezioni rileva inoltre sotto il profilo dei rapporti tra diritto del lavoro e diritto delle nullità contrattuali c.d. di protezione. In tal senso si esamina la questione dell'applicabilità, nei casi di licenziamento discriminatorio, dei principi di diritto enunciati dalle Sezioni unite in tema di rilevabilità d'ufficio della nullità: questione che ancora una volta porta a riflettere sulle implicazioni del principio di effettività di matrice europea e della sua (pari o diseguale) applicazione nel diritto dei consumatori e nel diritto del lavoro.

Altro banco di prova delle applicazioni trasversali del principio di effettività è l'esercizio delle tutele collettive esaminato da Federica Casarosa nell'area consumeristica e in quella della protezione dei dati personali. Muovendo dalla considerazione del ruolo della tutela collettiva come strumento volto a rafforzare l'effettività del rimedio individuale, il contributo esplora le diverse direttrici seguite dal legislatore europeo (e in parte da quello italiano nella recente disciplina delle azioni di classi) nei due settori sopra menzionati. Diritto dei consumatori e diritto della protezione dei dati personali sono, peraltro, settori destinati a sovrapporsi, come è dimostrato non solo dalla proposta di direttiva sulle azioni rappresentative¹¹⁴ ma anche dalla casistica che sta emergendo, in particolare nel contesto delle reti sociali¹¹⁵. Come illustrato nel contributo di Federica Casarosa, il giudice europeo e quelli nazionali hanno già avuto modo di applicare il principio di effettività per trarne precise implicazioni quanto al raccordo tra azioni individuali e azioni collettive e alla individuazione dei rimedi disponibili nei due settori. Le recenti iniziative legislative lasciano inoltre intravedere spazi ulteriori per l'applicazione del principio di effettività, quale possibile guida per i legislatori nazionali e per i giudici. Alla luce di chiare interferenze tra tutela consumeristica e protezione dei dati personali, tale guida potrà sostenere l'opera interpretativa del giudice. Ciò in particolare là dove ci si chiederà se e in che misura l'effettività della tutela collettiva potrà beneficiare dell'effetto estensivo di regole processuali e rimedi che, pur previsti nella disciplina consumeristica, finiscano per applicarsi a tutela dei dati personali, o viceversa.

¹¹⁴ Cfr. sesto considerando della Proposta di Direttiva relativa alle azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori (COM(2018) 184 final).

¹¹⁵ V. es. Autorità Garante per la Concorrenza e il Mercato, Decisione n. 26597, 11 maggio 2017, *Whatsapp-Trasferimento dati a Facebook*.

Alle ‘intersezioni’ è altresì dedicato il contributo di Lucia Busatta, che esplora il rapporto tra effettività rimediale e tutela del diritto fondamentale alla salute. L’Autrice guarda infatti alle ricadute prodotte dall’esigenza di garantire una tutela effettiva del diritto alla salute quando ad essere violati sono anche altri diritti: in particolare, quello alla libera circolazione delle persone e dei servizi e quello alla protezione internazionale degli stranieri e richiedenti asilo. Muovendo dalla consapevolezza di un difetto di competenza dell’Unione in materia di organizzazione di servizi sanitari, il contributo esplora i diversi percorsi, giurisprudenziali e legislativi, lungo i quali la protezione di altri diritti e libertà fondamentali è in vario modo rafforzata dall’esigenza di garantire un’elevata protezione della salute ai sensi dell’art. 35 della Carta e dell’art. 168, TFUE. Lungo questi percorsi particolare rilievo assumono le garanzie procedurali, che, pur in assenza di un richiamo esplicito ai principi di buona amministrazione e di accesso alla giustizia, rappresentano un importante strumento di dialogo tra Corti europee e corti nazionali e una chiave di lettura significativa rispetto all’analisi di diritto comparato svolta in questo contributo.

PARTE PRIMA

DIRITTI FONDAMENTALI, ART. 47 CDFUE
E RUOLO DEL GIUDICE
NEI SISTEMI DI TUTELA MULTILIVELLO

TUTELA AMMINISTRATIVA, TUTELA GIURISDIZIONALE E PRINCIPIO DI EFFETTIVITÀ

*Fabrizio Cafaggi**

SOMMARIO: 1. Premessa. 2. Tutela amministrativa, tutela giurisdizionale e principio di effettività. 3. Le trasformazioni della tutela. 4. Sanzioni e rimedi. 5. La complementarità delle tutele ed il principio di effettività. 6. Conclusioni.

1. Premessa

In questo contributo si affronta il tema del rapporto tra tutela amministrativa e tutela giurisdizionale¹. La tesi proposta è che la tutela civile dei diritti non sia più esclusivo appannaggio del giudice ordinario ma che ad attuarla contribuiscano le autorità amministrative indipendenti, le istituzioni pubbliche e private per la risoluzione delle controversie, complementari alla giurisdizione, tra cui arbitri e mediatori. Ne emerge un quadro di complementarità che mette in discussione le partizioni convenzionali. Si delinea il problema della ridefinizione degli strumenti o tecniche di tutela tra i diversi soggetti deputati ad assicurarla. La tesi sostenuta pone in particolare la questione dei confini tra rimedi e sanzioni, del cambiamento delle loro funzioni, nella prospettiva dell'effettività e del diritto ad un rimedio (non solo giurisdizionale) effettivo. I principi di effettività, proporzionalità e dissuasività dovrebbero caratterizzare non solo il disegno legislativo ma anche i canoni ermeneutici dei giudici. Vanno tali

* PhD, Consigliere di Stato, già professore di Diritto Privato e Diritto Privato Comparato presso l'Università di Trento, l'Istituto Universitario Europeo e la Scuola Nazionale dell'Amministrazione.

¹ Questo contributo elabora ed integra una parte di un contributo apparso su *Questione Giustizia* 2020. L'autore ringrazia Paola Iamiceli, Chiara Angiolini e tutti i partecipanti al progetto FRICORE nell'ambito del quale molte delle idee presentate sono state discusse.

principi applicati allo stesso modo a sanzioni e rimedi? Cosa accade quando sanzioni e rimedi concorrono? Di conseguenza: in quali aree i confini, le distinzioni tendono a scomparire, aumentando le sovrapposizioni, ed in quali invece le differenze permangono?

Alla descrizione del fenomeno l'indagine associa un tentativo di risposta causale del cambiamento. Quali sono le cause di tali cambiamenti? Tale evoluzione è in parte dovuta a fattori interni ma è in buona misura determinata dal diritto europeo, che opera sulla base di paradigmi funzionali non coincidenti con le tradizionali distinzioni impiegate negli ordinamenti degli Stati membri. La recente riforma del diritto dei consumatori, che ha modificato sia la direttiva sulle clausole vessatorie (93/13) sia quella in materia di pratiche commerciali scorrette (2005/29), offre l'opportunità per valutare tali trasformazioni e proiettarne luci ed ombre sul processo di attuazione in corso negli Stati membri.

2. Tutela amministrativa, tutela giurisdizionale e principio di effettività

L'ampliamento della tutela dei diritti caratterizza l'evoluzione sia del diritto europeo sia dei diritti nazionali². Tale evoluzione è legata ai principi di effettività ed equivalenza ed alle loro applicazioni ai diritti, ai rimedi ed al processo³. Da un lato definiscono le modalità di selezione del

² Cfr. F. CAFAGGI, H.W. MICKLITZ (a cura di) *The new frontiers of consumer protection*, Alphen aan den Rijn, 2009; H.W. MICKLITZ, A. WECHSLER (a cura di), *The Transformation of Enforcement*, Oxford, 2015.

³ Cass. sez. un., n. 6313/2014: «Il rispetto di tale principio esige che la “tutela giurisdizionale” non si esaurisca nel diritto di accesso al giudice, a tutti garantito, ma comprenda qualsiasi attività processuale prevista dall'ordinamento, anche successiva alla proposizione della domanda, volta a rendere effettiva e concreta, appunto, la tutela giurisdizionale dei diritti e, più in generale, delle situazioni giuridiche soggettive sostanziali, individuali o collettive, di vantaggio, ed esige perciò che tali situazioni giuridiche soggettive, fatte valere e definitivamente riconosciute in sede giurisdizionale, siano “realizzate” in favore del suo titolare, secondo adeguati strumenti predisposti dall'ordinamento, con l'ottenimento del “bene della vita” che ne costituisce l'oggetto, ovviamente fin dove giuridicamente possibile».

Su questi temi si confrontino A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 1983 e L. MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, in F. VASSALLI (diretto da), *Trattato*

rimedio adeguato, garantendo la maggiore rispondenza possibile al bisogno di tutela derivante dalla violazione o dalla mancata attuazione del diritto⁴. Dall'altro assicurano la disponibilità degli strumenti procedurali e processuali finalizzati ad ottenere giustizia⁵.

Il principio di effettività in diritto europeo viene radicato nelle tradizioni costituzionali comuni ed ancorato prima alle disposizioni della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo (artt. 6 e 13) e poi all'articolo 19 del Trattato ed all'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali⁶. L'incidenza del diritto europeo, specialmente della giurisprudenza della Corte

di diritto civile, Torino, 1985, nonché più di recente G. VETTORI, *Effettività delle tutele (diritto civile)*, in *Annali Enc. Dir.*, X, 2017, 381 ss.; I. PAGNI, *Effettività della tutela giurisdizionale*, *Annali Enc. Dir.*, X, 2017, 355.

⁴ Cfr. A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, cit.; ID., *Tutela (diritto privato)*, in *Enc. Dir.*, XLV, Milano, 1992, 361 ss.

⁵ Tale doppia funzione del principio di effettività emerge con chiarezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Cfr. ad esempio Corte cost. 18 aprile 2019, n. 98.

⁶ Sulle diverse versioni linguistiche dell'articolo 47 alcune centrate sul rimedio altre sul ricorso molto è stato scritto. Qui valga solo dire che l'ambito dell'articolo 47 interpretato congiuntamente con l'articolo 19 comma 1 del Trattato è quello della tutela giurisdizionale. Cfr. C. giust. UE, *Associazione dei giudici portoghesi* C-64/16, 18 maggio 2017. Da ultima C. giust. UE, *Kancelaria Medius*, C-495/19, 4 giugno 2020. Sul rapporto tra principio di effettività ed art. 47. S. PRECHAL, R. WIDDERSHOVEN, *Redefining the Relationship between "Rewe-effectiveness" and Effective Judicial Protection*, in *Rev. Eur. Adm. L.*, 2, 2011, 51; P. ALTO, H. HOFMANN, L. HOLOPAINEN, E. PAUNIO, P. LAURENT, D. SAYERS, D. SHELTON, A. WARD, *Article 47 - Right to an Effective Remedy*, in S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER, A. WARD (a cura di), *The EU Charter of Fundamental Rights. A commentary*, Oxford, 2014, 1197; M. ACCETTO, S. ZLEPTNIG, *The Principle of Effectiveness: Rethinking Its Role in Community Law*, in *European Public Law*, 3, 2005, 375; M. SAFJAN, D. DÜSTERHAUS, *A Union of Effective Judicial Protection: Addressing a Multi-level Challenge through the Lens of Article 47 CFREU*, *Yearbook of European Law*, 1, 2014, 3 ss.; C. MAK, *Rights and Remedies: Article 47 EUCFR. and Effective Judicial Protection in European Private Law Matters*, in H. MICKLITZ, *Constitutionalization of European private law*, OUP, 2014, K. LENAERTS, *Making the EU Charter of Fundamental Rights a reality for all: 10th anniversary of the charter becoming legally binding*, 12 novembre 2019, consultabile all'indirizzo: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/char_ter_lenaerts12.11.19.pdf (ultimo accesso: 29 maggio 2020); F. EPISCOPO, *L'effettività del diritto (privato) europeo nella giurisprudenza della Corte di Lussemburgo. Analisi di un concetto indeterminato*, tesi di dottorato, a.a. 2018/2019, XXX Ciclo, Università di Pisa.

di giustizia e della Corte europea dei diritti umani, ha contribuito a rendere più omogeneo il rapporto tra diritti e rimedi nei sistemi di *common* e *civil law*⁷. Il nesso diritto soggettivo/azione è stato progressivamente sostituito da quello diritto/rimedio⁸. Il principio di effettività ed il diritto ad un rimedio effettivo ai sensi dell'art. 47 CDFUE richiedono che alla lesione di un diritto corrisponda sempre la disponibilità di un rimedio.

Ciò è stato possibile anche grazie ad una erosione del principio di autonomia procedurale che ha condotto ad una parziale ridefinizione di competenze tra Unione (diritti) e Stati membri (rimedi)⁹. Tale processo è intervenuto ascrivendo l'area dei rimedi al diritto sostanziale attese anche le limitazioni di competenza dell'Unione europea in materia processuale. Esiste, tuttavia, nel diritto dei consumatori una correlazione tra equilibrio sostanziale tra diritti ed obblighi ed equilibrio processuale fondato sul principio di parità delle armi. L'applicazione dell'art. 47 CDFUE mette in evidenza tale correlazione quando esamina questioni processuali aventi la finalità di rendere i diritti effettivi garantendo idonei rimedi. L'esercizio dei poteri d'ufficio in situazione di contumacia del

⁷ Si usava sostenere, con una rappresentazione non sufficientemente meditata, che la distinzione tra le due famiglie di *common* e di *civil law* potesse rinvenirsi nella circostanza che negli ordinamenti di *civil law* i diritti precedono i rimedi mentre in quelli di *common law* i rimedi precedono i diritti. Se mai tale contrapposizione abbia avuto un fondamento certamente il diritto europeo ha prodotto un processo di convergenza attribuendo sempre maggiore rilevanza all'aspetto rimediale, disancorandolo dalla sussistenza di un diritto. Nella giurisprudenza della Corte di giustizia il diritto al rimedio non presuppone la sussistenza di un diritto ma piuttosto di un interesse meritevole di tutela. Su questi profili rimane una pietra miliare W. VAN GERVEN, *Of Rights, Remedies and Procedures*, in *Comm. Mkt. L. Rev.*, 3, 2000, 500 ss.

⁸ Ciò non significa che vi sia coincidenza tra le nozioni di rimedio negli ordinamenti nazionali e quella emergente nel diritto europeo. Sul termine rimedio e sulla sua derivazione anglo-americana cfr. A. DI MAJO, *Il linguaggio dei rimedi*, in *Europa dir. priv.*, 2, 2005, 341 ss. S. MAZZAMUTO, *La nozione di rimedio nel diritto continentale*, in *Europa dir. priv.*, 3, 2007, 585 ss.; G. VETTORI, *Remedies in contract. The common rules for a European law*, Padova, 2008, 159-160, L. NIVARRA, *Rimedi: un nuovo ordine del discorso civilistico*, in *Europa dir. priv.*, 3, 2015, 583, A. DI MAJO, *Rimedi e dintorni*, in *Europa dir. priv.*, 4, 2015, U. MATTEI, *Rimedi*, in R. SACCO (diretto da), *Trattato di Diritto Civile*, Torino, 2001.

⁹ Cfr. W. VAN GERVEN, *Of Rights, Remedies and Procedures*, cit.

consumatore costituisce una efficace illustrazione del legame tra profili processuali e diritto al rimedio¹⁰.

L'effettività opera, dunque, su diversi piani: quello del contenuto della tutela e quello del processo ed in particolare quello della definizione dei limiti del principio dispositivo e dei poteri officiosi del giudice, del diritto alla difesa, della parità delle armi¹¹. I due profili sono ovviamente connessi, essendo il contenuto della tutela correlato alle modalità di accesso alla stessa secondo una ormai consolidata interpretazione dell'art. 47 CDFUE¹².

¹⁰ Cfr. C. giust. UE, *Kancelaria*, dove, pur non richiamando esplicitamente l'articolo 47 si è affermato: «Quindi, in primo luogo e per giurisprudenza costante, il giudice nazionale è tenuto ad esaminare d'ufficio, non appena disponga degli elementi di diritto e di fatto necessari a tal fine, il carattere abusivo di una clausola contrattuale rientrante nell'ambito di applicazione della direttiva 93/13 e, in tal modo, ad ovviare allo squilibrio che esiste tra il consumatore e il professionista (sentenza *Lintner*, C-511/17, 11 marzo 2020, EU:C:2020:188, punto 26 e giurisprudenza ivi citata). In secondo luogo, in assenza di tali elementi di diritto e di fatto, il giudice nazionale, investito di una controversia tra un professionista e un consumatore, deve avere la possibilità di adottare d'ufficio i mezzi istruttori necessari al fine di accertare se una clausola inserita nel contratto oggetto della controversia rientri nell'ambito di applicazione della direttiva stessa (v., in tal senso, sentenza *Lintner*, punti 36, 37 e giurisprudenza ivi citata)».

¹¹ Cfr. C. giust. UE, *Pannon, Camino, Aziz, Sanchez Morcillo Kancelaria*, 45; «Pertanto, i principi dispositivo e del divieto di pronunciarsi ultra petita non ostano a che un giudice nazionale chieda al ricorrente di produrre il contenuto del documento o dei documenti su cui si fonda la sua domanda, poiché una siffatta richiesta tende soltanto ad assicurare il quadro probatorio del processo (C. giust. UE, *Profi Credit Polska*, C-419/18 e C-483/18, 7 novembre 2019)». Ne consegue che non può essere garantita una tutela giurisdizionale effettiva ove il giudice nazionale, investito da un professionista di una controversia che lo oppone a un consumatore e che rientra nell'ambito d'applicazione della direttiva 93/13, non abbia la possibilità, nonostante la mancata comparizione del consumatore, di verificare le clausole contrattuali sulle quali il professionista ha fondato la sua domanda, qualora sussistano dubbi sul carattere abusivo di tali clausole. Nel caso in cui tale giudice sia obbligato, in forza di una disposizione nazionale, a considerare veritiere le affermazioni fattuali del professionista, l'intervento positivo di tale giudice, richiesto dalla direttiva 93/13 per i contratti che rientrano nel suo ambito di applicazione, risulterebbe vanificato.

¹² C. giust. UE, *CY v. Caixabank*, C-224/19, 16 luglio 2020 dove si afferma: «L'articolo 6, paragrafo 1, e l'articolo 7, paragrafo 1, della direttiva 93/13 nonché il principio di effettività devono essere interpretati nel senso che essi ostano a un regime che consente di far gravare sul consumatore una parte delle spese processuali, a seconda del livello

L'effettività della tutela riguarda anche l'operato delle autorità amministrative, cui sono conferiti compiti di controllo sulle sanzioni delle violazioni e sull'attuazione dei diritti¹³. Essa trova il suo fondamento nel diritto ad una buona amministrazione e nel principio del buon andamento. L'effettività, dunque, non concerne solo la tutela giurisdizionale ma anche le altre forme di tutela dei diritti tra cui quella amministrativa, sebbene con connotazioni parzialmente diverse. Mentre nella tutela giurisdizionale il principio di effettività assicura alla parte lesa il diritto/potere di scelta del rimedio, nei limiti dei principi di proporzionalità e dissuasività, nella tutela amministrativa esso conforma l'azione dell'autorità che somministra il rimedio e irroga la sanzione, ordinando la cessazione dell'illecito e l'eliminazione degli effetti lesivi da esso cagionati.

3. *Le trasformazioni della tutela*

I rimedi hanno acquisito una centralità nel sistema multilivello delle tutele¹⁴. La nozione di rimedio consente di valorizzare anche tecniche di

delle somme indebitamente pagate che gli sono restituite in seguito alla dichiarazione di nullità di una clausola contrattuale per via del suo carattere abusivo, in quanto un simile regime crea un ostacolo sostanziale che può scoraggiare i consumatori dall'esercitare il diritto a un controllo giurisdizionale effettivo del carattere potenzialmente abusivo di clausole contrattuali, quale riconosciuto dalla direttiva 93/13».

¹³ Per il momento esso trova fondamento nel principio di buona amministrazione ma la Corte costituzionale ha proposto rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia sull'applicabilità degli artt. 47 e 48 CDF al procedimento amministrativo. Si legge nel rinvio: «D'altra parte, la questione se gli artt. 47 e 48 CDFUE, alla luce della rammentata giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo concernente l'art. 6 CEDU, impongano di riferire tale diritto anche a procedimenti amministrativi suscettibili di sfociare nell'irrogazione di sanzioni di natura "punitiva", non risulta essere stata mai affrontata dalla Corte di giustizia UE» (Corte cost., ord. 117/2019).

¹⁴ Cfr. F. CAFAGGI, H.W. MICKLITZ, *The way forward*, in IID. (a cura di), *The new frontiers of consumer protection*, cit., 383 ss. H.W. MICKLITZ, *The Ecj between the individual citizen and the Member States. A plea for a judge-made European law on remedies*, in H.W. MICKLITZ, B. DE WITTE, *The European court of justice and the autonomy of member states*, Cambridge, 2012, 349 ss. A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, IV ed., Milano, 2003, *passim*; G. VETTORI, *Effettività delle tutele (diritto civile)*, in *Annali Enc. Dir.*, X, 2017, 381 ss.; L. BREGGIA, *La giustizia del XXI secolo dentro e fuori la*

tutela non giurisdizionali come quella della tutela amministrativa¹⁵. Essa si applica sia alla tutela amministrativa che a quella giurisdizionale, a differenza dell'azione, legata al processo.

Mutamenti significativi sono intervenuti nelle due prime decadi di questo secolo, ridefinendo ambito e principi della tutela così come consolidatisi alla fine del secolo scorso, valorizzando il principio di effettività¹⁶. Si tratta di un principio che opera in relazione all'attuazione dei diritti, alla conformazione dell'autonomia privata in sede contrattuale, alla riparazione dei pregiudizi in sede di responsabilità civile¹⁷. Quella stagione aveva visto il tentativo di riequilibrare il rapporto tra tutela specifica e tutela per equivalente, valorizzando sia l'adempimento in natura sia il risarcimento in forma specifica e promuovendo strumenti diretti ad

giurisdizione: una riflessione sul principio di effettività, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2, 2016, 715 ss.; M. LIBERTINI, *Le nuove declinazioni del principio di effettività*, in *Eur. Dir. Priv.*, 4, 2018, 1071 ss.; A. CARRATTA, *Tecniche di attuazione dei diritti e principio di effettività*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1, 2019, 1 ss.

¹⁵ Solitamente la distinzione viene compiuta tra rimedi processuali e rimedi in autotutela che non presuppongono l'uso del processo. A questa distinzione va aggiunta quella tra rimedi somministrati dal giudice e rimedi somministrati dalle autorità amministrative.

¹⁶ La fine del secolo era stata caratterizzata da un intenso dibattito sollecitato da contributi dei processualciviliisti (Montesano, Proto Pisani, Chiarloni, Taruffo) sia dei civilisti (Di Majo, Mazzamuto). Il rapporto tra diritti e rimedi, l'evoluzione verso l'atipicità delle azioni aveva connotato quei contributi ridiscutendo il paradigma di un sistema la cui architettura era fondata sulle situazioni giuridiche soggettive cui seguivano i rimedi e, sul piano processuale, le azioni. Il nesso tra effettività e atipicità delle forme di tutela e delle azioni aveva avviato un processo di cambiamento che ha trovato riconoscimenti in tutte le aree dal diritto della responsabilità civile a quello del contratto, dall'arricchimento ingiustificato alla tutela della proprietà e del possesso.

Per una efficace sintesi di tale percorso si vedano i contributi apparsi nel volume *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, a cura di G. GRISI, Napoli, 2019, 21 ss. che celebra i 30 anni dal convegno palermitano che aveva dato luogo nella pubblicazione del volume curato da S. MAZZAMUTO, *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, Napoli, 1989.

¹⁷ Cfr. L. NIVARRA, *Bilanci e sfide a trent'anni dal convegno palermitano*, in G. GRISI (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, cit.

assicurare la coercibilità degli obblighi di fare¹⁸. Complementare alla valorizzazione della tutela in forma specifica era la promozione della funzione deterrente e preventiva, con un ampliamento della tutela inibitoria, sul cui fondamento normativo e l'estensione della atipicità si continua a discutere¹⁹. Un ruolo sempre maggiore acquisivano le sanzioni civili di cui le pene private costituiscono importante categoria²⁰. Si riconosceva, dunque, cittadinanza ad una funzione punitivo/afflittiva anche al diritto privato, in particolare nell'ambito della responsabilità extracontrattuale²¹. Infine, veniva promosso il consolidamento delle misure di coercizione indiretta accanto a quelle di coercizione diretta anche per assicurare l'esecuzione dei provvedimenti giurisdizionali e quelli delle autorità

¹⁸ Cfr. A. DI MAJO, *Tutela (diritto privato)*, in *Enc. Dir.*, XLV, Milano, 1992, 361 ss., nonché A. DI MAJO, *Forme e tecniche di tutela*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, cit., I, 11 ss., spec. 30 ss. In relazione agli obblighi di fare cfr. S. MAZZAMUTO, *L'attuazione degli obblighi di fare*, Napoli, 1978, 119 ss., 151 ss. S. MAZZAMUTO, *Problemi e momenti dell'esecuzione in forma specifica*, in ID., *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, cit., I, 453 ss. Con riferimento alla responsabilità civile E. NAVARRETTA, *Il risarcimento in forma specifica e il dibattito sui danni punitivi tra effettività, prevenzione e deterrenza*, in *Resp. civ. e prev.*, 2019, 6 ss. e ID., *Costituzione, Europa e diritto privato*, cit. 48 ss.

¹⁹ Cfr. I. PAGNI, *Effettività della tutela giurisdizionale*, cit. 355 ss.; M. LIBERTINI, *Le nuove declinazioni del principio di effettività* e L. NIVARRA, *Bilanci e sfide a trent'anni dal convegno palermitano*, entrambi in G. GRISI (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, cit., rispettivamente 3 ss. e 21 ss.; C. CASTRONOVO, *Spigolature da Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, in G. GRISI (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, cit., 709 ss. «E così, inesorabilmente, siamo giunti ai giorni nostri, nei quali il principio di effettività, affermato nella fase primordiale alla quale ci siamo riferiti come garanzia di tutela processuale dei diritti, si è stravolto nell'idea che non già la tutela come modalità di attuazione di un diritto o di una situazione soggettiva deve essere effettiva, ma addirittura viene atteggiata e configurata dal giudice in funzione dell'effettività del soddisfacimento del bisogno, prendendo alla lettera la priorità di quest'ultimo teorizzata da Di Majo»; A. PROTO PISANI, *Condanna (e misure coercitive)*, in *Foro it.*, 2007, V, 1 ss.; A. CARRATTA, *Tecniche di attuazione dei diritti e principio di effettività*, in G. GRISI (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, cit., 689 ss.

²⁰ Cfr. Cass. sez. un., n. 16601/2016.

²¹ Cfr. E. MOSCATI, *Pena privata*, in *Enc. Dir.*, S. PATTI, *Pena privata*, in *Dig. disc. priv.*, 1995, 358 ss. e per una ricognizione più recente F. EPISCOPO, *Pene private*, in E. NAVARRETTA (a cura di), *Codice della responsabilità*, in corso di stampa.

amministrative indipendenti, conseguendo un maggiore effetto deterrente, specialmente nelle ipotesi di ripetizione dell'illecito²². Questi cambiamenti segnavano anche la fine degli steccati tra diritto processuale e diritto sostanziale, collocandosi il linguaggio e la funzione dei rimedi al crocevia delle due discipline²³.

A queste trasformazioni si è affiancato, grazie anche alla giurisprudenza della Corte di giustizia applicativa dei principi di equivalenza ed effettività, una modifica della funzione del giudice, con l'ampliamento dei poteri officiosi sia in riferimento alla selezione del rimedio sia alla definizione del suo contenuto²⁴. Emblematici i casi di riduzione del prezzo nell'ambito della vendita ai consumatori e di decadenza dagli interessi nel caso di credito al consumo²⁵. A maggiori poteri corrispondono maggiori responsabilità, sanzionate con lo strumento della responsabilità dei giudici per violazione del diritto europeo²⁶. Tale cambiamento è avvenuto nel quadro di un dialogo tra le corti attraverso il rinvio pregiudiziale, l'interpretazione conforme e, finanche, la disapplicazione²⁷. Il

²² Cfr. A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, la cui edizione provvisoria risale al 1978 mentre la prima edizione definitiva è del 1983. Vedi per una applicazione Cons. St. Ad. plen. n. 7/2019 e prima Id., Ad plen. n. 15/2014.

²³ A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, cit.

²⁴ Cfr. F. CAFAGGI, P. IAMICELL, *The Principles of Effectiveness, Proportionality and Dissuasiveness in the Enforcement of EU Consumer Law: The Impact of a Triad on the Choice of Civil Remedies and Administrative Sanctions*, in *Eur. Rev. Priv. L.*, 3, 2017, 575 ss.; C. PAVILLON, *Private Enforcement as a Deterrence Tool: A Blind Spot in the Omnibus-Directive*, in *Eur. Rev. Priv. L.*, 6, 2019, 1297 ss.; G. ARMONE, *Una guida nel labirinto delle fonti tra diritto civile e diritto del lavoro*, in *Lavoro diritti Europa*, 2019, 2, 12 ss. dell'estratto.

²⁵ Cfr. C. giust. UE, *Hueros Duarte*, C-32/12, 3 ottobre 2013; *Home Credit*, C-42/15, 9 novembre 2016.

²⁶ Cfr. C. giust. UE, *Kobler*, C-224/01, 30 settembre 2003; *Traghetti del Mediterraneo*, C-173/03, 13 giugno 2006.

²⁷ Cfr. J. WEILER, M. CARTABIA, *L'Italia in Europa: profili istituzionali e costituzionali*, Bologna, 2000; F. CAFAGGI, H.W. MICKLITZ, *The way forward*, cit., 383 ss., H.W. MICKLITZ, *The Ecj between the individual citizen and the Member States*, cit., 349 ss.; F. CAFAGGI, S. LAW (a cura di), *Judicial Cooperation in European Private Law*, Cheltenham, 2017; B. DE WITTE, J.A. MAYORAL, U. JAREMBA (a cura di), *National Courts and EU Law – New Issues, Theories and Methods*, Cheltenham, 2016; M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a costituzione*, in *Enc. dir., Annali*, IX, 2016, 391 ss.,

nodo cruciale concernente le forme di dialogo è rappresentato dal rapporto tra interpretazione conforme e disapplicazione²⁸. Particolare importanza ha rivestito, per identificare le modalità del dialogo tra Corti e le traiettorie del cambiamento, la possibilità riconosciuta dalla Corte di giustizia che l'interpretazione conforme possa modificare anche orientamenti giurisprudenziali consolidati²⁹.

Il controllo sull'applicazione del principio di effettività differisce quando venga operato dalla Corte costituzionale in sede di sindacato sulla legge e quando viene, invece, attuato dal giudice ordinario e dal giudice amministrativo³⁰. Mentre nel primo caso esso incide sulla discrezionalità del legislatore nella definizione dei rimedi e degli strumenti procedurali e processuali destinati ad attivarli, nel secondo caso incide sul potere del giudice di controllare la selezione del rimedio applicabile e, ove manchi una precisa disposizione, di pervenire, in via interpretativa, alla identificazione del rimedio più adeguato.

Infine, il processo evolutivo che si sta descrivendo ha visto un rafforzamento della tutela collettiva che, in coerenza con il principio di autonomia procedurale, ha operato sia in relazione alla tutela giurisdizionale sia a quella amministrativa³¹.

Certamente l'ampliamento della tutela specifica ha contribuito ad accrescere l'effettività dei rimedi ma il persistente deficit di tutela rimane ancorato alla eseguibilità delle condanne aventi ad oggetto obblighi di

part. 473 ss.; M. LOTH, *Who Has the Last Word?*, in *Eur. Rev. Priv. L.*, 1, 2017, 45 ss.; B. NASCIBENE, I. ANRÒ, *La tutela dei diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte di giustizia: nuove sfide, nuove prospettive*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2, 2017, 323 ss.; G. VETTORI, *Il diritto privato europeo fra legge, Corti e diritti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 4, 2018, 1341-1359.

²⁸ Sulla relazione tra disapplicazione e interpretazione conforme la posizione della Corte di giustizia è consolidata. Cfr. C. giust. UE, *Stadt Wuppertal c. Bauer e Willmeroth c. Broßonn*, C-569/16 e C-570/16, 6 novembre 2018.

²⁹ Cfr. C. giust. UE, *Egenberger*, C-414/16, 17 aprile 2018, EU:C:2018:257, punti 72 e 73 e giurisprudenza ivi citata.

³⁰ Cfr. C. cost., n. 160/19 e Cass. n. 21255/2013.

³¹ Cfr. dir. 2009/22 e la proposta di modifica nell'ambito del new deal sulle azioni rappresentative. In ambito interno la riforma delle azioni collettive con lo spostamento dal codice del consumo al codice di procedura civile.

fare piuttosto che a quella relativa alle obbligazioni pecuniarie³². Questa è una delle ragioni dello sviluppo della tutela amministrativa dei consumatori, che dispone di strumenti più efficaci per assicurare l'esecuzione tempestiva non solo delle sanzioni ma anche dei rimedi non sanzionatori³³. Una seconda ragione di tale sviluppo concerne la funzione inibitoria. Pur riconoscendo l'indubbio ampliamento della tutela inibitoria in sede giurisdizionale, l'uso della tutela amministrativa associata al giudizio di ottemperanza assicura un'efficacia maggiore delle misure preventive.

4. Sanzioni e rimedi

La tutela amministrativa comprende sia le sanzioni, pecuniarie e non pecuniarie, sia i rimedi.

Le sanzioni si distinguono dai rimedi sia sul versante procedimentale sia su quello sostanziale. Tuttavia, non vi è una disciplina omogenea neppure in riferimento alle sanzioni³⁴. Esse vengono distinte a seconda che abbiano o meno natura penale sulla base sia dei criteri definiti dalla CEDU sia di criteri definiti nell'ordinamento interno³⁵. La giurisprudenza interna tende a concentrarsi sul terzo criterio Engel relativo al

³² Cfr. A. CARRATTA, *Tecniche di attuazione dei diritti e principio di effettività*, in G. GRISI (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, cit., 689 ss., che richiama le riflessioni contenute nel volume *Processo e tecniche di attuazione dei diritti* curato da S. MAZZAMUTO. In particolare A. PROTO PISANI, *L'attuazione dei provvedimenti di condanna*, in G. GRISI (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, cit., I, 39 ss., e di M. TARUFFO, *L'attuazione esecutiva dei diritti: profili comparatistici*, *ivi*, I, 63 ss. Ma v. anche gli interventi di F. CARPI, *Note in tema di tecniche di attuazione dei diritti*, *ivi*, I, 157 ss.; G. MONTELEONE, *Spunti per una revisione del concetto di sentenza di condanna come titolo esecutivo*, *ivi*, I, 173 ss.; S. CHIARLONI, *Ars distinguendi e tecniche di attuazione dei diritti*, *ivi*, I, 183 ss.; F. TOMMASEO, *Intervento*, *ivi*, I, 563 ss.

³³ Cfr. Cons. St., Ad plen. n. 7/2019.

³⁴ Sul tema cfr. Cons. St., sez. II, n. 3548/2020 e Cons. St., sez. IV, n. 1968/2017.

³⁵ Secondo la sentenza *Engel* i criteri per la definizione della natura penale sono tre: *i*) la qualificazione giuridica dell'illecito; *ii*) la natura dell'illecito, desunta dall'ambito di applicazione, di carattere generale, della norma che lo prevede (deve essere rivolto alla generalità dei consociati) e dallo scopo perseguito che deve essere non risarcitorio ma afflittivo; *iii*) il grado di severità della sanzione, che è determinato con riguardo alla pena

grado di severità della sanzione³⁶. Un caso particolare è quello della confisca per equivalente e della sanzione pecuniaria ad essa associata³⁷. Di particolare rilevanza per la definizione dei confini tra sanzioni, ai fini dell'applicabilità dei principi di effettività, proporzionalità e dissuasività, è la distinzione tra sanzioni amministrative punitive e sanzioni ripristinatorie³⁸. Alle prime viene applicata la disciplina di cui alla legge

massima prevista dalla legge applicabile e non di quella concretamente applicata (CEDU, Grande Camera, 8 giugno 1976, *Engel e altri c. Paesi Bassi*). I tre criteri sono alternativi e non cumulativi. Cfr. Cons. St. sez. VI, n. 2098/2019. «Sin dal 1976, la Corte di Strasburgo ha enunciato tre criteri o figure sintomatiche della sanzione penale (i cosiddetti criteri *Engel*): - la qualificazione dell'illecito operata dal diritto nazionale; - la natura della sanzione, alla luce della sua funzione punitiva-deterrente; - la severità, ovvero la gravità del sacrificio imposto. Per la Corte è sufficiente che ricorra anche una sola di tali circostanze, perché la sanzione vada qualificata come 'penale'» (cfr. *ex plurimis* sentenze 8 giugno 1976, *Engel e altri c. Paesi Bassi*; 26 marzo 1982, *Adolf c. Austria*, § 30; 9 febbraio 1995, *Welch c. Regno Unito*, § 27; 25 agosto 1987, *Lutz c. Germania*, § 54; 21 febbraio 1984, *Öztürk c. Germania*, § 50; 22 febbraio 1996, *Putz c. Austria*, § 31; 21 ottobre 1997, *Pierre-Bloch c. Francia*, § 54; 24 settembre 1997, *Garyfallou AEBE c. Grecia*, § 32).

³⁶ Sul rapporto tra i criteri convenzionali e criteri interni cfr. Cons. St. sez. VI, n. 2098/2019. «La qualificazione formale che una data sanzione riceva nell'ordinamento di appartenenza non riveste valore determinante, bastando che la sanzione sia penale per natura ovvero dotata di una relativa severità. La qualificazione formale interna, invece, assume valore vincolante, ai fini convenzionali, soltanto in senso «estensivo», per affermare cioè l'applicabilità dell'art. 6 CEDU, anche nelle ipotesi in cui non siano integrati gli altri due requisiti sostanziali affermati dai giudici di Strasburgo».

Tali criteri vengono dalla giurisprudenza amministrativa ed ordinaria applicati sia alle sanzioni pecuniarie sia alle sanzioni non pecuniarie.

³⁷ Cfr. C. cost., n. 63/2019 in relazione alla confisca per equivalente per l'illecito amministrativo di abuso di informazioni privilegiate ed all'associata sanzione pecuniaria.

³⁸ Cfr. Cons. St., sez. VI, n. 7699/2019: Le sanzioni amministrative possono essere afflittive (sanzionatorie in senso stretto) o ripristinatorie (sanzionatorie in senso lato). Le sanzioni ripristinatorie «mirano alla soddisfazione diretta dell'interesse pubblico specificamente pregiudicato dalla violazione» (Cons. St., sez. VI, n. 3694/2017). Le sanzioni afflittive sono quelle definite dal diritto europeo e, in particolare, dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU), che ha contribuito a configurare uno statuto di regole fondato su garanzie convenzionali di natura sostanziale e processuale (artt. 6 e 7).

689/1981, ritenuta dalla giurisprudenza applicabile alle sanzioni amministrative in senso stretto anche non pecuniarie³⁹. Ne risulta confermata, in materia sanzionatoria, la distinzione tra diritto amministrativo punitivo e diritto amministrativo preventivo⁴⁰.

Le sanzioni amministrative di natura penale devono conformarsi ai principi di legalità, prevedibilità ed accessibilità⁴¹. Sia il diritto convenzionale sia quello europeo riconoscono la compatibilità con il principio del *ne bis in idem* di sanzioni penali ed amministrative con natura penale purché vi sia complementarità funzionale e valutazione integrata della proporzionalità⁴². La natura non afflittiva della sanzione amministrativa

³⁹ Cfr. Cons. St. n. 3548/2020: «Una lettura sistematica e costituzionalmente orientata, dunque, non può non condurre all'estensione applicativa dei principi fondamentali di cui agli artt. 1, 2, 3 e 4 della l. 689/1981 ad ogni sanzione amministrativa in senso stretto e quindi ad ogni illecito amministrativo, anche se la sanzione prevista non è pecuniaria. Restano fuori dall'applicabilità degli stessi solo quei provvedimenti che, seppur pregiudizievoli per il destinatario, assumono carattere primariamente riparatorio, tra i quali, come è evidente, non può rientrare la chiusura temporanea di un'attività commerciale quale conseguenza (ulteriore) dell'avvenuto accertamento della commissione al suo interno di specifiche ipotesi di reato. Solo integrando, pertanto, il dato testuale dell'art. 12 con considerazioni ispirate in ambito sanzionatorio ad ineludibili esigenze di garanzia, emerge chiaramente tutta l'importanza di sistema dei principi sostanziali e procedurali fissati nella l. n. 689/1981, intorno alla quale è possibile costruire l'edificio della repressione amministrativa».

⁴⁰ Cfr. Cons. St., sez. III, n. 758/2019, C. cost., n. 57/2020, Cons. St. sez. II, n. 3548/2020. Su questi temi cfr. M. NOCCELLI, *Il quadro indiziario dei tentativi di infiltrazione mafiosa: il ruolo della giurisprudenza. Gli effetti estensivi dell'art. 89-bis del codice antimafia e la sentenza della Corte costituzionale n. 4 del 2018*, mimeo, consultato per gentile cortesia dell'Autore.

⁴¹ Cfr. C. cost., n. 121/2018: «Con riferimento a questo tipo di sanzioni amministrative, il principio di legalità, prevedibilità e accessibilità della condotta sanzionabile e della sanzione aventi carattere punitivo-afflittivo, qualunque sia il *nomen* ad essa attribuito dall'ordinamento, del resto, non può, ormai, non considerarsi patrimonio derivato non soltanto dai principi costituzionali, ma anche da quelli del diritto convenzionale e sovranazionale europeo, in base ai quali è illegittimo sanzionare comportamenti posti in essere da soggetti che non siano stati messi in condizione di "conoscere", in tutte le sue dimensioni tipizzate, la illiceità della condotta omissiva o commissiva concretamente realizzata».

⁴² Cfr. C. cost., n. 222/2019 «Come già questa Corte ha avuto modo di rammentare (sentenza n. 43 del 2018), infatti, nella citata sentenza A e B contro Norvegia la Grande

viene ritenuta dalla giurisprudenza indice della assenza del carattere penale e, dunque, della sua non assoggettabilità alle garanzie procedurali e sostanziali richieste dalla normativa convenzionale e da quella europea⁴³. Quando il procedimento amministrativo si concluda con l'irrogazione di sanzioni afflittive la compatibilità con l'art. 6 CEDU viene assicurata dal rispetto delle garanzie in sede processuale ove il provvedimento sia oggetto di sindacato giurisdizionale⁴⁴.

Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo ha ritenuto che debba essere esclusa la violazione del diritto sancito dall'art. 4 Prot. n. 7 CEDU allorché tra i due procedimenti – amministrativo e penale – che sanzionano il medesimo fatto sussista un legame materiale e temporale sufficientemente stretto; legame che deve essere ravvisato, in particolare: quando le due sanzioni perseguano scopi diversi e complementari, connessi ad aspetti diversi della medesima condotta; quando la duplicazione dei procedimenti sia prevedibile per l'interessato; quando esista una coordinazione, specie sul piano probatorio, tra i due procedimenti; e quando il risultato sanzionatorio complessivo, risultante dal cumulo della sanzione amministrativa e della pena, non risulti eccessivamente afflittivo per l'interessato, in rapporto alla gravità dell'illecito. A parere del supremo giudice dell'Unione, infatti, la violazione del *ne bis in idem* sancito dall'art. 50 CDFUE non si verifica a) allorché le due sanzioni perseguano scopi differenti e complementari, sempre che b) il sistema normativo garantisca una coordinazione tra i due procedimenti sì da evitare eccessivi oneri per l'interessato, e c) assicuri comunque che il complessivo risultato sanzionatorio non risulti sproporzionato rispetto alla gravità della violazione». Cfr. C. DEODATO, *Sanzioni formalmente amministrative e sostanzialmente penali: i problemi procedurali connessi all'applicazione delle sanzioni Consob in materia di market abuse (e alcune soluzioni)*, in *Federalismi.it*, n. 23 del 18 dicembre 2019. disponibile su www.giustizia-amministrativa.it.

⁴³ Cfr., ad esempio, Cass. sez. II, n. 3656/2016 che ha negato il carattere di afflittività alle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dalla Banca d'Italia ai sensi dell'art. 144 TUB per carenze nell'organizzazione e nei controlli interni. La Corte ha ritenuto che tali sanzioni non siano equiparabili, quanto a tipologia, severità, incidenza patrimoniale e personale, a quelle irrogate dalla CONSOB ai sensi dell'art. 187-ter TUF per manipolazione del mercato escludendone la natura sostanzialmente penale. L'esclusione del carattere di afflittività delle suddette sanzioni ha determinato il superamento di ogni problema di compatibilità con le garanzie riservate ai processi penali dall'art. 6 CEDU. Per converso quando vi sia la natura afflittiva si applicano i principi della determinatezza, prevedibilità e irretroattività delle sfavorevoli e retroattività delle favorevoli. Cfr. Cons. St. sez. VI, n. 7699/2019, cit.

⁴⁴ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 27 settembre 2011 - Ricorso n. 43509/08 - *A. Menarini Diagnostics Srl c. Italia*, "La conformità con l'articolo 6 non

Ferma restando la compatibilità del doppio binario, che include sia la tutela penale sia quella amministrativa, alle sanzioni amministrative di natura penale vengono applicati principi diversi rispetto a quelli applicabili alle sanzioni amministrative prive del carattere penale⁴⁵. A queste ultime si applicano comunque i principi di prevedibilità, necessità e proporzionalità⁴⁶. La natura penale della sanzione amministrativa non oscura, tuttavia, le caratteristiche distintive di questa rispetto alla sanzione penale⁴⁷. Coesistono dunque sanzioni penali, sanzioni amministrative di natura penale, sanzioni amministrative prive della natura penale e sanzioni civili.

I rimedi possono avere ad oggetto misure inibitorie, ripristinatorie, restitutorie e caducatorie⁴⁸. Tali rimedi possono essere somministrati sia

esclude che, in un procedimento di natura amministrativa, una pena sia inflitta da un'autorità amministrativa. Si presuppone però che la decisione di un'autorità amministrativa che non soddisfi le condizioni di cui all'articolo 6 § 1 debba subire un controllo a posteriori da un organo giudiziario avente giurisdizione piena (*Schmautzer, Umlauf, Gradingger, Pramstaller, Palaoro e Pfarrmeier c. Austria*, sentenza del 23 ottobre 1995, serie A nn. 328 A-C e 329 A-C, rispettivamente §§ 34, 37, 42 e 39, 41 e 38). Tra le caratteristiche di un organo giudiziario avente piena giurisdizione vi è il potere di riformare in ogni modo, in fatto come in diritto, la decisione, resa da un organo di grado inferiore. Detto giudice deve essere competente a giudicare tutte le questioni di fatto e di diritto rilevanti per la controversia per cui viene adito (*Chevrol c. Francia*, n. 49636/99, § 77, CEDU 2003-III, e *Silvester's Horeca Service c. Belgio*, n. 47650/99, § 27, 4 marzo 2004" (par. 59)); in particolare, se si tratti di una sanzione amministrativa relativamente alla quale sussista la possibilità di esperire ricorso al Tribunale Amministrativo Regionale ed al Consiglio di Stato, l'art. 6 della CEDU è rispettato, in quanto "tali organi soddisfano i requisiti di indipendenza e di imparzialità del «giudice» di cui all'articolo 6 della Convenzione (*Pre-dil Anstalt S.A. c. Italia* (dec.), n. 31993/96, 8 giugno 1999)" (par. 60).

⁴⁵ Sulla compatibilità del sistema del doppio binario con la Costituzione e con il diritto convenzionale cfr. C. DEODATO, *Sanzioni formalmente amministrative e sostanzialmente penali*, cit.

⁴⁶ Con specifico riferimento alla natura non penale delle misure di confisca e sequestro. Cfr. C. cost., n. 24/2019; Cons. St., sez. VI, n. 4169/2019.

⁴⁷ Cfr. C. cost., n. 223/2018.

⁴⁸ Per una prospettiva sistematica sulla tutela civile dei diritti focalizzata sui profili giurisdizionali A. DI MAJO, *La Tutela civile dei diritti*, cit.

dall'autorità giurisdizionale sia, sebbene non in modo del tutto sovrapponibile, dalla autorità amministrativa⁴⁹.

Le convenzionali distinzioni tra rimedi e sanzioni stanno progressivamente venendo meno. Il piano rimediale è caratterizzato da una significativa accentuazione della componente punitiva, un tempo riferita alle sole sanzioni, grazie al sempre più frequente riferimento alla gravità della violazione quale parametro per la definizione del contenuto del rimedio. Per converso il piano sanzionatorio si arricchisce di strumenti privi della caratteristica punitivo/afflittiva diretti a valorizzare piuttosto la componente preventiva e ripristinatoria⁵⁰. Giova in proposito riaffermare la necessità di integrare, non certo di contrapporre, il principio di legalità riferito alle sanzioni, talvolta erroneamente associato esclusivamente alla *lex*, con quello di effettività riferito ai rimedi, talvolta erroneamente fatto coincidere con il diritto giurisprudenziale⁵¹. Come si vedrà è proprio l'equilibrio tra legalità ed effettività a disegnare il perimetro ed i contenuti della tutela dei diritti, assicurando, in un sistema di garanzie procedurali e processuali, la prevenzione e rimozione degli effetti degli illeciti. Siamo di fronte a due processi di ibridazione: uno, sostanziale, tra sanzioni e rimedi, uno, istituzionale, tra autorità amministrative e giurisdizionali. L'interrogativo è se tali processi conducano ad una assimilazione o a una ridefinizione funzionale di queste categorie, conservando le ragioni della distinzione tra sanzioni e rimedi.

⁴⁹ Vengono meno o si affievoliscono alcune delle caratteristiche indicate come distintive del rimedio. S. Mazzamuto ne individua quattro: 1) il rimedio è espressione in un potere di reazione del singolo o comunque presuppone l'impulso di parte, 2) il bisogno di tutela si raccorda ad interessi che non sono necessariamente formalizzati in diritti soggettivi, 3) i rimedi costituiscono dispositivi tecnici immediatamente a ridosso del bisogno di tutela, 4) i rimedi vengono perlopiù somministrati dal giudice. Così S. MAZZAMUTO, *La nozione di rimedio in diritto continentale*, in G. VETTORI, *Remedies in contract. The common rules for a European law*, Padova, 2008, 152.

⁵⁰ Cfr. Cons. St., sez. VI, n. 1368/2020.

⁵¹ Su questi profili M. VOGLIOTTI, *Legalità*, in *Annali Enc. Dir.*, 2013.

5. La complementarità delle tutele ed il principio di effettività

Il principio di effettività, positivizzato negli ordinamenti costituzionali ed in quello europeo, ha mostrato una capacità pervasiva nell'informare l'attività dei giudici ed il dialogo tra le corti⁵². Esso costituisce allo stesso tempo principio costituzionale (art. 24 Cost.) e principio di diritto europeo (art. 19.1 Trattato UE e art. 47 Carta dei diritti fondamentali, artt. 6 e 13 CEDU)⁵³. Sul piano del diritto processuale ha trovato pieno riconoscimento nel codice del processo amministrativo mentre manca statuizione di analoga portata nel codice di procedura civile⁵⁴. Tale assenza non impedisce alla giurisprudenza di impiegarlo abitualmente quale canone interpretativo e strumento per l'integrazione di lacune ordinamentali⁵⁵.

Analoga importanza ha il principio di equivalenza, riguardato sia nella convenzionale dimensione della necessità che la disciplina di derivazione europea non protegga in misura inferiore a quella di derivazione interna, sia in quella simmetrica per cui la disciplina di derivazione interna, nel caso di specie quella rimediale, non penalizzi il soggetto leso

⁵² Cfr. N. LIPARI, *Il ruolo del giudice nella crisi delle fonti del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, 479-496 ed ora in *Id.*, *Il giudice e la legge*, Milano, 2017, 131 ss.; E. NAVARRETTA, *Costituzione, Europa e diritto privato. Effettività e Drittwirkung ripensando la complessità giuridica*, Torino, 2017 part. 35 ss. G. VETTORI, *Effettività diritto civile*, *Annali Enc. Dir.*, X, 2017, 381 ss.; I. PAGNI, *Effettività della tutela giurisdizionale*, *Annali Enc. Dir.*, X, 2017, 355 ss.

⁵³ Sulla continuità o discontinuità tra principio di effettività della tutela e diritto ad un rimedio effettivo sancito dall'art. 47 CDF vi è un dibattito aperto con particolare riferimento all'impiego che delle due categorie fa la Corte di giustizia.

⁵⁴ Cfr. Cons. St., sez. III, n. 2428/2020 dove si definiscono i rapporti tra il diritto ad un rimedio effettivo e l'autonomia processuale degli Stati membri.

⁵⁵ Alcuni esempi recenti, in diversi settori e con diversi esiti interpretativi, dell'importanza del principio di effettività nell'argomentare dei giudici sono: in materia di prescrizione per il risarcimento del danno derivante da una violazione del diritto della concorrenza, Cass. sez. I, n. 7677/2020; Cass. n. 6312/2014 delle Sezioni Unite («il principio di effettività della tutela giurisdizionale comprende qualsiasi attività processuale prevista dall'ordinamento, volta a rendere concreta la realizzazione dei diritti azionati»); Cass., sez. III, n. 21255/2013.

rispetto ai rimedi di cui disporrebbe sulla base della disciplina interna di derivazione europea. Una sorta di principio di equivalenza rovesciato⁵⁶.

Il principio di effettività permea sia la definizione dell'assetto istituzionale, in particolare il rapporto tra autorità amministrative e giudici, sia la definizione del contenuto degli strumenti, in particolare quello di sanzioni e rimedi ed il loro rapporto⁵⁷. Mentre la nostra giurisprudenza resiste ad assegnare al principio di effettività ed all'articolo 47 CDFUE una funzione regolatrice dei rapporti tra forme e tecniche di tutela, la Corte di giustizia ha colto e sviluppato tale connessione, definendo l'ambito di discrezionalità degli Stati membri nella scelta tra simultaneità e sequenzialità di tutela amministrativa e giurisdizionale⁵⁸.

Una tutela effettiva dei diritti comprende, pertanto, sia gli strumenti della tutela amministrativa sia quelli della tutela giurisdizionale⁵⁹. Si rafforza, nel disegno europeo e nella recezione della disciplina nell'ordinamento nazionale, la complementarità tra sistemi di tutela del consumatore, a differenza di altri settori, come quello della tutela dei dati personali, dove sul piano interno è stato invece ribadito, anche dopo il Regolamento 679/2016, il principio di alternatività⁶⁰. Sebbene non direttamente applicabile alla tutela amministrativa l'articolo 47 disciplina dunque il rapporto tra le diverse forme di tutela, definendo i limiti tra com-

⁵⁶ Cfr. G. ARMONE, *Il principio di effettività, Una guida nel labirinto delle fonti*, cit.

⁵⁷ Sull'importanza dei profili istituzionali del principio di effettività cfr. M. LIBERTINI, *Le nuove declinazioni del principio di effettività*, cit., 21 ss., part. 42 ss.

⁵⁸ Cfr. C. giust. UE, *Puskar*, C-73/16, 27 settembre 2017 su cui F. CAFAGGI, *On the Transformations of European Consumer Enforcement Law: Judicial and Administrative Trialogues, Instruments and Effects*, in F. CAFAGGI, S. LAW, *Judicial cooperation in European private law*, cit., 223 part. 252 ss. dove si propone, in attesa di un intervento del legislatore, di fare uso dei principi desumibili dall'articolo 47 per definire modalità di coordinamento tra tutela amministrativa e giurisdizionale.

⁵⁹ Mentre risulta pacifica la relazione tra effettività e tutela giurisdizionale meno consolidata è l'applicazione del principio di effettività alla tutela somministrata dalle autorità amministrative.

⁶⁰ Giova ricordare che sia la direttiva 46/95 che il regolamento GDPR 679/2016 permettevano la scelta lasciando al legislatore nazionale l'opzione tra complementarità o alternatività della tutela amministrativa e di quella giurisdizionale. Il legislatore italiano ha scelto l'alternatività che ha confermato dopo l'approvazione del regolamento. Cfr. art. 152 codice privacy.

plementarità ed alternatività. Le sue applicazioni generano dunque triloghi che comprendono le corti nazionali, le autorità amministrative indipendenti e la Corte di giustizia.

Un secondo profilo relativo all'assetto istituzionale riguarda l'applicazione del principio di effettività a strumenti di risoluzione delle controversie diversi dal processo, civile o amministrativo⁶¹. L'affermazione dei sistemi ADR ha infatti posto il quesito circa l'applicabilità di tale principio ad arbitri e mediatori ed al rapporto tra giurisdizione ed altri sistemi di risoluzione delle dispute, privati e pubblici⁶². Il tema richiederebbe una attenta meditazione ma è certo che le tecniche alternative di risoluzione delle controversie non possono tradursi in una riduzione della tutela, contrapponendo effettività ed efficienza⁶³. Ne deriva che le garanzie di effettività debbano costituire principio generale a tutela del consumatore, indipendentemente dallo strumento di risoluzione delle controversie prescelto dalle parti o dal legislatore. Corollario di tale affermazione è che il rimedio processuale è solo una delle possibili reazioni alla lesione del diritto alle quali si aggiungono il rimedio conseguibile in sede amministrativa e quello conseguibile attraverso sistemi alternativi della risoluzione delle controversie⁶⁴. Tali risposte vanno guardate alla luce della complementarità istituzionale che necessita di specificazioni sia sul piano procedimentale sia su quello sostanziale.

6. Conclusioni

Il principio di effettività ed il diritto ad un rimedio effettivo (art. 47 CDFUE) congiuntamente all'obbligo degli Stati Membri di provvedere

⁶¹ Cfr. C. giust. UE, *Alassini*, C-317/08, C-318/08, C-319/08, C-320/08, 8 marzo 2010; C. giust. UE, *Menini e Rampanelli*, C-75/16, 14 giugno 2017.

⁶² C. giust. UE, *Alassini*, C-317/08, C-318/08, C-319/08, C-320/08, 8 marzo 2010; C. giust. UE, *Menini e Rampanelli*, C-75/16, 14 giugno 2017.

⁶³ Su questo rapporto da ultima cfr. I. PAGNI, *Effettività della tutela giurisdizionale*, cit., 355 ss.; F. CAFAGGI, *Towards Collaborative Governance of European Remedial and Procedural Law?*, in *Theoretical inquiries*, 1, 2018, 235.

⁶⁴ Cfr. F. CAFAGGI, *Towards Collaborative Governance*, cit.

⁶⁴ Cfr. C. giust. UE, 8 marzo 2010, C-317/08, C-318/08, C-319/08, C-320/08, *Alassini*; C. giust. UE, 14 giugno 2017, C-75/16, *Menini e Rampanelli*.

rimedi effettivi (art. 19 TUE) stanno ridisegnando il sistema multilivello delle tutele. Essi incidono sulla posizione di attore e convenuto e su quella dell'incolpato nei procedimenti sanzionatori⁶⁵.

La giurisprudenza della Corte di giustizia incide sia sui profili sostanziali sia su quelli processuali nel quadro del dialogo con le corti nazionali e del trilogico con i legislatori diretto a rimuovere gli ostacoli all'accesso ad un rimedio effettivo. L'impatto della giurisprudenza della Corte di giustizia sulle Corti Nazionali non è tuttavia uniforme. Pur essendo formalmente vincolanti per tutti gli Stati membri le pronunce della Corte di giustizia hanno effetto diverso sulla giurisdizione della Corte che propone il rinvio e sulle altre. Esso dipende dalla formulazione del quesito e dalla sua relazione con il profilo processuale o sostanziale che la corte nazionale deve affrontare. Da questo deriva anche l'uso prevalente in alcuni paesi del principio di effettività o di quello di equivalenza.

La variazione di impatto è connessa al livello di armonizzazione che la legislazione europea intende raggiungere cambiando nelle ipotesi di armonizzazione minima ed in quella di direttive che hanno l'obiettivo dell'armonizzazione totale. Il grado di armonizzazione incide sulla struttura del sistema multilivello delle tutele.

Le tutele sono informate dall'applicazione dei principi di effettività, proporzionalità e dissuasività. Questi incidono sia sulla irrogazione delle sanzioni sia sulla definizione dei rimedi e sul rapporto tra essi, sia che si proceda ad una valutazione integrata sia che, invece, si compia una valutazione separata per sanzioni e rimedi. Tali principi incidono sulla scelta rimediabile delle parti nella tutela giurisdizionale e conformano il potere amministrativo nella combinazione tra sanzioni e rimedi della tutela amministrativa. La trasposizione di direttive che contengono esplicito riferimento a tali principi modifica sensibilmente il ruolo dei giudici e quello delle parti nel processo con implicazioni anche sulla tutela amministrativa che si realizza nell'ambito procedimento amministrativo.

⁶⁵ L'impiego dell'articolo 47 si riferisce sia all'attore in sede di proposizione delle azioni sia al convenuto in sede di proposizione di eccezioni e di azioni in via riconvenzionale.

IMMIGRAZIONE E DIRITTO A UN RICORSO EFFETTIVO: LE VARIABILI DECLINAZIONI AD OPERA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA

*Davide Strazzari**

SOMMARIO: 1. Diritto a un ricorso/rimedio effettivo: i possibili significati. 2. Il diritto a un ricorso effettivo come diritto di accesso a un giudice indipendente e imparziale. 3. Il diritto a un ricorso effettivo come diritto 'nel' processo: il diritto a essere sentiti. 4. Il diritto a un ricorso effettivo come diritto a un rimedio effettivo: poteri conformativi del giudice rispetto alla P.A. 5. Il diritto a un ricorso effettivo tra autonomia e strumentalità.

1. Diritto a un ricorso/rimedio effettivo: i possibili significati

Il tema della tutela giurisdizionale nell'ambito dell'immigrazione presenta oggi due profili fortemente intrecciati tra loro: da un lato, il riconoscimento, anche allo straniero, dei diritti fondamentali, in passato prerogativa dei soli cittadini¹, e, dall'altro, l'incidenza sulle regole procedurali nazionali dei principi ricavabili dall'UE e dalla CEDU in tema di giusto processo e di effettività del ricorso².

* PhD, Professore di Diritto Pubblico Comparato, Università di Trento.

¹ In argomento, anche per rinvio alla vasta bibliografia sul punto, v. C. CORSI, *Straniero (dir. cost.)*, in *Enc. Dir., Annali*, vol. VI, Milano, 2013, 861 ss.; S. GAMBINO, G. D'IGNAZIO (a cura di), *Immigrazione e diritti fondamentali*, Milano, 2010; M. CUNIBERTI, *La cittadinanza. Libertà dell'uomo e libertà del cittadino nella Costituzione italiana*, Padova, 1997; E. GROSSO, *Straniero (status costituzionale dello)*, in *Digesto (Disc. Pubbl.)*, vol. XV, Torino, 1999; M. LUCIANI, *Cittadini e stranieri come titolari dei diritti fondamentali. L'esperienza italiana*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2, 1992, 203 ss.

² Sull'impatto dei diritti fondamentali della persona rispetto alla tutela giurisdizionale dello straniero, cfr. M. NOCCELLI, *Il diritto dell'immigrazione davanti al giudice amministrativo*, in *federalismi.it*, 5, 2018, spec. 39 ss.; M. INTERLANDI, *Potere amministrativo e principio di proporzionalità nella prospettiva dell'effettività delle tutele della persona immigrata*, in *dirittifondamentali.it*, 1, 2018; A. CASSATELLA, *Il sindacato di legittimità*

In questo contesto, si intende più specificamente investigare le potenzialità che l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE («Diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale») può esprimere in relazione ai diritti processuali nazionali in materia appunto di immigrazione³.

L'utilità di un'analisi di questo tipo, nel settore materiale richiamato, è particolarmente significativa. In generale, infatti, è noto che le modalità procedurali attraverso cui dare tutela a posizioni giuridiche soggettive discendenti dal diritto dell'UE ricadono, in assenza di norme specifiche, nell'ambito di autonomia degli Stati, seppur nei limiti del rispetto dei principi di equivalenza e di effettività⁴. Il principio di autonomia procedurale riceve, proprio nell'ambito dello Spazio di Libertà, Sicurezza e Giustizia al cui interno sono da ricondurre anche le politiche dell'immigrazione e dell'asilo, una particolare sottolineatura da parte dei Trattati istitutivi. L'art. 67.1 TFUE dispone infatti che: «L'Unione realizza uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia nel rispetto dei diritti fondamentali nonché dei *diversi ordinamenti giuridici e delle diverse tradizioni giuridiche degli Stati membri*» (corsivo nostro).

Del resto, guardando al diritto dell'UE derivato, sebbene siano molteplici gli interventi in materia di immigrazione, spesso questi disciplinano profili di carattere sostanziale, molto meno quelli di carattere procedurale.

sulle decisioni amministrative in materia migratoria, in *Dir. Proc. Amm.*, 3, 2017, 816 ss.

³ In questa prospettiva si vedano, oltre al nostro *Access to justice e stranieri: l'effettività della tutela nella prospettiva pluri-ordinamentale*, in *Diritto costituzionale*, 3, 2018, 157 ss., anche G. CAGGIANO, *Il richiedente la protezione internazionale davanti al giudice tra tutela, giurisdizione effettiva e autonomia processuale degli Stati membri dell'Unione Europea*, in *Liber amicorum Angelo Davì*, Napoli, 2019, 453 ss.; C. FAVILLI, *Armonizzazione delle legislazioni nazionali e standard di tutela dei diritti fondamentali: il caso del diritto a una tutela giurisdizionale effettiva in materia di asilo*, in *AA.VV., Temi e questioni di diritto dell'Unione Europea – Scritti offerti a Claudia Morviducci*, Bari, 2019, 683 ss.

⁴ In tema, vedi almeno D.U. GALETTA, *L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione Europea. Paradise Lost?*, Torino, 2009.

Prendendo ad esempio la materia della protezione internazionale, si può osservare come la direttiva 2013/32/UE c.d. ‘procedure’⁵ sia un testo primariamente volto alla definizione di standard comuni soprattutto nello svolgimento della fase amministrativa di valutazione delle domande di protezione internazionale. Alla fase giurisdizionale dell’impugnazione del provvedimento amministrativo sono, invece, rivolte poche norme, formulate spesso in termini di principi, e raccolte essenzialmente in un’unica disposizione, l’art. 46, intitolato «diritto a un ricorso effettivo»⁶.

La scarsa armonizzazione legislativa sotto il profilo della tutela procedurale è probabilmente dovuta ad una profonda eterogeneità a livello di Stati membri che riguarda il tipo di giurisdizione competente, l’oggetto del relativo giudizio, i poteri istruttori del giudice, i termini per proporre l’azione.

Da questo punto di vista, rimanendo sempre nell’ambito della protezione internazionale, la scelta italiana di attribuire la relativa giurisdizione al giudice ordinario civile appare abbastanza eccentrica rispetto

⁵ Direttiva 2013/32/UE del P.E. e del Consiglio del 26 giugno 2013, recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale, in G.U.U.E., L 180, del 29.6.2013, 60 ss.

⁶ Non si intende con ciò sottovalutare l’importanza dei principi contenuti in tale disposizione tra cui è opportuno qui ricordare: la previsione che il richiedente abbia diritto a un ricorso effettivo davanti a un giudice avverso la decisione amministrativa di diniego (art. 46.1), la circostanza per la quale gli Stati autorizzano automaticamente il richiedente a rimanere nel territorio dello Stato per tutto il termine necessario a presentare ricorso e fino all’esito del ricorso stesso (art. 46.5), sia pure prevedendosi significative eccezioni in presenza delle quali l’effetto sospensivo non opera automaticamente, ma solo previa richiesta della parte e vaglio del giudice (art. 46.6 e 46.7), infine, la circostanza per cui gli Stati membri devono assicurare che il ricorso effettivo esperito dal richiedente preveda, da parte del giudice, un esame completo ed *ex nunc* degli elementi di fatto e di diritto (art. 46.3). A ciò si aggiunga il principio dell’obbligo di cooperazione con il richiedente nell’esaminare tutti gli elementi della domanda (*ex art. 4.1, dir. 2011/95/UE*), principio che grava in capo agli Stati e che è dunque applicabile tanto nella fase amministrativa quanto in quella giurisdizionale. Esso incide non solo in relazione al principio dispositivo sul piano probatorio, ma anche sui poteri del giudice nella fase istruttoria (su questo profilo v. meglio *infra* nel testo e nelle note in relazione all’esperienza italiana).

alle soluzioni riscontrabili negli altri Paesi europei che, invece, attribuiscono la giurisdizione in questione al giudice amministrativo (ovviamente in quegli Stati che conoscono tale forma di giurisdizione speciale). Secondo l'ordinamento italiano, oggetto del giudizio è appunto la spettanza o meno al richiedente asilo del diritto al riconoscimento della protezione internazionale, anziché l'impugnazione del provvedimento amministrativo con cui si chiude la fase amministrativa⁷.

Diversamente accade negli altri Stati dell'Europa continentale che attribuiscono alla giurisdizione amministrativa il giudizio sulle controversie in materia di protezione internazionale, configurando questa fase come un'impugnazione avverso il provvedimento di diniego della fase amministrativa.

Qui, tuttavia, le soluzioni si fanno diversificate⁸. Accanto, infatti, ad esperienze nazionali che concepiscono il relativo ricorso giurisdizionale come un giudizio tradizionalmente caducatorio della decisione amministrativa e tendono a limitare l'impugnazione ai soli motivi di legittimità del provvedimento di diniego, sono da registrare altre esperienze nazionali che riconoscono al giudice amministrativo la possibilità non solo di annullare il provvedimento, ma anche di pronunciare nel merito, statuendo, dunque, sull'attribuzione della protezione internazionale, specie quando il giudice, a seguito dell'esperimento dei mezzi istruttori, ritenga sufficientemente matura la causa da trattenerla in decisione. A questo risultato si perviene o perché tradizionalmente il giudizio amministrativo in alcuni di tali Paesi è concepito primariamente come un giudizio di tipo soggettivo, ossia sulla pretesa sostanziale fatta valere dal ricorrente, più che come giudizio sull'atto⁹, oppure perché, pur essendo tradizional-

⁷ Di conseguenza, il giudizio presenta caratteri autonomi rispetto a tale fase, nel senso che il giudice deve pervenire a una decisione sulla spettanza o meno del diritto, non già a una mera declaratoria di invalidità del diniego amministrativo. V., sul punto, Cass., ord. 21 novembre 2011, n. 26480.

⁸ Per indicazioni generali, in prospettiva comparata, vedi il rapporto disponibile al sito http://www.aca-europe.eu/seminars/Brussels2010/Rapport_general_en.pdf.

⁹ Tipicamente, in questo senso, la tradizione giurisdizionale amministrativa tedesca, austriaca, slovena e spagnola. Sul punto, per una ricostruzione in chiave comparata dei vari sistemi di giustizia amministrativa, v. M. FROMONT, *Droit administratif des Etats européens*, Paris, 2006; D. DE PRETIS, *Il processo amministrativo in Europa. Caratteri e*

mente la giurisdizione amministrativa una giurisdizione oggettiva e dunque di tipo annullatorio, si riconosce, tuttavia, la specificità della materia dell'asilo e si configura la relativa giurisdizione come di tipo esclusivo¹⁰.

Rispetto a questo scenario, qui considerato a titolo esemplificativo nel solo settore della tutela giurisdizionale della protezione internazionale, diviene centrale capire il possibile ruolo del richiamato art. 47 della Carta, il quale, appunto, potrebbe, in combinato disposto con i pertinenti articoli di diritto derivato o quale clausola autonoma, scalfire la sopraddetta autonomia procedurale e determinare una più forte incidenza sui diritti procedurali nazionali.

L'art. 47 prevede, infatti, un ricorso effettivo dinanzi a un giudice a ogni persona i cui diritti e libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati (co. 1); prevede che la causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un giudice indipendente e imparziale (co. 2) ed infine dispone per coloro che non abbiano mezzi sufficienti il patrocinio a spese dello Stato allorché necessario per assicurare un effettivo accesso alla giustizia (co. 3).

Sono evidenti i richiami agli artt. 13 e 6 della CEDU. In entrambi i casi, però, la tutela è rafforzata: a differenza dell'art. 13 CEDU¹¹, l'art. 47 garantisce un ricorso effettivo davanti ad un'*autorità giurisdizionale*, ribadendo il carattere necessariamente indipendente e imparziale di questa; mentre il secondo comma dell'art. 47 applica i principi del giusto processo, di cui all'art. 6 CEDU, a tutte le situazioni discendenti dal

tendenze in Francia, Germania, Gran Bretagna e nell'Unione Europea, Trento, 2000, 95 ss.

¹⁰ In Francia la *Cour nationale du droit d'asile* esercita una giurisdizione c.d. di *plein contentieux*. Essa, ai sensi dell'art. L 733.5 del *Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile*: «statue, en qualité de juge de plein contentieux, sur le droit du requérant à une protection au titre de l'asile au vu des circonstances de fait dont elle a connaissance au moment où elle se prononce». Analogamente avviene in Belgio, dove la giurisdizione è attribuita al giudice amministrativo speciale del *Conseil du contentieux des étrangers* contro le cui sentenze è ammessa impugnazione davanti al *Conseil d'Etat*.

¹¹ Su cui A. DI STEFANO, *Art. 13, diritto a un ricorso effettivo*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Comm. breve alla Cedu*, Padova, 2012, 474 ss.; R. SAPIENZA, *Il diritto a un ricorso effettivo nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. int.*, 2, 2001, 284 ss.

diritto dell'UE, dunque anche all'immigrazione e all'asilo, ambiti, invece, sottratti alle tutele dell'art. 6 CEDU secondo la giurisprudenza della Corte EDU¹².

Inoltre, l'art. 47 della Carta deve molto anche alle tradizioni costituzionali comuni¹³. Esso, infatti, recupera la tradizionale accezione del diritto ad avere accesso a un'istanza giurisdizionale davanti cui far valere le proprie pretese, secondo una concezione tipicamente continentale che trova in alcune costituzioni del dopoguerra specifica codificazione (gli artt. 24 delle Costituzioni italiana e spagnola, ad esempio).

Ma, accanto a questa dimensione, ve n'è anche un'altra, che è facilmente apprezzabile guardando almeno ad alcune versioni linguistiche dell'art. 47 Carta che parlano non di ricorso effettivo, ma di *rimedio* effettivo¹⁴. È appunto l'idea che l'effettività del giudizio si fondi sull'idoneità dell'azione intrapresa a garantire la pretesa sostanziale fatta valere dall'attore, secondo il principio di *common law* per cui *there's no right without remedy*¹⁵.

¹² Secondo la quale in tali settori non verrebbero in rilievo diritti. Cfr. sent. 5.10.2000, *Maaouia c. Francia*.

¹³ Si veda L.P. COMOGLIO, *L'effettività della tutela giurisdizionale della Carta dei diritti fondamentali dell'UE*, in ID., *Etica e tecnica del "giusto processo"*, Torino, 2004, 129 ss.; N. TROCKER, *L'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e l'evoluzione dell'ordinamento comunitario in materia di tutela giurisdizionale dei diritti*, in G. VETTORI (a cura di), *Carta europea e diritti dei privati*, Padova, 2002, 381 ss.; A. OSTI, *Teoria e prassi dell'access to justice*, Milano, 2016.

¹⁴ Cfr. L.P. COMOGLIO, *L'effettività della tutela giurisdizionale della Carta dei diritti fondamentali dell'UE*, cit., 243.

¹⁵ N. TROCKER, *"Civil Law" e "Common law" nella formazione del diritto processuale europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2, 2007, 455 ss.; G. SMORTO, *Sul significato di "rimedi"*, in *Eur. Dir. Priv.*, 1, 2014, 159 ss.

Si tratta, dunque, di investigare le possibili virtualità espansive dell'art. 47 della Carta proprio a partire da queste diverse matrici cui la formulazione della norma in questione è debitrice¹⁶. A tal fine, è conveniente individuare alcuni possibili significati di essa¹⁷.

Il primo di questi riguarda la prospettiva dell'accesso a un giudice indipendente e imparziale. In questo ambito, il diritto a un ricorso/rimedio effettivo viene in considerazione non solo appunto per ribadire la necessità che sia sempre garantito il ricorso dinnanzi ad un'autorità giurisdizionale, ma anche come parametro per valutare possibili impedimenti di natura giuridica all'accesso alla tutela giurisdizionale, quali, ad esempio, termini di decadenza che rendono eccessivamente oneroso per la vittima accedere in giudizio.

Sempre in questo ambito, rilevano altresì possibili limiti di carattere materiale, anziché giuridico, che di fatto ostacolano l'accesso al giudice. Si tratta, ad esempio, di aspetti che, nel contesto dell'immigrazione, sono legati alla lingua, al censo, alla condizione di detenzione.

La seconda prospettiva del diritto a un ricorso effettivo è quella più propriamente procedurale dei diritti 'nel' processo¹⁸ e che evidentemente comprende una serie di principi quali: il diritto al contraddittorio, la parità delle armi, il principio dispositivo ed eventuali agevolazioni dell'onere probatorio in funzione delle condizioni di strutturale debolezza dell'attore¹⁹.

¹⁶ Sembra opportuno qui ricordare, da un lato, quanto prevede l'art. 52, co. 3 della Carta, che afferma che «laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta Convenzione» e, dall'altro, l'art. 52, co. 4, «Laddove la presente Carta riconosca i diritti fondamentali quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, tali diritti sono interpretati in armonia con dette tradizioni».

¹⁷ Si riprende qui la classificazione che avevamo già proposto nel nostro *Access to justice e stranieri: l'effettività della tutela nella prospettiva pluri-ordinamentale*, cit.

¹⁸ N. TROCKER, "Civil Law" e "Common law" nella formazione del diritto processuale europeo, cit., 455 ss.

¹⁹ Sul punto, con considerazioni riferite all'art. 24 della Cost. it., ma estendibili, in generale, ad ogni formulazione del diritto a un ricorso effettivo, L.P. COMOGGIO, *Rapporti civili. Art. 24*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1981, 1 ss.

Infine, la terza prospettiva, presente nel diritto a un rimedio effettivo, è quella di natura più sostanziale che riguarda l'idoneità della specifica azione intrapresa ad attribuire, nel caso questa risulti fondata, un provvedimento effettivamente soddisfacente dei bisogni dell'attore.

A riguardo, si può notare che in materia di immigrazione e asilo il relativo contenzioso si struttura spesso come un giudizio di natura impugnatoria che mira principalmente all'annullamento dell'atto, a fronte della pretesa sostanziale dello straniero che è quella di veder riconosciuto il suo titolo e restare nel territorio. L'effettività del rimedio qui si scontra con i limiti di sindacato del giudice in relazione ad atti dell'amministrazione e alla stessa possibilità, in assenza di esplicita abilitazione legislativa, a poter assumere interventi *lato sensu* conformativi dell'agire amministrativo.

Alla luce dei tre individuati possibili significati del diritto a un ricorso effettivo, si intendono ora valutare alcune sentenze della Corte di giustizia che hanno appunto valorizzato ora una, ora l'altra delle tre accezioni.

2. Il diritto a un ricorso effettivo come diritto di accesso a un giudice indipendente e imparziale

Il primo nucleo tematico ricavabile dal diritto a un ricorso effettivo, ai sensi dell'art. 47 della Carta, è quello, si è detto, dell'effettiva accessibilità al giudice, quale organo indipendente, imparziale e precostituito per legge²⁰.

Già questo primo aspetto si presenta in materia di immigrazione potenzialmente problematico. In molti Stati europei, la necessità di avere una giustizia rapida, ma al contempo rispettosa dei diritti fondamentali coinvolti, la complessità della materia, i potenziali alti numeri del contenzioso, talvolta geograficamente concentrato, hanno indotto a istituire

²⁰ Per un'applicazione dell'art. 47 secondo l'accezione qui delineata in un settore diverso da quello dell'immigrazione e asilo, cfr. il noto caso *Berlioz*, in materia di cooperazione amministrativa fiscale. C. giust. UE, 16 maggio 2007, C-682/15, *Berlioz*, EU:C:2017:373.

forme giurisdizionali con carattere di specialità, se non addirittura organi para-giurisdizionali²¹.

Lo stesso diritto UE derivato non appare sempre preciso a riguardo: accanto a casi in cui si specifica che il ricorso deve avere carattere giurisdizionale²², ve ne sono altri in cui si rimette agli Stati membri la decisione sul punto, pur richiedendo che siano soddisfatte le esigenze sostanziali di indipendenza del relativo organo²³, o altri ancora in cui si parla genericamente di ricorso, senza precisarne la natura giurisdizionale²⁴.

Proprio per questo motivo, merita di essere segnalata la sentenza *El Hassani*²⁵ in cui la Corte di giustizia ha ritenuto non conforme al diritto

²¹ In passato la Corte di giustizia non ha tratto dall'art. 47 della Carta, letto in combinato disposto con il pertinente diritto derivato, argomenti decisivi per incidere sui criteri di composizione di alcune giurisdizioni nazionali apparsi di dubbia legittimità rispetto ai principi di indipendenza e imparzialità. Il riferimento è a Corte giust., sent. 31.1.2013, causa C-175/11, *H.I.D.*, ECLI:EU:C:2013:45, in cui si è qualificato come "giudice", ai sensi dell'art. 39 della dir. 2005/85/CE e dell'art. 47 della Carta, il *Refugee Appeal Tribunal* – giurisdizione speciale irlandese competente a pronunciarsi sull'impugnazione del diniego dello *status* di protezione internazionale – nonostante i giudici venissero nominati dal ministro, per una durata limitata, e la loro nomina potesse essere oggetto di revoca su base discrezionale da parte della stessa autorità ministeriale, con atto insindacabile da parte dell'autorità giudiziaria. Si veda, però, in senso potenzialmente evolutivo rispetto a questa giurisprudenza, la recente sentenza della Corte di giustizia (sent. 19.11.2019, cause riunite C-585/18, C-624/18, C-625/18, A.K.) in cui, sulla base dell'art. 47 della Carta, in combinato disposto con il pertinente diritto derivato, la Corte ha demandato al giudice nazionale polacco la verifica dell'effettiva indipendenza della sezione disciplinare della Corte Suprema polacca, invitandolo, all'occorrenza, a disapplicare le disposizioni nazionali che riservino a tale organo la giurisdizione in materia. La Corte ha, in particolare, richiamato il giudice polacco alla necessità di considerare le peculiari condizioni oggettive in cui è stato creato l'organo, le sue caratteristiche e le modalità di nomina al fine di valutare se questi elementi possano generare il dubbio di un'interferenza diretta o indiretta da parte dei poteri legislativo ed esecutivo.

²² Cfr. art. 46, dir. 2013/32/UE c.d. "procedure"; art. 27, Reg. 604/2013, c.d. *Dub-lino III*.

²³ Cfr. art. 13, dir. 2008/115/CE, del P.E. e del Consiglio del 16 dicembre 2008, recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare, in G.U.U.E. del 24.12.2008, L 348, 98 ss.

²⁴ Cfr. art. 14.3, Reg. 399/2016, c.d. codice frontiere *Schengen*, in relazione al ricorso avverso il respingimento, nonché art. 32.3 del Reg. 810/2009, c.d. codice visti.

²⁵ C. giust. UE, 13 dicembre 2017, C-403, *El Hassani*, EU:C:2017:960.

dell'UE la legge polacca che non offriva una garanzia di ricorso giurisdizionale avverso il diniego opposto dall'autorità consolare al visto di ingresso, ma solo la possibilità di un riesame da parte della stessa autorità consolare.

La sentenza sostanzialmente riscrive sul punto l'art. 32.3 del Reg. 810/2009 nel senso di precisare che il ricorso ivi previsto deve avere carattere necessariamente giurisdizionale a una data fase della procedura, sottolineando la necessità, derivante dall'art. 47 della Carta, che la causa sia esaminata da un organo giurisdizionale indipendente e imparziale.

Un secondo aspetto riguarda l'adeguatezza dei termini di decadenza, previsti dal diritto nazionale, a garantire alla parte l'esperibilità del ricorso giurisdizionale in maniera efficace.

Il tema risulta oggi particolarmente rilevante nell'ambito dei ricorsi giurisdizionali avverso le decisioni di rigetto del riconoscimento della protezione internazionale, tenendo conto che l'art. 46.4 della direttiva "procedure" non impone agli Stati membri termini di decadenza tassativi, pur stabilendo che questi debbano essere ragionevoli e comunque tali da non rendere impossibile o eccessivamente difficile l'accesso al giudizio²⁶.

Qui, infatti, l'interesse degli Stati e degli stessi richiedenti asilo ad avere decisioni rapide ha portato ad ammettere la possibilità di procedure amministrative accelerate, applicabili in particolare quando la domanda appaia manifestamente infondata e/o strumentale a ritardare la procedura di espulsione. L'applicazione della procedura accelerata nella fase amministrativa ha conseguenze precise anche sul piano del ricorso giurisdizionale sia perché la direttiva esclude che in tali casi la proposizione del ricorso abbia effetti sospensivi automatici sulla decisione di diniego, potendo la stessa, però, essere disposta dal giudice su richiesta della parte²⁷,

²⁶ Sul tema, M. RENEMAN, *Speedy Asylum Procedures in the EU: Striking a Fair Balance between the Need to Process Asylum Cases Efficiently and the Asylum Applicant's EU Right to an Effective Remedy*, in *Int. J. Refugee L.*, 4, 2013, 717 ss.

²⁷ V. art. 46.6 della dir. 2013/32/UE e per l'Italia l'art. 35-bis, co. 3 e 4, d.lgs. n. 25/2008 nella formulazione data a seguito della l. n. 46/2017.

sia perché implica frequentemente, a livello di legislazione statale, l'applicazione di termini di decadenza ridotti rispetto a quelli di norma applicabili²⁸.

In *Diouf* la Corte di giustizia ha ritenuto che la decisione dell'amministrazione di applicare una procedura accelerata non fosse atto autonomamente impugnabile e ciò nonostante da essa dipendesse sia il dimezzamento dei termini previsti per il successivo ricorso giurisdizionale sia l'esclusione dell'appello in caso di sentenza di rigetto²⁹. Pur giudicando che una previsione di giorni quindici, come termine di decadenza, non fosse di per sé lesiva del principio di tutela effettiva ai sensi dell'art. 47 della Carta, la Corte ha, tuttavia, aggiunto che spetta al giudice nazionale stabilire se, alla luce delle circostanze del caso specifico, questo lasso di tempo sia materialmente sufficiente per la presentazione di un ricorso giurisdizionale efficace.

Un altro profilo, recentemente affrontato dalla Corte, riguarda l'eventuale introduzione di termini al giudice per concludere il proprio giudizio sul ricorso presentato dal richiedente. Benché l'art. 46, c. 10 della direttiva 2013/32/UE lasci agli Stati membri tale facoltà, la Corte di giustizia ha concluso, proprio sulla base dell'art. 47 della Carta, che «il principio di effettività del diritto dell'Unione comporta l'obbligo per il giudice interessato di disapplicare la normativa nazionale che consideri tale termine imperativo» e ciò laddove il termine non consenta di garantire l'effettività delle norme sostanziali e delle garanzie processuali riconosciute dalla direttiva³⁰.

²⁸ Per la disciplina nazionale, v. art. 35-*bis*, d.lgs. n. 25/2008 che prevede un termine di decadenza di giorni quindici, anziché di trenta.

²⁹ La Corte ha affermato che «il principio della tutela giurisdizionale effettiva attribuisce al singolo il diritto di adire un giudice, e non il diritto a più gradi di giudizio» (§ 69). C. giust. UE, sent. 28 luglio 2011, C-69/10, *Diouf*, EU:C:2011:524.

³⁰ Cfr. C. giust. UE, 19 marzo 2020, C-564/18, *LH*, EU:C:2020:218, § 75 e sent. 19.3.2020, Causa C-406/18, *PG*, EU:C:2020:216.

3. Il diritto a un ricorso effettivo come diritto ‘nel’ processo: il diritto a essere sentiti

Il secondo significato in cui è scomponibile il diritto a un ricorso effettivo allude all’idea per la quale la parte dovrebbe appunto vedersi garantire nel corso dello svolgimento del processo una serie di tutele che le permettano di far valere le proprie ragioni nel rispetto del principio di contraddittorio e della parità delle armi. Inoltre, il rimedio effettivo, quale posizione di diritto soggettivo, potrebbe giustificare un adeguamento delle tutele processuali che tenga conto o della particolare pretesa sostanziale fatta valere o delle condizioni soggettive della persona³¹.

In relazione a quest’ultimo profilo, un esempio cui ci si può riferire è sempre quello del contenzioso in materia di riconoscimento della protezione internazionale. Qui, tanto la posizione di diritto soggettivo incomprimibile del motivo d’ingresso quanto, appunto, la particolare vulnerabilità del soggetto comportano una deroga al tradizionale principio dispositivo.

Pur riconoscendosi che spetta in linea di principio al richiedente sostanziare la domanda³², si prevedono, da un lato, forme di attenuazione dell’onere probatorio³³ e, dall’altro, specifici obblighi di collaborazione in capo al giudice (e più generalmente in capo all’amministrazione statale) per quanto riguarda la ricerca di elementi probatori³⁴.

Il tema del diritto a un ricorso/rimedio effettivo ‘nel’ processo mette in evidenza l’opportunità di distinguere, soprattutto nel contesto dell’ordinamento dell’UE, tra la dimensione soggettiva, di diritto fondamentale

³¹ In argomento, cfr. L.P. COMOGLIO, *Tutela differenziata e pari effettività nella giustizia civile*, in *Riv. dir. proc.*, 6, 2008, 1509 ss.

³² Cfr. art. 3, co. 1, d.lgs. n. 251/2007.

³³ Cfr. art. 3, co. 5, d.lgs. 251/2007.

³⁴ Sempre art. 3, co. 1, d.lgs. 251/2007 secondo cui l’esame è svolto in cooperazione con il richiedente e riguarda tutti gli elementi significativi della domanda. La disposizione riprende l’art. 4.1 della direttiva 2011/95/UE. In argomento, M. ACIERNO, M. FLAMINI, *Il dovere di cooperazione del giudice, nell’acquisizione e nella valutazione della prova*, in *Dir. imm. citt.*, 1, 2017. In giurisprudenza, vedi Cass., sez. un., sent. n. 27310/2008 e Cass., ord. 13.12.2016, n. 25534. Si veda anche sent. n. 3016 del 31.1.2019 in cui la Cass. ribadisce che il potere-dovere del giudice di cooperare con il richiedente si colloca non nel versante dell’allegazione, ma esclusivamente in quello della prova.

appunto, del rimedio effettivo e il principio di effettività inteso secondo un'accezione ordinamentale e dunque in senso oggettivo. Nel contesto dell'UE, ciò si sostanzia nella garanzia dell'uniforme applicazione del diritto dell'UE rispetto agli ordinamenti interni e, in definitiva, sull'idea del primato del primo sui secondi³⁵.

È noto, in questo senso, come l'evoluzione dei caratteri sovranazionali dell'ordinamento comunitario prima, dell'UE poi, sia avvenuta soprattutto per il tramite della Corte di giustizia, la quale, fin dalla sua fondamentale pronuncia *van Gend & Loos*³⁶, ha qualificato l'individuo come soggetto *pleno jure* dell'ordinamento comunitario e lo ha abilitato, in quanto tale, ad attivare in giudizio posizioni direttamente discendenti dal diritto dell'UE, anche laddove in contrasto con il diritto nazionale. Tra tutela del singolo e effettività del diritto dell'UE si è determinata una stretta sinergia, quasi la prima fosse strumentale alla seconda³⁷.

Tuttavia, proprio in relazione alla materia dell'asilo e immigrazione, e più in generale nel settore dello Spazio di Libertà, Sicurezza e Giustizia, si manifestano oggi ipotesi in cui i due interessi – dimensione individuale e fondamentale del diritto a un rimedio effettivo, da un lato, e effettività in senso ordinamentale del diritto dell'UE, dall'altro – possano non coincidere³⁸.

³⁵ Sottolinea questa duplice dimensione, G. VITALE, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale nella Carta dei diritti fondamentali*, in *federalismi.it*, 5, 2018. In argomento anche A. ROMITO, *La tutela giurisdizionale nell'Unione Europea tra effettività del sistema e garanzie individuali*, Bari, 2015; R. MASTROIANNI, *L'effettività della tutela giurisdizionale alla prova della Carta dei diritti fondamentali*, in *Liber amicorum Tizzano*, Torino, 2018, 586 ss.

³⁶ C. giust. CEE, 5 febbraio 1963, C-26/62, *van Gend & Loos*, EU:C:1963:1.

³⁷ Così, O. PORCHIA, *L'effettività del diritto dell'Unione tra tutela del singolo e salvaguardia dell'ordinamento*, in *Scritti in onore di G. Tesaurò*, vol. III, Napoli, 2014, 2324 ss.

³⁸ Sempre O. PORCHIA, *op. cit.*, 2331, in riferimento al noto caso *Melloni* e, più in generale, al principio del mutuo riconoscimento che è sotteso a diversi atti di diritto derivato dello Spazio di Libertà, Sicurezza e Giustizia quali, oltre al c.d. mandato d'arresto europeo, il Regolamento c.d. Dublino III sulla determinazione dello Stato membro competente sulla domanda di protezione internazionale. In tema, C. FAVILLI, *Reciproca fiducia, mutuo riconoscimento e libertà di circolazione di rifugiati e richiedenti protezione internazionale nell'Unione Europea*, in *Riv. dir. int.*, 3, 2015, 701 ss.; in generale, sul

Un esempio di questa possibile contraddizione riguarda il c.d. ‘diritto ad essere sentiti’ del richiedente asilo, nella forma di un’audizione personale, durante la fase giudiziale di impugnazione della decisione (amministrativa) di rigetto della domanda di protezione internazionale³⁹.

Qui, infatti, una concezione pienamente garantista del diritto alla difesa dovrebbe portare a considerare ineludibile l’audizione del richiedente e ciò non solo in considerazione della particolare vulnerabilità della parte, ma anche avuto riguardo all’oggetto del giudizio, che spesso si sostanzia in una valutazione del ‘vissuto’ del soggetto ricorrente⁴⁰.

Questa lettura, però, può entrare in collisione con l’interesse generale ad una buona amministrazione della giustizia e con l’interesse del diritto dell’Unione a che le domande di protezione internazionale siano trattate il prima possibile, fatto salvo lo svolgimento di un esame adeguato e completo⁴¹.

Proprio il potenziale conflitto tra le due dimensioni di effettività mi sembra essere la chiave di lettura del caso *Sacko*⁴².

La decisione della Corte scaturisce da un rinvio pregiudiziale effettuato da un giudice italiano chiamato a pronunciarsi sul ricorso avverso una decisione di rigetto della domanda di protezione internazionale

tema del mutuo riconoscimento, cfr. C. RIZCALLAH, *The Challenges to Trust-Based Governance in the European Union: Assessing the Use of Mutual Trust as a Driver of EU Integration*, in *Eur. L. J.*, 1, 2019, 1-20; K. LENAERTS, *La vie après l’avis: Exploring the Principle of Mutual (yet not Blind) Trust*, in *C. M. L. Rev.*, 3, 2017, 805 ss.; V. CARLINO, G. MILANI, *To Trust or not to Trust? Fiducia e diritti fondamentali in tema di mandato d’arresto europeo e sistema comune d’asilo*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2, 2019, 64 ss.

³⁹ La Corte di giustizia ha avuto modo di pronunciarsi in più occasioni sul diritto ad essere ascoltati, ma queste pronunce riguardavano situazioni di mancata audizione del ricorrente nel corso del *procedimento amministrativo*, tanto di quello volto all’attribuzione dello *status* di protezione internazionale (cfr. C. giust. UE, 22 novembre 2012, C-277/11 *MM.*, 9 febbraio 2017, C-560/14, *M.*) quanto di quello espulsivo (Corte giust., sent. 5.11.2014, causa C-166/13, *Mukarubega*; Corte giust., sent. 11.12.2014, causa C-249/13, *Boudjlida*).

⁴⁰ Sul punto, con valutazioni pur riferite alla disciplina italiana, v. S. ALBANO, *Protezione internazionale, il diritto di impugnazione e le sezioni specializzate*, in *Questione Giustizia*, 16.5.2018.

⁴¹ Si veda il *considerando* 18 della dir. 2013/32/UE.

⁴² C. giust. UE, 27 luglio 2017, C-348/16, *Sacko Moussa*, EU:C:2017:591.

emessa dalla commissione territoriale. Secondo il diritto nazionale vigente all'epoca dei fatti, il giudice poteva procedere alla decisione di merito, senza dunque audizione del ricorrente⁴³, allorché ritenesse di potersi pronunciare sulla base dei soli atti processuali, come, appunto, il giudice riteneva di poter fare nel caso di specie. Di qui, però, il dubbio: l'art. 47 della Carta attribuisce al ricorrente un vero e proprio diritto a essere sentito dal giudice o il principio del contraddittorio può ritenersi soddisfatto anche da un giudizio di natura cartolare, intendendo l'audizione sostanzialmente come mezzo istruttorio che spetta al giudice discrezionalmente disporre?

Benché la Corte ritenga che effettivamente l'audizione personale del ricorrente sia un corollario delle garanzie del contraddittorio e che, pertanto, la sua mancanza integri una restrizione dei diritti della difesa (*cons.* 37), essa osserva altresì che il diritto ad essere sentiti in giudizio non è un diritto assoluto e può dunque essere soggetto a limitazioni. In particolare, nel caso di specie, sussiste l'interesse, comune tanto agli Stati quanto al ricorrente, a che la decisione sia assunta quanto prima, sia pure nel rispetto dell'esame completo della domanda.

⁴³ Secondo il diritto vigente all'epoca dei fatti, il procedimento per le controversie in tema di protezione internazionale era regolato dal rito sommario di cognizione che prevedeva come obbligatoria la fissazione d'udienza *ex art.* 702 c.p.c., mentre ad essere eventuale era l'audizione del richiedente. A seguito delle modifiche introdotte dal d.l. n. 13 del 2017, le controversie in questione sono disciplinate dal nuovo art. 35-*bis* del d.lgs. n. 25 del 2008. Tale articolo e in particolar modo i co. 10 e 11 hanno sostanzialmente reso solo eventuale la fissazione di udienza di comparizione delle parti, condizionandola, tra le altre cose, alla disponibilità della videoregistrazione del colloquio del richiedente davanti alla commissione territoriale. Sul punto, la Cass., sez. 1, n. 17717/2018, ha ritenuto manifestamente infondati i dubbi di costituzionalità sollevati in relazione agli artt. 3, 24, 11, 117 Cost. nonché in relazione all'art. 46.3 dir. 32/2013/UE e agli artt. 6 e 13 CEDU, potendosi ritenere instaurato il contraddittorio anche attraverso il semplice deposito del ricorso e atti scritti. Essa ha, tuttavia, stabilito che laddove non sia disponibile la videoregistrazione, l'udienza di comparizione delle parti si impone, mentre rimane eventuale e condizionata ad una valutazione di necessità la decisione del giudice di procedere all'audizione dell'interessato. In argomento, da ultimo, F.G. DEL ROSSO, L. PISONI, *Garanzie e principio di effettività del processo nella tutela del richiedente asilo*, in *Quest. Giust.*, 6 marzo 2019.

È un esame di proporzionalità quello che la Corte richiede e che demanda al giudice effettuare, proibendo al legislatore l'apposizione di limiti in materia. All'organo giurisdizionale spetta valutare se omettere l'audizione dell'interessato, tenendo conto, da un lato, che su di lui grava l'obbligo di procedere ad un esame completo ed *ex nunc* degli elementi di fatto e di diritto della domanda e, dall'altro, che esiste una stretta connessione tra la fase di impugnazione e quella amministrativa nel corso della quale è data facoltà al soggetto di sostenere il colloquio personale.

La possibilità di omettere l'audizione opera, però, pur sempre come una deroga al principio che vorrebbe invece garantito tale diritto, come corollario del rimedio effettivo di cui al 47 della Carta. Per questo la Corte di giustizia individua delle condizioni precise in base alle quali il giudice può procedere anche senza audizione del ricorrente: il ricorso deve essere avverso una decisione di manifesta infondatezza; il ricorrente deve essere stato previamente sentito nella fase amministrativa e il verbale essere disponibile; al giudice deve essere sempre consentito disporre l'audizione ove lo ritenga necessario.

La stessa tensione tra la dimensione individuale del diritto a un ricorso effettivo e l'interesse, invece, ordinamentale all'effettività del diritto dell'UE e alla sua corretta applicazione sembra emergere anche nel recente caso *Alheto* deciso dalla Corte di giustizia⁴⁴.

I fatti da cui è scaturito il rinvio pregiudiziale nel caso *Alheto* sono certamente complessi, ma vale la pena ripercorrerli brevemente. Una donna apolide di origine palestinese, residente a Gaza e registrata presso l'Agenzia delle Nazioni Unite per il soccorso e l'occupazione dei profughi palestinesi nel vicino oriente (UNRWA), si reca in Giordania dove chiede e ottiene dall'autorità consolare bulgara un visto d'ingresso per motivi turistici in Bulgaria. Una volta in Bulgaria, presenta domanda di protezione internazionale, motivandola con la circostanza di essere un'attivista dei diritti delle donne e perciò oggetto di rappresaglie da parte di Hamas, organizzazione che controlla il territorio della striscia di Gaza. L'autorità amministrativa bulgara riterrà infondate le ragioni avanzate dalla richiedente e respingerà la domanda di protezione internazionale.

⁴⁴ C. giust. UE, 25 luglio 2018, C-585/16, *Serin Alheto*, EU:C:2018:584.

Impugnata la decisione di rigetto, il Tribunale Amministrativo di Sofia si avvede che l'autorità amministrativa non ha qualificato correttamente i fatti di causa e non ha proceduto a verificare l'applicabilità, al caso di specie, della speciale clausola di esclusione di cui all'art. 12, co. 1 lett. a) della direttiva c.d. qualifiche 2011/95/UE⁴⁵. Inoltre, il Tribunale amministrativo di Sofia rileva che il diritto nazionale bulgaro ha mal trasposto la disposizione in esame e si pone con ciò il problema della diretta applicabilità di tale clausola ai fatti di causa.

Il giudice amministrativo chiede, dunque, alla Corte di giustizia se, tenendo in considerazione l'obbligo su di esso gravante, ai sensi dell'art. 46.3 della dir. 'procedure' 2013/32/UE, di procedere ad un esame completo ed *ex nunc* degli elementi di fatto e di diritto della domanda, sia tenuto a procedere lui stesso a valutare i nuovi fatti della domanda, ai fini dell'applicazione della clausola di cui all'art. 12, co. 1 lett. a), e ciò anche d'ufficio, o se debba, in alternativa, rimettere alla commissione amministrativa la valutazione dei nuovi elementi rilevati, così come prescritto dal diritto nazionale. Il giudice chiede, inoltre, nell'ipotesi in cui la Corte lo ritenga obbligato a valutare i nuovi fatti della domanda, quali conseguenze discendano dall'art. 47 della Carta in relazione al diritto al contraddittorio del richiedente, e segnatamente se sia o meno necessitata l'audizione personale del richiedente asilo.

Il caso *Alheto*, dunque, ruota attorno alla portata dell'inciso di cui all'art. 46, co. 3 della dir. 'procedure' («gli Stati Membri assicurano che un ricorso effettivo preveda l'esame completo ed *ex nunc* degli elementi di fatto e di diritto, compreso, se del caso, l'esame delle esigenze di protezione internazionale») e ai rapporti di tale clausola con l'estensione del *thema decidendum* del giudice, avuto riguardo, da un lato, al principio dispositivo per come assolto dal ricorrente, dall'altro, alle questioni di fatto e di diritto discusse nella fase amministrativa.

⁴⁵ In base a quest'ultima disposizione, un richiedente protezione internazionale, che risulti registrato presso l'Agenzia delle Nazioni Unite per il soccorso e l'occupazione dei profughi palestinesi nel vicino oriente, come appunto la signora Alheto, è escluso dalla protezione internazionale di cui alla direttiva, *a meno che* la protezione o assistenza da parte di tale agenzia sia venuta meno. Proprio quest'ultimo inciso non risultava oggetto di una corretta trasposizione da parte del legislatore bulgaro.

In termini più generali, la questione riguarda la natura della fase giudiziale della procedura di protezione internazionale. Questa deve configurarsi come un'impugnazione della decisione amministrativa sulla domanda d'asilo – nel qual caso il giudice dovrebbe limitarsi all'annullamento della decisione e rimettere all'autorità amministrativa la valutazione degli elementi di fatto e di diritto su cui inizialmente detta autorità non si è pronunciata – oppure deve intendersi come un giudizio sostanzialmente autonomo sulla domanda di protezione internazionale, nel qual caso il giudice potrebbe andare oltre ciò che è stato dedotto nella fase amministrativa?

Come si è notato, nei Paesi dell'Unione si dà una certa varietà quanto ai poteri del giudice di statuire nel merito della domanda di protezione internazionale, modificando la decisione amministrativa.

La Corte di giustizia propende – questa è la nostra valutazione – per la natura sostanzialmente autonoma del ricorso giurisdizionale⁴⁶. Essa osserva che la disposizione di cui all'art. 46.3 della dir. 'procedure' va intesa nel senso che gli Stati membri sono tenuti: «ad adattare il loro diritto nazionale in modo tale che il trattamento dei ricorsi in questione preveda [...] una valutazione *aggiornata* del caso di specie» (cons. 110, corsivo nostro).

La locuzione «esame completo ed *ex nunc*» significa, in particolare, che il giudice è tenuto ad esaminare tutti gli elementi di fatto e di diritto relativi alla domanda, sia quelli che l'organo amministrativo ha tenuto o

⁴⁶ Per essere più precisi sul punto, che verrà ripreso oltre, la Corte, nel caso *Alheto*, non si spinge fino al punto di imporre agli Stati membri una giurisdizione che abiliti il giudice a modificare l'atto di diniego dell'autorità amministrativa, accertando esso stesso lo *status* della protezione internazionale. In questo senso, gli Stati Membri rimangono liberi di istituire un controllo fondato sulla logica dell'annullamento o su quello di un giudizio di merito. Tuttavia, nel primo caso, l'effetto utile dell'art. 46. 3 della dir. 2013/32/UE (esame completo ed *ex nunc* della domanda), letto in combinato disposto con l'art. 47 della Carta, impone che il giudice abbia il potere di formulare orientamenti obbligatori circa il merito della domanda di protezione internazionale, orientamenti che devono essere rispettati e attuati in modo celere dall'autorità amministrativa che si pronuncia nuovamente a seguito di una sentenza di annullamento della sua decisione. Su questo, si rimanda all'efficacissima sintesi dell'Avv. Gen. Bobek nelle sue Conclusioni al caso *To-rubarov*, su cui meglio *infra* nel testo.

avrebbe potuto tenere in conto, sia quelli nuovi, intervenuti dopo la decisione⁴⁷. In questo senso, dunque, l'esame della domanda deve essere esaustivo, «senza che sia necessario rinviare il fascicolo all'autorità accertante»⁴⁸. Ciò anche al fine di giungere ad una decisione definitiva quanto prima possibile, in attuazione appunto di uno degli obiettivi della direttiva che è quello dell'esame celere delle domande⁴⁹.

È da osservare, tuttavia, che nel caso di specie l'estensione del *thema decidendum* rispetto a quanto devoluto al giudice – sia rispetto alle questioni considerate dall'autorità amministrativa, sia rispetto ai profili sollevati dal ricorrente – non determina affatto un risultato necessariamente favorevole al ricorrente.

L'applicazione della clausola di cui all'art. 12, c. 1 lett. a) della dir. 'qualifiche' ai fatti di causa – ritenuta dalla Corte una norma dotata di efficacia diretta e applicabile *ex officio* dal giudice anche in assenza di un'apposita richiesta del richiedente – potrebbe determinare una decisione di inammissibilità della domanda, nella misura in cui si ritenga che la ricorrente avrebbe potuto ricevere adeguata protezione in Giordania, Stato dunque che si configurerebbe come 'paese di primo asilo'.

Di qui il dubbio: la decisione di attribuire al giudice una cognizione piena su fatti non pienamente dedotti e dunque discussi nella fase amministrativa rappresenta la soluzione migliore per la soddisfazione dei diritti del contraddittorio del richiedente asilo o non è, piuttosto, la soluzione più rapida e dunque efficiente ai fini dell'effettività del diritto dell'Unione?

È la stessa Corte a ricordare, del resto, che

l'esame della domanda di protezione internazionale da parte di un organo amministrativo o quasi giurisdizionale dotato di mezzi specifici e di personale specializzato in materia costituisce una fase essenziale delle procedure comuni istituite da tale direttiva (*cons.* 116).

Eppure, la necessità di una risposta celere e l'obbligo per il giudice di un esame aggiornato della domanda sembrano porsi in contraddizione

⁴⁷ Cfr. § 113, sent. *Alheto*.

⁴⁸ Cfr. § 112, sent. *Alheto*.

⁴⁹ Si vedano i §§ da 109 a 114 della sentenza *Alheto*.

con l'opzione di una rimessione alla fase amministrativa nell'ipotesi in cui pure si rendessero indispensabili ulteriori accertamenti istruttori.

Avvedendosi della necessità di contemperare l'estensione del *thema decidendum* del giudice con le esigenze di tutela della difesa, la Corte di giustizia è così costretta a tornare sul tema del diritto a essere sentiti personalmente in giudizio: se normalmente il giudice dell'impugnazione non è tenuto a procedere all'audizione del richiedente, a meno che non la ritenga necessaria, nell'ipotesi in cui, invece, egli affronti aspetti non previamente esaminati dall'autorità amministrativa – e, più in particolare, allorché si discuta della possibile applicazione alla domanda di un motivo di inammissibilità, come nel caso di specie – egli deve obbligatoriamente sentire il richiedente al fine di consentirgli di prendere posizione sulle nuove allegazioni⁵⁰.

Basta, dunque, questa audizione personale del richiedente, che la Corte fa discendere direttamente dall'art. 47 della Carta, a fugare ogni dubbio sul rispetto dei diritti della difesa?

Molto dipende, in questo senso, dalla formazione specifica ricevuta dai giudici. Rimane il fatto, però, che, mentre la direttiva prevede alcuni obblighi specifici nella formazione dei componenti degli organi amministrativi⁵¹, nessun obbligo viene imposto quanto alla formazione dei giudici dell'impugnazione.

Un altro aspetto che rileva è l'ampiezza dei mezzi istruttori a disposizione del giudice. La direttiva sul punto tace e a livello nazionale si riscontra una certa varietà quanto ai poteri istruttori attribuiti al giudice⁵². La Corte di giustizia, nella sentenza *Alheto*, considera superficialmente la questione, limitandosi ad affermare che il giudice può «invitare,

⁵⁰ Cfr. *cons.* 125-130, sent. *Alheto*. Si deve osservare, peraltro, che l'art. 34 della dir. 2013/32/UE prescrive che l'autorità amministrativa, qualora ritenga di pronunciarsi negativamente sulla ammissibilità della domanda, deve prevedere un colloquio personale che consenta al richiedente di esprimersi specificamente a riguardo.

⁵¹ Cfr. art. 4 della dir. 2013/32/UE.

⁵² Sebbene, infatti, l'onere di sostanziare la domanda spetti al ricorrente (v. art. 4, dir. 2011/95/UE), tuttavia, nei Paesi che seguono il modello di giustizia amministrativa tedesco, questo principio è attenuato dal tradizionale ruolo inquisitorio del giudice amministrativo (su cui I. STAFFANS, *Evidence in European Asylum Procedures*, Leiden, 2012), mentre, per quanto riguarda il caso francese, l'applicazione della giurisdizione

se del caso, l'autorità accertante a produrre qualsiasi documentazione e qualsiasi elemento che possano risultare pertinente» (*cons.* 121).

E, tuttavia, la circostanza sottolineata dalla Corte per cui il giudizio deve avvenire il prima possibile, ma al contempo essere esaustivo e attuale, escludendosi con ciò la necessità di una rimessione alla fase amministrativa, dovrebbe implicare che al giudice siano riconosciuti ampi poteri istruttori. Qui, dunque, l'art. 47 della Carta e la necessità di un esame completo ed *ex nunc* della domanda potrebbero leggersi nel senso di abilitare il giudice nazionale ad esperire, anche d'ufficio, tutti i mezzi di istruzione probatoria che ritiene utile, ulteriori anche alla audizione del richiedente⁵³.

c.d. di *plein contentieux* all'ambito dell'asilo determina comunque in capo al giudice ampi poteri di disporre a riguardo (cfr. art. R 733/15 *Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile* secondo cui «La Cour peut prescrire toute mesure d'instruction qu'elle jugera utile»). Diversamente nel caso belga. Qui il *Conseil de contentieux des étrangers* (CCE) – la giurisdizione amministrativa speciale competente in materia di immigrazione e asilo – ha, *ex art.* 39.2 della *Loi du 15 décembre 1980 portant sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers*, il potere sia di statuire nel merito della domanda di protezione internazionale, riformando la decisione dell'organo amministrativo (il *Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides*), sia di annullare la decisione di quest'ultimo e rimettergli il caso. Ciò si verifica, ad esempio, quando il ricorrente presenti elementi nuovi, non previamente valutati dal *Commissaire général* e che a parere del CCE aumenterebbero in modo significativo la probabilità di ottenere lo status di protezione internazionale (v. art. 39.76). Al CCE è infatti vietato disporre misure istruttorie nuove e la rimessione all'autorità amministrativa opera laddove appunto manchino elementi essenziali che non possono essere acclarati senza ulteriori mezzi istruttori.

⁵³ In questo senso, ci sembra, è anche l'opinione dell'avv. gen. Mengozzi alla causa *Alheto* (cfr. § 69): «L'articolo 46, paragrafo 3, della direttiva 2013/32 dispone altresì che l'esame completo in fatto e in diritto dei motivi di ricorso deve essere effettuato «*ex nunc*», vale a dire non sulla base delle circostanze di cui l'autorità che ha adottato il provvedimento impugnato aveva o avrebbe dovuto avere conoscenza al momento di tale adozione, ma di quelle esistenti al momento in cui il giudice statuisce. Ciò implica, da un lato, la possibilità per il richiedente di avvalersi di elementi nuovi che non sono stati dedotti davanti all'autorità che ha esaminato la domanda di protezione internazionale, dall'altro, il potere, per il giudice che esamina il ricorso, di procedere d'ufficio alla raccolta di elementi pertinenti alla valutazione della situazione del richiedente» (corsivo nostro). La tesi è stata nuovamente sostenuta sempre dallo stesso avv. gen. Mengozzi, nella causa *Ahmedbekova*, al § 75 delle sue conclusioni.

Sono forse proprio i timori di un eccessivo impatto sull'autonomia procedurale dei singoli Stati membri che la lettura 'forte' data in *Alheto* poteva determinare, soprattutto in relazione all'estensione del *thema decidendum* su aspetti non previamente valutati nella fase amministrativa, ad avere indotto la Corte di giustizia ad una sensibile correzione di rotta.

Nella di poco successiva sentenza *Ahmedbekova*⁵⁴, la Corte di giustizia è sembrata timorosa che, sulla scorta della giurisprudenza *Alheto*, si accentrasse eccessivamente nelle mani dell'autorità giurisdizionale il fulcro della decisione sull'attribuzione dello *status* di protezione internazionale, finendo, da un lato, per svilire le funzioni accertative dell'organo amministrativo, dall'altro, attenuando indebitamente l'onere del richiedente di cooperare attivamente nel definire e circostanziare la domanda.

La Corte è così intervenuta nuovamente sulla posizione del giudice in relazione ai *nova* dedotti nel ricorso giurisdizionale, per tali intendendosi sia motivi nuovi in relazione ai quali si invoca la protezione internazionale sia elementi di fatto che, pur essendo relativi ad eventi o minacce asseritamente verificatesi prima dell'adozione della decisione di diniego o addirittura prima della domanda, sono dedotti per la prima volta davanti al giudice del ricorso e su cui dunque l'autorità amministrativa non abbia avuto modo di pronunciarsi previamente (v. §§ 97-100 e 102).

In quella che oggettivamente appare come una sconfessione del precedente *Alheto*, la Corte di giustizia ha precisato che la possibilità per il giudice nazionale di pronunciarsi su questi nuovi aspetti opera sempreché sia il *diritto nazionale* a consentirgli di prendere in considerazione motivi o elementi di fatto invocati per la prima volta in sede giurisdizionale⁵⁵.

⁵⁴ C. giust. UE, 4 ottobre 2018, C-652/16, *Ahmedbekova*.

⁵⁵ *Ivi*, § 99: «Al fine di determinare se, esso stesso, abbia la possibilità di esaminare l'ulteriore dichiarazione nell'ambito del ricorso, spetta a detto giudice verificare, *in forza delle norme di procedura giudiziaria previste dal suo diritto nazionale*, se il motivo di protezione internazionale invocato per la prima volta dinanzi ad essi lo sia stato in una fase non tardiva del procedimento del ricorso e sia stato presentato in maniera sufficientemente concreta per poter essere esaminato» (corsivo nostro). Tale possibile preclusione processuale opera anche in relazione agli elementi di fatto significativi che, pur essendo relativi ad eventi o a minacce asseritamente verificatisi prima dell'adozione della decisione di diniego, o addirittura prima della presentazione della domanda di protezione

Si tratta dunque di un sensibile ritorno al principio di autonomia procedurale degli Stati: l'art. 47 della Carta scompare dai radar della Corte e con esso anche la lettura estensiva dell'inciso per cui l'esame da parte del giudice deve essere 'completo ed *ex nunc*', pure previsto dalla direttiva.

Non è tuttavia l'unico aspetto problematico della sentenza della Corte.

Qualora, infatti, il diritto nazionale dovesse consentire al giudice di poter valutare i *nova* nel corso del giudizio sull'impugnazione, è tuttavia necessario – osserva la Corte – che il giudice investito del ricorso di impugnazione richieda all'autorità amministrativa accertante un esame sui motivi e/o sui fatti sostanzialmente nuovi.

Si tratta di un profilo, questo, contraddittorio rispetto al precedente caso *Alheto* – in cui si sottolineava l'esigenza, in nome della celerità del giudizio, di una concentrazione nella fase giurisdizionale, anziché in quella amministrativa, di tutti i profili 'nuovi' relativi alla domanda – e al contempo poco chiaro quanto alle sue conseguenze operative.

La direttiva 'procedure' non prevede nulla rispetto a come dovrebbe realizzarsi questa remissione dalla fase giudiziale alla fase amministrativa. Dal laconico passaggio della Corte sembra, però, che i nuovi motivi o i nuovi fatti debbano risultare dal testo del ricorso introduttivo. Spetterà al giudice, *prima* di procedere all'audizione del ricorrente – da ritenersi obbligatoria, sulla scia di *Alheto*, vertendo il ricorso su aspetti nuovi della domanda – chiedere all'autorità amministrativa accertante di effettuare un esame sui nuovi motivi e/o fatti, con obbligo di comunicazione del relativo esito tanto al richiedente quanto al giudice⁵⁶.

internazionale, sono per la prima volta dedotti durante il procedimento di ricorso. Cfr. §§ 102-103.

⁵⁶ *Ivi*, § 100, «Sempre che da tale verifica [si intenda: la verifica che il diritto procedurale nazionale abiliti il giudice ad esaminare motivi e fatti nuovi rispetto a quelli dedotti nella fase amministrativa (N.d.A.)] derivi che il giudice ha la possibilità d'includere tale motivo nella sua valutazione del ricorso, spetta allo stesso richiedente, da parte dell'autorità accertante e ciò entro un termine che sia conforme all'obiettivo di celerità perseguito dalla direttiva 2013/32 [...], un esame di detto motivo, il cui risultato e le cui ragioni fondanti dovranno essere comunicati al richiedente e al giudice prima che quest'ultimo proceda all'audizione del richiedente e valuti il caso».

L'effetto della sentenza *Ahmedbekova* è quello, dunque, di dare nuova centralità alla fase amministrativa e di valorizzare il principio dell'autonomia procedurale degli Stati membri, ma in modo, come si vedrà, asimmetrico.

Può essere che, così facendo, la Corte abbia voluto farsi carico della diversità esistente sul piano delle procedure nazionali, in particolare in relazione a quelle esperienze che concepiscono la fase giurisdizionale come di stretta impugnazione della fase amministrativa⁵⁷ e che non abilitano il giudice ad estendere il *thema decidendum* su questioni non previamente valutate nella fase amministrativa⁵⁸.

O si pensi, per fare un ulteriore esempio, a quegli ordinamenti che, pur riconoscendo al giudice la possibilità di una pronuncia di merito relativa all'attribuzione dello *status*, configurano il relativo giudizio come meramente cartolare e non attribuiscono al giudice alcun potere istruttorio⁵⁹. In quest'ultima ipotesi, dunque, il necessario ritorno alla fase amministrativa può giustificarsi, nel senso che esso potrebbe risultare più idoneo a garantire e/o a rafforzare i diritti della difesa che potrebbero non essere adeguatamente soddisfatti nella fase giudiziale, in assenza perlomeno di adeguati poteri istruttori nella disponibilità del giudice.

D'altra parte, questo presunto ritorno ad una maggiore deferenza al principio di autonomia procedurale degli Stati appare selettivo, nel senso che in altri ordinamenti nazionali la decisione della Corte potrebbe determinare incidenze sui diritti procedurali nazionali piuttosto significative.

Così è in particolare nel contesto italiano, dove, come si è già osservato, il ricorso giurisdizionale non si configura come un'impugnazione

⁵⁷ È questo, ad esempio, il caso di Bulgaria, Polonia, Ungheria, Olanda. Sul caso polacco, cfr. K. RUSIŁOWICZ, *The Right to an Effective Remedy in Asylum Proceedings in Poland*, in www.asylumlawdatabase.eu/en/journal/right-effective-remedy-asylum-proceedings-poland.

⁵⁸ In queste ipotesi, sulla base della sentenza della Corte in *Ahmedbekova*, non sembra esserci altra via in capo al ricorrente che la presentazione di una seconda domanda di asilo, da qualificarsi come domanda reiterata ai sensi dell'art. 40 della dir. 2013/32/UE.

⁵⁹ È questo il caso del Belgio, su cui v. *supra* nota 45. Al *Conseil de contentieux des étrangers* è, infatti, come si è detto, vietato disporre misure istruttorie nuove e la rimessione all'autorità amministrativa opera laddove appunto manchino elementi essenziali che non possono essere acclarati senza ulteriori mezzi istruttori.

in senso stretto del provvedimento amministrativo delle Commissioni territoriali, ma è un giudizio autonomo, il cui oggetto è il riconoscimento dello status di protezione internazionale. Non sussiste, dunque, in relazione al *thema decidendum*, nessun vincolo derivante da quanto in precedenza dedotto di fronte alla Commissione territoriale, né alcuna ragione ostativa alla deduzione di nuovi elementi di fatto a sostegno dei motivi originari o di nuovi motivi⁶⁰.

La necessità, che sembra discendere dal *dictum* della Corte di giustizia nel caso *Ahmedbekova*, di un previo esame da parte dell'autorità amministrativa sulle nuove questioni dedotte per la prima volta in giudizio impone agli operatori italiani un serio interrogativo su come poter disporre nel nostro sistema processuale una tale evenienza⁶¹.

4. Il diritto a un ricorso effettivo come diritto a un rimedio effettivo: poteri conformativi del giudice rispetto alla P.A.

La sentenza *Alheto*, in precedenza citata, offre spunti interessanti anche in relazione all'ultima accezione del diritto a un ricorso effettivo che si è messa in luce, ossia quella del diritto ad ottenere dal giudizio intrapreso un provvedimento che effettivamente soddisfi la pretesa iniziale fatta valere dal ricorrente. Qui, come detto, a venire in rilievo è il tema delle limitazioni che il giudice incontra rispetto all'adozione di misure che possano avere effetti conformativi sull'azione della P.A. e, dunque, in ultima analisi, sul principio di separazione dei poteri.

Il giudice del rinvio bulgaro, infatti, chiedeva alla Corte di giustizia se l'art. 46.3 della direttiva 'procedure', letto in combinato disposto con

⁶⁰ Cfr. Cass., sez. un., n. 19393/2009; Cass. n. 7385/2017.

⁶¹ Sul punto si segnala la sentenza della Corte di Cassazione (sez. I Civile, n. 27073 del 23.10.2019), in cui al punto 7 si legge: «Da ciò discende che qualora il richiedente proponga nel ricorso giurisdizionale motivi nuovi, o anche solo elementi di fatto nuovi, che si riferiscano, integrandoli in modo significativo, ai motivi già proposti, e che non siano stati sottoposti alla Commissione territoriale, sebbene antecedenti alla domanda di protezione internazionale, secondo quanto affermato dalla Corte di giustizia [il riferimento è da intendersi proprio alla sent. *Ahmedbekova*, prima citata nel testo della motivazione (N.d.A.)], il giudice debba sottoporli all'autorità amministrativa e, quindi, valutarli a fini della decisione».

l'art. 47 della Carta, potesse essere interpretato nel senso di attribuire al giudice la competenza non solo di annullare la decisione amministrativa impugnata, ma anche di statuire nel merito, riconoscendo, in caso, la protezione internazionale richiesta dal ricorrente. Il diritto nazionale bulgaro, infatti, impone che sia sempre l'autorità amministrativa ad accertare il relativo *status*.

Tale modello risulta essere seguito anche in altri ordinamenti, in cui appunto, come detto, il giudice ha solo poteri annullatori della decisione dell'organo amministrativo, ma non anche dichiarativi/accertativi dello *status* di protezione internazionale. Di qui l'ulteriore problema: quali conseguenze e rimedi processuali sono ipotizzabili nel caso in cui l'autorità amministrativa non dia seguito alle decisioni di annullamento del giudice amministrativo e, dunque, in sede di esame successivo, si dimostri inottemperante a quanto statuito dall'organo giudicante?

La questione sembra essere particolarmente sentita in alcuni ordinamenti del Centro-Est Europa.

Oltre alla questione posta dal giudice bulgaro in *Alheto*, un altro rinvio pregiudiziale era stato sollevato dalla Corte Suprema slovacca. In esso, appunto, veniva richiesto se l'art. 46.3 della direttiva 2013/32/UE, in combinato disposto con l'art. 47 della Carta, potesse fondare la competenza del giudice nazionale a statuire nel merito della domanda di protezione internazionale – pur in assenza di una disposizione abilitante della legislazione nazionale – in considerazione della ripetuta inottemperanza alle sentenze con cui si erano consecutivamente annullate decisioni amministrative di rigetto aventi ad oggetto la medesima domanda⁶².

Un secondo rinvio pregiudiziale, del tutto analogo a quello sollevato dalla Corte Suprema slovacca, è stato posto dal Tribunale amministrativo e del lavoro di Pécs, Ungheria, e ha dato l'occasione alla Corte di giustizia di pronunciarsi nel caso *Torubarov*⁶³, di cui si dirà subito dopo nel testo.

⁶² Cfr. C. giust. UE, ord. pr. 7 settembre 2018, causa C-113/17, *QJ*, in cui si ordina la cancellazione della causa dal ruolo. A seguito, infatti, della pronuncia resa dalla Corte di giustizia nel caso *Alheto*, la Corte Suprema slovacca ha deciso di ritirare la domanda di pronuncia pregiudiziale. Il rinvio da parte della Corte Suprema era stato fatto in data 24.11.2017.

⁶³ C. giust. UE, 29 settembre 2019, C-556/17, *Torubarov*, EU:C:2019:626.

La vicenda, dunque, testimonia un evidente dialogo orizzontale intervenuto tra le giurisdizioni nazionali, essendo, come notato, il quesito e i parametri invocati comuni ai giudici di Bulgaria, Slovacchia e Ungheria.

Veniamo dunque a considerare quale soluzione ha dato la Corte di giustizia alla problematica in esame, potendo fin da ora considerare che tra il caso *Alheto* e quello successivo *Torubarov* è dato riscontrare una decisa evoluzione giurisprudenziale e un uso più incisivo della portata del principio della tutela giurisdizionale effettiva.

In *Alheto*, dunque, la Corte evidenzia, in primo luogo, che la direttiva 2013/32/UE non precisa se, dopo l'annullamento ad opera del giudice, l'organo amministrativo competente per la valutazione iniziale della domanda perda la sua competenza a pronunciarsi ulteriormente. In assenza di una disposizione precisa a riguardo, gli Stati membri conservano, quindi, l'opzione di attribuire l'assunzione della decisione finale sulla domanda di protezione internazionale a tale organo, anche dopo che il giudice ne abbia annullato la decisione iniziale.

Tuttavia, osserva la Corte, l'art. 46.3 della dir. 'procedure' – che, come più volte detto, prescrive al giudice di effettuare un esame completo ed *ex nunc* sia in fatto sia in diritto della domanda di protezione internazionale – sarebbe privo del suo effetto utile se l'organo amministrativo potesse adottare una decisione contrastante con tale valutazione o potesse lasciar trascorrere un lasso di tempo considerevole, tale da aumentare il rischio che sopravvengano elementi che richiedano una nuova valutazione aggiornata (*cons.* § 147).

Ne consegue, prosegue la Corte, che anche tenendo conto della necessità, *ex art.* 47 della Carta, di garantire l'effettività del ricorso,

ogni Stato membro deve adattare il suo diritto nazionale di modo che, in seguito all'annullamento della decisione iniziale e in caso di rinvio del fascicolo all'organo quasi giurisdizionale o amministrativo [...] sia adottata entro un breve termine una nuova decisione che sia conforme alla valutazione contenuta nella sentenza che ha disposto l'annullamento (*cons.* §148).

Non chiarissime, dunque, le conseguenze operative determinate dalla pronuncia della Corte. Essa, infatti, sembra al più esortare il legislatore dello Stato membro a introdurre uno specifico rimedio processuale per

garantire, appunto, che l'amministrazione ottemperi a quanto statuito dal giudice, ma non ricava essa stessa dall'art. 47 della Carta alcuna regola di immediata operatività che consenta al giudice nazionale di ovviare al problema di effettività posto dal diritto nazionale.

Di ben maggiore portata pare, in questo senso, la successiva sentenza *Torubarov*, resa sul rinvio pregiudiziale promosso dal Tribunale di Pécs, di cui si è in precedenza detto.

Nelle sue Conclusioni, l'avvocato generale Bobek aveva esplicitamente collocato la controversia in un «contesto (costituzionale) più ampio», ravvedendo nel caso di specie «questioni *sistemiche, strutturali* relativa allo Stato di diritto»⁶⁴.

Dopo aver opportunamente ricordato sia la decisione *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*⁶⁵ sia l'ordinanza cautelare della Corte nella controversia *Commissione/Polonia*⁶⁶, l'avvocato generale osserva

⁶⁴ Considerando 58 delle Conclusioni (corsivo originale), EU:C:2019:339.

⁶⁵ C. giust. UE, 27 febbraio 2018, C-64/16, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, EU:C:20:2018:1021. In essa, come noto, la Corte di giustizia, facendo leva sugli artt. 19 TUE e 47 della Carta, ha ricordato che il modo in cui gli Stati membri organizzano la funzione giurisdizionale e garantiscono l'indipendenza del giudice non è materia riservata alla sola competenza nazionale, nella misura in cui tali profili (nel caso di specie, una riduzione nelle retribuzioni dei giudici nazionali) possono condizionare, nei settori disciplinati dal diritto dell'UE, l'effettività della tutela giurisdizionale.

⁶⁶ C. giust. UE, ord. 17 dicembre 2018, C-619/18 R, *Commissione/Polonia*, EU:C:2018:1021, ordinanza cautelare in cui la Corte ha intimato alla Polonia l'immediata sospensione delle disposizioni nazionali relative all'abbassamento dell'età pensionabile dei giudici della Corte Suprema e all'attribuzione al Presidente della Repubblica del potere discrezionale di prorogare la funzione giudiziaria dei giudici della stessa Corte, oltre la durata prevista dalla legge per l'età pensionabile. L'ordinanza è stata resa nell'ambito del ricorso per inadempimento promosso dalla Commissione contro la Polonia per violazione degli artt. 19.1 TUE e 47 della Carta. Con sentenza del 24.6.2019, la Corte di giustizia ha definitivamente condannato la Polonia per violazione dell'art. 19.1 TUE. Successivamente, la Corte di giustizia si è pronunciata (sent. 5.11.2019, Causa C-192/18, *Commissione c. Polonia*) sulle norme polacche relative all'età per il pensionamento dei giudici e dei pubblici ministeri, ritenendole contrarie al diritto dell'Unione.

Sulle complesse e articolate vicende del rispetto della *rule of law* da parte soprattutto di Polonia e Ungheria, la bibliografia è già abbondante. Si veda, senza pretesa di esaustività: A. DI GREGORIO (con la coll. di A. ANGELI e J. SAWICKI), *Il costituzionalismo "malato" in Ungheria e Polonia*, in A. DI GREGORIO (a cura di), *I sistemi costituzionali dei*

che il diritto a un ricorso effettivo, di cui all'art. 47 della Carta, non può essere ridotto alla fase 'a monte', ossia vuoi dell'accesso al giudice vuoi dei diritti esperibili nella fase procedurale, ma deve essere garantito anche in relazione all'esito effettivo conseguibile dalla controversia.

Proprio per gli accennati motivi strutturali, legati al rispetto dello Stato di diritto, l'avvocato generale invita la Corte a spingere più in là l'asticella rispetto a quanto fatto nel caso *Alheto* e la sollecita a dare una risposta positiva al quesito posto dal giudice nazionale e cioè se il diritto dell'Unione – segnatamente l'art. 47 della Carta – fornisca o meno un rimedio al giudice nazionale di fronte a una situazione in cui il diritto interno non gli dà poteri per obbligare l'amministrazione a conformarsi alle sue decisioni.

La soluzione offerta dall'avvocato generale è, in questo senso, abbastanza dirompente: il giudice nazionale dovrebbe disapplicare la norma nazionale che inibisce al giudice di emettere una pronunzia di merito sulla sussistenza o meno della protezione internazionale⁶⁷. Tale obbligo

paesi dell'Europa centro-orientale, baltica e balcanica, Milano, 2019, 365 ss., M.A. ORLANDI, *La "democrazia illiberale". Ungheria e Polonia a confronto*, in *Dpce*, 1, 2019, 167 ss.; A. CIRCOLO, *Il rispetto dei valori fondanti dell'Unione e l'attivazione della procedura di controllo alla luce delle recenti vicende di Polonia e Ungheria*, in *Dpceonline*, 1, 2019; A. VON BOGDANDY, P. SONNEVEND (a cura di), *Constitutional Crisis in the European Constitutional Area*, Oxford, 2015; A. ŚLEDZIŃSKA-SIMON, *The Rise and Fall of Judicial Self-Government in Poland: On Judicial Reform Reversing Democratic Transition*, in *German L. J.*, 7, 2018.

⁶⁷ La ricostruzione offerta dallo stesso avvocato generale dei diversi interventi legislativi succedutisi nel tempo è abbastanza indicativa della chiara volontà del legislatore ungherese di sottrarre al giudice la possibilità di pronunciarsi in via definitiva sulle domande di protezione internazionale. Prima del 15 settembre 2015, in Ungheria il controllo giurisdizionale sugli atti amministrativi risultava disciplinato, in via generale, dalla logica dell'annullamento, mentre le ipotesi in cui i giudici potevano esercitare una giurisdizione piena, con poteri conformativi rispetto alla P.A., costituivano un'eccezione. Tra queste, però, era inclusa anche la protezione internazionale. Tra il 15 settembre 2015 e il 1° gennaio 2018, è stata abrogata la disposizione interna che prevedeva, nella materia della protezione internazionale, la possibilità per il giudice di modificare la decisione amministrativa, cosicché il giudice poteva appunto solo annullare il provvedimento amministrativo, ma non anche statuire nel merito della domanda. Infine, dal 1° gennaio 2018, una nuova modifica legislativa ha sancito, come regola generale applicabile al controllo giurisdizionale degli atti amministrativi, la possibilità per il giudice di modificare

sorge quando la chiara valutazione contenuta in una decisione giudiziale, che annulla una precedente decisione amministrativa, è stata disattesa dall'autorità amministrativa stessa in sede di nuova decisione sul medesimo caso, senza che quest'ultima abbia considerato elementi nuovi rispetto a quelli valutati dall'autorità giurisdizionale, privando in tal modo di qualsiasi effetto utile la tutela giurisdizionale prevista dall'art. 46 della dir. 2013/32 e dall'art. 47 della Carta.

La Corte, nella composizione della Grande Sezione, ha accolto *in toto* gli argomenti dell'avvocato generale. Pur non facendo menzione del 'contesto (costituzionale) più ampio' e delle questioni sistemiche e strutturali relative al rispetto dello Stato di diritto, cui l'avvocato generale si era richiamato, la Corte ritiene appunto che, in un'ipotesi come quella descritta nei fatti di causa, il giudice deve avere il potere di riformare la decisione dell'amministrazione non conforme alla propria precedente sentenza e sostituirla con la propria statuizione relativa alla domanda di protezione internazionale. Osserva, infatti, la Corte che il diritto a un ricorso effettivo sarebbe illusorio se l'ordinamento giuridico consentisse che la decisione giudiziaria definitiva e obbligatoria resti inoperante a danno di una parte.

Tale potere conformativo del giudice risulta pur sempre confinato ad un'attività, quale quella dell'accertamento dello *status* di protezione internazionale, che si deve ritenere di natura vincolata (in cui non c'è esercizio di potere discrezionale da parte dell'amministrazione e dunque profili di violazione del principio di separazione dei poteri)⁶⁸ e *semperché* si verta nell'ipotesi in cui l'autorità amministrativa non abbia dimostrato la sopravvenienza di nuovi elementi che potrebbero giustificare una valutazione diversa della domanda⁶⁹.

l'atto amministrativo se la natura della causa lo consente, se i fatti sono correttamente accertati e se, sulla base delle informazioni disponibili, la controversia può essere decisa in via definitiva. Tuttavia, il settore della protezione internazionale è rimasto escluso da tale nuova regola.

⁶⁸ Cfr. § 74.

⁶⁹ I principi della sentenza *Torubarov* sono stati riconfermati nella sent. 19.3.2020, Causa C-406/18, PG, EU:C:2020:216.

5. Il diritto a un ricorso effettivo tra autonomia e strumentalità

La capacità dell'art. 47 della Carta di porsi quale strumento in grado di colmare in via giurisprudenziale possibili deficit di tutela dei diritti processuali nazionali in materia di immigrazione è stata, al momento, relativa.

Spesso, la sua portata garantista sembra cedere di fronte al tradizionale principio di effettività del diritto dell'UE, che, nell'ambito materiale qui considerato, significa prevalentemente decisioni improntate alla celerità e all'efficacia nella gestione dei flussi immigratori⁷⁰. Inoltre, la Corte sembra ancora poco propensa ad utilizzare la clausola in questione come strumento in 'positivo' da cui ricavare soluzioni procedurali specifiche da imporre ai diritti processuali interni⁷¹. Infine, non mancano esempi di soluzioni contraddittorie dove, da un lato, si riafferma il tradizionale principio di autonomia procedurale degli Stati, anche al costo di letture svalutative del dato testuale del diritto UE derivato, ma, al contempo, si incide sui diritti processuali nazionali⁷², determinando di riflesso una differenziazione di tutele dei soggetti giuridici, pur tutti titolari di posizioni giuridiche discendenti dal diritto dell'UE⁷³.

⁷⁰ Si veda quanto osservato in relazione al caso *Sacko* circa l'audizione personale del richiedente asilo in sede di ricorso giudiziale avverso la decisione dell'organo amministrativo.

⁷¹ Vedi la causa *Alheto* relativamente alla questione se l'art. 47 offra una soluzione circa l'ipotesi di una ripetuta inottemperanza da parte dell'amministrazione ai principi di diritto espressi dal giudice in sede di annullamento della decisione amministrativa iniziale, timidezza poi superata nella successiva decisione *Torubarov*.

⁷² Il riferimento va qui alla sentenza *Ahmedbekova*, che, da un lato, rimette al legislatore nazionale l'attribuzione al giudice della protezione internazionale della facoltà di ammettere e valutare i c.d. nova (nonostante quanto dalla stessa Corte affermato nella precedente sentenza *Alheto* e nonostante l'inciso di cui all'art. 46.3 per cui il giudizio deve prevedere un esame completo ed *ex nunc*, in fatto e in diritto, della domanda), dall'altro, nel caso in cui il diritto processuale nazionale ciò consentisse, impone agli stati membri di configurare un meccanismo che permetta all'organo amministrativo di pronunciarsi sui nova, incidendo così sia sull'autonomia procedurale degli stati sia sull'obiettivo di celerità perseguito dalla dir. 2013/32/UE.

⁷³ Sempre in riferimento alla sentenza *Ahmedbekova*, si può notare che il suo effetto, in punto di tutele del ricorrente/richiedente, sarà che in quei paesi i cui diritti processuali

Una situazione, questa, che sottolinea il limite di armonizzazioni legislative parziali, quale appunto quella effettuata dalla direttiva ‘procedure’ 2013/32/UE, e la forse scarsa considerazione da parte della Corte delle conseguenze generali che le sue sentenze possono determinare nei vari ordinamenti, al di là del caso specifico da cui sono scaturiti i rinvii pregiudiziali⁷⁴.

E, del resto, è proprio talvolta la specificità dell’ordinamento giuridico nazionale a spingere la Corte a letture evolutive dell’art. 47. Da questo punto di vista, la Corte non sembra ignorare il potenziale di tale disposizione per contrastare situazioni di strutturale carenza di effettività e di imparzialità dell’apparato giurisdizionale, specie quando queste deficienze rischiano di impattare su valori fondanti – dello Stato nazionale e, di conseguenza, della stessa UE⁷⁵ – quale quello della separazione dei poteri⁷⁶.

Questa osservazione potrebbe indurre a ritenere che le virtualità espansive dell’art. 47 della Carta dipendano anche, in una certa misura, da profili extra-testuali che, seguendo l’esempio sopra fatto relativo ai casi di Ungheria e Polonia, impongano una lettura “forte” del diritto a un

nazionali non ammettono in sede di ricorso giurisdizionale i *nova* rispetto alla fase amministrativa, la via di tutela passerà attraverso il meccanismo della domanda reiterata dinnanzi all’organo amministrativo. In riferimento, invece, a quei paesi i cui giudici sono abilitati dal diritto nazionale a valutare anche i *nova*, all’esame condotto dinnanzi al giudice si affiancherà altresì quello dell’amministrazione, che verrà nuovamente coinvolta nel relativo giudizio, offrendosi così una potenziale duplicazione delle sedi in cui la parte potrà far valere i suoi diritti al contraddittorio.

⁷⁴ Potrebbe essere questo un riflesso del non corretto impiego del metodo comparato da parte della Corte di giustizia, la quale, più che una metodica comparazione fra le discipline nazionali, procede a selezionare quelle parti delle stesse che si rivelano funzionali a risolvere i casi sottoposti al suo esame. Cfr. G. DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale comparato*, X ed., Padova, 2019, 88-89; C.N. KAKOURIS, *L’utilisation de la méthode comparative par la Cour de Justice des Communautés Européennes*, in U. DROBNIG, S. VAN ERP (a cura di), *The Use of Comparative Law by Courts*, The Hague-London-Boston, 1999, 100 ss.

⁷⁵ Sulla circolarità delle c.d. “clausole di omogeneità” nel contesto dell’UE, cfr. F. PALERMO, *La forma di stato dell’UE: per una teoria costituzionale dell’integrazione sovranazionale*, Padova, 2005.

⁷⁶ Il riferimento va alle cause *Associação Sindical dos Juizes Portugueses e Comissão c. Polonia*, nonché alla causa *Torubarov*.

rimedio effettivo e tale da prevalere, nel bilanciamento degli interessi, sulla dimensione oggettiva/ordinamentale dell'effettività⁷⁷. Sarebbero, dunque, circostanze eccezionali⁷⁸ esterne quelle che potrebbero indurre la Corte ad assumere prese di posizione più decise in merito al significato dell'art. 47⁷⁹.

⁷⁷ Peraltro, sulla difficoltà per la Corte di giustizia di pervenire ad un bilanciamento tra le due dimensioni – quella soggettiva/fondamentale e quella ordinamentale – del principio di effettività, anche in contesti nazionali dove è evidente il rischio di violazione dello “stato di diritto”, v. C. giust. UE, 25 luglio 2018, C-216/18/PPU, *LM*, resa su rinvio pregiudiziale della High Court d'Irlanda in un procedimento sull'esecuzione di una richiesta di mandato d'arresto europeo emesso da un giudice polacco. In essa, la Corte ha rilevato che, pur essendo possibile riferirsi ad una proposta motivata della Commissione europea che, ai sensi del procedimento di cui all'art. 7.1 TUE, rilevi l'esistenza di un rischio reale di violazione del diritto fondamentale a un equo processo garantito dall'art. 47 della Carta, a causa di carenze sistemiche riguardanti l'indipendenza della magistratura nel dato Paese, è tuttavia necessario per il giudice di un altro Stato membro, al fine di negare l'esecuzione del mandato d'arresto, valutare che vi siano rischi concreti e precisi che la persona destinataria del mandato, qualora consegnata all'autorità giurisdizionale dello Stato in questione, possa subire una violazione del suo diritto fondamentale a un giudice indipendente e imparziale. Sulla vicenda S. BARTOLE, *La crisi della giustizia polacca davanti alla Corte di giustizia: il caso Celmer*, in *Quad. Cost.*, 4, 2018, 921 ss.; C. PINELLI, *Circolazioni sistemiche dei diritti fondamentali e crisi di fiducia fra Stati membri in un rinvio pregiudiziale della High Court d'Irlanda*, in *Quad. Cost.*, 2, 2018, 507-509.

⁷⁸ La Corte, nel Parere 2/2013, del 18.12.2014, ECLI:EU.C:2014:2454, ha fatto riferimento proprio alle “circostanze eccezionali” quale parametro su cui basare il giudizio in relazione al rispetto dei diritti fondamentali da parte degli Stati membri, in connessione con il principio del mutuo riconoscimento. Cfr. § 191: «In secondo luogo, occorre ricordare che il principio della fiducia reciproca tra gli Stati membri riveste, nel diritto dell'Unione, un'importanza fondamentale, dato che consente la creazione e il mantenimento di uno spazio senza frontiere interne. Orbene, tale principio impone a ciascuno di detti Stati, segnatamente per quanto riguarda lo spazio di libertà, di sicurezza e di giustizia, di ritenere, *tranne in circostanze eccezionali*, che tutti gli altri Stati membri rispettano il diritto dell'Unione e, più in particolare, i diritti fondamentali riconosciuti da quest'ultimo» (corsivo nostro).

⁷⁹ Sul punto, sebbene formulate in altro contesto, si ritengono utili le osservazioni di R. BIN, *Bilanciamento degli interessi e teoria della Costituzione*, in V. ANGIOLINI (a cura di), *Libertà e giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1992, 58-59, il quale, in riferimento all'utilizzo della tecnica della ragionevolezza e del bilanciamento degli interessi da parte della Corte costituzionale italiana, distingue le fasi c.d. “ordinarie”, in cui la difesa dei

In questa medesima prospettiva, seguendo cioè un interrogativo che concerne in ultima analisi la natura autonoma o, invece, ancillare o derivata dell'art. 47, ci si può chiedere se il rilievo di tale previsione sia destinato a mutare in funzione della pretesa sostanziale fatta valere: tanto più quest'ultima è qualificabile in termini di diritto fondamentale, tanto maggiore risulterebbe l'incidenza garantista dell'art. 47 della Carta.

È questa una lettura in chiave funzionalista del diritto a un rimedio effettivo che presenta, mi pare, alcuni svantaggi. Da un lato, perché significherebbe svilire la natura autonoma dell'art. 47 come diritto fondamentale⁸⁰. Dall'altra, perché costringerebbe al difficile compito, soprattutto in un contesto di profonda diversità delle tradizioni giuridiche nazionali, di qualificare la pretesa sostanziale fatta valere e di ipotizzare una modulazione del relativo scrutinio variabile a seconda che detta pretesa sostanziale si classifichi in termini di diritto fondamentale, diritto soggettivo o altra situazione giuridica di vantaggio.

La rischiosità di questa operazione si può cogliere proprio nel contesto del diritto dell'immigrazione: l'assenza di un diritto all'ingresso e al soggiorno dello straniero in un paese terzo, soprattutto allorché migrante economico, indurrebbe a ritenere inutile o comunque poco conferente il richiamo all'art. 47 Carta. Eppure, come si è visto, proprio sul terreno dei visti di ingresso e della relativa mancanza di un controllo giurisdizionale

diritti non richiede forti prese di posizione in merito al significato del testo costituzionale, dalle fasi c.d. "straordinarie" in cui il testo costituzionale entra nella diretta considerazione del giudice costituzionale, perché egli è chiamato ad indicare il limite invalicabile della discrezionalità legislativa. La tesi è poi più ampiamente sviluppata in R. BIN, *Diritti e argomenti. Il Bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992.

⁸⁰ È da osservare, peraltro, che è la stessa formulazione testuale dell'art. 47 a mettere in discussione la natura autonoma. La disposizione, infatti, garantisce ad ogni persona *i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione* siano stati violati il diritto a un ricorso effettivo dinanzi al giudice (corsivo nostro). Di qui la questione se tale inciso si limiti semplicemente a ribadire la necessità che la situazione rientri nell'ambito di applicazione materiale del diritto dell'UE, e quindi della Carta, *ex art. 51, c. 1* (in questo senso, S. PRECHAL, *The Court of Justice and Effective Judicial Protection: What has the Charter changed?*, in C. PALAUSSEN e altri (a cura di), *Fundamental Rights in International and European Law*, The Hague, 2016, 143) o se, invece, si renda necessario operare una previa valutazione della pretesa sostanziale. In questo senso l'Avv. Gen. Bobek, nelle Conclusioni al caso *El Hassani* su cui subito *infra* in nota.

sugli atti di diniego, la Corte di giustizia non ha esitato ad utilizzare l'art. 47 in senso (fortemente) evolutivo del dato testuale dello stesso diritto derivato UE. A questa soluzione ermeneutica la Corte è giunta senza minimamente interrogarsi sulla qualificazione, in termini di diritto soggettivo, men che meno di diritto fondamentale, della pretesa sostanziale sottostante ai fini dell'attivazione della clausola⁸¹.

Ciò osservato, si deve, peraltro, rilevare che non mancano sentenze della Corte di giustizia in cui effettivamente le modalità di applicazione dell'art. 47 sono apparse influenzate dalla natura di diritto fondamentale sottesa alla pretesa sostanziale.

Una prima situazione, in tal senso, si è avuta nel caso *Mahdi*⁸², in cui la controversia atteneva alla portata del sindacato giurisdizionale dei provvedimenti di proroga del trattenimento di un immigrato irregolare. La pretesa sostanziale qui è evidentemente relativa alla libertà personale, ex art. 5 CEDU e/o 6 della Carta di Nizza.

Proprio richiamandosi agli art. 6 e 47 della Carta, la Corte di giustizia ha chiarito che l'obbligo di motivazione, in fatto e in diritto, che l'art. 15, co. 2 della direttiva 2008/115/UE c.d. 'rimpatri' prescrive limitatamente al solo provvedimento di trattenimento non può non estendersi anche ai provvedimenti di proroga, che devono pertanto rivestire forma necessariamente scritta. Questi requisiti si impongono sia perché il trattenimento e la proroga hanno come effetto quello di privare della libertà il cittadino di un paese terzo (art. 6 Carta) sia perché questi deve conoscere i motivi della decisione ai fini della sua impugnazione (art. 47 Carta).

⁸¹ La questione ha, invece, parecchio impegnato l'Avv. Gen. Bobek, il quale ritiene che l'art. 47 della Carta sia attivabile solo nel caso la pretesa sostanziale fatta valere consista in un diritto o libertà «concretamente identificabile», ossia, per quel che è dato intendere, da una situazione qualificabile in termini di diritto soggettivo. Tuttavia, dopo aver negato che possa configurarsi un diritto soggettivo al rilascio del visto di ingresso (punto 102), egli ritiene che esista un diritto procedurale a che la propria domanda venga esaminata dall'amministrazione in modo conforme alla legge, riecheggiando con ciò la figura che, nel contesto italiano, sarebbe qualificabile come interesse legittimo. In questo modo, tuttavia, la limitazione quanto all'attivazione dell'art. 47 finisce per perdere, almeno sul piano pratico, molta della sua effettiva e asserita capacità discretiva.

⁸² C. giust. UE, 5 giugno 2014, C-146/14 PPU, *Mahdi*, EU:C:2014:1320.

La Corte di giustizia è andata, però, oltre, chiarendo che l'autorità giudiziaria, chiamata a pronunciarsi su una domanda di proroga del trattenimento, deve, da un lato, poter ricercare tutti gli elementi di prova rilevanti per la propria decisione, non potendo questi in nessun caso essere limitati a quelli dedotti dalla sola autorità amministrativa. Dall'altro, sotto il profilo dei rimedi, la Corte ha sottolineato che il giudice non si deve limitare all'alternativa secca tra accoglimento/diniego della richiesta di proroga, ma, pur nel silenzio della legge nazionale (e della direttiva), può spingersi fino a disporre una misura sostitutiva del trattenimento, secondo uno scrutinio di proporzionalità.

La Corte di giustizia non si riferisce, in questa seconda parte, all'art. 47, ma è evidente che è il richiamo implicito a tale principio che consente sia un rafforzamento dei poteri istruttori del giudice, anche *motu proprio*, secondo la prospettiva del diritto a un ricorso effettivo 'nel' processo, sia dei poteri conformativi del giudice rispetto all'amministrazione, secondo la prospettiva dell'effettività del rimedio ottenibile dal giudizio.

Un altro ambito in cui la natura sostanziale del diritto fatto valere è sembrato incidere sulla *vis expansiva* dell'art. 47 della Carta è quello degli effetti sospensivi che il ricorso giurisdizionale produce in relazione, rispettivamente, al provvedimento di espulsione e al provvedimento di diniego della protezione internazionale da parte dell'autorità amministrativa.

In relazione alla prima ipotesi, l'art. 13, co. 2 della dir. 2008/115/CE prevede che il ricorso avverso le decisioni connesse al rimpatrio non abbiano effetti sospensivi automatici, ma che tale rimedio possa essere disposto discrezionalmente dal giudice. In relazione, invece, ai casi di ricorso giurisdizionale avverso il diniego sulla domanda di protezione internazionale, l'art. 46, co. 5, dir. 2013/32/UE 'procedure' sancisce che la proposizione del ricorso sospende automaticamente gli effetti conseguenti al rigetto della domanda da parte dell'autorità amministrativa. Tuttavia, in diverse ipotesi in cui la decisione amministrativa impugnata ha sostanzialmente ritenuto la domanda manifestamente infondata o c.d. abusiva, la sospensione non opera automaticamente, ma deve essere richiesta dalla parte e concessa dal giudice.

Ebbene, la Corte di giustizia ha statuito, richiamandosi agli artt. 19, co. 2 e 47 della Carta, che:

un ricorso deve necessariamente rivestire un effetto sospensivo quando è proposto contro una decisione di rimpatrio la cui esecuzione può esporre il cittadino interessato di un Paese terzo a un rischio serio di essere sottoposto alla pena di morte, alla tortura o ad altre pene o trattamenti disumani o degradanti⁸³.

In questo caso, dunque, la pretesa sostanziale sottostante, qualificabile in termini di diritto assoluto e inderogabile (il divieto di trattamenti inumani e degradanti), ha effettivamente ed esplicitamente influenzato l'applicazione dell'art. 47 della Carta in senso evolutivo rispetto al dato letterale del diritto derivato, determinando, appunto, l'applicazione automatica della sospensiva.

⁸³ C. giust. UE, 17 dicembre 2015, C-239/14, *Tall*, EU:C:2015:824, § 58, e 12 dicembre 2014, C-562/13, *Abdida*, EU:C:2014:2453, § 52. Questa decisione ha lasciato molte questioni aperte, a partire da cosa debba intendersi per decisione di rimpatrio la cui esecuzione possa esporre il cittadino al rischio di trattamenti contrari all'art. 19.2 della Carta. Inoltre, non è chiaro se la sospensiva dovrebbe operare automaticamente, sulla base della mera allegazione da parte del ricorrente di rischi relativi alla possibile violazione del principio di *non refoulement*, o se essa presupponga un qualche vaglio sulla fondatezza della domanda ad opera del giudice. Sul punto, con varietà di posizioni, M. RENEMANN, *EU Asylum Procedures and the Right to an Effective Remedy*, Oxford, 2014, 133; C. COSTELLO, E. HANCOX, *The Recast Asylum Procedures Directive 2013/32/EU: Caught between the Stereotypes of the Abusive Asylum-Seeker and the Vulnerable Refugee*, in V. CHETAİL, P. DE BRUYCKER, F. MAIANI (a cura di), *Reforming the Common European Asylum System: the New European Refugee Law*, Leiden, 2016, 434.

ACCESSO ALLA GIUSTIZIA E PROTEZIONE INTERNAZIONALE

LA SOSPENSIONE DELL'EFFICACIA ESECUTIVA DEL DECRETO DI RIGETTO DELLA DOMANDA DI PROTEZIONE INTERNAZIONALE ALLA LUCE DEI PRINCIPI DI EFFETTIVITÀ, EQUIVALENZA E IMPARZIALITÀ

*Martina Flamini**

SOMMARIO: 1. Rilievi introduttivi. 2. Il principio di effettività nella tutela giurisdizionale del diritto alla protezione internazionale. 3. I rinvii pregiudiziali del Raad van State e del Tribunale di Milano. 4. Le decisioni della Corte di giustizia. 5. L'interpretazione dei "fondati motivi", di cui all'art. 35 bis comma 13 d.lgs. 25/2008, da parte dei giudici nazionali, alla luce delle decisioni della Corte di giustizia. 6. Considerazioni conclusive.

1. Rilievi introduttivi

Il giudice della protezione internazionale è chiamato a comprendere, interpretare e verificare in che modo il diritto dell'Unione intervenga in relazione alle regole processuali nazionali, nonostante l'armonizzazione normativa molto limitata che caratterizza queste ultime sul piano europeo.

Il diritto processuale, infatti – per quel che rileva in questa sede – si pone come piano mobile di tutela per assicurare il rispetto del diritto fondamentale alla protezione internazionale. Resterebbe, infatti, una mera declamazione di principio, affermare la natura fondamentale del diritto in esame, senza assicurare alla detta situazione sostanziale effettive garanzie procedurali che ne consentano una piena tutela¹.

* Magistrato presso il Tribunale di Milano.

¹ G. CHIOVENDA, *Saggi di diritto processuale civile*, I, Milano, 1993, 228.

E proprio il principio di effettività, come sottolineato da attenta dottrina², è stato da tempo utilizzato dalla Corte di Cassazione³ e dalla Corte di giustizia⁴ come un principio costituzionale funzionale ad eliminare le restrizioni nazionali nella protezione dei diritti, potenziare la funzione ermeneutica ed individuare i rimedi più adeguati alla lesione.

Il giudice nazionale, dunque, quale giudice europeo, è chiamato, in applicazione del principio di effettività – ma anche di quello di equivalenza ed imparzialità – a verificare se i rimedi processuali nazionali, nella materia in esame, siano idonei ad assicurare una tutela effettiva del diritto fatto valere.

L'esame della questione relativa alla sospensione dell'efficacia esecutiva del decreto di rigetto di una domanda volta ad ottenere il riconoscimento della protezione internazionale verrà qui condotto, nella cornice appena delineata, proprio allo scopo di verificare in che termini l'attuale disciplina di tale fase cautelare sia compatibile con i principi sopra indicati o renda, invece, eccessivamente difficile la tutela del diritto invocato.

2. Il principio di effettività nella tutela giurisdizionale del diritto alla protezione internazionale

Il principio della tutela giurisdizionale effettiva dei diritti che gli amministratori traggono dal diritto dell'Unione, per come riconosciuto dalla Corte di giustizia⁵ è un principio generale, discendente dal dovere generale di leale collaborazione in capo agli Stati membri, il quale investe anche le autorità giurisdizionali nazionali, nel senso che queste ultime

² G. VETTORI, *Effettività delle tutele, (diritto civile)* (voce), in *Enc. dir., Ann. X*, Milano, 2017, 381.

³ Cfr. Cass. 17 settembre 2013, n. 21255 e Cass. 12 dicembre 2014, n. 26242.

⁴ Cfr. C. giust. CE, 15 maggio 1986, C-222/84, *Johnston*; 15 ottobre 1987, C-222/86, *Union nationale des entraîneurs et cadres techniques professionnels du football*; sul punto v. N. TROCKER, *Il diritto processuale europeo e le "tecniche" della sua formazione: l'opera della Corte di Giustizia*, in *Europa e d. priv.*, 2, 2010, 366-412, 373.

⁵ Cfr. C. giust. CE, C-222/84, *Johnston*; 25 luglio 2002, C-459/99, *MRAX*, § 101, in materia di permessi di soggiorno; 29 ottobre 2009, C-63/08, *Pontin*, §§ 4 ss.

devono assicurare sempre e in ogni caso una protezione giudiziaria effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione⁶, quale è quello dell'asilo.

Tale principio costituisce un principio generale del diritto dell'Unione che deriva dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, sancito dagli artt. 6 e 13 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e poi ribadito all'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea⁷. È dunque compito dei giudici nazionali, secondo il principio di collaborazione enunciato dall'art. 4 TUE, garantire la tutela giurisdizionale dei diritti spettanti agli individui, in forza delle norme del diritto dell'Unione⁸. Le modalità procedurali dei ricorsi idonee a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto comunitario non devono essere meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi in materia interna (principio di equivalenza), né devono rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario (principio di effettività). Con riferimento a tali principi, atteso il contenuto diverso di ciascuno di essi, nonché l'autonomia di ciascuno rispetto all'altro, non pare inutile precisare che l'abbinamento tra principio di effettività e principio di equivalenza è frutto della tradizione giurisprudenziale della Corte di giustizia.

L'art. 47 della citata Carta, dispone, infine, al par. 1, che «Ogni individuo i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice, nel rispetto delle condizioni previste nel presente articolo» e, al co. 2, che «Ogni individuo ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente,

⁶ C. giust. CE, 16 dicembre 1976, C-33/76, *Rewe*, EU:C:1976:188, § 5; 22 maggio 2003, C-462/99, *Connect Austria*, §§ 38-42; 13 marzo 2007, C-432/05, *Unibet*, EU:C:2007:163, §§ 41-42; 8 novembre 2016, C-243/15, *Lesoochránárske zoskupenie VLK*, EU:C:2016:838, § 50, nonché, in tal senso, C. giust. 9 febbraio 2017, C-560/14, *M*, EU:C:2017:101, § 30 e giurisprudenza citata.

⁷ *Unibet*, § 37 e giurisprudenza ivi citata. Sul rapporto tra artt. 6 e 13 ed art. 47 della Carta dei diritti fondamentali cfr. *Actiones Handbook on the techniques of judicial interactions in the application of EU Charter*, finanziato dalla Commissione Europea Dg Diritti fondamentali i cui materiali sono disponibili sul sito www.cjc.eu.

⁸ *Unibet*, § 38; *Rewe*, § 5 e 16 dicembre 1976, C-45/76, *Comet*, EU:C:1976:191, § 12.

pubblicamente e entro un termine ragionevole da un giudice indipendente e imparziale, precostituito per legge. Ogni individuo ha la facoltà di farsi consigliare, difendere e rappresentare». Viene, pertanto, affermata l'esigenza di dare attuazione alla pretesa di un rimedio effettivo, inteso come predisposizione di adeguati strumenti di tutela ed idonee fattispecie processuali, capaci di garantire la piena soddisfazione dei diritti e degli interessi tutelati⁹.

La Corte di Cassazione ha qualificato il principio di effettività come regola-cardine dell'ordinamento costituzionale, volto ad assicurare il diritto «ad un rimedio adeguato al soddisfacimento del bisogno di tutela di quella... unica e talvolta irripetibile situazione sostanziale di interesse giuridicamente tutelato»¹⁰.

Con particolare riguardo alla materia della protezione internazionale, la procedura per il suo riconoscimento è disciplinata, a livello europeo, dalla dir. 2013/32/UE (che ha abrogato la dir. 2005/85/CE ed è stata traspunta in Italia attraverso il d.lgs. 142 del 2015, di modifica, tra l'altro, del d.lgs. 25 del 2008), dalla dir. 2013/33/UE (in materia di accoglienza) e dal Reg. UE n. 604 del 2013, in materia di giurisdizione.

In particolare, per quel che rileva ai fini dell'esame della questione oggetto del presente contributo, la dir. 2013/32/UE prevede all'art. 22, par. 1, che

ai richiedenti è data la possibilità di consultare, a loro spese, in maniera effettiva un avvocato o altro consulente legale, ammesso o autorizzato a norma del diritto nazionale, sugli aspetti relativi alla domanda di protezione internazionale, in ciascuna fase della procedura, anche in caso di decisione negativa.

L'art. 46, par. 3, dispone che gli

Stati membri assicurano che un ricorso effettivo preveda l'esame completo ed *ex nunc* degli elementi di fatto e di diritto compreso, se del caso, l'esame delle esigenze di protezione internazionale ai sensi della direttiva

⁹ N. TROCKER, *op. cit.*

¹⁰ Cfr. Cass. 4 giugno 2015, n. 11564; Cass. 17 settembre 2013, n. 21255.

2011/95/UE, quanto meno nei procedimenti di impugnazione dinanzi al giudice di primo grado.

Al par. 5, inoltre, prevede che

Fatto salvo il paragrafo 6, gli Stati membri autorizzano i richiedenti a rimanere nel loro territorio fino alla scadenza del termine entro il quale possono esercitare il loro diritto a un ricorso effettivo oppure, se tale diritto è stato esercitato entro il termine previsto, in attesa dell'esito del ricorso.

L'art. 46, par. 1 della dir. 2013/32/UE prevede che gli Stati membri sono tenuti a disporre che il richiedente abbia diritto a un rimedio effettivo dinanzi ad un giudice nei casi elencati in tale disposizione e, in particolare alla lettera a), punto i), ossia avverso la decisione di ritenere la domanda infondata in relazione allo *status* di rifugiato e/o allo *status* di protezione sussidiaria. Il par. 4 dell'art. 46 della Direttiva dispone inoltre che gli Stati membri devono prevedere termini ragionevoli, nonché introdurre le altre norme necessarie per l'esercizio, da parte del richiedente, del diritto ad un rimedio effettivo di cui al paragrafo 1 del medesimo articolo. I termini prescritti, non devono, tuttavia rendere impossibile o eccessivamente difficile tale accesso¹¹.

3. I rinvii pregiudiziali del *Raad van State* e del Tribunale di Milano

Prima di esaminare le decisioni rese dalla Corte di giustizia in materia di sospensiva degli effetti del decreto di rigetto della domanda di protezione internazionale, è necessario soffermarsi sul contenuto dei due rin-

¹¹ Cfr. C. giust. UE, 20 ottobre 2016, C-429/15, *Danqua*, ove la Corte di giustizia ha affermato che il principio di effettività deve essere interpretato nel senso che esso si pone come ostativo ad una norma procedurale nazionale che assoggetta una domanda volta ad ottenere lo *status* di protezione sussidiaria ad un termine di decadenza di quindici giorni lavorativi a decorrere dalla notifica, da parte dell'autorità competente, della possibilità, per un richiedente asilo la cui domanda sia stata respinta, di presentare una siffatta domanda.

vii pregiudiziali, attese le differenze esistenti tra i due rinvii e la non perfetta coincidenza tra le questioni poste dai giudici nazionali e le risposte della Corte di Lussemburgo.

Il rinvio del giudice dei Paesi Bassi trae origine dalla domanda proposta da due cittadini russi che, dopo aver ricevuto la notifica di decisioni che respingevano la loro domanda di protezione internazionale e imponevano loro un obbligo di rimpatrio, hanno proposto appello avverso le pronunciate sentenze dinanzi al *Raad van State* (Consiglio di Stato). In assenza di effetto sospensivo automatico dell'appello, essi hanno chiesto al Consiglio di Stato – che, pur in assenza di effetto sospensivo automatico della decisione impugnata, può adottare provvedimenti provvisori, al fine di evitare l'allontanamento dei richiedenti nelle more del giudizio di merito sull'appello – in via cautelare, di adottare i predetti provvedimenti, in attesa della decisione sul merito. Tale giudice ha accolto la domanda di provvedimenti provvisori e ha deciso che i due richiedenti non potevano essere espulsi prima di una pronuncia sul merito dell'appello. Nella decisione di rinvio è precisato che l'adozione dei provvedimenti provvisori è giustificata dalla necessità di evitare che i ricorrenti siano espulsi prima che la Corte di giustizia abbia potuto statuire sulle questioni pregiudiziali, ma che esso si pronuncerà sul mantenimento di tali provvedimenti provvisori sulla base delle risposte della Corte di giustizia.

In tale contesto, il *Raad van State* ha deciso di sospendere il procedimento e di chiedere alla Corte di giustizia se l'art. 46 della direttiva 2013/32 e l'art. 13 della direttiva 2008/115, letti alla luce dell'art. 18 e dell'art. 19, par. 2, nonché dell'art. 47 della Carta, debbano essere interpretati nel senso che ostano a una normativa nazionale la quale, pur prevedendo un appello contro le sentenze di primo grado confermate di decisioni che respingono domande di protezione internazionale e impongono un obbligo di rimpatrio, non dota tale mezzo di impugnazione di effetto sospensivo automatico, neanche quando la persona interessata invochi un grave rischio di violazione del principio di non respingimento.

Nella questione interpretativa pregiudiziale olandese, pertanto, l'oggetto della domanda posta alla Corte verteva intorno all'interpretazione di una norma che non prevede l'effetto sospensivo automatico per una

decisione di diniego di protezione internazionale ed espone il richiedente ad un rischio di rimpatrio.

Diverso il contenuto del rinvio pregiudiziale dei giudici meneghini.

Il diritto nazionale italiano prevede, all'art. 35-*bis* del d.lgs. 25/2008, co. 13 – introdotto dal decreto legge 17 febbraio 2017 n. 13, convertito nella legge 13 aprile 2017 n. 46 – che, entro cinque giorni dal deposito del ricorso in Cassazione, il ricorrente, il quale abbia visto rigettata integralmente la domanda di protezione, possa chiedere al Tribunale che ha emesso il provvedimento impugnato di sospendere gli effetti del decreto di rigetto pronunciato dal Tribunale e il ripristino della sospensione dell'efficacia esecutiva della decisione della Commissione (sospensione conseguente alla proposizione del ricorso avverso la predetta decisione). Il giudice, «quando sussistono fondati motivi», può disporre la sospensione dell'efficacia del decreto di rigetto, «con conseguente ripristino (...) della sospensione dell'efficacia esecutiva della decisione della Commissione» (co. 13 ult. parte dell'art. 35-*bis*). L'art. 35-*bis*, co. 13, individua, infine, il giudice competente a decidere nel «giudice che ha pronunciato il decreto impugnato» e, dunque, trattandosi del provvedimento decisivo finale emesso dal Tribunale, fa riferimento al collegio giudicante.

Il Tribunale di Milano – chiamato a pronunciarsi sul ricorso di un cittadino nigeriano che, dopo aver visto respinta la sua domanda sia dalla Commissione Territoriale, in via amministrativa, che dal Tribunale, in via giurisdizionale, ha proposto ricorso in Cassazione chiedendo al giudice di primo grado la sospensione dell'efficacia esecutiva del decreto di rigetto – ha sottoposto alla Corte di giustizia le seguenti questioni interpretative pregiudiziali: se sia compatibile con il rispetto dei principi di equivalenza e di effettività, la previsione di un effetto sospensivo non automatico alle procedure di impugnazione di una decisione di primo grado; se l'interpretazione dei «fondati motivi», come possibile fondatezza del ricorso in Cassazione, da valutarsi da parte dello stesso giudice che ha emesso il decreto impugnato in Cassazione, sia compatibile con il diritto UE, atteso che il Tribunale potrebbe rigettare l'istanza di sospensiva, così a) precludendo al ricorrente la possibilità di permanere sul territorio nazionale sino alla conclusione del procedimento volto all'impugnativa del diniego della sua domanda di protezione internazionale,

b) esponendolo ad un serio rischio di essere sottoposto alla pena di morte, alla tortura o ad altre pene o trattamenti disumani o degradanti.

Nella decisione del Tribunale di Milano si legge come l'interpretazione del presupposto previsto per la sospensione come fondatezza del ricorso 1) possa portare ad un *vulnus* del diritto ad un rimedio effettivo; 2) si ponga in contrasto con il diritto ad essere giudicato da un giudice terzo e imparziale; 3) possa integrare una violazione del principio di equivalenza.

Con specifico riferimento al principio di effettività, nel provvedimento in esame, si guarda alla giurisprudenza della Corte di giustizia per richiamare il diritto di difesa, il principio della parità delle armi, il diritto di ricorso ad un giudice, la facoltà di farsi consigliare, difendere e rappresentare¹², nonché il diritto al contraddittorio¹³.

In merito a tale ultimo diritto, ancora richiamando una decisione della Corte di giustizia – resa all'esito di un giudizio di rinvio operato dal Tribunale di Milano – i giudici del rinvio¹⁴ affermano che un esame, completo ed *ex nunc*, può dirsi davvero concluso – in via definitiva – solo al momento del passaggio in giudicato della decisione che ha respinto la domanda di protezione internazionale e che fino a tale momento (nel quale si riesce a stabilire se il richiedente non corra realmente alcun rischio) al ricorrente debba essere garantito il diritto di confrontarsi con il suo difensore e di esporre all'autorità giudiziaria tutti gli elementi, anche sopravvenuti rispetto alla prima decisione negativa, in suo possesso.

In merito alla dedotta violazione del principio di imparzialità¹⁵, nel rinvio pregiudiziale del Tribunale di Milano si osserva che la terzietà e

¹² C. giust. UE, 26 giugno 2007, C-305/05, *Ordre des barreaux francophones et germanophone e a.*, §§ 29-31; 6 novembre 2012, C-199/11, *Otis e a.*, § 48.

¹³ Diritto al contraddittorio che implica il diritto delle parti in un processo di prendere conoscenza delle prove e delle osservazioni presentate davanti al giudice e di discuterle: una decisione basata su fatti e documenti di cui le parti non hanno avuto conoscenza e su cui non hanno dunque potuto esprimersi costituirebbe infatti una gravissima lesione del contraddittorio (C. giust. UE, 4 giugno 2013, C-300/11, *ZZ*, §§ 55-56).

¹⁴ Cfr. C. giust. UE, 26 luglio 2017, C-348/16, *Moussa Sacko*.

¹⁵ In virtù dell'art. 111 Cost., il diritto processuale interno tutela in modo inequivoco il diritto della persona ad avere un giudice imparziale. In virtù di esso, il soggetto coinvolto in una vicenda giudiziaria, allorché ritenga che soggettivamente od oggettivamente si trovi di fronte ad un giudice non imparziale, può proporre la ricusazione mediante

l'imparzialità del giudice¹⁶ che deve decidere della sospensione della decisione di rigetto emessa in primo grado, rischierebbero di essere compromesse nel caso in cui la valutazione in merito ai presupposti della sospensione vertesse sulla fondatezza del ricorso. Si chiederebbe, infatti, allo stesso giudice che ha ritenuto di rigettare la domanda di protezione di rivalutare, sia pure sommariamente, la medesima fondatezza della propria decisione rispetto al ricorso in impugnazione.

Con riferimento al principio di equivalenza – in forza del quale in assenza di specifica disciplina comunitaria, la tutela dei diritti riconosciuti al singolo dal diritto comunitario non può essere meno favorevole di quella garantita a diritti analoghi riconosciuti dal diritto interno – il Tribunale di Milano ha evidenziato come l'analogo rimedio previsto nell'ordinamento nazionale (l'art. 373 c.c., il quale pone quale unico requisito il pericolo di un danno grave e irreparabile, per cui richiede una valutazione incentrata sul versante del *periculum in mora*, senza fare alcun riferimento al requisito del *fumus boni iuris*) affidi la decisione sulla sospensione allo stesso giudice che ha emesso la sentenza impugnata per Cassazione, limitando la delibazione alla valutazione relativa all'esistenza di un pericolo di danno e non, invece, al merito del ricorso. L'art. 35-*bis*, co. 13, invece, individua il giudice competente a decidere nel «giudice che ha pronunciato il decreto impugnato» e lo chiama a decidere sulla sospensione solo sulla base della fondatezza dei motivi di ricorso. Lo stesso Tribunale che ha emesso il provvedimento negativo, senza considerare la sussistenza del requisito del *periculum*, è chiamato a decidere se sospendere o meno il provvedimento di rigetto (e, dunque, se consentire la permanenza sul territorio nazionale al richiedente protezione, la cui domanda non è stata ancora decisa in via definitiva), sulla

ricorso contenente i motivi specifici e i mezzi di prova (art. 52 c.p.c., co. 1), depositando apposito ricorso in cancelleria due giorni prima dell'udienza, se al ricorrente è noto il nome del giudice, chiamato a trattare o decidere la causa, e prima dell'udienza di trattazione o di discussione di questa nel caso contrario.

¹⁶ L'effettività del diritto di accesso ad un giudice equo e imparziale non è mai suscettibile di subire contemperamenti nel bilanciamento con finalità generali, esterne al processo, perseguite dall'ordinamento (C. EDU, *Krombach c. Francia* 13 febbraio 2001; *Annoni c. Francia*, 14 novembre 2000).

base di una valutazione sommaria della fondatezza dei motivi di ricorso avverso la decisione emessa dal medesimo Tribunale.

4. Le decisioni della Corte di giustizia

Con la sentenza del 26 settembre 2018, causa C-180/17, i giudici di Lussemburgo, decidendo sul rinvio pregiudiziale del *Raad van State*, hanno premesso che: l'introduzione di un secondo grado di giudizio contro le decisioni di rigetto di una domanda di protezione internazionale e contro le decisioni di rimpatrio, e la scelta di dotarlo, se del caso, di effetto sospensivo automatico costituiscono, modalità procedurali che attuano il diritto ad un ricorso effettivo contro simili decisioni, diritto previsto all'art. 46 della direttiva 2013/32 e all'art. 13 della direttiva 2008/115; il rispetto degli obblighi derivanti dai principi di equivalenza e di effettività dev'essere esaminato tenendo conto del ruolo di dette norme nell'insieme del procedimento, dello svolgimento dello stesso e delle peculiarità di tali norme, dinanzi ai vari organi giurisdizionali nazionali¹⁷.

Tanto premesso, con riferimento alla valutazione del «trattamento simile dei ricorsi» la Corte di giustizia ha affermato che nessuna delle parti, nel caso in esame, ha sollevato dubbi circa il rispetto del principio di equivalenza da parte della normativa nazionale nel procedimento principale, limitandosi, dunque, ad escludere la violazione del detto principio.

In merito al principio di effettività, nella sentenza in esame la Corte ha affermato che l'art. 47 della Carta, letto alla luce delle garanzie contenute all'art. 18 e all'art. 19, par. 2, della medesima, impone soltanto che un richiedente protezione internazionale, la cui domanda sia stata respinta e nei confronti del quale sia stata adottata una decisione di rimpatrio, possa far valere i suoi diritti in maniera effettiva dinanzi a un organo giurisdizionale e che, il mero fatto che un grado di giudizio aggiuntivo, previsto dal diritto nazionale, non abbia effetto sospensivo automatico non permette di ritenere che il principio di effettività sia stato violato.

¹⁷ C. giust. UE, 1° dicembre 1998, C-326/96, EU:C:1998:577, *Levez*, § 44; 27 giugno 2013, C-93/12, EU:C:2013:432, *Agrokonsulting-04*, § 38 e giurisprudenza ivi citata.

Ad esito del rinvio proposto dal Tribunale di Milano, i Giudici di Lussemburgo¹⁸ partono dal medesimo presupposto della sentenza *X e Y*, ossia che nessuna delle disposizioni della dir. 2013/32/UE, c.d. 'Direttiva procedure', impone agli Stati membri di riconoscere ai richiedenti protezione internazionale il diritto di proporre appello avverso la decisione giurisdizionale di rigetto della loro domanda in primo grado, né, a maggior ragione, un suo effetto sospensivo automatico. Neanche la struttura generale o le finalità della direttiva, peraltro, permettono di dedurre un obbligo siffatto, tenuto conto che il principio di effettività del ricorso di cui all'art. 46, par. 3, della direttiva, si riferisce esclusivamente al primo grado di giudizio (con la conseguenza che i richiedenti possono rimanere nel territorio in attesa dell'esito del primo grado di giudizio). L'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali, letto alla luce delle garanzie sancite da quest'ultima agli artt. 18 e 19, par. 2, peraltro, richiede «unicamente che sia possibile esperire un ricorso dinanzi a un'autorità giurisdizionale» (§ 36). Poiché la tutela conferita dalle disposizioni della direttiva 2013/32 avverso una decisione che respinge una domanda di protezione internazionale si limita all'esistenza di un unico mezzo di ricorso giurisdizionale, l'introduzione di un ulteriore grado di giudizio e la scelta di dotarlo, se del caso, di effetto sospensivo automatico, come anche l'introduzione di un procedimento cautelare diretto a sospendere l'esecuzione della decisione di rigetto, rientrano nell'ambito dell'autonomia procedurale degli Stati membri. Il giudice dell'Unione, tuttavia, riconosce che le disposizioni nazionali devono rispettare i principi di equivalenza e di effettività, in virtù dei quali le modalità procedurali dei ricorsi volti a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto dell'Unione, da un lato, non devono essere meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi di diritto interno, dall'altro, non devono rendere impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento UE.

Con riferimento al principio di equivalenza, con una formula alquanto ricorrente, la Corte di giustizia demanda al giudice nazionale, il quale

¹⁸ Nelle forme dell'ordinanza motivata, ai sensi dell'art. 99 del regolamento di procedura («quando una questione pregiudiziale è identica a una questione sulla quale la Corte ha già statuito») richiamando in toto il contenuto della sentenza sopra esaminata, *X e Y*, 26 settembre 2018.

«dispone di una conoscenza diretta delle modalità processuali applicabili», il compito di «verificare la somiglianza tra i ricorsi di cui trattasi quanto ad oggetto, causa ed elementi essenziali» (§ 44).

In merito al principio di effettività, la Corte afferma come nel caso in esame tale principio non possa ritenersi violato «dato che il diritto dell'Unione esige soltanto, in materia di protezione internazionale, l'esistenza di un mezzo di ricorso giurisdizionale» (§ 46).

Nella decisione della Corte, dunque, viene escluso che il diritto dell'Unione osti alle regole vigenti nell'ordinamento italiano, ove è previsto un procedimento di impugnazione che consente al giudice che ha emesso il provvedimento di diniego di disporre, su istanza dell'interessato, la sospensione della sua esecuzione, previa valutazione della fondatezza dei motivi «e non della sussistenza di un rischio di danno grave ed irreparabile» (§ 47).

Le pronuncia della Corte di giustizia ha lasciato irrisolte alcune delle questioni contenute nell'ordinanza di rinvio, con particolare riferimento al contenuto dei principi di effettività, imparzialità ed equivalenza¹⁹.

In merito al primo principio, ribadita l'assenza di una norma che preveda un doppio grado di giudizio (assenza, peraltro, specificamente indicata nell'ordinanza di rinvio) e ancorato il principio unicamente all'art. 13 Cedu e all'interpretazione che ne ha dato la Corte europea dei diritti dell'uomo, non è stato in alcun modo preso in esame il possibile *vulnus* del principio di effettività in caso di rimpatrio prima della statuzione definitiva²⁰, sotto il versante del diritto di difesa e dell'utilità della decisione eventualmente favorevole.

Con riferimento al rischio che la causa, in sede di istanza cautelare, non venga esaminata equamente da un giudice imparziale e con strumenti processuali ben più gravosi rispetto a quelli utilizzabili in caso di ricorsi proposti solo in forza del diritto nazionale, i giudici del Kirchberg

¹⁹ Per un esame dei profili critici dell'ordinanza in esame, cfr. F. CAPOTORTI, *Il ruolo del giudice nazionale dell'asilo tra effettività dei ricorsi e autonomia procedurale degli Stati membri: il punto sulla sospensiva*, in *Questione Giustizia*, 27 novembre 2018, http://questionegiustizia.it/articolo/il-ruolo-del-giudice-nazionale-dell-asilo-tra-effe_27-11-2018.php.

²⁰ Rischi presi direttamente in esame dalla Corte di giustizia nelle sentenze *Abdida* (C-562/13) e *Tall* (C-239/14).

non hanno esaminato il profilo della possibile lesione del principio di imparzialità e, con riferimento al principio di equivalenza, si sono limitati a richiamare le argomentazioni svolte nella decisione relativa al rinvio del giudice dei Paesi Bassi. Giova tuttavia osservare che quest'ultima non poneva le stesse questioni (nell'ordinamento olandese, infatti, è il giudice dell'appello e non quello di primo grado ad essere designato giudice cautelare) e che, nel primo rinvio (a differenza del rinvio del Tribunale di Milano), non era contenuto alcun elemento che consentisse di valutare se gli appelli proposti in materia di protezione internazionale fossero comparabili con altri previsti dal diritto nazionale olandese.

5. L'interpretazione dei "fondati motivi", di cui all'art. 35 bis comma 13 d.lgs. 25/2008, da parte dei giudici nazionali, alla luce delle decisioni della Corte di giustizia

Il Tribunale di Milano, con decreto del 7.11.2018, decidendo, dopo la pronuncia della Corte di giustizia, sul ricorso che aveva sospeso in attesa della decisione del rinvio pregiudiziale, dopo aver richiamato la decisione dei giudici di Lussemburgo, ha escluso la sussistenza dei rischi allegati dalla difesa a causa della possibilità dell'espulsione e del ritorno nello stato del Delta (in Nigeria), compiendo una valutazione delle fonti aggiornate sul paese d'origine. Con riferimento alla dedotta violazione del diritto alla difesa, i giudici milanesi, invocando le argomentazioni della Corte di giustizia relative all'autonomia procedurale degli Stati membri (seppur nel rispetto dei principi di effettività ed equivalenza), hanno rigettato l'istanza di sospensiva, in ragione del fatto che nel caso in esame il ricorrente non aveva indicato le specifiche circostanze che avrebbero in concreto determinato una compressione dell'esercizio del diritto di difesa nel procedimento di riconoscimento della protezione internazionale. Per completezza si osservi che a diverse conclusioni non poteva giungersi neanche in forza del dovere di cooperazione, atteso che il giudice non può esercitare tale dovere se l'allegazione in fatto (nel caso in esame nella parte relativa alle concrete possibilità legate al diritto di difesa che il ricorrente ha ritenuto di aver perduto) non è esaustiva.

Nelle decisioni successive, il Tribunale di Milano (con decreto del 26 giugno 2019) ha specificamente richiamato i principi affermati dalla Corte di giustizia nell'ordinanza del 27 settembre 2018 ed ha affermato che un'interpretazione conforme ai precetti costituzionali ed ai principi sovranazionali di effettività ed equivalenza porti a ritenere che «fondati motivi» possano essere sia aspetti legati ad un esame sommario della possibile fondatezza del ricorso (in modo da consentire, ad esempio, la valutazione di questioni processuali già deliberate dalla Suprema Corte, come ad esempio la riforma dei decreti emessi all'esito di procedimenti nei quali non era stata fissata l'udienza) – fondatezza poi affermata solo all'esito del giudizio di legittimità – sia questioni relative alla prospettazione di nuove e ulteriori circostanze, suscettibili di autonoma valutazione, in forza del principio di equivalenza, anche sotto il profilo della irreparabilità del danno derivante dalla esecutività del decreto della cui impugnazione si discute. Nella decisione dei giudici milanesi, viene ritenuto necessario, per l'individuazione dei presupposti per la sospensiva, che il ricorrente indichi: ragioni, non esaminate nel decreto impugnato, che possano portare ad un probabile accoglimento del ricorso; oppure, violazioni delle regole processuali che possano far presumere una decisione favorevole da parte della Suprema Corte; o, ancora, fatti, non precedentemente valutati, idonei a determinare, in caso di rimpatrio o comunque di allontanamento dal territorio nazionale, un concreto e irreparabile pregiudizio in capo al ricorrente.

La Suprema Corte – chiamata a decidere, in un diverso procedimento, sulla legittimità costituzionale dell'art. 35-*bis* co. 13 del d.lgs. 25/2008 (censurato perché non prevede un effetto sospensivo automatico e perché consente a giudice che ha rigettato il ricorso di sospendere gli effetti del provvedimento di diniego, in base ad una valutazione solo dei «fondati motivi» e non del danno grave ed irreparabile) –, con ordinanza n. 4928/2018, ha affermato la manifesta infondatezza della questione. Nell'ordinanza in esame, i Giudici di Piazza Cavour hanno richiamato il contenuto della pronuncia emessa sul rinvio pregiudiziale del Tribunale di Milano, esplicitamente qualificandola come vincolante per il giudice nazionale ai fini del riscontro della conformità dell'art. 35-*bis* al diritto dell'Unione europea, ma ritenendola «non decisiva» ai fini della deci-

sione della questione di legittimità costituzionale. Ad avviso della Suprema Corte la diversità di disciplina tra il richiamato art. 35-*bis* e l'art. 373 c.p.c. sarebbe giustificato dalla «diversità dei rispettivi ambiti applicativi, operando l'art. 35 bis in un sistema speciale, qual è quello della “politica nazionale in tema di immigrazione”, nel quale il legislatore ordinario ha “un’ampia discrezionalità” (Corte cost. n. 172/2012, n. 250/2010, n. 148/2008, 353/1997), come la ha nella disciplina degli istituti processuali, e dove vi è l’esigenza di celere attuazione delle decisioni giurisdizionali». La Suprema Corte esclude, infine, la possibilità di un *vulnus* al diritto di difesa del ricorrente – esposto al rischio di dover lasciare il Paese prima della decisione definitiva – atteso che, nel giudizio di legittimità, non è prevista la partecipazione personale.

Le argomentazioni della Suprema Corte destano alcune perplessità, proprio nella parte in cui, invece di esaminare le peculiarità dei due rimedi processuali alla luce dei principi costituzionali e sovranazionali, riconducono le innegabili differenze ad una presunta ‘specialità’ di un settore erroneamente individuato come «politica nazionale in tema di immigrazione» e non, invece, come giudizio volto al riconoscimento di un diritto fondamentale.

Nella giurisprudenza di merito, si registrano posizioni alquanto disomogenee.

Il Tribunale di Bologna (con decreto del 27 ottobre 2018), nel valutare la sussistenza dei “fondati motivi”, ai sensi dell’art. 35-*bis*, co. 13, del d.lgs. 25/2008, ha affermato che, trattandosi di istanza in materia cautelare, nella valutazione della domanda di sospensiva debba esservi necessariamente una valutazione del *periculum in mora*, in relazione al grave ed irreparabile danno che possa derivare al ricorrente dalla messa in esecuzione della decisione, anche in ragione di un’interpretazione costituzionalmente orientata. Con riferimento al caso portato all’attenzione dei giudici bolognesi, ai fini del *fumus boni iuris* è stato valutato che i motivi dedotti (con riguardo alle contestate violazioni di cui agli artt. 3 e 14 lett. b) del d.lgs. 251/2007, art. 5 co. 6 del d.lgs. 286/98) si traducono astrattamente in violazioni di legge e, con riferimento al *periculum in mora* che, a prescindere dalla fuoriuscita dal sistema di accoglienza, la perdita dell’attività lavorativa, reperita in epoca successiva al decreto di rigetto, determinerebbe un grave pregiudizio al ricorrente.

Il Tribunale di Catanzaro, decidendo su un'istanza di sospensiva, pochi giorni prima della decisione della Corte di giustizia (precisamente, il 20 settembre 2018), ha richiamato la giurisprudenza dei Giudici di Lussemburgo circa il carattere non ostativo della normativa comunitaria e dei principi contenuti nella CEDU – segnatamente, per la prima, le direttive 2008/115/CE del Parlamento e del Consiglio, 2005/85/CE del Consiglio, il principio di *non refoulement* e, per entrambi, il diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva (art. 47 della Carta sui Diritti Fondamentali e art. 13 CEDU) – all'adozione di un provvedimento giurisdizionale di rigetto della domanda di protezione internazionale immediatamente esecutivo, per poi ritenere comunque non conforme al diritto comunitario la previsione contenuta nel citato art. 35 *bis* nella parte in cui subordina la sospensione del provvedimento impugnato all'esclusiva valutazione dei «fondati motivi» del ricorso, espressione che rinvia alla valutazione della fondatezza nel merito del proposto ricorso in Cassazione e non già del *periculum in mora*, ossia sul pericolo di pregiudizio nel caso di rimpatrio del richiedente. Nella decisione in esame il Collegio ha ritenuto che il principio sovranazionale di *non refoulement* imponga di valutare anche la sussistenza di un pericolo di pregiudizio per il ricorrente in caso di rientro nel Paese di origine nei termini di cui all'art. 3 CEDU e, in applicazione dell'art. 11 Cost., come interpretato dalla costante giurisprudenza della Corte costituzionale, ha interpretato la normativa interna in modo conforme al diritto comunitario, esplicitamente prevedendo la possibilità di una disapplicazione della prima ove in contrasto insanabile con la seconda.

Il Tribunale di Napoli (con decreto dell'8 luglio 2019), senza compiere un esplicito richiamo alle pronunce della Corte di giustizia, ha rigettato l'istanza di sospensiva proposta da un cittadino bengalese ritenendo che il giudice di primo grado, investito dell'istanza di sospensione, debba procedere ad una valutazione evidentemente sommaria e cautelare in ordine alla verosimiglianza dell'accoglimento del ricorso da parte della Corte di Cassazione, dovendo in tal senso interpretarsi l'espressione «fondati motivi», di cui al comma 13 dell'art. 35-*bis* sopra citato.

Ad avviso del Tribunale di Firenze (decreto del 28 agosto 2019), invece, proprio in forza di un espresso richiamo alla decisione resa dalla Corte di giustizia nella causa C-422/18, i «fondati motivi» devono essere

vagliati sia alla luce del *fumus boni iuris* (consistente in una prognosi di fondatezza dei motivi di gravame) sia con riferimento al *periculum in mora* (come si ritiene nell'applicazione dell'ipotesi di cui all'art. 283 c.p.c., disposizione che, ad avviso dei giudici fiorentini, disciplina una fattispecie analoga).

6. Considerazioni conclusive

L'esame delle prime decisioni rese dalle corti di merito italiane, in seguito alla decisione della Corte di giustizia (nelle cause aventi ad oggetto proprio la disciplina in materia di sospensiva del provvedimento di rigetto della domanda volta al riconoscimento della protezione internazionale) rivela come i giudici nazionali, nell'interpretazione della norma nazionale che disciplina il potere di concedere la sospensione dell'efficacia esecutiva del decreto di rigetto (dal quale consegue il diritto del richiedente di protezione di permanere in Italia sino ad una decisione definitiva), alla luce dei principi costituzionali e sovranazionali, stiano giungendo ad approdi fortemente diversificati.

Con riferimento a tale aspetto, non si può non ricordare come da tempo la Corte costituzionale²¹ si esprima in termini di "efficacia diretta" delle sentenze della Corte di giustizia e come la Suprema Corte, facendo applicazione del criterio ermeneutico dell'interpretazione del diritto nazionale in conformità con il diritto UE come interpretato dalla CGUE, ha affermato che le decisioni della Corte di giustizia, rese in sede di rinvio pregiudiziale non solo sono vincolanti per il giudice che ha sollevato la questione, ma spiegano i propri effetti anche rispetto a qualsiasi altro

²¹ Nella sentenza della Corte costituzionale n. 284 del 2007 si afferma che «le statuizioni della Corte di giustizia delle Comunità europee hanno, al pari delle norme dell'Unione direttamente applicabili cui ineriscono, operatività immediata negli ordinamenti interni»; nella sentenza n. 227 del 2010 si ribadisce che: «le sentenze della Corte di giustizia vincolano il giudice nazionale all'interpretazione da essa fornita, sia in sede di rinvio pregiudiziale, che in sede di procedura d'infrazione».

caso che debba essere deciso in applicazione della medesima disposizione di diritto comunitario interpretata dalla Corte²². Il ‘diritto comunitario vivente’, tale dovendosi intendere quello sviluppato da numerose sentenze interpretative della Corte di giustizia, è vincolante per il giudice nazionale, in virtù del principio di supremazia del diritto comunitario sul diritto nazionale, da cui deriva, per il giudice nazionale, l’obbligo di una interpretazione adeguatrice²³.

In merito al tema in esame, occorrerà verificare, pertanto, come nella successiva interpretazione della giurisprudenza nazionale i principi affermati dalla Corte di Lussemburgo verranno applicati. Non semplice sarà la verifica sul rispetto del principio di equivalenza e di imparzialità, atteso che, con riferimento a tali principi, la risposta della Corte non può considerarsi del tutto esaustiva. Laddove dovesse ritenersi, infatti, che per «fondati motivi» debba intendersi «sommatoria delibazione della fondatezza dell’impugnazione proposta in Cassazione» – e, dunque, dovesse escludersi, come espressamente sembra dire la Corte di giustizia nell’ordinanza del 27 settembre 2018, la valutazione del pericolo di danno grave ed irreparabile – non potrà essere omessa la verifica relativa al trattamento simile tra ricorsi regolati dal diritto nazionale (nel caso in esame il riferimento è all’art. 373 c.p.c.) e ricorsi regolati dal diritto dell’Unione. Alla luce della risposta della Corte di giustizia, spetterà poi al giudice nazionale valutare se, sulla base delle «modalità processuali applicabili»²⁴, i ricorsi di cui trattasi, quanto ad oggetto, causa ed elementi essenziali, presentino caratteristiche tali da giustificare l’oggettiva differenza di disciplina²⁵. In merito a detta differenza, a parere di chi scrive la

²² Cfr. Cass. 9 ottobre 1998 n. 10035, C. cost. 16 giugno 1988 n. 681; Cass. 20 luglio 1998 n. 7105; Cass. 7 agosto 1999 n. 8504; Cass. 9 ottobre 1998, n. 10035; Cass. 24 maggio 2005, n. 10939, Cass. 12 settembre 2014, n. 19301.

²³ Cfr. Cass. 30 dicembre 2003, n. 19842.

²⁴ Cfr. § 39 dell’ordinanza della Corte di giustizia nella causa C-422/18, *PPU*.

²⁵ Differenza che appare evidente, atteso che l’art. 373 c.p.c. pone quale unico requisito il pericolo di un danno grave e irreparabile, per cui richiede una valutazione incentrata sul versante del *periculum in mora*, senza fare alcun riferimento al requisito del *fumus boni iuris*; la norma affida la decisione sulla sospensione allo stesso giudice che ha emesso la sentenza impugnata per cassazione, in tal modo dovendosi ritenere incongruo demandare la delibazione, seppure a livello sommario, sul merito del ricorso proprio a quel giudice che la sentenza ha emesso. L’art. 35-*bis*, comma 13, invece, individua il

‘specialità’ del sistema della politica nazionale in tema di immigrazione e l’esigenza di «celere attuazione delle decisioni giurisdizionali» (elementi cui ha fatto espresso riferimento la Suprema Corte nella citata ordinanza n. 32319/2018) difficilmente potranno essere considerati ai fini dell’individuazione di criteri distintivi idonei a giustificare una diversa disciplina.

Se, nell’interpretazione della norma in esame, il giudice dovesse ritenere che la predetta diversa disciplina non sia giustificata dall’oggetto e dagli elementi essenziali della fattispecie, potrebbe ipotizzarsi la necessità di un rinvio al Giudice delle Leggi, per valutare la legittimità costituzionale (con riferimento al parametro di cui all’art. 3 Cost.) di una norma che, anche in seguito all’intervento della Corte di giustizia, continua a presentare profili di non facile interpretazione²⁶.

giudice competente a decidere nel «giudice che ha pronunciato il decreto impugnato» e lo chiama a decidere sulla sospensione solo sulla base della fondatezza dei motivi di ricorso. Lo stesso Tribunale che ha emesso il provvedimento negativo, pertanto, senza considerare la sussistenza del requisito del *periculum*, è chiamato a decidere se sospendere o meno il provvedimento di rigetto (e, dunque, se consentire la permanenza sul territorio nazionale al richiedente protezione, la cui domanda non è stata ancora decisa in via definitiva), sulla base di una valutazione sommaria della fondatezza dei motivi di ricorso avverso la decisione emessa dal Tribunale.

²⁶ Per un esame approfondito e accurato del diritto ad un rimedio effettivo nel diritto degli stranieri, v. C. FAVILLI, *Armonizzazione delle legislazioni nazionali e standard di tutela dei diritti fondamentali: il caso del diritto a una tutela giurisdizionale effettiva in materia di asilo*, in *Temi e questioni di diritto dell’Unione Europea - Scritti offerti a Claudia Morviducci*, Bari, 2019.

L'EFFETTIVITÀ DEL DIRITTO A PRESENTARE LA DOMANDA DI PROTEZIONE INTERNAZIONALE: UN DIRITTO AMMINISTRATIVAMENTE CONDIZIONATO?

PRIME RIFLESSIONI IN PROSPETTIVA EUROPEA E COMPARATA

*Simone Penasa**

SOMMARIO: *1. Quali garanzie nella fase di presentazione della domanda di protezione internazionale? 2. Una prima analisi giurisprudenziale: quale effettività per il diritto a chiedere protezione. 2.1. La giurisprudenza italiana: una convergenza verso l'affermazione piena del diritto ad un rimedio effettivo in caso di inadempimento della pubblica amministrazione. 2.2. Gli orientamenti comuni alle corti italiane e prime conferme dalla comparazione. 3. Alcune considerazioni conclusive: l'effettività dei diritti alla prova delle prassi amministrative.*

1. Quali garanzie nella fase di presentazione della domanda di protezione internazionale?

L'accesso effettivo alla procedura relativa alla domanda di protezione internazionale viene garantito quale diritto fondamentale dello straniero dal diritto dell'Unione sia in senso sostanziale sia procedurale. Il diritto a presentare una domanda di protezione internazionale è garantito tanto a livello europeo quanto nazionale¹. A livello di diritto europeo,

* PhD, Ricercatore di Diritto Pubblico Comparato, Università di Trento.

¹ Cfr. almeno V. MORENO-LAX, *Accessing Asylum in Europe. Extraterritorial Border Controls and Refugee Rights under EU Law*, Oxford, 2017; K. HAILBRONNER, D. THYM (a cura di), *EU immigration and asylum law: a commentary*, Oxford, 2016; S. PEERS, V. MORENO-LAX, M. GARLICK, E. GUILD (a cura di), *EU Immigration and Asylum Law (Text and Commentary): Second Revised Edition*, Leiden, 2015.

come noto, sia la Carta dei diritti fondamentali (CDFUE)² sia il Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE)³ riconoscono il diritto alla protezione internazionale dei cittadini di Paesi terzi e la contestuale esigenza di prevedere procedure comuni agli Stati Membri attraverso le quali determinare la fondatezza delle ragioni delle concrete domande di protezione⁴. A livello di diritto derivato, la direttiva 2013/32/UE si pone l'obiettivo di prevedere una procedura comune di asilo nell'Unione e afferma, ai fini del presente scritto, l'opportunità che ciascun richiedente abbia un accesso effettivo alle procedure e che disponga di sufficienti garanzie procedurali per far valere i propri diritti in ciascuna fase della procedura⁵. La direttiva chiarisce a tal fine che lo status di persona richiedente protezione internazionale si acquisisce a partire dal momento della manifestazione dell'intenzione di chiedere protezione, dalla quale deriva un dovere per lo Stato di registrare – e quindi formalizzare – la domanda e la condizione giuridica del soggetto interessato⁶.

Da tale sintetica rassegna del diritto europeo in materia, due elementi devono essere sottolineati: il diritto all'acquisizione dello status di richiedente protezione si determina nel momento della espressione della volontà di chiedere protezione; al fine di garantire l'effettività di tale diritto, le autorità nazionali devono assicurare adeguate garanzie sostanziali e procedurali fin dal primo contatto alla frontiera – ma anche prima, come vedremo subito *infra* – quali ad esempio la disponibilità di informazioni sulla possibilità di chiedere protezione o la comunicazione di base necessaria alle autorità competenti di comprendere se le persone interessate dichiarino tale intenzione⁷. La formalizzazione della volontà di chiedere protezione da parte delle autorità competenti rappresenta una condizione necessaria per l'effettiva garanzia del diritto all'accesso

² In particolare, gli artt. 18 e 19, i quali riconoscono rispettivamente il diritto di asilo e il divieto di respingimento e di espulsioni collettive. Per una approfondita analisi, A. CRESCENZI, R. FORASTIERO, G. PALMISANO (a cura di), *Asylum and the EU Charter of Fundamental Rights*, Napoli, 2018.

³ Cfr. artt. 78-80 TFUE.

⁴ Da ultimo, S. AMADEO, F. SPITALERI, *Il diritto dell'immigrazione e dell'asilo dell'Unione europea*, Torino, 2019.

⁵ Cfr. il Considerando 25 della citata direttiva.

⁶ Cfr. Considerando 27.

⁷ Cfr. Considerando 28.

alla procedura di protezione internazionale e pertanto tale fase prodromica viene disciplinata da apposite norme nella direttiva richiamata⁸, sulle quali ci si concentrerà nel prossimo paragrafo.

Sul punto, tanto la giurisprudenza della Corte di giustizia⁹ quanto la Corte Europea di Diritti dell'Uomo (EDU) sono venute a consolidare standard minimi aventi ad oggetto il momento del primo contatto da parte dello straniero con l'autorità nazionale, l'assistenza (giuridica, psicologica, linguistica) che quest'ultima deve garantire alla persona, oltre che le garanzie interne allo svolgersi della procedura di asilo, sia davanti alla Commissione territoriale sia in fase di ricorso¹⁰. Dalla giurisprudenza richiamata è possibile derivare una serie di garanzie che definiscono il perimetro entro il quale gli Stati possono legittimamente disciplinare le modalità di esercizio di tale diritto. In particolare, la Corte EDU ha affermato in modo sistematico come la giurisdizione dello Stato sul migrante – e quindi l'applicabilità delle garanzie previste dalla Convenzione – si configuri nel momento in cui le autorità nazionali esercitino un «controllo continuo ed esclusivo, tanto *de jure* quanto *de facto*» sulla persona, non risultando necessario determinare l'effettiva presenza sul territorio statale¹¹. Dal punto di vista sostanziale, il principio del *non refoulement* è ricavabile tanto dalla Convenzione quanto dal diritto europeo, facendo sorgere in capo agli Stati competenti un dovere di valutazione del rischio concreto di violazione dell'art. 3 CEDU (o art. 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea)¹². Inoltre, si riconosce il diritto della persona di chiedere protezione e il dove-

⁸ In particolare, l'art. 6 della direttiva 2013/32/UE.

⁹ Si rinvia a D. STRAZZARI, *Access to Justice e stranieri: l'effettività della tutela nella prospettiva multi-ordinamentale*, in *Riv. dir. cost.*, 3, 2018, 157-186.

¹⁰ M. MORARU, S. PENASA, D. STRAZZARI, *Effective Justice in Asylum and Immigration*, Re-Jus Casebook, 2018 (URL: https://www.rejus.eu/sites/default/files/content/materials/rejus_casebook_effective_justice_in_asylum_and_immigration.pdf).

¹¹ *Ex plurimis*, cfr. *Hirsi c. Italia*.

¹² Per la Corte EDU, *Ilias e Ahmed c. Ungheria*, 47287/15, 21 novembre 2019, sulla quale sia consentito il rinvio a S. PENASA, *Paese terzo sicuro e restrizione della libertà delle persone richiedenti asilo: il caso Ilias e Ahmed c. Ungheria*, in *Quaderni costituzionali*, 1, 2020, 180-183; per la C. giust. UE, C-411/10, *N.S. e altri c. Regno Unito*, 21 dicembre 2011; *C.K. e altri c. Slovenia*, C-578/16, 16 febbraio 2017; *C-163/17, Jawo c. Germania*, 19 marzo 2019.

re e di ricevere a tal fine assistenza di tipo informativo, legale, linguistico, socio-assistenziale; diritti ai quali corrisponde il dovere delle autorità nazionali di formalizzare la domanda¹³. Funzionale ad assicurare l'effettività di tali garanzie risulta il diritto di ottenere una rigorosa e accurato scrutinio della domanda di protezione, a seguito di una valutazione «reale e differenziata» della situazione individuale di ciascuna persona¹⁴; e, in caso di mancata garanzia di tali diritti, la possibilità di accedere a un rimedio effettivo «in practice as well as in law», confermandosi in tal senso la centralità delle garanzie procedurali e formali¹⁵.

Tuttavia, a fronte di un quadro giuridico che offre garanzie chiare e sistematiche relativamente alla natura, ambito oggettivo e soggettivo e concrete modalità di esercizio del diritto a richiedere protezione, si assiste a dinamiche applicative che finiscono con l'indebolire, quando non a eliminare del tutto, l'effettività del medesimo. Lo scollamento tra tutele *in the books* e garanzie *in action* rappresenta ormai un carattere strutturale, per quanto evidentemente patologico, del diritto dell'immigrazione nel suo complesso. Due tendenze, adottate in modo sistematico a livello statale all'interno dell'Unione europea, hanno contribuito a consolidare questo fenomeno, che ha spesso trovato quantomeno indirette sponde a livello europeo: da un lato, la *securitizzazione* delle politiche di immigrazione, unitamente ad un approccio emergenziale alla gestione dei flussi migratori¹⁶; dall'altro lato, l'*amministrativizzazione* dei diritti degli stranieri, l'effettiva attuazione dei quali può venire a

¹³ Corte EDU, *M.A. e altri c. Lituania*, App. no. 49793/17, 11 dicembre 2018; *A.E.A. e altri c. Grecia*, App. no. 39034/12, 15 marzo 2018.

¹⁴ *Khlaifia c. Italia*, App. no. 16483/12, 15 dicembre 2016. Per un commento, C. FAVILLI, *L'Italia e l'Europa: responsabilità e cause della difficile gestione della "crisi dei migranti"*, in *I Diritti dell'uomo: cronache e battaglie*, 3, 2015, 497-512; M. SAVINO, *L'«amministrativizzazione» della libertà personale e del due process dei migranti: il caso Khlaifia*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 3-4, 2015, 50-71.

¹⁵ Corte EDU, *N.D. e N.T. c. Spagna*, App. no. 8675/15 e 8697/15, Terza Sezione, 3 ottobre 2017.

¹⁶ A. ALGOSTINO, *Il decreto "sicurezza e immigrazione" (decreto legge n. 113 del 2018): estinzione del diritto di asilo, repressione del dissenso e disegualianza*, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2018, 167-199; E. CAVASINO, *Diritti, sicurezza, solidarietà e responsabilità nella protezione della persona migrante*, in *Federalismi.it, Focus-Human Rights*, 3, 2018, 1-24.

trovarsi ‘nuda’¹⁷ di adeguate garanzie di fronte a «un’attività amministrativa sciolta dal vincolo della legalità-garanzia e tutta plasmata dall’imperativo efficientista»¹⁸.

Un ambito paradigmatico di tale tendenza, che peraltro assume centralità anche relativamente all’oggetto di tali brevi note, è rappresentato dalla istituzione – su “spinta” delle istituzioni europee¹⁹– del c.d. ‘approccio hotspot’²⁰, inteso quale luogo fisico e metodo amministrativo di gestione delle primissime fasi di contatto tra stranieri che giungono via mare e autorità nazionali. In tale fase, le autorità nazionali, con il supporto di quelle europee, svolgono una serie eterogenea di attività nei confronti degli stranieri – di soccorso e assistenza ma anche di identificazione e pre-qualificazione – all’interno di un quadro legislativo di riferimento inizialmente assente e quindi carente²¹. In particolare le attività di pre-qualificazione – tra migranti richiedenti protezione internazionale e migranti irregolarmente presenti sul territorio²² – degli stranieri svolte in tale fase esprimono in modo evidente i potenziali effetti deteriori prodotti dalle tendenze descritte – securitizzazione e amministrativizzazione – in termini di effettiva tutela dei diritti degli stranie-

¹⁷ Il riferimento è qui evidentemente alla nota immagine agambeniana di cui a G. AGAMBEN, *Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Torino, 2005.

¹⁸ M. SAVINO, *L’“amministrativizzazione” della libertà personale e del due process dei migranti*, in *Diritto immigrazione cittadinanza*, 3-4, 2015, 70.

¹⁹ Cfr. S. PENASA, *L’approccio ‘hotspot’ nella gestione delle migrazioni: quando la forma (delle fonti) diviene sostanza (delle garanzie). Efficientismo e garantismo delle recenti politiche migratorie in prospettiva “multilivello”*, in *Riv. Ass. It. Cost.*, 2, 2017, 1-22.

²⁰ M. BENVENUTI, *Gli hotspot come chimera. Una prima fenomenologia dei punti di crisi alla luce del diritto costituzionale*, in *Diritto immigrazione cittadinanza*, 2, 2018, 1-38; A. CIERVO, *Ai confini di Schengen. La crisi dell’Unione Europea tra “sistema hotspot” e Brexit*, in *Costituzionalismo.it*, 3, 2016, 79-126; M. SAVINO, *The Refugee Crisis as a Challenge for Public Law: The Italian Case*, in *German L. J.*, 6, 2016, 981-1004.

²¹ Come noto, è intervenuto a tentare di introdurre una copertura legislativa il c.d. decreto “Minniti” (d.l. n. 13/2017, convertito in l. n. 46/2017).

²² In generale sulla fluidità di tale distinzione, F. CORTESE, *La difficile “classificazione” dei migranti*, in M. SAVINO (a cura di), *La crisi migratoria tra Italia e Unione europea*, Napoli, 2017, 141-171.

ri²³. Infatti, l'attribuzione dello status di persona richiedente protezione internazionale – o in alternativa di persona irregolarmente presente sul territorio nazionale – viene orientata in modo decisivo dalle valutazioni svolte dal personale di polizia presente in tali luoghi all'esito di una procedura semplificata e all'interno della quale spesso non vengono applicate le garanzie previste a livello europeo e nazionale relativamente alla manifestazione di volontà di richiedere protezione, pur se formalmente richiamate dalle fonti, essenzialmente di soft law²⁴, che disciplinano l'attività delle amministrazioni coinvolte²⁵. La prassi di una (pre)qualificazione operata dalle sole autorità di polizia, come rilevato in dottrina²⁶, non trova fondamento giuridico né a livello europeo né nazionale, comportando pertanto «il rischio che l'approccio *hotspot* possa rappresentare un ostacolo illegittimo nell'accesso alla domanda di protezione internazionale»²⁷, dal momento che viene ad anticipare – almeno potenzialmente – ad una fase ancora precedente alla manifestazione della volontà di presentare richiesta di protezione (quella coincidente con la identificazione della persona) gli effetti che dovrebbero risultare da una valutazione svolta caso per caso successivamente alla eventuale richiesta di protezione²⁸.

²³ F. CASOLARI, *The EU's Hotspot Approach to Managing the Migration Crisis: A Blindspot for International Responsibility?*, in *Italian Yearbook of Int. L.*, 1, 2016, 109-134.

²⁴ MINISTERO DELL'INTERNO, *Standard Operating Procedures*, giugno 2016, 6 (URL: <http://www.libertaciviliimmigrazione.dlci.interno.gov.it/it/hotspot>).

²⁵ C. LEONE, *La disciplina degli hotspot nel nuovo art. 10 ter del d. lgs. 286/98: un'occasione mancata*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2, 2017, 12.

²⁶ G. SAVIO, *Le procedure amministrative della domanda d'asilo: dall'avvio alla decisione*, in P. MOROZZO DELLA ROCCA (a cura di), *Immigrazione, asilo e cittadinanza*, IV ed., Santarcangelo di Romagna, 2019, 55.

²⁷ *Ibid.*

²⁸ Infatti, come ricorda G. SAVIO, «non esiste alcuna norma che consenta di classificare un cittadino straniero come richiedente asilo o come migrante economico nella fase di arrivo sul territorio nazionale, da parte delle sole autorità di polizia e in assenza delle garanzie previste dalla procedura normativa» (*Ibid.*). A. SCIURBA, *Ai confini dei diritti. Richiedenti asilo tra normativa e prassi, dall'hotspot alla decisione della Commissione territoriale*, in *Questione Giustizia*, 2, 2018, 148-150, ricorda che la prassi di distinguere alla frontiera tra richiedenti protezione e migranti economici viene applicata dalle forze di polizia a seguito della somministrazione ai migranti di un «foglio notizie»

Appare evidente come, a fronte di tali prassi attuative, la possibilità di esercitare il diritto ad un rimedio effettivo al fine ad esempio di ottenere l'annullamento del provvedimento (spesso di respingimento differito) o la condanna a un *facere* da parte dell'amministrazione competente²⁹ risulta essenziale. Ciò risulta ancora più essenziale nel caso in cui le autorità nazionali non solo non rispettino le garanzie previste all'interno della procedura asilo, in particolare nel momento decisivo della manifestazione della volontà di chiedere protezione, ma agiscano in modo da impedire alla persona di manifestare tale volontà, ad esempio adottando misure di respingimento automatico alla frontiera³⁰. Due recenti casi decisi dalla Corte EDU contribuiscono a sancire la natura di parametro autonomo dell'art. 13 CEDU anche nell'ambito del diritto d'asilo, che si va a sommare alle garanzie interne alla procedura asilo quali ad esempio il diritto ad essere ascoltato (seppur alla luce dei limiti ricavabili dalla giurisprudenza della Corte EDU)³¹ e di avere assistenza legale, linguistica e sociale per tutta la durata della medesima³².

a risposte multiple concernenti le ragioni del loro arrivo in Italia (nello specifico: lavoro; raggiungere i familiari; fuggire dalla povertà; fuggire per altri motivi; richiedere asilo politico), pur riconoscendo che quest'ultima si sia ridotta, a seguito della pressione esercitata da numerosi report internazionali, ricorsi giurisdizionali e il rilevante calo degli arrivi via mare (*ivi*, 149).

²⁹ Cfr. sul punto subito *infra*.

³⁰ Per una approfondita analisi dei casi e delle forme di respingimento dello straniero, anche in prospettiva comparata, R. CHERCHI, *Respingimento alla frontiera e respingimento differito: presupposti, tipologie ed effetti*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 3, 2019, 37-85.

³¹ In particolare, *Khlaifia c. Italia*, cit.

³² Occorre evidentemente richiamare il rapporto esistente tra art. 13 CEDU e art. 47 CDFUE. Per quanto sull'art. 47 CDFUE ci si concentrerà nei paragrafi successivi, occorre richiamare a questo punto il fatto che sulla base dell'art. 47 CDFUE, a differenza che dell'art. 13 CEDU, «l'individuo possa vantare il diritto ad un ricorso effettivo dinanzi ad un giudice e non ad una "istanza nazionale"»; e che «l'ambito di protezione offerto dall'art. 47 è senz'altro più esteso rispetto a quello di cui all'art. 13 CEDU» (G. D'AVINO, *Il diritto alla tutela giurisdizionale effettiva nell'art. 47 par. 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE*, in A. DI STASI (a cura di), *Tutela dei diritti fondamentali e spazio europeo di giustizia. L'applicazione giurisprudenziale del Titolo VI della Carta*, Napoli, 2019, 156).

In *A.E.A. c. Grecia*, la Corte EDU collega l'esistenza di un rischio per l'appellante di subire trattamenti inumani e degradanti contrari all'art. 3 CEDU, nel caso in cui fosse rimpatriato verso il proprio Paese, alla impossibilità di presentare domanda di protezione alle autorità nazionali competenti³³. Secondo la Corte,

la possibilità nella pratica di presentare domanda di asilo è una condizione *sine qua non* per l'effettiva protezione degli stranieri che necessitano di protezione internazionale. Infatti, se le autorità nazionali non garantiscono l'accesso senza ostacoli alla procedura di asilo, i richiedenti asilo non possono beneficiare delle garanzie procedurali associate a tale procedura e possono essere arrestati e posti in detenzione in qualsiasi momento. Occorre precisare che, anche se l'esame della domanda di asilo è garantito da una procedura efficace, affidabile e seria, quest'ultima non ha senso se l'interessato non può avere preliminarmente la possibilità di vedere la sua domanda registrata per un lungo periodo di tempo³⁴.

Date le carenze che caratterizzano la procedura asilo fin dalla fase di manifestazione della volontà di chiedere protezione, la Corte, riscontra la violazione dell'art. 13, in combinato disposto con l'art. 3 CEDU in tema di divieto di tortura e di trattamenti inumani e degradanti. Almeno implicitamente, la Corte afferma l'esistenza di un obbligo positivo per gli Stati di assicurare un accesso senza ostacoli alla procedura: il riconoscimento di tale principio risulta decisivo nel valutare la legittimità di prassi nazionali finalizzate a rendere tale fase più efficiente dal punto di vista della gestione delle domande di protezione, ma che rischiano di incidere, fino a svuotarlo di contenuto sostanziale, sul diritto d'asilo degli stranieri.

In una decisione di poco precedente³⁵, la Corte EDU, nel caso di una famiglia che rischiava di subire una violazione dell'art. 3 CEDU in caso di riammissione nel Paese di transito (la Bielorussia), ha adottato un approccio analogo. A fronte di ripetuti tentativi, oralmente e per iscritto, di manifestare la volontà di chiedere protezione, le autorità di frontiera competenti si sono rifiutate di assumere tale richiesta e di trasmet-

³³ *A.E.A. c. Grecia*, cit., § 76.

³⁴ *Ivi*, § 85.

³⁵ *M.A. e altri c. Lituania*, cit.

terla, come peraltro previsto anche dal diritto lituano, alle autorità amministrative competenti per la valutazione della domanda di asilo, senza peraltro formalizzare in alcun documento ufficiale i motivi della presenza irregolare ai confini lituani dei ricorrenti³⁶. Pertanto, le garanzie previste contro il respingimento arbitrario della famiglia sono risultate non effettive nel caso concreto, in quanto non è stata data la possibilità di presentare domanda di protezione, risultando pertanto violato l'art. 3 CEDU e di conseguenza anche l'art. 13 CEDU, per assenza di un ricorso giurisdizionale effettivo contro la condotta delle autorità nazionali.

Pare quindi condivisibile, alla luce della giurisprudenza richiamata, l'affermazione secondo cui

any State act or omission which prevents the person from expressing his wish to apply for asylum all arguably fall foul of the requirements of positively ensuring that access to a procedure is unhindered or unfettered and that such procedure, in itself, is effective, reliable and serious for the purposes of Article 13 read in conjunction with Article 3 ECHR³⁷.

Il presente contributo vuole analizzare in prospettiva comparata una selezione di casi nazionali relativi a quelle che potrebbero essere definite garanzie o precondizioni amministrative all'effettivo esercizio del diritto alla protezione internazionale, costituite dall'azione delle autorità amministrative o di polizia con le quali la persona entra in contatto al fine di formalizzare la volontà di fare richiesta di protezione. Alla luce del diritto europeo e nazionale, sulla amministrazione incombe un generale dovere di prendere in carico tanto la manifestazione di volontà dello straniero quanto la sua formalizzazione, anche quando l'autorità alla quale quest'ultimo si rivolga non sia competente: in questo caso, sussiste l'obbligo di trasmettere la domanda all'amministrazione competente, la quale deve registrarla entro sei giorni dalla presentazione

³⁶ *Ivi*, § 113-114.

³⁷ A. TAYLOR, *A.E.A v. Greece: an iteration of asylum seekers' procedural rights but a watering down of their reception rights?*, in *Eur. Database Asylum L.*, 19 aprile 2018 (URL: <https://www.asylumlawdatabase.eu/en/journal/aea-v-greece-iteration-asylum-seekers%E2%80%99-procedural-rights-watering-down-their-reception>).

della domanda³⁸. Il termine ordinario, nel caso di presentazione presso l'amministrazione competente, risulta ancora più ridotto, dal momento che la registrazione deve avvenire entro tre giorni³⁹. La presentazione della domanda, intesa quale manifestazione di volontà di chiedere protezione, non è soggetta a forme specifiche e può pertanto ricavarsi anche *per facta concludentia*⁴⁰.

Pertanto, sussiste un generale *favor* rispetto alla presentazione della domanda di protezione, della cui possibilità lo straniero deve essere informato in tempo utile in una lingua che capisce o che è ragionevole supporre possa capire, della procedura da seguire e dei suoi diritti e obblighi durante il procedimento, nonché delle eventuali conseguenze di un mancato adempimento degli obblighi e della mancata cooperazione con le autorità⁴¹. A tal fine, la direttiva impegna gli Stati a garantire che le autorità preposte a ricevere le domande di protezione internazionale ma che non siano competenti a registrarle, in particolare la polizia di frontiera, abbiano le pertinenti informazioni e che il loro personale riceva il livello necessario di formazione adeguato ai loro compiti e alle loro responsabilità e le istruzioni per informare i richiedenti di dove e in che modo possono essere inoltrate le domande di protezione internazionale⁴². Quanto precedentemente descritto rispetto alla giurisprudenza della Corte EDU dimostra come le autorità di frontiera manchino spesso di una formazione adeguata in questo ambito.

Tuttavia, anche in tale fase si può assistere al richiamato scollamento tra garanzie normative e prassi attuative: il quadro giuridico appare chiaramente orientato a garantire il diritto a ricevere assistenza e adeguate informazioni rispetto alla possibilità di manifestare una volontà di protezione e il connesso diritto a vedere registrata la propria domanda «quanto prima»⁴³, ma in concreto può accadere – come i casi che ver-

³⁸ Art. 6 della direttiva 2013/32/UE.

³⁹ Solo nel caso di arrivi massicci che comportino un elevato numero di domande presentate contestualmente il termine viene esteso a dieci giorni.

⁴⁰ G. SAVIO, *Le procedure amministrative della domanda d'asilo: dall'avvio alla decisione*, cit., 57.

⁴¹ Art. 12, direttiva 2013/32/UE.

⁴² Art. 6, par. 1, direttiva 2013/32/UE.

⁴³ Art. 6, par. 2, direttiva 2013/32/UE.

ranno analizzati dimostrano – che le prassi adottate dalle autorità nazionali competenti tanto alla frontiera quanto in un momento successivo all'ingresso della persona richiedente protezione vengano a frapporre ostacoli di natura burocratico-amministrativa al suo effettivo esercizio⁴⁴. Pertanto, l'analisi delle garanzie sostanziali e procedurali che devono essere attivate nella fase intermedia tra manifestazione della volontà di chiedere protezione e formalizzazione della domanda appare particolarmente rilevante, al fine di testare l'effettiva tenuta del sistema in termini di effettività del diritto di asilo. Come abbiamo visto, la pubblica amministrazione⁴⁵ è chiamata a svolgere una funzione determinante e necessaria per l'esercizio effettivo del diritto alla richiesta di protezione internazionale: le modalità e i tempi di attuazione di tali funzioni in questa fase rappresentano una precondizione di effettività dell'esercizio del diritto e delle garanzie da esso derivanti in più ambiti, interni ed esterni alla procedura di asilo (accoglienza, rimpatrio, godimento di prestazioni di assistenza e integrazione). Inoltre, come i casi relativi alla giurisprudenza della Corte EDU dimostrano, si pone in concreto la questione della disponibilità di rimedi effettivi per reagire a eventuali comportamenti omissivi o positivi della PA che precludano od ostacolino la presentazione e formalizzazione della domanda⁴⁶.

Nel prossimo paragrafo si analizzeranno alcuni casi giurisprudenziali, sia italiani sia stranieri, nei quali le corti sono state chiamate a valu-

⁴⁴ Di «chiaro ed inequivoco» obbligo di adeguata informativa e del correlato diritto all'informazione di cui sono titolari tutti coloro che arrivano via mare o via terra o attraverso i valichi di frontiera parla D. BELLUCCIO, *Richiedente asilo o persona straniera irregolare: se il confine è nel silenzio*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2, 2017, 10.

⁴⁵ Uffici della questura e autorità di frontiera, come previsto dalla direttiva 32/2013/UE.

⁴⁶ Per una approfondita analisi dell'intreccio tra funzioni della pubblica amministrazione e diritto a un rimedio effettivo dello straniero, cfr. M. INTERLANDI, *Alla periferia dei diritti: l'effettività della tutela dei diritti degli immigrati tra i rimedi giurisdizionali interni e le indicazioni ricavabili dal contesto europeo*, in *Federalismi.it*, 17, 2017, 1-28. In relazione alla competenza giurisdizionale rispetto alla categoria delle persone straniere richiedenti protezione internazionale v. M. NOCCELLI, *Il diritto dell'immigrazione davanti al giudice amministrativo*, in *Diritti Comparati*, 2, 2018, 2219 ss.

tare la legittimità delle condotte della pubblica amministrazione in tale fase.

2. Una prima analisi giurisprudenziale: quale effettività per il diritto a chiedere protezione

A fronte di un quadro normativo esaustivo in termini di garanzie sostanziali e procedurali in materia di presentazione della domanda di protezione, l'analisi della giurisprudenza relativa a ricorsi aventi ad oggetto il comportamento della pubblica amministrazione all'interno di tale procedura appare particolarmente rilevante al fine di verificare il grado di effettività di tali garanzie⁴⁷. Il principio di effettività assume, nei casi esaminati, un doppio livello di rilevanza: da un lato, esso rileva in relazione all'esercizio del diritto a chiedere protezione, che vede nello svolgimento da parte delle autorità competenti di attività a ciò funzionali una condizione essenziale di effettività; dall'altro lato, a fronte di un inadempimento od omissione da parte di queste ultime, esso rileva rispetto alla possibilità concreta di avere a disposizione un rimedio giurisdizionale adeguato ed effettivo, attraverso il quale ottenere soddisfazione della propria pretesa, che trova fondamento tanto nel diritto europeo quanto nel diritto nazionale.

In tal senso, occorre ribadire che i riferimenti effettuati in precedenza al diritto dell'Unione – in particolare alle direttive 'procedure' e 'accoglienza' – e alla giurisprudenza della Corte EDU risultano funzionali a chiarire l'esistenza tanto a livello normativo quanto giurisdizionale di garanzie di natura procedurale e sostanziale finalizzate ad assicurare alla persona straniera che entri in contatto con autorità statali di Paesi terzi l'esercizio del diritto a chiedere protezione internazionale.

Nella prima parte si analizzeranno alcuni casi relativi all'ordinamento italiano, che riguardano condotte omissive o positive della pubblica amministrazione in sede di presentazione e formalizzazione della do-

⁴⁷ Sullo scollamento tra quadro normativo e prassi applicativa, con particolare riferimento alla fase di registrazione della domanda di asilo, A. SCIURBA, *Ai confini dei diritti. Richiedenti asilo tra normativa e prassi, dall'hotspot alla decisione della Commissione territoriale*, cit., 151-153.

manda. Successivamente si proporrà una breve – e preliminare – analisi comparata, al fine di valutare se le medesime questioni si pongano anche in altri ordinamenti e come le relative corti le risolvano, concentrandosi in particolare sull'utilizzo da parte di queste ultime del diritto europeo, tanto derivato quanto primario.

2.1. La giurisprudenza italiana: una convergenza verso l'affermazione piena del diritto ad un rimedio effettivo in caso di inadempimento della pubblica amministrazione

Limitandosi ad un'analisi sistematica dei casi finalizzata a verificare l'utilizzo diretto o indiretto del diritto europeo da parte dei giudici nazionali, è possibile ricavare una classificazione preliminare costituita da tre categorie di casi rispetto ai quali il diritto europeo assume rilievo all'interno delle argomentazioni utilizzate dalle corti, pur essendo necessario specificare che la casistica, in termini quantitativi, non consente di proporre una modellistica consolidata. A livello preliminare, comunque, è possibile distinguere tre tipi di casi, nei quali l'eventuale violazione delle garanzie e dei requisiti previsti nella fase di registrazione della domanda si sostanzia nella richiesta da parte dell'amministrazione di documenti ulteriori rispetto ai requisiti formali previsti dalla normativa europea pur in presenza di un divieto derivante dal diritto dell'Unione di imporre requisiti ulteriori.

Una prima categoria di situazioni è rappresentata da quei casi in cui la pubblica amministrazione non si limiti a recepire, ai fini della registrazione della domanda, la dichiarazione di domicilio presentata dalla persona che intenda fare richiesta di protezione internazionale, ma ne valuti l'idoneità a legittimare la presentazione della domanda alla luce del tipo di struttura nella quale questa persona si trova a dimorare, giudicando ad esempio inadeguata la dichiarazione di domicilio presso strutture di accoglienza notturna per persone senza dimora⁴⁸. Questa richiesta di adempimento burocratico, oltre ad andare oltre a quanto previsto dalla normativa vigente, può introdurre un ostacolo difficil-

⁴⁸ Trib. Trieste, ordinanza, n. 1929/2018, 22 giugno 2018 (per un commento, M. PIPPONZI, *Note all'ordinanza del Tribunale di Trieste del 22 giugno 2018*, in *Questione Giustizia*, 5 settembre 2018).

mente superabile allo straniero che abbia manifestato esigenze di protezione ma che non abbia ancora visto formalizzata la propria domanda: quest'ultimo viene infatti a trovarsi in una paradossale condizione di sospensione delle garanzie, per la quale egli da un lato non può avere accesso al sistema di accoglienza in quanto non ancora titolare dello status di richiedente protezione internazionale; e, dall'altro lato, non avendo accesso alle strutture di accoglienza e trovandosi spesso in condizioni di bisogno, non è in grado di attestare la dimora o il domicilio in luoghi diversi da quelli in cui può trovare ospitalità temporanea notturna, che non sono considerati adeguati a soddisfare il requisito della dichiarazione di domicilio sul territorio. L'effetto paradossale di tale cortocircuito amministrativo-burocratico si completa con l'inevitabile dichiarazione di irregolarità, in conseguenza della carenza di un titolo che ne legittimi la presenza sul territorio nazionale, e il conseguente avvio della procedura espulsiva.

Questa situazione esprime in maniera paradigmatica quanto la condizione giuridica e personale dello straniero dipenda dalle modalità di svolgimento di procedure e attività amministrative apparentemente neutre e automatiche. Nei casi descritti, il comportamento dell'amministrazione, finalizzato a imporre oneri diversi o ulteriori alla persona richiedente mediante l'esercizio di un potere discrezionale in realtà inesistente, è stato dichiarato illegittimo, in quanto

l'imposizione del requisito della dichiarazione di ospitalità, oltre che illegittimo, finirebbe per rendere impossibile, o eccessivamente oneroso, l'esercizio del diritto di asilo riconosciuto e tutelato nel contesto normativo europeo e costituzionale⁴⁹

e in base al fatto che non si possono imporre requisiti amministrativi ulteriori a quelli esplicitamente previsti in sede di richiesta di protezione internazionale, alla luce dell'art. 6, par. 6, direttiva 2013/33/UE⁵⁰.

Una seconda categoria è costituita da quei casi in cui non siano predisposti procedure o canali di accesso ordinari agli uffici competenti a ricevere e registrare la domanda di protezione, impedendo di fatto la

⁴⁹ Trib. Milano, ordinanza n. 32311/2017, 25 luglio 2018.

⁵⁰ Trib. Trieste, n. 1929/18, 22 giugno 2018.

presentazione della medesima. Come dimostrerà l'analisi comparata, questo rappresenta un aspetto di natura meramente logistica od organizzativa – l'accesso materiale agli uffici – ma che si converte in un vero e proprio presupposto di effettività per il diritto coinvolto, alla luce della condizione di particolare debolezza e vulnerabilità dei titolari del medesimo, che si trovano spesso ad essere privi degli strumenti minimi ed essenziali per porsi in contatto con l'amministrazione (ad esempio, il possesso di un telefono per prenotare l'appuntamento) o ad essere sottoposti a condizioni non ordinarie per accedervi (ad esempio, lunghe attese esposti all'aperto per avere accesso agli uffici competenti). Si tratta, evidentemente, di questioni minute, ma che finiscono con l'incidere sull'effettività dell'esercizio del diritto, oltre a chiamare in causa il principio di buon andamento della pubblica amministrazione coinvolta. In questi casi, le corti ritengono che le carenze di natura logistica e organizzativa in fase di registrazione della domanda si convertano in illegittimi impedimenti all'esercizio di un diritto fondamentale dovuti alla omissione di cautele procedurali-organizzative che devono essere funzionali a consentire l'accesso agli uffici competenti. Tali comportamenti, o omissioni, finiscono inoltre per porsi in violazione della norma europea⁵¹ che impegna gli Stati membri «a non disseminare di inutili ostacoli burocratici il difficile cammino verso la richiesta di asilo», trattandosi di materia nella quale la discrezionalità amministrativa non può spingersi sino a comprimere l'essenza stessa del diritto individuale coinvolto⁵².

Infine, la terza categoria comprende i casi in cui l'amministrazione – spesso gli uffici della questura – che riceve la domanda di protezione dichiara la propria incompetenza a registrarla e di conseguenza rifiuta di prendere in carico la medesima. Questo tipo di casi rappresenta probabilmente quello che in modo più evidente si pone in contrasto con la normativa di riferimento, nella quale si prevede – come detto *supra* – che sulle autorità nazionali incombe un obbligo di registrare la doman-

⁵¹ Art. 6, par. 6, direttiva 2013/33/UE, secondo cui «gli Stati membri non esigono documenti inutili o sproporzionati né impongono altri requisiti amministrativi ai richiedenti prima di riconoscere loro i diritti conferiti dalla presente direttiva, per il solo fatto che chiedono protezione internazionale».

⁵² Trib. Roma, ord. n. 50192/2018, 18 settembre 2018.

da entro sei giorni anche nel caso in cui questa sia presentata ad un'amministrazione diversa da quella competente⁵³. Pertanto, l'amministrazione ha un dovere di dare immediata applicazione alla direttiva appena citata, non potendo esservi «spazio per un rifiuto permanente o per un comportamento omissivo». A confermare i potenziali effetti deteriori a cascata derivanti dal comportamento illegittimo dell'amministrazione, si chiarisce come non sia possibile considerare quale «soggiornante illegale» il soggetto al quale sia stata di fatto impedita la presentazione della domanda: di conseguenza,

qualsiasi norma interna deve essere disapplicata se confliggente con la direttiva, e qualsiasi provvedimento positivo o comportamento omissivo della pubblica amministrazione, che violi o non attui tale disposizione deve essere conseguentemente dichiarato illegittimo⁵⁴.

Dall'analisi delle decisioni, che si concludono tutte con l'accoglimento delle istanze dei ricorrenti, emerge uno schema argomentativo tendenzialmente simile, che vede un'integrazione tra richiami al diritto nazionale e al diritto dell'Unione, oltre che della giurisprudenza della Corte di giustizia. In particolare, lo schema argomentativo, all'interno del quale si assiste frequentemente ad un vero e proprio “gioco” di rinvii alle motivazioni utilizzate da altri tribunali, risulta caratterizzato da un sistematico utilizzo del diritto dell'Unione.

Proponendo una embrionale classificazione delle modalità di utilizzo del diritto europeo da parte delle corti italiane nei casi analizzati, è possibile distinguere tra richiamo delle direttive in materia di asilo, da un lato, e della giurisprudenza della Corte di giustizia, dall'altro lato.

Tra le prime, le direttive in materia di procedure⁵⁵ e accoglienza⁵⁶ vengono richiamate, assieme alle relative norme nazionali di attuazione, da un lato, per confermare la natura di diritto «assoluto»⁵⁷ del diritto

⁵³ Art. 6 della direttiva 2013/32/UE.

⁵⁴ Le citazioni sono tratte da Trib. Palermo, ord. n. 9994/2018, 13 settembre 2018.

⁵⁵ Art. 6, par. 1, direttiva 2013/32/UE.

⁵⁶ Art. 6, par. 6, direttiva 2013/33/UE.

⁵⁷ Cfr., *ex plurimis*, Trib. Roma, ordinanza n. 50192/2018, cit., con commento di A. MESCHINI, *Ancora ostacoli, rimossi con provvedimento ex art. 700 cpc all'esercizio*

di asilo, che a sua volta comprende il diritto di chiedere protezione e dunque di avere accesso alle relative procedure, insieme alle correlate garanzie in termini di accoglienza; dall'altro lato, in relazione al merito delle questioni decise, il richiamo di tali parametri conduce le corti a sancire in generale la necessità della non applicazione del diritto interno eventualmente in contrasto con il diritto europeo e all'annullamento della relativa attività amministrativa per contrasto con il diritto dell'Unione⁵⁸.

L'utilizzo della giurisprudenza della Corte di giustizia si limita al richiamo di una sentenza in particolare⁵⁹, avente ad oggetto una questione interna alla procedura asilo relativa al diritto del richiedente protezione di essere ascoltato personalmente da parte dell'organo competente a valutare la fondatezza della domanda. Il precedente europeo viene richiamato al fine di applicare ai casi analizzati quanto affermato dalla Corte di giustizia relativamente al dovere incombente sugli Stati Membri di garantire il principio di effettività nel momento in cui intervengano a disciplinare le concrete modalità procedurali relative alla presentazione e all'esame di una domanda di protezione internazionale. In tale contesto, il rispetto del principio di effettività richiede che le modalità concretamente adottate in tali fasi «non rendano in pratica impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dal diritto dell'Unione»⁶⁰ ma che al contrario debbano essere organizzate in modo da consentire «l'effettivo accesso delle persone che presentano una domanda di protezione sussidiaria ai diritti loro conferiti dalla direttiva 2004/83»⁶¹. In particolare, la Corte di giustizia ritiene fondamentale la

del diritto di asilo, in *Questione Giustizia*, rubrica "Diritti senza confini", 14 novembre 2018.

⁵⁸ Cfr. le richiamate decisioni dei Tribunali di Trieste e Palermo.

⁵⁹ C-429/15, *Danqua*, su cui il contributo di D. STRAZZARI in questo volume, a cui fanno riferimento le decisioni del Trib. di Trieste (22 giugno 2018, cit.) e Roma (18 settembre 2018, cit.). Per un commento, si veda anche M.C. LOCCHI, *Il diritto di essere ascoltati dei richiedenti la protezione sussidiaria: la Corte di Giustizia torna sul caso irlandese*, in *DPCE Online*, 2, 2017, 359-364; E. SORDA, *Principio di effettività e protezione internazionale del richiedente asilo fra norme europee e disciplina nazionale: la CGUE si pronuncia sul caso Danqua*, in *DPCE Online*, 1, 2017, 145-148.

⁶⁰ C-429/15, *Danqua*, cit., § 29.

⁶¹ *Ivi*, § 39.

valutazione del «ruolo svolto dalla norma all'interno dell'*iter* complessivamente considerato in relazione a fattori quali la protezione del diritto di difesa, il principio di certezza del diritto e il regolare svolgimento del procedimento»⁶², aspetti – questi – che assumono una speciale centralità nelle prime fasi amministrative prodromiche all'avvio della procedura di protezione internazionale.

Pertanto, mediante un'interpretazione conforme del diritto nazionale al diritto europeo, l'applicazione dei richiamati principi conduce alla sistematica dichiarazione di illegittimità dei comportamenti, omissivi o positivi, posti in essere dall'amministrazione durante la fase di registrazione della domanda di protezione che abbiano come conseguenza diretta o indiretta il mancato godimento dei diritti derivanti dalla presentazione della medesima.

2.2. Gli orientamenti comuni alle corti italiane e prime conferme dalla comparazione

Dall'analisi delle decisioni, oltre ad un fenomeno di quanto meno implicito dialogo tra corti nazionali e rinvio alla giurisprudenza della Corte di giustizia, emergono delle linee comuni, che trovano conferma preliminare nell'analisi della giurisprudenza nazionale comparata. Si individueranno quindi i principali 'punti fermi' ricavabili dalla giurisprudenza italiana, i quali saranno verificati in prospettiva comparata al fine di comprendere se sia possibile individuare una tendenza comune nel panorama europeo.

Relativamente alla competenza giurisdizionale, viene affermata in modo sistematico la competenza del giudice ordinario, in quanto, pur trattandosi di comportamenti messi in atto dalla pubblica amministrazione, questi ultimi incidono su una situazione soggettiva – il diritto a presentare domanda di protezione internazionale – che si configura quale diritto soggettivo assoluto e pertanto non degradabile a interesse legittimo per effetto di valutazioni discrezionali da parte delle autorità coinvolte. Queste ultime sono infatti titolari di una mera funzione di

⁶² E. SORDA, *Principio di effettività e protezione internazionale del richiedente asilo fra norme europee e disciplina nazionale: la CGUE si pronuncia sul caso Danqua*, cit., 147.

accertamento dei presupposti di fatto prodromici alla registrazione della domanda e il comportamento delle quali non può in alcun modo risultare in una compressione del diritto ulteriore rispetto a quella derivante dai requisiti previsti a livello legislativo. A livello comparato, la qualificazione di tale situazione soggettiva in termini di diritto soggettivo avviene anche quando, alla luce del diritto nazionale, la competenza sia attribuita al giudice amministrativo⁶³; essa trova peraltro una significativa corrispondenza all'interno della giurisprudenza della Corte EDU, nella quale si definisce la possibilità di presentare domanda di protezione *condicio sine qua non* della tutela effettiva degli stranieri che necessitano protezione, in quanto in assenza della sua formalizzazione non trovano applicazione le garanzie connesse alla procedura in termini di accoglienza e di tutela della libertà personale.

A livello procedurale interno, l'ammissibilità del ricorso d'urgenza *ex art. 700 c.p.c.* viene fondata dai tribunali italiani sull'esigenza di superare una condizione di insicurezza della persona che abbia presentato domanda ma che, non avendo ancora ricevuto la corrispondente formalizzazione, si trova in una condizione di oggettiva irregolarità sul territorio nazionale, e quindi esposta a provvedimenti di natura espulsiva o comunque limitativi della propria libertà personale. Ciò rappresenta uno standard comune anche a livello comparato, dove ad esempio la situazione di incertezza giuridica nella quale si viene a trovare la persona richiedente a motivo delle modalità di formalizzazione della domanda è considerata un motivo per ammettere la natura urgente dei ricorsi⁶⁴; o quando l'eccessiva durata di tale fase (fino a sette mesi di attesa) sottopone concretamente lo straniero al rischio di detenzione per impossibilità materiale di presentare la domanda attraverso questo sistema⁶⁵.

⁶³ Come avviene ad esempio nel caso della Francia, su cui *infra*.

⁶⁴ Trib. Amm. Parigi, ord. n. 1902037/9, 19 febbraio 2019 (URL: https://www.informie.net/IMG/pdf/ta_paris_13022019_no19020379.pdf).

⁶⁵ Come nel caso della Grecia, che prevede un sistema di prenotazione utilizzando la piattaforma Skype (*Asylum Information Database, 2018 Report on Greece*), marzo 2019 (URL: http://www.asylumineurope.org/reports/country/greece/asylum-procedure/access-procedure-and-registration/registration-asylum#footnoteref17_at4rhed). Su tali aspetti, G. SPYROPOULOU, *The EU Charter of Fundamental Rights and Asylum Procedures in View of the Recent Developments in Greece Following Implementation of the EU-Turkey Statement*, in A. CRESCENZI, R. FORASTIERO, G. PALMISANO (a cura di),

La natura del rimedio a disposizione dello straniero, tenendo in ogni caso presente l'aleatorietà in molti casi della azionabilità in concreto dello strumento di ricorso⁶⁶, rappresenta un elemento essenziale ai fini di valutare la effettività (art. 13 CEDU) del medesimo. Alla luce della giurisprudenza analizzata, appare evidente il richiamo – seppur non esplicito – del principio dell'effettività dei rimedi messi a disposizione dall'ordinamento, al quale le corti tendono ad attribuire una funzione integrativa delle più generali esigenze di tutela dello specifico diritto individuale che viene in rilievo (nel caso di specie, il diritto alla protezione internazionale). Tale approccio si esprime, in termini di ammissibilità della domanda, nel riconoscere allo strumento della domanda cautelare *ex art. 700 c.p.c.* la natura della residualità, dal momento che la cognizione del giudice ordinario sulla protezione internazionale presuppone un provvedimento di diniego adottato in via amministrativa dalla Commissione territoriale competente: pertanto,

il diritto alla protezione internazionale (...) non è direttamente azionabile davanti all'autorità giudiziaria, e pertanto la tutela diretta della sua azionabilità può essere riconosciuta attraverso lo strumento cautelare atipico regolato dall'art. 700 c.p.c.⁶⁷.

Asylum and EU Charter of Fundamental Rights, Napoli, 2017-2018, 124 ss., la quale, riferendosi a quanto rilevato dall'Ombudsman greco, ritiene che «this restrictive system for the receipt of asylum applications appears to be in contrast with the principle of universal, continuous and unhindered access to the asylum procedure, insofar as the system of registration via Skype cannot respond to a large number of calls. In addition, it poses risks for fundamental rights, because during the period between the scheduling of registration via Skype and the final submission of the asylum application there is a very real risk of “potential asylum seekers” being arrested, detained or returned» (*ivi*, 125).

⁶⁶ Sottolinea questo aspetto G. SAVIO, *Accesso alla procedura di asilo e poteri “di fatto” delle Questure*, in *Questione Giustizia*, 29 maggio 2019, il quale si chiede « quanti sono gli stranieri che accettano supinamente decisioni pacificamente illegittime, destinate ad incidere pesantemente sul futuro delle loro vite per ignoranza, paura, o sfiducia? ».

⁶⁷ Trib. Milano, Sezione specializzata in materia di immigrazione, protezione internazionale e libera circolazione dei cittadini dell'Unione europea, ord. n. 32311/2017, 25 luglio 2018.

Le corti tendono quindi a riconoscere in modo esplicito

la sussistenza di un collegamento funzionale tra il procedimento d'urgenza, finalizzato a consentire l'accesso alla procedura di riconoscimento della protezione internazionale, da un lato, e l'esercizio delle prerogative che la legge riconosce ai richiedenti asilo una volta ottenuto il riconoscimento, o il diniego, del titolo di protezione dalla competente commissione territoriale, dall'altro lato⁶⁸.

Di conseguenza, l'interesse concreto ed attuale a vedersi riconoscere il diritto ad inoltrare la richiesta di protezione internazionale agli organi amministrativi competenti rappresenta un «presupposto imprescindibile» per poter successivamente adire l'autorità giudiziaria a seguito dell'emanazione del provvedimento amministrativo della Commissione territoriale⁶⁹.

Venendo alle questioni sostanziali, i tribunali concordano nel negare la titolarità di un potere discrezionale nella valutazione del merito della domanda, limitando la funzione dell'amministrazione alla ricezione e formalizzazione della domanda, alla quale consegue l'obbligo di rilasciare un permesso di soggiorno per il richiedente protezione internazionale e di trasmettere gli atti alla Commissione territoriale competente. Questo schema trova conferma, da un lato, nella giurisprudenza della Corte EDU richiamata in apertura, dalla quale deriva l'esigenza che l'ordinamento garantisca, sulla base dell'art. 13 CEDU, un rimedio giurisdizionale effettivo in caso di inadempimento od omissione delle autorità nazionali. Dall'altro lato, a livello comparato si conferma che al fine di determinare il rispetto del termine entro il quale la procedura deve concludersi debba rilevare il momento della richiesta informale manifestata dalla persona e non la formale presentazione della domanda, al fine di evitare che eventuali atteggiamenti omissivi o comunque ostativi dell'amministrazione possano provocare la mancata attuazione delle garanzie previste a livello nazionale ed europeo. In tal senso appare particolarmente significativa una decisione di un tribunale ammini-

⁶⁸ Trib. Trieste, Sez. spec., ord., 3 ottobre 2018.

⁶⁹ *Ibid.*

strativo tedesco⁷⁰, nella quale si richiama esplicitamente l'art. 6 della direttiva 'procedure' nella parte in cui prevede che a chi manifesti l'esigenza di protezione sia garantita l'opportunità effettiva di presentare formalmente domanda di protezione nel più breve tempo possibile: nel caso di specie, pur tenendo conto dell'elevato numero di domande che l'Ufficio Federale per l'Immigrazione e i Rifugiati si è trovato a gestire, un periodo superiore ad otto mesi deve essere considerato in violazione dell'articolo richiamato, non potendo trovare applicazione in questo caso la clausola prevista dall'art. 31.4 della medesima direttiva. Nella prospettiva dell'attuazione a livello nazionale del diritto ad un rimedio effettivo, occorre sottolineare che il tribunale amministrativo ha condannato l'Ufficio Federale a concludere la procedura entro tre mesi dalla pubblicazione un aspetto decisivo nei casi analizzati: basandosi essenzialmente sulla natura non discrezionale ma vincolato del potere della pubblica amministrazione, le corti tendono a riconoscere un rimedio immediatamente esigibile, attraverso la condanna della pubblica amministrazione a registrare la domanda o, preliminarmente, a fissare un appuntamento entro un termine rigido e breve; o, nel caso in cui la mancata registrazione sia stata prodromica rispetto alla emanazione di un decreto espulsivo, l'annullamento di quest'ultimo⁷¹.

Dal punto di vista dell'effettiva tutela del diritto, in questa fase prodromica alla valutazione formale della domanda di asilo risultano determinanti aspetti che solitamente vengono ricondotti all'organizzazione interna e all'efficienza in senso generale della pubblica amministrazione, ma che, nel contesto della procedura di richiesta di protezione internazionale, assumono un rilievo determinante. L'intreccio tra di-

⁷⁰ Corte amministrativa di Oldenburg, 15 A 7522/17, 6 novembre 2017 (URL: <https://www.asylumlawdatabase.eu/en/case-law/germany-%E2%80%93-administrative-court-administrative-court-oldenburg-6-november-2017-2017-15>).

⁷¹ Sul punto, cfr. anche Cass., VI Sez. civile, ord. n. 1139/2019, 26 aprile 2019, con la quale ha annullato un decreto di espulsione sulla base del fatto che le autorità competenti all'esame del merito delle domande di protezione internazionale sono le commissioni territoriali e che la questura o l'ufficio di frontiera sono competenti soltanto a ricevere la domanda (art. 26, d. lgs. n. 25 del 2008). Inoltre, ribadisce la Corte, a fronte della presentazione della domanda di protezione, sussiste il divieto di espulsione. Su tale decisione, G. SAVIO, *Accesso alla procedura di asilo e poteri "di fatto" delle Questure*, cit.

mensione organizzativa interna alla pubblica amministrazione e garanzie dell'esercizio concreto del diritto esprime in modo paradigmatico la relazione tra principio di buona amministrazione (*ex art. 41 CDFUE*) e tutela effettiva dei diritti.

Dalle sentenze analizzate emerge con chiarezza il fatto che le condizioni – organizzative, logistiche e financo ambientali – nelle quali si svolge la fase amministrativa oggetto del presente scritto rappresentino una essenziale e irrinunciabile condizione di effettività – di vera e propria possibilità – dell'esercizio del diritto alla protezione internazionale. Ciò emerge in modo evidente da quella giurisprudenza che ha individuato l'esistenza di un divieto di adottare prassi o procedure che rendano impossibile, o comunque eccessivamente oneroso l'esercizio del diritto di asilo⁷², da un lato; e, dall'altro lato, di imporre requisiti amministrativi ulteriori rispetto a quanto previsto tassativamente dalla normativa europea⁷³, nel solo caso della presentazione della domanda di protezione internazionale (cfr. la prima categoria di casi analizzata nel paragrafo precedente), quali ad esempio la dichiarazione di ospitalità o il passaporto per l'ottenimento del permesso di soggiorno per protezione umanitaria⁷⁴.

Queste ipotesi possono configurarsi anche nel caso in cui l'amministrazione competente si sia attivata introducendo soluzioni gestionali della fase di formalizzazione della domanda finalizzate a risolvere la questione dei ritardi nella presa in carico e delle condizioni personali e

⁷² Art. 6, par. 1, e art. 17, par. 1, direttiva 2013/33/UE; art. 6, par. 2, direttiva 2013/32/UE. Cfr. SIPROIMI ASGI (a cura di), *La tutela della protezione internazionale e altre forme di protezione. Manuale giuridico per l'operatore*, versione aggiornata a luglio 2019, 93 (URL: <https://www.asgi.it/wp-content/uploads/2020/01/Manuale-per-Operatori-ASGI.pdf>).

⁷³ Art. 6, par. 6, direttiva 2013/33/UE.

⁷⁴ Occorre richiamare quanto affermato dalla Sezione Specializzata del Tribunale di Trieste, ord. del 26 giugno 2018, cit., secondo cui in tale fase «Non c'è dunque spazio per un rifiuto permanente, o per non liquet, né – tanto meno – è possibile considerare quale “soggiornante illegale” il soggetto al quale è stata impedita tale presentazione: qualsiasi norma interna deve essere disapplicata se confliggente con la direttiva, e qualsiasi provvedimento positivo o comportamento omissivo della pubblica amministrazione, che violi o non attui il comando, deve essere conseguentemente dichiarato illegittimo».

logistiche nelle quali la domanda viene presentata, ma non sia riuscita a raggiungere l'obiettivo prefissatosi. Il Tribunale Amministrativo di Parigi⁷⁵ ha condannato l'Ufficio Nazionale per l'Immigrazione e l'Integrazione (OFII), autorità competente per la gestione sul territorio della registrazione delle domande di protezione internazionale nell'ordinamento francese, a rinforzare l'efficienza e l'accessibilità della piattaforma telefonica multilingue introdotta a partire dal 2018 al fine di ridurre i tempi di formalizzazione delle domande di protezione. Infatti, nonostante il Tribunale abbia riconosciuto gli sforzi dell'amministrazione, ha dovuto comunque constatare come una percentuale non irrilevante di richiedenti abbia visto formalizzata la propria domanda oltre ai termini previsti a causa della congestione tecnica del *call center*, provocando un «reale problema di accessibilità alla piattaforma telefonica» e, quindi, alla procedura asilo e alle garanzie da essa derivanti (§ 7). Trattandosi di misure a garanzia di un diritto fondamentale, gli obblighi incombenti sull'amministrazione devono essere qualificati come «obbligazione di risultato e non di mezzo» (§7), per cui il mero sforzo di adeguamento non può essere considerato sufficiente. Anche in questo caso, il riconoscimento del mancato rispetto da parte dell'amministrazione delle garanzie dovute alla luce del diritto dell'Unione, richiamato anche in questa decisione⁷⁶, si accompagna, nella prospettiva della disponibilità di un rimedio effettivo, alla condanna dell'amministrazione a prevedere risorse aggiuntive al fine di migliorare il servizio e alla individuazione del termine perentorio di 48 ore entro il quale registrare la domanda dei ricorrenti (§ 8).

Analogamente, il Consiglio di Stato belga⁷⁷ ha ordinato la sospensione dell'attuazione della decisione adottata dal Segretario di Stato per l'Asilo e l'Immigrazione di limitare ad un massimo di cinquanta al giorno le domande di protezione internazionale che possono essere presentate presso l'amministrazione competente, in quanto questo limite, pur essendo motivato da esigenze di servizio (§ 17), finisce con il rendere «eccessivamente difficile l'accesso effettivo alla procedura di riconoscimento dello status di rifugiato o di titolare della protezione in-

⁷⁵ Trib. Amm. Parigi, ord. n. 1902037/9, cit.

⁷⁶ Il già più volte citato art. 6, dir. 2013/32/UE.

⁷⁷ Consiglio di Stato, dec. 243.306, 20 dicembre 2018.

ternazionale» (§ 19), richiamando a tal fine quanto previsto dall'art. 7 della direttiva 2013/32/UE.

Infine, l'ordinamento francese viene in rilievo anche in relazione a quei casi nei quali, in attuazione di politiche e prassi di respingimento alla frontiera⁷⁸, le autorità nazionali privano le persone che manifestino la volontà di chiedere protezione della possibilità di presentare domanda di protezione, anche in caso di presenza di famiglie con minori, escludendo quindi l'attivazione della procedura e la relativa applicazione delle misure di accoglienza. In situazioni come quelle appena descritte, le corti hanno ripetutamente, soprattutto quando vi sia l'esigenza di tutelare minori, riconosciuto una violazione grave e manifesta del diritto di asilo da parte dell'amministrazione competente a ricevere la domanda di protezione nonostante l'avvenuto contatto con le forze di polizia francesi e trovandosi sul territorio francese, giungendo ad ordinare al prefetto di registrare la domanda entro un termine perentorio ridotto (tre giorni) alla luce della presenza di soggetti vulnerabili. In un caso riguardante un minore di dodici anni respinto al confine italo-francese, il Tribunale amministrativo di Nizza⁷⁹ ha riconosciuto la manifesta illegittimità della condotta dell'autorità amministrativa francese nell'eseguire il respingimento senza fornire le dovute garanzie previste dal diritto europeo in caso di allontanamento di minore straniero non accompagnato (nomina di un tutore, informazione comprensibile e adeguata al grado di maturità) e senza svolgere una valutazione relativa alle condizioni in cui si sarebbe trovato una volta respinto verso l'Italia⁸⁰. Richiamando la centralità dell'interesse superiore del minore, il Tribunale ha quindi ordinato al prefetto di mettersi in contatto con la corrispondente autorità italiana al fine di assicurarsi che il minore sia

⁷⁸ ASSEMBLEA PARLAMENTARE DEL CONSIGLIO D'EUROPA, *Pushback policies and practice in Council of Europe member States*, Recommendation 2161 (2019) (URL: https://www.camera.it/_dati/leg18/lavori/documentiparlamentari/indiceetesti/012bis/135/intero.htm), 22 ss.

⁷⁹ Tribunale amministrativo di Nizza, ord. n. 1800195, 22 gennaio 2018 (URL: <https://www.asylumlawdatabase.eu/sites/default/files/aldfiles/TA%20Nice%20re%CC%81fe%CC%81re%CC%81%20liberte%CC%81%20mineur%20refus%20entre%CC%81e%20Menton%20Garavan%20Vintimille.pdf>).

⁸⁰ E. PISTOIA, *Il muro invisibile ma impervio di Ventimiglia*, in *Federalismi.it*, 3, 2018, 1-16.

condotto al posto di frontiera, che gli sia fornita l'assistenza dovuta alla presenza di un amministratore ad hoc e di operare un esame effettivo della domanda di ingresso, anche se l'allontanamento era già stato eseguito.

3. Alcune considerazioni conclusive: l'effettività dei diritti alla prova delle prassi amministrative

L'analisi della giurisprudenza comparata ha consentito di confermare quanto affermato nel paragrafo introduttivo in relazione alla natura determinante della fase di manifestazione della necessità di protezione e della relativa formalizzazione della domanda da parte delle autorità competenti, in quanto prodromica all'accesso alla procedura asilo e alle relative garanzie sostanziali e procedurali. Inoltre, l'effettività della presa in carico della richiesta da parte della pubblica amministrazione diviene condizione necessaria per il godimento di ulteriori garanzie previste dalla normativa europea e nazionale, le quali dipendono dalla qualificazione della condizione giuridica dello straniero quale persona richiedente protezione internazionale, anche nel caso di ingresso irregolare sul territorio nazionale⁸¹. Dall'effettività del diritto di chiedere pro-

⁸¹ In decisa controtendenza rispetto al riconoscimento di una garanzia piena del diritto a presentare domanda di protezione internazionale alla frontiera, a fronte del diritto dello Stato di controllare gli ingressi sul proprio territorio, sembra andare la recente sentenza della Grande Camera della Corte EDU nel caso N.D. e N.T. c. Spagna (appl. n. 8675/15 e 8697/15), del 13 febbraio 2020. Per un primo commento, F. MUSSI, *La sentenza N.D. e N.T. della Corte Europea dei Diritti Umani: uno "schiaffo" ai diritti dei migranti alle frontiere terrestri?*, in *SIDIBlog*, 19 marzo 2020 (URL: <http://www.sidiblog.org/2020/03/19/la-sentenza-n-d-e-n-t-della-corte-europea-dei-diritti-umani-uno-schiaffo-ai-diritti-dei-migranti-alle-frontiere-terrestri/>); G. SANTOMAURO, *La controversa decisione della Corte Edu nel caso N.D. e N.T. c. Spagna sul divieto di espulsioni collettive: il diritto di avere diritti a rischio per i richiedenti asilo?*, in *ADiM BLOG*, 31 marzo 2020 (URL: <http://www.adimblog.com/2020/03/31/la-contro-versa-decisione-della-corte-edu-nel-caso-n-d-e-n-t-c-spagna-sul-divieto-di-espulsioni-collettive-il-diritto-di-avere-diritti-a-rischio-per-i-richiedenti-asilo/>); D. THYM, *A Restrictionist Revolution? A Counter-Intuitive Reading of the ECtHR's N.D. & N.T.-Judgment on 'Hot Expulsions'*, in *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, 17

tezione dipende l'attribuzione dello status di persona richiedente protezione o, in alternativa, quello di persona irregolarmente presente: se il primo garantisce l'accesso al sistema nazionale di accoglienza, seppur nella forma della accoglienza straordinaria successivamente alle modifiche introdotte dal d.l. 133/2018⁸², il secondo espone la persona al rischio di essere sottoposto a misure di trattenimento e quindi di allontanamento dal territorio nazionale⁸³.

Appare quindi evidente come l'effettività delle garanzie, sostanziali e procedurali, che l'ordinamento prevede nelle prime fasi di contatto tra persona migrante e autorità nazionali diviene un presupposto irrinunciabile del funzionamento dell'intero sistema di protezione internazionale, quantomeno nella prospettiva della tutela dei diritti delle persone che manifestano la volontà di richiederne l'attivazione. In tal senso, il richiamo all'effettività delle garanzie previste rappresenta un elemento comune all'interno delle decisioni giurisprudenziali analizzate, trovando spesso una efficace sponda nel diritto europeo. Rispetto a tale dimensione – quella europea – l'effettività delle garanzie e dei rimedi assume la natura di principio generale funzionale ad assicurare una tutela effettiva nei singoli casi concreti oggetto di ricorso. Da ciò deriva il divieto di adottare prassi amministrative contrarie o comunque elusive rispetto alle garanzie previste a livello normativo e il dovere in capo all'amministrazione competente di assicurare le condizioni organizzative e ambientali, oltre che procedurali, di una soddisfazione in concreto del diritto della persona che abbia manifestato la volontà di chiedere protezione di ottenere la formalizzazione della domanda nei termini previsti dalla normativa⁸⁴.

febbraio 2020 (URL: <http://eumigrationlawblog.eu/a-restrictionist-revolution-a-counter-intuitive-reading-of-the-ecthrs-n-d-n-t-judgment-on-hot-expulsions/>).

⁸² Cfr. N. VETTORI, *Servizio pubblico di accoglienza e diritti fondamentali dei richiedenti asilo. Profili di illegittimità della riforma introdotta dal d.l. n. 113/2018*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 3, 2019, 133-157; M. GIOVANNETTI, *La frontiera mobile dell'accoglienza per richiedenti asilo e rifugiati in Italia. Vent'anni di politiche, pratiche e dinamiche di bilanciamento del diritto alla protezione*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 1, 2019, 1-29.

⁸³ Su tale aspetto, D. BELLUCCIO, *op. cit.*, 7.

⁸⁴ Da ultimo, Trib. Roma, n. 17275/2020, 7 aprile 2020, su cui sia consentito il rinvio a S. PENASA, *La formalizzazione della domanda di protezione internazionale come*

Di conseguenza, il principio di buon andamento della pubblica amministrazione deve trovare realizzazione nella fase fisiologica della procedura di formalizzazione della domanda e in particolare si sostanzia, attraverso il richiamo alla giurisprudenza analizzata, nel dovere di prendere in carico la domanda, anche nel caso di presentazione a una autorità non competente e di esaurire la pratica nei termini previsti dalla normativa europea, non potendo l'amministrazione invocare giustificazioni connesse alla dimensione del fenomeno per sottrarsi a ciò che a livello giurisprudenziale assume natura di obbligo di risultato⁸⁵; e nel divieto di prevedere o comunque richiedere adempimenti o requisiti ulteriori o diversi da quanto formalmente previsto dalla normativa, i quali possano di fatto impedire o rendere più difficoltosa l'effettiva presentazione o formalizzazione della domanda.

Nel caso in cui l'amministrazione risulti inadempiente, i casi analizzati sembrano fornire, una volta superato lo scoglio dell'accesso effettivo alla giustizia da parte di persone che generalmente versano in condizioni di fragilità personale, sociale ed economica, un quadro esaustivo dei rimedi concretamente attivabili. In particolare, la possibilità di attivare le procedure di urgenza (nel diritto italiano, *ex art. 700 c.p.c.*) rappresenta una costante anche a livello comparato, che viene giustificata dalla natura di diritto fondamentale delle posizioni soggettive coinvolte, così come il richiamo a norme europee, che possono essere utilizzate per proporre una interpretazione conforme al diritto UE della normativa interna ma anche per giungere alla non applicazione della norma interna contrastante con quanto previsto dalla normativa europea. Dal punto di vista della natura del rimedio, l'effettività della tutela può considerarsi esaustiva in tutti quei casi nei quali le corti – in sede di ottemperanza – prevedono un termine perentorio, generalmente ristretto, entro il quale l'amministrazione è chiamata a rimediare ai comportamenti omissivi o illegittimi posti in essere, formalizzando la domanda dei ricorrenti eventualmente anche mediante un *facere* particolarmente one-

“zona d'ombra” del diritto dell'immigrazione: l'emergenza sanitaria e la giusta distanza, in ADiM Blog, giugno 2020 (URL: <http://www.adimblog.com/wp-content/uploads/2020/06/ADiM-BLOG-Penasa-DEFINITIVO.pdf>).

⁸⁵ Cfr. ad esempio quanto affermato dal Tribunale amministrativo di Parigi (vedi nota 63).

roso, quale quello di ricontattare le autorità nazionali del Paese verso il quale sia avvenuto l'allontanamento senza che sia stata garantita allo straniero la possibilità di manifestare la volontà di chiedere protezione e di riprendere in carico la persona al fine di completare l'*iter* di formalizzazione della domanda, come nei casi relativi alla Francia. Ciò può avvenire anche attraverso l'annullamento di misure gestionali del servizio inadeguate e che comunque costituiscono un ostacolo ulteriore per il richiedente (Belgio) o l'ordine di rafforzare le risorse infrastrutturali e umane dedicate al servizio di registrazione delle domande (Francia).

In ultima analisi, i casi analizzati esprimono un inedito ambito di applicazione delle garanzie relative all'effettività dei diritti e dei rimedi previsti a livello europeo e nazionale: la fase preliminare e prodromica all'attivazione della procedura asilo. Questa fase è caratterizzata da una necessaria interlocuzione tra persona straniera e autorità amministrative nazionali, nella quale la prima rischia di trovarsi indifesa (nuda, secondo la già richiamata immagine agambeniana) di fronte a eventuali comportamenti omissivi o impeditivi rispetto all'esercizio del diritto a chiedere protezione posti in essere dalle seconde. Ciò può produrre un vuoto di tutela destinato a produrre deleteri effetti a cascata in ambiti ulteriori a quello dell'accesso alla procedura asilo, quali la possibilità di permanere in modo legale sul territorio nazionale e di usufruire delle garanzie relative all'accoglienza e nei confronti di un eventuale trattenimento. Il diritto a chiedere protezione è destinato a rappresentare inevitabilmente una delle più probanti sfide per l'effettività dei diritti della persona straniera, rispetto alla quale le corti nazionali – anche attraverso la valorizzazione della propria natura di giudici europei⁸⁶ – sono chiamate a svolgere un ruolo decisivo al fine di ridurre, ove possibile, l'evidente scollamento tra garanzie previste *in the books* e prassi adottate *in action*.

⁸⁶ Sul ruolo del sistema giudiziario europeo nell'ambito della protezione internazionale, cfr. G. ROMEO, S. PENASA, *Sovereignty based Arguments and the European Asylum System: Searching for a European Constitutional Moment?*, in *European Journal of Migration and Law*, 1, 2020, in particolare 27 ss.

TUTELA GIURISDIZIONALE EFFETTIVA E TUTELA DELLA SICUREZZA DELLO STATO NEL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA

*Antonino Ali**

SOMMARIO: 1. *Minaccia terroristica ed espulsione dal territorio dello Stato.* 2. *Il procedimento di espulsione per motivi di terrorismo nel Regno Unito: la Commissione speciale per i ricorsi in materia di immigrazione.* 3. *L'interpretazione conforme degli artt. 30 e 31 della direttiva 2004/38 all'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.* 4. *L'estensione della tutela giurisdizionale nel campo delle sanzioni adottate dall'UE nel settore della Politica Estera e di sicurezza comune (Pesc).* 5. *Il trattamento delle informazioni o degli atti che interessano la sicurezza dell'Unione o quella di uno o più dei suoi Stati membri o le loro relazioni internazionali.* 6. *Osservazioni conclusive.*

1. Minaccia terroristica ed espulsione dal territorio dello Stato

L'espulsione e il divieto di ingresso nel territorio dello Stato di individui considerati una minaccia per la sicurezza nazionale sono tra gli strumenti di prevenzione più ampiamente utilizzati nel corso degli ultimi vent'anni in Europa per far fronte alla minaccia terroristica. A queste misure se ne sono aggiunte altre quali, ad esempio, il rifiuto della cittadinanza o, come previsto in alcuni ordinamenti, la revoca della stessa¹.

In base all'art. 4, par. 2 del Trattato sull'Unione europea, l'Unione europea rispetta «le funzioni essenziali dello Stato» e in particolare

le funzioni di salvaguardia dell'integrità territoriale, di mantenimento dell'ordine pubblico e di tutela della sicurezza nazionale. In particolare,

* PhD, Professore di Diritto Internazionale, Università di Trento.

¹ Sui delicati problemi sollevati dalla revoca della cittadinanza nel diritto internazionale si rinvia a L. PANELLA, *Sulla revoca della cittadinanza come misura degli Stati per combattere il fenomeno dei foreign fighters*, in *federalismi.it*, 25 settembre 2015 (disponibile al link <http://www.federalismi.it/document/25092015122719.pdf>).

la sicurezza nazionale resta di esclusiva competenza di ciascuno Stato membro.

Queste esigenze emergono puntualmente nella normativa dell'Unione sia a livello primario² che secondario. Le deroghe per motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza e relative alla sicurezza nazionale sono disseminate in regolamenti, direttive e decisioni.

Un esempio classico è quello relativo alla disciplina del diritto dei cittadini dell'Unione europea e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri. Questo diritto incontra delle limitazioni, come esplicitato all'articolo 27, paragrafo 1, della direttiva 2004/38/CE del Parlamento e del Consiglio del 29 aprile 2004³ che dispone:

Gli Stati membri possono, infatti, limitare la libertà di circolazione [e di soggiorno] di un cittadino dell'Unione o di un suo familiare, qualunque sia la sua cittadinanza, per motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza o di sanità.

I paragrafi 1 e 2 dell'art. 30, della direttiva prevedono inoltre

1. Ogni provvedimento adottato a norma dell'articolo 27, paragrafo 1, è notificato per iscritto all'interessato secondo modalità che consentano a questi di comprenderne il contenuto e le conseguenze.
2. I motivi circostanziati e completi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza o di sanità pubblica che giustificano l'adozione del provvedimento nei suoi confronti sono comunicati all'interessato, salvo che vi ostino motivi attinenti alla sicurezza dello Stato.

Come appare evidente, le disposizioni suddette affermano il diritto a una tutela giurisdizionale effettiva attraverso il riconoscimento del diritto ad un'informazione completa sul contenuto e le conseguenze sul prov-

² Si pensi all'art. 346 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea che autorizza gli Stati membri a non fornire informazioni, la cui divulgazione sia considerata contraria agli interessi essenziali della propria sicurezza.

³ In GUUE L 158 del 30 aprile 2004.

vedimento limitativo della circolazione (e di soggiorno) del cittadino europeo o di un suo familiare per motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza o di sanità.

Tuttavia, motivi attinenti alla «sicurezza dello Stato» possono ostare ad una comunicazione dei «motivi circostanziati e completi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza o di sanità pubblica».

La sicurezza dello Stato nella direttiva 2004/38/CE è considerata una ragione sufficiente per limitare la comunicazione dei motivi (circostanziati e completi) che sono lo strumento per misurare/controlare l'adozione dei provvedimenti restrittivi da parte di uno Stato membro. La normativa appena evidenziata è esemplificativa delle dinamiche che intercorrono tra l'esercizio di diritti riconosciuti dal diritto dell'Unione (quali la tutela giurisdizionale effettiva nei confronti dei provvedimenti adottati per ragioni di ordine pubblico, di pubblica sicurezza o di sanità pubblica) e la sicurezza dello Stato. La disciplina analizzata offre, infatti, lo spunto per introdurre l'esame del tema del bilanciamento delle esigenze di sicurezza nazionale e le garanzie offerte dall'art. 47 («Diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale») della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. La giurisprudenza della Corte di giustizia in materia presenta a tal proposito alcuni spunti interessanti per comprendere queste dinamiche. In particolare, il caso *ZZ contro Secretary of State for the Home Department* deciso dalla Grande sezione della Corte di giustizia dell'Unione europea il 4 giugno 2013⁴ è esemplare in questo senso; la normativa sulle espulsioni e il respingimento nel Regno Unito è stata esaminata sotto il profilo della sua compatibilità con il diritto dell'Unione europea.

2. Il procedimento di espulsione per motivi di terrorismo nel Regno Unito: la Commissione speciale per i ricorsi in materia di immigrazione

L'ordinamento del Regno Unito ha recepito la direttiva 2004/38 con l'*Immigration (European Economic Area) Regulations 2006*. Sulla base

⁴ C. giust. UE 4 giugno 2013, *ZZ contro Secretary of State for the Home Department*, C-300/11, EU:C:2013:363.

di questa normativa e di una legge del 1997 (*Special Immigration Appeals Commission Act 1997*)⁵ è stato previsto un organo e un procedimento giurisdizionale apposito per risolvere i profili relativi al bilanciamento delle esigenze di giustizia con quelle securitarie. La Commissione speciale per i ricorsi in materia di immigrazione (*Special Immigration Appeals Commission* (SIAC)) è una Corte d'appello istituita dalla legge, presieduta da un giudice dell'Alta Corte. La SIAC ha una competenza speciale in materia di immigrazione, *intelligence* e sicurezza. Davanti ad essa possono essere impugnate le decisioni di respingimento o di espulsione dal territorio, di rifiuto o di revoca della cittadinanza per ragioni di sicurezza nazionale. Il procedimento speciale davanti a questo organo giurisdizionale consente di esaminare materiale classificato quando si esaminano i ricorsi in materia di immigrazione e quelli relativi alla cittadinanza. Il regolamento di procedura (*Special Immigration Appeals Commission (Procedure) Rules 2003*) ha come interesse prioritario garantire che «non vengano divulgate informazioni contro gli interessi della sicurezza nazionale»⁶ nell'esercizio delle funzioni della SIAC.

La peculiare struttura di questo procedimento giurisdizionale, come verrà illustrato più avanti, ha costituito il punto di avvio di un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia che, per l'importanza della questione, è stato esaminato dalla Grande sezione⁷.

La questione pregiudiziale era stata sollevata nel 2011 dai giudici del Regno Unito della *Court of Appeal (England & Wales) Civil Division* sull'interpretazione dell'art. 30, par. 2 della direttiva 2004/38/CE, alla luce dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea («Diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale»). Il caso era scaturito a seguito della decisione delle autorità inglesi (*Secretary of State for Home Department*) di vietare l'ingresso nel territorio del Regno Unito al signor ZZ, nato in Marocco, con doppia cittadinanza francese e algerina, residente legalmente dal 1990 al 2005 nel Regno Unito, con

⁵ Disponibile al link <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1997/68/contents>.

⁶ Art. 4, par. 1 e 3 del Regolamento. V. <http://www.legislation.gov.uk/uksi/2003/1034/contents/made>.

⁷ Per un commento v. F. GUELLA, *La disclosure nell'effettività della tutela giurisdizionale e le ragioni "riservate" di sicurezza nazionale nell'allontanamento dei cittadini stranieri*, in *Dir. pubb. comp. eur.*, 4, 2013, 1293 ss.

diritto di soggiorno permanente dal 2004 nel Regno Unito e sposato con una cittadina del Regno Unito, con la quale aveva avuto otto figli. Il signor ZZ aveva richiesto nel marzo del 1995 di diventare cittadino britannico, ma la sua domanda era stata respinta nel 1999 per ragioni di sicurezza nazionale⁸. Successivamente, nel settembre 2006 al suo rientro nel Regno Unito all'aeroporto di Heathrow proveniente da Algeri il *Secretary of State* aveva deciso di revocare il diritto di soggiorno e aveva disposto il divieto di ingresso nel territorio per ragioni di pubblica sicurezza e il rientro immediato del sig. ZZ ad Algeri⁹. Lo stesso giorno ZZ veniva rimpatriato in Algeria. Secondo le autorità di sicurezza britanniche, il signor ZZ era stato coinvolto nel Gruppo islamico armato (GIA) e implicato in attività terroristiche tra il 1995 e il 1996. ZZ decideva di impugnare il provvedimento alla base del negato ingresso nel territorio del Regno Unito.

Si apriva così un contenzioso davanti alla Commissione speciale per i ricorsi in materia di immigrazione (SIAC). In considerazione della necessità di tutelare la segretezza delle prove utilizzate a sostegno delle decisioni in questo campo l'art. 6 della legge del 1997 istitutiva della SIAC prevede che l'*Attorney General* possa designare un avvocato speciale (*special advocate*) per rappresentare gli interessi di un ricorrente in tutte

⁸ La richiesta di cittadinanza sarebbe stata successivamente respinta altre due volte (v. la decisione SIAC del 30 luglio 2008, http://siac.decisions.tribunals.gov.uk/Documents/outcomes/ZZ_Draft.pdf). Si legge a tale riguardo: «On 25th August 2005 the Home Secretary personally decided to cancel ZZ's indefinite leave to remain and to exclude him on the grounds that his presence was not conducive to the public good for reasons of national security».

⁹ Sulle problematiche relative al diniego dello *status* di soggiornante di lungo periodo e l'allontanamento dal territorio dei cittadini di Stati terzi sulla base degli artt. 6, 12 e 17 della direttiva 2003/109 v. P. DE PASQUALE, *Il trattamento degli "stranieri lungo soggiornanti" fra libera circolazione e profili economici della parità di trattamento*, in S. AMADEO, F. SPITALERI, *Le garanzie dell'immigrato in Europa*, Torino, 2015, 40-41. Più in generale sui presupposti per l'allontanamento degli "stranieri cittadini europei" v. C. MORVIDUCCI, *I diritti dei cittadini europei*, Torino, 2014, 241 ss. e M. DI FILIPPO, *L'allontanamento dello straniero nella normativa dell'Unione europea*, in A.M. CALAMIA, M. DI FILIPPO, M. GESTRI (a cura di), *Immigrazione, Diritto e Diritti: profili internazionalistici ed europei*, Padova, 2012, 429 ss. e EAD., *L'allontanamento dello straniero nel diritto internazionale*, *ibid.*, 409 ss.

le udienze nelle quali il ricorrente e i suoi rappresentanti legali siano esclusi¹⁰.

Nel caso di specie, il *Secretary of State* aveva negato la comunicazione a ZZ degli elementi sui quali si fondava l'opposizione al suo ricorso ed erano stati nominati due avvocati speciali per rappresentare gli interessi di ZZ che, da un lato, si consultavano con ZZ sugli «elementi probatori non secretati» e, dall'altro, con il *Secretary of State* sugli «elementi probatori secretati». Una parte dei procedimenti davanti alla SIAC avveniva a porte chiuse senza la presenza di ZZ, ma con quella degli avvocati speciali.

Nella decisione non secretata la SIAC affermava che il comportamento individuale di ZZ rappresentava una minaccia reale, attuale e sufficientemente grave per un interesse fondamentale della società, vale a dire la pubblica sicurezza, e che tale interesse prevaleva sul diritto del ricorrente e dei suoi familiari di vivere insieme nel Regno Unito. Veniva così respinto il ricorso di ZZ davanti alla Commissione speciale.

ZZ interponeva appello e la Court of Appeal sollevava la questione pregiudiziale alla Corte domandando:

se l'articolo 30, paragrafo 2, della direttiva 2004/38, letto alla luce segnatamente dell'articolo 47 della Carta, debba essere interpretato nel senso di richiedere che un giudice nazionale, investito del ricorso di un cittadino dell'Unione contro una decisione di diniego d'ingresso adottata a norma dell'articolo 27, paragrafo 1, della medesima direttiva, si assicuri che sia resa nota all'interessato la sostanza dei motivi di pubblica sicu-

¹⁰ Sul rapporto tra sicurezza nazionale e prove secretate v. D. BIGO, S. CARRERA, N. HERNANZ, A. SCHERRER, *National security and secret evidence in legislation and before the courts: exploring the challenges*, European Parliament, Study for the LIBE Committee, 2014 e D. COLE, F. FABBRINI, A. VEDASCHI, *Secrecy, national security and the vindication of constitutional law*, Cheltenham, 2013. Giova segnalare che anche nell'ordinamento danese su ispirazione del modello britannico è stato costituito nel 2009 un procedimento giurisdizionale speciale con un procedimento a porte chiuse e avvocati speciali con il fine di tutelare la confidenzialità delle informazioni segrete. V. a tale riguardo J.E. RYTTER, *Counter-terrorism judicial review by a traditionally weak judiciary*, in F.F. DAVIS, F. DE LONDRAS, *Critical debates on counter-terrorist judicial review*, Cambridge, 2014, 68 ss.

rezza sottesi a detta decisione quando l'autorità nazionale competente asserisce, dinanzi a detto giudice, che motivi attinenti alla sicurezza dello Stato ostano a una tale divulgazione¹¹.

3. *L'interpretazione conforme degli artt. 30 e 31 della direttiva 2004/38 all'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*

Il punto da cui muove l'intera vicenda del caso ZZ è la circostanza che l'autorità britannica responsabile della sicurezza dello Stato (*Secretary of State*) non aveva comunicato la motivazione circostanziata e completa alla base del provvedimento di diniego d'ingresso.

Giova osservare che l'Italia, intervenuta nel procedimento, aveva sottolineato che la questione sollevata avrebbe riguardato una materia disciplinata dal diritto nazionale al di fuori delle competenze dell'Unione¹². In particolare venivano richiamati l'art. 4, par. 2, TUE e, inoltre, l'art. 346, par. 1, lett. a), TFUE¹³. Lo Stato obiettava che la vicenda esaminata sfuggiva all'ambito della giurisdizione della Corte e, in altri termini, che gli Stati membri sono «gli unici rappresentanti della sicurezza dello Stato». Tuttavia, la Corte rispondeva a quest'ultimo argomento ricordando che,

sebbene spetti agli Stati membri decidere le misure idonee a garantire la loro sicurezza interna ed esterna, la mera circostanza che una decisione riguardi la sicurezza dello Stato non può comportare l'inapplicabilità del diritto dell'Unione¹⁴.

In questo modo la Corte ha di fatto ridimensionato la portata dell'affermazione contenuta nell'art. 4, par. 2, TUE, ribadendo che, anche nei campi di competenza statale, possono esservi delle interferenze e dei limiti dovuti all'applicazione del diritto UE.

¹¹ In particolare, il giudice inglese domandava se questa interpretazione si imponesse anche alla luce dell'art. 346, par. 1, lett. a) TFUE. L'articolo veniva anche richiamato anche dal governo italiano intervenuto nel procedimento. Tuttavia, la Corte non ha ritenuto di dover rispondere a questa opzione interpretativa.

¹² Par. 35 della sentenza.

¹³ V. *supra* nota 2.

¹⁴ V. sul punto Corte di giustizia, sentenza del 15 dicembre 2009, *Commissione/Italia*, C-387/05, par. 45, ECLI:EU:C:2009:781.

Per giustificare la mancata comunicazione degli elementi di prova alla base del provvedimento di diniego di ingresso, il Regno Unito aveva fatto perno sulla necessaria segretezza degli stessi. Il procedimento davanti alla SIAC, come già indicato, è strutturato in maniera tale che non vengano divulgate informazioni che possano danneggiare la sicurezza dello Stato. Nella prospettiva del Regno Unito il processo davanti alla SIAC si svolge in maniera tale da garantire l'azione dello Stato e dei suoi apparati di sicurezza e da fornire, al contempo, una motivazione che spieghi le ragioni alla base dell'adozione del provvedimento di espulsione.

È di tutta evidenza che la motivazione consente di 'misurare' il provvedimento statale per valutarne la legittimità. I fatti e le circostanze che sono poste a fondamento del respingimento alla frontiera sono di fondamentale importanza per attuare una tutela giurisdizionale piena.

Tuttavia, come già evidenziato in precedenza, gli Stati possono limitare l'accesso alle informazioni per motivi concernenti la sicurezza dello Stato. Questa rilevante deroga al principio espresso negli artt. 30 e 31 della direttiva 2004/38 (e nell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali) deve essere interpretata in maniera restrittiva ma, come nota la Corte (v. par. 49) «senza tuttavia privarla della sua efficacia pratica».

A tale riguardo è noto che in base all'art. 52, par. 1 della Carta,

[e]ventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà. Nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui.

La Corte si è, pertanto, confrontata con la questione relativa alla compatibilità della limitazione (significativa) del diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva in materia della sicurezza nazionale con il contenuto essenziale di questo diritto espresso all'art. 47 della Carta. Affinché il controllo giurisdizionale garantito dall'art. 47 della Carta sia efficace, occorre la necessaria conoscenza della motivazione della decisione. In questo modo il destinatario della decisione può difendere i suoi diritti

pienamente e può decidere se adire il giudice competente. Inoltre, la motivazione consente all'organo giurisdizionale di esercitare in maniera completa un controllo sulla legittimità della decisione nazionale in questione. In questo senso è fondamentale per garantire il diritto al contraddittorio che le parti conoscano le circostanze e i documenti e, quindi, abbiano preso conoscenza di tutte le prove e osservazioni presentate al giudice per decidere.

Tuttavia, come sottolinea la Corte richiamando la propria giurisprudenza (e in particolare il noto caso *Kadi*),

può rivelarsi necessario, tanto in un procedimento amministrativo quanto in uno giurisdizionale, non comunicare talune informazioni all'interessato, in particolare per considerazioni imperative attinenti alla sicurezza dello Stato¹⁵.

Sussistono, infatti, casi, eccezionali in cui un'autorità nazionale può opporsi invocando la sicurezza dello Stato.

In questi casi, come osserva la Corte, l'ordinamento giuridico deve prevedere «tecniche e norme di diritto processuale» che consentano al giudice

di conciliare le legittime preoccupazioni di sicurezza dello Stato, quanto alla natura e alle fonti di informazione prese in considerazione nell'adottare la decisione di cui trattasi, con la necessità di garantire adeguatamente al soggetto il rispetto dei suoi diritti processuali, quali il diritto di esporre la propria difesa e il principio del contraddittorio¹⁶.

In buona sostanza, gli Stati possono eccepire considerazioni imperative di sicurezza ma devono anche adottare norme processuali che consentano al giudice di conoscere l'insieme dei motivi e gli elementi di prova pertinenti. Le autorità nazionali devono dimostrare che la sicurezza dello Stato sarebbe compromessa in concreto se all'interessato venisse fornita una motivazione circostanziata. Il giudice deve pertanto es-

¹⁵ C. giust., 3 settembre 2008, *Kadi e Al Barakaat International Foundation/Consiglio e Commissione*, C-402/05 P e C-415/05 P, ECLI:EU:C:2008:461, punti 342 e 344.

¹⁶ Par. 57 della sentenza.

sere in grado di comprendere se la sicurezza dello Stato impedisca la comunicazione degli elementi di diritto e di fatto. Potrebbe avvenire, infatti, che il giudice si convinca che queste esigenze di segretezza non sussistano e in questo caso chiederà all'autorità nazionale di sicurezza di rivelare la motivazione e gli elementi probatori al destinatario del provvedimento. In caso di mancata ottemperanza, il giudice deciderà sulla base dei soli elementi offerti, sottolineando, se del caso, l'insufficienza della motivazione in quanto non sufficientemente circostanziata. Se, al contrario, il giudice si convinca della necessità di non divulgare la motivazione in maniera completa, il procedimento deve adeguatamente bilanciare la sicurezza con la tutela giurisdizionale effettiva. Le eventuali limitazioni all'art. 47 della Carta dovranno essere limitate «allo stretto necessario».

In ogni caso, afferma la Corte, sarà obbligatoria la comunicazione della sostanza della motivazione sulla quale è fondata la decisione di diniego d'ingresso adottata sulla base dell'art. 27 della direttiva 2004/38.

Pertanto, i giudici del Lussemburgo hanno risposto affermando la necessità che:

il giudice nazionale competente si assicuri che la mancata comunicazione all'interessato, da parte dell'autorità nazionale competente, della motivazione circostanziata e completa [...] nonché degli elementi di prova pertinenti, sia limitata allo stretto necessario e che, in ogni caso, sia comunicata all'interessato la sostanza di detti motivi in una maniera che tenga debito conto della necessaria segretezza degli elementi di prova.

La Corte nella sua sentenza ha, pertanto, affermato la compatibilità con il diritto UE delle regole processuali ed amministrative di uno Stato membro che bilanciano tra finalità di interesse generale (quale quelle relative alla sicurezza nazionale) e la tutela giurisdizionale.

Va da sé che la posizione della Corte, confermando l'impostazione della direttiva 2004/38, finisce per consentire in casi eccezionali una limitazione nel dettaglio della motivazione del provvedimento adottato dalle autorità di pubblica sicurezza e, di fatto, questa deroga comporta una limitazione del diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva in questo settore.

Queste limitazioni al diritto di difesa devono essere compensate tuttavia con procedure adottate dalle autorità giudiziarie. In questo senso la

Corte europea dei diritti dell'uomo nella causa *A. e a. c. Regno Unito* esaminando «il sistema degli avvocati speciali» ha riconosciuto che la percezione della necessità di proteggere lo Stato in una «public emergency threatening the life of the nation»¹⁷ giustificava l'esistenza di limitazioni nella divulgazione delle fonti di informazione per evitare di compromettere la sicurezza nazionale. Ciò che rileva è che vengano fornite informazioni sufficienti sulle accuse mosse nei loro confronti per consentire loro di istruire efficacemente gli avvocati speciali e opportune garanzie procedurali¹⁸. In questo senso l'avvocato speciale svolge un ruolo chiave «nel controbilanciare la mancanza di piena divulgazione e la mancanza di un'audizione completa, aperta, contraddittoria, verificando le prove e mettendo argomenti a favore del detenuto durante le udienze chiuse»¹⁹.

Il caso *ZZ* conferma in ogni caso che le autorità nazionali godono di un ampio margine discrezionale al fine di appurare se un determinato individuo possa costituire una minaccia potenziale per la sicurezza pubblica e possono procedere a una valutazione globale degli elementi caratterizzanti. Il sindacato giurisdizionale in questo senso dovrà a verificare le solidità dei fatti posti alla base delle decisioni delle autorità di pubblica sicurezza²⁰.

¹⁷ Caso *A. e altri c. Regno Unito* del 19 febbraio 2009 (3455/05), par. 216.

¹⁸ La Corte afferma in questo senso al par. 205, che «The Court has held nonetheless that, even in proceedings under Article 6 for the determination of guilt on criminal charges, there may be restrictions on the right to a fully adversarial procedure where strictly necessary in the light of a strong countervailing public interest, such as national security, the need to keep secret certain police methods of investigation or the protection of the fundamental rights of another person. There will not be a fair trial, however, unless any difficulties caused to the defendant by a limitation on his rights are sufficiently counterbalanced by the procedures followed by the judicial authorities».

¹⁹ Par. 220 della sentenza.

²⁰ V. in relazione all'interpretazione dell'articolo 6, paragrafo 1, lettera d), della direttiva 2004/114/CE del Consiglio, del 13 dicembre 2004, relativa alle condizioni di ammissione dei cittadini di paesi terzi per motivi di studio, scambio di alunni, tirocinio non retribuito o volontariato (GU 2004, L 375, pag. 12), Corte di giustizia, sentenza 4 aprile 2017, *Sahar Fahimian*, C-544/15, §§ 37-50, ECLI:EU:C:2017:255.

4. *L'estensione della tutela giurisdizionale nel campo delle sanzioni adottate dall'UE nel settore della Politica Estera e di sicurezza comune (Pesc)*

Appare utile per offrire un quadro più ampio della tematica relativa alla tutela giurisdizionale in settori cardine quali quello della sicurezza dello Stato analizzare la posizione della Corte in alcuni casi in cui ha affrontato la questione relativa alla tutela giurisdizionale nei confronti delle misure restrittive (sanzioni) adottate nel settore della politica estera e di sicurezza comune.

Come noto, l'Unione, da un lato, funge da 'interfaccia' per le misure adottate dalle Nazioni Unite e, dall'altro, agisce direttamente quando adopera sanzioni c.d. autonome (cioè in mancanza di una previa iniziativa onusiana). Queste sanzioni, adottate sulla base dell'art. 29 TUE e dell'art. 215 TFUE, possono determinare il congelamento delle risorse economiche e finanziarie di persone fisiche o giuridiche (attori non statali)²¹.

In base all'art. 275 TFUE par. 1, la Corte di giustizia dell'Unione europea non è competente per quanto riguarda «le disposizioni relative alla politica estera e di sicurezza comune, né per quanto riguarda gli atti adottati in base a dette disposizioni». Tuttavia, la Corte è competente a pronunciarsi sui ricorsi per il controllo della legittimità delle misure restrittive Pesc (par. 2).

La questione relativa al controllo di legittimità dei regolamenti che attuano sanzioni nei confronti individui o entità considerate terroristiche ha sollevato più volte davanti alla Corte di giustizia il delicato problema del “metro di controllo”, ovvero la misura del controllo giurisdizionale nei confronti di dette misure.

Nel corso di una vicenda processuale decennale, il Tribunale aveva annullato nel 2010²² il regolamento che congelava i capitali del sig. Kadi

²¹ Per un inquadramento sul tema v. C. MORVIDUCCI, *Le misure restrittive dell'Unione europea e il diritto internazionale: alcuni aspetti problematici*, in rivista.eurojus.it, 2019, 77 ss. e M. GESTRI, *Sanctions imposed by the European Union: Legal and institutional aspects*, in N. RONZITTI (a cura di), *Coercive diplomacy, sanctions and international law*, Leiden, 2016, 70 ss.

²² Sentenza del Tribunale del 30 settembre 2010 «Kadi II», (T-85/09).

affermando l'esistenza di un controllo giurisdizionale completo e rigoroso esteso «alla valutazione dei fatti e delle circostanze addotti per giustificarla, nonché alla verifica degli elementi di prova e di informazione su cui è fondata tale valutazione»²³.

A seguito dell'appello avverso la sentenza del Tribunale da parte della Commissione, del Consiglio e del Regno Unito, l'Avvocato Generale Bot rassegnava le sue conclusioni²⁴. In queste ultime l'Avv. Gen. criticava fortemente la posizione del Tribunale pronunciandosi a favore di un controllo («normale») di legittimità esterna e non piena (o interna) come affermato dal Tribunale.

Alla base del suo ragionamento l'Avv. Gen. pone alcune argomentazioni che poggiano su quelle disposizioni dei Trattati che fanno riferimento alla pace e alla sicurezza internazionali e al rispetto dei principi della Carta delle Nazioni unite (v. art. 2 par. 5 TUE, art. 21, par. 1 TUE, art. 220, par. 1 TFUE). Inoltre, viene sottolineato il ruolo fondamentale del Consiglio di sicurezza in materia e quanto sia «difficile immaginare un settore politico più importante e più complesso, che implica valutazioni relative alla tutela della sicurezza internazionale» (par. 78).

Come osservato dall'Avv. Gen. Bot,

in cambio del riconoscimento di una libertà di valutazione alle autorità politiche competenti e della conseguente limitazione del controllo di legittimità sostanziale, il giudice dell'Unione rafforza i vincoli formali e procedurali ai quali esso subordina l'adozione dell'atto²⁵.

Va osservato, a tal proposito, che l'argomento relativo al rapporto tra giurisdizione e questioni politiche, «rispetto alla quale anche la minima interferenza giurisdizionale sarebbe inadeguata», era già stato affrontato

²³ Par. 143 della sentenza del Tribunale.

²⁴ Conclusioni del 19 marzo 2013 nelle cause riunite C-584/10 P, C-593/10 P e C-595/10 P, *Commissione europea, Consiglio dell'Unione europea e Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord contro Yassin Abdullah Kadi*, ECLI:EU:C:2013:176.

²⁵ Così l'Avv. Gen. Bot citando D. RITLENG, *Le juge communautaire de la légalité et le pouvoir discrétionnaire des institutions communautaires*, AJDA, 1999, 645 e ID., in *Contentieux de l'Union européenne*, 1, *Annulation, Exception d'illégalité*, Lamy, 2011, 218.

dall'Avv. Gen. Poiares Maduro nel caso *Kadi* che però aveva ritenuto questa impostazione «insostenibile»²⁶.

Per ciò che concerne la motivazione, dopo aver sottolineato l'importanza della comunicazione delle ragioni alla base dell'iscrizione nelle liste dei soggetti alle misure restrittive, l'Avv. Gen. Bot ribadisce che nella motivazione devono essere indicate

le ragioni specifiche e concrete per le quali l'autorità competente ha ritenuto che l'interessato dovesse essere oggetto di una misura restrittiva, di modo che detta esposizione consenta a quest'ultimo di comprendere ciò che gli viene contestato ed egli possa effettivamente difendersi contestando la motivazione addotta.

A parere dell'Avv. Gen. non è necessario che vengano specificati tutti gli elementi di fatto e di diritto pertinenti. Ciò che rileva è che l'interessato sia in grado, sulla base dell'esposizione della motivazione, di contestare la fondatezza dell'atto controverso, l'esistenza dei fatti menzionati, la loro qualificazione giuridica e il contenuto di tale atto sotto il profilo del principio di proporzionalità. Ciò non significa che le istituzioni dell'Unione debbano raccogliere presso il comitato per le sanzioni delle Nazioni unite tutti gli elementi di informazione o di prova di cui esso disponga e di trasmetterli successivamente alla persona iscritta. In questa prospettiva il controllo non può entrare della fondatezza (merito) dell'iscrizione nell'elenco, a meno che il procedimento di inserimento in lista abbia evidenziato «un errore manifesto nell'accertamento dei fatti, nella loro qualificazione giuridica o nella valutazione della proporzionalità del provvedimento».

²⁶ Conclusioni dell'Avv. Gen. del 16 gennaio 2008, *Yassin Abdullah Kadi e Al Barakat International Foundation contro Consiglio dell'Unione europea e Commissione delle Comunità europee*, Cause riunite C-402/05 P e C-415/05 P., ECLI:EU:C:2008:11, § 110.

5. Il trattamento delle informazioni o degli atti che interessano la sicurezza dell'Unione o quella di uno o più dei suoi Stati membri o le loro relazioni internazionali

La Corte di giustizia nel 2013 respingeva le impugnazioni proposte e l'interpretazione restrittiva dell'Avv. Gen. Bot e confermava la necessità di un «controllo, in linea di principio completo, della legittimità di tutti gli atti dell'Unione»²⁷. Pertanto, una volta comunicati i motivi dell'inserimento in lista all'interessato, le autorità dell'Unione competenti sono tenute sulla base delle osservazioni ai motivi formulate dall'interessato a chiedere la collaborazione del comitato per le sanzioni (e del membro dell'ONU che ha proposto l'inserimento della persona coinvolta) e provvedere alla «comunicazione di informazioni o di elementi probatori, riservati o meno, che le consentano di assolvere tale obbligo di esame accurato ed imparziale», ovvero «delle ragioni individuali, specifiche e concrete»²⁸. Richiamando il caso *ZZ*, la Corte ha affermato che spetta al giudice dell'Unione (così come avviene per la SIAC nell'ordinamento britannico) l'esame dei motivi, chiedendo, se necessario, all'autorità competente dell'Unione di produrre informazioni o elementi probatori, riservati o meno. In altri termini, occorre che venga comunicata una base fattuale sufficientemente solida anche se non necessariamente completa²⁹. La Corte di giustizia, in tal senso, sottolinea che «considerazioni imperative riguardanti la sicurezza dell'Unione o dei suoi Stati membri o la conduzione delle loro relazioni internazionali» possono determinare la mancata comunicazione di alcune informazioni o elementi probatori. Il segreto o la riservatezza delle informazioni o di elementi non possono essere, tuttavia, opposti alla Corte: spetta ad essa stessa attuare tecniche che consentano di bilanciare le esigenze di sicurezza relative alla natura e alle fonti di informazione e il principio del contraddittorio³⁰.

La Corte ha così elaborato un vero e proprio procedimento al fine di introdurre o meno nel processo informazioni o elementi probatori che

²⁷ Come affermato dal Tribunale nella sua sentenza del 2010 e dalla Corte di giustizia nel 2008.

²⁸ Par. 115-116 della sentenza della Corte.

²⁹ Par. 122.

³⁰ Par. 125.

riguardano la sicurezza dell'Unione o la sicurezza nazionale degli Stati membri o le loro relazioni internazionali. Secondo questa impostazione, quando il giudice dell'Unione ritiene che le ragioni ostative alla comunicazione non sono solide, domanderà all'autorità competente di trasmettere le stesse all'interessato. Se l'autorità si oppone il giudice procederà sulla base degli elementi che sono stati comunicati. Quando, invece, sussistono elementi che ostano alla comunicazione all'interessato di informazioni o elementi probatori prodotti dinanzi al giudice dell'Unione, occorrerà bilanciare adeguatamente le esigenze imposte dal diritto a una tutela giurisdizionale effettiva, e in particolare dal rispetto del principio del contraddittorio, con quelle relative alla sicurezza. In questo caso sarà possibile (come già visto nel caso ZZ) comunicare la sintesi del contenuto delle informazioni o degli elementi probatori in questione³¹.

La sentenza della Corte, che ha così chiuso il caso *Kadi*, ha introdotto nel sistema delle regole procedurali per la gestione di un processo nel quale, in deroga al principio del contraddittorio enunciato dall'art. 64 del regolamento, vengano in gioco informazioni o atti nel campo della sicurezza, di cui le autorità pubbliche (statale o europea) non desiderino la divulgazione.

Il sistema introdotto dalla Corte è stato, di fatto, codificato con la modifica del regolamento di procedura del Tribunale e l'introduzione di un Capo VII relativo alle «Informazioni o atti che interessano la sicurezza dell'Unione o quella di uno o più dei suoi Stati membri o le loro relazioni internazionali» e l'introduzione dell'art. 105 relativo al «Trattamento di informazioni o atti che interessano la sicurezza dell'Unione o quella di uno o più dei suoi Stati membri o le loro relazioni internazionali»³².

³¹ Sul problema delle informazioni o elementi probatori coperti da segreto nei processi relativi alla legittimità di misure restrittive v. N.J. FORWOOD, *Closed Evidence in Restrictive Measures Case: A Comparative Perspective*, in K. BRADLEY, N. TRAVERS, A. WHELAN (a cura di), *Of Courts and Constitutions*, Oxford, 2014, 87 ss.

³² Il Regolamento di procedura del Tribunale del 2 maggio 1991, come modificato il 19 giugno 2013, è stato sostituito dal regolamento di procedura del Tribunale del 4 marzo 2015 (GU 2015, L 105, pag. 1 del 23 aprile 2015). Sull'art. 105 del Regolamento di procedura del Tribunale vedi il commento di E. COULON, in C. AMALFITANO, M. CONDINANZI, P. IANNUCELLI (a cura di), *Le regole del processo dinanzi al giudice dell'Unione europea. Commento articolo per articolo*, Napoli, 2017, 1208 ss.

Si è data così risposta alla ‘richiesta’ formulata dall’Avv. Gen. Sharpston nelle sue conclusioni del caso *Repubblica francese c. People’s Mojahedin Organization of Iran*³³ dove, affrontando il tema delle ‘prove riservate’, in maniera lapidaria si era sottolineata la necessità di modificare il regolamento di procedura

in modo da prevedere la produzione di prove realmente riservate che il Tribunale possa esaminare in una maniera compatibile con la loro natura senza pregiudicare in maniera inaccettabile i diritti dell’altra parte o delle altre parti della controversia.

La disposizione contenuta nell’art. 105 del regolamento di procedura ha disciplinato nel dettaglio, ricalcando quanto affermato dalla Corte nel caso *Kadi* del 2013 appena esaminato, l’ipotesi in cui l’autorità competente dell’Unione basi le proprie pretese sulla base di informazioni o atti pregiudizievoli per la sicurezza nazionale o europea. Queste ultime vengono prodotte con atto separato e, con un ulteriore atto separato,

una domanda di trattamento riservato di tali informazioni o atti contenente le ragioni imperative che, soltanto per quanto reso strettamente necessario dalla situazione, giustificano il mantenimento della loro riservatezza e che ostano alla loro comunicazione all’altra parte principale.

La produzione di queste informazioni o atti può essere richiesta dal Tribunale mediante un mezzo istruttorio.

Di conseguenza, nel 2016 il regolamento di procedura della Corte di giustizia è stato modificato con l’introduzione dell’art. 190-*bis* sul «Trattamento delle informazioni o degli atti prodotti dinanzi al Tribunale ai sensi dell’articolo 105 del suo regolamento di procedura»³⁴. È stato così disciplinato il caso in cui sia stata proposta un’impugnazione contro una decisione del Tribunale adottata nell’ambito di un procedimento nel corso del quale informazioni o atti sono stati prodotti da una parte prin-

³³ Conclusioni presentate il 14 luglio 2011, C-27/09 P, *Repubblica francese contro People’s Mojahedin Organization of Iran*, par. 186.

³⁴ GUUE L 217/69 del 19 luglio 2016. Sull’art. 190 *bis* vedi il commento di S. POLI, in C. AMALFITANO, M. CONDINANZI, P. IANNUCELLI (a cura di), *op. cit.*, 900 ss.

cipale ai sensi dell'articolo 105 del regolamento di procedura del Tribunale e non sono stati comunicati all'altra parte principale. In questa ipotesi, la cancelleria del Tribunale mette tali informazioni o atti a disposizione della Corte, alle condizioni previste nella decisione di cui al par. 11 di tale articolo. Le informazioni e gli atti non sono comunicati alle parti del procedimento e la Corte vigila affinché non vengano divulgati nella sua decisione o nelle conclusioni dell'avvocato generale³⁵.

Va segnalato che, anche nel contesto della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, si è posto il problema relativo agli atti e documenti riservati in relazione all'art. 6, par. 1, della Convenzione sul diritto a un equo processo.

In particolare, nella sentenza *Jasper* la Corte ha affermato che

the entitlement to disclosure of relevant evidence is not an absolute right. In any criminal proceedings there may be competing interests, such as national security or the need to protect witnesses at risk of reprisals or keep secret police methods of investigation of crime, which must be weighed against the rights of the accused [...] In some cases it may be necessary to withhold certain evidence from the defence so as to preserve the fundamental rights of another individual or to safeguard an important public interest. However, only such measures restricting the rights of the defence which are strictly necessary are permissible under Article 6 § 1 [...] Moreover, in order to ensure that the accused receives a fair trial, any difficulties caused to the defence by a limitation on its rights must be sufficiently counterbalanced by the procedures followed by the judicial authorities³⁶.

La Corte ha ritenuto derogabile il diritto alla divulgazione delle prove in quei casi in cui altri interessi rilevanti vengono in gioco, quali ad esempio quello alla sicurezza nazionale. Secondo la Corte, una corretta inter-

³⁵ Il par. 11 dell'art. 105 del Regolamento di procedura del Tribunale e al par. 5 dell'art. 190 *bis* del Regolamento di procedura della Corte di giustizia richiedevano venisse adottata la normativa di sicurezza ai fini della tutela delle informazioni o degli atti previste. Si è ottemperato a questa richiesta con decisione (UE) 2016/2386 della Corte di giustizia del 20 settembre 2016, in GUUE L 355/5, del 24 dicembre 2016 e con la decisione (UE) 2016/2387 del Tribunale del 14 settembre 2016, in GUUE L355/18 del 24 dicembre 2016.

³⁶ Caso *Jasper c. Regno Unito*, 16 febbraio 2000, 27052/95, par. 52.

pretazione dell'art. 6, par. 1, Cedu rende ammissibili eventuali misure limitative del diritto di difesa solo in quanto "strettamente necessarie". Queste limitazioni devono essere controbilanciate da opportune procedure seguite dall'autorità giudiziaria. In questo senso può osservarsi che il meccanismo procedurale previsto, prima in via giurisprudenziale dalla Corte di giustizia UE nel caso *Kadi II* e poi codificato nei regolamenti di procedura della Corte e del Tribunale, ha inteso ottemperare alle indicazioni della giurisprudenza CEDU³⁷.

6. Osservazioni conclusive

Le questioni relative al rapporto tra esigenze securitarie di livello primario (la sicurezza dello Stato) e principio della tutela giurisdizionale effettiva sono state più volte analizzate dalla Corte di giustizia e, non a caso, in particolare, nel corso degli ultimi vent'anni in relazione alla minaccia terroristica. Il settore delle misure restrittive nel campo del terrorismo internazionale e quello dell'immigrazione e della libera circolazione delle persone hanno costituito un continuo banco di prova per il bilanciamento dei principi espressi nell'art. 47 della Carta e la sicurezza nazionale. La sentenza della Corte di giustizia nel caso *Kadi* nel 2013 ha sicuramente rappresentato la chiusura di quella che non a caso è stata definita una *saga* per durata e rilevanza. La Corte ha modulato i propri schemi procedurali sulla base delle indicazioni provenienti dalla Corte europea dei diritti dell'uomo e muovendo da alcune soluzioni accolte in alcuni ordinamenti quali quello del Regno Unito. Non si è optato per il meccanismo dell'avvocato speciale (spesso oggetto di forti critiche)³⁸, ma si sono condivise alcune delle scelte di carattere processuale e relative

³⁷ In senso critico v. C. MURPHY, *Secret evidence in EU security law: special advocates before the Court of Justice?*, in D. COLE, F. FABBRINI, A. VEDASCHI, *op. cit.*, 268 ss.

³⁸ V. le osservazioni critiche di cui alla nota precedente.

al contenuto della motivazione accolte anche in quest'ultimo ordinamento³⁹.

Tuttavia, alcuni dati possono segnalare le difficoltà nell'introduzione di prove segretate all'interno del procedimento giurisdizionale. È interessante, in questo senso, osservare che il meccanismo previsto dal regolamento di procedura all'art. 105 (e parallelamente quello previsto per la Corte di giustizia) è di fatto inutilizzato. Le autorità competenti dell'Unione e/o gli Stati membri preferiscono fondare l'adozione di misure restrittive sulla base di documenti e informazioni non segretate (*open source*) più che utilizzare prove segretate che rischiano di sollevare potenzialmente problemi legati alla loro divulgazione⁴⁰. In altri termini, l'utilizzo di queste ultime è sempre più frequentemente considerato l'*extrema ratio*, quando non si possa fondare una richiesta di misure restrittive sulla base di fonti aperte. Al contrario, con una certa frequenza nei processi che riguardano misure restrittive, dove sia richiesto un grado di confidenzialità inferiore, il Tribunale (su richiesta di parte o d'ufficio) omette «determinati dati nei documenti concernenti la causa cui il pubblico ha accesso, qualora ragioni legittime giustifichino che [...] il contenuto di tali dati siano tenuti riservati» (art. 66 del regolamento di procedura del Tribunale). In questo modo, pur non arrivando agli estremi dell'art. 105, si limita la diffusione di determinati dati. Resta in ogni caso aperta anche la possibilità di un'udienza a porte chiuse, secondo l'art. 109 del regolamento di procedura del Tribunale e, in tal caso, il conseguente divieto di pubblicare la discussione. In termini simili il regolamento della Corte di giustizia, all'art. 79 prevede espressamente le porte chiuse «per gravi motivi relativi [...] alla sicurezza degli Stati membri».

³⁹ Per contro, giova sottolineare che il Regno Unito si è astenuto nella fase di approvazione delle modifiche ai regolamenti di procedura della Corte di giustizia e del Tribunale esaminate nel paragrafo precedente, reputando che le due disposizioni introdotte non tutelassero sufficientemente la sicurezza nazionale v. S. POLI, in C. AMALFITANO, M. CONDINANZI, P. IANNUCELLI (a cura di), *op. cit.*, 902.

⁴⁰ Si veda il rapporto House of Lords, European Union Committee, *The legality of EU sanctions*, pubblicato il 2 febbraio 2017, 11th Report of Session 2016–2017, HL Paper 102. Cfr. A. ALÌ, *The Challenges of a Sanctions Machine: Some Reflections on the Legal Issues of EU Restrictive Measures in the Field of Common Foreign Security Policy*, in L. ANTONIOLLI, L. BONATTI, C. RUZZA, *Highs and Lows of European Integration. Sixty Years After the Treaty of Rome*, Cham, 2019, 60-61.

PARTE SECONDA

EFFETTIVITÀ DELLE TUTELE,
DOVERI DI COOPERAZIONE
E POTERI DEL GIUDICE

L'INFLUENZA DELLE CORTI EUROPEE E NAZIONALI SUL DIRITTO DI ESSERE ASCOLTATI DEI RICHIEDENTI ASILO E DEI MIGRANTI NON REGOLARI

*Madalina Moraru**

SOMMARIO: *1. Introduzione. L'enforcement del diritto fondamentale di essere ascoltati nei procedimenti in materia di immigrazione e asilo: un cammino irto di ostacoli. 2. I limiti della CDFUE nel garantire la tutela del diritto di essere ascoltati. 3. Quante volte un cittadino di Stato terzo dovrebbe essere ascoltato nei procedimenti per determinazione dello status migratorio? L'effetto a catena del dialogo verticale tra corti. 4. Il livello di protezione del diritto di essere ascoltati dei richiedenti asilo e dei migranti irregolari. 4.1. Il diritto ad un'audizione informata: l'immigrazione è differente dalle altre aree del diritto amministrativo europeo? 4.2. Il dialogo giudiziale sulla forma dell'audizione nell'ambito dei procedimenti di immigrazione e asilo: verso una convergenza giudiziale. 4.3. Il contenuto dell'audizione: interazione giudiziale multi-livello a definizione della lista minima di questioni da affrontare nel contesto delle audizioni in tema di asilo e immigrazione. 5. I rimedi per la violazione del diritto di essere ascoltati: l'approccio della CGUE. 6. Conclusioni: conquiste e limiti del dialogo giudiziale sul diritto di essere ascoltati.*

* PhD, Ricercatrice di Diritto dell'Unione europea presso il *Centre for Judicial Co-operation* dell'Istituto Universitario Europeo di Firenze e presso la Facoltà di Giurisprudenza della *Masaryk University*, Brno (Repubblica Ceca). L'autrice vorrebbe ringraziare Gianmatteo Sabatino per la traduzione di questo capitolo dall'inglese all'italiano; Marc Clement, Giudice presso la Corte d'Appello di Lione, Geraldine Renaudiere (Ministero degli Interni della Repubblica Francese) per il loro contributo nella chiarificazione della giurisprudenza francese citata in questo contributo; e inoltre Shauna Gillan, Giudice presso il Tribunale d'Appello per la Protezione Internazionale irlandese, per aver sintetizzato la rilevante giurisprudenza irlandese.

1. Introduzione. L'enforcement del diritto fondamentale di essere ascoltati nei procedimenti in materia di immigrazione e asilo: un cammino irto di ostacoli

Il presente contributo analizza come le corti e le interazioni giudiziali fra loro¹ abbiano inciso sull'applicazione del diritto di essere ascoltati dei richiedenti asilo e degli immigrati non regolari. Esso contribuisce pertanto alle ricerche in tema di migrazione e giudiziizzazione, temi che sino ad ora sono stati, per lo più, affrontati separatamente². Ci si propone di utilizzare un approccio che abbia riguardo tanto al quadro normativo quanto all'applicazione pratica delle norme, al fine di analizzare perché e come le Corti abbiano iniziato a interagire fra loro in relazione al diritto di essere ascoltati dei richiedenti asilo e dei migranti non regolari, e come le deficienze della determinazione amministrativa del diritto di essere ascoltati possano trovare rimedio davanti ai giudici.

Il 'tema' del diritto di essere ascoltati dei richiedenti asilo e degli immigrati irregolari è forse più attuale che mai nell'attuale contesto giuridico e politico, laddove gli Stati Membri hanno escogitato soluzioni ingegnose per limitare, indirettamente, il principio di *non-refoulement*

¹ In questo contributo, il termine 'interazione giudiziale' si riferisce agli svariati usi della giurisprudenza da parte delle corti ai fini della soluzione di problemi di incompatibilità interpretative normative o giudiziali. Per un'analisi più approfondita delle 'Tecniche di Interazione Giudiziale' v. M. MORARU, *2017 ACTIONES Module of Judicial Interaction Techniques*, edito dal *Centre for Judicial Cooperation* dell'Istituto Universitario Europeo, 2017, disponibile al link <https://cjc.eui.eu/wp-content/uploads/2019/03/D1.1.b-Module-2.pdf>.

² V. ad esempio, M. RENEMAN, *EU Asylum Procedures and the Right to an Effective Remedy*, Oxford, 2014; N. GILL, *Asylum Determination in Europe Ethnographic*, Londra, 2019; oppure, quando pure i due aspetti (migratorio e giudiziale) sono affrontati entrambi, la letteratura non si occupa, insieme, dei procedimenti di asilo e rimpatrio: v. V. ILAREVA, *The Right to be Heard — the Underestimated Condition for Effective Returns and Human Rights Consideration*, in M. MORARU, G. CORNELISSE, P. DE BRUYCKER (a cura di), *Law and Judicial Dialogue on the Return of Irregular Migrants from the EU*, Oxford, 2020.

Il principio di *non-refoulement* (art. 19(2) della CDFUE) non può essere limitato, in quanto diritto fondamentale. V. i giudizi riuniti C-391/16 C-77/17 e C-78/17 *M and others* ECLI:EU:C:2019:403 par. 94; e C-562/13, *Abdida*, EU:C:2014:2453.

guardando ad esempio alla limitazione all'accesso e all'effettività del diritto di essere ascoltati³.

Ciononostante, gli Avvocati Generali Bot e Mengozzi hanno eloquentemente descritto quanto importante sia il diritto di essere ascoltati nei procedimenti di asilo, non solo per garantire un giusto processo, ma, più significativamente, quale canale procedurale attraverso cui la vita e la sicurezza dei richiedenti asilo e degli immigrati irregolari vengono protette⁴. L'audizione orale è una garanzia primaria del diritto di essere ascoltati e riveste importanza fondamentale nei procedimenti per la determinazione dello status di immigrato, a differenza che in altri procedimenti amministrativi. Questo in ragione del fatto che l'audizione è spesso il solo elemento probatorio⁵ a sostegno della credibilità delle altre prove prodotte per la richiesta di asilo. Inoltre, nei procedimenti di asilo, l'audizione orale è richiesta altresì sulla base del dovere di cooperazione tra coloro che sono chiamati a prendere decisioni che impattino sulla dignità e sulla vita degli individui e dei richiedenti asilo⁶.

³ Si veda, ad esempio, l'attuale proposta legislativa per la rifusione della direttiva rimpatri, che ha eliminato il secondo livello di appello, limitando di conseguenza le opportunità di udienza per i richiedenti asilo e gli "irregolari" provenienti da paesi terzi (art. 16(3) della Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare (rifusione) Bruxelles, 12.9.2018 COM(2018) 634 final 2018/0329 (COD)).

⁴ Opinione dell'Avv. Gen. Bot nel Caso C-277/11 *M.M.(1)* ECLI:EU:C:2012:253, punto 43; Opinione dell'Avv. Gen. Mengozzi nel Caso C-560/14 *M.M.(2)* ECLI:EU:C:2016:320 punti 58-60.

⁵ Il richiedente asilo spesso non è in possesso delle fonti documentarie e testimoniali e può, di regola, fondare la sua richiesta solo sulla base delle sue proprie affermazioni; v. UNHCR, *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees January 1992*, disponibile al link <http://unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain?docid=3ae6b3314> [ultimo accesso dicembre 2019].

⁶ Art. 4 della Direttiva "Qualifiche" (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 rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, nonché sul contenuto della protezione riconosciuta OJ L 337, 20.12.2011, 9-26).

Ad onta del suo ruolo fondamentale nei procedimenti di determinazione dello status migratorio, l'attuale legislazione europea prevede delle minime garanzie in punto di diritto di essere ascoltati. Sebbene il quadro sia migliorato con riferimento ai primi strumenti del Sistema Europeo Comune di Asilo (SECA)⁷, permane il bisogno di ulteriori miglioramenti. L'audizione orale è obbligatoria solo durante la fase amministrativa dell'aggiudicazione sulle richieste di asilo⁸, mentre nel corso della fase giudiziale, gli Stati Membri godono di ampia discrezionalità procedurale⁹. Inoltre, durante i procedimenti di rimpatrio, molto spesso intimamente connessi a quelli di asilo, è previsto solamente l'obbligo di motivare il provvedimento amministrativo¹⁰, mentre la direttiva sui rimpatri non prevede tutte le ulteriori garanzie sottese al diritto di essere ascoltati¹¹. Le attuali proposte per la revisione del SECA e della Direttiva Rimpatri non sopperiscono a questo vuoto, né chiarificano il preciso ambito di applicazione del diritto di essere ascoltati nei procedimenti di determinazione dello status migratorio. Al contrario, queste proposte allargano ulteriormente il *gap* esistente tra il livello di tutela del diritto di

⁷ La Direttiva sulle procedure di asilo (rifusione) ha ridotto i casi in cui è possibile omettere l'interrogazione personale nella procedura concernente richieste di protezione internazionale (Direttiva 2013/32/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale OJ L 180, 29.6.2013, p. 60-9 - "Direttiva sulle Procedure di Asilo – Rifusione"); d'altro canto, il Regolamento n. 604/2013 (Dublino III) ha introdotto l'obbligazione, in capo agli Stati membri, di condurre interrogazioni personali nei processi per la determinazione dello Stato membro responsabile della valutazione sulle richieste di protezione internazionale.

⁸ V. artt. 14-18 Dir. 2013/32.

⁹ La Dir. 2013/32 prevede solo un generale diritto ad un rimedio effettivo davanti ad un tribunale, senza richiedere espressamente un'udienza con audizione orale (art. 46(3)).

¹⁰ Art. 12 Direttiva 2008/115/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 2008, recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare (OJ L 348 of 24.12.2008) ('Direttiva Rimpatri').

¹¹ Il Cap. III Dir. rimpatri sulle salvaguardie procedurali si riferisce esclusivamente al diritto a rimedi effettivi (art. 13).

essere ascoltati nella fase amministrativa dei procedimenti, dove l'audizione rimane obbligatoria, e la fase giudiziale, dove il solo riferimento è al più generale diritto ad un rimedio legale effettivo¹².

Nella pratica, il quadro delle audizioni orali è persino più fosco. Le audizioni nelle fasi amministrative dei procedimenti di asilo dovrebbero seguire degli standard legislativi europei molto dettagliati¹³, ma iniziative politiche tanto europee quanto nazionali stanno trasformando la regola teorica in un'eccezione nella pratica. Si considerino, ad esempio, i persistenti respingimenti che si diffondono dall'ovest all'est dell'Europa¹⁴, la crescita di accordi informali di riammissione dei migranti¹⁵, il *profiling* automatico dei migranti grazie all'aumento dell'interoperabilità tra i database europei¹⁶, la crescente applicazione di procedimenti di frontiera¹⁷, e la limitazione dei poteri dei giudici nazionali di disporre audizioni per richiedenti asilo ed extracomunitari irregolari¹⁸. Tutte queste circostanze eliminano gradualmente l'accesso e l'effettività del diritto di

¹² Si veda ad esempio l'art. 16(3) della Proposta sulla Direttiva Rimpatri (rifusione).

¹³ Secondo gli artt. 14-18 della Dir. 2013/32.

¹⁴ A. PIINENBURG, *From Italian Pushbacks to Libyan Pullbacks: Is Hirsi 2.0 in the Making in Strasbourg?*, in *European Journal of Migration and Law*, 4, 2018, p. 396; B. NÍ GHRÁINNE, *Hungary's Actions: Past the Borderline of International Law*, Oxford Human Rights Hub, 2015; sui respingimenti operati dalla Lituania v. C. EdU, *MA and others v Lithuania*, Appl. No. 59793/17, decisione dell'11 marzo 2019.

¹⁵ J. SLAUGTER, *An "Informal" Turn in the European Union's Migrant Returns Policy towards Sub-Saharan Africa*, *MPI Policy Brief*, 12 gennaio 2019

¹⁶ V. ulteriori limitazioni alle audizioni possono risultare dal Regolamento "interoperabilità": Regolamento (UE) 2019/817 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 20 maggio 2019 che istituisce un quadro per l'interoperabilità tra i sistemi di informazione dell'UE nel settore delle frontiere e dei visti; e il Regolamento (UE) 2019/818 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 2019, che istituisce un quadro per l'interoperabilità tra i sistemi di informazione dell'UE nel settore della cooperazione di polizia e giudiziaria, asilo e migrazione.

¹⁷ V. la Proposta di Direttiva Rimpatri (rifusione).

¹⁸ V. ad esempio, in Italia, il d.l. 13/2017, che ha ridotto i livelli di appello da tre a due. Per ulteriori modifiche v. d.l. 53/2019; analoghi interventi sono avvenuti in Repubblica Ceca (la legge ceca sull'asilo è stata modificata, quasi contemporaneamente al d.l. italiano, e ha ridotto i livelli di appello per i richiedenti di asilo in stato di detenzione: v. Sec. 46a (9) della legge 15 agosto 2017 sull'Asilo).

essere ascoltati, tanto nella fase amministrativa quanto in quella giudiziale dei procedimenti per la determinazione dello status migratorio.

L'implementazione, in concreto, del diritto di essere ascoltati è inoltre significativamente mutata a seguito della crescita delle richieste di asilo e relative controversie¹⁹. Tutto ciò può sovvertire l'implementazione pratica del diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale (Art. 47 Carta dei Diritti Fondamentali) ma altresì il dovere di cooperazione da parte del giudice²⁰. Laddove non del tutto eliminata, l'udienza prende spesso la forma di una valutazione cartolare e formale delle trascrizioni dell'audizione resa in sede amministrativa, ove dunque il giudice nemmeno più si incontra con l'attore o il suo difensore²¹, agendo invece quale 'prolungamento' dell'apparato amministrativo²². Questa implementazione giudiziale del diritto di essere ascoltati solleva serie perplessità relative al principio di separazione dei poteri come parte dello stato di diritto. A livello nazionale, le pratiche relative alle udienze variano da Stato a Stato con riguardo a: quante volte un soggetto viene ascoltato nei procedimenti di asilo e di rimpatrio; questioni rivolte a cittadini di stati terzi durante l'udienza; il potere delle corti di ri-ascoltare un richiedente asilo o un rimpatriando, dopo che questi è stato ascoltato dalle autorità amministrative; i tipi di rimedi previsti per violazioni del diritto di essere ascoltati da parte dell'autorità amministrativa. Tutti questi aspetti hanno un impatto diretto non solo sul diritto di essere ascoltati ma anche su numerosi altri diritti fondamentali dei richiedenti asilo e degli immigrati non regolari. Ad esempio, in assenza di giusto processo, le autorità non possono adottare una decisione nella piena consapevolezza e conoscenza dei fatti e quindi assicurare la protezione del principio di *non-refoulement*; inoltre, un processo 'errato' non può consentire all'autorità di motivare

¹⁹ Sull'alto numero di richieste di asilo nella UE v. A. SCALERA, A. PAHLASINDGH, *La "questione migranti" nei Paesi Ue: alcuni dati*, in *Questione Giustizia*, 13 ottobre 2017, disponibile al link www.questionegiustizia.it/articolo/la-questione-migranti-nei-paesi-ue_alcuni-dati_13-10-2017.php.

²⁰ V. art. 4 della Direttiva di Qualifiche (Dir. 2011/95/EU), OJ L 337, 20.12.2011, p. 9.

²¹ L. BREGGIA, *L'audizione del richiedente asilo dinanzi al giudice: la lingua del diritto oltre i criteri di sintesi e chiarezza*, in *Questione Giustizia*, 2, 2018.

²² M. GIANNACOPOULOS, M. MARMO, W. DE LINT, *Irregular migration: Emerging regimes of power and the disappearing human*, in *Griffith Law Review*, 3, 2012, 559.

adeguatamente le ragioni della decisione, con la conseguenza che il soccombente non può esercitare effettivamente il suo diritto all'appello²³.

Non soltanto i legislatori e i *policy-makers* europei e nazionali limitano il diritto di essere ascoltati, ma talvolta anche giudici e avvocati limitano l'applicazione di tal diritto sostenendo un'interpretazione restrittiva del margine di discrezione degli stati in tema di audizione dei richiedenti asilo e dei migranti irregolari²⁴. Nonostante che i giudici nei procedimenti di asilo tengano in gran conto le audizioni orali²⁵, la negazione di esse è, in misura crescente, il risultato indiretto di una *mala gestio* dei sistemi giudiziari nazionali in tema di immigrazione²⁶, piuttosto che il risultato di una motivata valutazione circa l'irrelevanza dell'audizione a fini decisorii. In questo scenario, l'udienza "orale" giudiziale è paradossalmente considerata una potenziale violazione del diritto del richiedente asilo o migrante irregolare a un giusto processo, a motivo del prolungamento dei tempi del processo, oltre limiti ragionevoli, causato dalle audizioni orali; non si considera invece l'udienza come una necessaria salvaguardia ai fini della garanzia dei diritti del giusto processo. Ciononostante, l'importanza dell'udienza è chiara allorché si consideri che le audizioni, nella fase amministrativa del procedimento, sono spesso condotte senza assistenza legale e sono spesso incomplete, meccaniche e prive di adeguata traduzione e interpretazione²⁷.

In questo scenario di vuoti legislativi e procedure decisorie giudiziali cariche di responsabilità, sia per le divergenti vedute tra potere esecutivo e giudiziario sia per limiti imposti dalla gestione del problema, le corti nazionali in Europa hanno fatto ricorso a diverse tecniche di dialogo giu-

²³ V. C-349/07 *Sopropé* EU:C:2008:746, par. 49; C-249/13 *Boudjlida* EU:C:2014:2431, par. 59; C.EdU, *Khlaifia v Italy* Appl. No. 16483/12, decisione della Grande Camera del 15 dicembre 2016.

²⁴ Le corti nazionali all'interno dei medesimi Stati membri hanno seguito interpretazioni divergenti circa il bisogno di procedure o no ad audizione nei procedimenti di asilo. Ad esempio, v. Opinione dell'AG in C-348/16 *Sacko Moussa* ECLI:EU:C:2017:288, nota 7.

²⁵ C. KOBELINSKY, *The "Inner Belief" of French Asylum Judges*, in N. GILL, A. GOOD (a cura di), *Asylum Determination in Europe*, Cham, 2019, 53-68.

²⁶ Sull'Italia v. L. BREGGIA, *op. cit.*

²⁷ *Ibid.*

diziale allo scopo di chiarire l'ambito di applicazione, gli standard comuni e gli effetti del diritto di essere ascoltati riconosciuto dall'ordinamento europeo. Il presente contributo sostiene che le corti, attraverso il dialogo, abbiano sviluppato un nucleo comune di standard giurisprudenziali che hanno colmato i vuoti della legislazione europea e nazionale. In particolare, le corti hanno risposto a domande relative al quando e al come dell'audizione degli immigrati irregolari e dei richiedenti asilo in riferimento alle richieste di asilo presentate, a quante volte tali soggetti debbano essere ascoltati, a quali rimedi siano attivabili in caso di violazione del diritto di essere ascoltati. Le varie dimensioni del dialogo giudiziale sono state usate per la legittimazione di una particolare interpretazione giurisprudenziale del diritto di essere ascoltati e per consolidare l'effettività delle decisioni prese di fronte ai governi²⁸ e sono risultate in un rafforzamento della protezione del diritto di essere ascoltati²⁹.

Questo contributo identificherà i contributi positivi dati dal dialogo fra corti alla capacità di *enforcement* del diritto di essere ascoltati, ma segnalerà altresì i limiti, le deficienze e i fraintendimenti concettuali che accompagnano questo dialogo. Il paragrafo 2 mostrerà il cammino del dialogo verticale nel raggiungere una comune definizione delle fonti giuridiche relative al diritto di essere ascoltati nei procedimenti in materia di asilo e immigrazione. Nella sezione si sostiene che la coerenza normativa raggiunta dal dialogo verticale non è seguita, in pratica, ove le corti nazionali non abbiano un comune ed appropriato quadro di riferimento delle fonti. Il paragrafo 3 continua l'analisi concentrandosi sul contributo del dialogo fra corti alla chiarificazione dell'ambito di applicazione del diritto di essere ascoltati. In particolare, ivi si analizza come le corti ab-

²⁸ Queste conclusioni confermano le ricerche condotte su una forma particolare di interazione giudiziale in altri settori. V., ad esempio, O. LARSSON, D. NAURIN, M. DERLÉN, J. LINDHOLM, *Speaking Law to Power: The Strategic Use of Precedent of the Court of Justice of the European Union*, in *Comparative Political Studies*, 7, 2016 879-907.

²⁹ Questo segue le conclusioni di D. BALDINGER, *Vertical Judicial Dialogues in Asylum Cases: Standards on Judicial Scrutiny and Evidence in International and European Asylum Law*, Leiden, 2015; A. MÜLLER, *Judicial Dialogue and Human Rights*, Cambridge, 2017.

biano deciso quante volte un cittadino di stato terzo debba essere ascoltato nel corso di un procedimento per determinazione dello status migratorio e come varie interazioni giudiziali abbiano ridisegnato le relazioni istituzionali tra l'apparato amministrativo e le corti allo scopo di garantire il diritto di essere ascoltati. Nel paragrafo 4 si sostiene che il contributo più visibile dato dal dialogo fra corti alla definizione del diritto di essere ascoltati è forse stato raggiunto con riferimento al contenuto del diritto stesso. In questa sezione si analizzano gli standard giudiziali sviluppati tramite un dialogo transnazionale e verticale tra corti di otto differenti giurisdizioni (Irlanda, Francia, Paesi Bassi, Italia, Belgio, Polonia, Lituania, e Bulgheria). Ivi si sostiene che il contributo innovativo del dialogo non proviene dalla sua dimensione verticale, a causa della mancanza di giurisdizione della CGUE³⁰. La vera carica innovativa proviene dalle corti nazionali che adattano, e non semplicemente traspongono, i giudizi della CGEU alle caratteristiche del caso nazionale. Il paragrafo 5 analizza i limiti del dialogo verticale per la definizione dei giusti rimedi alle violazioni del diritto di essere ascoltati. Si sostiene che un ulteriore livello di interazione transnazionale è necessario per compensare la miopia normativa della CGUE nel definire tali rimedi. In conclusione, il contributo rileva che, ad onta dei limiti inerenti alle interazioni giudiziali transnazionali, il loro contributo complessivo è stato positivo ai fini della capacità di *enforcement* del diritto di essere ascoltati dei richiedenti asilo e dei migranti irregolari.

³⁰ Questa è dovuta al fatto che gli Stati membri hanno mantenuto l'autonomia procedurale nazionale, v. C 161/15, *Bensada Benallal* EU:C:2016:175, par 24. A tal proposito v. anche il contributo di D. STRAZZARI, *Immigrazione e Diritto a un Ricorso Effettivo: Le variabili Declinazioni ad Opera della Corte di Giustizia*, presente in questo volume (spec. Par. 5).

2. I limiti della CDFUE nel garantire la tutela del diritto di essere ascoltati

In Europa il diritto di essere ascoltati trova il suo riconoscimento in fonti multiple e parzialmente sovrapposte, che originano da diversi ordinamenti giuridici: quello nazionale³¹, quello europeo³², quello del Consiglio d'Europa³³, e poi dai trattati internazionali³⁴. L'entrata in vigore della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE) ha moltiplicato le fonti del diritto di essere ascoltati. Ha, nello specifico, aggiunto: il diritto alla buona amministrazione (art. 41(2)); il diritto a un giusto processo (art. 47(2)); la presunzione di innocenza e i diritti di difesa (art. 48).

Per un periodo iniziale di tre anni la CDFUE è divenuta la prima fonte giuridica di origine sovranazionale a sancire il diritto di essere ascoltati tanto nella fase amministrativa che in quella giudiziale dei procedimenti di determinazione dello status di immigrato. Tale prioritizzazione, da parte della Carta rispetto ad altre fonti sovranazionali è stata stimolata dalla

³¹ Molte costituzioni sanciscono il diritto alla difesa nei procedimenti di fronte alle pubbliche autorità. Queste disposizioni sono state usate dalle corti nazionali come parametro di legalità delle decisioni amministrative nazionali. Per una panoramica su queste disposizioni costituzionali e la loro applicazione nei procedimenti in tema migratorio v. V. ILAREVA, *op. cit.*

³² Ci si riferisce ai principi generali del diritto alla difesa (C. giust. UE, 23 ottobre 1974, C-17/74, *Transocean Marine Paint Association v Commission*, ECLI:EU:C:1974:106, par. 15), e buona amministrazione (v. X. GROUSSOT, H. JÖRGEN, P. GUNNAR THOR, *General Principles and the Many Faces of Coherence: Between Law and Ideology in the European Union*, in S. VOGENAUER, S. WEATHERILL (a cura di), *General Principles of Law: European and Comparative Perspectives*, Oxford, 2017, 77–104, 81; B.C. MIHAESCU EVANS, *The right to good administration at the crossroads of the various sources of fundamental rights in the EU integrated administrative system*, in *Luxembourg Legal Studies*, 7, 2015, 158).

³³ Come ad es.: art. 5(1)(f); art. 6 (ma questo articolo non si applica ai casi in tema di migrazioni, v. C. Edu, *Maaouia v. France*, Appl. No. 39652/98, Giudizio della Grande Camera del 5 ottobre 2000); art. 13 CEDU e art. 4 del Prot. No. 4.

³⁴ Ad es. l'art. 14(1) del Patto sui Diritti Civili e Politici e l'art. 12 della Convenzione sui Diritti dell'Infanzia (v. anche Comitato sui diritti dell'infanzia, Commento Generali No. 12: il diritto del fanciullo ad essere ascoltato, UN Doc. CRC/C/GC/12, 20 luglio 2009).

CGUE³⁵. Ad esempio, nelle vicende irlandesi circa il diritto di essere ascoltati nel contesto di un sistema di protezione internazionale 'bi-forcato'³⁶, la CGUE ha deciso *ex officio* di fare riferimento all'art. 41(2) quale base giuridica del diritto di essere ascoltati nella fase amministrativa dei procedimenti concernenti la protezione internazionale. In *M.M.(I)*, la CGUE ha ricorso *ex officio* all'art. 41(2) della Carta quale principale base giuridica del diritto di essere ascoltati dei richiedenti asilo. La Corte ha sancito che l'art. 41(2) si applicasse ai fatti del caso, dato che la questione verteva sulla corretta implementazione di una fonte legale secondaria dell'UE³⁷. La CGUE ha statuito che, nel caso di un sistema di protezione internazionale 'bi-forcato', il diritto di essere ascoltati deve essere rispettato tanto nelle procedure circa lo status di rifugiato quando nella determinazione, da parte delle autorità nazionali, della protezione sussidiaria³⁸.

L'utilizzo dell'art. 41(2) della Carta quale base giuridica per il diritto di essere ascoltati nella fase amministrativa dei procedimenti di asilo ha continuato ad essere considerato prioritario dalla CGUE nei primi tre anni di applicazione della Carta. Non si rilevano differenze funzionali tra l'art. 41(2) e i principi generali del diritto europeo. Ad esempio, la CGUE ha esteso la vasta applicazione del diritto di essere ascoltati sulla base del generale principio del diritto di difesa *ex art. 41(2)*, richiedendo alle autorità nazionali di rispettare tale disposizione al momento di adottare decisioni che ricadessero nell'ambito di applicazione del diritto europeo, pur nei casi in cui la legislazione europea applicabile non prevedeva

³⁵ Questo risultato era stato già previsto dalla dottrina. V. S. IGLESIAS SÁNCHEZ, *The Court and the Charter*, in *Common Market Law Review*, 49, 2012, 1565.

³⁶ C. giust. UE 8 maggio 2014, C-604/12, *H.N.*, ECLI:EU:C:2014:302 e 22 novembre 2011, C-277/11, *M.M.*, ECLI:EU:C:2012:744 (d'ora in poi *M.M.(I)*).

³⁷ Direttiva 2004/83/CE del Consiglio, del 29 aprile 2004, recante norme minime sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta (OJ 2004 L 304, p. 12).

³⁸ Il Sistema di protezione internazionale biforcuto non esiste più, essendo stati eliminati dalla Direttiva sulle Procedure di Asilo (rifusione) (n 7).

espressamente un tale requisito procedurale. Tali decisioni potevano includere ordini, da parte dell'amministrazione, di lasciare il territorio nazionale³⁹ oppure rigetti di richieste di protezione internazionale⁴⁰.

Mentre la CGUE promuoveva l'art. 41(2) quale base giuridica primaria per il diritto di essere ascoltati nei procedimenti di immigrazione e asilo, le corti nazionali adottavano approcci più variati, riferendosi o solo alle disposizioni della Carta⁴¹ o solo al principio generale del diritto alla difesa⁴² o ancora ad entrambe queste fonti⁴³. Una possibile spiegazione di questa persistente confusione può essere rintracciata nel silenzio della CGUE circa la differenza funzionale tra l'art. 41(2) della Carta e i principi generali del diritto UE in termini di ambito di applicazione ed effetti sul diritto di essere ascoltati. In questo contesto, molte corti nazionali hanno citato *en bloc* le due fonti e le hanno utilizzato per i medesimi scopi, come ad esempio: riempire vuoti legislative nella legislazione europea e nazionale⁴⁴; invalidare decisioni amministrative di rimpatrio o di rigetto di forme di protezione internazionale⁴⁵; interpretare la legislazione nazionale⁴⁶.

Dopo una fase iniziale di applicazione generale dell'Art. 41(2) della Carta⁴⁷, la CGUE ha chiarificato il suo approccio riguardo alla base giu-

³⁹ Situazioni coperte dalla Direttiva Rimpatri.

⁴⁰ Situazioni coperte dalla Direttiva Qualifiche (n 20).

⁴¹ Cfr. ad es., Conseil d'Etat, *Halifa*, No. 370515, 4 giugno 2014.

⁴² Cfr. Belgian Council of Aliens Law Litigation, Decisione 126.219 del 25 giugno 2014.

⁴³ Cfr., ad esempio, la decisione del Tribunale Amministrative di Lione del 30 maggio 2013, *Préfet du Rhône c/ Mme Ancuta Dumitru*.

⁴⁴ Decisione del Consiglio di Stato dei Paesi Bassi del 20 novembre 2015, 201407197/1/V3.

⁴⁵ M. CLEMENT, *Droit d'être entendu, droit de la défense et obligation de quitter le territoire : à propos de l'arrêt CAA Lyon du 14 mars 2013*, in *ELSJ*, 29 aprile 2013.

⁴⁶ V. ad es., la decisione della Suprema Corte Amministrativa lituana del 3 settembre 2013, *Z. K. v. Kaunas County Police Headquarters*, No. A-2681/2012; e la decisione del 20 giugno 2013, *M.S. v. Migration Department under the Ministry of Interior*, No. A-69/2013.

⁴⁷ Quando la C. giust. UE e l'Avv. Gen. sono stati entrambi in accordo circa il fatto che l'art. 41(2) si applica non solo alle istituzioni ed agenzie UE ma anche agli Stati membri quando essi agiscono entro l'ambito di applicazione del diritto europeo, v. 8

ridica del diritto di essere ascoltati nei procedimenti amministrativi nazionali sulla determinazione dello status migratorio, a seguito della richiesta delle corti nazionali. Nel caso *G&R*, la CGUE è ritornata ad appoggiarsi al generale principio del diritto alla difesa come base giuridica corretta per il diritto di essere ascoltati nelle procedure amministrative nazionali⁴⁸. La CGUE ha riconosciuto un'applicazione istituzionale restrittiva dell'art. 41 della Carta, che rifletteva la chiara intenzione degli Stati membri di escludere l'applicazione di tal diritto alle procedure amministrative nazionali di implementazione del diritto europeo⁴⁹. La CGUE ha dato quindi effetto ad una formulazione stringente dell'art. 41, che si riferisse esclusivamente alle istituzioni, uffici e agenzie dell'UE. Di conseguenza, i richiedenti asilo e i migranti irregolari non potevano più derivare dall'art. 41(2) il proprio diritto di essere ascoltati.

Questa applicazione restrittiva dell'art. 41(2) è stata poi seguita coerentemente dalla giurisprudenza della CGUE in *Mukarubega*⁵⁰, *Boudjlida*⁵¹ e *M.M.(2)*⁵² nonostante la fervente opposizione di alcuni Avvocati Generali⁵³. Sino ad ora, la CGUE non ha espressamente toccato il problema della differenza funzionale nell'utilizzo dell'art. 41 della Carta e dei principi generali del diritto alla difesa o di buona amministrazione. D'altro canto, l'approccio del *Conseil d'Etat* francese appare pertinente.

maggio 2014, C-604/12 *H.N.* ECLI:EU:C:2014:302 and 22 novembre 2011, C-277/11 *M.M.* ECLI:EU:C:2012:744 (*M.M.(1)*).

⁴⁸ C-383/13 PPU *G and R* ECLI:EU:C:2013:533.

⁴⁹ J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, *The EU Charter of Fundamental Rights, Not Binding but Influential: the Example of Good Administration*, in A. ARNULL ET. AL. (a cura di), *Continuity and Change in EU Law: Essays in Honour of Sir Francis Jacobs*, Oxford, 2007, 157-172, 170. V. anche K. KANSKA, *Towards Administrative Human Rights in the EU. Impact of the Charter of Fundamental Rights*, in *European Law Journal*, 10(3), 2004, 296-326, 310.

⁵⁰ C. giust. UE, 5 novembre 2014, C-166/13, *Mukarubega* ECLI:EU:C:2014:2336, par. 44.

⁵¹ C. giust. UE, 11 dicembre 2014, C-249/13, *Khaled Boudjlida v Préfet des Pyrénées-Atlantiques* ECLI:EU:C:2014:2431.

⁵² C. giust. UE, 9 febbraio 2017, C-560/14, *M v Minister for Justice and Equality*, ECLI:EU:C:2017:101 (d'ora in poi *M.M.(2)*).

⁵³ Come ad esempio: Opinione dell'AG in C-161/15 *Benallal* ECLI:EU:C:2016:3; Opinione dell'AG in C-560/14 *M.M.(2)*, ECLI:EU:C:2016:320. Per una posizione differente, v. Opinione dell'AG nel Caso C-298/16 *Ispas* ECLI:EU:C:2017:650, par. 77-79.

Esso sostiene che non vi sia una differenza sostanziale tra l'applicazione dell'art. 41 o del principio generale del diritto alla difesa riguardo alla protezione del diritto di essere ascoltati dei richiedenti asilo e dei migranti irregolari⁵⁴.

Si può argomentare che il valore aggiunto dei principi generali del diritto europeo è quello di essere complementari al limite istituzionale dell'art. 41(2) della Carta nei procedimenti amministrativi di immigrazione. Ad ogni modo, non è chiaro fino a che punto il contenuto sostanziale del diritto di essere ascoltati derivato dall'art. 41(2) possa fungere da ispirazione per "riempire" di contenuto la sostanza del diritto di essere ascoltati come sancito dal principio generale di diritto alla difesa⁵⁵. Per il momento, la CGUE non ha ancora confermato che il principio del diritto di difesa possa svolgere la funzione di disapplicazione delle norme nazionali nel campo di asilo e immigrazione. Essa, tuttavia, ha confermato tale funzione per il principio di non discriminazione in base all'età, tale effetto non è accettato con facilità da tutte le corti nazionali⁵⁶.

In conclusione, la CDFUE non svolge più un ruolo primario in relazione al diritto di essere ascoltati nel corso della fase amministrativa dei procedimenti di immigrazione concernenti cittadini di paesi terzi, perlomeno formalmente. Nondimeno, essa svolge un ruolo primario nella fase giudiziale, ove l'art. 47(2) della Carta è stato, costantemente, la fonte di riferimento del diritto all'audizione⁵⁷. Il diritto di essere ascoltati come stabilito dal principio generale di diritto alla difesa e dall'art. 47 della Carta si sdoppia in due diritti differenti che si applicano in momenti differenti delle procedure bifasiche di asilo e rimpatrio: i principi generali si applicano nel momento della valutazione in sede amministrative delle richieste; l'art. 47(2) si applica nella seconda fase della procedura, quella

⁵⁴ Conseil d'Etat, *Ouda* n°375423 5 June 2015.

⁵⁵ Nell'Opinione dell'AG nel Caso C-298/16 *Ispas* ECLI:EU:C:2017:650, l'Avv. Gen. sostiene che non possa esserci una completa sovrapposizione sostanziale in quanto essa aggirerebbe, illegittimamente, la volontà degli Stati membri di limitare l'applicazione istituzionale dell'art. 41 CDFUE.

⁵⁶ C. giust. UE, 19 aprile 2016, C-441/14 *Dansk Industri (DI), acting on behalf of Ajos A/S v. Estate of Karsten Eigil Rasmussen*, ECLI:EU:C:2016:278. D'altro canto, tale contestazione non è stata sollevata con riferimento alle disposizioni della CDFUE.

⁵⁷ C. giust. UE, 26 luglio 2017, C-348/16 *Sacko* ECLI:EU:C:2017:591.

avanti il Tribunale. Come segnalato dall'Avv. Gen. Wathalet, «I due diritti in parola, tra loro ben distinti, non possono essere accorpati, pena il rischio di creare una frattura nella continuità del sistema dei diritti della difesa garantito dalla Carta»⁵⁸.

I casi commentati in questa sezione mostrano come il dialogo giudiziale abbia avuto numerosi effetti positivi a livello normativo: in primo luogo, la chiarificazione delle fonti del diritto di essere ascoltati; in secondo luogo, il riempimento di vuoti normativi nella legislazione secondaria dell'UE, rendendo il diritto (europeo) di essere ascoltati direttamente efficace nei procedimenti nazionali, amministrativi e giudiziali, di determinazione dello status di immigrato⁵⁹; in terzo luogo, il riconoscimento di funzioni giuridiche analoghe per i principi generali del diritto alla difesa e l'art. 41(2) della CDFUE⁶⁰; in quarto luogo, un incremento del rispetto di tali diritti da parte degli Stati. Ad esempio, i giudizi (da rinvio pregiudiziale) nei casi francesi (ad es. *Boudjlida* e *Mukarubega*) sono stati interpretati dal CALL belga nel senso che si applica un diritto di essere ascoltati in ciascun procedimento che potrebbe condurre ad una decisione incidente sugli interessi dell'individuo interessato⁶¹. Questo dialogo verticale indiretto ha contribuito a mutamenti nella prassi dell'Ufficio per gli Stranieri del Belgio. È da notare che tale organo ha da allora iniziato ad inviare lettere formali che invitano gli stranieri a esprimere le proprie argomentazioni, prima di procedere alla revoca del permesso di soggiorno⁶².

Ciononostante, il dialogo verticale non ha avuto successo nell'imporre un uso coerente delle fonti giuridiche a livello nazionale. Ad esempio, alcune corti nazionali hanno continuato a riferirsi all'art. 41(2) della

⁵⁸ Caso *Mukarubega* (n 52).

⁵⁹ V. *Mukarubega* cit., par. 44; *Boudjlida* cit., par. 32-33; *M.M.(2)* cit., par. 25.

⁶⁰ Come ad esempio: parametri di legalità e di interpretazione della legislazione nazionali e degli atti amministrativi nazionali; la conformazione delle politiche e della legislazione nazionali; manca ancora la conferma della C. giust. UE della funzione di disapplicazione del diritto e dei provvedimenti nazionali.

⁶¹ V. il *Belgian Council of Alien Law Litigation* (CALL) decisione 126.219 del 25 giugno 2014.

⁶² V. il REDIAL, *Belgian National Report on Chapter III of the Return Directive*, disponibile al link <http://euredial.eu/>.

CDFUE in relazione alle procedure di valutazione amministrative nazionali⁶³; oppure, a causa della confusione che circonda l'applicazione delle fonti europee, le corti nazionali si appoggiano esclusivamente su principi costituzionali nazionali che garantiscono il diritto di essere ascoltati⁶⁴.

3. Quante volte un cittadino di Stato terzo dovrebbe essere ascoltato nei procedimenti per determinazione dello status migratorio? L'effetto a catena del dialogo verticale tra corti

La legislazione europea dispone regole minimali circa l'ambito di applicazione del diritto di essere ascoltati nei procedimenti in materia di immigrazione. Ad esempio, essa stabilisce un'audizione orale obbligatoria solo durante la fase amministrativa dell'aggiudicazione sulle richieste di asilo⁶⁵, mentre nuove audizioni durante i procedimenti amministrativi *follow-up* sono considerati di competenza dell'autonomia procedurale degli Stati⁶⁶. A seguito dell'audizione in sede amministrativa, la specifica forma, bifasica, delle procedure di asilo e rimpatrio conferisce un diritto di appello avverso la decisione amministrativa avanti al tribunale⁶⁷ oppure, nei procedimenti di rimpatrio, anche avanti un organo para-giudiziale con caratteristiche di imparzialità e indipendenza⁶⁸. Entro l'ambito di applicazione di questa autonomia procedurale, gli Stati membri hanno, gradualmente, limitato il numero di udienze/audizioni tanto nelle fasi amministrative che in quelle giudiziale dei procedimenti per la determinazione dello status migratorio, sulla base di ragioni economiche e di

⁶³ Suprema Corte Amministrativa della Lituania, v. M. MORARU, G. RENAUDIÈRE, P. DE BRUYCKER, *Technical Report, Migration Policy Centre, REDIAL Research Report 2016/03* https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/42184/Redial2016_03.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

⁶⁴ Tribunale Amministrativo Federale della Germania, Decisione del 27 ottobre 2015, I C 33.14.

⁶⁵ V. art. 14 della Direttiva sulle Procedure di Asilo (rifusione).

⁶⁶ Ad esempio, un'audizione durante la fase amministrativa *follow-up* di rimpatrio del richiedente asilo la cui richiesta è stata rigettata, è, secondo l'art. 6(6) della Direttiva Rimpatri, soggetto alla discrezionalità degli Stati membri.

⁶⁷ V. art. 46 della Direttiva sulle Procedure di Asilo (rifusione) (n 7).

⁶⁸ V. art. 13 della Direttiva Rimpatri (n 10).

effettività del diritto europeo in relazione all' incremento, in valore assoluto, dei rimpatri⁶⁹. Un esempio è offerto dal sistema irlandese di protezione internazionale, a struttura “bi-forcata”, ove, fino alla fine del 2013⁷⁰, un' audizione completa in sede amministrativa era conferita solo a fronte della determinazione dello status di rifugiato ma non anche durante la conseguente fase di valutazione sulla protezione sussidiaria.

La combinazione tra procedimenti di rimpatrio e di determinazione di status offre un altro esempio di limitazione sistemica delle audizioni in sede amministrativa. Ad esempio, un numero crescente di Stati appoggia questo modello amministrativo combinato, per cui il cittadino di Stato terzo è destinatario di una sola decisione amministrativa riguardo la sua legittima permanenza e l'eventuale rimpatrio al paese d'origine, dopo essere stato ascoltato una sola volta circa la legittimità del soggiorno, e non invece anche riguardo il rimpatrio⁷¹. Inoltre, il numero di udienze giudiziali è stato anche diminuito dai governi: o per eliminazione di un livello di appello⁷²; o negando alla radice l'accesso alla giustizia al fine di impugnare decisioni in materia di immigrazione⁷³. Queste vicende testimo-

⁶⁹ S. CARRERA, *The Implementation Challenges and Dynamics of EURAs*, in ID., *Implementation of EU Readmission Agreements*, Cham, 2016, 37.

⁷⁰ La prima riforma, adottata nel novembre del 2013, ha mantenuto il sistema ‘biforcuto’; la seconda riforma nel 2015 lo ha sostituito con una procedura unica per l'esame delle due forme di protezione internazionale. V. l'Opinione dell'AG nel Caso C-429/15 *Danqua* ECLI:EU:C:2016:485, p. 8. Per una descrizione dettagliata del sistema biforcuto irlandese, M. MORARU, S. PENASA, D. STRAZZARI, *Effective Justice in Asylum and Immigration*, Re-Jus Casebook, 2018, URL: https://www.rejus.eu/sites/default/files/content/materials/rejus_casebook_effective_justice_in_asylum_and_immigration.pdf, 66 ss.).

⁷¹ Secondo l'art. 6(6) della Direttiva Rimpatri, la maggioranza degli Stati membri ha optato per l'audizione del Cittadino di Stato terzo solo una volta durante il procedimento sullo *status*, sebbene questo tipo di procedimento combinino molte decisioni differenti (come quella circa il termine del legittimo soggiorno, il rimpatrio, l'allontanamento e/o il divieto d'ingresso). Secondo il Report EMN 2017 «in seventeen Member States (AT, CY, DE, EE54, EL, FI, FR, HR, HU, IT, LT, LU, MT, NL, SE, SI, and UK), the return decision is issued together with the decision to end the legal stay of a third-country national».

⁷² V. (n 18).

⁷³ Per maggiori informazioni v. C. giust. UE, 13 dicembre 2017, C-403/16 *El Hasani* ECLI:EU:C:2017:960.

niano un più generale approccio da parte dei governi nazionali, che mettono in discussione proprio la natura bifasica dei procedimenti, attraverso la limitazione dell'ambito di applicazione delle audizioni davanti al giudice nei procedimenti decisionali in materia di asilo e immigrazione⁷⁴.

La limitazione nel numero delle opportunità di audizione non riflette il ruolo essenziale e la complessità di tali audizioni nei procedimenti in materia di asilo e immigrazione. È da notare come un'audizione richiede che l'autorità competente possieda una larga varietà di competenze extra-giuridiche, quali: conoscenza di tematiche mediche, culturali, religiose, storiche, geografiche, politiche e relative al genere e all'infanzia nei paesi terzi, che hanno sistemi giuridici e culturali diversi da quello dell'autorità decidente⁷⁵. Inoltre, una ri-audizione potrebbe essere necessaria al fine di valutare nuovi elementi non verificati nel previo procedimento amministrativo, in quanto non giuridicamente rilevanti. Tra di essi, ad esempio, le condizioni di salute o il diritto alla famiglia e alla vita privata potrebbero non essere valutati nel corso dei procedimenti relativi alla protezione internazionale dal momento che non sono direttamente rilevanti ai fini del riconoscimento degli status; essi sono, tuttavia, non meno rilevanti al fine di proibire il rimpatrio di un cittadino di Stato terzo⁷⁶. Inoltre, le condizioni di pubblica sicurezza nel paese di origine sono un concetto dinamico che è soggetto a mutamenti nel lasso di tempo tra il momento della prima audizione nel procedimento di asilo e la decisione di rimpatrio. Ciò richiederebbe che ciascun organo (amministrativo o giudiziale) coinvolto nel procedimento decisionale consideri la situazione esistente al momento in cui l'autorità stessa prende la sua propria decisione⁷⁷. Per questa ragione, solitamente più di un'audizione è necessaria al fine di rispondere effettivamente a queste criticità.

⁷⁴ V. anche A.D. DE SANTIS, *L'eliminazione dell'udienza (e dell'audizione) nel procedimento per il riconoscimento della protezione internazionale. Un esempio di sacrificio delle garanzie*, in *Questione Giustizia*, Fascicolo 2/2018.

⁷⁵ V. N. GILL, *op. cit.*

⁷⁶ V. ad es. C. giust. UE, 18 dicembre 2014, C-562/13 *Abdida* ECLI:EU:C:2014:2453.

⁷⁷ In *M.M.(1)* era passato quasi un anno tra il rigetto della richiesta di asilo e il rigetto della protezione sussidiaria: v. Opinione dell'AG, 26 aprile 2012, C-277/11 *M. M. v Minister for Justice, Equality and Law Reform, Ireland*, ECLI:EU:C:2012:744 (d'ora in poi

Nel contesto di questo regime delle audizioni minato da crescenti ostacoli, le corti europee e nazionali sono state chiamate a determinare i margini dell'autonomia procedurale degli Stati membri con riferimento all'ambito di applicazione del diritto di essere ascoltati, sulla base del principio generale di diritto alla difesa, dell'art. 47(2) della CDFUE e dei principi di equivalenza ed effettività. I tribunali irlandesi, francesi, italiani e polacchi hanno avviato un dialogo diretto con la CGUE al fine di chiarire quante volte il cittadino di stato terzo deve essere ascoltato nei procedimenti di determinazione dello status migratorio e di rimpatrio.

Il dialogo giudiziale verticale è cominciato, in primo luogo, con riferimento all'ambito di applicazione del diritto di essere ascoltati nel sistema biforcuto di protezione internazionale irlandese. A seguito della comparazione con la giurisprudenza del Consiglio di Stato (*Raad van State*) olandese⁷⁸, la High Court irlandese ha sollevato dubbi che la prassi irlandese di ascoltare i richiedenti asilo solo una volta prima della determinazione dello status di rifugiato ma non anche prima della decisione sulla protezione sussidiaria fosse in conformità con il diritto europeo⁷⁹. Sebbene non vi sia, dal 2015, un altro sistema biforcuto di protezione internazionale in Europa, le conclusioni della CGUE nei giudizi resi sul caso irlandese sono ancora rilevanti per la delimitazione dell'ambito di applicazione del diritto di essere ascoltati nei procedimenti di asilo. La CGUE ha enfatizzato come sia importante che il diritto di essere ascoltati, in virtù della sua natura fondamentale, sia pienamente garantito in ciascuna delle due procedure (i.e. sullo status di rifugiato e sulla protezione sussidiaria), ciò che invece la prassi irlandese mancava di assicurare⁸⁰. La risposta della CGUE ha comportato rilevanti conseguenze per il sistema di asilo irlandese, come notato nel giudizio *follow-up* dalla

M.M.(1)); un analogo periodo era trascorso tra le diverse decisioni amministrative comunicate alla Sig.ra Mukarubega nella decisione in C-166/13; v. anche la decisione della Corte Amministrativa di Sofia, Bulgaria, *Yasinefta v. State Agency for Refugees*, caso 5774/2015, caso disponibile nella Database ReJus, <https://www.rejus.eu/db/cases/bulgaria-sofia-city-administrative-court-decision-n-57742015>.

⁷⁸ Si tratta di una decisione del 2007. V. il *Casebook Rejus*, cit. (n 72), 66 ss.

⁷⁹ Il richiedente asilo fu ascoltato solo durante la prima fase del procedimento.

⁸⁰ V. in particolare il C. giust. UE, 22 novembre 2012, C-277/11 *M.M.(1)*, par. 90-91.

corte che aveva sollevato la questione pregiudiziale⁸¹. La High Court ha sostenuto quindi che la legislazione irlandese fosse da modificare secondo il giudizio reso in *M.M.(1)* dal momento che il richiedente non aveva l'opportunità di: contestare le conclusioni sulla credibilità della richiesta raggiunte nel previo procedimento di determinazione dello status di rifugiato, durante la conseguente valutazione sulla protezione sussidiaria; un'opportunità di ripercorrere tutti gli aspetti del suo caso rilevanti per la richiesta di protezione sussidiaria e quindi di ottenere beneficio da una nuova valutazione di alcuna di tali circostanze⁸². Il giudice del rinvio aveva interpretato il giudizio della CGUE nel senso che richiede un diritto ad un'audizione orale prima della valutazione sulla protezione sussidiaria, sebbene la CGUE non l'avesse menzionata chiaramente nel suo giudizio. Questa trasposizione del giudizio della CGUE, ovviamente, non ha colto i favori del governo irlandese, che ha fatto appello avanti alla Corte Suprema. Quest'ultima ha chiesto alla CGUE di chiarificare ulteriormente le sue conclusioni circa la forma e il contenuto del diritto di essere ascoltati e, nello specifico: il diritto fondamentale di essere ascoltati, nell'ordinamento europeo, imporrebbe un'audizione orale in cui i testimoni possono essere chiamati e contro-esaminati?⁸³ Circa l'ambito di applicazione del diritto di essere ascoltati, la CGUE ha riconfermato il proprio approccio a partire dal primo rinvio pregiudiziale, ovvero che il diritto di essere ascoltati prima dell'adozione di una decisione circa l'applicazione della protezione sussidiaria va riconosciuto, anche se la persona è già stata sentita prima della valutazione sulla determinazione dello status di rifugiato. Ad ogni modo, circa la forma dell'audizione, la CGUE ha chiarito che il principio generale del diritto alla difesa non richiede un'udienza orale in sede amministrativa come regola generale, e che la scelta dipende dalle circostanze di ogni caso specifico.

Si potrebbe sostenere che le decisioni rese nel contesto irlandese non sono facilmente trasponibili in altri ordinamenti giuridici, dal momento che tali pronunce erano specificamente rivolte al sistema biforcuto di protezione internazionale presente in Irlanda. Ciononostante, la decisione *M.M.(1)* ha provocato una sorta di "effetto a catena" sullo sviluppo

⁸¹ V. *M.M. v Minister for Justice (No 3)* [2013] IEHC 9.

⁸² V. anche *M.M.(1)*, cit., par. 89.

⁸³ C-560/14 *M.M.(2)*, cit.

del diritto di essere ascoltati, ben oltre i confini dell'ordinamento irlandese e dei procedimenti di asilo. Ad esempio, i tribunali amministrativi francesi di primo grado di Pau e Melun hanno letto la decisione *M.M.(I)* al di là del suo specifico contesto e hanno adattato le conclusioni della CGUE alle disfunzionalità del sistema di audizioni nel contesto francese dei procedimenti di rimpatrio. Tali corti hanno considerato che, a seguito della decisione *M.M.(I)*, dovrebbe essere garantito il diritto di essere ascoltati a ciascuna persona prima dell'adozione di una decisione sul rimpatrio, anche se la direttiva rimpatri o la legislazione francese che la traspone non prevedono espressamente tale diritto⁸⁴.

In Francia, la decisione *M.M.(I)* è stata usata da taluni tribunali amministrativi, perlopiù di primo grado, al fine di persuadere il *Conseil d'Etat*⁸⁵ e i tribunali amministrativi di appello⁸⁶ ad appoggiare un approccio massimalista alla protezione dei diritti umani, relativamente al diritto di essere ascoltati nelle procedure combinate di rimpatrio⁸⁷. Secondo

⁸⁴ Il Tribunale Amministrativo di Pau ha operato il rinvio nel caso C-249/13 *Boudjlida* ECLI:EU:C:2014:2431; il Tribunale Amministrativo di Melun ha operato il rinvio nel caso C-166/13 *Mukarubega* ECLI:EU:C:2014:2336.

⁸⁵ Il *Conseil d'Etat* adottava un'interpretazione limitata del diritto di difesa nei procedimenti di immigrazione, laddove escludeva l'applicazione dei principi generali del diritto UE ai casi espulsione ed esentava l'amministrazione da una previa procedura in contraddittorio nei casi di immigrazione (v. la decisione *Préfet de Police v. Demir*, n°120435, 19 aprile 1991); v. anche: CE, *Hammou* n° 306821-30682, 19 ottobre 2007; *Barjamaj*, n° 307999, 28 novembre 2007; *Silidor*, n° 315441, 26 novembre 2008.

⁸⁶ Tribunale di Montreuil (Corte d'Appello Amministrativa di Lione, *Préfet de l'Ain v. Luc B.G.*, n°12LY02737, 14 marzo 2013). Per ulteriori commenti su questa decisione v. M. CLEMENT, *op. cit.* (n 47).

⁸⁷ Un approccio massimalista alla protezione dei diritti umani era stato abbracciato dal Tribunale di Lione nei casi *Dumitru*, n. 1208055, e *Lunda Makiese*, n. 1208057, 28 febbraio 2013, ove si erano estese le salvaguardie garantite ai cittadini europei anche ai richiedenti asilo e agli stranieri soggetti ad espulsione; d'altro canto, le corti d'appello avevano patrocinato un approccio più sfumato, definito dalla Corte d'Appello di Lione, riconoscendo un certo margine di discrezione alle autorità nazionali (amministrative e giudiziali) per decidere, caso per caso, se ascoltare o no il cittadino di Stato terzo nei procedimenti di rimpatrio (v. Corte d'Appello Amministrativa di Lione, *Préfet de l'Ain v. Luc B.G.*, n°12LY0273, 14 marzo 2013. Per commenti ulteriori su questa decisione v. M. CLEMENT, *op. cit.* (n 47)). V. anche S. SLAMA, *Question préjudicielle sur le droit d'être entendu par l'administration préalablement à l'édition d'une OQTF (TA Melun,*

questa interpretazione, la prefettura francese dovrebbe, *ex lege*, ascoltare il cittadino di Stato terzo non solo con riferimento al rigetto del suo permesso di soggiorno, ma anche con riferimento alla decisione sul rimpatrio⁸⁸. Ad ogni modo, l'interpretazione della giurisprudenza CGUE da parte dei tribunali amministrativi di primo grado non ha convinto le corti superiori a sostenere un'applicazione allargata del diritto di essere ascoltati⁸⁹. Pertanto, i tribunali di Melun e Pau hanno avviato un dialogo diretto con la CGEU circa l'applicazione del diritto di essere ascoltati nelle procedure amministrative combinate francesi, in un ultimo tentativo di legittimare l'interpretazione da loro stesse promossa in primo luogo.

In *Mukarubega*⁹⁰ e *Boudjlida*⁹¹, la CGUE ha scelto di non seguire né l'approccio massimalista né un'interpretazione riduttiva dell'ambito di applicazione del diritto di essere ascoltati, optando invece per la posizione più sfumata accolta dalle corti d'appello francesi. La CGUE ha sostenuto che, sebbene in principio un cittadino di Stato terzo dovrebbe essere ascoltato prima che sia presa ogni misura individuale che lo coinvolgano svantaggiosamente⁹²,

quando l'autorità nazionale competente intende adottare contestualmente una decisione che accerta un soggiorno irregolare e una decisione di rimpatrio, tale autorità debba necessariamente ascoltare l'interessato in modo da consentirgli di esprimere il suo punto di vista specificamente su quest'ultima decisione, dal momento che costui ha avuto la possibilità di manifestare, utilmente ed efficacemente, il suo punto di vista in merito all'irregolarità del suo soggiorno e ai motivi in grado di giustificare, in

8 mars 2013, *Sophie M.*; TA Lyon, 28 février 2013, *Lareille LM et a.*), CPDH, 20 marzo 2013.

⁸⁸ B. JEANNOT, *Le droit d'être entendu: une application décevante en droit des étrangers*, in *Droit des Etrangers*, ottobre 2015, 20-31.

⁸⁹ I tribunali amministrativi francesi non avevano ritenuto utile sollevare una questione pregiudiziale a seguito del giudizio del Tribunale di Lione del 14 marzo 2013 (CAA Lyon, 14 marzo 2013, *M. Halifa*, n° 12LY02704, CAA Lyon 14 marzo 2013, *Préfet de l'Ain c/ M. Bepede Guehoada*, n° 12LY02737 – 12LY02739, CAA Nancy 16 maggio 2013, n° 12NC01805, CAA Marseille 8 giugno 2013, n° 12MA04450).

⁹⁰ Caso *Mukarubega* cit.

⁹¹ Caso *Boudjlida* cit.

⁹² Caso *Sopropé* cit., par 49; *Mukarubega* cit., par. 46–48.

forza del diritto nazionale, che detta autorità si astenga dall'adottare una decisione di rimpatrio⁹³.

La durata dell'audizione e il lasso di tempo tra l'audizione stessa e la decisione combinata sono pure risultate, dal punto di vista della CGUE, non decisive circa la necessità di avere una seconda audizione.

La CGUE ha rispettato la scelta, politica, della Francia di fondere due procedimenti di determinazione dello status migratorio in uno, come permesso dall'art. 6(6) della Direttiva Rimpatri⁹⁴. Nondimeno, la CGUE ha rafforzato la protezione del diritto di essere ascoltati attraverso la determinazione di standard essenziali che per ogni audizione, a prescindere dalla forma, vanno garantiti in relazione a tutte le decisioni relative a rimpatri adottate sulla base della Direttiva Rimpatri⁹⁵. Sebbene i giudici *a quo* non siano riusciti ad avviare un *enforcement top-down* della loro interpretazione massimalista, l'interazione giudiziale ha condotto, perlomeno, a un rafforzamento degli standard del diritto di essere ascoltati nella giurisprudenza del Conseil d'Etat, sul modello dei più alti criteri seguiti dalle corti d'appello.

L'effetto a catena della giurisprudenza CGUE è continuato, dato che le decisioni *Mukarubega* e *Boudjlida* sono state utilizzate da altri corti nazionali in altri ordinamenti che prevedono sistemi di determinazione di status combinati (ad es. Belgio e Paesi Bassi) al fine di rafforzare, a livello nazionale, il proprio approccio teso all'espansione dell'ambito di applicazione del diritto di essere ascoltati. Ad esempio, il CALL in Belgio ha utilizzato la decisione *Boudjlida* per confermare la propria interpretazione espansiva dell'applicazione del diritto di essere ascoltati in relazione a ciascuna delle decisioni relative ai rimpatri adottate dalla pubblica amministrazione⁹⁶. I giudici hanno sancito che i cittadini di Stati terzi, migranti irregolari, vanno ascoltati non solo riguardo alla revoca

⁹³ Cfr. *Boudjlida* cit., par. 54; *Mukarubega* cit., par. 60.

⁹⁴ F. LUTZ e S. MANANASHVILI hanno sostenuto che l'art. 6(6) sia stato fortemente sostenuto dal Consiglio durante i negoziati sulla Direttiva Rimpatri. V. ID., *Commentary on the Return Directive*, in K. HAILBRONNER, D. THYM (a cura di), *EU Asylum and Immigration Law, second edition*, Oxford, 2016, 693.

⁹⁵ Il contenuto dell'audizione sarà analizzato nel paragrafo successivo.

⁹⁶ CALL, caso 126.219, decisione del 25 giugno 2014; CALL, 230.293, decisione del 24 febbraio 2015.

del loro diritto di soggiorno⁹⁷, ma anche con riferimento all'ordine di lasciare il territorio dello Stato⁹⁸, e tali cittadini devono avere la possibilità di esprimere le proprie argomentazioni circa il divieto di entrata, adottato congiuntamente all'ordine di rimpatrio⁹⁹. Il riferimento alla giurisprudenza CGUE ha contribuito all'incremento del rispetto, da parte delle autorità amministrative belghe, del diritto di essere ascoltati¹⁰⁰. Un approccio simile è stato adottato nei Paesi Bassi, sulla base del diritto di essere ascoltati come interpretato in *M.M.(I)*, richiedendo quindi che un cittadino di Stato terzo sia ascoltato prima dell'emanazione di un divieto di ingresso¹⁰¹.

I rinvii pregiudiziali dei giudici francesi hanno prodotto altresì effetti in sistemi che adottano approcci diversi nei procedimenti di determinazione dello status migratorio, come quello in cui la valutazione del rimpatrio è separata dalle precedenti procedure di asilo o di migrazione. Per esempio, la Suprema Corte Amministrativa della Lituania ha chiarito l'ambito di applicazione temporale del diritto di essere ascoltati. La corte ha sostenuto che le autorità non dovrebbero interrogare il richiedente di asilo entro termini temporali troppo stringenti, dal momento che tali termini renderanno il diritto di essere ascoltati inefficace; le autorità competenti devono consentire al richiedente di preparare e raccogliere le rilevanti informazioni¹⁰². Le corti lituane hanno anche sancito espressamente l'obbligo per l'amministrazione di ascoltare i migranti irregolari

⁹⁷ CALL, 230.293/24.02.2015.

⁹⁸ CALL, 232.758/29.10.2015.

⁹⁹ CALL, 233.257/15.12.2015.

¹⁰⁰ V. n 64.

¹⁰¹ Consiglio di Stato, 21 dicembre 2012, 201205275/1/V3 e 201205900/1/V3.

¹⁰² Provvedimento n. eA-2266-858/2015 del 7 luglio 2015. La decisione ha statuito che i due giorni accordati alla persona per produrre documenti ulteriori fossero inadeguati, con la conseguenza che l'amministrazione competente aveva violato il diritto ad essere ascoltati. Ciononostante, la Corte Suprema Amministrativa della Lituania è una delle corti europee con una lunga giurisprudenza in fatto di riferimento al diritto (europeo) ad essere ascoltati. Per un'analisi esaustiva v. I. JARUKAITIS, A. KALINAUSKAITĖ, *The Administrative Judge as a Detention Judge: the Case of Lithuania*, Capitolo 10, in M. MORARU, G. CORNELISSE, P. DE BRUYCKER, *Law and Judicial Dialogue on the Return of Irregular Migrants from the EU*, cit.

prima dell'adozione di qualunque decisione relativa a rimpatrio, a prescindere dalla loro natura coercitiva o meno¹⁰³. Questa interpretazione giudiziale pare seguire la larga definizione dell'ambito di applicazione del diritto di essere ascoltati nella giurisprudenza in tema di tariffe doganali sviluppata dalla CGUE¹⁰⁴.

Si è menzionato prima che la Direttiva sui Rimpatri e sulle Procedure di Asilo (rifusione) hanno stabilito procedure bifasiche; in ogni caso, la specifica organizzazione giudiziale delle audizioni in tema di asilo e immigrazione è soggetta all'autonomia procedurale degli Stati membri¹⁰⁵. In misura crescente gli Stati membri hanno iniziato a limitare i diritti dei richiedenti asilo e dei migranti irregolari circa le audizioni presso le corti sulla base di ragioni di economia processuale, forse in maniera persino più incisiva che per le limitazioni all'applicazione del diritto di essere ascoltati durante la fase amministrativa. L'Italia, in quanto paese fortemente colpiti dalla c.d. 'crisi dei rifugiati', ha iniziato a ridurre il numero di appelli in via giudiziale¹⁰⁶, invece la Grecia ha creato delle nuove corti per i procedimenti di asilo, la cui indipendenza e imparzialità è stata messa in discussione¹⁰⁷. L'oralità inerente al diritto di essere ascoltati nei procedimenti di determinazione dello status migratorio è stata ulteriormente limitata così come l'effettività delle decisioni giudiziali¹⁰⁸.

¹⁰³M. MORARU, G. RENAUDIÈRE, P. DE BRUYCKER, *REDIAL Research Report 2016/03*, cit., 11-13.

¹⁰⁴ Cfr. *Sopropé*, cit.

¹⁰⁵ Per un'analisi più dettagliati di tali aspetti nella prospettiva dell'art. 47 v. il contributo di D. STRAZZARI nel presente volume.

¹⁰⁶ V. L. n. 46 del 13 aprile 2017, di conversione del famoso decreto 'Minniti-Orlando'. Per un'analisi critica delle riforme italiane in tema asilo v. V. GAETA, *La riforma della protezione internazionale: una prima lettura*, in *Questione Giustizia*, 27 febbraio 2017, disponibile al link www.questionegiustizia.it/articolo/sulla-riforma-della-protezione-internazionale_27-02-2017.php.

¹⁰⁷ Nello specifico, il Comitato Indipendente di Appello (un organo para-giudiziale competente in tema di casi di inammissibilità); v. il Consiglio di Stato della Repubblica Ellenica, decisione 447/2017 del 10 aprile 2017; v. anche il Casebook Rejus, cit. (n 70), 100 ss.

¹⁰⁸ Per esempio, con riferimento alle decisioni ungheresi in tema di asilo v. C. giust. UE 29 luglio 2019, C-556/17 *Torubarov* ECLI:EU:C:2019:626.

Il risultato del dialogo verticale ha, nel complesso, incrementato la protezione del diritto di essere ascoltati da un tribunale. A seguito di un rinvio pregiudiziale rivolto dalla Suprema Corte Amministrativa della Polonia, solitamente una corte molto reticente rispetto al dialogo verticale in casi di immigrazione¹⁰⁹, la CGUE ha stabilito che l'art. 47(2) della CDFUE richiede che gli appelli contro i rifiuti dei visti siano incardinati in udienza presso almeno una corte che soddisfi gli standard previsti dall'art. 47(2) in termini di indipendenza e imparzialità¹¹⁰. Inoltre, in *Sacko Moussa*, la CGUE ha confermato la natura necessariamente bifasica dei procedimenti di asilo, anche per le richieste manifestamente infondate. Ciononostante, la CGUE ha costantemente rigettato un'interpretazione dell'art. 47(2) CDFUE che imponga più di un livello di audizione in giudizio¹¹¹.

Se le conclusioni della CGUE sono in linea con la giurisprudenza EdU riguardo l'applicazione del diritto di essere ascoltati nei procedimenti di determinazione di status, la citazione incrociata della giurisprudenza appare essere solo univoca. La CGUE, a differenza dell'Avvocato Generale, non cita giudizi rilevanti della Corte EdU sul diritto di essere ascoltati¹¹², come ad esempio il giudizio della Grande Camera in *De Souza Ribeiro v France* case, ove la Corte EdU ha sottolineato che non può darsi priorità alla speditezza processuale a detrimento dell'effettività delle garanzie procedurali volte a proteggere gli individui¹¹³.

¹⁰⁹ V. la decisione del 9 settembre 2016 II OSK 61/15; per un commento, v. il Casebook Rejus, cit. (72), 141-143.

¹¹⁰ C. giust. UE, C-403/16, 13 dicembre 2017, *El Hassani* ECLI:EU:C:2017:960.

¹¹¹ C. giust. UE, 28 luglio 2011, C-69/10 *Samba Diouf* ECLI:EU:C:2011:524; C-175/17 e C-180/17 *X et al.* ECLI:EU:C:2018:776.

¹¹² In tema di differenze nell'utilizzo dei precedenti della Corte EdU da parte della C. giust. UE e dell'Avv. Gen. v. il C. giust. UE, 4 ottobre 2018, C-652/16, *Ahmedbekova*.

¹¹³ C. Edu, Appl. No 22689/07, *De Souza Ribeiro v. France*, decisione della Grande Camera del 13 dicembre 2012, par. 88. Ci si sarebbe potuti aspettare che questa decisione venisse citata in *El Hassani*, 13 dicembre 2017, C-403/16 o in *Sacko Moussa* (26 luglio 2017, C-348/16 ECLI:EU:C:2017:591), ma nessun riferimento è stato operato.

4. Il livello di protezione del diritto di essere ascoltati dei richiedenti asilo e dei migranti irregolari

La Direttiva sulle Procedure di Asilo (rifusione) ha sfumato i confini tra i poteri esercitati dalle amministrazioni nazionali e l'apparato giudiziario nei procedimenti in tema di asilo. Nello specifico, essa si riferisce alla valutazione amministrativa delle richieste di asilo come ad un 'primo grado'¹¹⁴, sebbene non vi sia un secondo grado di valutazione amministrativa, e allo scrutinio giudiziale delle richieste di asilo come a delle 'procedure di appello'¹¹⁵. Questa terminologia porta a credere che l'apparato giudiziario stia esercitando un secondo grado di scrutinio amministrativo, un'interpretazione che solleva preoccupazione circa la protezione del principio di separazione dei poteri tra l'esecutivo ed il giudiziario, nell'ottica dello stato di diritto. In questo particolare contesto in cui è l'esecutivo a dominare le procedure di *enforcement* del diritto in tema di asilo, le corti nazionali hanno cercato di delineare misure di salvaguardia chiare e trasparenti per la forma ed il contenuto del diritto di essere ascoltati, con un impatto sul livello di protezione di tale diritto. Le seguenti questioni sono state soggette ad un'interazione verticale tra le corti nazionali e la CGUE: dovrebbe l'audizione essere 'informata', ovvero dovrebbero le pubbliche autorità informare il cittadino di Stato terzo circa gli elementi probatori in possesso delle autorità stesse, il tipo di decisione che intendono adottare e lo scopo dell'audizione stessa? Se sì, qual è l'ambito di applicazione della notifica richiesta dal diritto europeo? Inoltre, che forma dovrebbe avere l'audizione: la compilazione di un questionario, un'interrogazione orale o una discussione orale in contraddittorio? Infine, quale dovrebbe essere il contenuto dell'audizione, in termini di domande e tipologia di informazioni richieste?

¹¹⁴ V. l'art. 2(f) ed il capitolo III, dedicato alle procedure in prima istanza.

¹¹⁵ Capitolo V della Direttiva sulle Procedure di Asilo.

4.1. Il diritto ad un'audizione informata: l'immigrazione è differente dalle altre aree del diritto amministrativo europeo?

Il diritto ad essere informati dello scopo e degli effetti dell'audizione da parte delle autorità competenti è di fondamentale importanza nei casi di asilo e immigrazione. In primo luogo, a motivo del fatto che molti degli stranieri interessati non sono assistiti da avvocato durante la fase amministrativa del procedimento, non avendo quindi nessuno spiegare loro le complessità giuridiche dei procedimenti stessi¹¹⁶. In secondo luogo, la diversità nel linguaggio e nel retroterra culturale dei richiedenti asilo e dei rimpatriandi aggiunge ulteriori difficoltà ai fini della loro comprensione delle caratteristiche giuridiche delle procedure di audizione. In terzo luogo, il diritto ad essere informati impatta sull'obbligo dell'amministrazione di motivare le proprie decisioni. Può arguirsi che, data la posizione vulnerabile dei richiedenti asilo e rimpatriandi, il loro diritto ad essere informati prima delle audizioni, tanto amministrative quanto giudiziali, è persino più importante in questo campo che in altri settori del diritto amministrativo. Questo paragrafo mette in luce che, mentre alcune corti nazionali abbiano teso ad influenzare un'interpretazione vasta e *top-down* del diritto ad essere informati, la CGUE ha ristretto l'ambito di applicazione di tale diritto rispetto ad altri campi del diritto amministrativo.

Nei casi relativi a concorrenza ed alle c.d. 'smart sanctions', la CGUE ha delineato il requisito della previa notifica in relazione al diritto di essere ascoltati. In altri termini, il soggetto interessato deve essere informato tempestivamente¹¹⁷, in maniera effettiva¹¹⁸ e personalmente¹¹⁹, con riferimento alle obiezioni mosse dalla Commissione agli operatori eco-

¹¹⁶ L'assistenza legale è obbligatoria solo nella fase giudiziale, v. art. 20 della Direttiva sulla Procedure di Asilo (rifusione).

¹¹⁷ C. giust. UE, 14 luglio 1972, C-55/69 *Cassella Farbwerke v Commission* ECLI:EU:C:1972:76.

¹¹⁸ T-10-12/92 *SNFCC c. Commission* ECLI:EU:T:2012:123.

¹¹⁹ C. giust. UE, 2 ottobre 2003, C-176/99 *ARBED* ECLI:EU:C:2003:524.

nomici coinvolti, i quali possono poi replicare per iscritto entro un termine stabilito¹²⁰. Più precisamente, la CGUE ha sostenuto, inequivocabilmente, che le competenti autorità UE abbiano il dovere di comunicare al soggetto interessato il materiale probatorio a suo sfavore¹²¹ e sulla base del quale l'autorità stessa ha basato le proprie decisioni. La ragione del riconoscimento di tale obbligo di *disclosure* è nel porre gli individui nella

di difendere i loro diritti nelle migliori condizioni possibili e di decidere, con piena cognizione di causa, se sia utile adire il giudice dell'Unione, sia per consentire pienamente a quest'ultimo di esercitare il controllo che gli incombe in merito alla legittimità dell'atto in questione¹²².

Sulla base di questa giurisprudenza, parte della dottrina ha sostenuto che un diritto all'informazione è, invero, una garanzia costituzionale generale del diritto di essere ascoltati nel corso dei procedimenti amministrativi¹²³. Circa l'ampiezza delle informazioni che devono essere condivise, la CGUE ha statuito che con riferimento al congelamento di fondi, l'autorità deve, in una fase iniziale del procedimento, comunicare informazioni sufficientemente precise affinché gli individui interessati possano in maniera effettiva presentare il proprio punto di vista¹²⁴. Una volta

¹²⁰ Cfr. C. giust. UE, 23 ottobre 1974, C-17/74 *Transocean Marine Paint Association v. Commission* (n 36) par. 15; procedimenti riuniti 100–103/80 *SA Musique Diffusion Française v. Commission*, ECLI:EU:C:1983:158, par.10; C-85/76 *Hoffmann-La Roche v. Commission*, ECLI:EU:C:1979:36, par.11.

¹²¹ Nel caso delle *smart sanctions*, perlomeno gli elementi essenziali del materiale probatorio classificato, v. anche C. giust. UE, 4 giugno 2013, C-300/11, *ZZ*, ECLI:EU:C:2013:363.

¹²² C. giust. UE, 29 gennaio 2013, T-496/10 *Bank Mellat v Council of the European Union* ECLI:EU:T:2013:39, par. 56; C. giust. UE, 18 luglio 2013, C-584/10 *Commission v Kadi* ECLI:EU:C:2013:518.

¹²³ J.H. POHL, *The Right to be Heard in European Union Law and the International Minimum Standard – Due Process, Transparency and the Rule of Law*, CERiM Online Paper 6/2018; V. ILAREVA, *op. cit.*

¹²⁴ C. giust. UE, 22 settembre 2015, T-161/13 *First Islamic Investment Bank v Council*, ECLI:EU:T:2015:667.

che ciò sia stato fatto, è onere del soggetto interessato richiedere ed ottenere ulteriori informazioni¹²⁵.

Questo ampio ambito di applicazione degli obblighi dell'autorità non trova corrispondenza nei procedimenti nazionali in materia di immigrazione. Al contrario, gli Stati membri seguono comunemente il modello di un'estesa discrezionalità dell'esecutivo, ciò che invero ha caratterizzato, tradizionalmente i procedimenti decisionali in materia di asilo e immigrazione, con conseguente limitata *disclosure* del materiale probatorio ai cittadini di Stati terzi¹²⁶. Talune corti hanno iniziato a porre in discussione la legittimità di un tale disequilibrio dei poteri tra l'amministrazione e i soggetti interessati. La prima corte ad avviare sul punto una significativa interazione giudiziale è stata la High Court irlandese, che, nel caso *M.M.(I)*, ha chiesto se le autorità amministrative debbano fornire ai richiedenti asilo i risultati della valutazione sulla protezione sussidiaria «prima dell'adozione di una decisione definitiva, in modo da consentirgli di esprimersi in merito a quegli aspetti che fanno presagire un esito negativo»¹²⁷. Nei successivi casi *Mukarubega* e *Boudjlida*, le corti di rinvio francesi hanno chiesto alla CGUE se il diritto di essere ascoltati includesse anche un diritto del rimpatriando di essere messo in condizione di analizzare tutte le informazioni portate a sostegno di lui con riferimento al diritto di soggiorno, così da poter essere ascoltato in maniera effettiva, quale corollario del diritto alla difesa¹²⁸.

Nel delineare l'ambito di applicazione del diritto ad essere informati nei procedimenti di determinazione di status, rispetto invece ai procedimenti in tema di concorrenza, *smart sanctions* e fiscalità, la CGUE ha seguito, nel suo ragionamento, la distinzione tra controversie civili e amministrative rispetto a quelle penali. Questa distinzione è stata utilizzata per rigettare la proposta di estendere l'ampio ambito di applicazione del diritto di essere informati sviluppato in ambito di concorrenza, fiscalità

¹²⁵ V. J.H. POHL, *op. cit.* (n 125).

¹²⁶ V. C. DAUVERGNE, *Making people illegal: What globalization means for migration and law*, Cambridge, 2008.

¹²⁷ C. giust. UE *M.M.(I)* cit.

¹²⁸ Cfr. C. giust. UE *Boudjlida* cit. e C. giust. UE, *Mukarubega* cit.

e *smart sanctions* ai procedimenti in tema di immigrazione e asilo¹²⁹. La CGUE ha sostenuto che né il diritto di essere ascoltati né il dovere di cooperazione di cui alla Direttiva Qualifiche, o la Direttiva Rimpatri richiedono che le pubbliche autorità debbano

comunicare al richiedente, prima dell'adozione di una decisione sfavorevole a tale proposito e laddove sia stata già respinta una domanda di asilo presentata dalla stessa persona, gli elementi sui quali essa intende basare tale decisione e a sollecitare su tale punto le osservazioni dell'interessato¹³⁰

e nemmeno consentire un periodo di 'riflessione' prima di procedere alle proprie osservazioni,

qualora il cittadino interessato abbia la possibilità di manifestare, utilmente ed efficacemente, il proprio punto di vista sull'irregolarità del suo soggiorno e sui motivi che possano giustificare, in forza del diritto nazionale, che tale autorità si astenga dall'adottare una decisione di rimpatrio¹³¹.

Secondo l'approccio della CGUE, il diritto ad essere informati prima di un'audizione in sede amministrativa nei procedimenti di determinazione dello status migratorio dovrebbe includere: l'informativa circa gli scopi dell'interrogazione e le possibili conseguenze per lo status giuridico dell'individuo¹³²; l'informativa sull'opportunità di avvalersi dell'assistenza di un difensore o un consulente giuridico durante la fase amministrativa dei procedimenti di rimpatrio¹³³. In pratica, diverse corti nazionali hanno interpretato i riferimenti normativi citati come un minimo comune denominatore dal quale esse possono poi ulteriormente sviluppare il contenuto del diritto ad essere informati. Ad esempio, le corti bulgare richiedono altresì: la notifica dell'inizio della procedura legale per l'ema-

¹²⁹ Cfr. C. giust. UE, 17 dicembre 2015, C-419/14 *WebMindLicences* ECLI:EU:C:2015:832 par. 83.

¹³⁰ Cfr. C. giust. UE, *M.M.(1)* cit., par. 60.

¹³¹ C. giust. UE *Boudjlida* cit., par. 69.

¹³² C. giust. UE, *Boudjlida* cit., par. 62.

¹³³ *Ibid.*

nazione della decisione in questione e del diritto di essere ascoltati; l'opportunità di esaminare i documenti contenuti nel *file* di un procedimento; l'opportunità di rendere un'opinione circa le prove raccolte e presentare richieste ed obiezioni per iscritto. Il mancato rispetto di queste garanzie, si è sostenuto, va considerato come un'illegittima restrizione del diritto di difesa, in quanto al rimpatriando non sarebbe stata data la possibilità di organizzare adeguatamente la propria audizione¹³⁴.

In aggiunta ai criteri determinati a livello europeo, la Corte EdU ha imposto il principio di comunicazione in buona fede tra le pubbliche autorità ed i migranti, a prescindere dal fatto che lo straniero sia presente legittimamente o meno sul territorio dello Stato. È da notare che le autorità non devono intenzionalmente sviare i migranti al fine di tenerli in detenzione per facilitare l'efficacia di una pianificata operazione di allontanamento. Tale condotta, da parte di un'autorità amministrativa, non sarebbe compatibile con l'art. 5 CEDU¹³⁵.

4.2. Il dialogo giudiziale sulla forma dell'audizione nell'ambito dei procedimenti di immigrazione e asilo: verso una convergenza giudiziale

Il principio di oralità è un pilastro dell'aggiudicazione nei procedimenti di determinazione dello status migratorio. Va notato come l'intero processo di determinazione si basa sulla definizione della credibilità della storia narrata dal richiedente asilo o rimpatriando. In tali procedure, in cui la persona dell'interessato gioca un ruolo centrale, e in cui è spesso impossibile fornire prove documentali, i pratici del diritto hanno sottolineato la fondamentale importanza dell'audizione personale allo scopo di verificare la coerenza, plausibilità, completezza ed esaustività delle vi-

¹³⁴ V. decisione del 29 settembre 2008 della Corte Amministrativa della città di Sofia, n. 2054/2008, p. 3; decisione dell'8 ottobre 2014 della Corte Amministrativa della città di Sofia, n. 5670/2014 of the Sofia City Administrative Court, p. 3; decisione del 5 agosto 2014 della Suprema Corte Amministrativa della Bulgaria, n. 16862/2013. Per altri riferimenti v. V. ILAREVA, *op. cit.*

¹³⁵ Cfr. C. Edu, decisione del 5 febbraio 2002, *Conka v Belgium*, Appl No 51564/99, par. 42.

cende narrate, così come allo scopo di valutare la personalità dell'individuo¹³⁶. Sebbene l'audizione orale sia stata interpretata come la più piena espressione del diritto di essere ascoltati¹³⁷, i limiti a questa garanzia, specialmente nella fase giudiziale, si espandono in tutta Europa¹³⁸.

In questo contesto di svariate pratiche nazionali sulle audizioni orali, le corti hanno iniziato a rivolgersi alla CGUE circa la forma appropriata dell'audizione nei procedimenti di asilo e immigrazione. Nello specifico, le corti nazionali hanno messo in discussione la conformità al diritto europeo delle scelte politiche circa la forma delle ri-audizioni in sede amministrativa e delle audizioni giudiziali¹³⁹. Tali questioni riguardano il livello di protezione del principio di oralità e sono emerse nel contesto di procedimenti ove il cittadino di Stato terzo era stato già ascoltato dalle autorità amministrative, una sola volta durante precedenti procedimenti di determinazione dello status migratorio; tuttavia, l'individuo richiedeva una nuova audizione in sede amministrativa oppure un'audizione durante un procedimento di appello avverso una decisione amministrativa sfavorevole, avanti a un tribunale.

In *M.M.(2)*, la CGUE ha sostenuto che il diritto di essere ascoltati non implicasse un diritto ad un'interrogazione personale o ad una procedura orale nel contesto di una richiesta di protezione sussidiaria valutata separatamente e successivamente allo status di rifugiato. Contrariamente al-

¹³⁶ Si veda ad esempio l'opinione dell'AG del 2 dicembre 2014, nei procedimenti riuniti C-148/13, C-149/13 e C-150/13 ECLI:EU:C:2014:2111, punto 68, e nel Caso C-560/14 *M.M.(2)* cit.; v. anche L. BREGGIA, *op. cit.*

¹³⁷ Opinione dell'AG in *M.M.(2)*, punto 58.

¹³⁸ Con riguardo alle varie legislazioni nazionali che introducono limitazioni alle audizioni orali in sede giudiziale v. nota 18. Ad eccezione della fase amministrativa nei procedimenti di asilo in cui almeno un'audizione è obbligatoria, le successive audizioni (amministrative e giudiziali) sono soggette al diritto processuale nazionale degli Stati membri.

¹³⁹ Ad esempio, le audizioni amministrative basate su risposte scritte fornite dal richiedente asilo su di un questionario sono state questionate nella 'saga' *M.M.*; le audizioni basate esclusivamente sulla trascrizione delle interrogazioni in sede amministrativa sono state messe in discussione in *Sacko Moussa*; le audizioni giudiziarie orali con poteri inquisitori o accusatori di interrogazione avanti all'autorità amministrativa sono state trattate in *Boudjlida e Mukarubega*.

l'opinione dell'Avv. Gen., che considerava l'audizione orale come la regola nel corso della fase amministrativa¹⁴⁰, la CGUE ha ritenuto che lo scopo del diritto di essere ascoltati – i.e. che il decisore avesse pieno e completo accesso ai fatti e comprendesse il contesto fattuale di base della vicenda – potesse essere raggiunto per mezzo di osservazioni per iscritto. Inoltre, nel notare la natura separate delle due procedure, la CGUE ha ritenuto che l'interrogazione personale condotta nel contesto di una richiesta di asilo, potesse essere rilevante ed essere usata anche nel contesto di una richiesta di protezione sussidiaria. In ogni caso, la CGUE ha sancito che in determinate circostanze, come in presenza di un richiedente in stato di particolare vulnerabilità¹⁴¹, il diritto di difesa possa imporre un'interrogazione personale.

La natura eccezionale dell'audizione orale è stata in seguito confermata dalla CGUE con riferimento alla fase giudiziale dei procedimenti di asilo, nella decisione *Sacko Moussa*¹⁴². La decisione nasceva da un rinvio pregiudiziale di una corte di primo grado in Italia, rappresentativa dell'approccio, minoritario, restrittivo nei confronti del diritto all'audizione in giudizio basato esclusivamente sulla trascrizione delle risultanze della fase amministrativa, in casi di manifesta infondatezza delle richieste di asilo¹⁴³. In Italia, la maggioranza dei giudici competenti in materia di asilo, ossia giudici civili, sostenevano che una valutazione della trascrizione dell'audizione in sede amministrativa da parte dei giudici del-

¹⁴⁰ V. Caso *M.M.(2)* cit., par. 58.

¹⁴¹ La determinazione delle categorie vulnerabili è stata effettuata sulla base di criteri non-esaustivi: età, condizioni di salute, essere o meno stato/stata vittima di violenze. In tali circostanze, la C. Giust. UE ha sostenuto che un'ulteriore audizione potrebbe essere necessaria al fine di consentire all'interessato di pronunciarsi in maniera coerente e completa sugli in grado di supportare la sua richiesta, v. *M.M.(2)* cit., par. 51.

¹⁴² *Sacko Moussa* cit.

¹⁴³ Si tratta del Tribunale of Milano, e, in senso conforme, cfr. Cass. 8 giugno 2016, n. 11754. V. anche l'opinione dell'AG in *Sacko Moussa* cit., par. 28

l'appello non fosse sufficientemente protettiva del diritto di essere ascoltati¹⁴⁴ e che solo un'audizione orale nella fase giudiziale potesse soddisfare gli standard di tutela¹⁴⁵.

In *Sacko Moussa*, la CGUE ha confermato, in una certa misura, l'interpretazione della corte di rinvio, sostenendo che un generale obbligo di audizione orale avanti alla corte non potesse derivarsi dall'art. 47 CDFUE o da una lettura sistematica degli artt. 12, 14, 31 e 46 della Direttiva sulle Procedure di Asilo (rifusione). La CGUE ha raggiunto tali conclusioni anche riferendosi alla giurisprudenza CEDU (ad es. *Jussila v. Finland*)¹⁴⁶ per rilevare come non vi sia un obbligo in senso assoluto di tenere un'udienza pubblica ai sensi dell'art. 47 per analogia con l'art. 6 CEDU¹⁴⁷. Ciononostante, la CGUE ha stabilito delle linee guida per quando un'audizione orale in sede giudiziale sia necessaria. L'audizione orale va decisa dal giudice nazionale alla luce del suo obbligo di procedere *ex nunc* ad una piena valutazione in fatto e in diritto come richiesto dall'art. 46 della direttiva sulle Procedure di Asilo (rifusione)¹⁴⁸. È quindi, in buona sostanza, rimessa al giudice la valutazione se le informazioni contenute nel fascicolo del procedimento – incluso, ove presente, il report o la trascrizione delle interrogazioni personali – siano sufficienti al punto da rendere non necessaria un'audizione in sede giudiziale.

Significativamente, sia l'Avv. Gen., sia la CGUE hanno sostenuto che l'audizione orale non possa essere impedita da ragioni di economia processuale, come invece sostenuto dai governi sulla base del considerando n. 20 della Direttiva sulle Procedure di Asilo¹⁴⁹. Un diritto effettivo di essere ascoltati avanti ad un tribunale impone che il cittadino di Stato

¹⁴⁴ Altri tribunali amministrativi hanno posto enfasi sull'interrogazione personale in fase amministrativa, mentre hanno ritenuto che l'audizione giudiziale dovrebbe invece determinare quanto accuratamente l'amministrazione ha svolto i propri compiti nella motivazione in fatto e in diritto e se vi siano stati errori di diritto commessi (v. il contributo di D. STRAZZARI in questo volume).

¹⁴⁵ Per i riferimenti alle corti che appoggiano questa posizione, v. A.D. DE SANTIS, *op. cit.* (n 74).

¹⁴⁶ Appl. no. 73053/01, decisione del 23 novembre 2016.

¹⁴⁷ *Sacko Moussa* cit., par. 40.

¹⁴⁸ *Ibid.*, par. 44.

¹⁴⁹ V. l'opinione dell'AG cit., punto 66, confermata dalla C. giust. UE nel par. 45.

terzo sia in grado di esercitare la propria difesa con tutte le salvaguardie procedurali inerenti ad un giusto processo.

Il giudizio di *follow-up* del tribunale di rinvio è un esempio utile di come una corte nazionale dovrebbe trasporre i giudizi della CGUE ed evitare un'implementazione automatica di essi¹⁵⁰. Il tribunale ha deciso di procedere con l'audizione orale sulla base di tre fattori: il lasso di tempo intercorso dalla proposizione dell'appello; l'evoluzione della situazione socio-politica del Mali (stato d'origine del richiedente); il bisogno di valutare tutti gli elementi di vulnerabilità non emersi nel corso della fase amministrativa (e relativi, ad esempio, alla giovane età del richiedente, di soli vent'anni al momento dell'arrivo in Italia)¹⁵¹.

In termini di chiarificazione normative e di coerenza negli standard relativi al diritto di essere ascoltati, la sentenza della CGUE nel caso *Sacko Moussa* è un esempio di contributo "minimale" del dialogo giudiziale verticale. Circa la coerenza nella protezione dei diritti fondamentali, il metodo della CGUE impostato sulla citazione incrociata della giurisprudenza CEDU lascia spazio ad alcune critiche. In primo luogo, la CGUE ha selezionato i giudizi rilevanti della Corte di Strasburgo, tralasciando decisioni ancora più significative¹⁵²; in secondo luogo, la CGUE ha male interpretato l'approccio della Corte EDU alle audizioni orali. Mentre la CGUE ha sostenuto che lo standard CEDU è quello di considerare l'audizione orale come un'eccezione, la costante giurisprudenza di Strasburgo ha invece considerato l'audizione orale, perlomeno di fronte ad una corte, come la regola¹⁵³. In punto di chiarezza normativa,

¹⁵⁰ Tribunale Milano, decreto del 16.11.2017.

¹⁵¹ Per un'analisi più dettagliata v. il Casebook Rejus, cit. (n 70), 78 ss.

¹⁵² La C. giust. UE ha citato la decisione *Jussila v Finland*, ma vi erano altri casi rilevanti in tema di migrazione: ad es. *De Souza Ribeiro v. France*; *Fischer v. Austria*, Appl. No. 16922/90, decisione del 26 aprile 1995 par. 44; *Salomonsson v. Sweden*, Appl. No. 38978/97, decisione del 12 novembre 2002, par. 36.

¹⁵³ Sull'importanza dell'audizione orale nei procedimenti di diritto amministrativo v. il Caso *Mirovni Institut v Slovenia*, Appl. No. 32303/13, decisione del 13 giugno 2018; *Produkcija Plus Storitveno D.O.O. v Slovenia*, Appl. No. 47072/15, decisione del 23 gennaio 2019; v. anche C. FAVILLI, *L'Unione che protegge e l'Unione che respinge. Progressi, contraddizioni e paradossi del sistema europeo di asilo*, in *Questione Giustizia*, 2, 2018.

la risposta della CGUE al rinvio pregiudiziale non ha favorito l'armonizzazione della già frammentata giurisprudenza italiana; al contrario, con speciale riferimento al decreto 'Minniti-Orlando' del 2017, le divergenze giurisprudenziali sono cresciute ulteriormente. Sono servite quattro ulteriori pronunce della Corte di Cassazione per determinare che l'audizione orale in sede giudiziale sia la norma e non l'eccezione¹⁵⁴.

L'interpretazione minimalista data dalla CGUE al livello di protezione connesso al diritto di essere ascoltati si riflette nel rifiuto del modello inquisitorio per le audizioni in sede amministrativa nei procedimenti di asilo e rimpatrio. Ad esempio, in sede amministrativa il diritto di essere ascoltati non include le seguenti garanzie tipiche del modello 'accusatorio': avviso al cittadino di Stato terzo circa una potenziale decisione di rimpatrio (*Boudjlida*); previa *disclosure* delle informazioni che l'autorità intende porre alla base della decisione di rimpatrio (*Boudjlida* e *M.M.(2)*); l'assenza di un periodo di riflessione concesso al cittadino di un paese terzo prima di ottenere le sue osservazioni durante l'intervista (*Boudjlida and M.M.(2)*); il diritto di chiamare e contro-esaminare testimoni (*M.M.(2)*); il diritto di essere informati delle intenzioni dell'amministrazione di rigettare la richiesta di protezione sussidiaria o delle ragioni che essa intende porre a base del rigetto (*M.M.(1)* e *M.M.(2)*).

Il maggiore contributo del dialogo verticale all'implementazione delle audizioni orali è quello di consentire alle corti nazionali, nella loro relazione con le rispettive amministrazioni, di decidere di propria iniziativa se organizzare o no tali audizioni, a prescindere dalle limitazioni procedurali introdotte dalla legislazione nazionale. Nell'attuale contesto in cui i governi tendono a restringere i poteri dei giudici in materia di immigrazione e asilo, la protezione, seppure minimale, sviluppata dalla CGUE acquista valore aggiunto.

¹⁵⁴ Cfr. Cass. 17717/2018; Cass. 2817/2019; Cass. 27073/2019. Per un'analisi dettagliata v. M. FLAMINI, *Right to be heard in international protection proceedings before the Italian Judge*, in F. CASAROSA, M. MORARU (a cura di), *The Practice of Judicial Interaction in the Field of Fundamental Rights - The Added Value of the Charter of Fundamental Rights of the EU*, 2020, in corso di pubblicazione.

4.3. *Il contenuto dell'audizione: interazione giudiziale multi-livello a definizione della lista minima di questioni da affrontare nel contesto delle audizioni in tema di asilo e immigrazione*

Il contenuto delle audizioni amministrative e giudiziali in tema di asilo e immigrazione, ed in particolare le questioni da porre ai richiedenti asilo e ai rimpatriandi, sono state oggetto di evoluzione sulla base di strumenti di *soft law*, la maggior parte dei quali provengono da autorità 'amministrative' (ad es. UNHCR, la Commissione UE e, più di recente, si vedano i manuali EASO). Questi strumenti non hanno raggiunto l'auspicato effetto di unificare le pratiche di audizione nell'Unione e quindi assicurare standard comuni per l'applicazione del diritto di difesa. Questo per due ragioni principali: in primo luogo, a causa della varietà delle configurazioni nazionali in punto di audizioni e poteri rimediali delle corti, così come la grande differenza nei rapporti tra corti e amministrazione¹⁵⁵; in secondo luogo, queste linee guida comuni di *soft law* circa la conduzione delle audizioni sono state adottate senza o con scarso coinvolgimento proprio delle corti, sollevando quindi preoccupazioni circa l'indipendenza degli apparati giudiziari e la separazione dei poteri nell'aggiudicazione delle controversie in materia migratoria. In assenza di regole comuni democraticamente adottate e giuridicamente vincolanti circa le modalità di audizione, le corti nazionali hanno riempito il vuoto avviando interazioni multilivello con corti nazionali straniere, con la CGUE e con la Corte EDU. Questo paragrafo mette in luce come, attraverso lo strumento dell'interpretazione conforme della legislazione europea e nazionale ai principi generali del diritto di difesa e dell'art. 47 CDFUE, le corti hanno colmato un vuoto legislativo inerente al contenuto delle audizioni, hanno bilanciato la relazione tra amministrazione e apparato giudiziario, hanno consolidato la propria indipendenza e spinto l'amministrazione a migliorare le proprie pratiche di audizione nei procedimenti di determinazione dello status migratorio.

Anzitutto, il contenuto dell'audizione è determinato dalla funzione generale del diritto di essere ascoltati nei procedimenti amministrativi,

¹⁵⁵ Per un'analisi comparata sulle varie relazioni tra apparato giudiziario e amministrazione in Europa v. Z. GUOBIN, *Deference to the Administration in Judicial Review: Comparative Perspectives*, Cham, 2019.

come definito dalla CGUE e diretto ad assicurare che il destinatario di un provvedimento svantaggioso possa sottoporre le proprie osservazioni prima dell'adozione del provvedimento stesso, allo scopo di «consentire a queste ultime di correggere un errore o far valere elementi relativi alla loro situazione personale tali da far sì che la decisione sia adottata o non sia adottata, ovvero abbia un contenuto piuttosto che un altro»¹⁵⁶.

Inoltre, la CGUE ha delineato un particolare contenuto per le audizioni nei procedimenti di asilo sulla base del dovere di cooperazione come definito nell'art. 4 della Direttiva Qualifiche. A seguito dei giudizi in *M.M.(1)* e *M.M.(2)*, le audizioni tanto nella fase amministrativa che in quella giudiziale devono includere domande relative a: età del richiedente, data di nascita, *background*, identità, nazionalità, paesi di precedente residenza, previe richieste di asilo, itinerari di viaggio e altre informazioni relative ai seri danni a cui il soggetto è stato o potrebbe essere soggetto.

Ove necessario, l'autorità competente deve anche tenere in considerazione le spiegazioni offerte circa l'assenza di elementi rilevanti, così come la generale credibilità del richiedente. Incoerenze tra le vicende narrate dal richiedente e le informazioni provenienti dal paese d'origine, ove utilizzate dalle autorità, devono essere presentate al richiedente e discusse¹⁵⁷. L'ampiezza delle questioni affrontate durante l'audizione è, in conclusione, determinata dal dovere, per l'amministrazione di prestare «tutta l'attenzione necessaria alle osservazioni della persona coinvolta esaminando, in modo accurato e imparziale, tutti gli elementi rilevanti della fattispecie e motivando sufficientemente la sua decisione»¹⁵⁸.

In *Sacko Moussa*, la CGUE ha chiarito che la lista di questioni da affrontare durante l'audizione giudiziale non è esaustiva e ulteriori questioni possono essere affrontate dai giudici nazionali dove esse siano necessario ad assicurare il dovere, per il giudice, di condurre *ex nunc* un esame pieno delle circostanze di fatto e di diritto come richiesto dall'art. 46(3) della Direttiva sulle Procedure di Asilo (rifusione) e dall'art. 47 della CDFUE. Inoltre, le questioni dovrebbero essere tarate sulle

¹⁵⁶ *Sopropé* (n 23).

¹⁵⁷ C.EdU, *J.K. and Others v. Sweden*, Appl No. 59166/12, decisione del 4 giugno 2015; *R.H. v. Sweden*, Appl No. 4601/14, decisione del 10 settembre 2015.

¹⁵⁸ *M.M.(1)* (n 38).

circostanze dello status migratorio specificamente trattato. In *M.M.(1)* e *(2)*, la CGUE ha richiesto che le autorità affrontassero specifiche questioni riguardanti la valutazione sulla protezione sussidiaria nel sistema ‘bi-forcato’ di protezione internazionale invece che basarsi esclusivamente sull’uso, automatico, di precedenti conclusioni sulla credibilità del soggetto pervenute al momento della determinazione dello status di rifugiato.

Se pure la lista di questioni da affrontarsi nel corso dell’audizione non è esaustiva, alcune questioni sono state esplicitamente proibite dalla CGUE. Ad esempio, nel caso *A, B e C*, la CGUE ha escluso non solo di poter porre questioni, ma anche di poter raccogliere prove (e.g. video e foto) concernenti la vita o le pratiche sessuali del richiedente¹⁵⁹. Di conseguenza, le questioni ammesse andrebbero determinate anche sulla base della tutela della vita privata *ex art. 7 CDFUE* così come con riferimento all’art. 1 sulla dignità umana, così da impedire al richiedente di porre in essere atti sessuali, produrre registrazioni delle proprie attività sessuali o sottoporsi a test medici per dimostrare il proprio orientamento sessuale¹⁶⁰. Le audizioni in tema di richieste di asilo fondate su persecuzioni in base all’orientamento sessuale toccano vicende particolarmente sensibili, ma ciò non deve in ogni caso giustificare audizioni sommarie o di breve durata¹⁶¹.

Per quello che riguarda il contenuto delle audizioni nei procedimenti di rimpatrio, la lista non esaustiva di questioni minime da affrontare è stata definita dalla CGUE principalmente in *Mukarubega e Boudjlida*. La CGUE ha definito in dettaglio il contenuto del diritto di essere ascoltati. Nello specifico, il cittadino di Stato terzo deve essere in condizione

¹⁵⁹ C. giust. UE, 2 dicembre 2014, procedimenti riuniti C-148-150/13 *A.B.C* ECLI:EU:C:2014:2406.

¹⁶⁰ *Ibid.*

¹⁶¹ Il Consiglio di Stato olandese ha invalidato i provvedimenti amministrativi in casi riguardanti la valutazione di tali richieste di asilo sulla base di: mancata informazione circa le domande poste dall’amministrazione, circa le modalità di valutazione delle risposte, circa il come le affermazioni carenti in credibilità e concernenti i problemi che lo straniero aveva già sofferto a causa del suo asserito orientamento sessuale avessero influenzato la credibilità dell’argomento inerente al suo orientamento sessuale, v. C. VAN BOVENHARTOGH, *ENACT Case note*, Consiglio di Stato dei Paesi Bassi, 201208550/1/V2, 201110141/1/V2, 201210441/1/V2, disponibile nel database CJC.

di esprimere il proprio punto di vista su: la legittimità del suo soggiorno; i fatti che potrebbero giustificare le autorità ad astenersi dall'adottare una determinata decisione di rimpatrio¹⁶²; i fatti che giustificano eccezioni all'espulsione¹⁶³; le circostanze sociali relative alla posizione del migrante irregolare, tra cui i migliori interessi dei bambini, la vita familiare, lo stato di salute del soggetto e il rispetto del principio di *non-refoulement*¹⁶⁴; i dettagli dell'organizzazione del suo rimpatrio, inclusa la possibilità di estendere il periodo di partenza volontaria ai sensi dell'art. 7(2)¹⁶⁵; la correzione di errori o la trasmissione di tali informazioni riguardanti vicende personali¹⁶⁶. La Corte ha altresì reso chiaro che una decisione relativa al rimpatrio non può basarsi esclusivamente sull'anagrafica penale del soggetto o su un precedente rigetto di una richiesta di asilo a seguito di soggiorno e/o ingressi illegittimi. L'audizione deve invece, in ogni caso procedere alla valutazione di tutti gli aspetti summenzionati.

Recentemente, la CGUE ha avuto l'opportunità di sviluppare standard congruenti con la giurisprudenza CEDU in punto di obbligo dei giudici di ascoltare eventuali nuove ragioni per il riconoscimento di una forma di protezione internazionale, seppur essi siano privi di tale potere a livello nazionale. La soluzione raggiunta dalla CGUE in *Alheto*¹⁶⁷ e *Ahmedbekova*¹⁶⁸ è, nel complesso, in linea con la decisione CEDU in *J.K. c. Svezia*¹⁶⁹. Ad ogni modo, vi sono dei limiti chiave nel contesto di questa interazione orizzontale. In primo luogo, la CGUE non si è riferita espressamente ad alcuna decisione CEDU, sebbene l'Avv. Gen. avesse citato e discusso la giurisprudenza CEDU rilevante. In secondo luogo, il riadattamento operato dalla CGUE sulla posizione della CEDU in tema di diritti umani, compiuto in relazione al contesto del diritto europeo centrato sul principio di effettività del diritto, ha avuto come risultato un

¹⁶² *Boudjlida* cit., par. 55.

¹⁶³ Par. 47.

¹⁶⁴ Par. 48.

¹⁶⁵ Par. 51.

¹⁶⁶ Par. 37.

¹⁶⁷ C. giust. UE, 25 luglio 2018, C-585/16 *Alheto* ECLI:EU:C:2018:584.

¹⁶⁸ C. giust. UE, 4 ottobre 2018, C-652/16 *Ahmedbekova* ECLI:EU:C:2018:801.

¹⁶⁹ C.EdU, *J.K. v Sweden*, Appl No. 59166/12 decisione del 23 agosto 2016.

altro esempio della mentalità ‘amministrativa’ della CGUE sui temi migratori¹⁷⁰. Nell’attuale contesto politico caratterizzato dall’*empowerment* delle amministrazioni a discapito del potere giudiziario e della protezione dello stato di diritto, la CGUE ha deciso di sottolineare che il diritto dei richiedenti asilo di ottenere un esame *ex nunc* avanti ad una corte o a un tribunale non deve aggirare il ‘passaggio vitale’ della valutazione d’avanti all’autorità decidente¹⁷¹. In *Alhetto* e *Ahmedbekova*, la CGUE ha dimostrato maggiore prudenza nel bilanciare gli interessi degli Stati membri per accelerare le procedure di asilo e di immigrazione con i diritti della difesa e ricorso effettivo che aveva mostrato in *Mahdi* e *Torubarov*. Se ciò sia dovuto ad una diversa composizione del consesso decidente o ad un *trend* generale rimane da valutarsi.

5. I rimedi per la violazione del diritto di essere ascoltati: l’approccio della CGUE

Cosa accade quando l’audizione non si è svolta secondo gli standard summenzionati? Né la Direttiva sulle Procedure di Asilo (rifusione) né quella sui Rimpatri si occupano delle conseguenze per la violazione del diritto di essere ascoltati. I rimedi possibili potrebbero essere vari: annullamento automatico del provvedimento (amministrativo o giudiziale) seguito da un’audizione *ex novo* tenuta o dall’autorità che ha applicato il rimedio o da quella che ha violato il diritto¹⁷²; nullità del provvedimento amministrativo solo se sono provate determinate circostanze; e, in aggiunta, risarcimento in forma pecuniaria. Dal momento che il diritto di essere ascoltati inerisce ai diritti fondamentali, il rimedio che offre forse il miglior compromesso tra questo diritto e quello di ottenere una decisione finale entro un termine ragionevole è la previsione di nullità del

¹⁷⁰ Su altri esempi relativi a questa ‘mentalità’ amministrativa v. D. THYM, *Between the “Administrative Mindset” and “Constitutional Imagination”: The Role of the Court of Justice in Immigration, Asylum and Border Control Policy*, in *European Law Review*, 2, 2019, 139-158.

¹⁷¹ *Alhetto* cit., par.116.

¹⁷² Ciò potrebbe anche includere il rilascio dalla detenzione relativa a casi di asilo e immigrazione.

provvedimento finale errato nei casi in cui l'esito sarebbe stato diverso qualora il soggetto interessato fosse stato ascoltato. L'autorità di riesame avrebbe pertanto un dovere officioso di valutare se questa circostanza sia applicabile e, in caso affermativo, di introdurre le parti ad un dibattito in contraddittorio. Il principale svantaggio di questo rimedio è il disequilibrio che esso crea tra l'amministrazione e l'apparato giudiziario; quest'ultimo verrebbe infatti gravato di responsabilità che dovrebbero invece essere di pertinenza dell'amministrazione.

A seguito di un rinvio pregiudiziale del Consiglio di Stato olandese, la CGUE ha optato per lo stesso rimedio che ha applicato in maniera costante per le violazioni del diritto di essere ascoltati in altri campi del diritto amministrativo¹⁷³, ovvero sia la nullità delle decisioni errate se il loro esito fosse stato diverso in presenza dell'audizione¹⁷⁴. Sulla base di questo test, l'illegittimità della decisione è stabilita dalla corte nazionale se, alla luce delle circostanze attuali e giuridiche del caso, l'esito della procedura amministrativa avrebbe potuto essere differente se il cittadino di Stato terzo fosse stato in grado di presentare delle informazioni che potessero dimostrare che la sua detenzione avrebbe dovuto essere terminata¹⁷⁵. In assenza di un sistema effettivo di assistenza legale, o se il giudice non esercita d'ufficio il potere di valutare l'impatto della violazione sui diritti della persona¹⁷⁶, questo rimedio rimane però un costrutto teorico¹⁷⁷.

A livello nazionale le corti hanno operato trapianti giuridici, applicando regole del diritto civile e penale sul risarcimento in dispute ove il diritto di essere ascoltati era stato violato dall'amministrazione e/o dall'apparato giudiziario. Tali risarcimenti, seppur vadano richiesti espressamente dalle parti danneggiate, sono stati generalmente riconosciuti,

¹⁷³ Si tratta di concorrenza, fiscalità e sanzioni disciplinari.

¹⁷⁴ C. giust. UE, 10 settembre 2013, C-383/13 PPU *G and R* ECLI:EU:C:2013:533.

¹⁷⁵ V. *G&R*, par. 38-40.

¹⁷⁶ *Ibid.*, par. 40.

¹⁷⁷ In merito al *trend* decrescente circa l'assistenza giuridica v. il Refugee Action Report del 2018: «Tipping the Scales: Access to Justice in the Asylum System».

specialmente nei casi di violazioni di diritti per episodi di detenzione in tema di asilo e immigrazione¹⁷⁸.

La spinta verso la definizione di rimedi adeguati dovrebbe arrivare altresì dalla giurisprudenza della CEDU. Conformemente, regole procedurali volte a prevenire un esercizio abusivo del diritto di asilo non possono giustificare la violazione di un diritto fondamentale – il principio di *non-refoulement*¹⁷⁹.

6. Conclusioni: conquiste e limiti del dialogo giudiziale sul diritto di essere ascoltati

Il diritto di essere ascoltati dei richiedenti asilo e dei migranti irregolari è stato soggetto ad un particolare contesto giuridico e politico di *enforcement* che ha prodotto un bisogno di interazione giudiziale. L'armonizzazione limitata delle regole procedurali nazionali sulla protezione internazionale e sulle procedure di rimpatrio, la pluralità di fonti legali, le traduzioni talora incoerenti dei giudizi della CGUE e le tendenze dei legislatori (europeo e nazionali) a bilanciare le garanzie procedurali con l'obiettivo di risparmiare risorse hanno contribuito allo sviluppo di un dialogo giudiziale transnazionale, verticale ed orizzontale. In questo contesto, il ruolo delle corti e del dialogo è stato quello di assicurare che i limiti amministrativi e giudiziali del diritto di essere ascoltati fossero rispettosi dei principi di proporzionalità, equivalenza ed effettività e degli standard dello stato di diritto.

La maggior parte delle interazioni giudiziali qui discusse sono state volontarie, poi percepite dalle corti nazionali come utili al fine di raggiungere standard di chiarezza normative circa le fonti, l'ambito di applicazione, contenuto ed effetti del diritto di essere ascoltati nei procedimenti di asilo e rimpatrio. In altre occasioni, le corti nazionali hanno voluto ottenere una legittimazione della propria particolare posizione inter-

¹⁷⁸ Per la Polonia, v. la decisione della Corte Suprema del 4 febbraio 2015 III KK 33/14; per la Repubblica Ceca v. CJEU, C. giust. UE, 8 marzo 2019, C-704/17 D.H. ECLI:EU:C:2019:247.

¹⁷⁹ C. Edu, *F.G. v. Sweden*, Appl. No. 43611/11, decisione del 23 marzo 2016.

pretative che rappresentava, nel contesto nazionale, una visione minoritaria oppure praticata solo dalle corti locali. Il sostegno dato dalla CGUE (o da corti di altri stati membri) alle posizioni delle corti ha di conseguenza contribuito allo sviluppo di un'armonizzazione, a livello europeo, del diritto fondamentale di essere ascoltati o delle pratiche di asilo e rimpatrio.

Che si trattasse di rinvio pregiudiziale, interpretazione conforme, di applicazione delle decisioni amministrative o ragionamento comparato basato su giurisprudenza nazionale straniera, le tecniche del dialogo giudiziale hanno migliorato l'applicazione del diritto di essere ascoltati. In primo luogo, esse hanno aiutato a definire la base giuridica del diritto di essere ascoltati. Il principio generale del diritto di difesa rimane la base giuridica corretta nonostante l'entrata in vigore della CDFUE. La scelta tra la base giuridica dell'art. 41 e il principio del diritto di difesa pare non avere incidenza sul livello di protezione a livello nazionale. È tuttavia ovvio che il limite istituzionale dell'art. 41 CDFUE non può essere aggirato semplicemente cambiando la fonte giuridica in favore del principio generale del diritto di difesa, definendo un contenuto e degli effetti giuridici identici a quelli dell'art. 41.

Il dialogo giudiziale e, in modo particolare, l'interpretazione data dalle corti nazionali ai giudizi della CGUE hanno allargato l'ambito di applicazione del diritto di essere ascoltati che è ora la regola in relazione a tutti i provvedimenti amministrativi adottati nei procedimenti di determinazione dello status migratorio e che possono incidere negativamente sui diritti dei cittadini di Stati terzi. Il dialogo verticale, diretto e indiretto, ha dato un contenuto concreto al diritto di essere ascoltati dei migranti irregolari e dei richiedenti asilo, sotto forma di una lista essenziale di questioni e garanzie che, in determinate giurisdizioni, ha imposto un innalzamento del livello di protezione del diritto di essere ascoltati (ad es. Belgio e l'Italia).

Forse, il contributo essenziale del dialogo tra corti è stato quello di assicurare *checks and balances* sul crescente potere dell'esecutivo sul controllo delle migrazioni, così come uno scudo protettivo per le corti, che invece fronteggiano una diminuzione dei propri poteri di scrutinio. Ciononostante, la mancanza della CGUE di una metodologia chiara, trasparente e coerente per la citazione incrociata della giurisprudenza è un

problema da affrontare, al fine di garantire la sostenibilità delle tecniche di interazione giudiziale. Se la CGUE dovesse sviluppare un sistema di principi neutrale, trasparente e coerente per i riferimenti incrociati, allora problemi quali una terminologia giuridica confusa¹⁸⁰, standard giudiziali divergenti¹⁸¹ e trapianti giuridici errati¹⁸² potrebbero essere evitati. Padroneggiare questa metodologia potrebbe divenire necessario in futuro, alla luce delle sfide che i procedimenti decisionali algoritmici porranno al diritto di essere ascoltati nei procedimenti in tema di immigrazione¹⁸³.

¹⁸⁰ V. Opinione dell'AG, 26 luglio 2017, in C-348/16 *Sacko Moussa* ECLI:EU:C:2017:288, nota 7.

¹⁸¹ Come esemplificato dai differenti standard sull'audizione orale in sede giudiziale quale regola o eccezione nella giurisprudenza della CEDU (che opta per la tesi della regola) e della C. giust. UE (che la considera invece un'ipotesi eccezionale).

¹⁸² V. la critica mossa all'apparato rimediale uniforme sviluppato dalla C. giust. UE per le violazioni del diritto di essere ascoltati nel Par. 5.

¹⁸³ V. UK Government Report (2017), https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/631520/An-inspection-of-entry-clearance-processing-operations-in-Croydon-and-Istanbul.pdf.

IL RUOLO DEL GIUDICE NAZIONALE E I POTERI D'UFFICIO NELL'APPLICAZIONE DEL DIRITTO EUROPEO DEI CONSUMATORI

*Diana Ungureanu**

SOMMARIO: 1. *Introduzione.* 2. *Il principio del controllo d'ufficio delle clausole contrattuali abusive.* 3. *L'interazione tra l'autonomia procedurale nazionale e i principi di effettività ed equivalenza nel controllo d'ufficio delle clausole contrattuali abusive.* 4. *Che cosa occorre fare con le norme processuali nazionali quando l'effettività e l'equivalenza non sono garantite?* 5. *In quale procedimento?* 5.1. *Le regole inerenti al rilievo d'ufficio si applicano a tutti i tipi di procedura.* 5.2. *Procedimento in cui il consumatore è attore.* 5.3. *Procedimenti esecutivi basati su titoli diversi dalle sentenze ottenute in procedimenti dichiarativi.* 6. *La logica di intervento.* 7. *Quali sono i principali obblighi dei giudici in relazione al controllo d'ufficio?* 7.1. *Deve il giudice compensare con il controllo d'ufficio la passività totale del consumatore?* 7.2. *L'obbligo di un trattamento procedurale equivalente alle questioni considerate dall'ordine pubblico nel diritto nazionale.* 7.3. *Principali obblighi basati sul principio di effettività, come interpretato dalla Corte.* 7.3.1. *Il test applicabile.* 7.3.2. *Fattori rilevanti per l'effettività dei rimedi.* 8. *Conclusioni.*

1. Introduzione

«Conoscere bene le regole, in modo da poterle infrangere efficacemente». Forse il Dalai Lama pensava da avvocato quando lo ha scritto, forse no. In un certo senso finanche un giudice potrebbe riconoscersi in queste parole.

Non è libertà da. È la libertà di, come direbbe J. P. Sartre.

Mettere da parte le regole procedurali nazionali e agire d'ufficio non è libertà da restrizioni procedurali nazionali, ma una missione di salva-

* Phd, Magistrato presso la Corte d'appello di Pitești, Romania.

taggio per salvaguardare i principi del diritto comunitario che tutelano i diritti dei consumatori.

È il potere di rilevare questioni d'ufficio una libertà (rispetto alle limitazioni procedurali)? O, al contrario, come direbbe Sartre, è una condanna alla libertà? È possibile sottrarsi all'esercizio di tale libertà? Il giudice può liberarsi da questa libertà? Può il giudice scegliere di non volere tale libertà? Oppure ha l'obbligo di liberarsi da regole procedurali restrittive?

Alla fine, la condanna alla libertà non è in realtà un doppio onere? Non determina solo la libertà, ma anche l'obbligo di accantonare le norme nazionali quando necessario e quello di applicare direttamente il diritto UE dei consumatori, al fine di garantirne l'effettività.

Fortunatamente, in questo sforzo il giudice nazionale non è un cacciatore solitario e il dialogo continuo con la Corte di giustizia UE è lo strumento più potente a sua disposizione. Utilizzata dai giudici nazionali sia come arma che come scudo, la procedura di rinvio pregiudiziale offre sufficienti indicazioni nell'ambito della giurisprudenza della Corte nelle materie di sua competenza. Da parte sua, la Commissione Europea ha svolto un eccellente lavoro di sintesi di questa giurisprudenza, che ne rende lo studio disponibile per tutti, sebbene il documento che la raccoglie offra un orientamento privo di un valore giuridico¹.

Tuttavia, quando si traducono nel contesto nazionale questi principi, ci sono sempre specificità legate alle circostanze del singolo caso, che danno spazio all'interpretazione del giudice nazionale e comportano un alto grado di imprevedibilità.

Alcuni dei giudici nazionali sono più consapevoli della giurisprudenza della CGUE rispetto ad altri; alcuni sono più flessibili, altri più formalistici, come dimostra uno studio di valutazione delle leggi e delle pratiche processuali nazionali in termini di impatto sulla libera circolazione delle sentenze e sull'equivalenza e l'efficacia della tutela giurisdizionale dei consumatori ai sensi del diritto del consumo dell'UE².

¹ Comunicazione della Commissione *Orientamenti sull'interpretazione e sull'applicazione della direttiva 93/13/CEE del Consiglio concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, 2019/C 323/04.

² V. *An evaluation study of national procedural laws and practices in terms of their impact on the free circulation of judgments and on the equivalence and effectiveness of*

Questo articolo è un piccolo contributo che cerca di spiegare come funziona in pratica il principio del controllo d'ufficio delle clausole contrattuali abusive per un giudice nazionale e quali sono i principali obblighi che da tale principio derivano.

2. Il principio del controllo d'ufficio delle clausole contrattuali abusive

L'evoluzione della giurisprudenza della CGUE dal potere all'obbligo di controllo d'ufficio delle clausole contrattuali abusive è chiaramente spiegata nella causa C-168/15, *Milena Tomášová*³.

Secondo la precedente giurisprudenza della Corte, a partire dalla causa C-240/98, *Océano*, «il sistema di tutela dei consumatori istituito dalla direttiva 93/13 comporta il riconoscimento del potere del giudice nazionale di determinare d'ufficio se una clausola è abusiva»⁴.

In una fase successiva, nella causa *Mostaza Claro*, C-168/05, la Corte ha riconosciuto che

in linea di principio, la natura e l'importanza dell'interesse pubblico sotteso alla tutela che la direttiva 93/13 conferisce ai consumatori potrebbero addirittura giustificare il fatto che il giudice nazionale sia tenuto a valutare d'ufficio se una clausola contrattuale sia abusiva e, in tal modo, a compensare lo squilibrio esistente tra il consumatore e il venditore o il fornitore⁵.

the procedural protection of consumers under EU consumer law, Report prepared by a Consortium of European universities led by the MPI Luxembourg for Procedural Law as commissioned by the European Commission, JUST/2014/RCON/PR/ CIVI/0082.

³ C. giust. UE, *Milena Tomášová*, 28 luglio 2016, C-168/15, §§ 28-31.

⁴ C. giust. UE, *Océano Grupo Editorial e Salvat Editores*, 27 giugno 2000, C-240/98 a C 244/98, EU:C:2000:346, §§ 26, 28 e 29; *Cofidis*, 21 novembre 2002 C-473/00, EU:C:2002:705, §§ 32-33, e *Mostaza Claro*, 27 ottobre 2006, C-168/05, EU:C:2006:675, §§ 27-28.

⁵ § 38.

Solo nella sentenza *Pannon GSM*, C-243/08, la Corte ha affermato chiaramente che

il ruolo assegnato dal diritto dell'Unione ai giudici nazionali non si limita ad una mera competenza a pronunciarsi sull'eventuale carattere abusivo di una clausola contrattuale rientrante nell'ambito di applicazione di tale direttiva, ma consiste anche nell'obbligo di esaminare d'ufficio tale questione, qualora disponga degli elementi di diritto e di fatto necessari per tale compito⁶.

3. L'interazione tra l'autonomia procedurale nazionale e i principi di effettività ed equivalenza nel controllo d'ufficio delle clausole contrattuali abusive

La Corte ha più volte riconosciuto come fondamento di quello che può essere considerato un "super-potere" molto forte e al contempo un onere per il giudice di svolgere un ruolo attivo nel processo, l'idea che lo squilibrio esistente tra il consumatore e il venditore o il fornitore possa essere corretto soltanto con un'azione positiva da parte del giudice slegata dal ruolo delle parti del contratto⁷.

Il controllo d'ufficio mira a raggiungere il risultato che le clausole abusive non vincolino il consumatore, come auspicato dall'art. 6, par. 1, della dir. 93/13/CE⁸, e contribuisce all'obiettivo – dichiarato all'art. 7 della medesima direttiva – di garantire mezzi adeguati ed efficaci per prevenire l'uso continuato di clausole abusive, in quanto può fungere da deterrente all'uso di clausole abusive in generale⁹.

⁶ § 32.

⁷ C. giust. *VB Péntügyi Lízing*, 9 novembre 2010, C-137/08, EU:C:2010:659, § 48, e, *Karel de Grote - Hogeschool Katholieke Hogeschool Antwerpen*, 17 maggio 2018 C-147/16, EU:C:2018:320, § 28 e la giurisprudenza ivi citata; decisioni *Aziz*, C-415/11, 14 marzo 2013, § 46 e la giurisprudenza ivi citata, e *Gutiérrez Naranjo et al.*, 21 dicembre 2016, C-154/15, C-307/15 e C-308/15, § 58.

⁸ Direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, OJ L 95, 21.4.1993, 29-34.

⁹ *Mostaza Claro*, C-168/05, 26 ottobre 2006 §§ 27-28; *Cofidis*, § 32; *Océano Grupo Editorial*, 27 luglio 2000, C-240/98 a C-244/98 § 28.

Questi obiettivi possono essere raggiunti solo se le norme procedurali nazionali contribuiscono alla loro realizzazione e non creano ostacoli ingiustificati ai consumatori per poter contare sulla protezione offerta loro dalla dir. 93/13/CE.

Infatti, l'art. 6, par. 1, e l'art. 7, par. 1, non contengono norme procedurali specifiche.

In assenza di un'armonizzazione delle norme processuali in uno strumento di diritto dell'UE, la Corte ha riconosciuto l'autonomia procedurale degli Stati membri¹⁰.

Tuttavia, nell'applicare le norme procedurali nazionali, i giudici dovrebbero garantire che i diritti derivanti dal diritto dell'Unione siano effettivamente tutelati¹¹. A questo proposito, il giudice dovrebbe verificare se tali norme rispettino i principi di equivalenza e di effettività, alla luce della giurisprudenza della CGUE¹².

Equivalenza significa che le norme procedurali per la tutela dei diritti derivanti dal diritto dell'Unione non devono essere meno favorevoli di quelle che si applicano alla tutela di diritti simili in base al diritto nazionale¹³ o che disciplinano azioni analoghe in ambito nazionale¹⁴.

L'effettività implica che le norme procedurali nazionali non devono rendere in pratica impossibile o eccessivamente difficile per i cittadini, compresi i consumatori, l'esercizio dei diritti derivanti dal diritto dell'UE¹⁵. L'art. 7, par. 1, della dir. 93/13/CE riflette il diritto generale a

¹⁰ C. giust. UE, *Finanmadrid*, C-49/14, 18 febbraio 2016, § 40; *Océano Grupo Editorial*, cit.; C-168/05 *Mostaza Claro*, cit.; *Asturcom Telecomunicaciones*, C-40/08, 6 ottobre 2009; *Banco Español de Crédito*, C-618/10, 14 giugno 2012; *VB Pénzügyi Lízing*, C-137/08, 9 novembre 2010; *Pereničová and Perenič*, C-453/10, 15 marzo 2012.

¹¹ C. giust. UE *Alassini*, 18 marzo 2010, C-317/08, C-318/08, C-319/08 e C-320/08 § 61.

¹² C. giust. UE, *Van Schijndel*, 14 dicembre 1995, C-430/93 e 431/93; *Unibet (London) Ltd. and Unibert (International) Ltd.*, 134 marzo 2007, C-432/05; *Eco-Swiss China Time Ltd*, C-126/97, 1 giugno 1999; *Finanmadrid*, cit., § 40.

¹³ C. giust. UE, *Radlinger e Radlingerová*, 21 aprile 2016, C-377/14, § 48; *Finanmadrid*, cit., § 40; *Sánchez Morcillo e Abril García*, 17 luglio 2014, C-169/14, § 31 e la giurisprudenza ivi citata.

¹⁴ C. giust. *Nóra Baczó*, 12 febbraio 2015, C-567/13, §§ 42-47.

¹⁵ *Finanmadrid*, cit., § 40; *Sánchez Morcillo e Abril García*, cit., § 31.

un ricorso effettivo contro la violazione dei diritti e delle libertà garantiti dal diritto dell'UE, sancito dall'art. 47 della CDFUE¹⁶.

La Corte ha sviluppato ulteriormente questi principi per quanto riguarda il diritto dei consumatori e in particolare la dir. 93/13/CE, traendone una serie di requisiti procedurali specifici al fine di garantire che i consumatori siano efficacemente tutelati contro le clausole contrattuali abusive anche nella realtà dei procedimenti giudiziari, compreso il dovere di controllo d'ufficio della clausola abusiva.

Il dovere di controllo d'ufficio della clausola abusiva interferisce facilmente con il principio dispositivo (o dell'autonomia delle parti), che implica che è a discrezione esclusiva delle parti definire l'oggetto e l'estensione del procedimento in modo che il giudice non possa accogliere una domanda che non è stata presentata (*ultra petita*) o concedere più di quanto richiesto (*extra petita*). È inoltre ampiamente riconosciuto che spetta in primo luogo alle parti presentare i fatti su cui si è fatto affidamento per motivare le loro richieste, nonché presentare le prove necessarie, mentre al tribunale spetta la qualificazione giuridica di fatti e situazioni.

Tuttavia, anche in base al principio dispositivo, i giudici devono rilevare di propria iniziativa, cioè senza dover essere sollecitati dalle parti, alcune questioni inerenti al rispetto di norme imperative, spesso definite di ordine pubblico.

In quanto tali, il controllo d'ufficio è

fondamentalmente la conseguenza procedurale del fatto che il carattere abusivo delle clausole contrattuali e la loro natura non vincolante sono norme imperative di ordine pubblico che si applicano *de jure* e che sono profili giuridici che, pertanto, non dipendono da nessuna parte che le invoca¹⁷.

Il controllo d'ufficio delle clausole contrattuali abusive non è, quindi, in contrasto con i principi fondamentali del procedimento civile, come il principio dispositivo, posto che è deroga comunemente accetta-

¹⁶ C. giust. UE, *Profi Credit Polska*, 13 settembre 2018, C-176/17, § 59.

¹⁷ Comunicazione della Commissione *Orientamenti sull'interpretazione e sull'applicazione della direttiva 93/13/CEE del Consiglio concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, 2019/C 323/04, spec. 5.2.2.

ta a tale principio quella per cui una questione di ordine pubblico deve essere esaminata d'ufficio.

Così, tornando sulla citazione iniziale, si può rivisitarla in termini parzialmente diversi: è bene conoscere le regole per poterle applicare correttamente e in modo effettivo.

4. Che cosa occorre fare con le norme processuali nazionali quando l'effettività e l'equivalenza non sono garantite?

Un principio generale del diritto dell'Unione europea prevede che, qualora il diritto dell'UE richieda il controllo d'ufficio del carattere abusivo delle clausole contrattuali, i tribunali nazionali devono garantire tale controllo interpretando e applicando il più possibile il diritto nazionale in conformità con il diritto europeo¹⁸. Qualora ciò sia impossibile e le norme procedurali nazionali non siano conformi al principio di effettività e/o non garantiscano un rimedio effettivo, i giudici nazionali devono disapplicare tali norme nazionali per effettuare i controlli d'ufficio richiesti dal diritto dell'Unione¹⁹.

Qualora il controllo d'ufficio sia richiesto dal principio di equivalenza, i giudici nazionali sono tenuti ad applicare le pertinenti disposizioni nazionali, *mutatis mutandis*, per valutare d'ufficio il carattere abusivo delle clausole contrattuali. Tuttavia, se tali disposizioni non contemplano esplicitamente le azioni basate sul diritto dell'Unione, vi è il rischio che i giudici nazionali non effettuino tale controllo sulla base delle sole disposizioni nazionali.

La Corte ha chiarito che una decisione di un giudice nazionale che si pronunci in ultimo grado e non rispetti l'obbligo di valutare d'ufficio il carattere abusivo delle clausole contrattuali può costituire una violazione sufficientemente grave del diritto dell'Unione, che potrebbe far sorgere la responsabilità dello Stato membro per i danni causati ai consumatori²⁰.

¹⁸ C. giust. UE, *Erika Jörös*, 30 maggio 2013, C-397/11, § 32.

¹⁹ C. giust. UE *Dunai*, 14 marzo 2019, C-118/17, § 61.

²⁰ C. giust. UE, *Milena Tomášová*, 28 luglio 2016, C-168/15.

I giudici nazionali sono inoltre tenuti a non tener conto della giurisprudenza delle corti supreme nazionali in quanto incompatibile con la dir. 93/13/CE come interpretata dalla Corte²¹.

5. In quale procedimento?

5.1. Le regole inerenti al rilievo d'ufficio si applicano a tutti i tipi di procedura

Le caratteristiche specifiche dei procedimenti giudiziari non possono costituire un fattore suscettibile di incidere sulla tutela giuridica di cui i consumatori devono beneficiare ai sensi delle disposizioni della dir. 93/13²².

Sebbene si debba tener conto del contesto e delle specificità di ciascun tipo di procedimento, i giudici nazionali sono tenuti ad applicare le garanzie procedurali anche quando le disposizioni nazionali glielo impedirebbero. Le norme e i criteri elaborati dalla CGUE si applicano a tutti i tipi di procedimenti: procedimenti civili ordinari²³, procedure di ricorso²⁴, sentenze in contumacia del convenuto²⁵, azioni di annullamento di un lodo arbitrale²⁶, esecuzione di un lodo arbitrale²⁷, ingiun-

²¹ C. giust. UE, *Gutierrez Naranjo*, 21 dicembre 2016, C-154/15, C-307/15 e C-308/15 § 74, con riferimenti a giurisprudenza precedente. V. anche C. giust. *Dunai*, 14 marzo 2019, C-118/17, § 64.

²² C. giust. UE, *Radlinger Radlingerová*, 21 aprile 2016, C-377/14, § 50. La C. giust. UE fa riferimento al proprio precedente arresto in C. giust. UE, *Kušionová*, 10 settembre 2014, C-34/13, §§ 52 e 53 e alla giurisprudenza ivi citata.

²³ C. giust. UE, *Duarte Hueros*, 3 ottobre 2013, C-32/12; *Froukje Faber*, 4 giugno 2015, C-497/13, entrambi concernenti la dir. 1999/44/CE su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo (OJ L 171, 7.7.1999, 12).

²⁴ C. giust. UE, *Asbeek Brusse*, 30 maggio 2013, C-488/11 e *Erika Jörös*. 30 maggio 2013, C-397/11.

²⁵ C. giust. UE, *Karel de Grote*, 17 maggio 2018, C-147/16, §§ 24-37.

²⁶ C. giust. UE, *Mostaza Claro*, cit.

²⁷ C. giust. UE, *Mostaza Claro*, cit., *Asturcom Telecomunicaciones*, cit., *Pohotovost' e Tomášová*, cit.

zioni²⁸, diversi tipi di procedure di ingiunzione di pagamento²⁹, procedure di esecuzione delle ipoteche³⁰, aste volontarie³¹ e procedure di insolvenza³². La Corte è stata inoltre invitata a considerare il rapporto tra il Reg. (CE) n. 1896/2006 che istituisce un procedimento europeo d'ingiunzione di pagamento³³ e le garanzie procedurali ai sensi della dir. 93/13/CE³⁴.

Nei procedimenti ordinari, l'obbligo di rilevazione *ex officio* conferisce ai giudici nazionali il potere di esaminare elementi di fatto e di diritto, chiedendo altresì alle parti chiarimenti circa la natura della relazione e il loro status giuridico.

La mancanza della rilevazione *ex officio* da parte dei giudici di prime cure è valido motivo di ricorso in appello. In base al principio di equivalenza, secondo la conclusione raggiunta dalla Corte nella causa *Asbeek* (30 maggio 2013, C-488/11), ogniqualvolta il giudice nazionale abbia il potere, in base alle norme procedurali interne relative al giudizio di appello, di dichiarare d'ufficio la nullità di una clausola contraria all'ordine pubblico, tale potere si estende anche alla clausola contrattuale che ha ritenuto abusiva alla luce dei criteri stabiliti dalla dir. 93/13/CE³⁵.

Tuttavia, i giudici restano riluttanti ad accettare tale motivo di appello quando non esistono specifiche disposizioni nazionali che prevedano il diritto di appello per la mancata applicazione d'ufficio del diritto europeo dei consumatori da parte di un giudice. Inoltre, nel caso in cui il ricorso è proposto dal venditore, il diritto processuale nazionale potrebbe impedire al giudice di rilevare d'ufficio una questione atta ad aggravare la posizione del ricorrente. Un'applicazione d'ufficio del diritto

²⁸ C. giust. UE, *Invitel*, 26 aprile 2012, C-472/10.

²⁹ C. giust. UE, *Pannon GSM*, 4 giugno 2009, C-243/08; *VB Pénzügyi Lízing*, 9 novembre 2010, C-137/08; *Banco Español de Crédito*, cit.; *Finanmadrid*, cit.; *Profi Credit Polska*, cit.; *PKO*, 28 novembre 2018, C-632/17.

³⁰ C. giust. UE, *Aziz*, cit.; *Sanchez Morcillo*, cit.; *Erste Bank Hungary*, 1° ottobre 2015, C-32/14; *Banco Primus*, 26 gennaio 2017, C-421/14 ecc.

³¹ C. giust. UE, *Kušionová*, cit.

³² C. giust. UE, *Radlinger Radlingerová*, cit.

³³ OJ L 399, 30.12.2006, 1. (364), C. giust. UE, *Bondora*, Casi riuniti C-453/18 C-494/18, ma il procedimento è stato chiuso.

³⁴ C. giust., *Bondora*, cit.

³⁵ § 51.

UE a favore del consumatore sarebbe una chiara violazione di questa norma ma la questione non è stata ancora posta all'attenzione della CGUE.

Ancora più difficile è la situazione in cui il giudice di appello debba decidere in merito a una controversia già decisa con sentenza impugnata e cassata con rinvio al medesimo giudice, che dovrà attenersi ai principi di diritto definiti dalla corte superiore. Come dimostrato in precedenza, i tribunali nazionali non possono applicare la giurisprudenza delle corti supreme nazionali se incompatibile con il diritto dei consumatori dell'UE e con la giurisprudenza della CGUE³⁶. Tuttavia, l'inservanza delle decisioni dei tribunali superiori potrebbe in alcuni casi essere un motivo di misure disciplinari ed è molto probabile che i giudici non siano disposti a correre un tale rischio.

Nel procedimento per ingiunzione di pagamento, il consumatore è di solito il convenuto e, molto spesso, non difende in modo efficace i suoi diritti; pertanto il controllo d'ufficio di un giudice deve garantire che la legge UE sulla tutela dei consumatori sia applicata in una fase precoce dell'esecuzione.

5.2. Procedimento in cui il consumatore è attore

Anche se la maggior parte delle sentenze pregiudiziali riguarda casi in cui il consumatore si trova nella posizione di convenuto o di debitore che propone rimedi contro l'esecuzione forzata richiesta da un venditore o da un fornitore, la Corte ha applicato i medesimi principi anche ai procedimenti in cui il consumatore ha chiesto di dichiarare invalida una clausola contrattuale.

Tuttavia, nella causa C-511/17, *Lintner*³⁷, la CGUE ha operato una chiara distinzione per quanto riguarda i doveri del giudice in base all'obbligo di rilevazione d'ufficio a seconda della posizione processuale del consumatore in qualità di attore o di convenuto, affermando che

il giudice nazionale, investito di un'azione di un consumatore volta a stabilire il carattere abusivo di talune clausole di un contratto che tale

³⁶ C. giust. UE, *Gutierrez Naranjo*, cit., § 74.

³⁷ C. giust. UE, *Lintner*, 11 marzo 2020, C-511/17.

consumatore ha concluso con un professionista, non è tenuto ad esaminare d'ufficio e individualmente tutte le altre clausole contrattuali, che non sono state impugnate da tale consumatore, al fine di verificare se possano essere considerate abusive, ma deve esaminare solo le clausole che sono connesse all'oggetto della controversia, come delimitate dalle parti, qualora tale giudice disponga degli elementi di fatto e di diritto necessari per tale compito, integrati, se del caso, da misure istruttorie. L'efficacia della tutela non può arrivare al punto di ignorare o superare i limiti dell'oggetto della controversia così come definiti dalle parti con le loro pretese, alla luce dei motivi da esse sollevati³⁸.

C'è una logica di base dietro a questa distinzione. Quando il consumatore è l'attore, egli può,

se necessario, in base al diritto nazionale applicabile, proporre una nuova azione relativa alle clausole del contratto che non sono state oggetto della sua azione iniziale o estendere l'oggetto della controversia dinanzi al giudice del rinvio su invito di quest'ultimo o di propria iniziativa³⁹.

Mentre non ci si aspetta che il giudice estenda l'analisi singolarmente per tutte le altre clausole di un contratto valutandone il carattere abusivo, il giudice è tenuto a non interpretare le pretese avanzate «in modo formalistico, ma deve, invece, comprenderne il contenuto alla luce dei motivi di diritto invocati a loro sostegno»⁴⁰. Il dovere di ruolo attivo rimane per le clausole relative all'oggetto della controversia:

(...) se gli elementi di diritto e di fatto del fascicolo dinanzi al giudice nazionale fanno sorgere seri dubbi circa il carattere abusivo di talune clausole non invocate dal consumatore ma connesse all'oggetto della controversia, senza che sia possibile effettuare valutazioni definitive al riguardo, spetta al giudice nazionale adottare, se necessario, d'ufficio, misure istruttorie per completare il fascicolo della causa, chiedendo alle parti, nel rispetto del principio del contraddittorio, di fornirgli i chiarimenti o i documenti necessari a tal fine⁴¹.

³⁸ § 30.

³⁹ § 39.

⁴⁰ § 33.

⁴¹ § 37.

5.3. Procedimenti esecutivi basati su titoli diversi dalle sentenze ottenute in procedimenti dichiarativi

Nei procedimenti esecutivi, il controllo del titolo esecutivo è di solito escluso per effetto della sentenza o dell'ordinanza giudiziaria passata in giudicato. Tuttavia, nei casi in cui il titolo non è una decisione giudiziaria, è necessario un riesame nella fase esecutiva per garantire l'effettiva protezione del consumatore. Le norme procedurali nazionali, che non consentono ai giudici di effettuare una valutazione sostanziale in questa fase, non possono eliminare l'obbligo di garantire un controllo d'ufficio.

La CGUE ha più volte sottolineato che le procedure che danno ai creditori la possibilità di un'esecuzione più rapida dei loro crediti sulla base di titoli diversi dalle sentenze ottenute in procedimenti dichiarativi e che non comportano alcun controllo sostanziale o solo un controllo limitato da parte dei giudici nazionali, non devono privare i consumatori del loro diritto a una tutela adeguata contro le clausole contrattuali abusive⁴².

Al tempo stesso, è necessario, in relazione al principio di effettività, esaminare le norme procedurali nazionali nel loro giusto contesto e nella loro interezza, «con riferimento al ruolo di tale disposizione nel procedimento, al suo andamento e alle sue peculiarità»⁴³ e alla tutela che le norme nazionali prevedono nelle diverse fasi del procedimento, ad esempio nella fase precedente l'emissione di un ordine di pagamento e nella fase dell'esecuzione o dell'opposizione⁴⁴ o in relazione ai rimedi contro l'esecuzione ipotecaria basata su un atto notarile⁴⁵.

⁴² C. giust. UE, *Banco Español de Crédito*, cit., § 55; *Aziz*, cit.; *Pohotovost'*, 16 novembre 2010, C-76/10; *Radlinger Radlingerová*, cit., § 50, *Kuřionová*, cit., §§ 52-53 e giurisprudenza ivi citata.

⁴³ C. giust. UE, *Finanmadrid*, cit., §§ 43-44; *Banco Español de Crédito*, cit., 49; *Mohammed Aziz*, cit., § 5; *BBVA*, 29 ottobre 2015, C-8/14 § 26; *Radlinger Radlingerová*, cit., §§ 50, 54-55.

⁴⁴ C. giust. UE, *Finanmadrid*; *Profi Credit Polska*; *PKO*, cit.; *EOS KSI Slovensko* 20 settembre 2018, C-448/17.

⁴⁵ C. giust. UE, *Aziz*, cit.; *ERSTE Bank Hungary*, cit.

6. La logica di intervento

Nella mente di un giudice, ci sono passaggi logici per trattare qualsiasi tipo di caso. Ciò che è diverso in questo caso è che il giudice deve seguire questi passaggi di sua iniziativa, senza poter fare affidamento sull'iniziativa autonoma del consumatore. Secondo la giurisprudenza dell'UE, le regole del diritto europeo in materia di tutela dei consumatori dovrebbero essere applicate dal giudice di propria iniziativa, come regole imperative. Tuttavia, la mancanza di una disposizione generale nel diritto processuale civile nazionale in materia è spesso percepita dai giudici, che sono più vicini a queste regole, come un ostacolo. Cerchiamo di spiegare questi passaggi nei seguenti paragrafi.

Secondo la giurisprudenza della CGUE, in particolare in *VB Pénzügyi Lízing*, vi è una chiara indicazione dei diversi passaggi che il giudice nazionale deve effettuare per dichiarare d'ufficio una clausola abusiva⁴⁶.

In primo luogo, il giudice dovrebbe verificare se le clausole contrattuali rientrano nel campo di applicazione della direttiva: «(...) il giudice nazionale deve verificare se una clausola contrattuale oggetto della controversia prima di essere considerata rientra nell'ambito di applicazione della direttiva»⁴⁷.

i. Lo status di consumatore

Il giudice dovrebbe verificare, anche se le parti restano in silenzio, che esista un contratto tra un venditore o fornitore e un consumatore⁴⁸.

Infatti, il consumatore potrebbe non invocare il suo *status* e non fornire elementi sufficienti a identificarlo chiaramente, perdendo così l'opportunità di una protezione effettiva. Per questo motivo, alla luce del principio di effettività, nella sentenza *Faber*, la CGUE ha affermato l'obbligo del giudice nazionale

⁴⁶ 9 novembre 2010, C-137/08, §§ 49 ss.

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ C. giust. UE *Froukje Faber*, cit., §§ 46-48. La decisione riguarda la dir. 1999/44/CE, ma può essere applicata, *mutatis mutandis*, anche alla dir. 93/13/CE.

di determinare se l'acquirente possa essere qualificato come consumatore, anche se non ha espressamente rivendicato tale status, non appena tale giudice abbia a disposizione gli elementi di diritto e di fatto necessari a tal fine o possa averli a disposizione semplicemente facendo una richiesta di chiarimento⁴⁹.

La Corte stabilisce sia un margine di discrezionalità che un obbligo di controllo per i giudici, utilizzando in molte sentenze formulazioni come «solo [il giudice nazionale] ha a disposizione gli elementi di fatto e di diritto necessari»⁵⁰.

Tuttavia, tale formulazione è più per sottolineare che il giudice debba mettere a disposizione del processo questi elementi piuttosto che offrire una ragione per non indagare. Infatti, *in primis*, la Corte ha chiarito che il controllo d'ufficio implica un approccio proattivo per ottenere l'accesso agli elementi necessari per valutare le clausole contrattuali, come richiesto dal carattere imperativo dell'art. 6, par. 1, della direttiva. In secondo luogo, la Corte ha ritenuto sufficiente, chiamando il giudice a svolgere le indagini a tal fine, l'esistenza nel fascicolo di un «contratto di vendita a un privato»⁵¹.

Inoltre, secondo l'indirizzo della Corte, il fatto che il consumatore sia assistito da un avvocato è una circostanza che non dovrebbe influenzare questa conclusione⁵².

La Corte ha anche ritenuto, alla luce del principio di equivalenza, che la qualificazione, ex officio, di una parte come consumatore sia un'operazione analoga a quella in cui il giudice nazionale è chiamato, ai fini dell'individuazione della norma di diritto nazionale applicabile, a classificare le questioni di diritto e di fatto che le parti gli hanno sottoposto, se necessario chiedendo alle parti di fornire ogni informazione utile.

Benché questo passaggio sembri semplice, in realtà comporta per il giudice la necessità di acquisire ulteriori conoscenze, in quanto le nozioni di «venditore o fornitore» e di «consumatore» sono concetti fun-

⁴⁹ § 46.

⁵⁰ C. giust. UE, *Profi Credit Polska*, cit., § 42, *Radlinger e Radlingerová*, cit., § 52 e la giurisprudenza ivi citata, e *Gutiérrez Naranjo*, cit., § 58.

⁵¹ C. giust. UE, *Faber*, cit., §§ 39-40.

⁵² C. giust. UE, *Faber*, cit., § 37.

zionali basati sul ruolo delle parti in relazione al contratto in questione. La nozione di «consumatore» è oggettiva e riflette la posizione tipicamente più debole della controparte del venditore o del fornitore. Tuttavia, la conoscenza e l'esperienza superiore di un consumatore specifico, come ad esempio un avvocato, non esclude tale persona dall'essere un «consumatore» ai fini della dir. 93/13/CE⁵³.

In realtà, il giudice deve esaminare l'equilibrio dei poteri tra le parti in relazione al contratto in questione e considerare fattori quali l'asimmetria delle informazioni, le conoscenze e le competenze delle parti o il rispettivo potere contrattuale.

In pratica, questa valutazione dovrebbe essere effettuata in una fase iniziale del processo, poiché la qualità di «consumatore» potrebbe comportare un diverso trattamento fiscale, una diversa giurisdizione e un diverso onere della prova. Il giudice incontra ulteriori difficoltà di tipo processuale quando deve decidere sullo *status* di consumatore di una delle parti in una fase molto anticipata, quando il procedimento non vede ancora il coinvolgimento delle parti, per cui la possibilità di ricorrere alle domande è limitata dai requisiti del principio del contraddittorio, che non sarebbero rispettati in questa fase. Mentre l'interpretazione della nozione di consumatore in senso lato è chiaramente stabilita dalla CGUE⁵⁴, il gran numero di rinvii pregiudiziali, a volte provenienti dalla stessa giurisdizione nazionale, in merito a diverse situazioni in cui i giudici hanno avuto difficoltà a valutare la qualità delle parti, dimostra che i giudici sono ancora riluttanti ad applicare l'ampia definizione data dalla Corte alla nozione di consumatore⁵⁵.

⁵³ C. giust. UE, *Costea*, 3 settembre 2015, C-110/14, § 21.

⁵⁴ C. giust. UE, *Asbeek Brusse*, cit., § 28 e giurisprudenza ivi citata.

⁵⁵ Si vedano al riguardo le decisioni scaturite da rinvii pregiudiziali dei giudici romeni in merito alla nozione di consumatore: C. giust. UE, *Costea*, cit.; *Bucura*, 9 luglio 2015, C-348/14; *Pouvin*, 21 marzo 2019, C-590/17; *Tarcău*, 19 novembre 2015, C-74/15; Case C-534/15 *Dumitraș*.

ii. La clausola in questione è stata negoziata individualmente⁵⁶?

Se in un determinato Stato membro anche i termini contrattuali negoziati individualmente sono soggetti alle disposizioni di recepimento della dir. 93/13/CE, l'esame d'ufficio non è ovviamente necessario.

Se vi sono indicazioni che un reclamo possa essere basato su clausole contrattuali non negoziate individualmente, ma non tutti gli elementi sono immediatamente disponibili per completare tale esame, i giudici nazionali dovranno sollevare la questione con le parti per ottenere i necessari chiarimenti e le prove. Nel caso in cui i venditori o i fornitori fossero obbligati a fornire informazioni specifiche ai consumatori, i tribunali devono verificare se i consumatori hanno ricevuto le informazioni richieste⁵⁷.

I tribunali devono tener conto del fatto che l'art. 3, par. 2, della dir. 93/13/CE contiene una norma specifica sull'onere della prova per quanto riguarda la questione se una clausola contrattuale pre-formulata sia stata negoziata individualmente o meno.

iii. Le esclusioni dal giudizio di vessatorietà

L'art. 1, n. 2, della dir. 93/13/CE introduce un'esclusione nell'ambito di applicazione della direttiva stessa, che comprende termini che riflettono disposizioni legislative o regolamentari imperative. I giudici nazionali sono considerati i più idonei a verificare tale identità e ci si aspetta che diano un'interpretazione rigorosa all'esenzione⁵⁸. Conformemente a quanto statuito dalla sentenza della CGUE C-81/19⁵⁹, l'espressione «disposizioni legislative o regolamentari imperative»,

comprende, tenuto conto del tredicesimo considerando della medesima, anche regole suppletive, ossia quelle che per la legge si applicano tra le parti contraenti allorché non è stato convenuto nessun altro accordo. –

⁵⁶ C. giust. UE *VB Pénzügyi Lízing*, cit., §§ 49-51.

⁵⁷ C. giust. UE, *Andriciuc*, 20 settembre 2017, C-186/16 § 43; *Lupean*, 22 febbraio 2018, C-119/17, § 23.

⁵⁸ *Kušionová*, cit., § 76; *RWE Vertrieb*, 21 marzo 2013, C-92/11, EU:C:2013:180, § 25.

⁵⁹ C. giust. UE, *Serban*, cit., §§ 34-35.

(n.n. come la clausola che riproduce il principio del nominalismo monetario, quale sancito all'articolo 1578 del codice civile rumeno).

Orbene, da questo punto di vista, tale disposizione non opera alcuna distinzione tra, da un lato, le disposizioni che si applicano indipendentemente dalla scelta delle parti contraenti e, dall'altro, le disposizioni suppletive. (...) la circostanza che si possa derogare a una disposizione di diritto nazionale suppletiva è irrilevante al fine di stabilire se una clausola contrattuale che riproduce una simile disposizione sia esclusa, in forza dell'articolo 1, paragrafo 2, della direttiva 93/13, dall'ambito di applicazione della direttiva in questione.

Inoltre, l'art. 4, par. 2, della direttiva 93/13 stabilisce un'eccezione al meccanismo di controllo di merito delle clausole abusive, che deve essere interpretato in modo rigoroso⁶⁰. Inoltre, le espressioni «oggetto principale del contratto» e «l'adeguatezza del prezzo e della remunerazione, da un lato, rispetto ai servizi o ai beni forniti in cambio, dall'altro», di cui all'art. 4, n. 2, della dir. 93/13/CE, devono essere interpretate in modo autonomo e uniforme in tutta l'UE, tenendo conto del contesto di tale disposizione e della finalità della normativa in questione⁶¹.

iv. La clausola contrattuale è abusiva?

L'abusività della clausola ricorre quando il termine è contrario al requisito della buona fede e crea un significativo squilibrio nei diritti e nei doveri delle parti a danno del consumatore, compresa un'eventuale mancanza di trasparenza delle relative clausole o, eventualmente, se corrisponde ad una delle clausole contenute in una lista nera o grigia.

Conformemente a quanto statuito dalla sentenza della CGUE in *Serban*⁶²,

il fatto che una clausola contrattuale che riproduce una delle disposizioni di cui all'articolo 1, paragrafo 2, della direttiva 93/13 non sia stata oggetto di negoziato individuale non incide sulla sua esclusione dall'ambito di applicazione della stessa direttiva. Infatti, conformemente

⁶⁰ C. giust. UE, *Kásler and Káslerné Rábai*, 30 aprile 2014, C-26/13, EU:C:2014:282, § 42, *Van Hove*, 23 aprile 2015, C-96/14, EU:C:2015:262, § 31.

⁶¹ C. giust. UE, *Matei*, 26 febbraio 2015, C-143/13, EU:C:2015:127, § 50.

⁶² C. giust. UE, *Serban*, cit., §§ 34-35.

all'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 93/13, l'assenza di negoziato individuale è una condizione relativa all'avvio del controllo del carattere abusivo di una clausola che non può intervenire nel caso in cui la clausola contrattuale non rientri nel suo ambito di applicazione.

v. Le conseguenze dell'accertamento d'ufficio

Infine, il controllo d'ufficio richiede un intervento proattivo dei giudici nazionali sulle conseguenze da trarre dalla constatazione del carattere abusivo della clausola in questione, al fine di garantire che il consumatore non sia vincolato da tale clausola. Qualora il giudice ritenga che una siffatta clausola sia abusiva, non deve applicarla, salvo che il consumatore si opponga a tale mancata applicazione⁶³.

La piena efficacia della tutela prevista dalla direttiva richiede che il giudice nazionale che ha constatato d'ufficio il carattere abusivo di una clausola sia in grado di stabilire tutte le conseguenze di tale constatazione, senza aspettarsi che il consumatore, che è stato pienamente informato dei suoi diritti, presenti una dichiarazione di nullità di tale clausola⁶⁴.

I giudici hanno l'obbligo di informare le parti sull'esito della valutazione *ex officio* di una clausola contrattuale e sulle conclusioni da trarre, in modo da poter essere ascoltati e controvertere su tale questione⁶⁵.

L'obbligo di controllo d'ufficio può anche richiedere ai giudici di adottare provvedimenti provvisori *ex officio*, qualora ciò sia necessario a garantire l'effettività del rimedio e vi sia un rischio significativo che i consumatori non possano chiedere tali provvedimenti⁶⁶. I giudici sono altresì tenuti a informare le parti sull'esito della valutazione d'ufficio di

⁶³ C. giust. UE, *Pannon GSM*, cit., punto 2 del dispositivo.

⁶⁴ C. giust. UE, *Erika Jörös*, cit., § 42.

⁶⁵ C. giust. UE, *Pannon GSM*, cit.; *Banif Plus Bank*, 21 febbraio 2013, C-472/11 §§ 29-35, *Asbeek Brusse*, cit., § 52 e *Biuro podróży 'Partner'*, 21 dicembre 2016, C-119/15, §§ 22-47.

⁶⁶ C. giust. UE, *Ismael Fernández Oliva*, 26 ottobre 2016, C-568/14 a C-570/14.

una clausola contrattuale e sulle conclusioni da trarre, in modo da poter essere ascoltati su tale questione⁶⁷.

7. *Quali sono i principali obblighi dei giudici in relazione al controllo d'ufficio?*

7.1. *Deve il giudice compensare con il controllo d'ufficio la passività totale del consumatore?*

La risposta è no. La Corte ha riconosciuto che il principio di effettività non può essere esteso al punto da richiedere ad un giudice nazionale di compensare pienamente l'inerzia totale del consumatore⁶⁸ nei casi in cui può avvalersi di rimedi efficaci a condizioni ragionevoli. Tuttavia, un ruolo attivo potrebbe essere richiesto al giudice in ragione del principio di equivalenza.

7.2. *L'obbligo di un trattamento procedurale equivalente alle questioni considerate dall'ordine pubblico nel diritto nazionale*

In base al principio di equivalenza⁶⁹, i tribunali nazionali sono tenuti a considerare d'ufficio le norme vincolanti del diritto dell'UE in tutti i casi in cui il diritto nazionale li obbliga o conferisce loro almeno il potere o la discrezionalità di sollevare d'ufficio questioni di diritto basate su norme nazionali vincolanti. A questo proposito, il diritto dell'UE in materia di tutela dei consumatori deve essere considerato equivalente a considerazioni di ordine pubblico riconosciute dal diritto degli Stati membri, quali i divieti legali, il buon costume⁷⁰ o l'ordine pubblico in generale⁷¹.

⁶⁷ C. giust. UE, C-243/08 *Pannon GSM*, C-472/11 *Banif Plus Bank*, §§ 29-35, C-488/11 *Asbeek Brusse*, § 52 e C-119/15 *Biuro podróży 'Partner'*, §§ 22-47.

⁶⁸ C. giust. UE, *Asturcom Telecomunicaciones*, cit., §§. V. anche *VB Pénzügyi Lízing*, cit., § 56; *Aziz*, cit § 47; C-472/11 *Banif Plus Bank*, cit., § 24.

⁶⁹ C. giust. UE, *Van Schijndel e Van Veen*, cit., §§ 13 e 14.

⁷⁰ C. giust. UE, *Pohotovost'*, cit.

⁷¹ C. giust. UE, *Karel de Grote*, cit.

Pertanto, i tribunali nazionali sono tenuti ad applicare, *mutatis mutandis*, le pertinenti disposizioni nazionali in materia di controllo d'ufficio per valutare d'ufficio il carattere abusivo delle clausole contrattuali. Tali norme possono riguardare: termini, diritto di essere ascoltati, condizioni per l'adozione di provvedimenti provvisori, diritto di opposizione o di ricorso, ecc.

A differenza di quanto previsto dal principio di effettività, tale obbligo è indipendente da ogni ulteriore valutazione circa l'assenza di una tutela efficace contro le clausole contrattuali abusive in assenza di tale controllo d'ufficio.

Ad esempio, la Corte ha stabilito che regole meno vantaggiose per l'intervento delle associazioni dei consumatori, in relazione ad un'opposizione ad un ordine di pagamento basato sul carattere abusivo delle clausole contrattuali rispetto alle norme applicabili alle controversie che riguardano esclusivamente il diritto nazionale, violerebbero il principio di equivalenza⁷².

7.3. Principali obblighi basati sul principio di effettività, come interpretato dalla Corte

7.3.1. Il test applicabile

Il principio di effettività sancito dall'art. 7, par. 1, della dir. 93/13/CE implica che i consumatori devono poter accedere a una tutela a condizioni ragionevoli, il che significa che non devono esistere requisiti o limitazioni che rendano praticamente impossibile o eccessivamente difficile per loro ottenere la protezione richiesta. Inoltre, ai consumatori può essere impedito di ricorrere ai rimedi giuridici non solo a causa di ostacoli procedurali, ma anche a causa delle loro limitate conoscenze o informazioni.

Pertanto, al fine di stabilire se vi siano rimedi efficaci, la Corte⁷³ applica il criterio generale per stabilire se vi sia un rischio significativo che i consumatori non beneficino di una tutela effettiva o perché speci-

⁷² C. giust. UE, *EOS KSI Slovensko*, cit.

⁷³ C. giust. UE *Banco Español de Crédito*, cit., spec. §§ 52-54; *Profi Credit Polska*, C-176/17, §§ 61-72.

fici requisiti procedurali o limitazioni rendono eccessivamente difficile (o addirittura praticamente impossibile) l'introduzione di qualsiasi rimedio disponibile o, in alternativa, perché i consumatori non hanno la necessaria conoscenza dei loro diritti o non ricevono le informazioni necessarie per utilizzare i rimedi in modo effettivo.

7.3.2. Fattori rilevanti per l'effettività dei rimedi

Nel valutare l'effettività dei rimedi i giudici devono tenere conto della prospettiva dei consumatori più vulnerabili e delle specificità della procedura in questione.

I principali fattori considerati dalla CGUE nell'applicazione del test di efficacia, talvolta combinati, sono i seguenti:

i. Norme sulla giurisdizione

La Corte ha dichiarato che il diritto ad un ricorso effettivo si applica sia alle norme relative alla competenza che a quelle processuali⁷⁴. Le prime possono dissuadere il consumatore dall'agire in giudizio – in particolare quando ne è richiesta la presenza fisica –, quando obbligano il consumatore ad adire le vie legali o a difendersi dinanzi a tribunali che si trovano a una certa distanza dal suo luogo di residenza. Nelle cause riunite in *Océano Grupo Editorial*⁷⁵, la Corte ha ritenuto che le disposizioni sulla competenza giurisdizionale nei contratti non negoziati siano da considerarsi clausole abusive ai sensi della dir. 93/13/CE⁷⁶. I tribunali nazionali devono esaminare se la distanza dal tribunale genera costi di viaggio troppo elevati per il consumatore, tali da dissuaderlo dal comparire nel procedimento avviato nei suoi confronti⁷⁷.

Ad esempio, in una sentenza dell'Alta Corte di Cassazione e di Giustizia della Romania⁷⁸, il tribunale ha dichiarato *ex officio* abusiva – e

⁷⁴ C-632/17 PKO, § 45.

⁷⁵ C-240/98 a C-244/98.

⁷⁶ C. giust. UE, *Océano Grupo Editorial*, cit., § 21.

⁷⁷ C. giust. UE, *Aqua Med*, 3 aprile 2019, C-266/18 § 54, *Baczó e Vizsnyiczai*, 12 febbraio 2015, C-567/13, §§ 49-59.

⁷⁸ Decisione del 25 febbraio 2015.

nulla – una clausola di competenza territoriale che costringeva il consumatore a presentare una causa in un tribunale distante più di 500 km dal suo domicilio.

Tuttavia, il fatto che una determinata causa debba essere esaminata non dal tribunale locale, ma da un tribunale di livello superiore, che è più lontano e può richiedere tasse più elevate, non implica automaticamente una violazione dell'art. 7, par. 1, della dir. 93/13/CE⁷⁹.

Le organizzazioni dei consumatori che intentano un'azione collettiva non si trovano nella stessa posizione dei singoli consumatori per quanto riguarda le norme sulla competenza giurisdizionale⁸⁰.

ii. *Res judicata*

Il principio della *res judicata* prevarrà nei casi che sono stati definiti da una decisione giudiziaria definitiva che non può più essere impugnata. Secondo gli indirizzi della Corte di giustizia⁸¹ l'effettività del diritto dei consumatori non richiede, in linea di principio, la disapplicazione delle norme interne sull'autorità di cosa giudicata, anche se la decisione ha violato la dir. 93/13/CE e/o se la giurisprudenza sulla valutazione di un determinato tipo di clausola contrattuale è cambiata.

La decisione *Asturcom Telecomunicaciones*⁸² è talvolta utilizzata dagli avvocati a favore dei consumatori a sostegno del controllo d'ufficio anche quando questo rimetta in discussione una decisione passata in giudicato. Quest'orientamento è frutto di un grave errore interpretativo. In tale pronuncia infatti la Corte ha ritenuto che vi fosse l'obbligo per i giudici nazionali di valutare la conformità del lodo arbitrale con la dir. 93/13/CE sulla base del principio di equivalenza. La Corte ha ritenuto che fosse superato il test di effettività, ma non quello basato sul principio di equivalenza, in quanto il controllo d'ufficio era possibile in specifici casi in conformità al diritto nazionale. Il che significa che, in

⁷⁹ C. giust. UE, *Baczó e Vizsnyiczai*, cit., §§ 52-59.

⁸⁰ C. giust. UE, *Asociación de Consumidores Independientes de Castilla y León*, 5 dicembre 2013, C-413/12.

⁸¹ C. giust. UE, *Gutiérrez Naranjo*, cit., §§ 68-70.

⁸² C. giust. UE, *Asturcom Telecomunicaciones*, cit., § 53; *Pohotovost'*, cit.; *Banco Primus*, cit., § 47.

assenza di una tale norma interna, il tribunale non è tenuto ad annullare una *res iudicata* per esercitare un potere officioso. Tuttavia, i giudici possono essere obbligati a valutare d'ufficio il carattere abusivo delle clausole contrattuali in base al principio di equivalenza quando le norme procedurali nazionali conferiscono al giudice il potere di esaminare questioni di ordine pubblico nonostante la regola dell'autorità di decisioni passate in giudicato.

Inoltre, è ancora necessario esaminare se la specifica regola dell'autorità di cosa giudicata in questione limiti in modo sproporzionato o eccessivo i rimedi o impedisca il controllo d'ufficio in relazione al carattere abusivo delle clausole contrattuali. Una norma nazionale sull'autorità di cosa giudicata non sarà compatibile con il principio di effettività quando impedisce il controllo d'ufficio delle clausole contrattuali nel corso di un procedimento di esecuzione a carico di un consumatore anche quando tale controllo non sia eseguibile, ad es., nel corso di un procedimento di ingiunzione e non esistano rimedi effettivi per provocare tale controllo o esista un rischio significativo che i consumatori non li utilizzino⁸³.

Naturalmente, se un tribunale, d'ufficio o su richiesta del consumatore, ha esaminato solo alcune clausole contrattuali rilevanti, la *res iudicata* non può impedire la valutazione di ulteriori clausole contrattuali in una fase successiva.

iii. Prescrizione

Il carattere non vincolante delle clausole contrattuali abusive non può di per sé essere soggetto a termini di prescrizione⁸⁴. Ciò implica che i consumatori possono sempre, senza prescrizione, chiedere di dichiarare le clausole contrattuali abusive in singoli procedimenti o azioni inibitorie ai sensi dell'art. 7, par. 2, della dir. 93/13/CE o fare affida-

⁸³ C. giust. UE, *Profi Credit Polska*, cit., §§ 44, 61-64 e 71; *Finanmadrid*, cit., §§ 45 e 46; *Aktiv Kapital Portfolio*, 21 giugno 2016, C-122/14, § 30; *EOS KSI Slovenko*, cit., §§ 45, 46 e 49; C. giust. UE, *PKO*, cit., § 49. Tutti questi casi riguardano procedure di ingiunzione di pagamento e si basano su C. giust. UE, *Banco Español de Crédito*, cit.

⁸⁴ C. giust. UE, *Cofidis*, cit., § 38.

mento su tale tutela quando si trovano di fronte a rivendicazioni da parte di venditori o fornitori basate su clausole contrattuali abusive, sia invocando esse stesse il carattere abusivo, sia ricorrendo al controllo d'ufficio.

Per quanto riguarda le richieste di rimborso di importi pagati in eccesso sulla base di clausole contrattuali abusive, la Corte ritiene, in linea di principio, che termini di prescrizione ragionevoli siano accettabili ai fini della certezza del diritto. Tuttavia, come espresso nel recentissimo parere dell'avvocato Szpunar nelle cause riunite C-698/18 e C-699/18, *SC Raiffeisen Bank SA*, il principio di equivalenza deve essere rispettato. Tale principio

osta ad una normativa nazionale o ad un'interpretazione di tale normativa secondo la quale il termine di prescrizione di tre anni che si applica alle azioni di restituzione relative a clausole contrattuali giudicate abusive ai sensi della direttiva 93/13 inizia a decorrere dal momento in cui il contratto contenente tali clausole giunge a scadenza, nonostante il fatto che il termine di prescrizione di tre anni che si applica ad azioni simili, basate su talune disposizioni del diritto nazionale, inizi a decorrere solo dal momento in cui il giudice constata l'esistenza di un motivo di ricorso⁸⁵.

Finora, la Corte non ha indicato cosa costituisca un termine di prescrizione ragionevole al riguardo e non si è pronunciata sul momento della sua decorrenza.

iv. Decadenze

In linea di principio, i termini "ragionevoli" per l'avvio di un procedimento nell'interesse della certezza del diritto non sono di per sé tali da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dal diritto dell'Unione europea compatibili con il diritto dell'Unione⁸⁶. Finora la Corte ha esaminato la durata dei termini caso per caso e soprattutto in relazione ad altre circostanze. La Corte ha

⁸⁵ Opinione dell'Avv. Gen. Szpunar nei casi riuniti C-698/18 e C-699/18, *SC Raiffeisen Bank SA*.

⁸⁶ C. giust. UE, *Erika Jörös*, cit., § 42, *Gutierrez Naranjo*, cit., § 59.

ritenuto ragionevole un termine di due mesi per impugnare un lodo arbitrale⁸⁷ a seguito della sua notifica e un termine di venti giorni per contestare un ordine di pagamento come «particolarmente breve»⁸⁸, considerando anche l'obbligo di farsi rappresentare da un avvocato e i relativi onorari, che possono dissuadere i consumatori dal difendersi. In relazione all'esecuzione extragiudiziale⁸⁹, una procedura nazionale che consente di contestare una vendita all'asta entro trenta giorni dalla notifica dell'esecuzione della stessa e un periodo di tre mesi dopo l'asta pubblica per l'adozione di misure da parte del consumatore non è stata ritenuta eccessivamente gravosa per i consumatori, considerando che erano disponibili misure provvisorie per sospendere o porre fine all'esecuzione durante la valutazione di merito. Un termine di due settimane per contestare un ordine di pagamento basato su una cambiale, o un termine di quindici giorni nel caso di un ordine di pagamento generale, in cui il convenuto doveva organizzare la sua difesa entro queste due settimane presentando tutti i suoi reclami e adducendo fatti e prove, è stato considerato un «breve periodo»⁹⁰. Un termine di quattro settimane per presentare opposizione in relazione a procedimenti pendenti per opporsi all'esecuzione di un'ipoteca basata sul carattere abusivo della clausola contrattuale, introdotto dal legislatore spagnolo a seguito della decisione *Aziz*, in linea di principio, ragionevole e proporzionato⁹¹.

v. *Notifica del provvedimento*

Il fatto che il provvedimento o la decisione impugnabile siano notificati al consumatore prima dell'inizio della decorrenza del termine fornisce almeno una garanzia minima che il consumatore sia informato dell'esistenza del relativo provvedimento di decisione⁹².

⁸⁷ C. giust. UE, *Asturcom Telecomunicaciones*, cit., §§ 44-46.

⁸⁸ C. giust. UE, *Banco Español de Crédito*, cit., spec. §§ 52-54.

⁸⁹ C. giust. UE, *Kusionová*, cit., spec. § 55.

⁹⁰ C-176/17 *Profi Credit Polska*, spec. §§ 65, 66 e 70; C-632/17 *PKO* circa procedimenti di ingiunzione di pagamenti; C-448/17 *EOS KSI Slovensko* §§ 51-53; C-75/19, *MF*.

⁹¹ C. giust. UE, *BBVA*, cit., §§ 30-31.

⁹² C. giust. UE, *Asturcom Telecomunicaciones*, cit., §§ 44-46.

La Corte ha ritenuto che il fatto che i consumatori interessati siano stati informati di tale diritto solo attraverso la gazzetta ufficiale dello Stato membro, ma non personalmente dal giudice competente, ha creato un rischio significativo che il termine scadesse senza che i consumatori potessero esercitare i loro diritti, il che ha violato il principio di effettività e quindi la dir. 93/13/CE⁹³.

vi. Spese legali e obbligo di rivolgersi ad un avvocato

Anche le spese processuali e le spese per la consulenza e la rappresentanza legale possono essere, da sole, un fattore di dissuasione per i consumatori dall'utilizzare i rimedi.

A questo proposito, i giudici nazionali dovrebbero considerare non solo la giurisprudenza della CGUE, ma anche quella della Corte EDU in merito all'art. 6 CEDU.

I giudici nazionali rumeni si sono ampiamente avvalsi della giurisprudenza CEDU nel caso *Micallef c. Malta o Iosef c. Romania* per ridurre l'importo da pagare come cauzione al fine di ottenere la sospensione di un'esecuzione (una garanzia collaterale incassata a disposizione del tribunale volta a coprire i danni dal ritardo causato dalla sospensione) o esentare il consumatore dal pagamento della stessa⁹⁴.

Regole come l'obbligo di farsi rappresentare da un avvocato per le cause di valore superiore a novecento euro⁹⁵ o l'obbligo del convenuto di pagare i tre quarti delle spese processuali quando presenta un'obiezione contro un'ingiunzione di pagamento sono stati considerati dal Tribunale come un fattore che può dissuadere il consumatore dal difendersi⁹⁶.

vii. Disponibilità di misure cautelari

Senza misure cautelari, c'è il rischio che la protezione contro le clausole contrattuali abusive arrivi troppo tardi e non sia quindi effica-

⁹³ C. giust. UE, *Kusionová*, cit., spec. § 55.

⁹⁴ Questo punto ha formato l'oggetto del procedimento avanti alla C.Edu in *Eco Invest and Ilie Bolmadar*, dichiarato inammissibile.

⁹⁵ C. giust. UE, *Banco Español de Crédito*, cit., spec. §§ 52-54.

⁹⁶ C. giust. UE, *Profi Credit Polska*, cit., spec. §§ 67-68.

ce⁹⁷. I provvedimenti provvisori sono particolarmente importanti in relazione all'esecuzione della legge per quanto riguarda l'abitazione del consumatore, che comporta sfratti, come dimostrato nella causa C-34/13 *Kušionová*⁹⁸, in cui la CGUE ha fatto ampio riferimento alla giurisprudenza della Corte EDU e all'articolo 7 della CDFUE, che comprende il diritto all'alloggio.

Non è solo la totale assenza di provvedimenti provvisori che può violare l'effettività dei rimedi, ma anche il fatto che è difficile per i consumatori ottenere provvedimenti provvisori alla luce dei costi, dei termini rigorosi, delle richieste da presentare o delle garanzie o delle prove da fornire.

8. Conclusioni

L'applicazione d'ufficio del diritto europeo dei consumatori da parte dei giudici nazionali è al tempo stesso una sfida e un'opportunità: la sfida di liberarsi dalle restrizioni del principio dispositivo e l'opportunità (che in alcuni casi è in verità un obbligo) di applicare direttamente i principi derivanti dalla giurisprudenza della CGUE. Benché il giudice possa sentirsi a volte condannato a tale libertà, costui potrà anche esprimere una nota di soddisfazione nel constatare che la libertà non è altro che un'opportunità di miglioramento: un miglioramento che ha un significato del tutto peculiare in questo contesto, visto attraverso le lenti dei principi di effettività e di equivalenza.

Più che la radiografia di un potere straordinario, questo articolo vuole essere un invito rivolto ai giudici affinché tale potere sia esercitato.

⁹⁷ C. giust. UE, *Aziz*, cit.; *Kušionová*, cit.; *Barclays Bank*. 30 aprile 2014, C-280/13; *ERSTE Bank Hungary*, cit. La Corte ha elaborato statuizioni generali riguardo il bisogno che le corti nazionali possano adottare misure cautelari finalizzate alla piena effettività delle decisioni riguardanti la protezione dei diritti garantiti dall'ordinamento europeo nei casi *Factortame et al.*, 19 giugno 1990, C-213/89 § 21; *Siples*, 11 gennaio 2001, C-226/99, § 19; C-432/05 *Unibet*, § 67.

⁹⁸ §§ 63-66.

PRIME RIFLESSIONI SUI POTERI ISTRUTTORI EX OFFICIO DEL GIUDICE DELL'ESECUZIONE E TUTELA DEL CONSUMATORE

Giuseppe Fiengo*

SOMMARIO: 1. Premessa. 2. L'autonomia procedurale degli Stati membri. 3. Poteri istruttori del giudice e tutela del consumatore nella giurisprudenza della Corte di giustizia. 4. Poteri istruttori esercitabili dal giudice dell'esecuzione. Lo stato dell'arte. 5. Possibili prospettive dei poteri istruttori esercitabili dal giudice dell'esecuzione alla luce della giurisprudenza sovranazionale in materia di tutela del consumatore. 6. Conclusioni.

1. Premessa

Nell'ambito del diritto processuale civile il tema delle prove è stato tra quelli che hanno maggiormente risentito di implicazioni culturali profonde e, sovente, assai eterogenee, oscillanti tra concezioni valoriali spesso contrapposte¹.

Non è questa la sede per ricostruire simili, differenti concezioni, né per esaminare in modo approfondito le diverse prospettive dalle quali il tema delle prove può essere (ed è stato) analizzato. L'obiettivo delle presenti, brevi riflessioni è, invece, valutare se ed in quale misura alcune decisioni della Corte di giustizia dell'Unione europea possano produrre, negli ordinamenti dei singoli Stati membri, innovazioni su un tema, quello dei poteri istruttori del giudice², che, nonostante la centra-

* Magistrato presso il Tribunale di Milano.

¹ Sul rapporto tra processo e contesto storico e culturale di riferimento si vedano, *ex multis*, M. CAPPELLETTI, *Processo e ideologie*, Bologna, 1969; M. TARUFFO, *Cultura e processo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1, 2009, 63 ss.

² Di poteri istruttori si accoglie, qui, un'accezione lata, destinata a ricomprendere non solo i poteri del giudice di disporre in via officiosa l'assunzione di mezzi di prova, ma, anche, quantomeno, i poteri officiosi tesi a chiarire le allegazioni delle parti.

lità nel processo, ha, negli ultimi anni, probabilmente riscosso un limitato interesse tanto da parte della dottrina³, quanto da parte del legislatore⁴.

Non v'è dubbio che le decisioni sulle quali a breve ci si soffermerà sono destinate ad assumere rilievo innanzitutto nel processo di cognizione, sia innovando, fermo il rispetto del principio dell'autonomia procedurale degli Stati membri, la portata del principio dispositivo quale tradizionalmente intesa⁵, sia rinnovando il dibattito sulla imparzialità del giudice.

La prospettiva dalla quale si intende qui analizzare il tema dei poteri istruttori del giudice è, tuttavia, più limitata. Queste prime riflessioni sono infatti tese ad esaminare, per un verso, talune sentenze della Corte di giustizia in materia di poteri istruttori esercitabili d'ufficio con riferimento al (solo) contenzioso consumeristico e, per altro verso, a valutare quale possa essere l'impatto di tali decisioni in relazione ai poteri esercitabili dal giudice nel procedimento di espropriazione; in un processo, cioè, nel quale si è tradizionalmente esclusa la rilevanza del tema

³ B. CAVALLONE, *In difesa della veriphobia (considerazioni amichevolmente polemiche su un libro recente di Michele Taruffo)*, in *Riv. dir. process.*, 1, 2010, 12 osserva che «il tema dei poteri istruttori del giudice, e della opportunità di un loro incremento, è stato fino a qualche decennio fa di gran moda tra i processualisti e gli studiosi del diritto comparato».

⁴ L'ultima riforma caratterizzata da un incremento dei poteri istruttori del giudice risulta esser stata quella introdotta dal d. lgs. 19 febbraio 1998, n. 51. A riguardo si vedano, *ex multis*, A. CARRATTA, *Poteri istruttori del tribunale in composizione monocratica*, in *Giur. it.*, 3, 2000, 658 ss.; G. TARZIA, *L'istituzione del giudice unico di primo grado e il processo civile*, in *Riv. dir. process.*, 3, 1999, 621 ss.

⁵ Anche del principio dispositivo, come noto, sono state offerte ricostruzioni diversificate. M. Cappelletti (ID., *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità. Parte prima*, Milano, 1962, 357), ad esempio, ha distinto tra l'inderogabile «principio dispositivo in senso materiale o in senso proprio» (quale potere esclusivo delle parti di invocare tutela e di fissare l'oggetto del giudizio mediante allegazione dei fatti principali) e «principio dispositivo in senso processuale o improprio» (quale monopolio delle parti nella scelta delle prove), suscettibile di regolamentazione sulla base di scelte di opportunità tecnica. Proprio il limite individuato da tale autore è stato un punto fermo del successivo dibattito teso a verificare gli spazi entro i quali è possibile, per il giudice, esercitare poteri officiosi.

delle prove e, prima ancora, della praticabilità di un'attività di cognizione da parte del giudice.

Se è vero che il campo di indagine risulta in tal modo (apparentemente) assai ristretto, gli argomenti che si proveranno a svolgere potrebbero tuttavia offrire prospettive inattese.

Ferma la necessità di un approfondimento del tema più ampio di quello consentito da queste pagine, la speranza di chi scrive è di contribuire (anche solo sollecitando critiche) ad un dibattito, quello relativo alla integrazione tra diritto dell'Unione e diritto processuale nazionale, che avrà sempre maggior rilievo nel futuro e, forse più di quanto non sia accaduto in altri ambiti, richiede un intenso dialogo tra mondo accademico ed 'operatori pratici del diritto'.

2. *L'autonomia procedurale degli Stati membri*

Come è noto, i trattati istitutivi delle Comunità europee non contemplavano, nella propria originaria formulazione, disposizioni relative alla tutela giurisdizionale dei diritti riconosciuti a livello sovranazionale. Tale tutela era devoluta in modo esclusivo agli Stati membri e, in particolare, ai giudici nazionali, chiamati, quali giudici ordinari del diritto comunitario⁶, a tutelare le situazioni soggettive conferite ai singoli dal diritto comunitario mediante l'applicazione delle norme processuali nazionali⁷.

Un simile sistema, tradizionalmente riassunto nel principio di creazione giurisprudenziale dell''autonomia processuale' è stato, in dottrina, oggetto di differenziate ricostruzioni sulle quali non è possibile qui

⁶ In proposito si veda, tra gli altri, G.C. RODRIGUEZ IGLESIAS, *Sui limiti dell'autonomia procedimentale e processuale degli Stati membri nell'applicazione del diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 1, 2001, 5 ss.

⁷ N. TROCKER, *La formazione del diritto processuale europeo*, Torino, 2011, 112. Tale riparto di competenze è stato ritenuto espressione ora del principio di sussidiarietà (A.M. ROMITO, *La tutela giurisdizionale nell'Unione europea tra effettività del sistema e garanzie individuali*, Bari, 2015, 66), ora del principio di leale collaborazione (A. CARRATTA, *Libertà fondamentali del Trattato UE e processo civile*, in F. MEZZANOTTE (a cura di), *Le «libertà fondamentali» dell'Unione europea e il diritto privato*, Roma, 2016, 201).

indugiare⁸. Ciò che invece rileva ai fini delle presenti riflessioni è la constatazione di come l'esigenza di assicurare un coordinamento tra diritto sostanziale e processo (al fine di evitare che le situazioni giuridiche individuali di origine sovranazionale siano vanificate da norme nazionali disciplinanti la loro azionabilità in giudizio) abbia indotto la Corte di giustizia ad introdurre limiti al principio di autonomia processuale.

Pur ribadendo l'esistenza di una simile autonomia, almeno a partire dalla decisione del caso *Rewe*⁹, i giudici del Kirchberg ne hanno infatti precisato la portata mediante l'elaborazione dei principi complementari di equivalenza e di effettività.

In base al primo, in dottrina ritenuto «declinazione processuale del più generale principio di non discriminazione»¹⁰, i singoli Stati membri devono apprestare modalità procedurali di garanzia dei diritti di origine sovranazionale non meno favorevoli (equivalenti, appunto) di quelle previste per situazioni analoghe di diritto interno.

Come precisato dalla Corte di giustizia, nel compiere il test dell'equivalenza, il giudice nazionale è quindi chiamato ad effettuare una comparazione tra regole processuali applicabili a ricorsi (fondati sulla violazione del diritto sovranazionale e sulla violazione del diritto interno) «aventi un oggetto e una causa analoghi»¹¹. Non v'è dubbio che proprio l'esatta individuazione della omogeneità delle situazioni da comparare sia momento cruciale per la delimitazione del campo di applicazione del principio di equivalenza. Con riferimento al diritto dei consumatori, peraltro, la Corte di giustizia, utilizzando un criterio 'valoriale' idoneo ad assicurare una non limitata applicazione del principio di equivalenza, ha agevolato il compito dell'interprete; in modo costan-

⁸ Si vedano, *ex multis*, G. VITALE, *Diritto processuale nazionale e diritto dell'Unione europea. L'autonomia procedurale degli Stati membri in settori a diverso livello di europeizzazione*, Catania, 2010 e E. CANNIZZARO, *Sui rapporti tra sistemi processuali nazionali e diritto dell'Unione europea*, in *Dir. Un. eur.*, 3, 2008, 448 ss.

⁹ C. giust. CE, 16 dicembre 1976, C-33/76, *Rewe-Zentralfinanz eG*.

¹⁰ A.M. ROMITO, *op. cit.*, 69.

¹¹ C. giust. UE, 1 dicembre 1998, C-326/96, *Levez*, p. 41. Nello stesso senso, tra le altre, C. giust. UE, 15 settembre 1998, C-231/96, *Edilizia Industriale Siderurgica Srl (Edis)*, § 36.

te, infatti, la giurisprudenza del Lussemburgo ha prospettato una equivalenza tra norme interne di ordine pubblico e norme europee a tutela del consumatore¹².

Accanto all'evocato, centrale profilo della omogeneità, in dottrina si è anche ritenuto che il principio di equivalenza imponga all'interprete di valutare le conseguenze concrete cui potrebbe condurre l'applicazione della norma ed il ruolo che la singola disposizione procedurale scrutinata abbia nel complessivo contesto processuale¹³.

In base al principio di effettività, invece, le modalità procedurali di garanzia dei diritti di origine sovranazionale non possono esser tali da rendere in pratica impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei medesimi diritti.

Tale principio, la cui portata applicativa è stata progressivamente ampliata dalla giurisprudenza sovranazionale¹⁴, è teso ad assicurare che lo standard di tutela offerto dall'ordinamento nazionale sia conforme allo standard minimo di tutela che, in modo uniforme, deve essere garantito a livello europeo¹⁵. Come precisato dalla Corte, il test della effettività impone di aver riguardo alla norma processuale nazionale non isolatamente considerata, ma

tenendo conto del ruolo di detta norma nell'insieme del procedimento, dello svolgimento e delle peculiarità dello stesso, dinanzi ai vari organi

¹² Si vedano, a mero titolo esemplificativo, C. giust. UE, 6 ottobre 2009, C-40/08, *Asturcom Telecomunicaciones*, § 52 e C. giust. UE, 4 giugno 2015, C-497/13, *Froukje Faber*, § 56.

¹³ A.M. ROMITO, *op. cit.*, 71.

¹⁴ Se nella citata sentenza *Rewe* la Corte ha ritenuto violato il principio di effettività in caso di modalità e termini previsti dalle norme nazionali tali da rendere "in pratica, impossibile" l'esercizio dei diritti di origine sovranazionale, la stessa Corte ha, successivamente, affermato che le norme nazionali non possono esser tali da rendere "in pratica impossibile o eccessivamente difficile" l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario (tra le tante, C. giust. UE, 3 settembre 2009, C-2/08, *Falimento Olimpiclub Srl*, § 24, C. giust. UE, C-168/05, *Elisa María Mostaza Claro*, § 24).

¹⁵ A.M. ROMITO, *op. cit.*, 72. In proposito si veda anche N. TROCKER, *op. cit.*, 124, nt. 29 che sottolinea la maggior "incisività" (rispetto al principio di equivalenza) del principio di effettività "per il quale la tutela giurisdizionale deve raggiungere comunque un livello di «adeguatezza» che la Corte provvederà a verificare".

giurisdizionali nazionali. Sotto tale profilo si devono considerare, se necessario, i principi che sono alla base del sistema giurisdizionale nazionale, quali la tutela dei diritti della difesa, il principio della certezza del diritto e il regolare svolgimento del procedimento¹⁶.

Non v'è dubbio che, sia pur «in modo progressivo e soffice»¹⁷, la costante elaborazione della Corte di giustizia abbia finito con il delineare una funzionalizzazione del processo (pur disciplinato dalle norme nazionali) rispetto alla effettiva applicazione delle regole dell'Unione¹⁸. Funzionalizzazione che, a tratti, ha assunto intensità tale da aver generato il dubbio della persistente esistenza dell'autonomia processuale¹⁹.

Non è questa la sede per approfondire un assai interessante dibattito che, a parere di chi scrive, non può non giungere (quanto meno) alla conclusione dell'ormai evidente stato di crisi in cui versa l'autonomia processuale degli Stati membri quale originariamente elaborata²⁰.

Ciò che, ai presenti fini, preme sottolineare è, piuttosto, la necessità (difficilmente confutabile, visto il rilievo che le decisioni della Corte di giustizia hanno nell'ordinamento interno) che, in un simile contesto,

¹⁶ C. giust. UE, 14 dicembre 1995, C-312/93, *Peterbroeck*, § 14. Un simile principio è stato ripetutamente affermato anche con specifico riferimento alla tutela del consumatore; si vedano, tra le tante, C. giust. UE, 10 settembre 2014, C-34/13, *Monika Kušionová*, § 52 e C. giust. UE, 21 novembre 2002, C-473/00, *Cofidis SA*, § 37.

¹⁷ Così è descritto l'impatto del diritto comunitario sulla materia della tutela giurisdizionale interna da P. BIAVATI, *Diritto comunitario e diritto processuale civile italiano fra attrazione, autonomia e resistenze*, in *Dir. Un. eur.*, 4, 2000, 717.

¹⁸ Tra i tanti, A.M. ROMITO, *op. cit.*, 65; N. TROCKER, *op. cit.*, 121 ss., spec. 165; D.U. GALETTA, *L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea: Paradise Lost? Studio sulla c.d. autonomia procedurale: ovvero sulla competenza procedurale funzionalizzata*, Torino, 2009, 20; P. BIAVATI, *Europa e processo civile. Metodi e prospettive*, Torino, 2003, 9.

¹⁹ Significativo, in tal senso, il già citato titolo della monografia di D.U. GALETTA, *L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea: Paradise Lost? Studio sulla c.d. autonomia procedurale: ovvero sulla competenza procedurale funzionalizzata*, cit.

²⁰ In proposito si veda, anche, N. PICARDI, *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, Milano, 2007, 181 ss.

l'interprete effettui un 'confronto'²¹ tra regole processuali nazionali e principi procedurali eurounitari attraverso i 'filtri'²² della equivalenza e dell'effettività. Filtri che, complementari e dalla diversa portata, impongono un test potenzialmente duplice da svolgere secondo modalità differenziate. Infatti, come è stato osservato²³, in caso di violazione del principio di equivalenza il giudice dovrà applicare alle situazioni tutelate dal diritto europeo le più favorevoli norme nazionali applicabili per analoghe situazioni di diritto interno. In caso, invece, di violazione del principio di effettività, il giudice dovrà, in via interpretativa, compiere uno «sforzo di adeguamento»²⁴ dell'ordinamento interno a quello sovranazionale; sforzo che, a seconda dei casi, potrà comportare l'impiego degli strumenti della disapplicazione o dell'interpretazione conforme, potendo eventualmente dar luogo anche alla elaborazione di un mezzo di ricorso non contemplato dal diritto nazionale²⁵.

Non v'è dubbio che una tale operazione presenti profili di elevata complessità²⁶, vista anche la necessità di integrazione di regole dalla diversa origine e portata. E tuttavia, di fronte ad un simile scenario, l'operatore del diritto, lungi dal rifuggire in aprioristiche chiusure o in rassegnate prese d'atto, deve tenere un atteggiamento di coraggiosa apertura verso i nuovi orizzonti, confidando nell'adeguato approfondimento dei principi d'origine sovranazionale.

²¹ Così P. BIAVATI, *Diritto comunitario e diritto processuale civile italiano fra attrazione, autonomia e resistenze*, cit., 723.

²² Secondo A.M. ROMITO, *op. cit.*, 67, i principi di equivalenza e di effettività, «adottati per operare un controllo di adeguatezza delle norme interne al sistema europeo, fungono da filtro rispetto all'applicazione delle norme processuali domestiche e consentono di valutare se la procedura nazionale, funzionale alla tutela di un diritto riconosciuto dall'Unione europea, "impedisca o limiti l'esercizio" del relativo diritto sostanziale».

²³ A.M. ROMITO, *op. cit.*, 69.

²⁴ A. CARRATTA, *op. cit.*, 206.

²⁵ C. giust. UE, 3 dicembre 1992, C-97/91, *Oleificio Borrelli*. In proposito si veda anche N. TROCKER, *op. cit.*, 164, nt. 116.

²⁶ Ciò che, non può nascondersi, comporta con elevata verosimiglianza la possibilità di applicazioni concrete quanto mai eterogenee.

3. Poteri istruttori del giudice e tutela del consumatore nella giurisprudenza della Corte di giustizia

Sono trascorsi ormai venti anni da quando la Corte di giustizia²⁷ ha affermato il *potere* per il giudice nazionale di rilevare d'ufficio la contrarietà alla direttiva 93/13/CEE di una clausola contenuta nel contratto concluso dal consumatore oggetto di causa. Già tale decisione risulta fondata su argomenti che sono stati ripetutamente riproposti ed esplicitati nelle successive pronunce mediante le quali la Corte ha ulteriormente ampliato i poteri officiosi del giudice nelle controversie consumeristiche.

La sentenza *Océano*, infatti, esamina la questione del potere officioso del giudice partendo dal presupposto alla base della dir. 93/13/CEE²⁸, osservando che l'obiettivo perseguito dall'art. 6 della direttiva potrebbe non esser conseguito ove fosse rimessa al singolo consumatore la denuncia della 'illiceità' delle clausole e, quindi, affermando che «una tutela effettiva del consumatore può essere ottenuta solo se il giudice nazionale ha facoltà di valutare d'ufficio tale clausola»²⁹. Del resto, prosegue la decisione citata, il

sistema di tutela istituito dalla direttiva si basa sull'idea che la disegualianza tra il consumatore e il professionista possa essere riequilibrata solo grazie a un intervento positivo da parte di soggetti estranei al rapporto contrattuale³⁰

e la «facoltà»³¹ per il giudice di esaminare d'ufficio l'illiceità di una clausola costituisce uno strumento idoneo al conseguimento non solo

²⁷ C. giust. UE, 27 giugno 2000, C- 240/98 e C-244/98, *Océano Grupo Editorial SA*.

²⁸ E cioè, come precisato al § 25 della decisione, «l'idea che il consumatore si trovi in una situazione di inferiorità rispetto al professionista per quanto riguarda sia il potere nelle trattative sia il grado di informazione, situazione che lo induce ad aderire alle condizioni predisposte dal professionista, senza poter incidere sul contenuto delle stesse».

²⁹ § 26.

³⁰ § 27.

³¹ § 28.

dell'obiettivo previsto dall'art. 6 della direttiva (i.e., impedire che il consumatore sia vincolato da una clausola abusiva), ma, anche, dell'obiettivo perseguito tramite l'art. 7 della medesima direttiva (la cessazione dell'inserzione di clausole abusive nei contratti stipulati tra professionista e consumatore).

Precisato che una simile facoltà del giudice non può trovare un limite in eventuali termini di decadenza previsti da norme interne³², i giudici del Lussemburgo hanno affermato che l'art. 6, n. 1 della direttiva costituisce una «norma imperativa» destinata a sostituire all'equilibrio formale esistente tra le parti un equilibrio reale ed hanno posto a fondamento della valutazione officiosa dell'abusività della clausola la «natura e l'importanza dell'interesse pubblico su cui si fonda la tutela che la direttiva garantisce ai consumatori»³³.

Con la sentenza 4 giugno 2009, C-243/08, *Pannon GSM Zrt.*, la Corte, richiamato il rilievo che, come precisato nella decisione *Mostaza Claro*, assume l'art. 6 della direttiva ed affermato che il giudice nazionale è chiamato a garantire l'effetto utile della tutela cui mirano le disposizioni di essa, «trasforma» *expressis verbis* la facoltà attribuita al giudice dalla sentenza *Océano* in un vero e proprio «obbligo»; obbligo che il giudice è tenuto ad esercitare «a partire dal momento in cui dispone degli elementi di diritto e di fatto necessari a tal fine»³⁴, ferma la mancata possibilità di disapplicare la clausola «qualora il consumatore, dopo essere stato avvisato da detto giudice, non intenda invocarne la natura abusiva e non vincolante»³⁵.

³² C. giust. UE, 21 novembre 2002, C-473/00, *Cofidis SA*.

³³ C. giust. UE, 26 ottobre 2006, *Elisa María Mostaza Claro*, §§. 36 e 38. Nella medesima sentenza si precisa (§ 37) che «la direttiva, che ha lo scopo di rafforzare la tutela dei consumatori, costituisce, ai sensi dell'art. 3, n. 1, lett. t), CE, un provvedimento indispensabile per l'adempimento dei compiti affidati alla Comunità e, in particolare, per l'innalzamento del livello e della qualità della vita al suo interno».

³⁴ § 32.

³⁵ § 33. Analoghi principi sono stati affermati, tra le tante, da C. giust. UE, 30 maggio 2013, C-488/11, *Dirk Frederik Asbeek Brusse*, § 41, C. giust. UE, 21 febbraio 2013, C-472/11, *Banif Plus Bank Zrt*, § 23, C. giust. UE, 14 giugno 2012, C-618/10, *Banco Español de Crédito SA*, § 43.

La rilevanza pubblicistica degli interessi sottesi alla tutela del consumatore³⁶ ha inoltre portato la Corte di giustizia, facendo applicazione ora del criterio dell'equivalenza, ora di quello dell'effettività, a prospettare, a determinate condizioni, anche la superabilità del giudicato³⁷.

In un simile quadro di assai ampi poteri-doveri officiosi di iniziativa processuale³⁸ del giudice chiamato a decidere procedimenti di natura consumeristica si inseriscono le sentenze della Corte di giustizia che delineano un peculiare modello di intervento giudiziale in ambito istruttorio; sentenze che si proverà a (sinteticamente) esaminare in una prospettiva diacronica.

La prima decisione con la quale la Corte di giustizia affronta il tema dei poteri istruttori del giudice nella materia disciplinata dalla dir 93/13/CEE è la sentenza 9 novembre 2010, C-137/08, *VB Pénzügyi Lízing Zrt*. Nell'ambito di un giudizio di opposizione ad ingiunzione di pagamento radicato (sulla base di una clausola contrattuale) innanzi ad un tribunale diverso da quello del luogo di residenza del consumatore, il giudice del rinvio chiede alla Corte di precisare la portata del principio (già contenuto nella sentenza *Pannon*) secondo il quale il giudice nazionale è tenuto a rilevare la vessatorietà della clausola «a partire dal momento in cui dispone degli elementi di diritto e di fatto necessari a tal fine» e, in particolare, di chiarire se gli elementi di diritto e di fatto necessari per un simile accertamento possano essere acquisiti in via

³⁶ Come già precedentemente sottolineato, C. giust. UE, 6 ottobre 2009, C-40/08, *Asturcom Telecomunicaciones SL*, § 52, ha ritenuto che «date la natura e l'importanza dell'interesse pubblico sul quale si fonda la tutela che la direttiva 93/13 garantisce ai consumatori, si deve constatare che il suo art. 6 deve essere considerato come una norma equivalente alle disposizioni nazionali che occupano, nell'ambito dell'ordinamento giuridico interno, il rango di norme di ordine pubblico».

³⁷ C. giust. UE, 26 gennaio 2017, C-421/14, *Banco Primus SA*, C. giust. UE, 18 febbraio 2016, C-49/14, *Finanmadrid EFC SA* e C. giust. UE, 6 ottobre 2009, C-40/08, *Asturcom Telecomunicaciones SL*.

³⁸ La sede non consente, chiaramente, di soffermarsi sulle numerose decisioni della Corte di giustizia che, sempre in materia di tutela del consumatore, hanno sin qui esaminato i 'rimedi' di natura sostanziale posti a tutela del contraente debole e che stanno modificando la natura, i presupposti e gli effetti del sindacato giudiziale sull'autonomia privata.

officiosa pur ove sussista una norma nazionale che ne subordina l'acquisizione ad una richiesta di parte in concreto non formulata³⁹.

La Corte risponde affermativamente al quesito⁴⁰, ma, complice – probabilmente – la formulazione della rimessa questione «in termini molto generici»⁴¹, la decisione, svincolata da un esplicito riferimento ai principi dell'equivalenza e dell'effettività della tutela⁴², risulta, almeno *prima facie*, indice di una problematica tendenza alla assolutizzante fagocitazione della autonomia procedurale (pur progressivamente limitata) in nome dell'effetto utile del diritto eurounitario.

Assai più solido appare invece l'*iter* argomentativo seguito dalla Corte di giustizia nella sentenza 4 giugno 2015, C-497/13, *Froukje Faber*. Chiamati a precisare se il giudice nazionale possa, d'ufficio, esercitare poteri tesi a verificare la natura di consumatore della parte attrice (la quale, acquirente di un'autovettura, tanto in primo quanto in secondo grado, non aveva svolto allegazioni in tal senso), i giudici del Lussemburgo premettono⁴³ che, in assenza di armonizzazione delle norme procedurali, le modalità processuali dei ricorsi destinati a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto dell'Unione rientrano nell'ordinamento giuridico interno degli Stati membri, purché

³⁹ § 25, n. 3 di tale decisione.

⁴⁰ Così si legge al punto n. 3 del dispositivo della sentenza: «Il giudice nazionale deve adottare d'ufficio misure istruttorie al fine di accertare se una clausola attributiva di competenza giurisdizionale territoriale esclusiva contenuta nel contratto, che costituisce l'oggetto della controversia di cui è investito e che è stato concluso tra un professionista e un consumatore, rientri nell'ambito di applicazione della direttiva 93/13 e, in caso affermativo, valutare d'ufficio il carattere eventualmente abusivo di una siffatta clausola».

⁴¹ Non è frequente una simile stigmatizzazione del provvedimento di rinvio da parte di una Corte, come quella del Lussemburgo, istituzionalmente chiamata ad assicurare l'uniforme applicazione del diritto dell'Unione ed in questo senso propensa anche a superare eventuali profili problematici delle decisioni di rinvio.

⁴² Alla «efficacia della tutela dei consumatori» (*effectiveness of the consumer protection* – nella versione inglese – e *efficacité de la protection des consommateurs* nella versione francese) la sentenza fa riferimento (solo) in relazione alla prima fase dell'esame che il giudice nazionale è chiamato a compiere sulla base della direttiva (fase consistente nel «verificare se una clausola del contratto, che forma oggetto della controversia di cui è investito, rientri nell'ambito di applicazione della direttiva in parola» – § 49).

⁴³ § 37.

risultino rispettati sia il principio di equivalenza, sia il principio di effettività.

L'osservanza di tali principi deve, alla luce di quanto emerge da tale sentenza, essere indagata dall'interprete secondo un ben preciso ordine. Dapprima, infatti, il giudice dovrà esaminare il rispetto del principio di equivalenza; solo ove il test dell'equivalenza non consenta di assicurare la realizzazione dell'obiettivo perseguito dal legislatore europeo, sarà necessario verificare la compatibilità delle norme processuali interne con il principio di effettività. Anche con riferimento a tale principio, la decisione da ultimo citata non lesina alcuni spunti interessanti. Richiamata la propria giurisprudenza in ordine al fondamento dei poteri officiosi in materia di tutela del consumatore⁴⁴ e ribadito che ciascuna situazione in cui sorge la questione se una norma procedurale nazionale renda impossibile o eccessivamente difficile l'applicazione del diritto dell'Unione «dev'essere esaminata tenendo conto del ruolo di detta disposizione nell'insieme del procedimento, dello svolgimento e delle peculiarità dello stesso, dinanzi ai vari organi giurisdizionali nazionali»⁴⁵, la Corte afferma che

il principio di effettività richiede che il giudice nazionale adito nel contesto di una controversia vertente su un contratto che possa entrare nell'ambito di applicazione della citata direttiva, a partire dal momento in cui dispone degli elementi di diritto e di fatto necessari a tal fine o possa disporre su semplice domanda di chiarimenti, sia tenuto a verificare se l'acquirente possa essere qualificato come consumatore, anche se quest'ultimo non ha espressamente rivendicato questa qualità⁴⁶.

⁴⁴ § 42.

⁴⁵ § 43.

⁴⁶ § 46. Una diversa conclusione, secondo la Corte, comporterebbe l'obbligo, per il consumatore, di provvedere in modo autonomo alla completa qualificazione giuridica della propria situazione. Tale obbligo, tuttavia, rischierebbe, soprattutto per ignoranza, di non poter essere rispettato dal consumatore specie ove si consideri che in molti ordinamenti degli Stati membri il consumatore può stare in giudizio senza difensore (§ 44). Peraltro, a tale ultimo riguardo, la sentenza (§ 47) precisa che «sapere se il consumatore si sia avvalso o meno dell'assistenza di un avvocato non incide su questa conclusione, posto che l'interpretazione del diritto dell'Unione e la portata dei principi

La sentenza pare non solo ammettere (almeno in astratto) iniziative officiose del giudice destinate ad introdurre nel processo fatti c.d. ‘principali’ (tale dovendo considerarsi lo *status* di consumatore – che costituisce presupposto per l’applicazione delle plurime, specifiche discipline protettive di origine europea), ma, anche, pare ampliare la portata del principio di effettività (con corrispondente riduzione della capacità di ‘resistenza’ delle norme processuali interne) ogni volta che l’iniziativa istruttoria del giudice, eventualmente sollecitata dall’acquisizione processuale di ‘indizi’⁴⁷, si traduca in attività non particolarmente complesse («semplice domanda di chiarimenti») idonee, quindi, ad assicurare una immediata acquisizione dei rilevanti elementi di fatto e di diritto senza aggravare eccessivamente il procedimento.

Il profilo dell’acquisizione officiosa di documenti è esaminato nella sola prospettiva (implicita) dell’effettività anche dalla decisione 7 novembre 2019, C-483/18, *Profi Credit Polska S.A.*⁴⁸ con la quale la Corte, ribadito l’obbligo per il giudice nazionale di adottare misure istruttorie officiose per accertare la concreta applicabilità della disciplina a tutela del consumatore, afferma che gli artt. 6.1 e 7.1 della dir 93/13/CEE ‘richiedono’ che il giudice ‘possa essere in grado di esigere la produzione dei documenti su cui si fonda tale domanda’⁴⁹. La Corte, sul punto sollecitata dal giudice del rinvio, osserva anche che una simile conclusione non contrasta con il principio dispositivo, poiché ‘la circostanza che un giudice nazionale chieda al ricorrente di produrre il contenuto del documento o dei documenti su cui si fonda la sua do-

di effettività e di equivalenza sono indipendenti dalle circostanze proprie di ciascun caso di specie (v., in tal senso, *Rampion e Godard*, C-429/05, EU:C:2007:575, § 65)».

⁴⁷ § 40.

⁴⁸ Per la parte di rilievo ai fini delle presenti riflessioni, la questione sottoposta dal giudice del rinvio era relativa alla possibilità di rilevare d’ufficio, nell’ambito di un procedimento instaurato da un’impresa per il recupero di un credito garantito da un pagherò cambiario emesso in bianco a garanzia dell’adempimento dell’obbligazione derivante da un contratto di credito al consumo, la vessatorietà di una clausola contenuta nell’“accordo cambiario”; tanto allorquando il giudice, pur non disponendo del contratto potenzialmente contenente la clausola vessatoria, nutra “seri dubbi” sulla fondatezza della domanda (§ 67).

⁴⁹ § 67.

manda rientra semplicemente nell'ambito probatorio del processo, poiché tale richiesta mira soltanto a verificare il fondamento del ricorso⁵⁰.

Da ultimo, il tema dei poteri istruttori officiosi in relazione alle controversie consumeristiche è stato esaminato dalla recente sentenza della Corte di giustizia, 11 marzo 2020, C-511/17, *Györgyné Lintner*. Con tale arresto (relativo ad una controversia avente ad oggetto un mutuo ipotecario in valuta estera) i giudici di Lussemburgo hanno confermato il potere, per il giudice nazionale, di richiedere d'ufficio «alle parti, nel rispetto del contraddittorio, di fornirgli i chiarimenti e i documenti necessari»⁵¹; un simile potere presuppone tuttavia che gli elementi di fatto e di diritto contenuti nel fascicolo facciano sorgere «seri dubbi» in ordine

al carattere abusivo di talune clausole che, pur non essendo state impugnate dal consumatore, sono connesse all'oggetto della controversia e, pertanto, l'attuazione dell'esame d'ufficio incombente a tale giudice richieda che tali misure istruttorie siano adottate⁵².

Come è noto, non è necessariamente facile trarre dalle decisioni della Corte di giustizia indicazioni univoche in relazione all'interpretazione delle norme interne di origine europea. Tanto, tra l'altro, perché tali decisioni, spesso frutto delle peculiarità del caso concreto sottoposto alla Corte e di un quadro ordinamentale nazionale non necessariamente trasponibile in modo immediato negli ordinamenti degli altri Stati membri, pongono dei principi generali che devono poi trovare concreta attuazione nella fase c.d. 'discendente' del diritto dell'Unione.

⁵⁰ § 68. Sembrerebbe, quindi, che, nel caso qui esaminato, il potere istruttorio del giudice sia destinato ad acquisire d'ufficio elementi di fatto relativi (ove si voglia richiamare una distinzione tradizionalmente interna) a fatti "secondari".

⁵¹ § 37. Che l'indicazione dei mezzi istruttori specificamente richiamati abbia carattere meramente esemplificativo si desume, tra l'altro, dal successivo punto della motivazione, ove si precisano i limiti dell'adozione, da parte del giudice, di misure istruttorie «come» quelle di cui al punto precedente. La decisione della Corte cita espressamente anche le (conformi) conclusioni dell'Avv. Gen. Tanchev il quale, a sua volta (nota 48) richiama le «conclusioni dell'avvocato generale Kokott nella causa Margarit Panicello (C-503/15, EU:C:2016:696, §§ 142-145)».

⁵² § 38.

Pare, tuttavia, che le sentenze con le quali la Corte ha sin qui esaminato i poteri istruttori esercitabili d'ufficio nel contenzioso consumeristico consentano di affermare alcuni punti fermi.

I poteri officiosi del giudice devono essere, infatti, esercitati nel rispetto del contraddittorio ed ove gli elementi acquisiti attraverso l'iniziativa delle parti facciano sorgere dubbi quanto alla abusività della clausola⁵³. Simili poteri possono, senza dubbio, comportare l'introduzione nel procedimento di fatti 'secondari'⁵⁴ (purché rilevanti) e possono sostanziarsi nella richiesta alle parti di chiarimenti o di documenti⁵⁵.

Di seguito, premesso un breve riferimento allo stato dell'arte in materia di poteri istruttori esercitabili dal giudice dell'esecuzione, si proverà a verificare quale impatto possano esercitare i 'punti fermi' appena delineati nell'ambito delle procedure espropriative. Verifica che si proverà a svolgere utilizzando l'approccio metodologico accolto dalla sentenza *Faber*⁵⁶ la quale, nel prospettare l'applicazione in via principale del corollario dell'equivalenza e, solo in via eventuale, di quello della

⁵³ Tale ultimo profilo potrebbe tuttavia ritenersi non ricorrente con riferimento alla sentenza 7 novembre 2019, C-483/18, *Profi Credit Polska S.A.*, relativa ad un caso nel quale, sembra di comprendere, i dubbi in ordine alla vessatorietà della clausola derivavano dalla personale conoscenza (derivante da altri procedimenti giudiziari), da parte del giudice, dei contratti standard conclusi dall'imprenditore (§§ 62, 64, 67, 70).

⁵⁴ Tuttavia, come dimostra la sentenza *Faber* (4 giugno 2015, C-197/13), non può escludersi (pur se la questione diviene oggettivamente più complessa) l'acquisizione, per via giudiziale, di fatti "principali".

⁵⁵ Non risulta esaminata dalle decisioni sin qui pronunziate la possibilità, per il giudice, di acquisire fatti rilevanti ai fini della decisione mediante richieste a soggetti terzi ovvero in via diretta. La mancanza di un precedente su tale specifico profilo può esser la conseguenza del fatto che, di regola, le stesse parti sono in grado di fornire tutti gli elementi necessari all'accertamento della vessatorietà; non può tuttavia escludersi – come si proverà ad accennare alla fine del quinto paragrafo – che l'iniziativa istruttoria del giudice abbia per destinatari, in via diretta, soggetti diversi dalle parti.

⁵⁶ Non può peraltro nascondersi che, l'adozione (da parte delle altre decisioni che hanno affrontato il tema dei poteri istruttori) di un approccio meno rigoroso (si pensi, ad esempio, al fatto che il principio di effettività è spesso solo implicitamente citato e che, comunque, non si fa riferimento ai limiti – pur tradizionalmente ribaditi – che esso incontra), potrebbe suscitare la sensazione di una tendenza ad affermare una portata quasi illimitata del principio di effettività quanto alle iniziative istruttorie.

effettività, appare maggiormente rispondente al principio dell'autonomia procedurale.

4. Poteri istruttori esercitabili dal giudice dell'esecuzione. Lo stato dell'arte

Nella propria originaria formulazione il codice di procedura civile delinea un modello di processo esecutivo funzionalmente e strutturalmente assai differenziato rispetto al modello di processo di cognizione accolto da quello stesso codice⁵⁷.

Il primo, infatti, non ha funzione dichiarativa, non è teso a regolare la situazione controversa, ma ad attuare un programma integralmente racchiuso nel titolo esecutivo; titolo che costituisce lo strumento tecnico attraverso il quale si realizza la separazione tra situazione sostanziale (di creditore o di avente diritto ad una determinata prestazione) e situazione formale (di avente diritto a procedere ad esecuzione forzata)⁵⁸. Proprio la presenza di un simile strumento tecnico preclude al giudice la possibilità di verificare l'esistenza del diritto sostanziale risultante dal titolo, onerando invece il debitore di contestare il diritto di procedere ad esecuzione forzata mediante la proposizione di un'opposizione destinata, eventualmente, ad instaurare un giudizio di cognizione strutturalmente autonomo, pur se funzionalmente collegato all'esecuzione.

L'attuazione del programma racchiuso nel titolo esecutivo si realizza strutturalmente mediante un processo non assimilabile al processo di cognizione poiché il processo esecutivo

non si presenta come una sequenza continua di atti preordinati ad un unico provvedimento finale, bensì come una successione di subproce-

⁵⁷ Tanto emerge in modo assai chiaro dalla Relazione al Re, illustrativa del codice (v., in part., n. 31).

⁵⁸ B. CAPPONI, *Manuale di diritto dell'esecuzione civile*, Torino, 2017, 26.

dimenti, e cioè una serie autonoma di atti ordinati a distinti provvedimenti successivi⁵⁹.

Coerente al modello processuale così delineato è la configurazione del giudice dell'esecuzione quale «giudice istituzionalmente non chiamato a decidere, ma semplicemente ad eseguire»⁶⁰ dirigendo il processo mediante l'adozione di provvedimenti a contenuto ordinatorio. La mancata titolarità di poteri decisori comporta altresì (almeno nel modello originario del codice di rito) la mancata attribuzione al giudice dell'esecuzione di poteri istruttori⁶¹.

Non v'è dubbio che il modello originario del codice sia stato parzialmente modificato da interventi legislativi frammentari che, succedutisi a partire dal 2005, hanno progressivamente (e, spesso, problematicamente) attribuito poteri di cognizione al giudice dell'esecuzione.

Emblematiche, in questo senso, risultano le attuali formulazioni degli artt. 512, 624⁶² e 549 c.p.c. Un «inedito ruolo «cognitivo»» del giudice dell'esecuzione è stato inoltre ravvisato anche alla luce della giuri-

⁵⁹ Cass., sez. III, 16 gennaio 2007, n. 837. Secondo Cass, sez. III, 12 giugno 1971, n. 1819, il giudice dell'esecuzione esercita poteri ordinatori, «limitati alla direzione del processo esecutivo al fine del regolare compimento degli atti che lo compongono secondo criteri di celerità ed opportunità; con esclusione, quindi, di potestas decidendi».

⁶⁰ B. CAPPONI, *Manuale di diritto dell'esecuzione civile*, XLIX.

⁶¹ Anche M. CIRULLI, *Valori funzionali del processo esecutivo e poteri officiosi*, in *Riv. es. forz.*, 2, 2019, 251, ravvisa una correlazione tra difetto di poteri decisori e difetto di poteri istruttori, pur se, pare, invertendo i termini qui accolti. L'autore osserva inoltre che «Nel processo esecutivo, non essendo configurabili né l'onere della prova del diritto ex titolo, né il consecutivo accertamento giudiziale «la coppia titolo esecutivo-opposizione all'esecuzione, e cioè l'efficacia del primo e la necessità della seconda», rende inapplicabili gli artt. 115 e 116 c.p.c. Il creditore non deve dimostrare l'esistenza del diritto sostanziale per il cui soddisfacimento procede *in executivis* (essendo sufficiente il possesso del titolo esecutivo), mentre al debitore che lo contesta il sistema impone l'onere di instaurare un processo dichiarativo (l'opposizione ex art. 615 c.p.c.), non potendo il g.e., dinanzi al quale il fatto impeditivo, modificativo od estintivo sia eccepito, procedere all'istruttoria formale del caso».

⁶² M. CIRULLI, *op. cit.*, 252 osserva che «Se si riflette, il g.e., quando ordina la sospensione, esercita funzioni cognitive non decisorie: nel senso che adotta un provvedimento cautelare idoneo, a certe condizioni, ad infirmare gli atti esecutivi compiuti e non soltanto ad inibire l'ulteriore corso dell'esecuzione pendente».

sprudenza di legittimità che ammette l'interpretazione extra-testuale del titolo esecutivo⁶³ o dell'art. 2929-bis c.c.⁶⁴

Non è questa la sede per esaminare le norme da ultimo citate; norme che, secondo un autorevole studioso della materia, sono indice della «tendenza che, dal sistema del g.e. che attua diritti certi, muove verso un sistema in cui il g.e. può accertare diritti al fine di attuarli (con effetti interni all'esecuzione, ma nell'immediato soddisfattivi)»⁶⁵.

Ciò che qui rileva è la constatazione di come, per un verso, all'ampliamento dei poteri di cognizione del giudice dell'esecuzione non abbia fatto seguito, in giurisprudenza ed in dottrina, una particolare attenzione al tema dei mezzi istruttori utilizzabili da parte di tale giudice e come, per altro verso, non sia comunque venuto meno il principio tradizionale che vuole demandata essenzialmente alla parte (tendenzialmente il debitore, ma, eventualmente, anche uno dei creditori) l'iniziativa alla base dell'attività di cognizione in sede esecutiva⁶⁶ e limitato al contenuto estrinseco il potere-dovere del giudice di verificare la sussistenza

⁶³ G. TOTA, *I controlli sulle decisioni «di merito» del giudice dell'esecuzione*, in *Riv. dir. process.*, 6, 2018, 1508 ss. Sul rilievo che tale orientamento giurisprudenziale ha in relazione alla dimensione cognitiva delle attività del giudice dell'esecuzione, v. anche B. CAPPONI, *Ordinanze decisorie "abnormi" del g.e. tra impugnazioni ordinarie e opposizioni esecutive*, in *Riv. es. forz.*, 2, 2017, 322 ss.

⁶⁴ In questo senso, M. BOVE, *Profili processuali dell'art. 2929 bis c.c.*, in *Riv. es. forz.*, 2, 2016, 157 ss. In senso contrario alla rilevabilità d'ufficio della insussistenza dei presupposti contemplati dall'art. 2929-bis c.c. è, invece, G. TOTA, *op. cit.*, 1509, secondo la quale una simile soluzione «lascia perplessi, nella misura in cui implica la titolarità in capo al g. e. di poteri istruttori e di accertamento d'ufficio che la legge non prevede, e il cui esercizio potrebbe risultare foriero di inconvenienti di non agevole soluzione»; nello stesso senso, pur consapevole della problematicità della norma, B. CAPPONI, *Ordinanze decisorie "abnormi" del g.e. tra impugnazioni ordinarie e opposizioni esecutive*, cit., 321 ss.

⁶⁵ B. CAPPONI, *Ordinanze decisorie "abnormi" del g.e. tra impugnazioni ordinarie e opposizioni esecutive*, cit., 322.

⁶⁶ Secondo M. CIRULLI, un esito non soddisfacente per il creditore (impregiudicata la possibilità di instaurare una nuova espropriazione) può derivare non solo dalla sospensione pronunciata dal g. e. a fronte di opposizione e non seguita dall'instaurazione della fase di merito del giudizio, ma, anche, da «un provvedimento reso, d'ufficio o su istanza ex art. 486 c.p.c. dell'esecutato, previo riscontro non soltanto del difetto di titolo esecutivo, ma anche di fatti *lato sensu* estintivi del diritto materiale» (ID., *op. cit.*, 253).

del titolo esecutivo⁶⁷, con l'ulteriore precisazione che tale verifica del contenuto estrinseco del titolo esecutivo dovrebbe avvenire sulla base degli elementi acquisiti agli atti⁶⁸.

⁶⁷ Nel richiamare un proprio consolidato orientamento, Cass., sez. VI-III, 22 giugno 2017, n. 15605 (in *Giur. it.*, 11, 2017, 2385 ss., con nota di G. FELLONI, *Interferenze tra improcedibilità dell'esecuzione e sospensione ex art. 624 c.p.c.*) osserva che «Il giudice dell'esecuzione ha il potere/dovere di verificare di ufficio, e a prescindere da una opposizione del debitore, l'esistenza del titolo esecutivo e la corrispondenza degli importi pretesi dal creditore con quelli dovuti in base al titolo stesso». Cass., sez. III, 27 gennaio 2017, n. 2043, individua il fondamento del potere di rilievo officioso del difetto (delle sole) condizioni dell'azione esecutiva e dei presupposti del processo esecutivo nella «particolare struttura del processo esecutivo, in cui l'istituzionale carenza di contraddittorio in senso tecnico per l'assenza di controversie in punto di diritto (...), in uno alla altrettanto istituzionale soggezione processuale di uno dei due soggetti necessari – e cioè il debitore – all'altro, cui è riconosciuto il potere di impulso e cioè al creditore, devono allora essere compensate da una più intensa potestà di verifica anche formale della sussistenza di condizioni e presupposti per la corrispondenza del processo stesso alla sua funzione». Ritenuto un simile «accentuato ruolo di controllo del giudice dell'esecuzione» funzionale al superiore interesse della regolarità delle operazioni dell'ufficio giurisdizionale, la sentenza da ultimo citata così prosegue: «Precisato peraltro che non gli incombe certo la risoluzione di alcuna controversia o l'espletamento di indagini particolari, proprie le une e le altre del giudizio di cognizione a parti contrapposte, è pertanto doveroso per il giudice rilevare, quando essa risulti *ictu oculi*, la carenza radicale di quelle condizioni dell'azione o presupposti processuali, tra cui rientra certamente la giuridica inesistenza del soggetto nei cui confronti è stato eseguito il pignoramento». In senso conforme, in dottrina, tra i tanti, A.M. SOLDI, *Manuale dell'esecuzione forzata*, Padova, 2016, 1897.

⁶⁸ G. FELLONI, *op. cit.*, 2389 ritiene preferibile la tesi che esclude la possibilità per il giudice dell'esecuzione di adottare un provvedimento di improseguibilità della procedura sulla base di elementi non acquisiti nel fascicolo, poiché altrimenti si dovrebbe riconoscere a tale giudice un potere di indagine officiosa addirittura superiore rispetto a quello assegnato al giudice della cognizione. Secondo tale autore, pertanto, eventuali fatti modificativi, impeditivi od estintivi del diritto azionato potrebbero essere introdotti solo dal debitore mediante opposizione all'esecuzione (con il limite temporale previsto dal novellato art. 615, co. 2, ultima parte).

5. Possibili prospettive dei poteri istruttori esercitabili dal giudice dell'esecuzione alla luce della giurisprudenza sovranazionale in materia di tutela del consumatore

Delineato succintamente lo stato dell'arte relativo alla cognizione del giudice dell'esecuzione, occorre verificare se ed in quale misura la citata giurisprudenza sovranazionale consenta di attribuire al giudice dell'esecuzione poteri istruttori officiosi al fine della tutela del consumatore-esecutato.

Più in particolare, sia pur con tutti i limiti che caratterizzano le presenti, brevi riflessioni, si proverà a verificare: a) quali spazi sussistano per un rilievo officioso da parte del g. e. della eventuale vessatorietà di clausole contenute nel contratto concluso tra professionista e consumatore; b) quale strumento processuale sia utilizzabile per instaurare l'accertamento (da svolgere, necessariamente, nel contraddittorio tra le parti) in ordine alla possibile vessatorietà; c) quali siano i caratteri dell'istruttoria endoesecutiva così introdotta; d) quali mezzi istruttori possano essere utilizzati per il sindacato sulla vessatorietà.

Tali profili saranno qui esaminati avendo riguardo all'ipotesi in cui non sia proposta un'opposizione da parte del debitore⁶⁹ e tentando di assumere un approccio suscettibile di applicazione generalizzata in relazione a tutte le possibili clausole vessatorie (pur se, allorquando si proverà a fare qualche esempio concreto, l'attenzione sarà – per esigenze di semplificazione – essenzialmente rivolta alla clausola tesa a quantificare l'interesse moratorio – clausola che, ove si accolga la prospettiva qui suggerita, sarà destinata, non infrequentemente, a suscitare l'attenzione del g.e.).

Quanto al profilo sopra evocato alla lettera a) i margini più ampi di sindacato officioso sono, senza dubbio, prospettabili in relazione ai tito-

⁶⁹ Una simile scelta è, evidentemente, imposta – vista anche la sede – dalla necessità di semplificare la presente trattazione. Deve peraltro osservarsi come, stante la frequente, mancata costituzione del debitore (specie ove non professionista) e la non ancora particolare diffusione dei principi affermati dalla Corte di giustizia in materia di tutela del consumatore, l'*iter* argomentativo che si proverà a sviluppare sia destinato ad operare nella massima parte delle esecuzioni instaurate nei confronti di consumatori.

li esecutivi stragiudiziali (ai quali saranno riservate le riflessioni che seguono).

In proposito, seguendo il «metodo *Faber*», il rilievo officioso da parte del giudice dell'esecuzione potrebbe avvenire già alla luce del principio di equivalenza; tanto, almeno, ove di tale principio si accolga un'accezione ampia quale quella delineata, in materia di tutela del consumatore, dalla citata giurisprudenza della Corte di giustizia che, come visto, accosta le norme europee a tutela del consumatore (*in primis* l'art. 6 della dir. 93/13/CEE) alle norme interne di ordine pubblico. Posto un simile parallelismo, un utile riferimento normativo potrebbe rinvenirsi nell'art. 545, co. 7-8 c.p.c., ove si prevede un regime di impignorabilità relativa di pensioni e stipendi. Già prima del d. l. n. 83/2015 (che ha introdotto il co. 9 dell'art. 545 c.p.c., ai sensi del quale, espressamente, la violazione dei divieti previsti dal medesimo articolo è rilevabile «dal giudice anche d'ufficio»), la giurisprudenza riteneva rilevabile in via officiosa una tale relativa impignorabilità in considerazione dell'interesse pubblico alla base di un simile regime⁷⁰. Non può peraltro nascondersi che il parallelismo tra iniziativa officiosa del giudice in caso di superamento dei limiti previsti dall'art. 545 c.p.c. ed in caso di titolo stragiudiziale azionato nei confronti del consumatore sarebbe predicabile per lo più in relazione ai possibili esiti del rilievo⁷¹, ma lascia aperti problemi di non scarso rilievo. Problemi relativi alla sussistenza stessa dei presupposti per l'applicazione del principio di equivalenza⁷², all'ampiezza del campo d'azione

⁷⁰ Si vedano, tra le altre, Cass., III, 22 marzo 2011, n. 6548 (secondo la quale «il pignoramento della pensione eseguito oltre i limiti consentiti è radicalmente nullo per violazione di norme imperative e la nullità è rilevabile d'ufficio senza necessità di un'eccezione o di un'opposizione da parte del debitore esecutato») e Cass., III, 11 giugno 1999, n. 5761 richiamata da un autore come indice dell'orientamento di legittimità secondo il quale le disposizioni che sanciscono la particolare forma di impignorabilità in esame sarebbero norme «di ordine pubblico» (P.G. DEMARCHI, *Il nuovo rito civile, III Le esecuzioni*, Milano, 2006, 101).

⁷¹ Nel senso (ove si abbia riguardo al caso di interessi moratori pattuiti sulla base di clausola vessatoria) di assegnazione/distribuzione di una somma inferiore rispetto a quella assegnabile/distribuibile in assenza del rilievo officioso.

⁷² Si pensi, ad esempio, al fatto che nel caso dell'art. 545 c.p.c. la norma pubblicitica (dovrebbe peraltro meglio valutarsi se di – sola – natura imperativa o di – vero e

di tale principio (ove davvero se ne ravvisino i presupposti)⁷³ ed alle modalità processuali mediante le quali si realizza l'intervento giudiziale⁷⁴.

Ove si escluda l'utilizzabilità del principio dell'equivalenza il rilievo officioso dovrebbe tuttavia trovare (necessariamente, a parere di chi scrive) fondamento nel principio di effettività. L'assenza di un preventivo vaglio giudiziale del contratto fa, infatti, in tale caso, del giudice dell'esecuzione il primo (ed unico) soggetto terzo chiamato a riequilibrare il rapporto asimmetrico tra professionista/imprenditore e consumatore⁷⁵. Alla luce della giurisprudenza sovranazionale citata pare allora difficile escludere la possibilità per il giudice dell'esecuzione di rilevare d'ufficio la questione relativa alla vessatorietà di una o più clausole contenute nel contratto⁷⁶. Non v'è dubbio che, nella massima parte dei casi, un simile intervento sia destinato ad assumere rilievo in sede

proprio – ordine pubblico) risulta violata non dal titolo esecutivo, ma dall'atto con il quale inizia l'espropriazione.

⁷³ Si pensi alla questione – strettamente correlata alla dimensione dell'equivalenza – della possibilità di predicare l'operatività dell'equivalenza sulla base dell'art. 545 c.p.c. anche in relazione ad espropriazioni differenti rispetto a quella presso terzi.

⁷⁴ L'art. 545 c.p.c. prescinde da quella volontà «adesiva» al rilievo del giudice dell'esecuzione che è invece necessaria perché possano esser prodotti gli effetti della vessatorietà eventualmente accertata.

⁷⁵ Paiono in questo senso particolarmente significative le conclusioni presentate dall'Avv. Gen. Szpunar nel già citato procedimento *Finanmadrid EFC SA*. L'Avv. Szpunar (v. in particolare, §§ 53 ss.) ritiene (con valutazione fatta propria anche dalla Corte di giustizia) che l'effettività dell'art. 6 della dir. 93/13/CEE imponga l'attribuzione al giudice dell'esecuzione del controllo sulla vessatorietà della clausola nel caso in cui un simile controllo d'ufficio non sia possibile, nell'ordinamento nazionale, in alcuna fase del procedimento instaurato a fronte della presentazione della domanda di ingiunzione. In un simile caso, prosegue l'Avv. Gen., «Non si tratta tanto di rimediare alle eventuali omissioni avvenute nell'ambito del procedimento d'ingiunzione di pagamento, quanto piuttosto di risolvere un problema sistemico, sulla base della considerazione secondo cui il controllo d'ufficio delle clausole abusive dev'essere previsto in una delle fasi del procedimento relativo all'emissione e all'esecuzione di un'ingiunzione di pagamento».

⁷⁶ Un simile rilievo – in caso di titolo stragiudiziale – pare cioè unico strumento attraverso il quale assicurare quello standard minimo di tutela della situazione di diritto europeo cui – secondo la dottrina sopra citata – è funzionale il principio di effettività.

distributiva⁷⁷. Non può tuttavia escludersi una rilevanza dell'iniziativa officiosa anteriore rispetto alla vendita: si pensi, ad esempio, al caso in cui l'esatto ammontare del credito debba essere quantificato già in sede di conversione del pignoramento o, addirittura, al caso in cui la possibile vessatorietà di una clausola assuma rilievo per verificare se il diritto del creditore intervenuto possa o meno essere valutato ai fini dell'art. 495 c.p.c.⁷⁸.

Non è peraltro da escludere in modo assoluto la possibilità, per il futuro, di un rilievo officioso della vessatorietà di clausole contenute in un contratto in base al quale si sia formato un titolo giudiziale, magari anche passato in giudicato⁷⁹.

Se, come chi scrive ritiene, è possibile, per il giudice dell'esecuzione (pur tradizionalmente sprovvisto del sindacato intrinseco del titolo esecutivo), rilevare la vessatorietà delle clausole eventualmente contenute nel contratto (concluso dal consumatore) costituente titolo esecutivo, occorre allora verificare mediante quale strumento normativo e con quali modalità una simile iniziativa officiosa possa concretizzarsi.

Punto di partenza, alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia, dovrebbe essere, per un verso, la mancata possibilità, per il giudice, di produrre gli effetti dell'accertata vessatorietà in assenza di una

⁷⁷ Non è un caso, del resto, che proprio con riferimento alla fase della distribuzione siano stati prospettati i maggiori spazi per l'attività di cognizione del giudice dell'esecuzione. Sul punto, anche per una ricostruzione delle diverse posizioni in dottrina, E. CAVUOTO, *La cognizione incidentale sui crediti nell'espropriazione forzata. Contributo allo studio dei rapporti tra esecuzione e accertamento*, Napoli, 2017, 147 ss. In giurisprudenza, con riferimento alla espropriazione di crediti, v. Cass., III, 26 marzo 2003, n. 4491 e Cass., III, 10 settembre 1996, n. 8215.

⁷⁸ Si pensi, ad esempio, al caso del creditore intervenuto sulla base di un contratto di mutuo in relazione al quale il mutuatario-consumatore stia (nonostante il pignoramento) ancora regolarmente eseguendo la propria obbligazione; intervento tuttavia fondato su una clausola – la cui concreta vessatorietà potrebbe, nella prospettiva che qui si accoglie, essere oggetto di esame da parte del giudice dell'esecuzione – di decadenza dal termine per il caso di pignoramento del bene sul quale il mutuante ha iscritto ipoteca.

⁷⁹ La questione, sulla quale non è qui possibile soffermarsi, è oggetto del procedimento C-831/19 attualmente pendente innanzi alla Corte di giustizia.

conforme manifestazione di volontà da parte del consumatore⁸⁰ e, per altro (e temporalmente anteriore) verso, il dovere per tale giudice di informare il consumatore-debitore (nonché il creditore) della possibile vessatorietà delle clausole (sì da consentire al contraente debole di scegliere in modo consapevole se avvalersi o meno dei 'rimedi' previsti dall'ordinamento).

Esclusa, allo stato, la rinvenibilità di norme utilizzabili nella prospettiva del principio della equivalenza, un simile scopo potrebbe essere realizzato sulla base di un'interpretazione degli artt. 485 e 486 c.p.c.⁸¹ conforme⁸² agli artt. 6 e 7 della dir. 93/13/CEE (o ad analoghe disposizioni di volta in volta applicabili in relazione alla clausola che può venire in rilievo) e, eventualmente, all'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea⁸³.

⁸⁰ Sul punto, da ultimo, C. giust. UE, 11 marzo 2020, C-511/17, *Györgyne Lintner*, § 43.

⁸¹ Non a caso, in dottrina (E. CAVUOTO, *op. cit.*, 18 ss.) si è ritenuto che proprio gli artt. 485 e 486 c.p.c. (unitamente all'art. 487 c.p.c.) siano indice del potere del giudice dell'esecuzione di compiere valutazioni ed accertamenti per verificare «se non altro» la sussistenza dei presupposti dei singoli atti rientranti nel suo ufficio. Sugli artt. 485 e 486 c.p.c. v. anche A.M. SOLDI, *op. cit.*, 324 ss.

⁸² Non è certo questa la sede per esaminare le peculiarità e gli spazi operativi dell'interpretazione conforme. Ci si limita, in proposito, a richiamare gli efficaci, recenti passaggi motivazionali di C. giust. UE, 4 marzo 2020, C-34/19, *Telecom Italia SpA* secondo la quale «l'obbligo di interpretazione conforme include quello, per i giudici nazionali, ivi compresi i giudici di ultima istanza, di modificare, se del caso, una giurisprudenza consolidata se questa si basa su un'interpretazione del diritto nazionale incompatibile con il diritto dell'Unione» (§ 60), sì che «un giudice nazionale non può validamente ritenere di trovarsi nell'impossibilità di interpretare una disposizione nazionale conformemente al diritto dell'Unione per il solo fatto che tale disposizione sia stata interpretata in senso incompatibile con tale diritto, o applicata in una siffatta maniera da parte delle autorità nazionali competenti» (§ 61). La necessità di un'interpretazione conforme delle norme citate discende, tra l'altro, dalla esaminata limitazione dei poteri di cognizione del giudice dell'esecuzione che giustifica il consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità secondo il quale la convocazione del debitore è solo strumentale al miglior esercizio della potestà ordinatoria del giudice (tra le tante, Cass., III, 25 agosto 2006, n. 18513).

⁸³ Non è qui possibile esaminare il discusso tema della natura meramente ricognitiva o anche innovativa della Carta (in proposito, v., tra gli altri, A.M. ROMITO, *op. cit.*, spec. 49 ss. e 201 ss.; N. TROCKER, *op. cit.*, 107 ss.) e della complessiva portata del-

In particolare, il giudice dell'esecuzione dovrebbe rilevare la potenziale vessatorietà della clausola, indicando i possibili effetti dell'accertanda abusività ed invitando il consumatore (pur ove non costituito) a comparire all'udienza all'uopo fissata per manifestare la volontà di avvalersi dell'eventuale abusività (precisando che in caso di mancata manifestazione di una simile volontà sarà preclusa l'indagine sulla vessatorietà) e, altresì, ad eventualmente fornire elementi utili all'accertamento da compiere.

In una simile prospettiva, lungi dal costituire strumento per il (me-ro) miglior esercizio della potestà ordinatoria del giudice dell'esecuzione, l'art. 485 c.p.c. diverrebbe strumento teso ad instaurare un'attività cognitiva endoesecutiva; attività eventuale, in quanto subordinata alla comparizione in udienza del consumatore ed alla formulazione, da parte dello stesso, di un'istanza *ex* art. 486 c.p.c. (ove non, addirittura, di un'opposizione all'esecuzione o di una domanda tesa ad instaurare una controversia distributiva)⁸⁴.

Resta inteso che il provvedimento di fissazione dell'udienza *ex* art. 485 c.p.c. non potrà non consentire al creditore-professionista/imprenditore di interloquire (interlocazione che dovrà, anzi, essere espressamente incentivata) sulla rilevata, possibile vessatorietà della clausola. Una simile interlocazione (oltre ad essere insopprimibile alla luce del principio del contraddittorio e di quel diritto di difesa che risulta tutelato anche dagli artt. 24 e 111 Cost. e dall'art. 47 della Carta dei

l'art. 47. Neppure è possibile approfondire le tecniche differenziate mediante le quali la Corte di giustizia ha (sovente in modo non esplicito) fatto applicazione della medesima Carta (un riferimento, in proposito, è in A. DI STASI, *L'evoluzione dello "statuto" giurisprudenziale dei diritti fondamentali nell'Unione europea in "statuto" normativo degli stessi. Il valore aggiunto della Carta dei diritti fondamentali*, in ID. (a cura di), *Tutela dei diritti fondamentali e spazio europeo di giustizia*, Napoli, 2019, 85 ss.). Pre-me tuttavia qui sottolineare come una violazione 'diretta' dell'art. 47 della Carta potrebbe ravvisarsi (almeno) nel caso (oggetto del già richiamato procedimento C-831/19) del fideiussore-consumatore cui sia stata preclusa, dalla costante giurisprudenza di legittimità, la possibilità di invocare la tutela consumeristica.

⁸⁴ Non sfugge, peraltro, la possibile difficoltà nel distinguere l'istanza formulata ai sensi dell'art. 486 c.p.c. da un'opposizione all'esecuzione (cui consegue una rilevante distinzione quanto ai rimedi esperibili avverso la decisione del giudice). Sul punto, v., *ex multis*, G. FELLONI, *op. cit.*, 2389 ss. e A.M. SOLDI, *op. cit.*, 324 ss.

diritti fondamentali dell'Unione europea) potrebbe essere particolarmente significativa ai fini dell'accertamento giudiziale, ben potendo, ad esempio, il creditore dimostrare la mancata natura di consumatore del debitore o, ancora – e sempre a titolo esemplificativo – l'esistenza di una negoziazione individuale della clausola.

La cognizione endoesecutiva, eventuale e sommaria⁸⁵, così realizzata dovrebbe concretizzarsi in un provvedimento che, reso ai sensi dell'art. 486 c.p.c. (si ribadisce che, per brevità, non è qui presa in considerazione l'ipotesi in cui il debitore 'reagisca' all'iniziativa giudiziale proponendo un'opposizione all'esecuzione), sarebbe suscettibile di impugnazione ai sensi dell'art. 617 c.p.c.

Con riferimento al carattere dell'istruttoria da svolgere a fronte del rilievo officioso della possibile vessatorietà chi scrive ritiene che, in assenza di univoche indicazioni positive di carattere generale quanto alla cognizione endoesecutiva, sia possibile attribuire agli artt. 512 e 549 c.p.c. il ruolo di modello per gli ulteriori momenti di cognizione svolta dal giudice dell'esecuzione; del resto, come è stato notato, non v'è motivo per differenziare (quanto al contenuto e, si ritiene, alle modalità) la cognizione endoesecutiva a seconda della fase processuale nella quale la stessa si svolge⁸⁶.

Il riferimento alle due disposizioni da ultimo citate consente di delineare un modello di istruttoria estremamente deformalizzato⁸⁷, nel quale è rimesso al giudice il potere-dovere di compiere i soli accertamenti effettivamente necessari e compatibili con la sommarietà del procedimento in modo che l'istruzione sia «snella, accelerata e informale e non si risolva nell'integrale anticipazione di quella che può aver luogo nel

⁸⁵ E. CAVUOTO, *op. cit.*, 294 ss.

⁸⁶ E. CAVUOTO, *op. cit.*, 302.

⁸⁷ L'art. 512 c.p.c. dispone infatti che il giudice dell'esecuzione provveda con ordinanza "sentite le parti e compiuti i necessari accertamenti". Ai sensi dell'art. 549 c.p.c., su istanza di parte, il giudice dell'esecuzione provvede in caso di contestata o mancata dichiarazione del terzo (ove non sia possibile identificare in modo esatto il credito o i beni del debitore in possesso del terzo), "compiuti i necessari accertamenti nel contraddittorio tra le parti e con il terzo". Sulla natura deformalizzata dell'accertamento ex art. 549 c.p.c. v., tra gli altri, A. CRIVELLI, *L'accertamento dell'obbligo del terzo*, in *Riv. es. forz.*, 2, 2016, 194.

giudizio oppositivo instaurato a seguito dell'impugnazione del provvedimento endoesecutivo»⁸⁸.

Una simile istruzione «snella, accelerata e informale» pare ben prestarsi ad assicurare una tutela giudiziale effettiva del consumatore. Tale formula attiene, tuttavia, alle modalità di accertamento dei fatti, ma lascia del tutto irrisolta la questione (centrale, nella prospettiva della tutela del consumatore-contraente debole) relativa alla possibilità di porre a fondamento dell'accertamento fatti che non siano stati introdotti nel procedimento ad opera delle parti. Non a caso, nell'esaminare la pur ampia lettera degli artt. 512 e 549 c.p.c. si è osservato che la deformalizzazione del procedimento di accertamento incide sulla valutazione e sui modi di assunzione e sulle relative forme dei mezzi di prova, «ma in nessun caso sulla titolarità dell'iniziativa volta a introdurli od allegarli»⁸⁹.

Occorre tuttavia verificare se ed in quale misura una simile conclusione sia compatibile con i citati arresti della giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di tutela del consumatore.

In questa prospettiva, ove ci si voglia muovere nell'ambito delle più 'tranquillizzanti' categorie tradizionalmente accolte dall'ordinamento nazionale, può risultare utile distinguere il fatto 'principale' (quello, cioè, costitutivo, modificativo, impeditivo o estintivo) dal fatto 'secondario' (quello cioè dedotto in funzione di prova di un fatto principale)⁹⁰. Fatto, quello secondario, che, secondo una ricostruzione, operando esclusivamente in ambito probatorio, può (nel perimetro dell'oggetto del giudizio delineato dalle allegazioni delle parti)⁹¹ ritenersi soggetto

⁸⁸ E. CAVUOTO, *op. cit.*, 304. Sul punto, v. anche G. TOTA, *sub artt. 512 e 615 ss. c.p.c.*, in A. BRIGUGLIO, B. CAPPONI, *Commentario alle riforme del processo civile*, Padova, 2007.

⁸⁹ Così, con riferimento all'art. 549 c.p.c., A. CRIVELLI, *op. cit.*, 194. Più in generale, si veda E. CAVUOTO, *op. cit.*, 303 ss.

⁹⁰ Così, tra le tante, Cass., SS.UU., 13 giugno 2019, n. 15895, Cass., I, 8 settembre 2016, n. 17761.

⁹¹ Ma il perimetro della cognizione del giudice deve, stando alla giurisprudenza della Corte di giustizia, ritenersi ormai ampliato sino a ricomprendere anche le questioni rilevate d'ufficio dal giudice e sottoposte al contraddittorio delle parti. In questo senso, del resto, con riferimento all'impugnativa contrattuale, v. anche Cass., ss. UU., 12 dicembre 2014, nn. 26242 e 26243.

non alle regole che riguardano l'allegazione dei fatti principali, ma alle regole che disciplinano le deduzioni istruttorie e le relative preclusioni⁹².

Ebbene, nella massima parte dei casi (almeno ove venga in rilievo un titolo stragiudiziale) il fatto (principale) relativo allo status di consumatore sarà desumibile, almeno in via indiziaria, dai documenti acquisiti (si pensi, ad esempio, a quanto frequentemente i contratti di mutuo espressamente qualificano il mutuatario quale consumatore o, almeno, ne riportino il codice fiscale). Ove tanto accada, a fronte del rilievo officioso della possibile vessatorietà della clausola, potrebbe (ove si ritenga che i fatti secondari possano – sia pur nel perimetro delle allegazioni di parte e nel rispetto del contraddittorio – essere introdotti anche dal giudice) valutarsi come non preclusa al giudice l'introduzione di fatti secondari rilevanti per verificare la concreta abusività/mancata abusività della clausola.

Si pensi, ad esempio, alla valutazione della possibile vessatorietà della clausola mediante la quale sia stata determinata la misura degli interessi moratori. Ebbene, alla luce della sentenza *Aziz*⁹³, potrà essere assai utile verificare il tasso dell'interesse moratorio praticato, per il

⁹² M. TARUFFO, *La prova nel processo civile*, Milano, 2012, 33. Si vedano, però, tra gli altri, B. CAVALLONE, *op. cit.*, 14, P. SANDULLI, A.M. SOCCI, *Il processo del lavoro. La disciplina processuale del lavoro privato, pubblico e previdenziale aggiornato al "Collegato lavoro 2010"*, Milano, 2010, 91 ss. Nel senso della possibilità, per il consulente tecnico d'ufficio, di assumere 'informazioni' (art. 194 c.p.c.) che riguardino fatti secondari e strettamente tecnici e non fatti costitutivi della domanda o dell'eccezione, di recente, Cass., III, 6 dicembre 2019, n. 31886.

⁹³ C. giust. UE, 14 marzo 2013, C-415/11, *Mohamed Aziz*, §§ 68 e 69, ritiene che il «significativo squilibrio» dei diritti e degli obblighi delle parti derivanti dal contratto deve esser valutato avendo riguardo alle disposizioni applicabili nel diritto nazionale in mancanza di un accordo tra le parti. Sempre secondo tale decisione, per accertare quali siano le circostanze in cui un tale squilibrio sia creato «malgrado il requisito della buona fede», il giudice nazionale è tenuto a verificare se il professionista, qualora avesse trattato in modo leale ed equo con il consumatore, avrebbe potuto ragionevolmente aspettarsi che quest'ultimo aderisse ad una siffatta clausola nell'ambito di un negoziato individuale. Nello stesso senso, si vedano le conclusioni dell'Avv. Gen. Kokott nello stesso procedimento (con particolare riferimento ai §§ 75, 83 ed 88), nonché C. giust. UE, 7 novembre 2019, C-419/18 e C-483/18, *Profi Credit Polska S.A.*, § 55 e C. giust. UE, 20 settembre 2017, *Ruxandra Paula Andriciuc e altri*, § 57.

periodo di riferimento, dagli operatori del medesimo settore di mercato nel quale opera il creditore⁹⁴. Nel caso in cui un simile elemento fattuale non sia acquisito a fronte del sopra menzionato provvedimento di fissazione dell'udienza *ex art. 485 c.p.c.*⁹⁵, dovrebbe ritenersi che il

⁹⁴ Il procedimento di accertamento che qui si accoglie è fondato sul presupposto della mancata, necessaria coincidenza tra interesse (moratorio) usurario ed interesse moratorio vessatorio. Non è certo questa la sede per approfondire la *vexata quaestio* (come noto, attualmente rimessa alle Sezioni Unite) relativa alla computabilità, nell'ambito degli interessi usurari, dell'interesse moratorio. Ai fini delle presenti riflessioni, invece, sia pur in modo semplificatorio, è possibile affermare la vessatorietà della clausola la quale, pur prevedendo un interesse per il ritardo nell'adempimento inferiore rispetto al tasso usurario, fissi l'entità dell'interesse moratorio in una misura non solo superiore rispetto al tasso di interesse corrispettivo (art. 1224 c.c. – che, alla luce della sentenza *Aziz* – viene in rilievo con riferimento al parametro del “significativo squilibrio”), ma, anche, superiore alla misura media degli interessi moratori praticati dagli operatori del medesimo settore di mercato cui appartiene il professionista-contraente (profilo, questo, rilevante con riferimento al secondo parametro indicato dalla citata sentenza *Aziz*). Con riferimento a tale secondo parametro assai utile può allora risultare la valutazione delle rilevazioni statistiche campionarie periodicamente condotte dalla Banca d'Italia, d'intesa con il Ministero dell'Economia e delle Finanze, relativamente alla maggiorazione media dei tassi di mora contrattuali rispetto ai tassi di interesse corrispettivi. Nella prospettiva qui accolta tali rilevazioni statistiche (che pure risultano dal decreto del Ministero dell'Economia e delle Finanze cui rinvia l'art. 1284, co. 1, c.c.) non vengono in rilievo quale elemento destinato ad integrare la previsione dell'art. 1284, co. 1, c.c. (sì che non pare necessario esaminare la questione – pur discussa – della diretta acquisibilità del decreto da parte del giudice in base al principio *iura novit curia*), ma, solo, come elemento di fatto (esito della rilevazione statistica non integrativa di alcuna norma). Da ultimo, si segnala che la modalità di accertamento della vessatorietà della clausola relativa agli interessi moratori qui proposta pare assai simile a quella fatta propria dal Tribunal Supremo spagnolo (Corte di cassazione spagnola) secondo quanto risulta da C. giust. UE, 7 agosto 2018, C-94/17, *Rafael Ramón Escobedo Cortés*; sul punto si veda anche T. Milano, decreti 19 giugno 2019, R. G. nn. 14257/19 e 14267/19. Nel senso che i riferimenti statistici dei tassi globali medi e delle relative maggiorazioni medie siano “meri criteri indiziari” ai fini della manifesta eccessività degli interessi moratori, v. ABF, Collegio di coordinamento, 10 ottobre 2019, n. 22746.

⁹⁵ Provvedimento che, nell'invitare le parti a prendere posizione in ordine alla possibile vessatorietà della clausola, ben potrebbe/dovrebbe invitare le parti ad offrire elementi alla stregua dei quali un simile accertamento debba essere svolto. In questo senso, nella sostanza, anche E. CAVUOTO, *op. cit.*, 304.

giudice possa provvedere officiosamente all'introduzione di simili fatti secondari; tanto, nella prospettiva qui esaminata, sulla base del principio dell'equivalenza.

Ove, invece, si aderisca alla tesi secondo la quale, nell'esaminare situazioni soggettive di diritto interno, è preclusa al giudice la possibilità di introdurre qualsiasi fatto secondario, l'acquisizione del fatto rilevante per la valutazione della vessatorietà (nel caso posto, i risultati delle rilevazioni statistiche condotte dalla Banca d'Italia) dovrebbe avvenire mediante il principio di effettività. Soluzione, questa, che, ove sussistano dubbi sulla vessatorietà della clausola alla luce degli elementi acquisiti⁹⁶, pare argomentabile sulla base della citata decisione *Lintner* (si veda, in particolare, il § 37), tenuto anche conto che, come si tenterà di precisare, il carattere deformalizzato dell'istruttoria endoesecutiva pare attribuire al principio di effettività significativi margini di azione.

Una sola ulteriore precisazione deve essere svolta: l'introduzione di fatti secondari ad iniziativa del giudice pare funzionale alla adozione di una decisione che, lungi dall'essere espressione di una facile (semplificatoria – per il giudice – e, in realtà, assai problematica – per il sistema) valutazione soggettiva dello squilibrio contrattuale, sia solidamente basata su elementi oggettivi⁹⁷.

Maggiori difficoltà sorgono ove la valutazione della possibile vessatorietà della clausola richieda l'introduzione, in sede di cognizione (sia pur endoesecutiva), di un fatto principale in conseguenza dell'iniziativa del giudice. Si pensi, ad esempio, alla stessa qualità (in ipotesi, non direttamente desumibile dagli atti depositati) di consumatore del debitore.

Un simile caso, analogo a quello sottoposto alla Corte nel procedimento *Faber* (pur relativo ad un giudizio di cognizione), dovrebbe esse-

⁹⁶ Ferma la necessità di valutare con attenzione ciascun singolo caso, non può escludersi che dubbi sulla vessatorietà della clausola (si pensi, qui, sempre – e solo – a quella relativa alla misura dell'interesse moratorio) potrebbero derivare dal confronto tra la pattuizione risultante dal titolo stragiudiziale (necessariamente acquisito al fascicolo) ed un dato normativo (ad esempio, la misura dell'interesse previsto dal d. lgs. n. 231/02) o l'entità del tasso ufficiale di sconto (probabilmente annoverabile nella nozione di fatto notorio).

⁹⁷ Chi scrive ritiene che quanto più ampi siano i poteri attribuiti al giudice, tanto più (anche nella prospettiva di controllo) la decisione dovrà essere fondata su elementi concretamente riscontrabili.

re analizzato proprio alla luce dell'iter argomentativo seguito dai giudici di Lussemburgo in tale precedente.

La natura principale del fatto dovrebbe precluderne l'acquisibilità al processo esecutivo per effetto di un'iniziativa del giudice nell'ottica dell'equivalenza. Diversa potrebbe essere invece, almeno in taluni casi, la conclusione nella prospettiva del principio di effettività.

Ebbene, ove l'introduzione di un fatto principale fosse necessaria a fronte di un titolo stragiudiziale, l'assenza di un preventivo vaglio giurisdizionale del rapporto potrebbe giustificare, per il tramite della tutela effettiva da assicurare al consumatore, un'iniziativa officiosa tesa ad acquisire proprio un simile fatto. Una analoga iniziativa officiosa porrebbe invece (anche ove analizzata nella prospettiva dell'effettività) maggiori problemi in caso di titolo giudiziale; in tale ipotesi, infatti, vi sarebbe stata (o, ove ancora non si sia formato il giudicato, vi sarebbe) la sede per far valere (eventualmente anche su iniziativa del giudice del merito) il fatto principale⁹⁸.

Così delineate le modalità attraverso le quali può realizzarsi l'esaminata attività cognitiva del giudice dell'esecuzione, non resta che verificare quali mezzi istruttori possano essere utilizzati per l'accertamento della possibile vessatorietà delle clausole.

In proposito, la deformalizzazione della cognizione endoesecutiva (quale risultante dalle due norme che, per quanto detto, costituiscono il modello di riferimento per questa attività del giudice dell'esecuzione) dovrebbe consentire una semplificazione dei modi di assunzione e delle forme dei mezzi di prova⁹⁹. Tali profili, unitamente all'ampiezza dei mezzi di prova che già si ritengono utilizzabili¹⁰⁰, dovrebbero consentire l'acquisizione di una pluralità di fatti rilevanti ai fini della valutazione della vessatorietà della clausola.

Nella prospettiva che qui si sta provando ad indagare occorre peraltro verificare se ed in quale misura il giudice possa disporre d'ufficio di mezzi di prova per il caso in cui, nonostante la sollecitazione compiuta con il provvedimento di fissazione dell'udienza *ex art.* 485 c.p.c., le

⁹⁸ Sul punto, in ogni caso, preziose indicazioni potrebbero venire dalla decisione della Corte di giustizia nel procedimento C-831/19.

⁹⁹ A. CRIVELLI, *op. cit.*, 194.

¹⁰⁰ E. CAVUOTO, *op. cit.*, 306 ss.; A.M. SOLDI, *op. cit.*, 766.

parti non abbiano offerto elementi utili ai fini della verifica della vessatorietà.

Sulla base, in particolare, della recente decisione *Lintner* pare possa risponderci positivamente avuto riguardo al corollario dell'effettività; principio, questo, che dovrebbe trovare una piuttosto ampia applicazione alla luce della richiamata deformalizzazione della cognizione endoesecutiva. Ed allora, sempre facendo riferimento (per semplificare) al caso in cui si debba verificare la possibile vessatorietà della clausola relativa alla determinazione dell'interesse moratorio, dovrebbe ammettersi la possibilità per il giudice di richiedere informazioni alla Banca d'Italia alla luce di un'interpretazione conforme dell'art. 213 c.p.c. (se non dell'art. 210 c.p.c.) agli artt. 6 e 7 della dir. 93/13/CEE¹⁰¹. Tanto sempre che non si voglia ammettere la possibilità, per il giudice, di acquisire in via diretta ed immediata il documento (ad esempio, la gazzetta ufficiale ove sia pubblicata la rilevazione statistica della Banca d'Italia in concreto rilevante) facilmente accessibile e dal contenuto costantemente verificabile nel contraddittorio tra le parti¹⁰².

¹⁰¹ La necessità di un'interpretazione conforme dell'art. 213 c.p.c. per il caso qui esaminato discende dalla necessità di superare l'indirizzo giurisprudenziale secondo il quale «la richiesta di informazioni di cui all'art. 213 c.p.c. riguarda soltanto gli atti e i documenti in possesso di una Pubblica amministrazione ed è intesa come non sostitutiva dell'onere probatorio incombente sulla parte, con la conseguenza che è ammessa soltanto in relazione a fatti specifici già allegati» (Cass., sez. I, 04 giugno 2015, n. 11564), mentre nel caso qui ipotizzato il fatto (entità della maggiorazione media dell'interesse moratorio rispetto al corrispettivo nel settore di mercato di riferimento) rilevante ai fini dell'accertamento non è, in ipotesi, oggetto di allegazione. Rispetto all'art. 210 c.p.c. il primo limite da superare sarebbe quello – nel caso in esame – del difetto dell'istanza di parte.

¹⁰² Il fatto che un simile potere non sia stato (ancora) oggetto di esplicito esame da parte della Corte di giustizia non comporta, secondo chi scrive, che lo stesso sia in contrasto con il diritto dell'Unione. Peraltro, nel senso della necessità di una interpretazione estensiva delle condizioni stabilite dal codice di rito in tema di esibizione di documenti e richiesta di informazioni alla luce del principio della tutela giurisdizionale effettiva quale contemplata (anche) dall'art. 19.1 TUE e dall'art. 47.1 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, v. la già citata Cass., sez. I, 04 giugno 2015, n. 11564 (relativa alla materia della concorrenza).

6. Conclusioni

Il processo esecutivo, destinato ad assicurare in modo coattivo l'adeguamento della realtà concreta alla situazione consacrata nel titolo esecutivo¹⁰³ e, pertanto, tradizionalmente considerato come espressione particolarmente intensa della sovranità statale, ha manifestato una 'impermeabilità' al diritto sovranazionale maggiore di quanto non sia accaduto per il processo di cognizione¹⁰⁴. Una simile 'autonomia processuale rafforzata' pare tuttavia destinata ad essere (almeno in parte) compromessa dai corollari dell'equivalenza e dell'effettività che, anche in materia di esecuzione nei confronti del consumatore, sono stati ripetutamente affermati dalla Corte di giustizia¹⁰⁵.

Ferma la portata di vere e proprie fonti di diritto oggettivo delle decisioni di tale Corte¹⁰⁶, all'interprete nazionale resta il compito (sovente non semplice) di verificarne la trasponibilità nell'ordinamento interno.

L'*iter* argomentativo qui brevemente svolto conduce a ritenere esistente un vero e proprio obbligo del giudice dell'esecuzione di rilevare la possibile vessatorietà della clausola contenuta nel titolo stragiudiziale e di procedere all'attività istruttoria necessaria al conseguente accertamento; obbligo che, avuto riguardo ai segnalati caratteri dei poteri istruttori tradizionalmente assegnati al giudice dell'esecuzione, dovrà essere adempiuto prevalentemente attraverso l'interpretazione conforme.

Sorprendentemente (per certi versi), nell'ipotesi esaminata in queste poche pagine, il principio di effettività parrebbe attribuire al giudice

¹⁰³ Sul punto, tra le altre, v. Cass., sez. un., 5 novembre 1981 n. 5827.

¹⁰⁴ P. BIAVATI, *Diritto comunitario e diritto processuale civile italiano fra attrazione, autonomia e resistenze*, cit., 720, non a caso, annovera il processo esecutivo tra le aree processuali che risultano prevalentemente estranee all'influenza delle fonti normative comunitarie che incidono sul processo civile.

¹⁰⁵ Si vedano, tra le altre, C. giust. UE, 18 febbraio 2016, C-49/14, *Finanmadrid EFC SA* (relativa al caso – particolarmente significativo ai fini delle presenti riflessioni – di un rilievo officioso del giudice dell'esecuzione svincolato dall'iniziativa di parte), C. giust. UE, 26 gennaio 2017, C-421/14, *Banco Primus SA* e C. giust. UE, 14 marzo 2013, C-415/11, *Mohamed Aziz*.

¹⁰⁶ In questi, termini, espressamente, tra le tante, Cass., ord. VI-I, 8 febbraio 2016, n. 2468, Cass., III, 09 febbraio 2012, n. 2012, Cass., III, 02 marzo 2005, n. 4466.

dell'esecuzione poteri istruttori più ampi di quelli esercitabili dal giudice della cognizione¹⁰⁷. Tanto perché quel carattere estremamente deformatizzato del modello di istruzione endoesecutiva cui si è fatto riferimento (associato ad una attività istruttoria tendenzialmente semplice, destinata ad esaurirsi in tempi tali da non comportare un eccessivo aggravio del procedimento) dovrebbe costituire un argine non particolarmente solido rispetto al principio di effettività; principio la cui 'forza d'urto' sulle norme nazionali risulta modulata in funzione dei profili (ruolo della norma nell'insieme del procedimento, svolgimento e peculiarità dello stesso dinanzi ai vari organi giurisdizionali nazionali, nonché tutela dei diritti della difesa, principio della certezza del diritto e rispetto del regolare svolgimento del procedimento) indicati dalla giurisprudenza sovranazionale richiamata alla nota 16¹⁰⁸.

Non v'è dubbio che, in una simile prospettiva, le decisioni della Corte di giustizia siano destinate ad aprire orizzonti (percorribili solo in presenza di un particolare *status* del debitore)¹⁰⁹ nuovi ed assai ampi¹¹⁰, in un contesto, quale quello della cognizione rimessa al giudice del-

¹⁰⁷ La qui prospettata maggiore ampiezza dei poteri istruttori del giudice dell'esecuzione sarebbe, per altro verso, bilanciata dalla nota, mancata stabilità degli effetti dell'accertamento endoesecutivo.

¹⁰⁸ Del resto, non pare che ostacoli insuperabili al principio di effettività siano rinvenibili (sempre seguendo gli spunti offerti dai giudici del Kirchberg) nel principio della certezza del diritto (in caso di titolo stragiudiziale non sussiste, infatti, un preventivo vaglio giudiziale suscettibile di superamento per effetto dell'iniziativa officiosa) e nel regolare svolgimento del procedimento (come si accennerà, la tempestiva realizzazione del credito deve, infatti, essere assicurata nel rispetto tanto del diritto del debitore – qui, anche, contraente debole – quanto alla luce dell'ulteriore rilevanza economica che il processo nei confronti del consumatore assume).

¹⁰⁹ In questo senso sembra per certi versi riproporsi quel modello di differenziazione delle tutele che, soprattutto negli anni settanta (si pensi alla riforma del processo del lavoro, alla legge in materia di scioglimento del matrimonio ed alla riforma del processo locatizio), ha portato alla valorizzazione del processo come strumento di attuazione della uguaglianza sostanziale. Sul punto, tra gli altri, V. FERRARI, *Sociologia del diritto e riforma del processo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 4, 1983, 1229 ss.

¹¹⁰ L'ampiezza viene in rilievo oltre che per l'intensità dei poteri attribuiti al giudice, anche, sotto il profilo quantitativo, per il numero dei contratti conclusi dal consumatore suscettibili di divenire oggetto del sindacato in sede esecutiva.

l'esecuzione, che, per fattori di diritto interno, già si presenta «in forte subbuglio»¹¹¹.

Un simile ruolo attivo del giudice (per di più, dell'esecuzione) potrà non piacere a quanti ritengano che il modello così delineato dalla Corte di giustizia sia poco compatibile tanto con l'imparzialità del giudice, quanto con il modello di organo preposto ad un procedimento la cui funzione (sempre più chiaramente esplicitata da un legislatore pronto ad incessanti riforme nel nome di finalità di politica economica)¹¹² è quella della rapida realizzazione del credito.

Con riferimento al profilo da ultimo evocato pare, tuttavia, non possa nascondersi che la funzione di politica economica della rapida realizzazione del credito (la quale non dovrebbe comunque mai comportare pregiudizio per il debitore, specie ove soggetto 'debole') vada perseguita nel rispetto di altri obiettivi (pure) economici sempre più spesso indicati dalla Corte di giustizia¹¹³. Non è un caso che, nella giurisprudenza di tale Corte, le iniziative officiose del giudice siano tese a riequilibrare, anche a livello processuale, l'asimmetria esistente tra professionista/imprenditore e consumatore; tanto non solo avendo riguardo al singolo rapporto contrattuale, ma, anche, nella prospettiva dell'art. 7 della dir 93/13/CEE e, quindi, nella prospettiva del corretto funzionamento del mercato (di qui la rilevanza pubblicistica della tutela del consumatore).

Tale ultima considerazione pare assumere rilievo anche con riferimento all'ulteriore profilo sopra evocato della imparzialità, tanto significativo negli studi sui poteri istruttori del giudice. Non è certo questa la sede per approfondire studi che sono giunti a risultati spesso assai di-

¹¹¹ B. CAPPONI, *op. cit.*, 324.

¹¹² Tra gli altri, R. CAPONI, *Doing Business come scopo del processo civile?*, in *Foro it.*, 5, 2015, 10 ss.

¹¹³ Nel senso della emersione, per effetto della giurisprudenza della Corte di giustizia, di una nuova prospettiva di interpretazione della 'funzione sociale' del processo civile legata all'idea di un collegamento intenso tra efficienza del processo e corretto funzionamento dell'economia, v. A. CARRATTA, *La "Funzione sociale" del processo civile, fra XX e XXI secolo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2, 2017, 579 ss. il quale, non a caso, cita espressamente proprio la giurisprudenza del Lussemburgo in materia di consumatore.

versi¹¹⁴; sembra tuttavia che tali risultati possano esser almeno in parte modificati avendo riguardo al profilo (di recente emersione) della rilevanza della finalità che, di volta in volta, il processo a tutela di situazioni di origine eurounitaria deve perseguire. E così, venendo al tema che qui interessa, a fronte della delineaazione ('ideologica') degli obiettivi del processo che coinvolga il consumatore (obiettivi che, individuati dalla Corte di giustizia, sono sottratti al sindacato giudiziale), all'interprete (ed al legislatore nazionale) spetta la concreta configurazione (non ideologica, ma, essenzialmente, tecnica) del meccanismo processuale delle iniziative istruttorie¹¹⁵.

¹¹⁴ Senza pretese di esaustività, vista anche la sterminata produzione sul tema, si vedano, G. VIDIRI, *Giusto processo, accertamento della verità materiale e «imparzialità» del giudice*, in *Riv. dir. process.*, 6, 2012, 1547 ss.; G. MONTELEONE, *L'imparzialità del giudice e la prova nel processo*, in *Giusto proc. civ.*, 7, 2, 2012, 323 ss.; J. MONTERO AROCA, *Il processo civile «sociale» come strumento di giustizia autoritaria*, in *Riv. dir. process.*, 2, 2004, 553 ss.; G. FABBRINI, *Poteri del giudice (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, 1985, 721 ss.; L. MONTESANO, *Le prove disponibili d'ufficio e l'imparzialità del giudice civile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1, 1978, 189 ss. oltre agli studi monografici di M. TARUFFO, *La prova nel processo civile*, Milano, 2012; E. FABIANI, *I poteri istruttori del giudice civile*, Napoli, 2008 e M. CAPPELLETTI, *Processo e ideologie*, Bologna, 1969.

¹¹⁵ Pur se relativa a materia diversa da quella della tutela del consumatore, pare significativa la decisione della C. giust., 14 giugno 2017, C-685/15, *Online Games Handels GmbH, Frank Breuer Nicole Enter, Astrid Walden c. Landespolizeidirektion Oberösterreich* secondo la quale (§§ 61 ss.) «Il secondo aspetto, avente carattere interno, si ricollega alla nozione di «imparzialità» e riguarda l'equidistanza dalle parti della controversia e dai loro rispettivi interessi concernenti l'oggetto di quest'ultima. Questo aspetto (...) impone il rispetto dell'obiettività e l'assenza di qualsivoglia interesse nella soluzione da dare alla controversia all'infuori della stretta applicazione della norma giuridica (sentenza del 9 ottobre 2014, TDC, C-222/13, EU:C:2014:2265, punto 31 e la giurisprudenza ivi citata). Tali garanzie di indipendenza e di imparzialità implicano l'esistenza di norme, segnatamente norme ordinamentali e procedurali, le quali consentano di fugare qualsiasi legittimo dubbio che i singoli possano nutrire in merito all'impermeabilità di detto organo rispetto a elementi esterni e alla sua neutralità rispetto agli interessi contrapposti (v., in tal senso, sentenza del 9 ottobre 2014, TDC, C-222/13, EU:C:2014:2265, punto 32 e la giurisprudenza ivi citata). (...) Sulla base di queste sole circostanze, non vi sono motivi per ritenere che un siffatto sistema processuale sia idoneo a far sorgere dubbi quanto all'imparzialità del giudice nazionale, dal momento che quest'ultimo è tenuto a istruire la causa di cui è investito non al fine di sostenere l'accu-

Solo l'elaborazione giurisprudenziale (ci si augura, attenta agli spunti di un mondo accademico sempre più aperto alle interazioni tra diritto nazionale e sovranazionale) consentirà di valutare i risultati ai quali, all'esito di un percorso non semplice, giungerà la dialettica tra autonomia ed attrazione che già caratterizza i rapporti tra diritto processuale civile nazionale e diritto dell'Unione; una sola cosa è certa: la dialettica in atto da qualche decennio riguarda ormai, apertamente, anche il processo di esecuzione.

sa, bensì al fine di accertare la verità. Peraltro, tale sistema si basa essenzialmente sull'idea secondo cui il giudice non è solo l'arbitro di una controversia tra le parti, ma rappresenta l'interesse generale della società».

PARTE TERZA

PRINCIPI DI EFFETTIVITÀ, PROPORZIONALITÀ
E DETERRENZA NEL DIALOGO
TRA CORTI E LEGISLATORI

RIMEDI E SANZIONI NELLA TUTELA DEL CONSUMATORE: L'APPLICAZIONE DEL *NEW DEAL*

*Fabrizio Cafaggi**

SOMMARIO: 1. *Tutela effettiva tra rimedi e sanzioni: il New Deal europeo.* 2. *Sanzioni e rimedi.* 3. *Tutela amministrativa e tutela giurisdizionale: le persistenti ragioni della distinzione.* 4. *L'impatto della riforma europea sul rapporto tra tutela amministrativa e giurisdizionale: rimedi e sanzioni nel diritto dei consumatori.* 4.1. *Le clausole vessatorie.* 4.2. *Le pratiche commerciali sleali.* 4.2.1. *Effettività e proporzionalità dei rimedi.* 5. *Nuovi equilibri tra forme di tutela?* 6. *Conclusioni.*

1. Tutela effettiva tra rimedi e sanzioni: il New Deal europeo

Il denso e ricco dibattito relativo al rapporto tra effettività e rimedi ha trascurato di considerare adeguatamente due profili: il rapporto tra tutela amministrativa e tutela giurisdizionale e quello tra le autorità deputate a somministrare tali tutele¹. In questo contributo, che prosegue un percorso intrapreso da più di una decade, si suggeriscono le ragioni per considerare questi due aspetti alla luce delle recenti riforme approvate in sede europea in materia di clausole vessatorie e di pratiche commerciali sleali².

* PhD, Consigliere di Stato, già professore di Diritto Privato e Diritto Privato Comparato presso l'Università di Trento, l'Istituto Universitario Europeo e la Scuola Nazionale dell'Amministrazione.

¹ Questo contributo elabora ed integra una parte di un contributo apparso su *Questione Giustizia 2020*. L'autore ringrazia Paola Iamiceli, Raffaele Sabato, Chiara Angiolini e tutti i partecipanti al progetto FRICORE nell'ambito del quale molte delle idee presentate sono state discusse.

² Cfr. F. CAFAGGI, H.W. MICKLITZ, *The way forward*, in F. CAFAGGI, H.W. MICKLITZ (a cura di), *The new frontiers of consumer protection*, Alphen aan den Rijn, 2009, 383 ss.; F. CAFAGGI, *The great transformation. Administrative and judicial protection:*

Con la direttiva europea modernizzazione 2161/2019/UE il disegno della complementarità tra sanzioni e rimedi a tutela dei consumatori è stato consolidato, modificando la direttiva 93/13/CE in materia di clausole vessatorie e la direttiva 2005/29/CE in materia di pratiche commerciali sleali³. La formula, adottata nella direttiva 2161/2019/UE, prevede che sia l'irrogazione delle sanzioni sia la somministrazione dei rimedi possano essere attribuiti dai legislatori nazionali sia alle autorità amministrative sia a quelle giurisdizionali o ad entrambe⁴. La scelta per gli Stati membri rimane discrezionale in forza del principio di auto-

A Remedial perspective, in *Loyola Cons. L. Rev.*, 4, 2010, 496 ss. Con alcune eccezioni tra cui G. GITTI, *Autonomia privata e autorità indipendenti*, in *Enc. Dir.*, Annali V, 2012, 134 ss. Scrive l'A. che «Gli strumenti dell'autonomia privata, *rectius*, contrattuali, non sono soltanto idonei a modificare i comportamenti negoziali degli attori privati, rafforzando i precetti della regolazione del mercato, ma vengono addirittura utilizzati dal cosiddetto *enforcement* pubblico per dare effettività e contenuto ai propri provvedimenti sanzionatori o autorizzativi», *Ibid.*, 143.

³ Cfr. Considerando 4 e 5 dir. UE 2161/2019: «Le direttive 98/6/CE, 2005/29/CE e 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio prevedono l'obbligo, per gli Stati membri, di stabilire sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive per le violazioni delle disposizioni nazionali che le recepiscono. Inoltre, l'articolo 21 del regolamento (UE) 2017/2394 del Parlamento europeo e del Consiglio impone agli Stati membri di adottare misure di esecuzione, compresa l'irrogazione di sanzioni, in modo efficace, efficiente e coordinato per far cessare o vietare le infrazioni diffuse o le infrazioni diffuse aventi una dimensione unionale. Le attuali norme nazionali in materia di sanzioni sono molto diverse nell'Unione. In particolare, non tutti gli Stati membri garantiscono l'irrogazione di sanzioni pecuniarie effettive, proporzionate e dissuasive nei confronti dei professionisti responsabili di infrazioni diffuse o infrazioni diffuse aventi una dimensione unionale. Pertanto, le norme esistenti in materia nelle direttive 98/6/CE, 2005/29/CE e 2011/83/UE dovrebbero essere migliorate e, al tempo stesso, si dovrebbero introdurre nuove norme in materia di sanzioni nella direttiva 93/13/CEE del Consiglio».

⁴ Si tratta di una formula prevista per le sanzioni in materia di clausole vessatorie dove si prevede esplicitamente che le sanzioni (pecuniarie) possano essere irrogate da autorità amministrativa, giudiziaria o entrambe. Art. 13 co. 4: «Fatto salvo il paragrafo 2 del presente articolo, gli Stati membri provvedono a che, quando le sanzioni devono essere inflitte a norma dell'articolo 21 del regolamento (UE) 2017/2934, esse possano essere di tipo pecuniario, inflitte attraverso un procedimento amministrativo o giudiziario o entrambi, e per un importo massimo almeno pari al 4 % del fatturato annuo del venditore o fornitore nello Stato membro o negli Stati membri interessati».

mia procedurale⁵; l'esigenza di un coordinamento tra sanzioni e rimedi, da tempo sollecitata, viene solo configurata come una facoltà e non un obbligo, come invece richiederebbe l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali e, probabilmente, il principio di effettività di cui all'art. 24 Costituzione Italiana⁶.

Se l'effettività della tutela giurisdizionale si traduce nell'attribuzione al soggetto leso di un diritto di scelta tra rimedi, l'applicazione dei principi di effettività, proporzionalità e dissuasività può orientare ed a tratti limitare tale scelta⁷. Al legislatore nazionale compete definire una gerarchia che può ridurre l'ambito della scelta, sequenziando in capo al consumatore il potere di selezione tra i differenti rimedi⁸. Il consumatore potrà scegliere i rimedi ritenuti più efficaci a contrastare la lesione

⁵ Cfr. considerando 14 dir. 2161/2019/UE: «Norme in materia di sanzioni dovrebbero essere introdotte nella direttiva 93/13/CEE al fine di rafforzarne l'effetto deterrente. Gli Stati membri hanno piena facoltà di decisione in merito al procedimento amministrativo o giudiziario per l'applicazione di sanzioni in caso di violazioni delle disposizioni di tale direttiva. In particolare, le autorità amministrative o gli organi giurisdizionali nazionali potrebbero irrogare sanzioni in sede di accertamento del carattere abusivo delle clausole contrattuali, anche in esito a procedimenti giudiziari avviati da un'autorità amministrativa. Le sanzioni potrebbero essere irrogate anche dalle autorità amministrative o dagli organi giurisdizionali nazionali nei casi in cui il venditore o il fornitore ricorra a clausole contrattuali espressamente definite abusive in qualsiasi circostanza ai sensi del diritto nazionale, nonché nei casi in cui il venditore o il fornitore ricorra a clausole contrattuali che sono state giudicate abusive in esito a una decisione definitiva. Gli Stati membri potrebbero decidere che anche le autorità amministrative abbiano titolo per stabilire il carattere abusivo di clausole contrattuali. Anche le autorità amministrative o gli organi giurisdizionali nazionali potrebbero irrogare una sanzione mediante la stessa decisione che ha sancito il carattere abusivo di clausole contrattuali. Gli Stati membri potrebbero definire gli opportuni meccanismi di coordinamento per eventuali azioni a livello nazionale riguardanti i rimedi individuali e le sanzioni».

⁶ Cfr. C. giust. UE, *Puskar*, C-73/16, 27 settembre 2017.

⁷ L'applicazione di tali principi può comportare difficili bilanciamenti tra gli interessi del danneggiato e quelli del danneggiante come spesso accade tra proporzionalità e dissuasività.

⁸ Ad esempio, in materia di vendita di beni di consumo v. art. 3, Dir. 99/44/UE, ora abrogata e sostituita dalla Dir. 2019/771/UE (cfr. art. 13 in tema di rimedi del compratore). Sui profili più generali relativi al rapporto tra scelta del rimedio, principio di effettività e limiti legislativi conformi all'articolo 24 Cost. cfr. I. PAGNI, *Effettività della tutela giurisdizionale*, *Annali Enc. Dir.*, X, 2017, 355 ss.

ad esempio riparazione o sostituzione del bene, nullità parziale o totale del contratto utilizzato nell'ambito della pratica o risarcimento del danno ma tale scelta dovrà compiersi nel rispetto dei principi suddetti. Simmetricamente, nel caso della tutela amministrativa, dove, tuttavia, il perimetro della controversia e la selezione del rimedio è definita dall'autorità amministrativa ed i principi operano come vincoli e finalità nell'esercizio del potere sanzionatorio, inibitorio e restitutorio⁹. In questo caso il rispetto dei principi vincola l'esercizio del potere amministrativo nella selezione e determinazione di sanzioni e di rimedi. Ovviamente tali scelte sono poi sindacabili in sede giurisdizionale sia ordinaria che amministrativa, a seconda dell'Autorità competente irrogante.

I principi assolvono una funzione di bilanciamento degli interessi in sede di definizione rimediabile, della scelta della sanzione e della sua quantificazione. Come si avrà occasione di vedere la proporzionalità è spesso impiegata per bilanciare gli interessi del consumatore promossi con l'applicazione del principio di effettività e quelli dell'impresa anche al fine di impedire comportamenti opportunistici.

Di tali principi, che hanno trovato riconoscimento legislativo e giurisprudenziale con il diritto europeo, v'è traccia anche nel diritto di derivazione interna, sebbene essi emergano con formule lessicali disomogenee come quella della impossibilità e della non eccessiva onerosità¹⁰. La non eccessiva onerosità, insieme all'impossibilità, costituisce parametro rilevante nella scelta tra tutela specifica e per equivalente¹¹. Ne fa uso la giurisprudenza, anche in aree non di diretta derivazio-

⁹ Diversamente in sede di controllo giurisdizionale nel processo amministrativo avente ad oggetto il sindacato sui provvedimenti sanzionatori e non delle autorità dove vige il principio dispositivo ed è la parte sanzionata o quella lesa che definisce il perimetro della controversia.

¹⁰ Riferimenti sono invece contenuti nel codice del consumo dove all'art. 130 co. 4, relativo all'alternativa tra riparazione e sostituzione, si fa riferimento a tre parametri: il valore del bene, entità del difetto di conformità e costo del rimedio alternativo tra riparazione e sostituzione. La disciplina è stata integrata dalla dir. 2019/771/UE con riferimenti puntuali al principio di proporzionalità in relazione alla riduzione del prezzo (art. 15) e riferimenti impliciti con riferimento alla risoluzione ed alla necessità che la non conformità sia rilevante (art. 13 co. 5)

¹¹ Si tratta di una formula che troviamo ripetutamente nel codice civile. In particolare, in relazione al risarcimento in forma specifica disciplinato dall'articolo 2058 c.c. su

ne comunitaria come quella del risarcimento del danno in forma specifica e delle obbligazioni restitutorie disciplinate nell'indebito e nell'arricchimento ingiustificato.

Di tali principi si fa progressivamente maggior uso anche in relazione ai rimedi caducatori dove, tuttavia, permane la distinzione tra rimedi di derivazione interna ed europea in particolare con riferimento alla nullità parziale¹². Certamente il richiamo a tali principi vale per le sanzioni civili irrogate dal giudice che debbono sottostare ai principi di tipicità, prevedibilità e proporzionalità in forza del richiamo all'art. 23 Cost. e, nelle ipotesi in cui ricorra la natura penale, anche dell'art. 25 Cost.¹³.

2. Sanzioni e rimedi

Siamo di fronte ad un possibile mutamento di paradigma relativo alle partizioni funzionali tra sanzioni e rimedi. La nuova disciplina inclu-

cui C. SALVI, *Risarcimento del danno*, in *Enc. Dir.*, XL 1989; E. NAVARRETTA, *Il risarcimento in forma specifica e il dibattito sui danni punitivi tra effettività, prevenzione e deterrenza*, in *Resp. civ. e prev.*, 1, 2019, 6 ss., nonché ID., *Costituzione, Europa e diritto privato. Effettività e Drittwirkung ripensando la complessità giuridica*, Torino, 2017, part. 48 ss.

¹² Degno di nota il richiamo alla proporzionalità recentemente compiuto dalla Corte di cassazione in tema di nullità relativa; v. Cass. sez. un., 16 gennaio 2018, n. 898 («la previsione della nullità, azionabile solo dal cliente, in caso di inosservanza dei requisiti di forma della redazione per iscritto e della consegna dell'esemplare alla parte, si palesa quale sanzione per l'intermediario, ben armonizzandosi nello stesso contesto del D.Lgs. n. 58 del 1998, che è nel complesso inteso a dettare regole di comportamento per l'intermediario, e rispetta il principio di proporzionalità»). In tema di responsabilità dell'appaltatore: Cass. sez. II, n. 19103/2012.

In tema di *compensatio lucri cum danno*: Cass. sez. un., n. 12567/2018. In tema di clausola penale manifestamente eccessiva: Cass., n. 18128/2005, in *Foro it.*, I, 2005, 2985. Per una ricognizione in tema di proporzionalità cfr. P. IAMICELI, *Principio di proporzionalità e tutele contrattuali contro l'inadempimento*, in A. D'ANGELO, V. ROPPO (diretto da), *Annuario del Contratto*, Torino, 2015, 27 ss.

¹³ Paradigmatico il riferimento alla proporzionalità in materia di risarcimento del danno punitivo (Cass. sez. un., n. 16601/2017).

de, infatti, la possibilità di rimedi ‘civilistici’ applicati dalle autorità amministrative e di sanzioni applicate dal giudice civile¹⁴.

Si erode ulteriormente la distinzione tradizionale, che identifica nella condotta del danneggiante il punto di riferimento per la qualificazione e quantificazione della sanzione e nella situazione del danneggiato, antecedente e successiva alla commissione dell’illecito, quello per la definizione dei rimedi civilistici. Ovvero, detto altrimenti, che la finalità principale della sanzione è punire la condotta del danneggiante, mentre il rimedio civilistico tutela l’interesse del danneggiato, sia in funzione preventiva sia in funzione riparatoria, una volta che il pregiudizio si sia verificato. Il rimedio civilistico assume sempre più anche funzioni preventive e, talvolta, punitive. La sanzione amministrativa persegue obiettivi ripristinatori diretti a rimuovere le conseguenze dell’azione lesiva oltre alla consolidata funzione preventivo/punitiva. Di rilievo, in questo quadro, sono i mutamenti funzionali concernenti i rimedi caducatori ed in particolare il ruolo delle invalidità contrattuali e delle restituzioni ad esse associate. La distinzione tra nullità totale e nullità parziale con gli effetti conformativi ad essa riconducibili si accentua nel diritto dei consumatori la cui specialità non va tuttavia eccessivamente enfatizzata¹⁵.

Un secondo profilo distintivo, divenuto meno netto con i recenti sviluppi legislativi e giurisprudenziali, riguarda i “destinatari” della tutela. Convenzionalmente ‘beneficiario’ delle sanzioni è il pubblico, mentre beneficiari dei rimedi sono soggetti privati¹⁶. L’evoluzione è particolarmente significativa sul piano della dissuasività, che informa sempre più spesso le decisioni dei giudici in materia di rimedi risarcitori, caducatori, restitutori e risolutori¹⁷. Corre l’obbligo di puntualizzare che la

¹⁴ Ai primi appartengono provvedimenti inibitori e restitutori, alle seconde ammissioni civili e misure di coercizione indiretta come le *astreintes*.

¹⁵ Sul rapporto tra le diverse tipologie di invalidità e la necessità di una riconduzione ad unità del sistema delle nullità alla luce del principio di effettività cfr. Cass. sez. un. 26242 e 22343/2014.

¹⁶ In realtà ciò non è sempre vero, dal momento che sanzioni restitutorie hanno spesso ad oggetto la restituzione di somme di denaro ai consumatori. In questo caso piuttosto che di sanzioni dovrebbe parlarsi di rimedi, volendo conservare intatta la distinzione.

¹⁷ Cfr. Cass., n. 16133/2014; Cass. sez. un., n. 898/2018; Cass., n. 8770/2019.

categoria della dissuasività, richiamata dalla legislazione europea, comprende sia la funzione punitiva sia la funzione deterrente/preventiva.

I principi di effettività, proporzionalità e dissuasività vanno applicati non solo alle sanzioni ma anche ai rimedi¹⁸. Ora tale affermazione trova conforto anche nel dettato legislativo. Ne deriva la possibile sovrapposizione quando sanzioni e rimedi perseguano finalità omogenee. Ad esempio, il rapporto tra sanzioni amministrative pecuniarie e pene private, quando entrambe vengono applicate, andrebbe ridefinito in relazione ai principi di proporzionalità e dissuasività¹⁹. La valutazione integrata di proporzionalità richiesta dalla CEDU ed applicata dalle nostre Corti andrebbe, dunque, estesa anche al rapporto tra sanzioni amministrative e sanzioni civili ed a quello tra sanzioni amministrative e rimedi caratterizzati da complementarità funzionale²⁰.

Quali sovrapposizioni possono emergere dalla concorrente competenza di autorità amministrative e giudici civili nella somministrazione di strumenti di tutela? Due esempi possono illustrare tale rischio: le misure inibitorie e quelle restitutorie.

Sul piano della tutela inibitoria è chiaro che già nell'attuale ordinamento interno la cessazione delle pratiche commerciali sleali ed ingannevoli può essere ordinata sia da autorità amministrative sia da autorità giurisdizionali. La finalità preventiva (non punitiva) di tale tutela suggerisce di configurare tali strumenti quali rimedi piuttosto che sanzioni, diretti generalmente a por fine a condotte illecite compiutamente poste in essere. Questa conclusione è coerente con l'emersione di una distinzione tra diritto amministrativo preventivo e diritto amministrativo punitivo che si sta consolidando nella giurisprudenza amministrativa nel

¹⁸ Cfr. F. CAFAGGI, P. IAMICELI, *The Principles of Effectiveness, Proportionality and Dissuasiveness in the Enforcement of EU Consumer Law: The Impact of a Triad on the Choice of Civil Remedies and Administrative Sanctions*, in *Eur. Rev. Priv. L.*, 3, 2017, 575 ss.

¹⁹ Emblematico il caso dell'illecito ambientale, su cui *ex multis* cfr. T.A.R. L'Aquila (Abruzzo), Sez. I, n. 312/2019. Per alcuni esempi ulteriori si veda: F. EPISCOPO, *Pene private*, in E. NAVARRETTA (a cura di), *Codice della responsabilità*, in corso di stampa.

²⁰ Sul punto *infra* § 4, 308 ss.

tentativo di identificare una funzione preventiva, priva dei caratteri di afflittività²¹.

Le misure restitutorie hanno ad oggetto l'eliminazione degli effetti lesivi²². A differenza di quelle inibitorie, che incidono sulle condotte, queste operano sugli effetti delle stesse. Sul piano della tutela restitutoria le autorità amministrative indipendenti usano i propri poteri per ordinare la restituzione dei profitti illegittimamente percepiti o semplicemente della remunerazione per servizi non svolti o svolti ma non richiesti dal consumatore²³. Tali misure non hanno sempre esclusivamente effetti ripristinatori ma stanno progressivamente acquistando anche una funzione correttiva, in special modo con riferimento alle pratiche commerciali sleali aventi ad oggetto comunicazione o informazione pubblicitaria. Analoghe misure possono essere ordinate dai giudici civili quando, a seguito della pratica commerciale sleale, i consumatori e i risparmiatori chiedono la restituzione di ciò che è stato illegittimamente sottratto o il risarcimento del danno per violazione dei doveri di informazione e trasparenza²⁴. Tali misure non hanno carattere sanzionatorio

²¹ Cfr. C. cost. 57/2020, Cons. St., sez. III, n. 758/2019, Id. n. 1605/2019 per la distinzione tra diritto punitivo e diritto preventivo e le implicazioni sull'ambito e l'intensità del sindacato giurisdizionale. Cfr. su questi profili M. NOCCELLI, *I più recenti orientamenti della giurisprudenza amministrativa sul complesso sistema antimafia*, in *Foro amm.*, 12, 2017, 2524.

²² Cfr. dir. 2005/29/UE, art. 11, par. 2, e art. 27, co. 2, cod. cons.

²³ Emblematico il caso della tariffazione a 28 giorni dove AGCOM ha definito diverse modalità restitutorie passando dallo storno alla erogazione gratuita di prestazioni. La restituzione in questo caso non è avvenuta trasferendo somme di denaro ma deducendo dalle somme dovute dagli utenti la parte equivalente ciò che era stato illegittimamente percepito. Cfr. Cons. St. sez. VI, n. 879/2020. Rispetto a tale vicenda, si deve segnalare che l'AGCM ha anche ritenuto esistente una intesa restrittiva della concorrenza fra diverse compagnie telefoniche, imponendo loro di astenersi in futuro dal porre in essere comportamenti analoghi a quelli oggetto dell'infrazione. Si veda: AGCM, 28 gennaio 2020, provv. n. 28102.

²⁴ Cass. sez. un., n. 794/2009; Trib. Roma, 30 aprile 2008, in *Foro it.*, 9, I, 2008, 2679: «Nell'ambito di un'azione inibitoria collettiva dell'adozione di pratiche commerciali scorrette e di clausole vessatorie nei contratti dei consumatori, il giudice, al fine di eliminare o correggere gli effetti delle violazioni accertate, può imporre, in sede cautelare, l'eliminazione delle conseguenze negative determinate dalla condotta del professionista, attraverso restituzione di somme, indebitamente percepite, in favore dei singoli

e dunque ad esse non si applica il regime previsto per le sanzioni pecuniarie²⁵.

La differente finalità dovrebbe incidere anche sul criterio di proporzionalità. Premesso che non può definirsi sanzionatoria la misura restitutoria a seconda che venga o meno somministrata da un'autorità amministrativa o da una giurisdizionale, occorre definire i confini, non sempre chiari nella giurisprudenza, tra sanzioni ripristinatorie e misure restitutorie a carattere non sanzionatorio.

È interessante notare come, nella più recente giurisprudenza amministrativa, sia stato affrontato il tema dell'ambito del potere sanzionatorio dell'autorità amministrativa e quello della natura sanzionatoria delle misure restitutorie differenziandole da quelle punitive anche quando abbiano ad oggetto somme di denaro²⁶. In ambito sanzionatorio pro-

consumatori». V. anche: Trib. Bologna, n. 358/2018. Fra la giurisprudenza rilevante si deve citare anche Cass. sez. un., n. 26724/2007, in cui la Corte ha affermato la possibilità che la violazione di una regola di comportamento relativa alla buona fede possa portare all'annullamento del contratto, ricorrendone le condizioni. Occorre rammentare anche che le Sezioni Unite nella medesima sentenza hanno escluso che da una regola di condotta, quale quella che attiene al divieto di pratiche commerciali scorrette, possa derivare la nullità del contratto, ribadendo la distinzione fra regole di comportamento e regole di validità. In ambito europeo, in materia di pratiche commerciali scorrette e validità del contratto si vedano, relative al rapporto fra la disciplina in materia di clausole vessatorie e quella relativa alle pratiche commerciali scorrette si vedano: C. giust. UE, *Pereničová*, C-453/10, 15 marzo 2012; Id., *Bankia SA*, C-109/17, 19 settembre 2018.

²⁵ La giurisprudenza amministrativa attribuisce ad esse invece la qualificazione di sanzione ripristinatoria distinguendola da quella pecuniaria. Mentre inizialmente si indicava nell'ambito della stessa sanzione la presenza di due componenti una afflittiva ed una ripristinatoria ora almeno in relazione alle sanzioni Arera si configurano due sanzioni diverse una pecuniaria di tipo afflittivo ed una ripristinatoria di carattere non afflittivo cui non sono applicabili le conseguenze derivanti dalla giurisprudenza *Engel*. Cfr. su questi profili A. DE VITA, *Lo stato della giurisprudenza sulle sanzioni dell'autorità di regolazione per Energia, reti e ambiente*, disponibile su www.giustizia-amministrativa.it.

²⁶ Cfr. Tar Lazio, n. 11304/2018, e in appello, Cons. St., sez. VI, n. 879/2020, dove, descrivendo i motivi di impugnazione della ricorrente, si richiama il motivo di gravame relativo all'assenza di potere invece appartenente all'autorità giurisdizionale: «l'illegittima imposizione d'una prestazione patrimoniale, al contempo sanzionatoria ed ablativa, in assenza di un potere non certo rinvenibile né nel richiamato art. 98, co. 16 del

blemi di distinzione si sono posti ad esempio tra confisca e restituzione dei profitti, attribuendo ai primi funzione punitiva e ai secondi funzione ripristinatoria²⁷.

Esiste pertanto un duplice rischio derivante dal processo di ibridazione: sovrapposizione tra strumenti (sanzioni e rimedi) e sovrapposizione tra istituzioni (autorità amministrativa e giurisdizionale). Rispetto al primo profilo i principi di effettività, proporzionalità e dissuasività possono consentire un coordinamento nell'applicazione degli strumenti²⁸. Rispetto al secondo occorrono regole procedurali di coordinamento dirette ad assicurare coerenza nella definizione degli strumenti di tutela.

3. Tutela amministrativa e tutela giurisdizionale: le persistenti ragioni della distinzione

Siamo, dunque, dinanzi ad un processo irreversibile di isomorfismo delle tutele? La risposta è negativa. Il percorso di ibridazione appena

CCE, né nell'art. 3, co. 10 della delibera n. 252/16/Cons, né nei principi di diritto nazionale e comunitario, fermo restando che la funzione di garanzia dei diritti dei consumatori così esercitata si sovrappone comunque alla tutela in via d'azione assicurata dal potere giudiziario». Tale motivo veniva ritenuto infondato dal giudice amministrativo affermandosi invece in capo ad AGCOM il potere di ordinare le restituzioni.

²⁷ Cfr. C. cost. n. 112/2019: «Da tutto ciò consegue che, in tema di abusi di mercato, mentre l'ablazione del «profitto» ha una mera funzione ripristinatoria della situazione patrimoniale precedente in capo all'autore, la confisca del «prodotto» – identificato nell'intero ammontare degli strumenti acquistati dall'autore, ovvero nell'intera somma ricavata dalla loro alienazione – così come quella dei «beni utilizzati» per commettere l'illecito – identificati nelle somme di denaro investite nella transazione, ovvero negli strumenti finanziari alienati dall'autore – hanno un effetto peggiorativo rispetto alla situazione patrimoniale del trasgressore.

Tali forme di confisca assumono pertanto una connotazione «punitiva», infliggendo all'autore dell'illecito una limitazione al diritto di proprietà di portata superiore (e, di regola, assai superiore) a quella che deriverebbe dalla mera ablazione dell'ingiusto vantaggio economico ricavato dall'illecito».

²⁸ Cfr. F. CAFAGGI, P. IAMICELI, *The Principles of Effectiveness, Proportionality and Dissuasiveness in the Enforcement of EU Consumer Law: The Impact of a Triad on the Choice of Civil Remedies and Administrative Sanctions*, cit.

descritto non conduce ad una sovrapposizione tra tutela amministrativa e tutela giurisdizionale. La scelta tra forme di tutela amministrativa e giurisdizionale non è indifferente, dal momento che, sia sul piano del procedimento che su quello degli effetti del provvedimento finale, profonde rimangono le differenze²⁹. Esse riguardano il potere di iniziativa, la natura e gli effetti della decisione finale, il principio di legalità ed i corollari in tema di tipicità/atipicità, il ruolo dei diritti fondamentali.

Nella tutela amministrativa è l'autorità amministrativa procedente che definisce il perimetro della controversia contro l'impresa mentre il consumatore non svolge un ruolo attivo. All'autorità amministrativa spettano poteri investigativi e poteri esecutivi che non spettano alla parte o al giudice nell'ambito della tutela giurisdizionale³⁰.

Nella tutela giurisdizionale civile, dove vige il principio dispositivo, è il consumatore attore che definisce il perimetro della controversia salvo nei giudizi di opposizione alla sanzione amministrativa dove sono invece gli incolpati ad agire contro le autorità amministrative³¹. Nella tutela giurisdizionale amministrativa parti sono invece le imprese o i consumatori e le autorità amministrative³². Quali siano i profili relativi alla gravità dell'illecito da considerarsi ai fini dell'*an* e del *quantum* sono certo determinati dalla legge ma poi i contenuti sono affidati in un caso alla iniziativa di ufficio e nell'altro a quella di parte, in forza del principio dispositivo.

Nel procedimento amministrativo, dunque, il consumatore individuale e collettivo è il beneficiario della tutela insieme al pubblico in generale ma non partecipa direttamente al procedimento, essendo generalmente privo della qualità di parte. Può farlo nella misura in cui sia consentito a terzi la partecipazione procedimentale. Diversamente, in sede di processuale, è consentito alle associazioni di consumatori im-

²⁹ Cfr. *supra* 293 ss.

³⁰ Cfr. art. 27, co. 2, cod. cons.

³¹ Il principio dispositivo incontra nei giudizi di opposizione limiti determinati dall'applicazione del principio di legalità dell'azione amministrativa la cui tutela non può essere lasciata alla sola iniziativa di parte. Cfr. Cass. n. 4692/2020.

³² Come ricordato dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione il principio dispositivo è soggetto ad alcuni adattamenti quando il giudice ordinario conosce e giudica delle sanzioni amministrative irrogate da autorità amministrative indipendenti. Cfr. Cass. n. 4962/2020.

pugnare i provvedimenti dell'autorità e, dunque, essere parte del processo, contribuendo in tal modo a definire il perimetro della controversia.

Le differenze tra tutela amministrativa e giurisdizionale riguardano anche i principi generali. Occorre ricordare che il principio di legalità incide profondamente sulla tipicità delle sanzioni e sulla atipicità dei rimedi³³. Tradizionalmente si ritiene che le sanzioni siano tipiche e caratterizzate dai principi di determinatezza, tassatività e irretroattività³⁴. La tipicità presenta, tuttavia, caratteristiche diverse a seconda che le sanzioni amministrative abbiano o meno natura penale³⁵. Pertanto, né le autorità né i giudici possono introdurre sanzioni atipiche in osservanza del principio di legalità³⁶. Per converso i rimedi sono caratterizzati dalla atipicità³⁷. Questo è abitualmente asserito sul piano della tutela giurisdizionale sia dei giudici ordinari sia di quelli amministrativi³⁸.

³³ Cfr. C. cost., n. 117/2019. Con riferimento ad ogni tipo di sanzioni amministrative, il principio di legalità, prevedibilità e accessibilità della condotta sanzionabile deriva non soltanto dai principi costituzionali, ma anche da quelli del diritto convenzionale e sovranazionale europeo, in base ai quali è illegittimo sanzionare comportamenti posti in essere da soggetti che non siano stati messi in condizione di 'conoscere', in tutte le sue dimensioni tipizzate, la illiceità della condotta omissiva o commissiva concretamente realizzata. (C. cost. n. 121 del 2018).

³⁴ Cfr. Cass., n. 4962/2020 che richiama la giurisprudenza costituzionale dove viene affermato il principio secondo cui nel caso di sanzioni punitive il principio di legalità applicato alla sanzione penale debba essere applicato anche alla sanzione amministrativa con funzione punitiva. V. C. cost., n. 121/2018. Sul punto cfr. E. PALIERO, A. TRAVI, *Sanzioni amministrative*, in *Enc. Dir.*, XLI, 1989, 345 ss.

³⁵ Sul punto si vedano le già richiamate C. cost., nn. 78/1967; 196/2010; 276/2016; 104/2014.

³⁶ Tale principio ha caratteristiche diverse a seconda che si tratti di sanzioni amministrative per le quali si applica l'art. 23 Cost. e sanzioni amministrative di carattere penale ove invece si applica l'art. 25 Cost. Cfr. C. cost., n. 63/2019.

³⁷ Su questi profili v. A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, nelle sue quattro edizioni susseguites dal 1987 al 2003; ID., *Tutela (diritto privato)*, in *Enc. Dir.*, XLV, Milano, 1992, 361 ss., nonché più di recente ID., *Rimedi e dintorni*, in *Eur. Dir. Priv.*, 4, 2015, 703; G. VETTORI, *Effettività delle tutele (diritto civile)*, in *Annali Enc. Dir.*, X, 2017, 381 ss.; I. PAGNI, *Effettività della tutela giurisdizionale*, cit.

³⁸ Sull'atipicità delle azioni: TAR Emilia-Romagna, sez. I - Parma, n. 157/2015; Cons. St., sez. V, n. 1414/2004; Cons. St. sez. V, n. 3149/2014; v. anche Cass. sez. III, n. 21255/2013; Cass. sez. un., n. 23304/2016.

Meno scontata è l'atipicità del rimedio quando sono le amministrazioni a doverlo definire sulla base di formule legislative generali come quella relativa al potere indennitario delle autorità amministrative di regolazione. Le implicazioni di tale distinzione sono di non poco momento sul piano della tutela. Mentre i rimedi possono essere impiegati nel caso di violazione di principi, le sanzioni presuppongono sempre una disposizione puntuale, in conformità con il principio di legalità. Ne deriverebbe che sarebbero illegittime sanzioni che conseguono alla violazione di principi mentre legittimi sarebbero i rimedi.

Le differenze tra tutela amministrativa e giurisdizionale permangono, seppure attenuate, anche sotto il profilo dell'incidenza dei diritti fondamentali. La garanzia dei diritti fondamentali differisce, essendo l'art. 47 CDFUE applicabile solo a procedimenti dinanzi a tribunali e non ad organi amministrativi per quanto dotati di potere sanzionatorio e/o di somministrazione di rimedi civilistici³⁹. Le garanzie procedurali dinanzi alle autorità amministrative sono quelle assicurate dal diritto ad una buona amministrazione⁴⁰. Esse richiedono principi specifici ed un contraddittorio rafforzato quando hanno natura penale ai sensi dei criteri *Engel* definiti dalla CEDU⁴¹. Un esame comparativo delle garan-

³⁹ Tuttavia, la giurisprudenza applica il principio anche alle autorità amministrative. Cfr. *ex multis* Cons. St., sez. VI, n. 3990/2019.

⁴⁰ Spesso viene citato l'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali che tuttavia si applica solo alle istituzioni europee. Dunque, non al diritto di cui all'art. 41 ma al principio della buona amministrazione occorre fare riferimento in relazione alla disciplina europea applicabile alle istituzioni nazionali. Sui contenuti del diritto alla buona amministrazione cfr. D.U. GALETTA, *Il diritto ad una buona amministrazione nei procedimenti amministrativi oggi (anche alla luce delle discussioni sull'ambito di applicazione dell'art. 41 della Carta dei diritti UE)*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2, 2019, 165 ss.

⁴¹ Con implicazioni sul piano della violazione e del rapporto tra procedimento e processo. Mentre nel caso di sanzioni amministrative di natura penale non vi è la possibilità di sanare la violazione in sede giurisdizionale e dunque non vi può che essere annullamento della sanzione, diversamente per le sanzioni amministrative non aventi natura penale in cui l'intervento sanante in sede giurisdizionale è permesso. Cfr. A. DE VITA, *Lo stato della giurisprudenza sulle sanzioni dell'autorità di regolazione per Energia, reti e ambiente*, disponibile su www.giustizia-amministrativa.it; M. ALLENA, *L'art. 6 CEDU e la continuità tra procedimento e processo*, in *P.A. persona e amministrazione*, 2018, 25 ss.

zie procedurali, assicurate dal diritto ad una buona amministrazione, e di quelle processuali, assicurate dal diritto ad un rimedio effettivo e ad un giusto processo, consentirebbe di comprendere come, pur essendovi una progressiva incrementale convergenza, le ragioni della distinzione tra forme di tutela rimangono⁴². Questo è vero anche nelle ipotesi di sanzioni amministrative di natura penale, a cui si applica la giurisprudenza *Engel*⁴³. Solo quando la sanzione diventa oggetto del sindacato giurisdizionale, l'art. 47 CDFUE, entro limiti ben precisi, diviene applicabile. Diversamente per l'art. 49 della CDFUE che può applicarsi anche all'irrogazione di sanzioni amministrative di carattere penale.

4. L'impatto della riforma europea sul rapporto tra tutela amministrativa e giurisdizionale: rimedi e sanzioni nel diritto dei consumatori

Con la recente riforma europea, intervenuta con la direttiva 2161/2019/UE, delle direttive 93/13/CE in materia di clausole vessatorie e 2005/29/CE in materia di pratiche commerciali sleali, la complementarità tra sanzioni e rimedi si è consolidata. In entrambe le aree viene definita una disciplina europea delle sanzioni ed una dei rimedi⁴⁴. Secondo il principio di autonomia procedurale spetta agli Stati membri deciderne le modalità di applicazione, in particolare determinare la combinazione tra tutela amministrativa e giurisdizionale⁴⁵. Sareb-

⁴² Cfr. *Casebooks* del progetto Re-Jus disponibili su www.rejus.eu/content/materials (ultimo accesso: 30 maggio 2020).

⁴³ C. Edu, *Engel and others c. Paesi Bassi*, ric. nn. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, 23 novembre 1976.

⁴⁴ Cfr. dir. 2161/2019/UE.

⁴⁵ Sull'autonomia procedurale si vedano i contributi in H. W. MICKLITZ, B. DE WITTE, *The European court of justice and the autonomy of member states*, Cambridge, 2012. In particolare P. CRAIG, *Competence and member state autonomy: Causality, competence and legitimacy*, in *Articles by Maurer Faculty*, 2010, 11 ss.; A. ADINOLFI, *The "Procedural autonomy" of member states and the constraints stemming from ECJ's case law. Is judicial activism still necessary?*, H.W. MICKLITZ, B. DE WITTE, *The European court of justice and the autonomy of member states*, cit., 281 ss.; N. REICH, *How proportionate is the proportionality principle? Some critical remarks on the use and methodology of the proportionality principle in the internal market case law of the*

be auspicabile che una riflessione strategica accompagnasse il recepimento della direttiva in Italia al fine di integrare tutela amministrativa e giurisdizionale nel modo più efficace, promuovendo forme di coordinamento ed evitando sovrapposizioni.

Con la riforma viene definito un apparato sanzionatorio omogeneo, sia per le clausole vessatorie sia per le pratiche commerciali sleali, applicando i principi di effettività, proporzionalità e dissuasività⁴⁶. A questo si aggiunge una disciplina europea dei rimedi contro le pratiche commerciali sleali, rivedendo l'equilibrio disegnato dall'originale testo dalla direttiva 2005/29/CE tra sanzioni, disciplinate a livello europeo, e rimedi, regolati dai sistemi nazionali⁴⁷.

Le sanzioni devono essere effettive, proporzionate e dissuasive⁴⁸. I rimedi non sanzionatori sono soggetti ai medesimi principi anche se, come si dirà, la dissuasività non viene esplicitamente richiamata nella nuova disciplina.

4.1. Le clausole vessatorie

L'inserimento dell'art. 8 ter nella direttiva 93/13/CE in materia di clausole vessatorie, segna un crocevia fondamentale nella integrazione della disciplina sanzionatoria con quella rimediabile, contenuta negli artt. 6 e 7 della medesima direttiva. Ai rimedi della inefficacia/invalidità delle clausole e dell'inibitoria si aggiunge un apparato sanzionatorio che prevede la comminazione di sanzioni pecuniarie per le clausole vessatorie, la cui quantificazione va determinata sulla base dei tre principi (effettività, proporzionalità e dissuasività) e di criteri puntuali elencati dalla norma tra cui rientrano natura, gravità, entità e durata della

ECJ?, paper presented at the Oslo conference on “The Reach of Free Movement”, 18-19 May 2011, 83 ss.

⁴⁶ Cfr. considerando 7 dir. 2161/2019/UE.

⁴⁷ La riforma riduce sensibilmente la discrezionalità degli stati membri nella definizione dei rimedi contro l'adozione di pratiche commerciali sleali muovendo verso un'armonizzazione che seppure incompleta identifica le principali categorie lasciando comunque impregiudicati i rimedi nazionali. Vedi infra par. 4.2.

⁴⁸ V. art. 8(b), dir. 93/13/CE; art. 13, dir. 2005/29/CE, come modificati entrambi dalla dir. 2019/2161/UE.

violazione, la reiterazione della stessa, l'arricchimento di chi ha commesso la violazione ed il suo comportamento collaborativo⁴⁹. Sotto questo profilo va salutata positivamente la determinazione di criteri legislativamente definiti che riducono la indeterminatezza dei principi, orientando il giudice nazionale nella loro applicazione alle sanzioni ed ai rimedi.

Sul piano rimediale alcuni profili come quelli concernenti la disciplina delle invalidità delle clausole vessatorie ed il rapporto tra nullità parziale e totale rimangono, in buona misura, affidati agli ordinamenti interni ma pervasivo è il controllo di conformità esercitato dalla Corte di giustizia in forza del dialogo verticale con le corti nazionali⁵⁰. Ad esempio, valutare quando una clausola vessatoria possa travolgere l'intero contratto, conducendo alla sua invalidità nella forma della nullità o dell'annullamento, e quando, invece, possa il contratto rimanere in forza, espungendo la singola clausola è attività spettante alle corti nazionali sulla base dell'interpretazione della direttiva europea, fornita dalla Corte di giustizia⁵¹. L'alternativa tra nullità della singola clausola vessatoria o dell'intero contratto, disciplinata dall'articolo 36 codice del

⁴⁹ Cfr. art. 8 (b) dir. 2161/2019/UE in materia di clausole abusive.

⁵⁰ Si può prendere ad esempio la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'UE in materia di inefficacia delle clausole vessatorie, e il rapporto con la caducazione dell'intero contratto. La nullità parziale cede il passo alla caducazione dell'intero contratto, secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia, quando questo non può continuare a esistere senza la clausola vessatoria e a) la caducazione dell'intero contratto non produce conseguenze particolarmente sfavorevoli per il consumatore, oppure b) non vi sia una norma suppletiva da applicare per salvaguardare il contratto nonostante la sua caducazione provochi effetti particolarmente sfavorevoli per il consumatore; C. giust. UE, *Dziubak*, C-260/18, 3 ottobre 2019; C. giust. UE, *CY*, C-224/19, 16 luglio 2020. Come noto questo è un filone giurisprudenziale molto fertile. Si vedano anche *Banco Español*, C-618/10, 14 giugno 2012; *Asbeek Brusse*, C-488/11, 30 maggio 2013; *Kasler*, C-26/13, 30 aprile 2014; *Abanca*, C-70/17 e C-179/17, 26 marzo 2019. Sul punto, di recente, S. PAGLIANTINI, *Post-vessorietà ed integrazione del contratto nel decalogo della CGUE*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 3, 2019, 561 ss.; A. IULIANI, *L'abusività delle clausole di risoluzione anticipata nel quadro dell'armonizzazione giudiziale del diritto europeo*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 3, 2019, 424 ss.

⁵¹ L'articolo 36 codice del consumo afferma che la nullità della singola clausola lascia in vigore il contratto ma la valutazione circa la possibilità che l'intero contratto venga travolto va svolta alla luce del principio di effettività e di proporzionalità.

consumo viene dalla giurisprudenza definita in base al principio di deterrenza, avendo riguardo agli effetti che i due rimedi, nullità parziale o nullità totale, produrrebbero nella sfera del consumatore⁵². Di recente si son precisati nella giurisprudenza della Corte di Cassazione i confini della nullità considerando l'alternativa tra nullità totale e nullità parziale nella disciplina dei contratti bancari⁵³. Ne emerge un quadro in cui chiari, sebbene impliciti, sono i riferimenti al principio di proporzionalità⁵⁴.

La Corte di giustizia ha indicato un principio generale in forza del quale in presenza di clausole vessatorie il giudice nazionale deve espungere la clausola dichiarandone l'invalidità e valutando se ed in che modo integrare il contratto⁵⁵. Emblematici i casi relativi alla decadenza dal pagamento di interessi definiti con clausole vessatorie ed in

⁵² Il tema è stato affrontato nella giurisprudenza della Corte di giustizia (ad esempio in *Dunai* C-118/17, 14 marzo 2019 e da ultimo C. giust. UE, *CY*, C-224/19, 16 luglio 2020). Cfr. in tema la Comunicazione della Commissione 2019/C 323/04, *Orientamenti sull'interpretazione e sull'applicazione della direttiva 93/13/CEE del Consiglio concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*.

⁵³ La giurisprudenza della Corte di cassazione italiana ha escluso, per un difetto di proporzionalità del rimedio, la nullità del contratto bancario privo della sottoscrizione della banca (Cass. sez. un., n. 898/2018) oppure considerato potenzialmente abusivo il ricorso 'selettivo' alla nullità degli ordini di acquisto di strumenti finanziari introducendo una regola di bilanciamento ispirata ai principi dell'arricchimento ingiustificato e in ultimo ad una valutazione di proporzionalità del rimedio (Cass. sez. un., n. 28314/2019).

⁵⁴ Cfr. per una analisi approfondita cfr. P. IAMICELI, *Nullità parziale e integrazione del contratto: riflessioni sul diritto del consumatore a un rimedio effettivo, proporzionato e dissuasivo*, di prossima pubblicazione.

⁵⁵ Cfr. C. giust. UE, *Radlinger*, C-377/14, 21 aprile 2016; *Banco Español de Crédito*, C-618/10, 14 giugno 2012, § 69. Sul punto cfr. Comunicazione della Commissione 2019/C 323/04, *Orientamenti sull'interpretazione e sull'applicazione della direttiva 93/13/CEE del Consiglio concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*. La giurisprudenza sul punto non è univoca; si vedano: Trib. Genova, 14 febbraio 2013; Trib. Nola, 19 settembre 2011; App. Milano, 23 luglio 2004; Trib. Milano 19 luglio 2016; Trib. di Nocera Inferiore, 3 aprile 2014; Cass., n. 888/2014 e Trib. di Milano, 28 marzo 2019; da ultima, Cass., sez. un., n. 19597/2020. Per una analisi approfondita cfr. P. IAMICELI, *Nullità parziale e integrazione del contratto: riflessioni sul diritto del consumatore a un rimedio effettivo, proporzionato e dissuasivo* di prossima pubblicazione.

particolare quelli usurari⁵⁶. La Corte di giustizia ha poi precisato che, nel caso di nullità parziale, al giudice è data la possibilità di sostituire la clausola abusiva con una disposizione contenuta in una norma suppletiva⁵⁷. Emerge con chiarezza la funzione correttiva della nullità parziale diretta a favorire forme di regolazione del contratto e del mercato dei beni e dei capitali⁵⁸. Appare tuttavia limitante la formula ricorrente nella giurisprudenza europea secondo cui il consumatore andrebbe messo nella posizione in cui si sarebbe trovato se la clausola vessatoria non fosse stata inclusa⁵⁹. L'effetto correttivo della misura restitutoria può

⁵⁶ Sull'evoluzione della giurisprudenza europea sul punto si vedano: C. giust. UE, *Banco Español*, C-618/10, 14 giugno 2012; *Asbeek*, C-488/11, 30 maggio 2013; *Kásler*, C-26/13, 30 aprile 2014; *Unicaja*, C-482/13, C-484/13, C-485/13 e C-487/13, 21 gennaio 2015; *Dunai*, C-118/17, 14 marzo 2019; *Abanca*, C-70/17, C-179/17, 26 marzo 2019; *Dziubak*, C-260/18, 3 ottobre 2019. In ambito italiano si vedano a titolo di esempio: ABF Coll. Cord. 3955, 24 giugno 2014. Di interesse anche gli indirizzi dell'Arbitro Bancario e Finanziario, ABF Roma, n. 3415/2014; ABF Collegio di Coordinamento, n. 1875/2014; decisione n. 2666/2014; ABF, n. 3955/2014.

⁵⁷ Cfr. *Kasler*, C-26/13, 30 aprile 2014. Cfr. anche Comunicazione della Commissione 2019/C 323/04, *Orientamenti sull'interpretazione e sull'applicazione della direttiva 93/13/CEE del Consiglio concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*. Su tali profili v. E. NAVARRETTA, *Costituzione, Europa e diritto privato. Effettività e «drittwirkung» ripensando la complessità giuridica*, Torino, 2017, 51 ss. Si veda la nota precedente per quanto riguarda la giurisprudenza europea e italiana.

⁵⁸ Dunque, non tanto la eliminazione di una illegittimità dal regolamento contrattuale quanto la correzione di uno squilibrio tra diritti ed obblighi. In ciò la differenza tra la funzione tradizionalmente ascritta alle nullità parziale negli ordinamenti interni e quella del diritto europeo dei consumatori. Cfr. C. giust. UE, *Naranjo*, C-154/15, C-307/15 e C-308/15, 21 dicembre 2016, par. 61; C. giust. UE, *Dunai*, C-118/17, 14 marzo 2019, par. 41. Sul punto cfr. P. IAMICELI, *Nullità parziale e integrazione del contratto: riflessioni sul diritto del consumatore a un rimedio effettivo, proporzionato e dissuasivo*, di prossima pubblicazione.

⁵⁹ Cfr. C. giust. UE, *Kanyeba et al.*, cause riunite da C 349/18 a C 351/18, 7 novembre 2019, par. 61. Cfr. part. C. giust. UE, *Naranjo*, C-154/15, C-307/15 e C-308/15, 21 dicembre 2016, par. 66: "per quanto spetti agli Stati membri, mediante le loro legislazioni nazionali, definire le modalità per dichiarare il carattere abusivo di una clausola contenuta in un contratto, nonché le modalità con cui si realizzano i concreti effetti giuridici di tale dichiarazione, quest'ultima deve tuttavia consentire di ripristinare, per il consumatore, la situazione di diritto e di fatto in cui egli si sarebbe trovato se tale clausola abusiva non fosse esistita, fondando, in particolare, un diritto alla restituzione dei

richiedere la definizione di un nuovo meccanismo non meramente ripristinatorio dello status quo ante.

A seconda della prevalenza del principio rilevante gli esiti dell'intervento giudiziario sul contratto possono essere diversi. Se prevale la deterrenza la integrazione è più limitata, se prevale l'effettività è invece più ampia⁶⁰. La combinazione dei principi incide dunque sui poteri del giudice di valutazione della nullità e sulle modalità di integrazione del regolamento contrattuale ad esito della declaratoria di nullità della clausola. Il punto riguarda, come noto, la distinzione tra norme imperative e dispositive ed in relazione a queste ultime la decisione sull'opportunità o meno di integrare il contratto facendo riferimento ad una norma dispositiva o ad un atto regolamentare di autorità amministrative indipendenti⁶¹.

Le Corti nazionali hanno ritenuto che ampi poteri spettassero al giudice in materia di eterointegrazione contrattuale in presenza di pratiche

benefici che il professionista ha indebitamente acquisito a discapito del consumatore avvalendosi di tale clausola abusiva”.

⁶⁰ Cfr. *Cy v. Caixabank*, C-224/19, 16 luglio 2020: “Ne consegue che il giudice nazionale non può essere autorizzato a rivedere il contenuto delle clausole abusive, a rischio di contribuire a eliminare l'effetto dissuasivo esercitato sui professionisti dalla pura e semplice disapplicazione nei confronti del consumatore di simili clausole abusive” (sentenza *Gutiérrez Naranjo e a.*, C-154/15, C-307/15 e C-308/15, 21 dicembre 2016, punto 60).

In tal senso, la Corte ha già statuito che il giudice nazionale deve trarre tutte le conseguenze che, secondo il diritto nazionale, derivano dall'accertamento del carattere abusivo della clausola in questione al fine di assicurarsi che il consumatore non sia vincolato da quest'ultima (sentenza *Asbeek Brusse e de Man Garabito*, C-488/11, 30 maggio 2013, spec. § 49)]. In particolare, l'obbligo in capo al giudice nazionale di disapplicare una clausola contrattuale abusiva che prescriva il pagamento di somme che si rivelino indebite implica, in linea di principio, un corrispondente effetto restitutorio per quanto riguarda queste stesse somme (sentenza *Gutiérrez Naranjo e a.*, C-154/15, C-307/15 e C-308/15, 21 dicembre 2016, punto 62).

⁶¹ Sul tema G. D'AMICO, *L'integrazione (cogente) del contratto mediante il diritto dispositivo*, in G. D'AMICO, S. PAGLIANTINI, *Nullità per abuso e ed integrazione del contratto*, Torino, 2013, 213 ss., E. NAVARRETTA, *Costituzione, Europa e diritto privato*, cit., 207 ss.

commerciali scorrette e violazione di norme sulla trasparenza, valorizzando l'effettività della tutela⁶².

Il tema della nullità di protezione non riguarda solo le clausole vessatorie ma concerne molti altri profili tra cui la violazione del dovere di informazione, del principio di trasparenza, dei requisiti di forma⁶³. È noto infatti che la nullità della clausola vessatoria sia dichiarabile quando vi sia una violazione della trasparenza. Anche in queste ipotesi i principi di proporzionalità e di deterrenza dovrebbero guidare la scelta tra nullità parziale e nullità totale nonché determinare le caratteristiche del risarcimento.

La funzione dei principi di effettività, proporzionalità e dissuasività è quella di imporre, attraverso il rimedio dell'invalidità delle singole clausole, la trasparenza, espungendo clausole che non rispondano ai canoni previsti dalla disciplina europea diretti a permettere scelte di consumo consapevoli. Emerge, dunque, non solo la necessità di applicare i principi ma anche di correlarne l'applicazione alla famiglia rimediaria specifica. La proporzionalità nei rimedi caducatori non ha le stesse caratteristiche della proporzionalità nel rimedio risarcitorio od in quello inibitorio.

⁶² Cfr. Cons. St., sez. VI, n. 1368/2020, Id. n. 879/2020.

⁶³ Si può fare un esempio relativo ai contratti di credito al consumo. Cfr. artt. 10 e 23 della dir. 2008/48/CE. Sul piano della tutela, l'art. 23 della dir. 2008/48/CE non prevede uno specifico rimedio, ma stabilisce che gli Stati membri debbano stabilire delle sanzioni efficaci, proporzionate e dissuasive di fronte alla violazione della normativa di recepimento. Nell'ordinamento italiano il rimedio rispetto alla violazione dell'art. 121 TUB è previsto dall'art. 125-bis TUB, che sancisce la nullità delle clausole che prevedono un TAEG calcolato in violazione dell'art. 121 TUB, nonché la loro sostituzione con la previsione di un TAEG che «equivale al tasso nominale minimo dei buoni del tesoro annuali o di altri titoli similari eventualmente indicati dal Ministro dell'economia e delle finanze, emessi nei dodici mesi precedenti la conclusione del contratto. Nessuna altra somma è dovuta dal consumatore a titolo di tassi di interesse, commissioni o altre spese». Fra le pronunce che applicano tali norme, in ambito italiano: Trib. Messina, n. 858/2015; ABF, Collegio di Coordinamento, dec. n. 10621/2017.

La giurisprudenza europea affronta il tema delle conseguenze della violazione delle norme poste dalla Direttiva 2008/48, quale quella che attiene al TAEG, attraverso la lente del principio di proporzionalità e di quello di 'dissuasività'; sono di particolare interesse in questo senso i casi *Le Crédit Lyonnais*, C-565/12, 27 marzo 2014, *Pohtovost*, C-76/10, 16 novembre 2010 e *Home Credit*, C-42/15, 9 novembre 2016.

Problema più complesso è quello dell'applicazione dei principi alle conseguenze restitutorie delle invalidità dal momento che sono regolate in buona misura dai diritti dei singoli Stati membri. Come si dirà anche ad essi, pur in assenza di una norma esplicita, devono applicarsi i principi la cui efficacia espansiva va affermata specialmente quando, come nel caso delle restituzioni, siano inscindibilmente legate alle nullità. I principi devono informare sia la richiesta del consumatore di dichiarare la nullità sia l'oggetto e l'entità della restituzione, ad esempio se debba essere reale o per equivalente.

4.2. *Le pratiche commerciali sleali*

Le modifiche introdotte nella direttiva sulle pratiche commerciali sleali 2005/29/CE sono più complesse perché concernono sia la complementarità tra rimedi e sanzioni sia quella tra rimedi specifici, contenuti nella direttiva europea, e rimedi generali, disciplinati dagli ordinamenti interni. La disciplina di cui all'articolo 11 a), contiene un riferimento ai principi di effettività e di proporzionalità mentre non richiama esplicitamente quello di dissuasività⁶⁴.

La norma si segnala almeno per due aspetti: (1) indica espressamente il risarcimento del danno, la riduzione del prezzo e la risoluzione, sottoponendoli direttamente all'applicazione dei principi di effettività e proporzionalità; (2) lascia impregiudicati gli altri rimedi sia contrattuali che extracontrattuali assicurati dal diritto interno tra cui le invalidità e le restituzioni. Dunque, per legge, effettività e proporzionalità devono caratterizzare l'*an* e il *quomodo* di risarcimento, riduzione del prezzo e risoluzione.

⁶⁴ Cfr. L'art. 3 della dir. 2161/2019/UE che modifica la dir. 2005/29/CE in materia di pratiche commerciali sleali introducendo in tale direttiva l'art. 11-*bis* «Rimedi»:

«1. I consumatori lesi da pratiche commerciali sleali devono avere accesso a rimedi proporzionati ed effettivi, compresi il risarcimento del danno subito dal consumatore e, se pertinente, la riduzione del prezzo o la risoluzione del contratto. Gli Stati membri possono stabilire le condizioni per l'applicazione e gli effetti di tali rimedi. Gli Stati membri possono tener conto, se del caso, della gravità e della natura della pratica commerciale sleale, del danno subito dal consumatore e di altre circostanze pertinenti.

2. Detti rimedi non pregiudicano l'applicazione di altri rimedi a disposizione dei consumatori a norma del diritto dell'Unione o del diritto nazionale».

Pur non definendo in modo articolato, come invece accade per le sanzioni all'art. 13, i criteri per la loro determinazione, in coerenza con i principi, l'art. 11 b) indica con chiarezza che gravità e natura della pratica commerciale scorretta, entità del danno ed altre circostanze possano essere considerate ai fini della definizione del rimedio giurisdizionale⁶⁵. Una disposizione questa assai innovativa dal momento che la giurisprudenza nazionale non fa, se non eccezionalmente, riferimento a tali criteri nella definizione dei rimedi inibitori, restitutori e risarcitori⁶⁶. Si tratta di principi abitualmente applicati dalla giurisprudenza amministrativa con riferimento alle sanzioni pecuniarie conseguenti alla pratica commerciale. Pertanto, la proporzionalità del risarcimento, della riduzione del prezzo e della risoluzione andrà valutata alla luce della natura e gravità della violazione e dell'entità delle conseguenze generate dalla pratica commerciale.

La norma indica la gravità della violazione, la sua natura e l'entità del danno come elementi da considerare ai fini della valutazione di effettività e proporzionalità. Tale richiamo apre lo spazio ad alcune possibili differenziazioni concernenti la scelta dei rimedi contro pratiche commerciali scorrette⁶⁷.

In relazione alla natura della violazione il criterio della proporzionalità può informare la scelta di rimedi a seconda che si tratti di illecito di pericolo, in cui la pratica commerciale scorretta non abbia (ancora) prodotto danni, o di illecito di danno, in cui il pregiudizio si sia materializzato⁶⁸. L'alternativa tra rimedi demolitori e conservativi va valutata alla

⁶⁵ Indicativa la circostanza che nella disposizione in oggetto (art. 11-*bis* dir. 2005/29/CE) non vengano invece richiamati profili concernenti le condizioni economiche dell'agente e la personalità. In tal modo i criteri di quantificazione della sanzione e quelli di scelta e definizione del contenuto del rimedio non sanzionatorio rimangono in parte distinti confermando la persistente distinzione funzionale tra sanzioni e rimedi.

⁶⁶ Per il riferimento alla giurisprudenza si vedano le note nn. 60 e 61.

⁶⁷ Su cui più ampiamente vedi *infra* par. 4.2.1.

⁶⁸ La distinzione comporta non solo che l'occorrenza del danno sia irrilevante ai fini della sussistenza del danno ma anche che ai fini della comminazione della sanzione la sua diffusività non abbia rilevanza ai fini dell'*an*. Afferma la giurisprudenza amministrativa: «Trattandosi di illecito “di pericolo”, inoltre, non rileva l'eventuale marginalità dell'impatto delle condotte sanzionate o la rilevanza dell'esiguo numero di denunce pervenute all'Autorità, dato che l'effettiva incidenza della pratica commerciale scorretta

luce del principio di proporzionalità che deve considerare la gravità della condotta, distinguendo tra illecito di pericolo ed illecito di danno. Ad esempio, per valutare se la risoluzione del contratto, stipulato a seguito di pratica commerciale sleale, possa considerarsi proporzionata ci si potrà basare sulla distinzione tra illecito di pericolo ed illecito di danno, ritenendo che solo nella seconda ipotesi la gravità sia tale da permettere il rimedio risolutorio. Nel caso poi in cui il danno da pratica commerciale si sia verificato, sia la scelta tra conservazione e risoluzione dei contratti sia quella tra risarcimento e riduzione del prezzo dovranno essere compiute alla luce del principio di proporzionalità. Tale distinzione potrebbe avere rilievo anche rispetto alla proporzionalità di misure non menzionate dalla norma come quelle caducatorie e quelle restitutorie. Qui il principio di proporzionalità potrebbe giocare un ruolo predominante ma, come si dirà, pure in assenza di un richiamo puntuale, adeguata considerazione dovrà essere data anche alla funzione deterrente.

Effettività e proporzionalità vanno definite anche rispetto alla gravità della pratica. La gravità della pratica commerciale può fare riferimento alla condotta dell'impresa. Come è noto la esistenza di una pratica commerciale scorretta prescinde dalla prova del dolo e della colpa sussistendo una presunzione⁶⁹. Non si fa generalmente differenza tra rimedi dovuti contro una pratica dolosa e rimedi correlati a condotte colpose⁷⁰. Tuttavia, con la nuova disciplina che fa riferimento alla gravità dell'illecito, l'eventuale criterio di imputazione potrebbe rilevare sulla selezione e contenuto dei rimedi. Il criterio di proporzionalità, correlato alla gravità della pratica commerciale, potrebbe consentire di

sulle scelte dei consumatori non costituisce un elemento idoneo a elidere o ridurre i profili di scorrettezza della stessa» (TAR Lazio, sez. I, n. 1418/2020; n. 782/2019; Cons. St., sez. VI, n. 1670/2018).

⁶⁹ La prova dell'assenza di colpa o dolo da parte dell'impresa può tuttavia incidere sulla qualificazione della pratica commerciale. Cfr. Cons. St., sez. VI, n. 6036/2019: «in materia di elemento soggettivo dell'illecito nelle sanzioni amministrative è necessaria e sufficiente la coscienza e volontà della condotta attiva od omissiva, senza che occorra la concreta dimostrazione del dolo o della colpa giacché la norma pone una presunzione di colpa in ordine al fatto vietato a carico di colui che lo abbia commesso, riservando poi a questi l'onere di provare di aver agito senza colpa».

⁷⁰ Cfr. *ex multis* Cons. St., sez. VI, n. 335/2020.

graduare i rimedi a seconda che vi siano dolo, colpa o responsabilità oggettiva. Con riferimento alla risoluzione si potrebbe ritenere che essa sia sempre proporzionata nel caso di pratica dolosa. Con riferimento a rimedi non espressamente indicati dalla nuova disciplina cui i principi sono comunque applicabili si potrebbe, ad esempio, immaginare che il contenuto dei provvedimenti inibitori possa essere distinto anche in relazione a tale profilo. Più gravi nel caso di condotta dolosa, meno nell'ipotesi di condotta colposa. Analogo ragionamento potrebbe farsi in relazione alle misure restitutorie.

Un elemento abitualmente considerato dalla giurisprudenza in ambito sanzionatorio che, ai sensi della nuova disciplina dovrà tenersi in considerazione anche in relazione ai rimedi, concerne l'entità del danno prodotto correlato alla diffusività della pratica, a sua volta connessa con il fatturato e le quote di mercato della impresa che ha posto in essere la pratica⁷¹. Anche quando il rimedio è individuale ovvero relativo ad un limitato numero di consumatori sarà necessario considerare l'incidenza complessiva della pratica sotto il profilo del pregiudizio arrecato o arrecabile. Dunque, non solo la sua occorrenza ma anche l'entità divengono criteri di valutazione nell'ambito della proporzionalità ed effettività del rimedio esigibile.

Parimenti sarà possibile tenere in considerazione la condotta del/i consumatori lesi e valutare, alla luce del criterio di proporzionalità, il concorso di colpa del danneggiato disciplinato dal primo comma dell'art. 1227 c.c. o il dovere di evitare/mitigare il danno disciplinato dal secondo comma del medesimo articolo⁷².

⁷¹ In ambito sanzionatorio la correlazione tra quantum e diffusività della pratica viene abitualmente preso in considerazione dalla giurisprudenza amministrativa. Talvolta esso viene considerato nell'ambito della gravità della violazione. Cfr. *ex multis* Cons. St., sez. VI, n. 1425/2020, Id. n. 335/2020.

⁷² Il criterio di proporzionalità è implicitamente richiamato dal 1227 c.c. primo comma quando afferma che il risarcimento deve essere ridotto in proporzione della colpa del danneggiato. Come è noto la riduzione del risarcimento opera secondo criteri diversi in relazione ai criteri di imputazione della condotta del danneggiato e di quelli del danneggiante. Per una analisi dettagliata sia consentito il rinvio a F. CAFAGGI, *Profili di relazionalità della colpa*, Padova, 1996, 526 ss. Fra i contributi recenti: M. CAPECCHI, *Il nesso di causalità. Dalla condicio sine qua non alla responsabilità proporzionale*, Padova, 2012; L. NOCCO, *Rilevanza delle concause naturali e responsabilità pro-*

Ad esempio, potrebbe ritenersi non proporzionata la risoluzione in caso di concorso di colpa del danneggiato nell'ambito di una pratica commerciale scorretta. Il principio di proporzionalità consente di valutare la condotta e non solo l'interesse del danneggiato nella fattispecie lesiva. Prendere in considerazione la condotta del consumatore sia prima che dopo la commissione della violazione comporta anche un'estensione dell'ambito tradizionalmente ricoperto dall'articolo 1227 c.c. Tale condotta avrebbe rilievo anche in relazione ad effettività e proporzionalità di rimedi a carattere non risarcitorio in particolare quelli caducatori e restitutori. Rimedio proporzionato, in questa prospettiva, è, dunque, quello coerente con la condotta del consumatore e con la valutazione del suo comportamento sia nella creazione dell'evento dannoso sia nella mitigazione dei suoi effetti lesivi. Dunque, la sussistenza di una condotta colposa potrebbe, tramite giudizio di proporzionalità, incidere sulla scelta dei rimedi disponibili escludendone alcuni (ad esempio risoluzione del contratto o sostituzione del bene) o rendendone alcuni meno gravosi. In conclusione, applicando la prospettiva relazionale, non solo la gravità della condotta dell'impresa ma anche quella del consumatore devono essere considerati nell'ambito della valutazione di proporzionalità.

Giova ricordare che mentre il comportamento collaborativo dell'impresa costituisce elemento rilevante ai fini della quantificazione della sanzione si prescinde invece da qualunque valutazione relativa alle condotte dei consumatori a conferma che la prospettiva sanzionatoria concerne esclusivamente il danneggiante mentre quella rimediale comprende sia il danneggiante che il danneggiato.

4.2.1. Effettività e proporzionalità dei rimedi

Sotto il profilo sistematico due questioni interpretative generali emergono dalla nuova disciplina. La prima concerne l'applicabilità dei principi di effettività e proporzionalità non solo ai rimedi indicati dalla disposizione di cui all'art. 11(b) della riformata direttiva 2005/29/CE

porzionale: un discutibile revirement della cassazione, in Danno e Resp., 2, 2012, 149 ss.

ma anche a quelli contrattuali ed extracontrattuali, regolati dal codice civile ed esperibili contro le pratiche commerciali sleali⁷³.

La formulazione normativa della riforma pone il problema di capire se e come effettività e proporzionalità si applichino anche ai rimedi disciplinati dall'ordinamento interno, specialmente quando questi principi servano a definire i criteri di scelta tra rimedi piuttosto che il contenuto del singolo rimedio⁷⁴. Tale problema si porrà in primo luogo quando il consumatore debba scegliere tra uno dei rimedi indicati nella norma (ad esempio riduzione del prezzo) ed uno non indicato dalla stessa (ad esempio sostituzione del bene o del servizio). In particolare, un aspetto rilevante concerne le restituzioni quando la pratica commerciale si sia tradotta in un arricchimento ingiustificato dell'impresa che l'ha posta in essere. Le restituzioni possono avere ad oggetto somme di denaro indebitamente pagate ovvero la sostituzione di beni e servizi⁷⁵.

Ragioni di carattere sistematico inducono a sostenere l'applicabilità generale dei principi sia ai rimedi di derivazione europea che a quelli di derivazione interna, specialmente se si aderisce alla tesi preferibile che essi si applicano non solo ai singoli rimedi ma anche alla relazione tra gli stessi⁷⁶. Come si è avuto occasione di affermare, infatti, i principi costituiscono un criterio cardine per la combinazione tra rimedi, per la definizione della loro sequenza e, quando sia opportuna o necessaria,

⁷³ Sulla proporzionalità cfr. P. IAMICELI, *Principio di proporzionalità e tutele contrattuali contro l'inadempimento*, cit.

⁷⁴ Sull'applicazione dei principi ai rimedi contro pratiche commerciali sleali non possono nutrirsi dubbi. La giurisprudenza li applica agli ordini di cessazione, alle misure restitutorie, alla pubblicazione dei provvedimenti sanzionatori da parte delle autorità. Cfr. TAR Lazio, n. 221/2020. Si vedano a titolo di esempio, per un'applicazione del principio di effettività: Trib. Torino, 5 agosto 2015; Trib. Milano, 4 giugno 2018.

⁷⁵ Tale restituzione potrebbe richiedersi a seguito di annullamento per invalidità del contratto o, ove il legislatore recepisce in tal senso la nuova direttiva, per risoluzione dello stesso. Sul possibile annullamento di contratti conclusi mediante l'uso di pratiche commerciali scorrette, v. sopra nota 24 e testo corrispondente.

⁷⁶ Cfr. Considerando 16 dir. 2161/2019/UE. Sul punto vedi già F. CAFAGGI, P. IAMICELI, *The Principles of Effectiveness, Proportionality and Dissuasiveness in the Enforcement of EU Consumer Law: The Impact of a Triad on the Choice of Civil Remedies and Administrative Sanctions*, 575 ss.

per la determinazione di una gerarchia⁷⁷. Dunque, all'Autorità che esercita i poteri di tutela spetta definire la combinazione che meglio realizza i principi singolarmente considerati di effettività e proporzionalità. Si tratta di scelte caratterizzate spesso da difficoltà di bilanciamento di interessi che non riguardano solo il conflitto tra imprese e consumatori ma anche tra categorie di consumatori, titolari di interessi potenzialmente divergenti. Come osservato in precedenti contributi spesso dissuasività e proporzionalità spingono in direzioni diverse e un giusto compromesso tra i due principi va ricercato quando il rimedio sia unico e ne vada modulato il contenuto in relazione alla pluralità di destinatari, differenziando ad esempio tra restituzioni reali e per equivalente⁷⁸. Sarebbe auspicabile che, in sede di recepimento, il legislatore detti una precisa norma di coordinamento disciplinando l'applicabilità generalizzata dei principi di effettività e proporzionalità a tutti i rimedi indipendentemente dalla fonte di disciplina, europea o interna⁷⁹.

La seconda questione riguarda, invece, il mancato richiamo della dissuasività nella disciplina europea delle pratiche commerciali scorrette. La differenza con la disposizione in materia di sanzioni è evidente, specialmente se si considera il mutamento importante rispetto alla precedente versione (quella della proposta della Commissione) dove, invece, il riferimento era al principio dell'adeguatezza e dell'effettività, richiamando la definizione contenuta nella direttiva 93/13/CE⁸⁰. La man-

⁷⁷ *Ibid.*

⁷⁸ Cfr. F. CAFAGGI, *On the transformation of European consumer enforcement law: Judicial and administrative dialogues: instruments and effects*, in F. CAFAGGI, S. LAW, *Judicial cooperation in European private law*, Cheltenham, 2017, 223.

⁷⁹ Su questi profili A. HARTKAMP, *European law and national private law*, Cambridge, 2018.

⁸⁰ Nella Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica la dir. 93/13/CEE del Consiglio del 5 aprile 1993, la dir. 98/6/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, la dir. 2005/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e la dir. 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio per una migliore applicazione e una modernizzazione delle norme dell'UE relative alla protezione dei consumatori, prevedeva all'art. 1 la seguente modifica dell'art. 13 dir. 2005/29/UE: «Articolo 13 Sanzioni 1. Gli Stati membri determinano le norme in materia di sanzioni applicabili alle violazioni delle disposizioni nazionali adottate conformemente alla presente direttiva e prendono tutti i provvedimenti necessari per garantirne l'attuazione. Le sanzioni

cata inclusione del principio di dissuasività potrebbe significare che il legislatore europeo abbia compiuto una chiara scelta, attribuendo alle sole sanzioni amministrative il perseguimento della funzione deterrente e di quella punitiva. Tale interpretazione è tuttavia opinabile. Il percorso giurisprudenziale della Corte di giustizia sembrerebbe deporre per una risposta diversa⁸¹. La trasformazione della tutela civile ha visto un potenziamento della funzione deterrente e di quella punitiva sia sul piano dell'ampliamento degli spazi della tutela inibitoria sia nell'ambito stesso delle tutele più tradizionalmente appartenenti al sistema civile come quella risarcitoria e restitutoria⁸². Certamente al mancato esplicito

stabilite devono essere effettive, proporzionate e dissuasive. 2. Gli Stati membri assicurano che le autorità amministrative o gli organi giurisdizionali, nel decidere se irrogare o meno una sanzione e nello stabilirne il livello, tengano adeguatamente conto dei seguenti criteri ove rilevanti: (a) natura, gravità e durata o effetti nel tempo della violazione; (b) numero di consumatori interessati, anche in altri Stati membri; (c) eventuali azioni intraprese dal professionista per attenuare il danno subito dai consumatori o per porvi rimedio; (d) ove appropriato, il carattere doloso o colposo della violazione; (e) eventuali violazioni commesse in precedenza dal professionista; (f) i benefici finanziari conseguiti o le perdite evitate dal professionista in conseguenza della violazione; (g) eventuali altri fattori aggravanti o attenuanti applicabili alle circostanze del caso. 3. Se la sanzione da irrogare è di tipo pecuniario, nella determinazione dell'importo vengono presi in considerazione anche il fatturato annuo e gli utili netti del professionista che ha commesso la violazione, così come altre sanzioni pecuniarie inflitte per la stessa o altre violazioni della presente direttiva in altri Stati membri. 4. Gli Stati membri provvedono a che le sanzioni inflitte per le infrazioni diffuse e per le infrazioni diffuse aventi una dimensione unionale ai sensi del regolamento (UE) n. 2017/2934 possano essere di tipo pecuniario, e prevedano un importo massimo che sia come minimo pari al 4 % del fatturato annuo del professionista nello Stato membro o negli Stati membri interessati. 5. Nel decidere in merito alla destinazione delle entrate generate dalle sanzioni pecuniarie gli Stati membri tengono conto dell'interesse generale dei consumatori. 6. Entro [termine di recepimento della direttiva] gli Stati membri notificano le loro norme in materia di sanzioni alla Commissione, e la informano immediatamente delle eventuali successive modificazioni».

⁸¹ Sull'importanza della funzione deterrente dei rimedi in materia di clausole vessatorie cfr. E. NAVARRETTA, *Costituzione, Europa e diritto privato*, cit., pp. 54 ss. e 207 ss. Esempio è la vicenda giurisprudenziale, relativo alla tutela del consumatore contro le clausole vessatorie, di cui già si è detto, relativa al rapporto fra vessatorietà di una clausola e caducazione dell'intero contratto.

⁸² Cfr. A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, cit.

richiamo della dissuasività occorre riconoscere un significato ma non quello che la funzione deterrente risulti estranea alla tutela civile in materia di pratiche commerciali. Si tratta piuttosto di una gradazione tra i principi che, in ambito di tutela civile, sono prevalentemente l'effettività e la proporzionalità con una funzione meno rilevante della dissuasività mentre, nel caso della tutela sanzionatoria, sembrano avere peso simile⁸³.

Una prima conclusione che può trarsi è dunque quella per cui principi comuni si devono applicare sia alle sanzioni pecuniarie sia a quelle non pecuniarie di carattere inibitorio e ripristinatorio. Una seconda è che i principi debbano applicarsi anche a misure risarcitorie, inibitorie e restitutorie che non abbiano carattere sanzionatorio, indipendentemente dalla circostanza che siano somministrati da autorità amministrativa o giurisdizionale.

Le nuove riforme in sede di legislazione europea contribuiscono ad una più precisa definizione dei criteri applicativi dei principi sia alle sanzioni che ai rimedi⁸⁴. Sarebbe importante, in sede di recepimento

⁸³ Sul ruolo della dissuasività delle sanzioni avverso pratiche commerciali sleali cfr. Cons. St., sez. VI, 6036/2019, in conformità alla giurisprudenza della Corte di giustizia: "In materia di corretta individuazione della modalità della sanzione da irrogarsi per violazione delle disposizioni del Codice del consumo occorre rammentare l'orientamento della Corte di giustizia UE (sentenza C-388/13, 16 aprile 2015) secondo cui, in materia di pratiche commerciali scorrette, le sanzioni devono essere adeguate ed efficaci e dunque assolvere ad una concreta funzione dissuasiva, prendendo «in debita considerazione fattori quali la frequenza della pratica addebitata, la sua intenzionalità o meno e l'importanza del danno che ha cagionato al consumatore»".

⁸⁴ Cfr. considerando 7 dir. 2161/2019. Per facilitare un'applicazione più coerente delle sanzioni, in particolare in caso di infrazioni intra-UE, di infrazioni diffuse e di infrazioni diffuse aventi una dimensione unionale quale definita nel regolamento (UE) 2017/2394, dovrebbero essere inclusi nelle direttive 93/13/CEE, 98/6/CE, 2005/29/CE e 2011/83/UE, criteri comuni non esaustivi e indicativi di applicazione delle sanzioni. Tali criteri dovrebbero includere, per esempio, la natura, la gravità, l'entità e la durata dell'infrazione, e anche un'eventuale azione di riparazione proposta dal professionista al consumatore per il danno causato. Le infrazioni reiterate da parte dello stesso soggetto dimostrano una propensione a commettere tali violazioni e sono pertanto un indice significativo della gravità del comportamento e di conseguenza dell'esigenza di aumentare il livello della sanzione per conseguire un reale effetto dissuasivo. Qualora siano disponibili dati al riguardo, si dovrebbero prendere in considerazione i bene-

della direttiva, affermare la generale applicabilità dei principi di effettività, proporzionalità e dissuasività sia alle sanzioni sia ai rimedi, precisandone alcuni criteri quali quello della natura e gravità della violazione, la sua durata e reiterazione, la occorrenza di un danno, la natura, patrimoniale o non patrimoniale dello stesso, la sua entità.

5. Nuovi equilibri tra forme di tutela?

Veniamo in conclusione all'esame dei profili istituzionali della relazione tra tutela amministrativa e tutela giurisdizionale. Giova ribadire che l'espressione tutela giurisdizionale riguarda l'esercizio dell'attività di somministrazione di rimedi per violazioni e non l'esercizio del sindacato giurisdizionale sull'attività delle autorità amministrative che pure, in senso lato, rientra nella tutela. Occorre poi riaffermare che non sussiste coincidenza tra tutela amministrativa e sanzioni. Si è visto che l'ampiezza della tutela amministrativa va ben oltre le sanzioni, comprendendo rimedi a carattere inibitorio, ripristinatorio e restitutorio. Tali rimedi, seppure irrogati da un'autorità amministrativa non sono soggetti al principio di tipicità che caratterizza le sanzioni, seppure con diversa intensità per le punitive e per le ripristinatorie⁸⁵. La tutela amministrativa comprende, dunque, sia sanzioni che rimedi.

Sul piano rimediare vi è concorso tra autorità amministrativa e giurisdizionale. Il conferimento alle autorità amministrative del potere di emanare provvedimenti inibitori diretti a far cessare pratiche commerciali scorrette, ai sensi dell'art. 27 Cod. Cons., non pregiudica il potere del giudice ordinario di emanare ordini inibitori anche in sede cautelare ai sensi degli abrogati artt. 139 e 140 del Cod. Cons. ed ora della nuova legge sulle azioni di classe⁸⁶. Dunque, il concorso tra le tutele riguarda

fici finanziari conseguiti o le perdite evitate in virtù della violazione. Si può inoltre tener conto di altri fattori aggravanti o attenuanti applicabili alle circostanze del caso.

⁸⁵ Cfr. Cons St., sez. VI, n. 879/2020.

⁸⁶ Come si è visto l'ordine di cessazione di pratiche commerciali sleali può essere emanato sia da un'autorità amministrativa sia da quella giurisdizionale (giudice ordinario). Per un'applicazione dell'art. 140-*bis* cod. cons. in materia di pratiche commerciali sleali: Trib. Milano sez. VIII, 20 dicembre 2010, in *iuseplorer.it*.

sia sanzioni e rimedi, sia rimedi a contenuto simile, ad esempio a contenuto inibitorio e restitutorio, che possano essere emanati sia da autorità amministrativa sia dall' autorità giurisdizionale⁸⁷. È acclarata la possibilità che possano concorrere più illeciti di natura penale, amministrativa e civile. Alla base del divieto del *ne bis idem* vi è l'identità fattuale non quella legale⁸⁸. Pertanto, alla tutela amministrativa ed a quella civile si può aggiungere quella penale.

Il concorso tra tutele esige un coordinamento tra le istituzioni anche al fine di realizzare il diritto ad un rimedio effettivo ai sensi dell'art. 24 Cost. e dell'art. 47 CDFUE⁸⁹. In mancanza di una disciplina specifica di coordinamento tra le tutele valgono le regole ed i principi generali. La Corte di giustizia non è ancora intervenuta a definire con precisione se il potere sanzionatorio e quello rimediabile delle autorità amministrative nazionali siano soggette al vaglio di conformità con l'art. 47 della CDFUE, pur non essendo le autorità amministrative strutturalmente configurabili come tribunali⁹⁰.

⁸⁷ Sulla complementarietà tra tutela amministrativa e tutela giurisdizionale cfr. da ultimo Cons. St., sez. VI, n. 897/2020 che ha affermato in relazione all'intervento dell'AGCOM concernente la fatturazione a 28 giorni.

⁸⁸ Cfr. Cons. St., sez. VI, n. 7699/2019.

⁸⁹ Cfr. F. CAFAGGI, *On the transformation of European consumer enforcement law: Judicial and administrative dialogues: instruments and effects*, cit., 223.

⁹⁰ Sulla nozione autonoma di organo giurisdizionale e sui criteri attraverso cui operare la qualificazione ai fini dell'art. 267 TFUE si vedano le *Raccomandazioni all'attenzione dei giudici nazionali, relative alla presentazione di domande di pronuncia pregiudiziale (2016/C 439/01)*. Uno di tali criteri è la terzietà e l'indipendenza. In proposito è di interesse ricordare che la questione non è stata posta nel caso di un rinvio effettuato dal Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana, di cui pur fanno parte di quest'ultimo anche componenti non togati designati in sede regionale (C. giust. UE, *Ispettorato Provinciale dell'Agricoltura di Enna e a.*, C-78/07, 13 marzo 2008). Sulla qualifica di "organo giurisdizionale" e i suoi confini rispetto all'attività amministrativa di parte pubblica, fra le altre: C. giust. UE, *Regina Greis Unterweger*, C-318/85, 5 marzo 1986; *Syfait*, C-53/03, 31 maggio 2005; *Amiraïke Berlin GmbH*, C-497/08, 12 gennaio 2010; *Epitropos*, C-363/11, 19 dicembre 2012; *MF 7 a.s.* C-49/13, 14 novembre 2013, C. giust. UE. *Margarit Panicello*, C-503/15, Sulla rilevanza dell'art. 47 CDFUE e 267 TFUE si veda, di recente: C. giust. UE, *A.K.*, cause riunite C-585/18, C-624/18 e C-625/18, 19 novembre 2019.

È evidente che l'adozione di una nozione funzionale di tribunale ai sensi dell'art. 47 CDFUE che integrasse i requisiti strutturali di indipendenza ed imparzialità con quelli della somministrazione di tutela consentirebbe di sottoporre anche le decisioni delle autorità amministrative allo scrutinio del diritto ad una tutela effettiva⁹¹. Questa soluzione parrebbe tanto più coerente con l'impostazione del diritto europeo che affida la scelta tra tutela amministrativa e tutela giurisdizionale ai legislatori nazionali sulla base del principio di autonomia procedurale. Tale scelta non potrebbe, infatti, determinare un livello diverso di garanzia per i consumatori, maggiore in quegli Stati che scelgono la tutela giurisdizionale e minore in quegli Stati che optano per la tutela amministrativa, alla quale tali principi non sarebbero applicabili. In sostanza l'autonomia procedurale incontra il limite invalicabile delle garanzie di tutela assicurate dall'art. 47 CDFUE. Questo limite concerne sia le garanzie procedurali sia le garanzie sostanziali. Tuttavia, anche senza ammettere la possibilità del rinvio pregiudiziale da parte di autorità amministrative che esercitano poteri paragiurisdizionali, un maggior impiego del diritto ad una buona amministrazione consentirebbe di pervenire a risultati più coerenti con il principio di effettività della tutela dei consumatori⁹². Dunque, sia l'*an* che il *quomodo* della scelta devono compiersi alla luce del principio di effettività e del diritto ad una buona amministrazione.

Si è visto che i principi di effettività, proporzionalità e dissuasività dettati dalla legislazione europea si applicano alle sanzioni penali, alle sanzioni amministrative ed ai rimedi. Occorre pertanto valutare se essi vadano applicati a ciascuna sanzione o rimedio separatamente oppure sia necessario od opportuno procedere ad una valutazione integrata. Ad

⁹¹ Giova su questo ricordare che la giurisprudenza è saldamente assestata su una risposta negativa con riferimento alla (in)applicabilità degli artt. 6 e 7 della Convenzione al procedimento amministrativo. Cfr. ad esempio Cass. n. 4/2019.

⁹² Come detto in precedenza nelle controversie dinanzi all'autorità amministrativa i consumatori non sono parte mentre possono esserlo nei giudizi aventi ad oggetto il sindacato sulle delibere delle autorità relative ai rimedi ed alle sanzioni irrogate. In questa sede l'applicazione del principio di buona amministrazione consentirebbe di guardare all'effettività della tutela dei consumatori. Il principio viene invece richiamato con riferimento alle esigenze di tutela delle imprese sanzionate.

esempio, deve il principio di proporzionalità applicabile, seppure con caratteristiche non identiche, applicarsi disgiuntamente o congiuntamente alle sanzioni amministrative sostanzialmente penali ed a quelle che invece non presentano tali caratteristiche? Analogamente quando si combinino sanzioni pecuniarie, provvedimenti inibitori e misure restitutorie deve l'autorità amministrativa od il giudice procedere ad una valutazione coordinata della proporzionalità? La risposta tradizionale, implicitamente adottata da autorità amministrative e giurisdizionali è quella della separazione. Quando, ed accade assai raramente, il giudice nell'esercizio del sindacato giurisdizionale valuta la proporzionalità della cessazione della pratica commerciale non vi è alcun coordinamento con la valutazione della proporzionalità della sanzione⁹³.

Si è proposta qui una diversa prospettiva, basata su un'indagine teleologica da svolgere alla luce del processo di ibridazione tra tutela amministrativa e giurisdizionale descritto in precedenza. La risposta a tale domanda va cercata nelle finalità delle singole misure. Una valutazione coordinata dei principi analoga a quella imposta dalla CEDU quando concorrano le finalità, non solo delle diverse tipologie di sanzioni ma anche quelle di sanzioni e rimedi⁹⁴. In alcune applicazioni della giurisprudenza sono state considerate ipotesi di confisca, l'una avente carattere punitivo e l'altra ripristinatorio, procedendo ad una valutazione integrata della proporzionalità⁹⁵. Sarebbe, dunque auspicabile un coordinamento nell'applicazione dei principi quando concorrano l'autorità amministrativa e il giudice ordinario. A fortiori quando vi siano provvedimenti dell'Autorità amministrativa che combinino sanzioni

⁹³ Occorre constatare che i giudici assai raramente procedono ad una valutazione della effettività, proporzionalità e dissuasività dei provvedimenti diretti ad assicurare la cessazione dell'illecito e la eliminazione degli effetti lesivi. Mancano dunque decisioni in cui sia possibile valutare la differente operatività dei principi applicati alle sanzioni ed ai rimedi.

⁹⁴ Cass. n. 33426/2019, che delinea due ipotesi quella in cui la sanzione amministrativa sia idonea al perseguimento della finalità nel qual caso non si irroga la sanzione penale. Ove invece residui uno spazio ad esito della valutazione combinata della proporzionalità il giudice sarà obbligato a tenere conto della sanzione amministrativa quando definisce la proporzionalità della sanzione penale.

⁹⁵ Cfr. Cass. n. 33426/2019 che fa riferimento ed applicazione di C. cost. n. 112/2019 cit.

amministrative e provvedimenti inibitori, quali ad esempio la cessazione della pratica commerciale e l'eliminazione dei suoi effetti lesivi, sarebbe necessario coordinare l'applicazione del principio di proporzionalità e quello di dissuasività all'insieme degli strumenti di tutela posti in essere ai fini di garantire l'effettività della stessa. Questo accade, per esempio, quando si coniughino diversi strumenti aventi la medesima finalità come nel caso in cui concorrano sanzioni pecuniarie e provvedimenti inibitori, le prime dirette a reprimere comportamenti già avvenuti, le seconde ad impedire che questi si ripetano in futuro. Ovvero nel caso in cui sanzioni pecuniarie si combinino con provvedimenti di confisca o sequestro⁹⁶. O, ancora, nel caso di combinazione della sanzione amministrativa pecuniaria con il risarcimento del danno con funzione punitiva.

Quando, invece, le finalità sono eterogenee e le misure non commensurabili l'applicazione dei principi può operare separatamente, dando luogo ad una valutazione di proporzionalità della sanzione separata rispetto a quella concernente il provvedimento inibitorio e/o a quello risarcitorio, senza per questo violare il principio di effettività della tutela.

Tale soluzione dovrebbe operare sia nell'ipotesi di applicazione da parte di una sola autorità, amministrativa o giurisdizionale, sia nell'ipotesi in cui concorrano le due o, nel caso del triplo binario, vi sia anche il giudice penale.

6. Conclusioni

Le tutele somministrate da autorità amministrative e da autorità giurisdizionali sono complementari. Nonostante le progressive convergenze, determinate dal diritto europeo che ha potenziato la tutela amministrativa, permangono distinzioni sia sul piano procedimentale che su quello sostanziale. L'applicazione dei principi di effettività, proporzionalità e dissuasività connota sia le sanzioni sia i rimedi ma l'applicazione di tali principi differisce in relazione alle funzioni svolte da san-

⁹⁶ Cfr. C. cost., n. 24/2019.

zioni e rimedi. Si sono indicate differenze applicative del principio di proporzionalità rispetto a sanzioni e rimedi ed in relazione a questi ultimi con riferimento alle diverse famiglie, mostrando come il principio di proporzionalità operi diversamente nei rimedi caducatori, restitutori, risarcitori. I principi, sebbene uniformi, operano diversamente in relazione alle finalità perseguite da ciascuna famiglia di sanzioni e rimedi.

La complementarità implica l'applicazione congiunta che può avvenire da parte di una stessa autorità, amministrativa o giurisdizionale, o di due autorità amministrative o giurisdizionali. In entrambi i casi vi è la necessità di un coordinamento nell'applicazione dei principi che richiede strumenti specifici quando operino più autorità come è avvenuto nel danno antitrust. Occorre, pertanto, nel recepimento della direttiva definire le modalità di coordinamento delle tutele sia sul piano procedimentale sia su quello sostanziale, definendo criteri di valutazione integrata relativi all'applicazione dei principi a sanzioni amministrative e rimedi. Appare auspicabile definire in via legislativa parametri di equivalenza che consentano di valutare congiuntamente sanzioni e rimedi non solo quando hanno ad oggetto obblighi pecuniari ma anche quando si concretizzano in misure eterogenee. Nel caso di valutazione di proporzionalità quando, ad esempio, concorrano la sanzione amministrativa pecuniaria ed un ordine di cessazione o sospensione è necessario definire un criterio di equivalenza che consenta di determinare sia entità della sanzione sia durata della cessazione, permanente o temporanea.

La complementarità delle tutele accresce l'effettività ma solo un efficace disegno istituzionale garantisce che l'incremento di strumenti si traduca in una crescita effettiva della protezione dei consumatori.

TUTELA EFFETTIVA DEI CONSUMATORI NEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA DELL'UNIONE EUROPEA: DISAMINA DI ALCUNI PROFILI RILEVANTI

Gianmatteo Sabatino*

SOMMARIO: 1. Introduzione. 2. Regimi probatori ed effettività della tutela nei giudizi risarcitori. 2.1. Segue: preservare la tutela nella complessità del mercato. I prezzi di protezione. 3. Interferenze tra effettività della tutela e divieto di sovra-compensazione. 4. Illecito anti-concorrenziale e regole di validità del contratto. 5. Conclusione.

1. Introduzione

Che il benessere dei consumatori debba essere uno degli scopi del regolare il mercato appare ormai un principio consolidato¹.

Nel diritto dell'Unione europea, questo assunto si muove nella dialettica tra il tradizionale approccio strutturale ed imperniato sullo scopo di integrazione del mercato interno² e l'idea di un diritto *antitrust* fondato su efficienza e *consumer welfare*, sulla scia degli insegnamenti della scuola di Chicago³.

L'attuale recessività del *private antitrust enforcement* nell'ordinamento giuridico europeo⁴ parrebbe suggerire una persistente difficoltà

* PhD, Università di Trento.

¹ C. OSTI, *Interpreting Convergence: Where Antitrust meets Consumer Law*, in *Eur. Comp. J.*, 2, 2009, 377-408.

² L. CALZOLARI, *Il Sistema di enforcement delle regole di concorrenza dell'Unione Europea*, Torino, 2019, 54-60.

³ L. CALZOLARI, *op. cit.*, 60-63.

⁴ Z. JUSKA, *The Effectiveness of Antitrust Collective Litigation in the European Union: A Study of the Principle of Full Compensation*, in *IIC*, 49, 2018, 63-93.

nel conciliare tutela della concorrenza e tutela (risarcitoria) del consumatore leso da illeciti anticoncorrenziali⁵.

Eppure, quando la Corte di giustizia, con la decisione *Courage*⁶, ammise definitivamente la risarcibilità dei danni provocati a terzi da violazioni delle regole di concorrenza, essa pose i giudici nazionali di fronte a un dilemma: come garantire tutela al consumatore a fronte della sua oggettiva situazione di asimmetria informativa?

Nell'aprire la breccia della tutela, la Corte di Lussemburgo aveva altresì individuato nell'effettività il criterio sulla cui base gli ordinamenti nazionali avrebbero dovuto costruire le proprie soluzioni processuali. La successiva decisione *Manfredi*⁷ saldò il nesso tra principio di effettività e regime processuale del *private antitrust enforcement*⁸.

Negli anni a venire, è spettato alle corti nazionali declinare il criterio dell'effettività a fronte dei vari potenziali ostacoli frapposti tra i consumatori ed il loro diritto al risarcimento del danno.

Esse hanno gradualmente costruito un sistema di principi agganciati non solo al principio di effettività quale enunciato in *Manfredi*, ma altresì al concetto di effettivo rimedio di cui all'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (c.d. Carta di Nizza).

La Direttiva n. 2014/104/UE, sulla disciplina delle azioni risarcitorie per violazioni del diritto della concorrenza, consolida molte delle elaborazioni giurisprudenziali precedenti.

Alla luce del principio di effettività essa costruisce un sistema della responsabilità civile da un lato funzionale alla tutela effettiva dei diritti

⁵ G. GHIDINI, E. AREZZO, *L'assalto fallito? Riflessioni sulla proposta rivisitazione in chiave "più economica" dell'abuso di dominanza?*, in *MCR*, 1, 2010, 115 ss.

⁶ C. giust. UE, 20 settembre 2001, C-453/99.

⁷ C. giust. UE, 26 gennaio 2006, Casi riuniti da C-295/04 a C-298/04.

⁸ Tra la ricca letteratura in merito, v. F. CAFAGGI, P. IAMICELI, *The Principles of Effectiveness, Proportionality and Dissuasiveness in the Enforcement of EU Consumer Law: The Impact of a Triad on the Choice of Civil Remedies and Administrative Sanctions*, in *Eur. Rev. Priv. L.*, 3, 2017, 575-618, 591-594; G. TESAURO (a cura di), *Concorrenza ed Effettività della Tutela Giurisdizionale tra Ordinamento dell'Unione Europea e Ordinamento Italiano*, Napoli, 2013; L. CALZOLARI, *op. cit.*

dei singoli e dall'altro atto a garantire l'effettiva regolazione del mercato⁹, nell'ottica, si direbbe, dell'effettività del diritto Europeo nel suo complesso.

Il 'problema' dell'effettività diviene allora quello di ricostruirne la direttrice applicativa: essa promuove l'autonomia funzionale ed operativa dei sistemi di *private enforcement* o mira a rafforzarne la complementarità (e, implicitamente, la subordinazione) con l'*enforcement* pubblico?

La risposta deve giocoforza passare per l'analisi delle questioni che la legislazione vigente non ha (deliberatamente o meno) risolto. Il presente contributo prenderà in considerazione pertanto alcuni snodi concettuali che più di altri hanno sollecitato interventi e della CGUE e dei giudici nazionali. In primo luogo, la relazione critica tra effettività e regime probatorio nei giudizi risarcitori, in tutte le sue declinazioni problematiche emerse nella casistica, tra cui la prova del nesso causale nelle fattispecie di applicazione di c.d. 'prezzi di protezione' e nei giudizi c.d. *stand alone*.

In secondo luogo, la dialettica tra i principi di effettività, proporzionalità e dissuasività nella quantificazione del risarcimento.

In terzo e ultimo luogo, l'analisi si soffermerà su un profilo recentemente emerso nel dibattito giurisprudenziale italiano, inerente ai riflessi dell'illecito anticoncorrenziale sulla validità del contratto stipulato dal consumatore e 'viziato' dall'illiceità dell'atto presupposto.

2. Regimi probatori ed effettività della tutela nei giudizi risarcitori

La doppia accezione (regolatoria e protettiva) del principio di effettività riflette una necessaria integrazione fra diversi piani di tutela. Uno relativo al corretto funzionamento del sistema concorrenziale e del mercato, incardinato nell'art. 101 del TFUE oltre che nei fondamentali costituzionali degli ordinamenti degli stati membri¹⁰. Un altro legato alla

⁹ E. NAVARRETTA, *Costituzione, Europa e Diritto Privato*, Torino, 2017, 44-45.

¹⁰ V., per esempio, l'art. 41 della Costituzione Italiana, sovente richiamato nelle decisioni della Corte di Cassazione.

tutela del consumatore quale soggetto debole del mercato stesso, ricostruito *ex artt.* 38 e 47 della Carta di Nizza.

L'integrazione tra diversi piani di tutela era stata già delineata dalla Corte di giustizia in *Manfredi*, anche avvalendosi del grimaldello interpretativo dell'effetto utile delle disposizioni del Trattato¹¹.

A *Manfredi* avevano fatto eco in primo luogo la decisione nazionale che ne conseguì¹² ed in secondo luogo la giurisprudenza successiva della Corte di Cassazione¹³. La medesima giurisprudenza ha poi delineato una triplice accezione del concetto di effettività, intesa come: i) effettività del diritto Europeo, agganciata direttamente alla nozione di effetto utile; ii) effettività quale 'non impossibilità' né 'eccessiva difficoltà' della tutela; iii) effettività della tutela dei diritti, sulla base del fondamentale canone di cui all'art. 47.

Questo l'apparato concettuale su cui le corti nazionali hanno lavorato a partire da *Manfredi*. Il punto di vista privilegiato dalle corti è sempre stato quello dell'asimmetria informativa¹⁴, di per sé lesiva del consumatore-parte debole coniugato all'effettività della tutela in tutte e tre le accezioni appena ricordate.

Il primo dilemma che ancor oggi si pone all'attenzione dei giudici è quello dal regime probatorio nei giudizi di *private antitrust enforcement*, interpretato alla luce del principio di cui all'art. 47 della Carta di Nizza nonché alla luce delle disposizioni nazionali in tema di diritto alla difesa, come, nell'ordinamento italiano, l'art. 24 della Costituzione¹⁵.

Oggi, l'art. 9 della Direttiva n. 104 dispone che le decisioni delle Autorità Nazionali per la Concorrenza o dei giudici del ricorso facciano stato quanto all'accertamento della violazione del diritto della concorrenza. Si tratta di un principio che, nelle giurisprudenze nazionali, era già

¹¹ § 60 della decisione.

¹² Giudice di Pace di Bitonto, decisione del 21 maggio 2007, R.G. 172/2003.

¹³ Cfr. Cass. n. 27527/2013; Cass. n. 9116/2014.

¹⁴ Cfr. Cass. n. 9116/2014.

¹⁵ Cfr. Cass. 9116/2014.

apparso sin da tempi coevi alla decisione *Manfredi*¹⁶ e ripetutamente confermato in seguito¹⁷. L'asimmetria informativa che caratterizza il rapporto giuridico tra consumatore e produttore/distributore implica una carenza di mezzi e/o informazioni con le quali egli è abilitato a provare la propria pretesa. Allorché tale asimmetria si traduca in una carenza rimediabile, la soluzione escogitata dalle corti si è rivolta, essenzialmente, all'utilizzo di presunzioni.

In effetti, le decisioni dell'ultimo quindicennio si sono mosse a più ampio spettro rispetto alla direttiva. Esse hanno considerato non solo il problema della prova della violazione ma altresì quello della prova del nesso causale tra la violazione ed il danno. Che valore può assumere il provvedimento sanzionatorio di un'autorità nazionale con riferimento a questo profilo?

Anche in questo caso la risposta delle corti è stata l'introduzione di presunzioni *iuris tantum* a vantaggio dell'attore. A seconda degli ordinamenti, l'utilizzo dei provvedimenti delle ANC a fondamento di presunzioni è stato costruito su basi giuridiche diverse.

In Germania, gli spazi di discrezionalità che il Codice di Procedura Civile ritaglia a disposizione del giudice hanno motivato un bilanciamento di probabilità nel giudizio di sussistenza del nesso causale e del danno¹⁸.

Nella giurisprudenza italiana, il percorso è stato forse meno lineare e ha visto, in una prima fase, il ricorso ad una interpretazione orientata dell'art. 2043 c.c. sulla scorta del paradigma del danno ingiusto, vale a dire, in concreto il danno «ultraindividuale alla libertà contrattuale, con-

¹⁶ Cfr. Corte d'Appello della Lituania, decisione del 26 maggio 2006 n. 2A-41/2006 (registro civile). Sul tema v. R. MOISEJEVAS, *Development of Private Enforcement of Competition Law in Lithuania*, in *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, Vol. 8(11), 2015, 35-51.

¹⁷ Per la giurisprudenza italiana cfr., *ex multis*, Cass. nn. 2305/2007, 10211/2011, 17702/2011, 17891/2011, 27570/2011, 7039/2012, 9116/2014, 22031/2016. Cfr. anche Oberlandesgericht Düsseldorf, VI-U (Kart) 10/12.

¹⁸ Cfr. Oberlandesgericht Düsseldorf, VI-U (Kart) 10/12; Bundesgerichtshof, KZR 25/14. Il riferimento normativo è, in particolar modo, al § 287 del ZPO.

cretantesi nel diritto a godere dei benefici della competizione commerciale»¹⁹. Facendo leva sulla inscindibilità della volontà anticoncorrenziale sanzionata dall'Autorità Garante ed i singoli contratti conclusi dai consumatori, la Corte di Cassazione aveva ammesso l'utilizzo di presunzioni probabilistiche nell'accertamento eziologico del danno lamentato²⁰.

A seguito di un progressivo distacco della tutela *antitrust* dal paradigma extracontrattuale dell'art. 2043, la medesima Corte ha invece patrocinato un approccio più ispirato dal criterio dell'effettività nonché nella predisposizione di adeguati rimedi giudiziali²¹. Del resto, l'accertamento da parte dell'Autorità Garante interessa non soltanto l'illiceità dell'accordo ma altresì il suo effetto sul mercato, nel senso che diviene possibile, di conseguenza, tracciare un nesso logico-causale tra intesa e danno patito dal consumatore a partire proprio dall'accertamento condotto dall'Autorità Garante²². Nel fare ciò, la Corte di Cassazione non ha assolutamente sovvertito le norme in tema di onere della prova del nesso causale, ma ha preso atto che i rilievi contenuti nei provvedimenti dell'Autorità Garante possano essere tali da «offrire gravi, precisi e concordanti indici presuntivi circa l'effettiva sussistenza di un collegamento causale»²³.

In altri ordinamenti, come quello francese, il principio di effettività ha inciso invece sulla modulazione dei poteri di *discovery* del giudice²⁴, da esercitarsi nei confronti e delle parti e dell'autorità garante, laddove l'attore-consumatore dimostri che determinati documenti sono essenziali per l'esercizio del proprio diritto alla difesa²⁵.

¹⁹ Cfr. Cass. n. 2305/2007.

²⁰ *Ibid.*

²¹ Cfr. Cass. 10211/2011, 17702/2011, 17891/2011, 27570/2011, 7039/2012, 9116/2014, 22031/2016.

²² Cfr. Cass. 27527/2013.

²³ Cfr. Cass. n. 27527/2013 e, in senso conforme, Cass. nn. 11610/2011 e 7039/2012.

²⁴ Sulla base, ad esempio, degli artt. 10 e 11 del Codice di Procedura Civile e dell'art. L462-3 del Codice di Commercio.

²⁵ Cfr. *Cour de cassation - Chambre commerciale, financière et économique*, decisione del 19 gennaio 2010 n. 80; in senso conforme cfr. Trib. Commerciale di Parigi, decisione dell'8 novembre 2011, *Outremer Telecom v. Orange Caraïbes and France*

L'incidenza della *discovery* ai fini della tutela risarcitoria è oggi confermata dall'art. 5 della Direttiva n. 104, che definisce una serie di poteri di *disclosure* che gli Stati membri devono assicurare ai giudici nazionali, tra i quali, in particolare, quello di ordinare, su richiesta dell'attore, al convenuto o a terzi «la divulgazione delle prove rilevanti che rientrino nel controllo di tale soggetto».

Si tratta di un potere, da esercitarsi nel rispetto del principio di proporzionalità, evidentemente teso a neutralizzare, per quanto possibile, l'asimmetria informativa anche in quei giudizi ove il provvedimento dell'Autorità Nazionale per la Concorrenza sia carente sotto il profilo dell'accertamento, oppure manchi del tutto. La disposizione di cui all'art. 5, pertanto, copre anche i giudizi c.d. *stand alone*, vale a dire quei giudizi risarcitori per violazione del diritto della concorrenza introdotti da consumatori od operatori economici senza che vi sia, a monte, un previo procedimento e provvedimento dell'autorità garante.

Invero molto poco diffusi nel contesto europeo²⁶, i giudizi *stand alone* si muovono nell'ottica di una tendenziale autonomia tra *public* e *private enforcement*²⁷.

In questo contesto, il criterio dell'effettività, come enunciato nell'art. 4 della direttiva, coniugato all'art. 47 della Carta di Nizza, è stato utilizzato in via interpretativa dalla Corte di Cassazione italiana²⁸ per giustificare un 'effetto orizzontale indiretto' della direttiva stessa²⁹ in termini di interpretazione funzionale del diritto processuale nazionale³⁰.

Télécom; Trib. Commerciale di Parigi, decisione del 24 agosto 2011, *Ma Liste de Courses v. Highco*.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ C. FRATEA, *Il private enforcement del diritto della concorrenza dell'Unione Europea*, Napoli, 2015, 21-24.

²⁸ Cfr. Cass. n. 11564/2015. Sul tema v. anche C. FRATEA, *op. cit.*, 226-230.

²⁹ L. CALZOLARI, *op. cit.*, 262-267.

³⁰ Si tenga presente che, al momento della decisione, il termine di recepimento della direttiva non era scaduto, precludendo quindi l'applicazione della dottrina degli effetti diretti. Il *dictum* della Suprema Corte è pertanto particolarmente forte nel momento in cui, pur in pendenza del termine, riconosce di fatto alla direttiva effetti indiretti atti ad orientare l'interpretazione del regime processuale.

In altri termini, il giudice deve disporre di adeguati strumenti processuali per proteggere la posizione della parte debole in situazioni di asimmetria. In tali situazioni, infatti, le prove rilevanti sono spesso nella disposizione del convenuto, asserito autore della violazione. Gli strumenti processuali, invero, non possono limitarsi ad una mera *disclosure*, ma possono altresì riguardare l'esperienza di consulenze tecniche d'ufficio.

Al medesimo scopo, alcune disposizioni procedurali come il già richiamato § 287 del Codice di Procedura Civile tedesco, l'art. 210 del Codice di Procedura Civile Italiano o l'art. 843a del Codice di Procedura Civile dei Paesi Bassi³¹ potevano offrire, già prima della trasposizione della direttiva, uno strumento parzialmente idoneo ad attenuare i risvolti giudiziari dell'asimmetria informativa, ove interpretati alla luce dei principi sopra richiamati.

Tutto ciò però non vale a negare un assunto di base, e cioè che nei giudizi *stand alone* è l'attore a dover provare tanto l'esistenza di un illecito anticoncorrenziale quanto la sussistenza del nesso causale tra l'illecito ed il danno patito, oltre ovviamente al danno stesso³².

Più incisiva pare, sul punto, la giurisprudenza francese. Qui le corti non hanno esitato a rivolgersi all'Autorità Garante al fine di ottenere delucidazioni circa gli aspetti tecnici della fattispecie³³.

La (scarsa) casistica disponibile indica, comunque, un'assenza di giudizi *stand alone* intentati da consumatori. Ancor prima che da motivi giuridici, ciò dipende da criticità strutturali. La limitata capacità del singolo consumatore di analizzare le dinamiche del mercato e, conseguentemente, di comprendere la sussistenza di un danno, preclude all'origine l'avvio di azioni risarcitorie. Lo stesso intervento, a mo' di consulente d'ufficio, delle autorità garanti, non fa che confermare una subordinazione logica delle azioni civili nei confronti del *public enforcement*. Ciò

³¹ L'art. 843a definisce le condizioni affinché la parte processuale che ne abbia legittimo interesse possa richiedere visione o copia di materiali documentali.

³² Cfr. Corte Distrettuale dei Paesi Bassi, *EMS v. Equens*, 10 luglio 2013. Per la giurisprudenza italiana, cfr. Trib. Roma., dec. 1° febbraio 2019, n. 2427.

³³ Cfr. Trib. Parigi, decisione del 26 gennaio 2005, *Luk Lamellen v. Valeo*; Trib. Commerciale di Parigi, 31 gennaio 2012, *Bottin Cartographes v. Google*.

è confermato altresì dall'art. 6 della direttiva, che autorizza i giudici nazionali a rivolgersi alle ANC per valutare la natura dei documenti di cui si richiede l'esibizione.

Il problema dell'equilibrio tra esigenze di tutela pubblicistica ed effettività del rimedio 'privato' si ripropone nell'annosa questione della *discovery* degli atti dei programmi di clemenza che hanno poi condotto a decisioni c.d. 'con impegni', oltre che dell'utilizzabilità processuale delle medesime decisioni.

L'art. 6 della direttiva disciplina oggi il primo dei due punti in maniera apparentemente *tranchant*: s'impone un divieto assoluto di esibizione del fascicolo delle ANC per informazioni relative a programmi di clemenza e proposte di transazione (co. 6). Inoltre (co. 4) le corti nazionali, nel valutare richieste di esibizione, modellano la propria valutazione di proporzionalità anche sulla base delle esigenze di tutela pubblicistica della concorrenza.

Le ANC sono sempre ammesse a presentare osservazioni sulla proporzionalità delle richieste di esibizione (co. 11).

Per alcuni commentatori³⁴, la scelta del legislatore europeo appare 'deferente' nei confronti dell'applicazione pubblicistica del diritto *anti-trust*. Nel prevedere casi di divieto di *disclosure*, la direttiva non sarebbe in linea con la stessa giurisprudenza della Corte di giustizia³⁵, la quale aveva rimesso al giudice nazionale la valutazione sull'esibizione, nel rispetto del principio di effettività e, in definitiva, sulla base di un bilanciamento d'interessi in gioco.

Un bilanciamento che, anche ove ammesso (co. 4), pare insistere sulla valutazione delle esigenze di salvaguardia dell'*enforcement* pubblicistico, come riaffermato dal comma 10, per cui in ogni caso l'esibizione può essere richiesta solo ove la parte non è ragionevolmente in grado di produrre altrimenti le medesime informazioni.

Nulla dispone invece la direttiva con riguardo al valore probatorio delle decisioni con impegni. Queste decisioni, come noto, non procedono

³⁴ L. CALZOLARI, *op. cit.*, 250.

³⁵ Cfr. C-360/09 *Pfleiderer*; v. anche C-536/11 *Donau Chemie*. Sul tema v. C. FRA-TEA, *op. cit.*, 28-39. In senso contrario v. però F. ROSSI DAL POZZO, *La direttiva sul risarcimento del danno da illecito antitrust. Armonizzazione delle regole nazionali in tema di private enforcement o occasione mancata?*, in *Eurojus.it*, n. 3/2014.

all'accertamento dell'illecito anticoncorrenziale. Non possono pertanto essere recuperate dalla giurisprudenza nazionale quali prove privilegiate. E tuttavia alcuni giudici nazionali hanno ritenuto di poter fare riferimento a tali decisioni al fine di valutare l'esistenza di profili anticoncorrenziali nel contesto di azioni risarcitorie³⁶.

Sulla scia di quanto già previsto dalla giurisprudenza *Gasorba*³⁷, il considerando n. 39 della nuova Direttiva n. 2019/1 sui poteri delle ANC si limita a confermare che «Le decisioni con impegni non pregiudicano la facoltà delle autorità garanti della concorrenza e delle giurisdizioni nazionali di procedere a detto accertamento dell'infrazione e di adottare una decisione».

Dall'altro lato, l'art. 31 definisce ulteriori limitazioni all'utilizzo, nei giudizi civili, delle informazioni attinenti a programmi di trattamento favorevole³⁸.

In conclusione, pare ravvisarsi una scissione tra il dialogo fra corti, da un lato, ed il legislatore dall'altro. Le corti interpretano l'effettività del diritto europeo e l'effettività del rimedio entrambe in funzione del riequilibrio delle asimmetrie³⁹. Esse lavorano sugli spazi discrezionali concessi dal diritto processuale al fine di valorizzare il ruolo della responsabilità civile quale cardine del regime 'costituzionale' di tutela del consumatore⁴⁰, modulando di conseguenza i regimi probatori.

Dall'altro lato, il legislatore europeo pare muoversi verso una protezione della concorrenza quale 'istituzione'⁴¹, così che l'effettività, come invero già ricordato in *Manfredi*, può significare anzitutto preservare l'effetto utile del diritto europeo e, nello specifico, degli artt. 101 e 102 del TFUE.

³⁶ Ancora una volta si fa riferimento all'ordinamento francese: cfr. Trib. De Grande Instance di Parigi, decisione del 22 febbraio 2018, *Société Betclac Enterprises Limited c. GIE Pari mutuel urbain*.

³⁷ C-547/16.

³⁸ Sul punto v. L. CALZOLARI, *op. cit.*

³⁹ F. CAFAGGI, P. IAMICELI, *op. cit.*, 582.

⁴⁰ E. NAVARRETTA, *op. cit.*, 15-19.

⁴¹ L. CALZOLARI, *op. cit.*, 63-69.

Ne consegue una sostanziale (e forse intenzionale) lacunosità della disciplina del *private enforcement* sì da evitare possibili interferenze dei regimi di tutela.

2.1. *Segue: preservare la tutela nella complessità del mercato. I prezzi di protezione*

Qualche ulteriore spunto di riflessione in tema di prova della causalità è stato offerto dalla giurisprudenza con riferimento a specifiche dinamiche del mercato che vanno ben oltre il semplice rapporto negoziale operatore economico/consumatore e che ineriscono alle catene produttive che stanno dietro il terminale rappresentato dall'acquirente finale.

Nella sentenza C-557/12, *Kone AG*, la Corte di giustizia, richiamandosi direttamente alla declinazione del principio di effettività sviluppata in *Manfredi*, ammette che il nesso causale tra intesa anticoncorrenziale e danno possa sussistere anche nel caso in cui il consumatore finale sia danneggiato dall'aumento di prezzo disposto da un'impresa non partecipante all'intesa vietata, ma che a causa della fluttuazione dei prezzi derivante da tale intesa, decide di incrementare il prezzo del bene di riferimento in misura maggiore di quanto avrebbe deciso di fare in assenza dell'intesa (c.d. *umbrella pricing* o prezzo di protezione)⁴².

Qualsiasi altra interpretazione diminuirebbe l'effetto utile delle disposizioni del Trattato ed intaccherebbe il livello di protezione garantito al consumatore.

Ne deriva che, in considerazione del principio di effettività, il diritto al risarcimento per danno da prezzo di protezione deve essere garantito uniformemente al ricorrere di una serie di condizioni, la cui sussistenza spetta al giudice nazionale valutare, ed in particolare: i) peculiarità del mercato interessato; ii) entità dell'intesa tale da poter incidere sull'applicazione di un prezzo di protezione da terzi agenti autonomamente; iii) che tali circostanze e peculiarità non potessero essere ignorate dai membri dell'intesa medesima⁴³.

⁴² V. sul tema V. BUTORAC MALNAR, *The Kone Case: A Missed Opportunity to Put the Standard of Causation Under the Umbrella of the EU*, in V. TOMLJENOVIC ET AL. (a cura di), *EU Competition and State Aid Rules*, Heidelberg, 2017, 175 ss.

⁴³ V. § 34.

Tuttavia, se da una parte la decisione *Kone* opta per un'applicazione ad ampio raggio del principio di effettività, dall'altra essa non offre concreti appigli per la definizione del regime probatorio in casi concernenti prezzi di protezione⁴⁴. Il giudice nazionale parrebbe chiamato a valutare, in concreto e caso per caso, l'attitudine dell'illecito a provocare l'applicazione di prezzi di protezione. Di per sé, tuttavia, si tratta di una valutazione molto complessa, vicina a quella richiesta nei giudizi *stand alone*.

Il riferimento al provvedimento dell'ANC potrebbe allora, almeno circa gli aspetti più tecnici (i.e. situazione del mercato ed entità dell'illecito) soccorrere. L'analisi tecnica portata dal provvedimento dell'ANC suggerirebbe al giudice la presenza o meno di una generale attitudine di quel tipo di illecito a provocare l'applicazione di prezzi di protezione, sulla base dell'*id quod plerumque accidit*. Si sposterebbe, come è evidente, l'astrazione del ragionamento ad un livello superiore.

A conclusioni non troppo dissimili era arrivata del resto l'opinione, nel procedimento *Kone*, dell'Avvocato Generale, al fine di caldeggiare l'introduzione di uno standard causale di riferimento a livello europeo⁴⁵. Tale standard, in effetti, non si discosta molto dal criterio di probabilità logica che la Corte di Cassazione italiana⁴⁶, mutuandolo dalla celeberrima decisione delle Sezioni Unite penali *Franzese*⁴⁷, ha applicato ai procedimenti di *private antitrust enforcement*.

Si tratta, in essenza, di valutare la violazione *antitrust* alla stregua di un fattore quantomeno concomitante nella decisione dell'operatore economico terzo di applicare un prezzo di protezione⁴⁸.

Secondo l'Avvocato Generale, il nesso causale sussisterebbe laddove l'operatore terzo, seguendo le dinamiche del mercato sulla base di criteri ragionevolmente prevedibili, decida di accodarsi all'iniziativa, presa dagli autori della violazione, di innalzare i prezzi⁴⁹.

Non sarebbe pertanto più necessario un accertamento della concreta influenza avuta dalla violazione sul comportamento degli operatori terzi,

⁴⁴ V. V. BUTORAC MALNAR, *op. cit.*, 185-186.

⁴⁵ V. BUTORAC MALNAR, *op. cit.*, 190-191.

⁴⁶ Cfr. Cass. n. 2305/2007.

⁴⁷ Cass. Sez. Un. Pen. n. 30328/2002.

⁴⁸ Opinione dell'Avvocato Generale, C-557/12, 30 gennaio 2014, § 36.

⁴⁹ *Ivi*, § 37.

ma solo un accertamento di un'alterazione delle dinamiche di mercato tali da indurre, ragionevolmente, il terzo ad innalzare i prezzi.

Nel caso citato la Corte di giustizia non ha accolto la tesi suesposta, di fatto tacendo sul punto. La definizione di uno standard di determinazione della causalità a livello europeo contribuirebbe certamente a ridurre lo scarto che esiste tra l'apparato di tutele a disposizione dei consumatori e l'evoluzione delle dinamiche di mercato⁵⁰.

3. *Interferenze tra effettività della tutela e divieto di sovra-compensazione*

L'apprezzamento del danno c.d. 'anticoncorrenziale' è regolato in via di principio dalla scelta del legislatore europeo di vietare sovra-compensazioni sotto forma, ad esempio, di danni c.d. punitivi o esemplari⁵¹.

La scelta non appare scontata, specie se si considera come la stessa Corte di giustizia abbia considerato, in linea di principio, i danni punitivi non incompatibili con l'ordinamento giuridico europeo⁵².

Storicamente, a livello nazionale si erano confrontati due approcci. L'uno, riferibile alla tradizione giuridica di *common law*⁵³, propendeva per la piena ammissibilità di risarcimenti in funzione esemplare. L'altro la escludeva in quanto estranea alla natura stessa del risarcimento⁵⁴.

⁵⁰ V. V. BUTORAC MALNAR, *op. cit.*

⁵¹ Art. 3 § 3 direttiva n. 104/2014.

⁵² Cfr. C-407/14 *Arjona Camacho* e C-367/15 *Stowarzyszenie*.

⁵³ Fino alla trasposizione della Direttiva n. 104, il Competition Act irlandese (Sez. 14(5)(b)) ammetteva i risarcimenti esemplari nei procedimenti di *private antitrust enforcement*. Allo stesso modo i danni punitivi erano (e sono) considerati ammissibili in via generale nel diritto inglese sin dalla famosa sentenza *Rookes v. Barnard* (1963). Il diritto *antitrust* ha visto l'applicazione di risarcimenti punitivi ad opera del Competition Appeal Tribunal nel caso *2 Travel v. Cardiff Bus* (2012).

⁵⁴ Sulla funzione del danno nel sistema della responsabilità civile nei sistemi continentali v., con riferimento al sistema italiano, *Trattato di Diritto Civile*, diretto da N. LI-PARI, P. RESCIGNO, Vol. IV n. III (*La responsabilità e il danno*), Milano, 2009; sui danni punitivi v. P. MONATERI, D. GIANTI, L. SIQUILINI CINELLI, *Danno e risarcimento*, in P. MONATERI (diretto da), *Trattato sulla Responsabilità Civile*, Torino, 2013, 144-146.

Una prima rottura si era verificata proprio con la decisione del Giudice di Pace di Bitonto a valle della decisione sul caso *Manfredi*⁵⁵, che aveva ammesso, alla luce del principio di effettività, la condanna ad un risarcimento superiore al danno patito. Anni dopo, seppur molto più timidamente, anche le Supreme Corti di Francia ed Italia⁵⁶ hanno seguito l'idea della non incompatibilità a priori, in fattispecie che però riguardavano l'*enforcement* di decisioni giudiziali straniere (specie statunitensi), concernenti la condanna a risarcimenti punitivi.

La direttiva n. 104, almeno in apparenza, ha rifiutato l'introduzione di risarcimenti punitivi nei giudizi di *private antitrust enforcement*⁵⁷.

La dottrina, in uno sforzo di coordinamento tra la disciplina del danno e i principi di proporzionalità e, soprattutto, deterrenza, ha sostenuto che la funzione regolatoria e appunto deterrente del risarcimento può essere adeguatamente assolta dalle componenti non patrimoniali dello stesso⁵⁸. Più difficile, con riferimento alla posizione del consumatore, è assegnare funzioni sanzionatorie anche solo in senso lato al risarcimento del danno patrimoniale.

Per ricomporre il problema, è forse utile partire dall'inquadramento sistematico del risarcimento del danno, nell'ottica di un'interpretazione funzionale del principio di proporzionalità⁵⁹. La logica della complementarità tra *public* e *private enforcement* giustifica una modulazione del risarcimento su basi puramente (o quasi) compensative, riallocando la deterrenza nel campo delle sanzioni pubblicistiche. Tutto ciò, sembra, anche in virtù di un'idea non puramente patrimoniale del principio di dissuasività delle sanzioni⁶⁰, che vede appunto nella rilevanza politica delle decisioni della Commissione o delle ANC un efficace strumento di coordinamento del mercato.

⁵⁵ Cfr. Giudice di Pace di Bitonto, decisione del 21.05.2007, R.G. 172/2003.

⁵⁶ Cfr. Cour de Cassation (Francia), decisione n. 1090/2010 (*Fontaine Pajot*); Cass. n. 16601/2017.

⁵⁷ Il principio è richiamato non solo nel già citato art. 3, ma altresì nell'art. 12 § 2.

⁵⁸ E. NAVARRETTA, *op. cit.*, 48-49.

⁵⁹ F. CAFAGGI, P. IAMICELI, *op. cit.*, 594-604.

⁶⁰ F. CAFAGGI, P. IAMICELI, *op. cit.*, 607-608.

Del resto, la medesima valenza politica e regolatoria è attribuita da taluni ordinamenti all'istituto dei danni punitivi⁶¹. In un contesto composto come quello dell'Unione il divieto di sovra-compensazione, peraltro coordinato con la risarcibilità di poste di danno non patrimoniale, appare una scelta ragionevole ed in linea con l'ottica istituzionale del sistema.

Un problema sorge, a questo punto, allorché la dinamica dell'illecito non consenta o renda oltremodo arduo alla moltitudine dei consumatori accedere al risarcimento, specie per la difficoltà di provare il danno concretamente subito. Si pensi, ancora una volta, alle azioni *stand alone* o a fattispecie complesse quali quelle di trasferimento del sovrapprezzo a diversi livelli delle catene produttive, o ancora dei prezzi di protezione. Potrebbe, in questi casi, un'applicazione *una tantum* di risarcimenti punitivi garantire l'effettività della tutela dei consumatori in termini di riequilibrio delle dinamiche di mercato?

Alcuni dei profili suesposti sono stati considerati da una originale decisione del Tribunale di Gelderland (Paesi Bassi)⁶². Il giudice olandese, nella fattispecie, ha ritenuto che in un giudizio risarcitorio tra acquirente diretto e convenuto responsabile della violazione, il risarcimento non possa non tenere conto della posizione degli acquirenti indiretti (consumatori) pur non coinvolti direttamente nel giudizio.

Laddove le prospettive di una favorevole azione risarcitoria promossa direttamente dal consumatore siano scarse, allora, ha sostenuto il Tribunale, sarebbe ragionevole risarcire l'acquirente diretto in misura superiore al danno nella convinzione che tale sovra-compensazione vada a beneficiare i consumatori finali sotto forma di riduzione dei prezzi.

Si tratta, è evidente, di una posizione per certi versi estrema e condizionata dal fatto che, nel caso di specie, l'acquirente diretto fosse una società a partecipazione pubblica e quindi soggetta a logiche non puramente di mercato. Il problema di fondo rimane tuttavia quello di armonizzare divieto di sovra-compensazione e principio di effettività, finaliz-

⁶¹ V. su tutti C. SHARKEY, *Punitive Damages as Societal Damages*, in *The Yale L. J.*, 2, 2003, 347-453.

⁶² Cfr. Trib. Gelderland (Paesi Bassi), n. 1724/2017, *Tennet v. Alstom*.

zando il risarcimento all'annullamento «di qualsiasi vantaggio economico tratto da un soggetto partecipe di un'intesa anticoncorrenziale o di una pratica concordata vietata»⁶³.

Sarebbe auspicabile, sul punto, un intervento della Corte di giustizia che valutasse un'interpretazione orientata del divieto di sovra-compensazione contenuto nella Direttiva n. 104.

4. Illecito anti-concorrenziale e regole di validità del contratto

Per molti versi il problema della tutela privata dalle violazioni *anti-trust* è un problema di incentivi all'utilizzo dello strumento stesso della tutela, i.e., in primo luogo, l'azione risarcitoria⁶⁴. Su questo punto la direttiva n. 104 è stata altresì soggetta a critiche da parte di alcuni stati membri, i quali hanno sostenuto che essa abbia fallito nel centrare uno dei suoi obiettivi principali, i.e. la promozione del *private antitrust enforcement* a livello di Unione⁶⁵.

Un profilo che merita di essere esaminato riguarda l'attitudine della sola tutela risarcitoria a soddisfare l'esigenza di effettività. Invero, che il *private enforcement* si concreti nella tutela risarcitoria è principio consolidato nel diritto vivente dell'Unione europea e pienamente trasfuso nella Direttiva n. 104.

In ciò la tutela del consumatore da illecito antitrust si differenzia dai regimi di tutela in punto di clausole abusive o pratiche commerciali scorrette, i quali sono stati progressivamente modellati dal legislatore e delle corti attorno a regole di validità dei contratti stipulati⁶⁶.

⁶³ Cfr. Giudice di Pace di Bitonto, decisione del 21.05.2007, R.G. 172/2003.

⁶⁴ S. PEYER, *Compensation and the Damages Directive*, in *Eur. Comp. J.*, 1, 2016, 87-112.

⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶ Se la tutela da clausole abusive era stata sin dall'origine concepita in termini di nullità delle clausole stesse, la disciplina delle pratiche commerciali scorrette ha visto una progressiva espansione del ruolo della nullità di protezione, specie ad opera della giurisprudenza. Con riferimento all'ordinamento italiano, v. ad es. A. SEMINARA, *La tutela civilistica del consumatore di fronte alle pratiche commerciali scorrette*, in *Con-*

Alcune recenti evoluzioni della giurisprudenza italiana suggeriscono, tuttavia, spunti ulteriori. Alla loro base, un nuovo filone di pronunce su domande di nullità di contratti di fideiussione stipulati secondo lo schema contrattuale dell'ABI del 2003, giudicato, con provvedimento di Bankitalia⁶⁷ 2 maggio 2005, contrario all'art. 2 l. 287/1990.

Il problema del nesso funzionale tra intesa anticoncorrenziale illecita e validità dei contratti 'a valle', nella logica del collegamento negoziale, era stato messo a nudo da autorevolissima dottrina già da tempo⁶⁸. Solo recentemente si è però stratificato un *corpus* di decisioni tale da consentire una riflessione appena organica.

In concreto, la questione rileva in quanto tocca la possibilità, per il consumatore/attore, di invocare la nullità del contratto 'a valle', accedendo così alla tutela restitutoria e non più solo risarcitoria.

La sentenza n. 29810/2017 della Suprema Corte, pur pronunciandosi in *obiter dictum*, aveva ammesso che l'invalidità di un'intesa anticoncorrenziale si riflettesse sui contratti stipulati a valle di essa, a motivo del nesso inscindibile ricorrente tra l'intesa ed i contratti conclusi dai consumatori che dell'intesa rappresentata, funzionalmente, lo sbocco e la realizzazione⁶⁹.

Pur nella sua generalità, la decisione era stata abbastanza dirompente da innescare un dibattito tra le corti, specie in quanto pareva allontanarsi dalla precedente giurisprudenza secondo cui

dalla declaratoria di nullità di una intesa (...) non discende automaticamente la nullità di tutti i contratti posti in essere dalle imprese aderenti

tratti, 6, 2018, 689 ss.; A. VERDESCA, *Pratiche commerciali scorrette e tutela dei consumatori: tra conformazione del contratto e poteri delle authorities*, in *Corriere Giur.*, 7, 2019, 934 ss.

⁶⁷ Al momento dei fatti, Autorità Garante.

⁶⁸ G. T. ELMI, *Antitrust, contratti a valle e risarcimento del danno*, in *Obbl. e contr.*, 1, 2005; R. CALVO, *Diritto antitrust e contratti esecutivi dell'intesa vietata (contributo allo studio dei Folgeverträge)*, in *Contratti*, 2, 2005, 181; V. ROPPO, *Il Contratto*, in G. IUDICA, P. ZATTI (diretto da), *Trattato di Diritto Privato*, Milano, 2011, 707.

⁶⁹ Cfr. sul tema Cass. 2207/2005; Cass. 12551/2013.

all'intesa, i quali mantengono la loro validità e possono dar luogo solo ad azione di risarcimento danni⁷⁰.

Una successiva decisione di merito⁷¹ aveva voluto leggere nella decisione della Cassazione l'ammissione di una tutela non tanto risarcitoria quanto restitutoria, conseguente alla declaratoria di nullità del contratto contrario al diritto *antitrust*.

Un'altra decisione⁷², invece, aveva messo in luce come la tesi appena esposta avrebbe dovuto condurre, per coerenza, alla nullità di tutti i contratti stipulati dai consumatori a valle di intese illecite, con conseguenti obbligazioni restitutorie anche a carico dei consumatori stessi, come la retrocessione del bene acquistato.

Pertanto, la decisione in esame aveva ritenuto di dover negare automatici riflessi dei provvedimenti sanzionatori dell'Autorità Garante sulla validità dei contratti 'a valle'⁷³.

Nel 2019, alcuni nuovi interventi della Suprema Corte hanno respinto questo approccio restrittivo, confermando l'impostazione che derivava da Cass. 29810/2017 e dunque affermando l'invalidità dei contratti derivati da illecito anticoncorrenziale ed agganciando questa posizione ai principi del diritto europeo.

Di certo la giurisprudenza dell'ultimo triennio ha fondato le proprie conclusioni su una casistica concreta invero particolare. L'intesa anticoncorrenziale aveva infatti preso la forma di un modello contrattuale⁷⁴, che si prestava pertanto a censure selettive, relative a singoli profili dell'intesa e non all'intesa tutta. La valutazione degli effetti dell'illiceità a

⁷⁰ Cfr. Cass. 9384/2003.

⁷¹ Cfr. Trib. Salerno, 23 agosto 2018.

⁷² Cfr. Trib. Treviso, 30 luglio 2018.

⁷³ In questo senso conformandosi strettamente al dettato di Cass. 9884/2003. L'orientamento pare essersi consolidato nella giurisprudenza del tribunale di Treviso che con due successive decisioni ha di fatto confermato l'impostazione che vede nella tutela risarcitoria l'unico rimedio civilistico a disposizione del consumatore leso da pratiche anticoncorrenziali. Più in particolare, le due decisioni hanno negato la sussistenza di quel nesso teleologico fondamentale ai fini dell'individuazione di un collegamento negoziale tra l'intesa e i contratti a valle, sì da poterne predicare la nullità derivata. Cfr. Trib. Treviso, 26 agosto 2019; Trib. Treviso, 5 agosto 2019.

⁷⁴ Ossia lo schema contrattuale ABI del 2003.

monte sui contratti di fideiussione a valle non poteva perciò prescindere dal tenere conto di questo aspetto.

Ciò posto, tuttavia, vanno risolte alcune questioni essenziali.

In primo luogo, il regime dell'invalidità dei contratti a valle. Si tratta di nullità parziale *ex art. 1419 c.c.* o assoluta *ex art. 1418*? La Cassazione, ove se ne è occupata, ha ricostruito un'armonia logica all'interno della sua giurisprudenza vecchia e nuova, confermando che dalla nullità dell'intesa *non* discende la automatica nullità del contratto a valle nella sua interezza⁷⁵.

Ne consegue che, ove il provvedimento dell'Autorità Garante circoscriva il suo accertamento ad alcune specifiche clausole dell'intesa a monte, riflesse poi in singole parti del contratto a valle, può trovare applicazione l'art. 1419 c.c., «ove l'assetto degli interessi in gioco non venga pregiudicato da una pronuncia di nullità parziale, limitata alle clausole rivenienti dalle intese illecite»⁷⁶.

L'applicazione dell'art. 1419 si giustifica insomma sulla base del confronto tra l'originario programma contrattuale concordato dalle parti e quello risultante dall'elisione delle clausole illecite in quanto derivate dall'applicazione dei profili illeciti dell'intesa a monte⁷⁷. Ove i due sistemi risultino compatibili tra loro, non comportando una sensibile alterazione dell'assetto degli interessi sotteso all'accordo, si avrà nullità parziale. Il tenore del 1419 si presta così ad una funzionalizzazione a fini protettivi degli interessi di una parte contrattuale⁷⁸.

È fatta salva, tuttavia, l'autonoma valutazione del giudice *ex art. 1418 c.c.* ove l'intesa illecita incida su un elemento essenziale del contratto a valle.

La 'scelta' tra art. 1418 e art. 1419 dipende quindi da una valutazione sull'entità e sull'incidenza del collegamento negoziale tra l'intesa illecita a monte ed i contratti a valle, o meglio, con riferimento alla casistica esaminata, del collegamento tra i profili illeciti del modello contrattuale censurato dall'autorità garante e le clausole del contratto di fideiussione a valle che di quei profili illeciti costituiscono diretta applicazione.

⁷⁵ Cfr. Cass. 24044/2019.

⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷ V. ROPPO, *op. cit.*, 813.

⁷⁸ V. ROPPO, *op. cit.*, 814.

Nell'ottica della Suprema Corte, l'effettività della tutela del consumatore è garantita allorché a quest'ultimo sia concesso di utilizzare l'accertamento portato dal provvedimento dell'Autorità Garante al fine di questionare la validità delle clausole del contratto a valle corrispondenti ai profili critici dell'intesa illecita⁷⁹, nell'ottica della complementarità tra tutela pubblicistica e privatistica⁸⁰.

Questo comporta la riproposizione del regime di prova privilegiata del provvedimento secondo quanto già stabilito in tema di azioni risarcitorie. Ne consegue che ove il provvedimento dell'Autorità Garante attesti l'incidenza dell'intesa anticoncorrenziale sugli equilibri dei negozi a valle stipulati dai consumatori, l'operatore convenuto in sede civile non potrà contestare l'idoneità causale dell'intesa sanzionata a danneggiare il consumatore/controparte contrattuale, perlomeno non sulla base delle circostanze di fatto già prese in considerazione dall'Autorità⁸¹.

Ricostruiti i confini della nullità emersa dalle decisioni esaminate, si pone il problema della sua rilevabilità.

Alcune decisioni di merito hanno escluso la rilevabilità officiosa di tale nullità che sarebbe pertanto soggetta alle ordinarie preclusioni e decadenze processuali⁸². Ancora, in linea con la giurisprudenza in tema di azioni risarcitorie, al consumatore sarebbe richiesta l'allegazione in giudizio del provvedimento dell'Autorità Garante a fondamento della sua pretesa restitutoria.

Se però la nullità in questione è da classificarsi come protettiva o comunque finalizzata a garantire l'effettività della tutela del consumatore e quindi proteggere i suoi interessi alla luce del diritto europeo, viene da chiedersi se non debba applicarsi il *dictum* delle Sezioni Unite⁸³ secondo cui il giudice ha il potere-dovere di rilevare officiosamente, ove emerga dagli atti di causa, la nullità del contratto, anche ove si tratti di nullità protettiva.

⁷⁹ Cfr. Cass. 21878/2019; Cass. 13846/2019.

⁸⁰ *Ibid.*

⁸¹ *Ibid.*

⁸² Cfr. Trib. Milano 8 agosto 2019, Trib. Spoleto 20 giugno 2019.

⁸³ Cfr. Cass. sez. un., 26242 e 26243 del 2014.

Invero, sono le stesse Sezioni Unite a qualificare la disciplina *antitrust* quale complesso di norme atte a coniugare la protezione del contraente debole con il perseguimento di valori costituzionalmente rilevanti, primo fra tutti il corretto funzionamento del mercato *ex art. 41 Cost.*⁸⁴.

Il regime di rilevabilità officiosa appare pertanto applicabile altresì ai casi di specie, fatta salva la possibilità per la parte di non avvalersi della nullità parziale rilevata *ex officio*⁸⁵.

Un approccio più coraggioso in punto di regime sostanziale e processuale della nullità in esame è stato fatto proprio dal Tribunale di Salerno⁸⁶ che, sulla base di un'interpretazione costituzionalmente orientata, ha applicato un livello di tutela decisamente più elevato di quella patrocinata dalla stessa Cassazione.

In primo luogo, ha sostenuto il giudice, la domanda di nullità rimane soggetta all'art. 1421 ed è pertanto, anche alla luce della giurisprudenza richiamata, rilevabile officiosamente.

In secondo luogo, va esclusa l'applicabilità dell'art. 1419 e dichiarato nullo l'intero contratto. Questo perché l'intesa anticoncorrenziale sanzionata intaccherebbe quei valori di solidarietà (*ex art. 2 Cost.*) e buona fede «che permeano tutto l'impianto dei rapporti tra privati». Oltretutto, solo il rimedio della nullità assoluta garantirebbe l'effettività del *private antitrust enforcement*, contribuendo a scoraggiare l'applicazione delle clausole restrittive della concorrenza⁸⁷.

Si tratta di una decisione coraggiosa e che indubbiamente eccede i confini tracciati dalle recenti pronunce della Suprema Corte che riman-

⁸⁴ Cfr. Cass. sez. un. 26242/2014, § 3.12.1.

⁸⁵ Cfr. Cass. sez. un. 26242/2014.

⁸⁶ Cfr. Trib. Salerno 2 ottobre 2019.

⁸⁷ Peraltro, il riferimento al regime della nullità assoluta impedirebbe al consumatore di decidere di non avvalersi della tutela invalidatoria, perdendo la nullità il suo carattere protettivo per ancorarsi invece molto più saldamente alla necessità di protezione dell'ordine pubblico economico.

gono, ad ora, il punto di riferimento più significativo. Del resto, l'opzione della nullità assoluta, già in tempi non sospetti, era stata radicalmente esclusa dalla dottrina⁸⁸.

Questa decisione ha però il merito di adottare un approccio comprensivo, valutando gli effetti degli illeciti *antitrust* sul contratto alla luce del dettato costituzionale, del diritto europeo, del principio di effettività e di quello di dissuasività delle sanzioni.

Il dibattito in corso tra le corti italiane ripropone in chiave dialettica il rapporto tra giustizia contrattuale ed efficienza⁸⁹.

L'approccio istituzionale alla regolazione del mercato non può ignorare che gli illeciti anticoncorrenziali, per loro natura, incidono su una ampia e difficilmente identificabile platea di relazioni negoziali. Costruire regole di validità con riferimento a serie di contratti più o meno direttamente influenzati dall'illecito⁹⁰ reca ostacoli pratici non trascurabili, non solo per gli operatori nel mercato ma anche per i consumatori stessi, come appena ricordato.

La scelta del rimedio tra nullità assoluta e nullità parziale riflette diverse opzioni di bilanciamento tra esigenze contrapposte.

L'affermazione del rimedio della nullità protettiva, conformemente all'art. 47 CDFUE, ne costituisce un'applicazione orizzontale. Esso consente così al giudice di fare leva direttamente sull'art. 101 TFUE per intervenire sulle clausole contrattuali espressione dell'illecito *antitrust* nell'ottica di un riequilibrio del rapporto negoziale ma non di una sua totale rescissione che danneggerebbe spesso anche il consumatore.

⁸⁸ G.T. ELMI, *op. cit.* A onor del vero, va ricordato che l'A. esclude l'operatività della nullità assoluta lamentando che quest'ultima, imponendo la ripetizione delle prestazioni, condurrebbe a conseguenze potenzialmente pregiudizievoli per il consumatore stesso. La giurisprudenza recente si è però confrontata con contratti di garanzia personale quali le fideiussioni, ove il rimedio della nullità assoluta, nel concreto, va tutto a vantaggio del garante, indebolendo pertanto la considerazione su cui negli anni passati s'era fondata la rigidità della dottrina.

⁸⁹ E. NAVARRETTA, *op. cit.*, 51-57.

⁹⁰ Si pensi, ad esempio, ai possibili riflessi che l'intesa esercita sui contratti stipulati con operatori estranea all'illecito ma che in virtù di esso modulano clausole o condizioni economiche del contratto, come accade, ad es., con i prezzi di protezione. Potrebbero questi contratti essere passibili di taglio?

La giurisprudenza di merito⁹¹ ha ulteriormente evidenziato come l'ag-gancio del 1419 c.c. alla normativa *antitrust* (europea e interna) consente di prescindere dal riscontro concreto di un collegamento negoziale tra l'intesa vietata ed il contratto. In altri, termini, come già ricordato dalla Suprema Corte, il giudice è chiamato a valutare unicamente se il contratto rifletta uno o più profili fatti propri dall'intesa censurata e, sulla base di questo, dichiarare la nullità.

Resta da valutare il caso in cui un contratto 'a valle' derivi da un'intesa non oggetto di valutazione o giudizio da parte dell'Autorità Garante, ovvero sia uno schema di giudizio *stand alone*.

Ci si muove nel campo delle ipotesi, non avendo il problema trovato ancora riscontro giurisprudenziale. Tuttavia, viene logico chiedersi se, in applicazione del principio di effettività, il giudice possa rilevare officiosamente la nullità dell'intesa 'a monte' al fine di decidere sulla validità di una o più clausole del contratto 'a valle'.

Il diretto ancoraggio della tutela invalidatoria all'art. 101 TFUE così come ai principi (invero molto ampi) della giurisprudenza *Courage*, secondo lo schema seguito da talune delle sentenze citate, potrebbe suggerire una risposta positiva⁹².

Permangono, d'altro canto, criticità pratiche relative alla dimensione tecnica del giudizio di validità sull'intesa anti-concorrenziale, dipendente da valutazioni di carattere economico e finanche politico.

Parrebbe pertanto ragionevole rivolgersi alle soluzioni processuali già sperimentate in tema di giudizi risarcitori *stand alone*, consentendo al giudice di rivolgersi all'Autorità Garante o comunque di disporre officiosamente delle perizie necessarie al fine di accertare l'illiceità dell'intesa 'a monte' così come il suo collegamento funzionale con il contratto dedotto in giudizio.

L'itinerario logico seguito dalla giurisprudenza italiana è nondimeno rilevante anche in prospettiva comparata.

⁹¹ Cfr. Trib. Padova, 3 ottobre 2019.

⁹² Un tanto specie alla luce del nesso funzionale tra tutela generale (del mercato) e particolare (del consumatore) nella nullità di protezione, come affermato da Cass. sez. un. 26242 e 26243 del 2014. Di conseguenza, la ragione giustificatrice della rilevanza officiosa della nullità nel contratto si ripropone altresì nella necessaria elisione dell'intesa anti-concorrenziale.

In effetti, si è visto come i giudici nazionali abbiano fatto ampio uso del concetto di effettività in tutte le sue sfaccettature per modulare, già prima della direttiva 104, il regime probatorio dei giudizi risarcitori *antitrust*; tuttavia, si è detto che la maggior parte delle corti nazionali abbia fondato le proprie innovazioni sugli spazi discrezionali concessi al giudice dai rispettivi ordinamenti processuali.

Meno prudente e più ancorato al riferimento diretto all'effettività è stato il percorso seguito dalla giurisprudenza italiana. Non è quindi forse un caso che la medesima giurisprudenza abbia enucleato dal principio di effettività l'affermazione della nullità (parziale) del contratto 'a valle' di illeciti anti-concorrenziali.

Nel ragionamento delle corti italiane, è un sentiero tutto interno al diritto europeo quello che dalla decisione *Courage*⁹³ e passando per *Manfredi* apre le porte dei negozi inter-privati alla spinta ri-equilibratrice del diritto *antitrust*. Che questo avvenga a mezzo della tutela risarcitoria oppure invalidatoria la logica non cambia.

Ciò anche in virtù di una considerazione pratica: il riconoscimento di un rimedio meramente risarcitorio invece di quello restitutorio poco inciderebbe sul *quantum debeatur*⁹⁴, posto che il risarcimento, sotto il profilo del danno emergente, coinciderebbe comunque con le somme che il consumatore non sarebbe stato tenuto a pagare ove le clausole in contrasto con il diritto *antitrust* non fossero state inserite nel contratto⁹⁵.

È, si intuisce, la tendenza all'interpretazione orientata che valorizza il dialogo tra diritto interno e diritto europeo, tra corti nazionali e Corte di giustizia, finalizzato ad un'applicazione orizzontale del principio di effettività.

⁹³ La giurisprudenza *Courage* è direttamente richiamata da Trib. Chieti n. 565/2019, in tema di nullità del tasso di interesse per intesa illecita sull'alterazione del tasso EURIBOR.

⁹⁴ Ci si riferisce, ovviamente, al risarcimento del danno patrimoniale inteso come "conseguenza pregiudizievole, suscettibili di misurazione economica in termini oggettivi, derivata al patrimonio del danneggiato dalla lesione di un interesse, di natura patrimoniale o meno, riguardante i beni o la persona" e determinato sulla base dell'art. 1223 c.c. V. D. POLETTI, *Il danno risarcibile*, in *La responsabilità e il danno*, cit., 377-381.

⁹⁵ In questi termini si esprime Trib. Padova, 3 ottobre 2019.

Su questa base, il compito delle Corti, specie quelle di ultima istanza, diviene proprio quello di selezionare i rimedi, evitando che applicazioni entusiastiche ed indiscriminate di tali principi incidano sullo stesso equilibrio di mercato che il diritto *antitrust* punta a regolare.

5. Conclusioni

I frutti migliori dell'evoluzione del *private antitrust enforcement* dalle decisioni *Courage* e *Manfredi* sono stati prodotti dalle dinamiche applicative dei principi enunciati dalla CGUE e 'affidati' ai giudici nazionali.

Il dialogo fra corti valorizza la complementarità tra *enforcement* pubblico e privato, enucleando una dimensione applicativa del principio di effettività che contempera anche l'efficienza.

Dall'altro lato, il legislatore europeo appare a volte pago di riaffermare principi aprendo margini di interpretazione per i giudici. Quando interviene, però, esso privilegia ancora una dimensione 'istituzionale' del diritto *antitrust* e si mostra a tratti preoccupato di proteggere l'*enforcement* a matrice pubblica dalle esigenze di tutela effettiva nell'*enforcement* privato.

In questo quadro, l'impianto del *private antitrust enforcement* è ancora fortemente legato agli spunti interpretativi dei giudici, che sulla base del diritto europeo e nazionale si incaricano di sperimentare regimi sostanziali e processuali idonei a garantire razionalità e quantomeno parziale indipendenza alla tutela privata.

Del resto, la dinamicità delle corti nell'applicazione dei principi e nel confronto tecnico con problematiche di natura economico-sociale nell'individuazione dei regimi probatori, del danno risarcibile, degli strumenti di tutela, dà ulteriore conferma della naturale porosità del diritto *antitrust*⁹⁶, strutturalmente adatto ad assorbire e tradurre in regola giuridica le istanze socio-economiche che lo circondano.

⁹⁶ V. A. EZRACHI, *Sponge*, in *Journal of Antitrust Enforcement*, Vol. 5, 2017, 49-75.

DATI PERSONALI
E INFORMAZIONI ALL'INTERESSATO.
L'IMPATTO DELL'ART. 47 CDFUE
E DEL PRINCIPIO DI PROPORZIONALITÀ

PRIME RIFLESSIONI ALLA LUCE DEL DIALOGO
FRA CORTI E AUTORITÀ DI CONTROLLO

*Chiara Angiolini**

SOMMARIO: 1. Introduzione. 2. La disciplina delle informazioni da fornire all'interessato alla luce dell'art. 47 CDFUE e dei principi di effettività e di proporzionalità. 3. Il dialogo fra le Corti e le autorità di controllo come metodo. Gli strumenti. 4. Informazioni all'interessato, effettività e art. 47 CDFUE. 5. Il criterio dello sforzo sproporzionato e l'art. 52 CDFUE. 6. Alcuni primi risultati e spunti per future ricerche.

1. Introduzione

Nel contesto di una più ampia ricerca sulla tutela effettiva dei diritti fondamentali e sulla possibile qualificazione dei dati personali come beni giuridici¹, con questo contributo ci si propone di svolgere alcune riflessioni sul ruolo del principio di effettività, dell'art. 47 CDFUE e del principio di proporzionalità nell'interpretazione della disciplina delle informazioni da fornire all'interessato quando siano raccolti dati personali che lo riguardano.

* Phd, Assegnista di ricerca in Diritto Privato, Università di Trento.

¹ L'indagine si inquadra all'interno del progetto FRICoRE, *EU/JUST/2017 Action Grants Programme Project: Fundamental Rights In Courts and Regulation*, 2019-2022 e di uno studio sulla qualificazione dei dati personali come beni nel diritto privato, cfr. C. ANGIOLINI, *Lo statuto dei dati personali. Uno studio a partire dalla nozione di bene*, Torino, 2020.

L'obiettivo è duplice: *in primis* si vuole comprendere come nell'interpretazione della disciplina di diritto secondario il principio di effettività e l'art. 47 CDFUE, in particolare sotto il profilo del diritto ad un rimedio effettivo², vengano declinati in relazione alla tutela di un altro diritto fondamentale: il diritto alla protezione dei dati personali previsto dall'art. 8 CDFUE.

Il secondo obiettivo è riflettere sull'articolazione dei rapporti fra tutela dei diritti fondamentali – in particolare gli artt. 47 e 8 CDFUE – e principio di proporzionalità. Tale principio, diversamente interpretato dalla dottrina, è centrale nell'applicazione dell'art. 52 CDFUE in relazione alle limitazioni ai diritti e alle libertà previste dalla Carta, e assume rilevanza anche nei rapporti interprivati³. La disciplina oggetto di

² Non si guarderà dunque alla declinazione dell'effettività in senso oggettivo, come effettività del diritto europeo. Sul tema la bibliografia e l'analisi della giurisprudenza della Corte di giustizia è amplissima. Per un'analisi acuta e una rassegna della bibliografia si veda: F. EPISCOPO, *L'effettività del diritto (privato) europeo nella giurisprudenza della Corte di Lussemburgo. Analisi di un concetto indeterminato*, Tesi di dottorato, a.a. 2018/2019, Università di Pisa. Per un'analisi dei casi giurisprudenziali in materia di protezione dei dati personali si veda: AA.Vv., *Re-Jus Casebook Effective Justice in Data Protection*, 2018, reperibile all'indirizzo: http://rejus.eu/sites/default/files/content/materials/rejus_casebook_effective_justice_in_data_protection_.pdf/.

³ Sul principio di proporzionalità in generale la bibliografia è sterminata. Oltre agli scritti contenuti in questo volume, in letteratura, fra gli altri: T.I. HARBO, *The function of Proportionality Analysis in European Law*, Leiden-Boston, 2015. W. SAUTER, *Proportionality in EU law: A balancing act?*, in *Cambridge Yearbook of Eur. Leg. St.*, 15, 2013, 439-466. Sulla rilevanza dei rapporti fra art. 47 CDFUE e principio di proporzionalità, nell'ambito del diritto dei consumatori: F. CAFAGGI, P. IAMICELI, *The principles of effectiveness, proportionality and dissuasiveness in the Enforcement of EU consumer law: the impact of a triad on the choice of civil remedies and administrative sanctions*, in *Eur. Rev. Priv. L.*, 2, 2017, 575 ss. Sul ruolo del principio di proporzionalità nel diritto privato, anche europeo: P. IAMICELI, *L'esclusione dal contratto*, Torino, 2012; C. CAMARDI, *Certezza e incertezza nel diritto privato contemporaneo*, Torino, 2017, spec. 193 ss.; A. HARTKAMP, *European Law and National Private Law*, Cambridge, 2016, spec. 116 ss. Sul principio di proporzionalità nell'ambito della protezione dei dati personali e nell'interpretazione della Corte di giustizia, fra gli altri: C. BAGGER TRANBERG, *Proportionality and data protection in the case law of the European Court of Justice*, in *Int. Data Privacy L.*, 4, 2011, 239 ss.; A. GUINCHARD, *Taking proportionality seriously: The use of contextual integrity for a more informed and transparent analysis in EU data protection law*, in *Eur. L. J.*, 6, 2018, 434-457.

analisi è in proposito particolarmente significativa, in quanto è lo stesso Reg. UE 2016/679 a prevedere norme di temperamento degli interessi che utilizzano il criterio della proporzionalità.

2. La disciplina delle informazioni da fornire all'interessato alla luce dell'art. 47 CDFUE e dei principi di effettività e di proporzionalità

Nel leggere la disciplina delle informazioni da fornire all'interessato alla luce degli interrogativi appena richiamati ci si concentra su due profili. Il primo attiene alla rilevanza dell'art 47 CDFUE nella disciplina delle informazioni da rendere all'interessato, e il secondo l'interpretazione del criterio della proporzionalità per come declinato nell'art. 14 Reg. UE 2016/679.

Per quanto riguarda il primo aspetto viene in rilievo il ruolo della disciplina relativa all'informazione all'interessato rispetto alla possibilità, per quest'ultimo, di esercitare i diritti di cui è titolare. Le regole generali in materia sono contenute negli artt. 13, 14 e 15, co. 1 e 2 Reg. UE 2016/679. Tali norme individuano le informazioni che devono essere comunicate all'interessato, fra cui quelle relative alle finalità del trattamento, al periodo di conservazione dei dati personali, agli eventuali destinatari – o categorie di destinatari – di tali dati. L'assenza di informazioni riguardanti il tipo di trattamento – prima prevista ad esempio nell'ordinamento italiano attraverso il riferimento alle informazioni sulle modalità del trattamento⁴ – è significativa per quanto riguarda la garanzia dell'esercizio dei diritti dell'interessato. In proposito, bisogna sottolineare che, secondo il considerando 39 Reg. UE 2016/679, in virtù dell'applicazione del principio di trasparenza di cui all'art. 5 Reg. UE 2016/679, dovrebbero essere conoscibili per le persone fisiche le modalità con cui i dati sono raccolti, utilizzati, consultati o altrimenti trattati.

⁴ Si veda la versione dell'art. 13, lett. a) del d.lgs. 196/2003 precedente all'entrata in vigore del Reg. UE 2016/679. Per un'applicazione di tale disciplina da parte del Garante per la Protezione dei dati personali: GDPD, 22 dicembre 2016, n. 6074783; GDPD, 22 maggio 2018, n. 9019870; GDPD, 22 maggio 2018, n. 9018499; GDPD, 22 maggio 2018, n. 9006565; GDPD, 22 aprile 2010, n. 1724419.

Occorre anche tener conto della disciplina prevista agli artt. 13, co. 2, lett. f), art 14, co. 2 lett. g) e 15, co. 1, lett. h), secondo i quali l'interessato ha diritto ad ottenere informazioni sulla

esistenza di un processo decisionale automatizzato, compresa la profilazione di cui all'articolo 22, paragrafi 1 e 4, e, almeno in tali casi, informazioni significative sulla logica utilizzata, nonché l'importanza e le conseguenze previste di tale trattamento per l'interessato.

L'ambito di applicazione di questa disciplina è in discussione⁵, così come lo è la sua interpretazione, rispetto alla quale si dibatte circa l'esistenza di un diritto alla spiegazione, di particolare rilevanza rispetto ai trattamenti di dati compiuti attraverso algoritmi⁶.

⁵ Si discute dell'interpretazione di singoli lemmi degli art. 22, 13, 14, 15 Reg. UE 2016/679. Per un primo quadro del dibattito: G. MALGIERI, G. COMANDÉ, *Why a Right to Legibility of Automated Decision-Making Exists in the General Data Protection Regulation*, in *Int. Data Privacy L.*, 4, 2017, 243 ss.; L. EDWARDS, M. VEALE, *Slave to the Algorithm? Why a 'right to an explanation is probably not the remedy you are looking for'*, in *Duke L. & Tech. Rev.*, 18, 2017-2018, 53. L.A. BYGRAVE (relativa alla disciplina previgente), *Automated profiling: minding the machine: article 15 of the EC data protection directive and automated profiling*, in *Com. L. & Sec. Rev.*, 1, 2001, spec. 20. Si vedano anche: GRUPPO DI LAVORO ART. 29, *Linee guida sul processo decisionale automatizzato relativo alle persone fisiche e sulla profilazione ai fini del Regolamento 2016/679*, adottate il 3 ottobre 2017 e emendate il 6 febbraio 2018.

⁶ Vi è chi nega l'esistenza di tale diritto sulla base dell'ambiguità dei dati normativi, come M. TEMME, *Algorithms and Transparency in View of the New General Data Protection Regulation*, in *Eur. D. Prot. L. Rev.*, 4, 2017, 477 ss., e chi si interroga sulla necessità di una informazione per così dire *ex ante*, relativa alla funzionalità astratta del sistema e una *ex post*, che riguarda la singola decisione, e dunque il singolo trattamento. Per una discussione sul tema: L. EDWARDS, M. VEALE, *Slave to the Algorithm?*, cit., 51 ss.; A. MORETTI, *Algoritmi e diritti fondamentali della persona. Il contributo del Regolamento (UE) 2016/679*, in *Dir. Inf. Inf.*, 4, 2018, 799 ss. Alcuni hanno poi proposto un modello di 'leggibilità *by design*', che permetta al singolo di comprendere il funzionamento e l'impatto dell'uso dell'algoritmo su di lui e che combina la trasparenza e la comprensibilità degli algoritmi. In questo senso: G. MALGIERI, G. COMANDÉ, *op. cit.*, 243 ss. Ripercorre il dibattito E. PELLECCIA, *Profilazione e decisioni automatizzate al tempo della black box society: qualità dei dati e leggibilità dell'algoritmo nella cornice della responsible research and innovation*, in *Nuove Leggi Civili Comm.*, 5, 2018, 1209 ss.; per un quadro del dibattito in ambito internazionale si veda: M. BRKAN, *Do algorithms rule the world? Algorithmic decision-making and data pro-*

Seppur, come si è appena accennato, vi siano significative differenze fra la disciplina generale e quella relativa al c.d. «diritto ad una spiegazione», il rapporto fra informazione all'interessato, esercizio dei diritti di cui questi è titolare, effettività della tutela e art. 47 CDFUE sembra potersi affrontare in modo unitario. In linea generale, le informazioni da fornire all'interessato possono essere considerate necessarie affinché l'interessato possa venire a conoscenza dei trattamenti dei dati posti in essere, anche al fine di poter in concreto esercitare i diritti di cui è titolare, alcuni dei quali previsti dall'art. 8 CDFUE. Infatti, ad esempio, se l'interessato non è a conoscenza dell'identità dei destinatari dei dati personali, è chiaro che non potrà esercitare i propri diritti contro questi, divenuti titolari del trattamento a seguito della comunicazione dei dati. Viene quindi in gioco il ruolo dell'art. 47 CDFUE rispetto alla possibilità di agire in giudizio ai fini dell'esercizio dei diritti di cui l'interessato è titolare, che costruiscono un apparato di tutele che attribuisce concretezza al – e permette di far valere nei rapporti inter-privati il – diritto alla protezione dei dati personali⁷.

Queste considerazioni mettono in luce che in mancanza delle informazioni che permettono di comprendere le modalità del trattamento, o di conoscere l'identità del titolare, potrebbe risultare particolarmente difficile, se non impossibile, per l'interessato esercitare i diritti di cui è titolare. Tale difficoltà o impossibilità di esercizio dei diritti dell'interessato potrebbe risultare rilevante anche rispetto all'art. 8 CDFUE, così come al principio di effettività della tutela.

Il secondo aspetto da indagare è suggerito dalla lettura dell'art. 14 Reg. UE 2016/679, co. 5, lett. b), che disciplina le informazioni da fornire qualora i dati personali non siano stati ottenuti presso l'interessato, prevedendo che queste non debbano essere fornite nell'ipotesi in cui «comunicare tali informazioni risulta impossibile o implicherebbe uno

tection in the framework of the GDPR and beyond, in *Int. J. L. Inf. Tech.*, 2, 2019, 91 ss.

⁷ Rispetto a tali diritti, molto si è discusso in dottrina circa la loro qualificazione, sia secondo il punto di vista delle situazioni giuridiche soggettive, guardando a questi come facoltà che connotano il diritto alla protezione dei dati personali, sia in una prospettiva rimediale. In proposito, anche per la relativa bibliografia, sia concesso un rinvio a C. ANGIOLINI, *op. cit.*, 133 ss.

sforzo sproporzionato»⁸. In tali casi il titolare del trattamento deve adottare «misure appropriate» per tutelare i diritti, le libertà e i legittimi interessi dell'interessato, fra cui la pubblicazione delle informazioni, menzionata dallo stesso art. 14 Reg. UE 2016/679⁹.

Si può osservare come nell'ipotesi in cui si riscontri l'esistenza di uno «sforzo sproporzionato» si può creare una situazione di impossibilità o di grande difficoltà per l'interessato di esercitare i propri diritti per mancanza di conoscenza dell'esistenza del trattamento e dell'identità del suo titolare¹⁰. Il che conduce a interrogarsi sull'impatto degli artt. 47 e 8 CDFUE sull'interpretazione del criterio dello «sforzo sproporzionato» di cui all'art. 14, co. 5, lett. b) Reg. UE 2016/679, e sul rapporto fra quest'ultimo e il giudizio di proporzionalità previsto dall'art. 52 CDFUE¹¹. In proposito, parte della dottrina ha letto l'art. 14,

⁸ Si veda anche il considerando n. 62. La norma era già prevista, seppur con una formulazione parzialmente diversa e con un ruolo centrale attribuito all'autorità di controllo, dall'art. 11, comma 2, dir. 95/46/CE e nell'ordinamento italiano dall'art. 13 d.lgs. 196/2003 e dall'art. 10 della l. 675/1996.

⁹ Le linee guida considerano in tal senso la valutazione di impatto, le tecniche di pseudonimizzazione, o la minimizzazione dei dati. GRUPPO DI LAVORO ART. 29, *Linee guida sulla trasparenza ai sensi del regolamento 2016/679*, WP260rev.01, versione adottata il 18 aprile 2018, 33.

¹⁰ Infatti, l'art. 13 Reg. UE 2016/679 prevede che il titolare del trattamento debba comunicare i destinatari dei dati o le categorie di destinatari. È ben possibile dunque che, in assenza di informazioni dal nuovo titolare del trattamento, l'interessato non sia in condizione di identificarlo, nemmeno in via ipotetica.

¹¹ Si può in questa sede soltanto dar conto del fatto che la Corte di giustizia in varie pronunce relative alla disciplina dei dati personali ha applicato il principio di proporzionalità ex art. 52 CDFUE. Fra gli altri si può citare C. giust. UE, *Tele2Sverige AB*, C-203/15 e C-698/15, 21 dicembre 2016, § 96, secondo cui il rispetto del principio di proporzionalità implica che «le deroghe e le restrizioni alla tutela dei dati personali intervengano entro i limiti dello stretto necessario». Nel caso C. giust. UE, *Schecke* C-92/09 e C-93/09, 9 novembre 2010 §§ 65 ss. la Corte ha fatto riferimento al principio di proporzionalità come principio generale del diritto dell'Unione, che impone che gli strumenti previsti da un atto dell'UE «siano idonei a realizzare l'obiettivo perseguito e non vadano oltre quanto è necessario per raggiungerlo». Si vedano anche i casi C. giust. UE, *Schwarz*, C-291/12, 17 ottobre 2013, §§ 23 ss.; C. giust. UE, *Österreichischer Rundfunk*, C-465/00, C-138/01, C-139/01, 20 maggio 2003, in cui il riferimento è la CEDU, C. giust. UE, *Lindqvist*, C-101/01, 6 novembre 2003. Per un'analisi delle pronunce in materia di proporzionalità: C. BAGGER TRANBERG, *op. cit.* Per un primo inqua-

co. 5, lett. b) come norma che contempera i diritti dell'interessato con la necessità di non gravare di eccessivi oneri il titolare del trattamento¹².

3. Il dialogo fra le Corti e le autorità di controllo come metodo. Gli strumenti

Per comprendere come l'art. 47 CDFUE, il principio di effettività e quello di proporzionalità siano applicati in relazione alla disciplina delle informazioni dell'interessato si è adottato il metodo del dialogo fra le Corti, guardando anche alle decisioni delle autorità indipendenti preposte alla tutela dei dati personali, europee e nazionali, in ragione del loro significativo ruolo nel settore.

Tale metodo permette di riflettere sugli strumenti di dialogo che possano promuovere a livello europeo un'interpretazione della disciplina non soltanto armonizzata, ma che garantisca appieno il rispetto dei diritti fondamentali, e in particolare degli artt. 8 e 47 CDFUE, favorendo un'applicazione nazionale di tali diritti che assicuri un medesimo livello di tutela all'interno dell'Unione europea¹³.

Sono prese in esame quelle decisioni in cui si applica il criterio dello sforzo sproporzionato non soltanto rispetto alla disciplina che si è bre-

dramento del tema e per la giurisprudenza più rilevante relativa all'art. 52 CDFUE: S. PEERS, S. PRECHAL, *Art. 52*, in S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER, A. WARD (a cura di), *The EU Charter of Fundamental Rights. A commentary*, Oxford and Portland, 2014, spec. 1455 ss.; per un'analisi critica dell'uso del principio di proporzionalità in relazione ai diritti fondamentali: G. PINO, *Diritti fondamentali e principio di proporzionalità*, in *Ragion pratica*, 2, 2014, 541 ss.; F. FONTANELLI, *The Mythology of Proportionality in Judgments of the Court of Justice of the European Union on Internet and Fundamental Rights*, in *Ox. J. Leg. St.*, 3, 2016, 630 ss. Per un quadro complessivo: A. BARAK, *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge, 2012.

¹² In questo senso V. CUFFARO, *Il diritto europeo sul trattamento dei dati personali*, in *Contratto e Impresa*, 3, 2018.

¹³ Su dialogo fra le corti e armonizzazione fra gli altri: F. CAFAGGI, F. CASAROSA, *L'effettività dei rimedi nelle interazioni giudiziali fra corti nazionali e corti europee*, in P. GALLO, G. MAGRI, M. SALVADORI, *L'armonizzazione del diritto europeo: il ruolo delle corti*, Torino, 2017, 55 ss.

vemente ripercorsa, ma anche ad esempio con riguardo ai provvedimenti relativi all'art. 19 Reg. UE 2016/679¹⁴. La scelta si giustifica in ragione della parziale identità di problemi che si pongono in queste ipotesi, legati alla concreta possibilità di esercizio dei diritti dell'interessato. Si fa riferimento anche ai provvedimenti che riguardano la direttiva 1995/46/CE, che conteneva norme analoghe¹⁵ e le relative norme di attuazione, in quanto costituiscono la base per le interpretazioni del Reg. UE 2016/679.

Venendo ai concreti strumenti di dialogo, non è necessario soffermarsi su quelli, ormai classici, che attengono ai rapporti fra le Corti¹⁶. La peculiarità della materia suggerisce invece di tracciare brevemente il

¹⁴ L'art. 19 Reg. UE 2016/679 prevede che il titolare del trattamento comunichi a ciascuno dei destinatari cui sono stati trasmessi i dati personali le eventuali rettifiche o cancellazioni o limitazioni del trattamento, salvo che ciò si riveli impossibile o implichi uno sforzo sproporzionato. Inoltre, in virtù di tale norma il titolare del trattamento deve comunicare all'interessato tali destinatari qualora questi lo richieda.

¹⁵ La dir. 1995/46/CE prevedeva all'art. 12 una norma simile all'art. 19 Reg. UE 2016/679 e all'art. 11 una norma simile a quella prevista ora dall'art. 14 Reg. UE 2016/679.

¹⁶ Si fa qui riferimento in particolare, per quanto riguarda il rapporto fra Corte di giustizia dell'Unione europea e giudici nazionali, al rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE e all'interpretazione conforme. Di recente sul tema: F. CAFAGGI, S. LAW, *Judicial dialogue in European private law: introductory remarks*, in IID. (a cura di), *Judicial cooperation in European private law*, Cheltenham-Northampton, 2017; H.W. MICKLITZ, B. DE WITTE (a cura di), *The European Court of Justice and the Autonomy of the Member States*, Cambridge-Antwerp-Portland, 2012, 2017 ss.; A. BARBERA, *La carta dei diritti: per un dialogo fra la corte italiana e la Corte di Giustizia*, in *Rivista AIC*, 4, 2017. Per un esempio di applicazione si vedano i *casebooks* elaborati in seno al progetto *Re-Jus, Roadmap to European effective Justice (REJus). Judicial training ensuring effective redress to fundamental rights violations*, accessibili all'indirizzo: <https://www.rejus.eu/content/materials>. Per delle linee guida sull'uso di tali strumenti e per una loro applicazione pratica si vedano i progetti coordinati da F. CAFAGGI, *Judicial interaction techniques - their potential and use in European fundamental rights adjudication, contenute nel Final Handbook, EUI*, disponibile all'indirizzo: <https://www.eui.eu/Projects/CentreForJudicialCooperation/Documents/JUDCOOPdeliverables/FinalHandbookUseofJudicialInteractionTechniquesinthefieldofEFRs.pdf> e *Roadmap to European effective Justice (REJus): judicial training ensuring effective redress to fundamental rights violations*, consultabili all'indirizzo: <https://www.rejus.eu/content/materials>.

quadro dei ruoli delle varie Autorità nazionali¹⁷, e degli strumenti di dialogo, sia fra autorità di diversi Stati Membri, sia fra queste e il Comitato Europeo per la protezione dei dati (CEDP). Si deve poi tener conto del quadro dei rapporti fra autorità di controllo e giurisdizionali. L'importanza di tali aspetti si coglie in ragione del ruolo chiave svolto dalle autorità, europee e nazionali, nell'interpretazione della disciplina in materia di protezione dei dati personali¹⁸. A livello europeo si può concentrare l'analisi sulle funzioni del CEPD in quanto ai nostri fini è marginale il ruolo del Garante Europeo per la protezione dei dati personali (GEPD)¹⁹.

¹⁷ Il ruolo delle autorità di controllo nazionali è disegnato *in primis* dal Reg. UE 2016/679, che le definisce come autorità pubbliche indipendenti e gli attribuisce poteri autorizzativi e consultivi, di indagine, correttivi che le rendono un attore importante nell'interpretazione della disciplina. Si vedano *in primis* gli artt. 4, comma 1, n. 21 e 58 Reg. UE 2016/679. Per un quadro: G. BUSIA, *Il ruolo dell'Autorità indipendente per la protezione dei dati personali*, in N. ZORZI GALGANO (a cura di), *Persona e mercato dei dati. Riflessioni sul GDPR*, Padova, 2019, 293 ss.

¹⁸ Il Comitato europeo per la protezione dei dati (d'ora in avanti anche EDPB – *European Data Protection Board*), istituito col Reg. UE 2016/679, art. 68, ha sostituito a partire dal 25 maggio 2018 il Gruppo di Lavoro Art. 29, che era previsto, appunto, all'art. 29 della direttiva 1995/46/CE. Occorre sin d'ora sottolineare che l'EDPB ha adottato alcuni atti del Gruppo di lavoro Art. 29 nell'*Endorsement* 1/2018, del 25 maggio 2018. L'art. 69 Reg. UE 2016/679 ne garantisce l'indipendenza nell'esercizio dei compiti di cui all'art. 70 Reg. UE 2016/679, anche rispetto al Garante Europeo. Il coordinamento fra i due organi previsti a livello europeo, i rapporti fra il GEDP e l'EDPB è disciplinato da un protocollo d'intesa, previsto come possibile ai sensi dell'art. 75 Reg. UE 2016/679 e che è stato adottato il 25 maggio 2018 dalle due Autorità. In tale documento sono affermati i principi di indipendenza e imparzialità delle due autorità, quelli di buona amministrazione, integrità e il principio di cooperazione, con l'impegno a utilizzare il metodo del consenso. Inoltre, senza pregiudizio del segreto professionale, le due Autorità si scambiano informazioni regolarmente, ai fini dell'efficacia dell'intesa. Il Comitato svolge la funzione di garantire l'applicazione coerente del Reg. UE 2016/679 e ha compiti di monitoraggio, consulenza alla Commissione, di pubblicazione di linee guida, raccomandazioni e migliori prassi ed emette pareri sui codici di condotta redatti a livello europeo (70 Reg. UE 2016/679).

¹⁹ Infatti, il Garante Europeo della protezione dei dati (GEPD) ha il compito di garantire la tutela dei diritti e delle libertà fondamentali delle persone fisiche e del diritto alla protezione dei dati in relazione al trattamento dei dati personali da parte di istituzioni e organi dell'Unione europea (art. 52, Reg. UE 2018/1725). I compiti del GEDP

Rispetto ai rapporti fra le autorità, si può distinguere un meccanismo ‘diffuso’ di cooperazione fra le varie autorità e uno ‘accentrato’.

Per quanto riguarda il primo, fra le autorità di controllo nazionali sono previsti vari strumenti di cooperazione²⁰. La distribuzione della competenza fra le autorità nazionali è stabilita in ragione di vari criteri²¹ volti a definire sia le autorità ‘interessate’, sia, in ipotesi di più autorità coinvolte, un’autorità capofila che deve cooperare con le altre autorità interessate²².

Per quanto attiene al meccanismo ‘accentrato’ di cooperazione, rispetto al rapporto fra autorità nazionali e CEPD, oltre alla previsione del contributo delle autorità nazionali alle attività del Comitato²³, è istituito un meccanismo di coerenza al fine di garantire la cooperazione delle autorità e l’applicazione uniforme del diritto dell’UE²⁴.

riguardano prevalentemente l’applicazione del Reg. UE 2018/1725 che disciplina il trattamento dei dati da parte degli organi e degli organismi dell’UE, in quanto tale autorità tratta dei reclami, svolge le opportune indagini, fornisce consulenza alle istituzioni UE in materia di trattamento dei dati personali, partecipa al Comitato Europeo per la protezione dei dati personali.

²⁰ Art. 57 Reg. UE 2016/679. Si veda anche, rispetto alla cooperazione, l’art. 63 Reg. UE 2016/679.

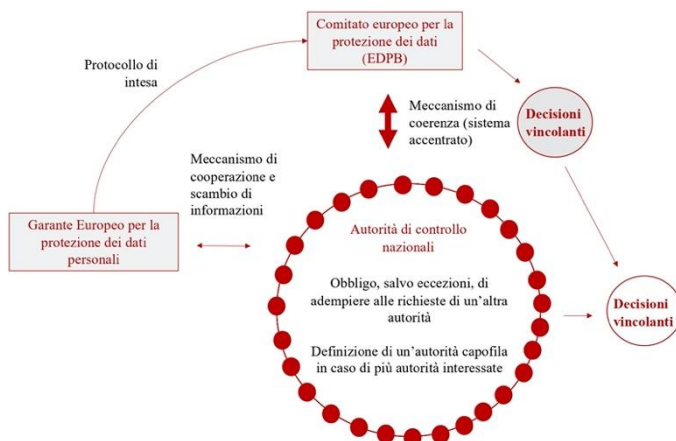
²¹ Si vedano gli artt. 4, comma 1, n. 22, 56 Reg. UE 2016/679. Si vedano anche i considerando 124-127 del Regolamento, che delineano l’architettura del sistema di gestione dei casi in cui varie autorità di controllo sono interessate.

²² La cooperazione fra autorità capofila e le altre autorità interessate è sancita dall’art. 60 Reg. UE 2016/679, secondo cui queste devono adoperarsi per raggiungere il consenso. È poi prevista l’assistenza reciproca fra le diverse autorità con riguardo alle richieste di informazioni alle misure di controllo come le richieste di autorizzazioni e consultazioni preventive e le richieste di effettuare ispezioni e indagini. In questo quadro è previsto l’obbligo delle autorità di controllo di dare seguito alle richieste provenienti da altre autorità, salvo alcune limitate ipotesi (art. 61 Reg. UE 2016/679). Si prevede inoltre la possibilità di operazioni congiunte (art. 62 Reg. UE 2016/679).

²³ Il CEPD è composto da una figura di vertice di un’autorità di controllo per ciascuno Stato membro e dal Garante Europeo per la protezione dei dati e la Commissione ha diritto di partecipare alle attività e alle riunioni senza diritto di voto (art. 68 Reg. UE 2016/679). Si può anche ricordare che la relazione annuale sulle attività dell’autorità deve essere messa a disposizione del Comitato, secondo quanto dispone l’art. 59 Reg. UE 2016/679.

²⁴ Artt. 63 ss. Reg. UE 2016/679. In ragione di tale meccanismo il parere del Comitato deve essere richiesto su alcune questioni individuate (art. 64 Reg. UE 2016/679). Inol-

Questo lo schema dei rapporti fra autorità.



Con riguardo al dialogo fra autorità garanti e Corti, a livello nazionale avverso le decisioni dell'autorità di controllo è ammesso ricorso giurisdizionale²⁵. D'altra parte, le autorità di controllo possono agire in giudizio e in sede stragiudiziale ai fini del rispetto del Reg. UE 2016/679²⁶.

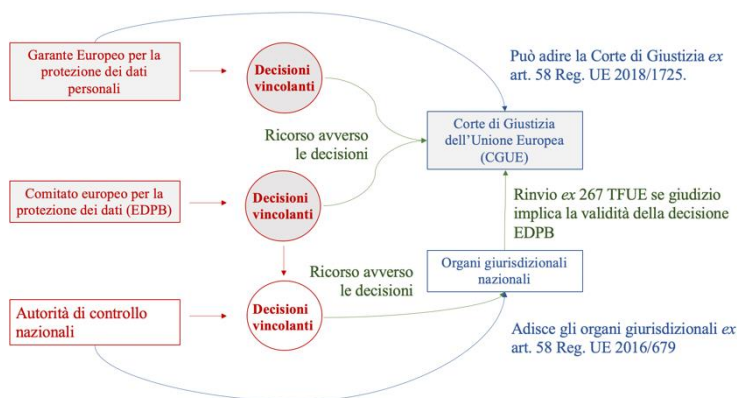
Rispetto ai meccanismi di coordinamento fra il CEPD e gli organi giurisdizionali, il dialogo si può svolgere su due livelli. Per quanto ri-

tre, detto parere può essere sollecitato da qualunque autorità di controllo, dal Presidente del Comitato o dalla Commissione sia con riguardo a questioni di applicazione generale o che producono effetti in più di uno Stato membro sia qualora un'autorità di controllo non si conformi agli obblighi relativi all'assistenza reciproca ai sensi dell'art. 61 Reg. UE 2016/679 o alle operazioni congiunte ai sensi dell'art. 62 Reg. UE 2016/679. Una volta che un parere è reso, se l'autorità di controllo competente non intende conformarsi, il Comitato adotta una decisione vincolante con maggioranze rafforzate ai sensi dell'art. 65 Reg. UE 2016/679. Durante i termini previsti per la decisione del Comitato, le autorità di controllo non adottano decisioni. È poi prevista dall'art. 66 Reg. UE 2016/679 una procedura d'urgenza, secondo la quale un'autorità di controllo in casi eccezionali può, in deroga al meccanismo di coerenza, adottare immediatamente misure provvisorie, con un periodo di validità massima di tre mesi e chiedere dei provvedimenti d'urgenza al Comitato.

²⁵ Art. 78 Reg. UE 2016/679; per quanto riguarda l'ordinamento italiano, artt. 143 e 152 d.lgs. 196/2003.

²⁶ Si veda l'art. 58(5) Reg. UE 2016/679.

guarda il piano europeo, le decisioni del Comitato possono essere impugnate davanti alla Corte di giustizia dell'UE da qualsiasi persona fisica e giuridica o dalle autorità di controllo *ex art. 263 TFUE*. Inoltre, in virtù del considerando 143 Reg. UE 2016/679, se una decisione dell'autorità di controllo che attua una decisione del Comitato è impugnata dinanzi a un'autorità giurisdizionale nazionale ed è in questione la validità della decisione del Comitato, tale autorità giurisdizionale nazionale non ha il potere di invalidare la decisione del Comitato, ma deve deferire la questione di validità alla Corte di giustizia ai sensi dell'articolo 267 TFUE quale interpretato dalla stessa Corte, ove ritenga la decisione non valida²⁷. Alla luce di quanto detto, il quadro degli strumenti di dialogo fra autorità giurisdizionali e di controllo si può rappresentare secondo il seguente schema.



²⁷ Si vedano il considerando 143 e l'art. 78 del Reg. UE 2016/679. In dottrina, fra gli altri: R. GIORDANO, *La tutela amministrativa e giurisdizionale dei dati personali*, in V. CUFFARO, R. D'ORAZIO, V. RICCIUTO (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, Torino, 2019, 1001 ss.

4. Informazioni all'interessato, effettività e art. 47 CDFUE

Nell'analisi della giurisprudenza e delle decisioni delle autorità si possono distinguere due diverse tipologie di informazioni: quelle che attengono alle modalità del trattamento e quelle che identificano i destinatari della comunicazione dei dati personali da parte del titolare del trattamento.

Con riguardo al primo profilo, la Corte di giustizia si è espressa nel caso *M.S. e Y.S.*²⁸ in cui il trattamento dei dati personali era stato compiuto da una pubblica autorità in relazione a un documento preparatorio rispetto all'adozione di un provvedimento concernente un permesso di soggiorno. Con riguardo alla questione se l'interessato avesse diritto ad accedere all'intero documento, la Corte, ricordando che il diritto di accesso è previsto dall'art. 8, paragrafo 2 CDFUE, ha affermato che la forma in cui i dati sono trattati deve permettere all'interessato di prendere conoscenza dei dati e di “verificare che siano esatti e trattati in modo conforme” alla normativa al fine di mettere la persona nelle condizioni di esercitare i diritti di cui è titolare. Tale impostazione è confermata nel caso *Nowak*, C-434/16, 20 dicembre 2017, in cui la Corte di giustizia, facendo esplicito riferimento al caso *M.S. e Y.S.*, afferma che il diritto di accesso è necessario per consentire alla persona interessata di esercitare i propri diritti²⁹.

In relazione all'informazione circa l'identità di chi tratta i dati, questa è interpretata come una preconditione per l'esercizio dei diritti dell'interessato. In proposito si possono richiamare i casi *Rijkeboer* e *Smaranda*.

Nella pronuncia *Rijkeboer* la Corte di giustizia dell'Unione europea decide su una questione pregiudiziale relativa al diritto di accesso³⁰. Un cittadino dei Paesi Bassi richiedeva all'Amministrazione comunale di informarlo di tutti i casi in cui i dati personali che lo riguardavano erano stati comunicati a terzi nei due anni precedenti la richiesta. L'amministrazione, pur avendo conservato i dati, aveva cancellato le informazioni circa i destinatari di questi. A seguito del rigetto di un

²⁸ C. giust. UE, C-141/12, C-372/12, 17 luglio 2014.

²⁹ C. giust. UE, *Nowak*, C-434/16, 20 dicembre 2017, § 57.

³⁰ C. giust. UE, C-553/2007, 7 maggio 2009.

reclamo presentato all'amministrazione, l'interessato propone ricorso giurisdizionale. Il giudice accoglie il ricorso, affermando che il diritto di accesso non stabilisce alcun termine per l'esercizio e giudicando la normativa interna contraria al diritto europeo. L'amministrazione impugna la sentenza, e il giudice adito propone il rinvio pregiudiziale davanti alla Corte di giustizia, osservando che, se il diritto europeo non stabilisce alcun termine per l'esercizio del diritto, esso non vieta neppure che tale termine sia introdotto con riguardo all'informazione relativa ai destinatari a cui vengono trasmessi i dati personali. Il Tribunale domanda se dunque una limitazione può essere ritenuta compatibile con il diritto europeo, anche in ragione del principio di proporzionalità. Per quel che qui interessa, la Corte di giustizia nell'argomentare afferma che il diritto al rispetto della vita privata «implica che la persona interessata possa assicurarsi che i suoi dati personali siano trattati in modo corretto e lecito» e che dunque «siano corretti e vengano inviati a destinatari autorizzati»³¹.

Nella pronuncia *Smaranda* la Corte di giustizia tratta di un caso di comunicazione di dati da un'amministrazione pubblica ad un'altra, in cui l'interessato agisce in giudizio contestando la legittimità di tale comunicazione sotto vari profili, fra cui quello per cui la normativa nazionale di riferimento non prevedeva l'informazione dell'interessato. Il giudice adito presenta un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, domandandosi se misure nazionali possano limitare l'informazione sia della comunicazione dei dati sia del loro successivo trattamento. La Corte di giustizia nel risolvere la questione afferma che l'informazione circa i destinatari dei dati personali condiziona necessariamente l'esercizio dei diritti dell'interessato³². Di qui la Corte rileva come il principio di lealtà del trattamento impone l'informazione dell'interessato.

Venendo agli indirizzi elaborati in seno al Gruppo di Lavoro Art. 29, ora sostituito dal CEPD, il principio di trasparenza è letto come concretizzazione del principio di lealtà (*fairness*), sancito dall'art. 8, secondo comma, CDFUE³³. Inoltre, il Gruppo di lavoro, anche sulla

³¹ § 49 della pronuncia.

³² C. giust. UE, *Smaranda et al.*, C-201/14, 1 ottobre 2015, § 33. Si vedano anche le conclusioni dell'Avv. Gen. Villalòn, 9 luglio 2015, § 74.

³³ GRUPPO DI LAVORO ART. 29, *Linee guida sulla trasparenza*, cit., 3.

base del considerando 39 Reg. Ue 2016/679 afferma che grazie alle informazioni fornite l'interessato dovrebbe essere in grado di comprendere in anticipo quale sia «la portata del trattamento e le relative conseguenze», in quanto «non dovrebbe essere colto di sorpresa dalle modalità di utilizzo dei dati personali che lo riguardano»³⁴.

Con riguardo alle informazioni sulla logica utilizzata previste nel caso di processi decisionali automatizzati, le linee guida adottate dal Gruppo di Lavoro Art. 29 prevedono che il titolare del trattamento debba trovare modi «semplici» per comunicare all'interessato la logica o i criteri sui quali si basa la decisione, senza dover necessariamente fornire una spiegazione complessa degli algoritmi utilizzati o la divulgazione dell'algoritmo completo³⁵. Le informazioni dovrebbero però permettere all'interessato di comprendere i motivi che fondano la decisione³⁶. Ancora, si afferma che il titolare del trattamento dovrebbe fornire all'interessato informazioni di carattere generale, utili anche per contestare la decisione che si basa sul trattamento³⁷. È qui evidente la connessione fra disciplina delle informazioni e azione in giudizio contro una decisione automatizzata basata sui dati personali.

Guardando agli orientamenti nazionali, per ciò che concerne la giurisprudenza, paiono significative sia quella italiana che quella spagnola. Per quanto riguarda la prima, in una controversia relativa alla violazione del diritto di accesso dell'interessato, il Tribunale di Roma, con sentenza del 12 aprile 2012, ha rilevato che «l'omesso o incompleto invio delle informazioni [può] tradursi in un ostacolo all'esercizio del diritto nei confronti di chi tale diritto abbia violato»³⁸. Il Tribunale rileva che una delle funzioni del diritto di accesso è consentire all'interes-

³⁴ *Ibid.*, 6.

³⁵ GRUPPO DI LAVORO ART. 29, *Linee guida sul processo decisionale automatizzato*, cit., spec. 29.

³⁶ *Ibid.*, 29. Con riguardo all'importanza del trattamento e alle conseguenze previste, il Gruppo di Lavoro Art. 29 afferma che da una parte debbano essere fornite informazioni sul trattamento previsto o futuro e che, al fine della comprensibilità e della significatività di tali informazioni, si dovrebbero fornire esempi reali e concreti dei possibili effetti.

³⁷ GRUPPO DI LAVORO ART. 29, *Linee guida sul processo decisionale automatizzato*, cit., spec. 30.

³⁸ Trib. Roma, 12 aprile 2012, in *www.leggiditaliapa.it*.

sato di esercitare le proprie pretese in relazione a trattamenti illeciti e a conoscere secondo un principio di trasparenza le modalità attraverso le quali è avvenuto il trattamento dei dati personali che lo riguardano. Significativa ai nostri fini è anche una pronuncia della Corte di Cassazione, relativa all'apparato rimediale che deve essere previsto a tutela dell'interessato, secondo cui gli artt. 2 e 24 Cost. impongono che di fronte ad un trattamento illecito o scorretto dei dati personali vi sia una tutela preventiva e inibitoria rispetto al compimento o alla prosecuzione del trattamento illecito³⁹. La decisione è di interesse ai nostri fini in quanto mette in luce il rapporto fra rimedi che l'interessato può far valere di fronte al trattamento illecito dei dati personali che lo riguardano e tutela dei diritti fondamentali di cui è titolare.

Sul rapporto fra diritto all'informazione e diritto alla protezione dei dati personali è poi di particolare interesse la giurisprudenza spagnola e in particolare quella costituzionale. Le Corti infatti considerano un complemento indispensabile di tale diritto la facoltà dell'interessato di sapere in ogni momento chi ha la disponibilità dei dati personali e qual è l'uso che ne sta facendo⁴⁰. Si riconosce così il rilievo costituzionale

³⁹ Cass. Civ., n. 7755/2015, in www.leggiditaliapa.it.

⁴⁰ In questo senso la sentenza del *Tribunal Constitucional*, n. 292, 30 novembre 2000. La citazione in lingua originale è la seguente: «En fin, son elementos característicos de la definición constitucional del derecho fundamental a la protección de datos personales los derechos del afectado a consentir sobre la recogida y uso de sus datos personales y a saber de los mismos. Y resultan indispensables para hacer efectivo ese contenido el reconocimiento del derecho a ser informado de quién posee sus datos personales y con qué fin, y el derecho a poder oponerse a esa posesión y uso requiriendo a quien corresponda que ponga fin a la posesión y empleo de los datos. Es decir, exigiendo del titular del fichero que le informe de qué datos posee sobre su persona, accediendo a sus oportunos registros y asientos, y qué destino han tenido, lo que alcanza también a posibles cesionarios; y, en su caso, requerirle para que los rectifique o los cancele». Il principio è ripetuto, con esclusione del riferimento all'informazione sull'uso dei dati in *Tribunal Constitucional*, n. 58, 4 giugno 2018; n. 39, 3 marzo 2016; *Tribunal Constitucional*, n. 151, 25 settembre 2014, che citano *Tribunal Constitucional*, n. 290, 30 novembre 2000. La sentenza citata per esteso è richiamata da *Audencia Nacional, Sala de lo Contencioso*, Madrid, n. rec. 443/2011, 4 marzo 2013. Per un'applicazione in materia di diritto del lavoro: *Tribunal Constitucional*, n. 29, 11 febbraio 2013, richiamata ad esempio da *Tribunal Superior de Justicia. Sala*

del diritto all'informazione relativamente a chi ha la disponibilità dei dati e qual è il fine con cui i dati sono utilizzati, ritenuto parte del nucleo essenziale dell'art. 18, comma 4 della Costituzione spagnola che tutela il diritto all'intimità e l'inviolabilità del domicilio, anche con riguardo all'informatica.

Venendo alle decisioni delle autorità di controllo nazionali, queste sembrano adottare un'interpretazione estensiva, che tiene in conto anche la possibilità di una effettiva consapevolezza dell'interessato. In proposito, il Garante italiano per la protezione dei dati personali in alcuni provvedimenti in cui è applicato il Reg. UE 2016/679 ha affermato la necessità di informare l'interessato circa le modalità del trattamento, anche in ragione del principio di correttezza e trasparenza di cui all'art. 5, co. 1, lett. a) Reg. UE 2016/679⁴¹.

In relazione alle norme sul c.d. diritto ad una spiegazione⁴², è di interesse una decisione dell'autorità di controllo francese, che ha concretizzato una previsione simile a quella oggi vigente, affermando la necessità di dare all'interessato informazioni circa il metodo che ha permesso di sviluppare l'algoritmo, i bisogni definiti dall'Amministrazione, il tasso di errore dell'algoritmo, il punteggio ottenuto dall'interessato, le soglie di punteggio e il loro significato⁴³.

Rispetto agli indirizzi appena ripercorsi, seppur nessuna norma della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea sia citata espressamente, emerge la rilevanza degli artt. 8, 47 CDFUE e il possibile ruolo del principio di effettività della tutela. In primo luogo, l'art. 8 CDFUE prevede il diritto alla protezione dei dati personali e al secondo comma sancisce il principio di lealtà e la previsione del diritto di accesso e di rettifica. Inoltre, un profilo centrale del diritto di cui all'art. 8 CDFUE è quello della consapevolezza dell'interessato rispetto al trattamento dei dati che lo riguardano, anche al fine dell'esercizio dei diritti di cui è

de lo Social, Madrid, n. rec. 392/2018, 19 dicembre 2018 e da *Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social*, Coruña, n. rec. 993/2018, 24 luglio 2018.

⁴¹ GPDP, 19 luglio 2018, n. 9039945; Provvedimento del 22 febbraio 2018 *Indicazioni preliminari di cui in motivazione volte a favorire la corretta applicazione delle disposizioni del Regolamento UE 2016/679*, n. 8080493.

⁴² Si veda il § 2.

⁴³ CNIL, déc. N. 2017-053, 30 agosto 2017.

titolare; si tratta di un diritto che concretizza la posizione dell'interessato rispetto ai dati, da molti qualificata come «di controllo»⁴⁴. Allora, le informazioni che il titolare del trattamento fornisce all'interessato possono essere lette (anche) come funzionali a rendere concretamente possibile l'esercizio dei diritti di cui questi è titolare, come almeno in parte sembra emergere dalla giurisprudenza europea e nazionale. Dunque, la disciplina delle informazioni all'interessato, almeno di quelle che sono funzionali a non rendere eccessivamente difficoltoso o concretamente impossibile l'esercizio, attraverso l'azione in giudizio, dei suoi diritti, potrebbe risultare rilevante anche al fine del rispetto del diritto a un ricorso effettivo, e dunque dell'art. 47 CDFUE. Più in generale ci si può domandare se il principio dell'effettività della tutela possa giocare un ruolo nel rendere più esplicito, *in primis* nelle motivazioni della giurisprudenza, che l'informazione dell'interessato spesso risulta una condizione necessaria affinché questi possa far valere i rimedi di cui dispone di fronte ad un trattamento illecito.

⁴⁴ Sul punto la letteratura è sterminata e la giurisprudenza della Corte di giustizia cospicua. Per un'analisi della giurisprudenza della Corte di giustizia: P. DE HERT, S. GUTWIRTH, *Data protection in the case law of Strasbourg and Luxemburg: Constitutionalisation in Action*, in S. GUTWIRTH, Y. POULLET, P. DE HERT, C. DE TERWANGNE, S. NOUWT (a cura di), *Reinventing Data Protection?*, Cham, 2009. Per una disamina delle diverse posizioni dottrinali: G. GONZÁLEZ FUSTER, S. GUTWIRTH, *Opening up personal data protection: a conceptual controversy*, in *Computer Law & Security Review*, 29, 2013, 531 ss.; G. GONZÁLEZ FUSTER, *The Emergence of Personal Data Protection as a Fundamental Right of the EU*, Cham-Heidelberg-New York-Dordrecht-London, 2014, spec. 262 ss.; H. KRANENBORG, *Article 8, Protection of personal data*, in S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER, A. WARD (a cura di), *op. cit.* In ambito italiano, fra gli altri: F. BALDUCCI ROMANO, *La protezione dei dati personali nell'Unione Europea tra libertà di circolazione e diritti fondamentali dell'uomo*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 6, 2015, 1619 ss.; G. FINOCCHIARO, *La giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di dati personali da Google Spain a Schrems*, in *Dir. Inf. Inf.*, 4-5, 2015, 779 ss.; A. RICCI, *Sulla "funzione sociale" del diritto alla protezione dei dati personali*, in *Contratto e Impresa*, 2, 2017, 586 ss.

5. Il criterio dello sforzo sproporzionato e l'art. 52 CDFUE

Alla concretizzazione del lemma 'sforzo sproporzionato' concorrono le Corti e, in misura maggiore, le autorità. I provvedimenti che si prendono in esame non menzionano esplicitamente l'art. 8 CDFUE, né l'art. 47 CDFUE, né il principio di effettività. Tali decisioni paiono nondimeno rilevanti, in quanto mettono in luce la complessità della costruzione degli indici in base a cui valutare il carattere sproporzionato dello sforzo.

Muovendo dalle pronunce Corte di giustizia, questa nella sentenza *Rijkeboer*⁴⁵, precedente all'entrata in vigore del Reg. UE 2016/679, interpreta le norme che utilizzano la nozione di sforzo sproporzionato per condurre una valutazione fra i diversi interessi in gioco nella determinazione della durata della conservazione, da parte del titolare del trattamento, delle informazioni relative ai soggetti cui i dati personali sono comunicati. La Corte afferma che deve essere raggiunto un

giusto equilibrio tra, da una parte, l'interesse della persona interessata a tutelare la propria vita privata, in particolare per mezzo dei diritti alla rettifica, alla cancellazione e al congelamento dei dati (...) nonché del diritto di opposizione e del diritto ad agire in giudizio e, dall'altra, l'onere che l'obbligo di conservare tali informazioni comporta per il responsabile del trattamento⁴⁶.

Il bilanciamento è presente anche nelle linee guida elaborate dal *Gruppo di Lavoro Art. 29*, secondo cui, per valutare la proporzionalità deve essere messo a confronto da una parte lo sforzo che per il titolare del trattamento implicherebbe informare l'interessato, e d'altra parte l'impatto e gli effetti dell'omessa comunicazione su quest'ultimo⁴⁷. Occorre poi sottolineare che le linee guida, adottate ora dal Comitato Europeo per la Protezione dei Dati, utilizzano un approccio restrittivo nell'interpretazione dell'art. 14 Reg. UE 2016/679, su cui non ha avu-

⁴⁵ C. giust. UE, C-553/2007, 7 maggio 2009.

⁴⁶ § 64 della sentenza.

⁴⁷ A tal proposito si legge nelle linee guida che "il titolare del trattamento dovrebbe documentare tale valutazione conformemente agli obblighi di responsabilizzazione che gli incombono", GRUPPO DI LAVORO ART. 29, *Linee guida sulla trasparenza*, cit., 32.

to (ancora) modo di esprimersi la Corte di giustizia. Infatti secondo dette linee guida l'esistenza di uno sforzo sproporzionato dovrebbe «ricollegarsi al fatto che i dati personali sono stati ottenuti da fonte diversa dall'interessato»⁴⁸, in ragione dell'assenza di tale criterio nella disciplina delle informazioni da fornire quando i dati siano raccolti presso l'interessato⁴⁹.

Venendo al piano nazionale, l'interpretazione e l'applicazione della formula 'sforzo sproporzionato' non è uniforme. Si possono richiamare a titolo di esempio la giurisprudenza polacca e quella del Regno Unito, rispetto a pronunce rese quando era ancora Stato Membro dell'UE.

Per quanto riguarda la Polonia, il Tribunale Amministrativo Supremo, in una pronuncia del 24 gennaio 2013 (I OSK 1827/11) ha considerato come elementi rilevanti per valutare lo sforzo sproporzionato sia l'elevato numero di interessati, sia la non conoscenza, da parte del titolare del trattamento, delle informazioni che gli permettano di contattare individualmente gli interessati e dell'incertezza circa la possibilità di ottenerli, nonché il fatto che la conoscenza degli indirizzi amplierebbe il novero dei dati personali oggetto di trattamento.

Rispetto alla giurisprudenza del Regno Unito, nel caso *Dawson-Damer v Taylor Wessin*⁵⁰, la Corte di Appello dell'Inghilterra e del Galles, relativo a una richiesta di accesso, interpreta il lemma 'sforzo sproporzionato' alla luce della proporzionalità intesa come principio generale dell'UE⁵¹. La Corte di Appello in primo luogo osserva che nel bilanciamento non bisogna considerare se fornire le informazioni sia oneroso o occupi molto tempo, in quanto «the cost of compliance is the price data controllers pay for processing data»⁵². L'approccio corretto secondo la Corte è allora quello di guardare agli *step* che il titolare del

⁴⁸ GRUPPO DI LAVORO ART. 29, *Linee guida sulla trasparenza*, cit., 32. Un commento alle linee guida si trova in G.M. RICCIO, G. SCORZA, E. BELISARIO, *GDPR e normativa privacy*, Milano, 2018, 165 ss.

⁴⁹ Art. 13 Reg. UE 2016/679.

⁵⁰ England and Wales Court of Appeal (Civil Division), *Dawson-Damer v Taylor Wessin*, 16 febbraio 2017, [2017] EWCA Civ 74, di riforma di England and Wales High Court (Chancery Division) *Dawson-Damer & Ors v Taylor Wessing LLP & Ors* [2015] EWHC 2366 (Ch) (06 agosto 2015).

⁵¹ Si veda il § 72 della sentenza.

⁵² *Ibid.*

trattamento ha compiuto e dunque se è contrario al principio di proporzionalità imporgli ulteriori passaggi per rispondere alla richiesta di accesso dell'interessato. La prova di aver compiuto tutti i «reasonable steps», e dunque le attività che ragionevolmente ci si può aspettare che siano poste in essere, è in capo al titolare del trattamento. Nel giudizio di proporzionalità, secondo la Corte, da una parte si devono valutare gli sforzi nella ricerca e nella comunicazione delle informazioni, e d'altra parte i benefici che l'adempimento di tale richiesta produce per l'interessato. Nella valutazione dei giudici, poiché il controllo di ciascuno sui dati che lo riguardano è un obiettivo perseguito dalla legislazione europea in materia di dati personali, i titolari del trattamento devono essere consapevoli dei loro obblighi, e devono costruire i loro sistemi in modo da permettere di adempiere alle richieste di informazioni⁵³. La Corte ribadisce che è compito del titolare del trattamento mostrare quali sforzi abbia compiuto per adempiere alle richieste.

In un caso successivo, *Ittihadieh v Cheyne Gardens RTM Company Ltd & Ors*⁵⁴, anch'esso relativo a una richiesta di accesso ai dati, la medesima Corte di Appello applica la proporzionalità come principio generale dell'UE, citando il caso della Corte di giustizia dell'Unione europea *Rijkeboer* di cui già si è detto, e altri casi in cui la CGUE applica il principio di proporzionalità⁵⁵. I giudici del Regno Unito vagliano quali sono le operazioni proporzionate che il titolare del trattamento deve compiere. La Corte afferma inoltre, citando la sentenza *Lindqvist* della CGUE⁵⁶, che la discrezionalità di cui i giudici dispongono va esercitata in ragione della sua funzione, che la Corte rinviene nel bilanciamento fra i diritti dell'interessato e gli interessi del titolare del trattamento⁵⁷. Su questa base sono individuati alcuni criteri per l'esercizio

⁵³ § 79 della sentenza.

⁵⁴ England and Wales Court of Appeal, *Ittihadieh v 5-11 Cheyne Gardens RTM Company Ltd & Ors* [2017] EWCA Civ 121 (3 marzo 2017).

⁵⁵ In particolare, sono citati i casi C. giust. UE, *Breyer v Bundesrepublik*, C-582/14, 19 ottobre 2016; C. giust. UE, *Lindqvist*, C-101/01, 6 novembre 2003, C. giust. UE, *R (Omega Air Ltd) v Secretary of State for the Environment Transport and the Regions*, C-27/00 e C-122/00, 12 marzo 2002.

⁵⁶ C. giust. UE, *Lindqvist*, C-101/01, 6 novembre 2003.

⁵⁷ § 108 della sentenza. In questo senso anche *Durant v Financial Services Authority* [2003] EWCA Civ 1746, 8 dicembre 2003.

della discrezionalità nella valutazione della proporzionalità, fra cui alcuni specifici e relativi al diritto di accesso. Sono particolarmente rilevanti per l'analisi che si sta qui svolgendo i criteri dell'esistenza di un altro modo, più appropriato, di ottenere le informazioni⁵⁸, della gravità delle conseguenze dell'assenza di informazioni rispetto alla possibilità di esercizio dei diritti dell'interessato, e dei possibili benefici per l'interessato che invece derivino dalla conoscenza di tali informazioni⁵⁹. Nel caso in cui non vi siano gli elementi per applicare questi indici, allora la discrezionalità dovrà essere diretta a favorire la posizione dell'interessato.

Un altro caso che si può richiamare è *Gurieva & Anor v Community Safety Development (UK) Ltd*⁶⁰, in cui la Corte afferma l'importanza di considerare nel test di proporzionalità i diritti dell'interessato e in particolare il diritto di verificare l'accuratezza dei dati che lo riguardano, riconosciuto come parte del diritto alla protezione della vita privata.

Ancora sul piano nazionale, in non pochi Stati Membri il ruolo delle autorità di controllo è stato significativo nell'interpretare il criterio dello 'sforzo sproporzionato'. Nell'ordinamento italiano, il Garante per la Protezione dei dati personali fa riferimento ai suoi precedenti, in cui, applicando la disciplina previgente, ha elaborato alcuni indici in base a cui valutare il carattere sproporzionato dello sforzo⁶¹. La consapevolezza dell'interessato è qui uno dei due termini per valutare la proporzionalità⁶². In particolare, si afferma l'opportunità di guardare alla natura

⁵⁸ In questo senso anche England and Wales High Court (Queen's Bench Division), *Ezsias v The Welsh Ministers* [2007] EWHC B15 (QB) (23 November 2007).

⁵⁹ Qui è richiamata la sentenza *Dawson-Damer*. In questo senso si veda anche England and Wales High Court (Administrative Court), *Lord, R (on the application of) v Secretary of State for the Home Department* [2003] EWHC 2073 (Admin), 1 settembre 2003.

⁶⁰ *Gurieva & Anor v Community Safety Development (UK) Ltd* [2016] EWHC 643 (QB), 6 aprile 2016.

⁶¹ *Guida all'applicazione del regolamento europeo in materia dei dati personali* del febbraio 2018.

⁶² Sia gli indici che i termini in base a cui individuare la proporzionalità sono stabiliti *in primis* GPDP, 26 novembre 1998, n. 39624.

dei dati⁶³, del trattamento⁶⁴, alla sua finalità⁶⁵, alle modalità di realizzazione dell'adempimento, al numero degli interessati⁶⁶, alle attività necessarie per rintracciarli⁶⁷, alla data di raccolta e alla particolare onerosità dei costi da sostenere⁶⁸. Nella prassi, i provvedimenti del Garante italiano si concentrano nella maggior parte dei casi sulla valutazione degli oneri posti in capo al titolare del trattamento, e non sull'impatto sulla posizione dell'interessato. Ad esempio, l'elevato numero degli interessati è considerato nella prospettiva dell'importanza dello sforzo del titolare del trattamento e non dell'impatto della mancanza dell'informazione su un gran numero di interessati. In alcuni casi poi il Garante italiano ha applicato, come misura appropriata a tutela degli interessati, la pubblicazione delle informazioni di cui all'art. 14 Reg. UE 2016/679⁶⁹.

Un percorso simile è stato compiuto dalla *Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés* (CNIL), francese, sia prima che dopo l'entrata in vigore del Reg. UE 2016/679. La CNIL ha individuato nel numero degli interessati⁷⁰, nella difficoltà tecnica⁷¹, nel costo delle mi-

⁶³ Fa riferimento al carattere non sensibile e non giudiziario dei dati GPDP, 12 gennaio 2017, n. 6033934. Fa riferimento alla natura dei dati e al numero degli interessati il Codice di condotta per il trattamento dei dati personali in materia di informazioni commerciali, di cui alla deliberazione 12 giugno 2019, n. 9119868.

⁶⁴ In riferimento ad operazioni di cartolarizzazione: GPDP, 4 aprile 2001, n. 40763.

⁶⁵ GPDP, 7 febbraio 2001, n. 40967, per finalità di comunicazione politica o di propaganda e vari provvedimenti in materia elettorale, fra cui GPDP, 12 febbraio 2004, n. 634369; GPDP, 24 aprile 2013, n. 2404305 in materia di propaganda elettorale.

⁶⁶ GPDP, 5 luglio 2017, n. 6845231; GPDP, 31 maggio 2017, n. 6531135. Per un'applicazione in materia di dati sensibili: GPDP, 16 novembre 2017, n. 7490004; GPDP, 19 gennaio 2017, n. 6093240.

⁶⁷ Per un'applicazione: GPDP, 11 giugno 2015, n. 4169456.

⁶⁸ GPDP, 26 novembre 1998, n. 39624; per un'applicazione: GPDP, 5 luglio 2017, n. 6845231; GPDP, 12 gennaio 2017, n. 6033934; GPDP, 18 dicembre 2014, n. 3716039. Il Garante ha anche incentivato la prassi per cui nell'informativa data da chi effettua la raccolta si dia conto della cessione e dell'esistenza di altro titolare del trattamento, nonché si diano le informazioni che il successivo titolare del trattamento dovrebbe dare. Sul punto: GPDP, 26 novembre 1998, n. 39624.

⁶⁹ GPDP, 16 novembre 2017, n. 7490004; GPDP, 19 gennaio 2017, n. 6093240; GPDP, 26 marzo 2010, n. 1721169.

⁷⁰ CNIL, delib. 2018-300, 19 luglio 2018; CNIL, delib. n. 2017-106, 13 aprile 2017;

sure⁷², nella finalità perseguita⁷³ indici del carattere sproporzionato dello sforzo. L'autorità francese reputa inoltre come misura appropriata a tutela degli interessati la pubblicazione dell'informativa sul sito web del titolare del trattamento, anche in aggiunta ad una pubblicazione con altri mezzi⁷⁴.

Con riguardo ai criteri da utilizzare, di interesse è la decisione dell'autorità di controllo polacca, del 15 marzo 2019, n. ZSPR.421.3.2018⁷⁵, che, in linea con le linee guida elaborate dal Gruppo di Lavoro Art. 29, mette in luce, anche valorizzando il principio di trasparenza, come l'applicazione del criterio dello sforzo sproporzionato possa condurre all'assenza di consapevolezza dell'interessato circa il trattamento, con il risultato di ostacolare o limitare l'esercizio dei diritti di quest'ultimo. In tale decisione, al pari che nella giurisprudenza del Regno Unito che si è poc'anzi richiamata, si afferma che la sola esistenza di costi elevati per informare l'interessato non può essere argomento sufficiente per affermare l'esistenza di uno 'sforzo sproporzionato'. Di particolare interesse è che l'autorità attribuisca rilevanza alla circostanza per cui l'attività economica del titolare del trattamento si fondava, nel caso concreto, sul trattamento dei dati, sfruttandoli economicamente.

Sul punto, rispetto all'applicazione della proporzionalità, l'*Information Commissioner's Office* (ICO) del Regno Unito afferma che il titolare del trattamento deve documentare il bilanciamento operato fra gli sforzi compiuti per dare le informazioni sulla *privacy* e gli effetti del trattamento sugli interessati: più significativo sarà l'effetto, meno sarà

⁷¹ CNIL, delib. n. 2018-151, 3 maggio 2018.

⁷² La *Commission* spesso utilizza tali indici congiuntamente, ad es. CNIL, delib. n. 2018-151, 3 maggio 2018; CNIL delib. 2016-047, 25 febbraio 2016; la CNIL ha ad esempio escluso che sussistesse una forma di sforzo sproporzionato quando il trattamento, pur dei dati riferiti a molti interessati, implichi che il titolare del trattamento li contatti: CNIL, delib. n. 2017-225, 10 luglio 2017; non sempre inoltre è ritenuto sufficiente il numero degli interessati: CNIL, delib. 2011-203, 21 settembre 2011.

⁷³ CNIL, delib. n. 2011-423, 15 dicembre 2011; CNIL, delib. 2014-301, 10 luglio 2014.

⁷⁴ CNIL, delib. n. 2018-360, 13 dicembre 2018; CNIL, delib. 2018-300, 19 luglio 2018; CNIL, delib. n. 2017-305, 7 dicembre 2017; CNIL, delib. 2015-073, 26 febbraio 2015.

⁷⁵ Ringrazio M. Grochowski per l'aiuto nella ricerca e nella lettura del caso.

possibile valutare lo sforzo come sproporzionato. Ancora, l'autorità del Regno Unito sottolinea che la possibilità di non fornire le informazioni è un'eccezione all'obbligo generale di trasparenza, e non una regola. L'ICO sembra poi interpretare come obbligatoria, nel caso in cui si ritenga sussistente lo sforzo sproporzionato, la pubblicazione delle informazioni⁷⁶.

L'autorità del Regno Unito affronta espressamente il rapporto fra criterio dello sforzo sproporzionato ed esercizio dei diritti dell'interessato. Secondo l'Autorità chi si avvale dell'eccezione dello sforzo sproporzionato sta ponendo in atto un «invisible processing», considerato dall'autorità come trattamento che può presentare un rischio elevato⁷⁷ in ragione del fatto che il singolo non sarà consapevole del trattamento da parte del titolare e che dunque gli interessati «are unable to use their data protection rights»⁷⁸.

Afferma l'obbligatorietà, nel caso in cui si ritenga lo sforzo sproporzionato e dunque non si forniscano le informazioni *ex art. 14 Reg. UE 2016/679* della valutazione di impatto⁷⁹ e della pubblicazione delle informazioni anche la *Agencia española de protección de datos*⁸⁰.

⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷ Si veda: <https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-data-protection/guide-to-the-general-data-protection-regulation-gdpr/data-protection-impact-assessments-dpias/when-do-we-need-to-do-a-dpia/>.

⁷⁸ Si veda: <https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-data-protection/guide-to-the-general-data-protection-regulation-gdpr/the-right-to-be-informed/are-there-any-exceptions/>.

⁷⁹ Si veda: *Lista de tipos de tratamientos de datos que requieren evaluación de impacto relativa a protección de datos (art 35.4)*.

⁸⁰ Si veda l'*Informe jurídico de la Agencia Española de Protección de Datos sobre el tratamiento de datos personales mediante la utilización de drones*, reperibile all'indirizzo: <https://www.aepd.es/media/informes/informe-juridico-rgpd-drones.pdf>; in questo senso anche la *Guía del Reglamento General de Protección de Datos para responsables de tratamiento*, reperibile all'indirizzo: <https://www.aepd.es/media/guias/guia-rgpd-para-responsables-de-tratamiento.pdf>.

6. Alcuni primi risultati e spunti per future ricerche

Dall'analisi che si è svolta si possono trarre alcuni risultati con riguardo all'interpretazione del rapporto fra informazioni all'interessato e esercizio dei diritti di cui questo è titolare, nonché con riguardo all'applicazione della nozione di sforzo sproporzionato nei circuiti interpretativi delle Corti e delle autorità di controllo.

Sotto il primo profilo la Corte di giustizia, così come alcune Corti nazionali come quelle italiane e spagnole, pur non citando l'art. 47 CDFUE, nell'argomentare attribuiscono rilevanza alle conseguenze della mancata informazione dell'interessato, che possono consistere nella impossibilità o maggiore difficoltà per l'interessato di esercitare i diritti di cui è titolare attraverso un'azione giurisdizionale.

Inoltre, il Garante italiano e il Gruppo di Lavoro Art. 29, ora sostituito dal Comitato Europeo per la Protezione dei Dati, mettono in luce come l'informazione dell'interessato concretizzi il principio di trasparenza, concepito dal Gruppo di Lavoro Art. 29 come espressione di quello di lealtà posto dall'art. 8, comma 2 CDFUE. Il Gruppo di lavoro art. 29 evidenzia l'esistenza di un rapporto fra informazioni e possibilità di contestare le decisioni prese in un processo decisionale automatizzato, profilo che emerge anche dalla decisione della CNIL francese esaminata.

Per quanto riguarda l'interpretazione del lemma sforzo sproporzionato di cui all'art. 14 Reg. UE 2016/679, il Gruppo di Lavoro Art. 29 ne limita fortemente le possibilità applicative, affermando che il riferimento alla proporzionalità dello sforzo è da valutare solo in relazione a quegli sforzi connessi ad una raccolta che non avviene presso l'interessato, in forza di un'interpretazione sistematica degli artt. 13 e 14 Reg. UE 2016/679. Sul punto, le autorità di controllo italiana e francese non paiono seguire questo indirizzo, perpetuando gli orientamenti che si sono formati rispetto alla disciplina previgente⁸¹, che individuano diversi criteri, come il numero degli interessati, sulla cui base condurre la valutazione relativa all'esistenza di uno 'sforzo sproporzionato'.

⁸¹ V. *supra*, nota 17 e § 3.

Un punto su cui si sono pronunciate espressamente e in modo concorde le autorità e la giurisprudenza attiene ai termini del bilanciamento da compiere nell'applicazione della norma sullo sforzo sproporzionato, che deve avvenire considerando da una parte gli sforzi compiuti dal titolare del trattamento e dall'altra l'impatto della mancata comunicazione sull'interessato. Sulle modalità per compiere questo bilanciamento le autorità di controllo italiana e francese individuano degli indici in base ai quali rilevare il carattere sproporzionato dello sforzo e le autorità del Regno Unito, in particolare le Corti, dettano il test di proporzionalità da seguire, fondandolo su una valutazione delle attività necessarie da parte del titolare del trattamento per fornire le informazioni.

L'analisi svolta porta con sé un duplice ordine di considerazioni. In primo luogo, potrebbe risultare utile un maggior utilizzo dell'art. 47 CDFUE e del principio di effettività, anche in congiunzione con l'art. 8 CDFUE, da parte della giurisprudenza e delle autorità, anche al fine di garantire un'applicazione delle norme che renda l'interessato consapevole del trattamento, e che lo metta nella posizione di poter esercitare i diritti di cui è titolare, anche in sede giurisdizionale.

Il diritto ad un ricorso effettivo, così come la garanzia dell'accesso alla giustizia acquistano particolare rilevanza, e potrebbero condurre a imporre che l'interessato sia a conoscenza – almeno – delle informazioni che gli sono necessarie per l'esercizio dei suoi diritti e dunque ad esempio le informazioni che permettono di valutare la liceità del trattamento e di conoscere l'identità del titolare del trattamento, anche quando questi non abbia raccolto i dati personali presso l'interessato, e si applichi dunque l'art. 14 Reg. UE 2016/679.

È poi da considerare rilevante l'art. 8, comma 2 CDFUE. Infatti, la comunicazione delle informazioni all'interessato è connessa al principio di trasparenza, espressione quest'ultimo del principio di lealtà sancito dall'art. 8, comma 2 CDFUE, come evidenzia il Gruppo di Lavoro Art. 29. Inoltre, l'art. 8, comma 2 CDFUE, può venire in gioco se lo si considera come norma che garantisce il controllo dell'interessato sui dati personali che lo riguardano. Tale approccio emerge nella giurisprudenza spagnola. Si può aggiungere che, anche a prescindere dall'in-

interpretazione dell'art. 8 CDFUE che si voglia accogliere⁸², l'informazione dell'interessato deve essere considerata come tutelata a livello della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea almeno per quanto riguarda la sua strumentalità rispetto all'esercizio dei diritti sanciti dall'art. 8, comma 2 CDFUE.

L'interpretazione della nozione di sforzo sproporzionato dunque, così come quella sul tipo di informazioni da fornire nella misura in cui incidono negativamente sulla possibilità di esercizio dei diritti dell'interessato dovrebbero essere svolte alla luce dell'art. 52 CDFUE in quanto possono condurre ad una limitazione degli artt. 8 e 47 CDFUE, poiché rendono impossibile l'esercizio dei diritti dell'interessato. In questa prospettiva, ex art. 52 CDFUE, l'interpretazione di queste norme dovrà essere condotta nel rispetto del contenuto essenziale dei diritti fondamentali in gioco, pena la loro illegittimità.

Compiuta questa ricostruzione, occorre chiedersi quali conseguenze tali considerazioni possano portare con sé con riguardo ai concreti criteri interpretativi del lemma "sforzo sproporzionato" previsto dall'art. 14, comma 5, Reg. UE 2016/679. Dall'analisi svolta emerge che sarebbe importante tener conto nel test di proporzionalità se l'interessato, in assenza di quelle informazioni, possa esercitare i propri diritti⁸³, e dun-

⁸² Per una ricostruzione delle diverse posizioni: G. GONZÁLEZ FUSTER, *The Emergence of Personal Data Protection as a Fundamental Right of the EU*, cit., spec. 262 ss.; H. KRANENBORG, *Article 8, Protection of personal data*, cit., 260 ss. Per un ulteriore approfondimento sul dibattito relativo all'interpretazione dell'art. 8 CDFUE sia concesso il rinvio a C. ANGIOLINI, *op. cit.*, 30 ss.

⁸³ Sulla difficoltà di esercitare i diritti da parte dell'interessato in questi casi: C. WENDERHORST, *Of Elephants in the Room and Paper Tigers: How to Reconcile Data Protection and the Data Economy*, in S. LOHSSE, R. SCHULZE, D. STAUDENMAYER (a cura di), *Trading data in the Digital Economy: Legal concepts and Tools*, Oxford, 2017, 340 ss.; C. NORRIS, X. L'HOIRY, *Conclusion: The Law-in-Books, the Law-in-Action, and the Promise of Regulatory Reform*, in C. NORRIS, P. DE HERT, X. L'HOIRY, A. GALETTA, *The Unaccountable State of Surveillance*, 2017, Cham, 495, che fanno notare che in questo modo si permette ai titolari del trattamento di condividere i dati personali «in such a way that make it "impossible" to trace and process it or in a way that would make disclosure require "disproportionate effort"». Gli Autori sottolineano che finché il concetto di sforzo sproporzionato non sarà chiaramente definito dalle Corti, "data subjects' access rights will be determined by the whim of the data controller", *Ibid.* K. PORMEISTER, *The GDPR and Big Data: Leading the Way for Big Genetic Da-*

que se sono possibili misure appropriate capaci di garantirli. In questa prospettiva, sia gli indici elaborati dalle autorità di controllo francese e italiana, sia il *test* elaborato dalle autorità del Regno Unito dovrebbero essere costruiti attribuendo rilevanza ai diritti fondamentali coinvolti, nonché alle condizioni in cui questi possono essere limitati *ex art. 52 CDFUE*, eventualmente tenendo conto anche dell'art 16 CDFUE⁸⁴. Con riguardo alla misura a tutela degli interessati consistente nella pubblicazione online dell'informativa sul sito del titolare del trattamento, contemplata da tutti gli ordinamenti considerati, occorrerà valutare le circostanze del caso, considerando, per vagliarne l'adeguatezza, anche il pressoché infinito numero di siti web presenti su internet.

Si produce dunque un'intersezione fra l'applicazione del criterio dello sforzo sproporzionato e quella del principio di proporzionalità di cui all'art. 52 CDFUE. Tale norma è applicata dalla Corte di giustizia in alcune pronunce in materia di dati personali, ad esempio in *Digital rights Ireland*⁸⁵, in cui la Corte utilizza la proporzionalità per valutare la legittimità di un atto dell'UE, nel caso di specie la dir. 2006/24/CE. Anche se non si può in questa sede approfondire lo studio del giudizio di proporzionalità di cui all'art. 52 CDFUE, occorre però ricordare che nella pronuncia appena richiamata i Giudici di Lussemburgo affermano che il principio di proporzionalità impone che gli atti dell'UE siano idonei a realizzare gli obiettivi legittimi perseguiti e non superino i limiti di ciò che è idoneo e necessario al conseguimento di tali obiettivi, e che, quando gli atti portano con sé un'ingerenza nei diritti fondamentali, la discrezionalità del legislatore unionale è limitata in ragione di alcuni elementi, fra cui la natura e la gravità dell'ingerenza e la sua finalità⁸⁶.

ta?, in E. SCHWEIGHOFER, H. LEITOLD, A. MITRAKAS, K. RANNENBERG (a cura di), *Privacy Technologies and Policy. 5th Annual Privacy Forum, APF 2017 Vienna, Austria, June 7-8, 2017 Revised Selected Papers*, Cham, 2017, 15.

⁸⁴ Alla proporzionalità faceva riferimento la difesa di Google nel caso *Costeja*, deciso dalla Corte di giustizia con sentenza 13 maggio 2014, C-131/12. Si veda il § 63 della pronuncia.

⁸⁵ C. giust. UE, C-293 e 594/12, 8 aprile 2014.

⁸⁶ Si vedano i §§45 ss. della pronuncia. Si veda anche, ad esempio, C. giust. UE, *Volker und Markus Schecke GbR*, C-92/09, C-93/09, 9 novembre 2010.

In ragione della pluralità di contesti in cui si applica il criterio della proporzionalità, si può porre un interrogativo di carattere più generale, che non può essere risolto in questa sede, ma che potrebbe costituire una linea direttrice di indagini future, e che può essere formulato nei termini seguenti. Qualora una norma di diritto derivato prevede l'applicazione della proporzionalità come criterio mobile di bilanciamento fra le posizioni di due soggetti, una delle quali è funzionale all'esercizio di un diritto fondamentale, come la rilevanza dei diritti fondamentali incide sull'interpretazione del test di proporzionalità in relazione a quella norma, anche in relazione all'art. 52 CDFUE⁸⁷? Nell'ipotesi che si è esaminata l'applicazione di una legge che prevede testualmente il criterio della proporzionalità per definire gli obblighi di un privato e il correlativo diritto (in questo caso l'art. 14 Reg. UE 2016/679) può incidere sulla possibilità dell'esercizio di diritti tutelati dalla Carta (gli artt. 47 e 8 CDFUE). Il che implica che l'interpretazione del *test* di proporzionalità previsto dalla legge può influire anche sulla valutazione della proporzionalità della limitazione dei diritti fondamentali prevista dalla legge ai sensi dell'art. 52 CDFUE. Un futuro obiettivo di ricerca potrebbe allora riguardare l'elaborazione di indicazioni specifiche per l'applicazione del test di proporzionalità testualmente previsto – nel caso qui esaminato quello dello sforzo sproporzionato – quando alla sua interpretazione è connessa la valutazione circa la proporzionalità della limitazione di un diritto fondamentale, da valutare *ex art.* 52 CDFUE.

Di fronte a tali questioni, in cui sono coinvolti i diritti fondamentali posti dalla CDFUE e spesso anche dalle Carte Costituzionali, come l'esempio della Spagna dimostra rispetto alla protezione dei dati personali e quello dell'Italia rispetto al diritto di cui all'art. 24 Cost., si può guardare al ruolo degli strumenti di dialogo, fra Corti e autorità di controllo, che potrebbero svolgere un ruolo significativo.

In primo luogo, guardando al sistema delle autorità di controllo, di fronte ad un dubbio interpretativo concernente l'interpretazione della

⁸⁷ Sulla varietà dei modi in cui la C. giust. UE opera il test di proporzionalità, di recente: G. SCACCIA, *Il controllo di proporzionalità nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea e della Corte Europea dei diritti dell'Uomo*, in F. CAGGIA, G. RESTA (a cura di), *I diritti fondamentali in Europa e il diritto privato*, Roma, 2019, 81 ss.

disciplina dell'informazione dell'interessato alla luce della Carta, un'autorità di controllo nazionale potrebbe chiedere un parere sulla questione al Comitato, sulla base dell'art. 64 Reg. UE 2016/679, in quanto questione di applicazione generale, valorizzando la rilevanza degli artt. 47 e 8 CDFUE. La posizione del Comitato potrebbe poi avere un impatto anche negli Stati Membri diversi da quello in cui opera l'autorità di controllo che l'ha richiesto⁸⁸.

L'esistenza di meccanismi di cooperazione orizzontale fra autorità di controllo⁸⁹ potrebbe inoltre favorire, ad esempio attraverso lo scambio di informazioni, la circolazione delle interpretazioni e delle argomentazioni utilizzate dalle varie autorità nazionali, che si sono concentrate su profili anche significativamente diversi.

Per quanto riguarda gli organi giurisdizionali e il loro dialogo, lo strumento principe sarà quello del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, sia rispetto ai casi in cui sia adita in via diretta l'autorità giurisdizionale nazionale, sia con riguardo alle ipotesi in cui l'autorità giurisdizionale adita in sede di impugnazione della decisione dell'autorità di controllo, effettui il rinvio pregiudiziale in quanto dubita della validità della decisione vincolante emessa dal Comitato. Spicca qui l'inesistenza di un meccanismo orizzontale e diretto di coordinamento fra Corti nazionali, che potrebbe favorire gli scambi e un confronto rispetto alla tutela dei diritti fondamentali previsti dalla Carta negli Stati Membri dell'UE.

In definitiva, il dialogo fra le Corti e le autorità di controllo potrebbe essere inteso come uno strumento che favorisca l'emersione della rilevanza degli artt. 8 e 47 CDFUE nell'applicazione della disciplina delle informazioni dell'interessato e nella connessa interpretazione della nozione di sforzo sproporzionato. Questo approccio può favorire l'emersione della diversità di prassi interpretative esistenti, stimolare una riflessione sulla loro compatibilità col quadro dei diritti fondamentali esistenti e, dove necessario, condurre all'elaborazione di nuovi itinerari argomentativi.

⁸⁸ Per studiare tale impatto si potrebbe, *mutatis mutandis*, utilizzare lo schema utilizzato nel progetto *Re-jus* già citato rispetto al circuito interpretativo giurisdizionale, e su cui: <https://www.rejus.eu/content/methodological-introduction>.

⁸⁹ V. *supra*, 3.

PARTE QUARTA

EFFETTIVITÀ DELLE TUTELE,
DIRITTI FONDAMENTALI
E INTERFERENZE TRA SETTORI

PRINCIPIO DI EFFETTIVITÀ E DIRITTO DEL LAVORO

Giovanni Arnone *

SOMMARIO: 1. Il principio di effettività nel diritto dell'Unione europea e nel diritto interno: uno sguardo d'insieme. 2. Diritto civile e diritto del lavoro: l'effettività come fonte di una dinamica coevolutiva. 3. Il diritto del lavoro alla prova del principio di effettività: tecniche di intervento e campi di esplorazione. 4. Il precariato pubblico nel circuito della tutela multilivello. 5. Diritto antidiscriminatorio e licenziamenti. 5.1. Licenziamento discriminatorio e rilievo officioso della nullità. 5.2. Handicap, licenziamento discriminatorio e art. 2103 c.c. 6. La nullità dei licenziamenti e la tutela reintegratoria.

1. Il principio di effettività nel diritto dell'Unione europea e nel diritto interno: uno sguardo d'insieme

Il principio di effettività costituisce una realtà ormai consolidata del diritto dell'Unione europea, che può essere osservata da due diversi angoli visuali.

Da un lato, il principio di effettività è funzionale a garantire il raggiungimento degli scopi perseguiti dall'Unione nel singolo settore di intervento e in tal senso può essere letto l'art. 19, par. 1, secondo comma, TUE, dove si prevede che «gli Stati membri stabiliscono i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione».

Qualora le fonti normative dell'Unione europea definiscano abusive o illecite determinate condotte e tuttavia non prevedano sanzioni specifiche, spetta alle autorità nazionali adottare misure che devono rivestire un carattere non soltanto proporzionato, ma altresì sufficientemente effettivo e dissuasivo per garantire la piena efficacia delle disposizioni adottate in attuazione della normativa UE.

* PhD, Magistrato addetto al Massimario della Corte di Cassazione.

Le modalità di attuazione di siffatte misure rientrano nella competenza dell'ordinamento giuridico interno degli Stati membri, in virtù del principio dell'autonomia procedurale di questi ultimi; tuttavia, esse non devono essere meno favorevoli di quelle che disciplinano situazioni analoghe di natura interna (principio di equivalenza), né rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione (principio di effettività)¹.

Da un diverso punto di vista, in cui i profili processuali sono più accentuati, il principio di effettività è assunto a diritto soggettivo fondamentale. L'art. 47 della Carta di Nizza stabilisce infatti che «ogni persona i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice, nel rispetto delle condizioni previste nel presente articolo».

L'opera della CGUE ne ha poi specificato la portata in molteplici direzioni, traendo importanti implicazioni da quella che la Corte ama definire l'essenza del principio di effettività².

Si tratta di corollari applicativi che riguardano non soltanto i rimedi concretamente attivabili dai singoli, ma che addirittura si riflettono sugli assetti ordinamentali degli Stati membri e giungono a sindacarne le scelte istituzionali³.

¹ Di fatto, il principio di autonomia procedurale è dunque recessivo rispetto al principio di effettività (e rispetto al principio di equivalenza): lo ha ribadito di recente C. giust. UE, 26 giugno 2019, C-407/19, *Kuhar*.

² Per un'ampia ricognizione della giurisprudenza della C. giust. UE sull'essenza dei diritti fondamentali, con particolare attenzione al diritto a un ricorso effettivo, v. K. GUTMAN, *The Essence of the Fundamental Right to an Effective Remedy and to a Fair Trial in the Case-Law of the Court of Justice of the European Union: The Best Is Yet to Come?*, in *German L. J.*, 6, 2019, 884 ss.

³ Una rapida panoramica mostra come, negli ultimi anni, tale capitolo della giurisprudenza di Lussemburgo si arricchisca di continuo.

In C. giust. UE, 28 marzo 2017, C-72/15, *Rosneft Oil Company*, resa in materia di PESC, si è detto: «l'esistenza stessa di un controllo giurisdizionale effettivo, destinato ad assicurare il rispetto delle disposizioni del diritto dell'Unione, è intrinseca all'esistenza di uno Stato di diritto» e che l'art. 47 della Carta, pur non potendo creare una competenza per la Corte qualora i Trattati la escludano, implica tuttavia che l'esclusione della competenza della Corte in materia di PESC vada interpretata restrittivamente.

In una sentenza più recente e più nota (C. giust. UE, *Associação Sindical dos Juízes Portugueses*, 27 febbraio 2018, C-64/16), i giudici di Lussemburgo hanno affermato che gli Stati membri devono garantire che ogni organo giurisdizionale «soddisfi i requisiti inerenti a una tutela giurisdizionale effettiva, conformemente all'articolo 19, paragrafo 1, secondo comma, TUE» e che «per garantire detta tutela, preservare l'indipendenza di detto organo è di primaria importanza, come confermato dall'articolo 47, secondo comma, della Carta, che menziona l'accesso a un giudice 'indipendente' tra i requisiti connessi al diritto fondamentale ad un ricorso effettivo». Sullo stesso tema v. anche C. giust. UE, *Escrivano Vindel*, 7 febbraio 2019, C-49/18.

Gli stessi concetti sono stati dopo poco riproposti e approfonditi nel settore della cooperazione giudiziaria penale da C. giust. UE, *LM*, 25 luglio 2018, C 216/18 PPU, in occasione dell'emissione di un mandato d'arresto da parte delle autorità polacche nei confronti di una persona poi arrestata in Irlanda.

Sempre con riferimento alla Polonia e alle sue recenti riforme volte a limitare l'indipendenza della magistratura (su cui v. infra anche C. giust. UE *A.K. c. Krajowa Rada Sądownictwa* 19 novembre 2019, C-585/18), di grande impatto è C. giust. UE, *Commissione europea c. Repubblica di Polonia*, 24 giugno 2019, C-619/18, in cui è stata ritenuta in contrasto con il principio di effettività consacrato nell'art. 19 TUE e nell'art. 47 CDFUE, la riforma legislativa consistente nell'abbassare l'età per il pensionamento dei giudici della Corte suprema polacca e nell'attribuire al presidente della Repubblica il potere discrezionale di prorogare la funzione giudiziaria attiva dei giudici di tale organo giurisdizionale oltre l'età per il pensionamento.

Di minor significato politico, ma dagli importanti effetti pratici, è poi C. giust. UE, *EOS KSI Slovensko s. r. o.*, 20 settembre 2018, C-448/17, in materia di clausole abusive nei contratti dei consumatori. La Corte ha infatti affermato la contrarietà al diritto dell'Unione, e in particolare al principio di effettività, delle norme della legislazione slovacca «che, pur consentendo, nella fase dell'emanazione di un'ingiunzione di pagamento nei confronti di un consumatore, il controllo del carattere vessatorio delle clausole incluse in un contratto concluso tra un professionista e tale consumatore, da un lato, affida a un funzionario amministrativo di un'autorità giurisdizionale, privo dello status di magistrato, la competenza a emettere tale ingiunzione di pagamento e, dall'altro, prevede un termine di quindici giorni per l'opposizione e prescrive che quest'ultima sia motivata nel merito».

Di rilievo è anche C. giust. UE, *Minister for Justice and Equality*, 4 dicembre 2018, C-378/17, in cui la Corte ha ritenuto in contrasto con il principio di effettività e con il primato del diritto UE la normativa della repubblica d'Irlanda, in forza della quale un organismo nazionale (la Commissione per le relazioni professionali, già denominata Tribunale per le pari opportunità), istituito per legge al fine di garantire l'applicazione del diritto dell'Unione in un particolare settore (nella specie, quello della parità di trattamento nell'ambito del lavoro), non è competente a decidere di disapplicare una norma

Il principio di effettività riveste ormai un ruolo di assoluta premienza anche nel diritto interno.

Il codice del processo amministrativo vi dedica addirittura la disposizione di apertura, solennemente enunciando che «la giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo» (art. 1).

Per gli altri processi manca un'analoga previsione legislativa, ma le corti non dubitano che al principio di effettività occorra guardare ogni qualvolta vi sia la necessità di realizzare una maggiore aderenza tra fatto e diritto, tra esigenze del singolo caso e rigidità (o assenza) della fattispecie, tra diritto riconosciuto sulla carta e concreta protezione degli interessi sottesi.

La nostra giurisprudenza sembra ormai aver assimilato l'insegnamento per cui l'effettività non coincide con la supremazia del diritto europeo sul diritto interno, dovendo essere piuttosto intesa

come criterio operativo volto a conseguire, nella piena consapevolezza dell'integralità del sistema interno, un risultato interpretativo concretamente idoneo a conseguire una soluzione conforme alla finalità perseguita dalla fonte comunitaria⁴.

La Corte di cassazione a Sezioni Unite già nel 2006 osservava come, in tema di principio di effettività e vizi processuali,

il risultato di tali indicazioni, provenienti da norme o ordinamenti di rango superiore, è un vero e proprio effetto di irraggiamento nei con-

di diritto nazionale contraria al diritto dell'Unione, essendo tale competenza riservata a un organo giurisdizionale superiore (la High Court).

Lungo una traiettoria analoga, merita infine di essere segnalata C. giust. UE 19 novembre 2019, C-585/18, cit., in cui sono state considerate in contrasto con l'art. 47 della Carta le disposizioni nazionali polacche che riservano a un organo che non costituisce un giudice indipendente e imparziale le controversie relative all'applicazione del diritto dell'Unione.

⁴ N. LIPARI, *Il problema dell'effettività del diritto comunitario, in Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017, 143.

fronti della disciplina legislativa che regola i modi di esercizio della tutela giurisdizionale⁵.

Negli anni successivi tale invito è stato ampiamente raccolto, con un dilagare dei richiami al principio di effettività nella giurisprudenza di legittimità⁶.

Da parte sua, la Corte costituzionale, che in passato aveva letto l'art. 24 Cost. in ottica processuale o al più di tutela dell'accesso alla giustizia, ha di recente ampliato il proprio orizzonte⁷.

⁵ Cass. Sez. Un. 14 febbraio 2006, n. 3117.

⁶ Anche qui sono sufficienti pochi esempi.

Nel 2011, chiamate a delinearne la portata del c.d. *overruling* processuale, le Sezioni Unite ne hanno circoscritto gli effetti, escludendo l'operatività della preclusione o della decadenza derivante dall'*overruling* nei confronti della parte che abbia confidato incolpevolmente nella consolidata precedente interpretazione della regola stessa (Cass. Sez. Un. 11 luglio 2011, n. 15144; più di recente v. Cass. 29 marzo 2018, n. 7933).

Nel 2013, nella nota sentenza sul caso CIR/Fininvest, la S.C. ha operato una amplessima ricostruzione dei rapporti tra diritto e rimedio, in un proficuo dialogo con la dottrina, inquadrando la nozione di rimedio effettivo alla luce dell'art. 8 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, dell'art. 13 CEDU, e dell'art. 47 della CDFUE. Secondo la Corte «il moltiplicarsi di accenti sul diritto al rimedio effettivo (...) è indicativo del fatto che quello alla tutela giurisdizionale non viene inteso soltanto come diritto di accesso al giudizio o all'esercizio in esso di un determinato potere processuale, ma è concepito pure, in una prospettiva contenutistica, come diritto alla misura appropriata alla soddisfazione del bisogno di tutela» (Cass. 17 settembre 2013, n. 21255). In tema di effettività della tutela in ambito lavoristico rilevano anche Cass. Sez. Un. 15 marzo 2016, n. 5072, su cui v. *infra*, e Cass. 16 gennaio 2019, n. 992.

In materia di aiuti di Stato, cfr. Cass. 4 maggio 2012, n. 6756 e Cass. 22 giugno 2017, n. 15491. Infine, in tema di procedibilità del ricorso notificato a mezzo p.e.c. come originale telematico e depositato in copia analogica, cfr. Cass. Sez. Un. 24 settembre 2018, n. 22438. Per una recente ricognizione v. S.G. GUIZZI, *L'effettività della tutela giurisdizionale*, in *Rassegna della giurisprudenza di legittimità – Gli orientamenti delle sezioni civili*, a cura dell'Ufficio del massimario della Corte di cassazione, vol. III, 727 ss., consultabile al seguente indirizzo: <https://www.portaledelmassimario.ipzs.it/frontoffice/studiPubblicazioni.do>.

⁷ Del resto, la Costituzione italiana, pur non contenendo alcun richiamo all'effettività nelle disposizioni che fanno capo alla tutela dei diritti (art. 24, 111, 113 Cost.), mostra di ben conoscerne il significato e l'importanza. Sono ben sei le norme della Costituzione in cui l'aggettivo "effettivo/effettiva" viene utilizzato e sempre in modo pregnante: nell'art. 3, comma 2, dove caratterizza la partecipazione dei lavoratori all'orga-

Nella celebre sentenza sull'immunità giurisdizionale degli Stati, ad es., la Consulta ha ribadito in termini solenni che «il diritto al giudice ed a una tutela giurisdizionale effettiva dei diritti inviolabili è sicuramente tra i grandi principî di civiltà giuridica in ogni sistema democratico del nostro tempo», traendone la conclusione che l'art. 24 deve essere interpretato anche come strumento per garantire che un diritto consacrato ai più elevati livelli riceva adeguata protezione e dunque dichiarando incostituzionali le norme che escludano il rimedio risarcitorio per un simile diritto⁸.

Più di recente, nel 2018, nell'altrettanto nota pronuncia sul c.d. *Jobs Act*, la Corte costituzionale ha fondato la dichiarazione di parziale incostituzionalità dell'art. 3, comma 1, d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23, nella parte in cui comprime eccessivamente la discrezionalità del giudice nella determinazione dell'indennità per i licenziamenti illegittimi, anche e soprattutto sui principî di adeguatezza, proporzionalità ed effettività dei rimedi, sanciti dalla Carta sociale europea e dal Comitato europeo dei diritti sociali⁹.

Gli esempi potrebbero continuare, ma quanto sin qui illustrato appare sufficiente ad affermare, in termini per ora generali, che il principio di effettività si profila, anche per i giudici nazionali, come fondamentale canone interpretativo e come cerniera tra i sistemi delle fonti¹⁰.

Il presente studio si propone tuttavia di verificare se il principio di effettività abbia delle ulteriori potenzialità, non ancora adeguatamente

nizzazione del Paese che le istituzioni repubblicane devono garantire; nell'art. 4, dove è indicato come cifra fondamentale del diritto al lavoro che la Repubblica deve promuovere; nell'art. 10, dove si afferma che lo straniero ha diritto all'asilo non solo se nel Paese di origine le libertà democratiche siano negate sulla carta, ma anche se ne sia impedito "l'esercizio effettivo"; nell'art. 34, a proposito della concreta fruizione del diritto allo studio; nell'art. 48, sul diritto di voto dei cittadini all'estero; nell'art. 119, dove è chiarito che i trasferimenti dallo Stato agli enti locali hanno, tra i propri scopi, quello di garantire "l'effettivo esercizio dei diritti della persona".

⁸ Cfr. C. cost. 22 ottobre 2014, n. 238.

⁹ Cfr. C. cost. 8 novembre 2018, n. 194; e v. più di recente C. cost. 16 luglio 2020, n. 150, sulla tutela contro i licenziamenti affetti da vizi formali o procedurali.

¹⁰ Sul tema dell'effettività, nella dottrina recente v. i contributi contenuti in G. GRISI (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti. Omaggio a Salvatore Mazzamuto a trent'anni dal convegno palermitano*, Napoli, 2019.

sviluppate, se dunque esso possa essere anche lo strumento con cui l'interprete del diritto nazionale procede alla riscoperta e alla valorizzazione di patrimoni normativi e categoriali della nostra tradizione dimenticati o trascurati.

2. Diritto civile e diritto del lavoro: l'effettività come fonte di una dinamica coevolutiva

La prospettiva secondo la quale verrà condotta l'indagine adombrata nel paragrafo precedente è quella dei rapporti tra diritto civile e diritto del lavoro, nella convinzione che prendere sul serio il principio di effettività così come declinato dalla Corte di giustizia possa avviare un proficuo dialogo tra le due discipline. Su questo terreno, negli ultimi decenni, si è assistito a una curiosa parabola.

In una prima fase, che inizia negli anni Sessanta del secolo scorso, la dottrina del diritto del lavoro

si è progressivamente allontanata dalle strutture concettuali e dalle metodologie classiche del diritto civile ed ha percorso una vicenda intellettuale che nel decennio successivo l'ha condotta lontana dal modello originario¹¹.

Questo allontanamento ha trovato la propria ragion d'essere vuoi nella incapacità della dottrina civilistica dell'epoca di abbandonare le categorie tradizionali, vuoi nella strutturale debolezza del lavoratore (subordinato), come singolo e come membro di un ceto sociale in permanente conflitto con la classe imprenditoriale. Il diritto del lavoro, affrancandosi dalle categorie civilistiche, perseguiva lo scopo di incidere «sulla distribuzione di potere nella società e fra ceti sociali»¹².

¹¹ L. MENGONI, *L'influenza del diritto del lavoro sul diritto civile*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1990, 5, ora in C. CASTRONOVO, A. ALBANESE, A. NICOLUSSI (a cura di), *Scritti I – Metodo e teoria giuridica*, Milano, 2011, 307.

¹² M. PEDRAZZOLI, *Quanto servono e quanto sviano le categorie civilistiche*, in G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Diritto del lavoro e categorie civilistiche*, Torino, 1992, 82 e 88.

In una fase più recente, più o meno collocabile negli anni Ottanta,

si sono create le condizioni per un riavvicinamento delle due dottrine. La dottrina generale delle obbligazioni e dei contratti e della responsabilità civile si è aperta ai valori etico personali; la dottrina del lavoro si è fatta più avvertita dell'esigenza tipicamente civilistica, che la traduzione dei giudizi di valori in giudizi di dover essere proceda per la via, e sotto il controllo, di una corretta concettualizzazione sistematica.

L'auspicio dell'illustre dottrina era dunque che esse potessero trovare «una linea di pensiero comune per affrontare insieme e solidalmente i problemi di tutela della persona nella società della terza rivoluzione industriale»¹³.

Da alcuni anni, sembra essersi entrati in una terza fase, in cui il diritto civile, spesso sulla spinta della disciplina eurounitaria, conosce ormai una compiuta evoluzione di tutela e utilizza senza particolari remore i principi generali, mentre il diritto del lavoro, investito da una crisi d'identità che trova a sua volta origine nell'obiettivo riduzione delle politiche sociali, vive nel rimpianto di una primogenitura perdita e tende a ripiegarsi su sé stesso.

Tutti i formanti sembrano esserne investiti: nella dottrina giuslavoristica «si verificano per un verso un progressivo slittamento, con tratti di vera e propria subalternità, verso culture-altre, soprattutto di taglio economico e per altro una sorta di smarrimento»¹⁴; i giudici del lavoro, a loro volta, risentono dello spirito del tempo e a coloro tra essi «rimasti fedeli ad un diritto del lavoro più autonomo o meno succube non resta che uno spazio interstiziale di manipolazione»¹⁵.

¹³ L. MENGONI, *L'influenza del diritto del lavoro sul diritto civile*, cit., 5.

¹⁴ L. MARIUCCI, *Culture e dottrine del giuslavorismo*, in *Lavoro e diritto*, 4, 2016, 588.

¹⁵ M.V. BALLESTRERO, *Il ruolo della giurisprudenza nella costruzione del diritto del lavoro*, *ibid.*, 763. V. anche il dibattito sulle pagine della *Rivista italiana di diritto del lavoro* del 2014, con le voci di L. CAVALLARO, *Servitore di due padroni, ovvero il paradosso del giudice del lavoro* (I, 137), R. RIVERSO, *Il volto del giudice del lavoro e la costituzione* (I, 157), R. DEL PUNTA, *Il giudice e i problemi dell'interpretazione: una prospettiva giuslavoristica* (I, 373). Più di recente, in una prospettiva che tende ad adeguare il ruolo del giudice del lavoro al mutare dei tempi e dell'organizzazione del lavoro

L'eccezione lavoristica, nata come strumento di emancipazione, viene intesa come rifiuto di ogni contaminazione, mentre la specialità del diritto del lavoro si trasforma in isolamento.

Il rischio di questa deriva è tuttavia quello di impedire al diritto del lavoro di far propri importanti progressi che si stanno compiendo in altri settori privatistici e di assumere addirittura una posizione di preminenza nel quadro del diritto privato rinnovato.

Se infatti si aderisce all'idea che il diritto civile, permeato dai valori della Costituzione e delle Carte sovranazionali, abbia ormai perso in buona parte il carattere tradizionale borghese di diritto "tra eguali" e sia sempre più sensibile «alle esigenze di equità e di tutela della persona anche in un tessuto produttivo nel quale si manifestano asimmetrie, squilibri e distorsioni»¹⁶, quale disciplina meglio del diritto del lavoro può assumere il ruolo di guida nel territorio del diritto diseguale?

Quel che serve è allora innescare una dinamica coevolutiva: il diritto del lavoro deve reimpadronirsi dal diritto civile un uso più rigoroso delle categorie e mettere tali categorie, opportunamente innervate dai principi del diritto dell'Unione europea, proprio a servizio di quei valori personali che del diritto del lavoro costituivano e non possono non costituire la cifra identificativa; il diritto civile può mutuare dall'esperienza pluridecennale del diritto del lavoro principi e tecniche interpretative particolarmente efficaci nel contrastare ed equilibrare le asimmetrie informative che connotano i rapporti tra impresa e soggetti deboli¹⁷.

Le pagine che seguono sono dirette a verificare se tale dinamica possa essere alimentata da un corretto e coraggioso impiego del principio di effettività di matrice eurounitaria da parte dei giudici nazionali.

ro, G. SANTORO PASSARELLI, *Il diritto e il giudice del lavoro*, in *Riv. dir. civ.*, 1, 2017, 1422.

¹⁶ Così P. ICHINO, *Il percorso tortuoso del diritto del lavoro tra emancipazione dal diritto civile e ritorno al diritto civile*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1, 2012, 93, il quale, a proposito delle analoghe esigenze di tutela del lavoratore e dell'impresa debole soggetta ad abuso di dipendenza economica, auspica l'aprirsi di «una prospettiva di comunicazione, se non addirittura di saldatura, fra diritto del lavoro e diritto commerciale».

¹⁷ Per una recente riflessione secondo tale prospettiva, a proposito dei cd. lavoratori autonomi deboli, v. C. SCOGNAMIGLIO, *Caso Foodora: dilatazione della nozione di lavoro subordinato o costruzione di uno statuto normativo del lavoratore autonomo debole?*, in *Corriere Giur.*, 8-9, 2018, 1033.

Del resto, come già ricordato, l'effettività (dell'esercizio e della tutela) dei diritti era ben presente sin dall'origine alla Costituzione italiana, che vi aveva fatto cenno in due tra le norme di maggiore significato e portata politica, entrambe dedicate ai lavoratori e al diritto al lavoro: l'art. 3, comma 2, e l'art. 4.

Il Costituente era consapevole che il riconoscimento di ogni diritto, specie del diritto al lavoro, è perennemente esposto alla fallacia normativistica, al rischio cioè di scambiare “quel che il diritto è con quel che il diritto *deve essere*... così precludendosi l'identificazione del grado d'ineffettività del suo «dover essere» normativo”¹⁸.

3. Il diritto del lavoro alla prova del principio di effettività: tecniche di intervento e campi di esplorazione

Delineata la cornice teorica dell'indagine, devono essere adesso illustrati i meccanismi attraverso i quali essa verrà condotta, nonché le tematiche che ne formeranno l'oggetto.

Quando si riflette sui poteri del giudice nazionale in sede di implementazione del diritto dell'Unione europea nei singoli ordinamenti statali, si tende a mettere l'accento sulla grande alternativa tra sindacato accentrato e sindacato diffuso e a indagare le principali tecniche utilizzabili nell'uno e nell'altro caso: l'incidente di costituzionalità, il rinvio pregiudiziale, la doppia pregiudizialità, l'interpretazione conforme e la disapplicazione.

Meno esplorata è la questione di quale sia il concreto spazio di intervento del giudice, una volta sciolta la grande alternativa e individuata la tecnica più appropriata.

Il principio di effettività costituisce un pungolo a compiere questa esplorazione.

¹⁸ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*⁸, Bari, 2004, 725 (corsivi dell'A.).

In prima battuta, si può dire che il principio di effettività intervenga infatti a:

- a) ampliare i poteri officiosi del giudice, eventualmente riconosciuti dal singolo ordinamento;
- b) estendere la portata degli strumenti di tutela già previsti dal singolo ordinamento, ad es. aumentando l'entità di un rimedio risarcitorio già previsto dal diritto interno o applicando un rimedio restitutorio anche a ipotesi non espressamente contemplate;
- c) ampliare il ventaglio dei rimedi a disposizione del giudice per la lesione di un certo diritto;
- d) eliminare o attenuare eventuali ostacoli processuali per la tutela di un certo diritto;
- e) favorire interpretazioni non formalistiche di norme sostanziali e processuali.

Di regola, tale intervento non crea particolari conflitti, in quanto la Corte di giustizia è attenta a utilizzare un linguaggio comune alle procedure degli Stati membri.

Non è tuttavia escluso che in futuro, qualora l'intervento sulle regole processuali non si limiti a mettere in discussione profili di dettaglio del diritto processuale nazionale, ma attinga principi consolidati che, nell'ottica del diritto interno, assurgono a principi di civiltà giuridica, i conflitti possano esasperarsi e l'attuazione del principio di effettività possa incontrare una più forte resistenza, fino a sollecitare l'invocazione dei controlimiti.

Tale resistenza potrebbe crescere ancor di più adottando la prospettiva che mi accingo a illustrare.

Imponendo una più accurata ricerca e individuazione della *ratio* della norma interna, il principio di effettività può essere lo strumento con cui l'interprete del diritto nazionale non solo adegua il diritto nazionale a quello eurolunitario nelle materie direttamente rientranti nelle competenze dell'Unione, ma procede anche a illuminare gli angoli dimenticati delle 'stanze' tradizionali del diritto civile, per riportare alla luce concetti che erano sempre stati sotto i nostri occhi, ma che, per molteplici ragioni, avevamo dismesso.

L'ottica è quella di una sorta di principio di equivalenza rovesciato: così come il diritto dell'Unione europea non tollera che i diritti che esso

attribuisce siano protetti in misura inferiore rispetto a quelli, omologhi, del diritto nazionale, così gli interpreti di quest'ultimo, attraverso il principio di eguaglianza, non dovrebbero tollerare che i diritti di estrazione nazionale siano protetti meno di quelli, omologhi, che trovano la propria fonte nel diritto UE.

Quanto alle tematiche che saranno affrontate, esse corrispondono a diverse gradazioni di influenza (attuale o potenziale) del principio di effettività sul diritto nazionale.

Nel primo esempio, quello dei contratti a termine nel pubblico impiego, la Corte di giustizia ha già affermato l'incidenza del principio di effettività sul diritto italiano in forza di una espressa disciplina di provenienza eurounitaria e si tratta di comprendere se siano adeguate le misure adottate in ossequio a tali affermazioni dal nostro legislatore e dal nostro diritto giurisprudenziale.

Il secondo e il terzo tema appartengono ai rapporti tra diritto antidiscriminatorio e licenziamenti.

Anzitutto, si intende indagare se sia possibile il rilievo d'ufficio delle nullità del licenziamento discriminatorio. In secondo luogo, si proverà a esplorare la possibilità che il principio di effettività giustifichi forti adattamenti organizzativi dell'impresa nell'ipotesi di licenziamento del lavoratore disabile per inidoneità fisica sopravvenuta.

Un ultimo terreno d'analisi è quello della tutela reintegratoria nei casi di nullità non espressamente previsti dalla legge, dove lo spazio di operatività del principio di effettività è tuttavia stretto tra due argini: scarsità delle norme UE di copertura e apparente restrittività della norma nazionale.

4. Il precariato pubblico nel circuito della tutela multilivello

Il tema dei contratti di lavoro a tempo determinato nel pubblico impiego privatizzato costituisce un esempio paradigmatico del modo di operare della c.d. tutela multilivello.

Al rafforzamento della tutela dei precari pubblici nell'ordinamento italiano hanno infatti concorso i giudici di merito, la Corte costituziona-

le, la giurisprudenza di legittimità e la CGUE, lungo un percorso indubbiamente tortuoso, ma certo ricco di spunti di riflessione.

La direttiva CE 28 giugno 1999, n. 1999/70 mira ad attuare l'accordo quadro sui contratti a tempo determinato, concluso il 18 marzo 1999 fra le organizzazioni intercategoriale a carattere generale (CES, CEEP e UNICE) e finalizzato a prevenire gli abusi nell'utilizzo del lavoro flessibile.

La direttiva riguarda sia il lavoro privato sia il lavoro pubblico.

Nel diritto italiano, la giurisprudenza di legittimità è ormai ferma nel ritenere che eventuali abusi nell'utilizzo dei contratti a termine determinino la c.d. conversione del contratto: attraverso il meccanismo della nullità parziale del contratto e la sostituzione della clausola nulla di apposizione del termine, il contratto a tempo determinato si trasforma in contratto a tempo indeterminato¹⁹.

Per il pubblico impiego, tuttavia, l'art. 36, d.lgs. n. 165 del 2001 esclude la possibilità di costituire giudizialmente rapporti di lavoro con la PA e dunque impedisce di trasformare un contratto a termine, pur abusivamente reiterato, in un rapporto a tempo indeterminato.

La Corte di giustizia si è più volte pronunciata sulla compatibilità tra tale previsione e la normativa UE in materia di lavoro a tempo determinato, esprimendo una posizione che può così riassumersi²⁰: il divieto di c.d. conversione non si pone di per sé in contrasto con il diritto UE, neanche per il fatto di dettare una disciplina differenziata tra lavoro privato e pubblico; la conversione non costituisce, infatti, l'unica sanzione possibile contro la reiterazione abusiva di contratti a termine, dato che anche una misura risarcitoria, quale quella espressamente prevista dallo stesso art. 36, d.lgs. n. 165 del 2001, può essere considerata adeguata, purché tuttavia realizzi un effetto dissuasivo nei confronti dell'Amministrazione pubblica autrice dell'abuso; tale idoneità dissuasiva dipende da vari fattori, ed ecco entrare in gioco il principio di effettività: l'ammontare del risarcimento deve essere adeguato dal punto di vista quan-

¹⁹ V. per tutte Cass., 15 novembre 2010, n. 23057.

²⁰ V. C. giust. UE, 7 settembre 2006, C-53/04, *Marrosu, Sardino*; 7 settembre 2006, C-180/04, *Vassallo*.

titativo; il percorso processuale non deve essere accidentato²¹; la prova del danno non deve essere particolarmente disagiata²².

Nel tentativo di dare a tali principi una vestizione coerente con l'ordinamento interno, i giudici di merito e le sezioni semplici della Suprema Corte hanno esplorato varie strade²³.

Ne è scaturita una situazione di incertezza, cui hanno inteso porre rimedio le Sezioni unite della Corte di cassazione con la pronuncia n. 5072 del 15 marzo 2016.

La Cassazione ha anzitutto tentato di inquadrare il danno derivante al lavoratore precario secondo le categorie proprie del nostro ordinamento e ha escluso che tale danno si sostanzia nella perdita del posto di lavoro oggetto del contratto (o dei contratti) a termine. Secondo la Corte, il lavoratore non ha, al momento della conclusione dei contratti a tempo determinato, un diritto pieno e incondizionato al conseguimento di tale posto di lavoro:

Il danno è altro (...) le energie lavorative del dipendente sarebbero state liberate verso altri impieghi possibili ed in ipotesi verso un impiego alternativo a tempo indeterminato. Il lavoratore che subisce l'illegittima

²¹ C. giust. UE, 14 settembre 2016, C-184/15 e 197/15, *Martínez Andrés e Castrejana López*: «Le disposizioni dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato che figura in allegato alla direttiva 1999/70, lette in combinato disposto con il principio di effettività, devono essere interpretate nel senso che esse ostano a norme processuali nazionali che obbligano il lavoratore a tempo determinato a intentare una nuova azione per la determinazione della sanzione adeguata, quando un'autorità giudiziaria abbia accertato un ricorso abusivo a una successione di contratti a tempo determinato, in quanto ciò comporterebbe per tale lavoratore inconvenienti processuali, in termini, segnatamente, di costo, durata e regole di rappresentanza, tali da rendere eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti che gli sono conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione».

²² Con specifico riferimento al danno da abusiva reiterazione di contratti a termine nel diritto italiano v. C. giust. UE, 12 dicembre 2013, C-50/2013, *Papalia*. In termini più generali, v. anche C. giust. UE 13 febbraio 2014, C-479/2012, *H. Gautzsch GroBhandel GmbH & co. KG c. Münchener Boulevard Möbel Joseph Duna GmbH*, e C-264/08, *Gov. Belgio c. Direct parcel distribution Belgium N V*.

²³ In particolare, Cass., 23 gennaio 2015, n. 1260 e Cass., 30 dicembre 2014, n. 27481 avevano giudicato utilizzabile, come criterio tendenziale, quello indicato dall'art. 8, l. n. 604 del 1966; Cass., 21 agosto 2013, n. 19371 aveva invece giudicato appropriato l'ancoraggio art. 32, l. n. 183 del 2010.

apposizione del termine o, più in particolare, l'abuso della successione di contratti a termine rimane confinato in una situazione di precarizzazione e perde la chance di conseguire, con percorso alternativo, l'assunzione mediante concorso nel pubblico impiego o la costituzione di un ordinario rapporto di lavoro privatistico a tempo indeterminato. L'evenienza ordinaria è la perdita di chance risarcibile come danno patrimoniale nella misura in cui l'illegittimo (soprattutto se prolungato) impiego a termine abbia fatto perdere al lavoratore altre occasioni di lavoro stabile.

Tale ricostruzione ha per la Corte un duplice scopo.

Da un lato, serve a dar vita una figura di danno patrimoniale *in re ipsa*, che metta al riparo l'ordinamento italiano da nuove scomuniche della Corte di giustizia che, sulla scia della sentenza *Papalia*, facciano leva sull'impossibilità della prova del danno. Dall'altro lato, pone le premesse per trovare il parametro risarcitorio più adeguato, che viene poi individuato nell'indennità onnicomprensiva dell'art. 32, comma 5, l. n. 183 del 2010, a proposito dell'analogia fattispecie del contratto a termine privatistico.

La soluzione adottata dalla Corte ha il merito di aver finalmente sistematizzato il danno da abusiva reiterazione di contratti a termine, ma rischia di non essere del tutto appagante.

Ciò tanto più se si osserva come, all'interno della galassia del precariato pubblico, un'altra sentenza della CGUE abbia innescato un meccanismo di adeguamento che ha creato ulteriori disarmonie. Mi riferisco alla sentenza *Mascolo* e al precariato scolastico²⁴.

Il sistema scolastico possiede peculiarità che avevano indotto in passato la Cassazione a escludere che il ricorso reiterato ai contratti a termine nella scuola, le c.d. supplenze, potesse dirsi abusivo, anche se finalizzato a coprire posti vacanti di diritto²⁵.

A séguito della storica ordinanza di rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale²⁶, la CGUE ha tuttavia riscontrato una contrarietà della normativa interna al diritto UE e, nel restituire gli atti all'autorevole

²⁴ C. giust. UE, 26 novembre 2014, cause riunite C-22/13, da C-61/13 a C-63/13 e C-418/13, *Mascolo et al.*

²⁵ Cfr. Cass. 20 giugno 2012, n. 10127.

²⁶ C. cost., 18 luglio 2013, n. 207.

giudice remittente, ha posto anche per il precariato scolastico il problema delle misure atte a sanzionare il ricorso abusivo ad una successione di contratti di lavoro a tempo determinato.

Nelle more della nuova pronuncia della Corte costituzionale, si è mosso tuttavia anche il legislatore con la l. n. 107 del 2015 (c.d. legge sulla buona scuola), al fine di arginare gli effetti della sentenza della CGUE. Tra le misure adottate per i docenti (ma non per il personale ATA), vi è quella dell'art. 1, co. 109, che consente ai precari inseriti nelle graduatorie ad esaurimento un accesso diretto e privilegiato, a semplice domanda, nei ruoli della scuola.

A seguito di ciò, sia la Corte costituzionale, sia la Corte di cassazione hanno qualificato la misura del comma 109 come risarcimento in forma specifica e hanno giudicato tale forma risarcitoria idonea (nel senso voluto dalla Corte di giustizia di fornire “garanzie effettive ed equivalenti di tutela”) a cancellare le conseguenze dell'abusivo ricorso alle supplenze pregresse. E la Corte di giustizia ha assecondato tale indirizzo nella recente sentenza *Rossato*, in cui è stata esclusa la contrarietà alla direttiva della normativa nazionale (appunto la l. n. 107 del 2015) che

così come applicata dagli organi giurisdizionali supremi, esclude – per docenti del settore pubblico che hanno beneficiato della trasformazione del loro rapporto di lavoro a tempo determinato in un rapporto di lavoro a tempo indeterminato con un effetto retroattivo limitato – qualsiasi diritto al risarcimento pecuniario in ragione dell'utilizzo abusivo di una successione di contratti a tempo determinato, allorché una siffatta trasformazione non è né incerta, né imprevedibile, né aleatoria e la limitazione del riconoscimento dell'anzianità maturata in forza della suddetta successione di contratti di lavoro a tempo determinato costituisce una misura proporzionata per sanzionare tale abuso, circostanze che spetta al giudice del rinvio verificare.

Ne consegue che l'attribuzione per altra via (in questo caso, legislativa) di un bene (in questo caso, il posto di lavoro) comparabile a quello oggetto del contratto viziato costituisce al tempo stesso un risarcimento

in forma specifica e una adeguata misura riparatoria in base al diritto UE²⁷.

Ciò tuttavia non attenua, ma semmai accentua le disarmonie tra le diverse categorie di lavoratori vittime della abusiva reiterazione di contratti a termine.

L'art. 32 consente al lavoratore privato di ottenere sia la conversione del contratto sia il risarcimento del danno. Lo stesso parametro risarcitorio è utilizzabile dal dipendente pubblico, il quale tuttavia per legge non può aspirare alla conversione. Tra i dipendenti pubblici ve ne sono poi alcuni, i docenti che abbiano fatto supplenze prima della l. n. 107 del 2015, che per legge hanno un diritto potestativo all'immissione in ruolo: anche a voler escludere che essi abbiano diritto a qualsiasi forma risarcitoria, in loro favore l'ordinamento garantisce comunque una promessa di retribuzione ben più alta dell'indennizzo massimo che può essere ottenuto dai precari pubblici ordinari.

A fronte di tale evoluzione, ci si chiedeva se le ragioni che in passato hanno indotto i giudici di Lussemburgo a "salvare" il sistema delle tutele nei contratti a termine nel settore pubblico potessero essere ancora fatte valere.

Il dubbio era che l'ancoraggio del danno *in re ipsa* richiesto dalla giurisprudenza UE a una disposizione come l'art. 32, accompagnato però dall'amputazione della misura che all'interno di tale disposizione appare come la più incisiva (cioè la conversione), non produce solo e tanto un allontanamento dal principio di riparazione integrale del danno, ma piuttosto sottolinea e rende tangibile la distanza tra le sanzioni adottate nell'uno e nell'altro settore.

²⁷ La sentenza della Consulta, resa all'esito del rinvio pregiudiziale da cui è scaturita la sentenza *Mascolo* della C. giust. UE, è C. cost. 20 luglio 2016, n. 187; le pronunce della Cassazione sul precariato scolastico sono invece le sette sentenze del 7 novembre 2016, nn. 22552, 22553, 22554, 22555, 22556, 22557, 22558. Può essere utile tuttavia segnalare che la S.C. ha di recente compiuto alcune precisazioni, a proposito dell'idoneità dell'immissione in ruolo dei precari a riparare le conseguenze pregiudizievoli dell'abusiva reiterazione di contratti a termine nel pubblico impiego privatizzato: Cass. 17 luglio 2020, n. 15353 ha infatti chiarito che tale idoneità sussiste non in ogni caso di stabilizzazione successiva, ma solo quando l'immissione in ruolo si ponga in un rapporto di causa-effetto con la reiterazione illegittima, come accade quando sia il legislatore stesso a prevedere una stabilizzazione in favore delle vittime dell'abuso.

La recente decisione della CGUE, 7 marzo 2018, C-494/16, *Santoro* ha tuttavia escluso che la soluzione adottata dalle Sezioni unite si ponga in conflitto con il diritto dell'Unione europea. Affermata la incomparabilità tra lavoro privato e lavoro pubblico (§ 33 e 42), la Corte di giustizia ha negato che la clausola 5 dell'accordo quadro imponga di concedere, in mancanza della conversione, un'indennità diretta a compensare detta mancanza (§ 47), essendo sufficienti altre misure.

La Corte costituzionale, da parte sua, si è allineata a tali conclusioni²⁸.

La partita sembrerebbe dunque chiusa.

Senonché, un'attenta lettura della sentenza *Santoro*, anche alla luce delle conclusioni rassegnate dall'Avvocato Generale presso la Corte di giustizia potrebbe portare in una direzione diversa.

Ai § 65 e 66, l'Avv. Gen. aveva infatti sottolineato come l'art. 32 preveda un limite massimo all'indennità forfettaria e ne aveva tratta la conseguenza che

tale standardizzazione delle sanzioni, invece di consentire di evitare la recidiva, potrebbe favorirla, a causa dell'esistenza di un limite massimo universale che non può essere superato, nonostante il carattere reiterato degli abusi. Ritengo, al pari della Commissione, che la sproporzione fra la portata potenziale dell'abuso, il quale può avere avuto conseguenze per diversi anni, e l'indennità forfettaria, la quale è pari al massimo a dodici mensilità di retribuzione, sia idonea ad indebolire l'effetto deterrente delle misure sanzionatorie.

Analogamente, al § 73, l'Avvocato Generale aveva osservato che

malgrado la moltiplicazione delle misure sanzionatorie, qualora lo Stato membro abbia previsto misure risarcitorie, una sanzione simbolica non può mai essere considerata costitutiva di un'attuazione corretta ed efficace dell'accordo quadro, dal momento che una compensazione trascurabile non può costituire una misura risarcitoria adeguata. Per le stesse ragioni, l'indennità forfettaria, pur potendo essere prevista dal legislatore nazionale, non può sostituirsi interamente al risarcimento completo del danno subito.

²⁸ C. cost. 27 dicembre 2018, n. 248.

Dal canto suo, la sentenza *Santoro*, pur non riprendendo esplicitamente tali argomentazioni, mostra di averle prese in considerazione.

La normativa italiana è stata infatti ‘assolta’ perché la Corte di giustizia ha accettato l’affermazione del Governo italiano che

i giudici nazionali adottano criteri di particolare favore sia nell’accertamento che nella liquidazione del danno derivante dalla perdita di opportunità di lavoro, richiedendo la sola dimostrazione in via presuntiva della perdita non di un vantaggio, ma della mera possibilità di conseguirlo e provvedendo alla liquidazione del danno sofferto, anche in mancanza di elementi concreti di prova prodotti dal lavoratore interessato (§ 49);

con la conseguenza che

il ricorso a presunzioni dirette a garantire a un lavoratore, che abbia sofferto, a causa dell’uso abusivo di contratti a tempo determinato stipulati in successione, una perdita di opportunità di lavoro, la possibilità di cancellare le conseguenze di una siffatta violazione del diritto dell’Unione è tale da soddisfare il principio di effettività (§ 50).

In conclusione, i giudici nazionali possono sentirsi liberi – perché autorizzati dalla Corte di giustizia e in via mediata dal Governo italiano – di agevolare il lavoratore precario nella prova del danno attraverso un meccanismo che, se non può essere riportato al concetto di danno *in re ipsa*, gli si avvicina molto, a ulteriore dimostrazione del ruolo cruciale del giudice comune europeo nell’attuazione del principio di effettività.

E tale indirizzo trova un pur indiretto avallo nella citata sentenza della Corte costituzionale n. 194 del 2018 sull’indennità risarcitoria nel caso di licenziamento di un lavoratore assoggettato alla disciplina del contratto a tutele crescenti (d.lgs. n. 23 del 2015), sentenza che ha fatto leva anche e soprattutto sull’effettività per dichiarare illegittimo il meccanismo automatico di liquidazione basato esclusivamente sull’anzianità (e v. anche C. cost. n. 150 del 2020).

Tale pronuncia sta a dimostrare che l’entità del risarcimento in favore dei lavoratori nei cui confronti siano stati commessi abusi non è indifferente ai fini dell’operare del principio di effettività correttamente inteso e che sarebbe fortemente riduttivo valutare la conformità a tale principio di una misura risarcitoria prevista dalla legge, alla sola lu-

ce (molto fioca) di un criterio negativo come quello, pur talvolta utilizzato in passato dalla stessa Corte costituzionale²⁹, che, sul presupposto della non costituzionalizzazione di una regola di riparazione integrale del danno, si accontenta genericamente di una quantificazione adeguata o non irrisoria dello stesso.

La vicenda del precariato pubblico e del cd. danno comunitario si profila poi d'interesse anche per un altro motivo, in un certo senso di segno opposto.

Si è visto sin qui che la soluzione adottata da Cass. n. 5072/2016 è tesa a riallineare la disciplina sanzionatoria nazionale in materia di abusiva reiterazione dei contratti a termine nel settore pubblico al canone dell'effettività.

Paradossalmente, questa stessa soluzione può tuttavia generare disparità di trattamento rispetto ad altre situazioni del diritto interno, secondo un criterio di comparazione che abbiamo definito dell'equivalenza alla rovescia.

Affermano le Sezioni Unite al § 15 della motivazione:

a livello di normativa interna la prova del danno grava sul lavoratore che eserciti in giudizio la pretesa risarcitoria regolata dalla disciplina codicistica (articolo 1223 c.c.). La circostanza che effettivamente il lavoratore abbia difficoltà a provare il danno subito, che consiste essenzialmente nella perdita di chance di un'occupazione migliore, costituisce un inconveniente di mero fatto che non mina la legittimità – si ripete, a livello interno – di tale normativa applicata a questa fattispecie. Se però ci si sposta a livello comunitario, la situazione è differente (...) la difficoltà della prova non può dirsi che costituisca un inconveniente di mero fatto, ma in caso di abusivo ricorso al contratto a termine che va prevenuto con misure equivalenti (...) ridonda in deficit di adeguamento della normativa interna a quella comunitaria e quindi in violazione di quest'ultima; la quale, per essere (pacificamente) non autoapplicativa, opererebbe non di meno come parametro interposto ex articolo 117 Cost., comma 1, e potrebbe inficiare la legittimità costituzionale della norma interna.

²⁹ V., proprio in tema di contratti a tempo determinato e art. 32 della l. n. 183 del 2010, C. cost. 11 novembre 2011, n. 303.

Dunque, le Sezioni Unite hanno espressamente autorizzato un doppio standard probatorio del danno, a seconda che la violazione da cui esso trae origine riguardi il diritto UE o il diritto nazionale.

Il rischio di questa conclusione è di ridurre il principio di effettività a capriccio eurounitario e di impedire la valorizzazione di fermenti già presenti in molti settori dell'ordinamento interno, tra cui soprattutto la tradizione di effettività costituita da quella ricca elaborazione dottrinale di cui si è parlato.

Dare spazio all'agevolazione probatoria solo per evitare di infrangere il diritto eurounitario e di contravvenire alle prescrizioni della CGUE significa prestare un'adesione meramente formale al principio di effettività e dimenticare che esso ha un preciso fondamento anche nel diritto interno, dato che le asimmetrie informative che affliggono il contraente debole si riflettono sul piano processuale (come è già noto al nostro sistema, si pensi all'inversione legale dell'onere della prova sancita dall'art. 5, l. n. 604 del 1966 o al ruolo della prova statistica nell'art. 40, d.lgs. 198/2006).

Se applicata alla tutela risarcitoria, la dissuasività di cui parlano le direttive e la giurisprudenza della CGUE non è altro che la funzione preventiva e di deterrenza della responsabilità civile (in questa inclusa anche la responsabilità contrattuale o precontrattuale che deriva da condotte abusive che violino di obblighi di protezione, piuttosto che da inadempimenti rispetto a obblighi preesistenti) di cui negli ultimi anni giurisprudenza e dottrina vanno riscoprendo l'importanza³⁰.

Come osservato da un'altra recente sentenza delle Sezioni Unite, quella in tema di danni punitivi, vi è «un riscontro a livello costituzionale della cittadinanza nell'ordinamento di una concezione polifunzionale della responsabilità civile, la quale risponde soprattutto a un'esigenza di effettività»³¹.

Dovrebbe scaturirne che la presunzione dell'esistenza di un danno a carico del contraente debole che sia stato vittima di condotte abusive o illecite della controparte in posizione di preminenza, con tutte le implicazioni di carattere processuale che ne derivano, dovrebbe essere regola

³⁰ Su questo risvolto del principio di effettività v. però le critiche di M. LIBERTINI, *Le nuove declinazioni del principio di effettività*, in G. GRISI (a cura di), *op. cit.*, 28 ss.

³¹ Cass. Sez. Un. 5 luglio 2017, n. 16601.

imposta dall'esigenza di impedire o scoraggiare il verificarsi di altri abusi dello stesso tipo, non da un mero ossequio a principi sovranazionali accettati controversia.

Muovendo dalla vicenda del precariato pubblico, ma spostandosi poi su altri terreni analoghi in cui sono riscontrabili asimmetrie informative e disparità socio-economiche, quello che si delinea è un nuovo statuto del danno all'insegna dell'effettività.

Quando viene in gioco un pregiudizio subito dal contraente debole, il danno risarcibile deve essere facilmente dimostrabile e deve essere adeguato, non solo in un'ottica compensativa, ma preventiva di eventuali reiterazioni della condotta pregiudizievole.

5. Diritto antidiscriminatorio e licenziamenti

Il secondo terreno d'indagine è quello dei licenziamenti discriminatori.

È noto come la legislazione italiana sul tema delle discriminazioni abbia conosciuto una importante evoluzione proprio in sede di attuazione di strumenti normativi dell'Unione europea, generando in particolare una sensibile attenuazione dell'onere probatorio a carico del lavoratore rispetto alle condotte e agli atti discriminatori posti in essere dal datore di lavoro³².

La strada da percorrere è tuttavia ancora lunga. Nei paragrafi che seguono, si cercherà dunque di verificare se il principio di effettività possa contribuire a un progresso interpretativo su due delicati temi, quello del rilievo officioso delle nullità discriminatorie e quello degli adattamenti organizzativi in caso di licenziamento del disabile per inidoneità fisica sopravvenuta.

5.1. Licenziamento discriminatorio e rilievo officioso della nullità

Tra gli effetti più rilevanti del principio di effettività di origine euronitaria vi è senza dubbio quello di aver restituito vitalità alla nullità

³² Si veda al riguardo la ricostruzione operata da Cass. 27 settembre 2018, n. 23338.

contrattuale, intesa non più esclusivamente come presidio di interessi generali, ma come sanzione, come misura idonea a incidere, in termini efficaci e dissuasivi, sulle violazioni commesse nei confronti dei titolari di diritti protetti dal diritto UE³³.

Le recenti e dirompenti sentenze della Corte di cassazione in tema di rilievo officioso della nullità, con cui è stato ribaltato un orientamento consolidatissimo ed è stato messo in discussione uno dei principi-cardine del processo civile, quale il principio dispositivo, hanno trovato nella giurisprudenza della Corte di giustizia una spinta decisiva³⁴.

Anche qui si registra tuttavia un paradosso.

Il diritto del lavoro regola rapporti connotati da forti disparità di potere economico, contrattuale, informativo. Per questo motivo costituisce terreno d'elezione per le nullità, soprattutto di carattere *lato sensu* protettivo. A sua volta il processo del lavoro si connota sin dall'origine per i forti poteri officiosi del giudice.

Quale migliore occasione per rinverdire gli antichi fasti e applicare a pieno regime il nuovo corso inaugurato dalle Sezioni unite, soprattutto in un tempo nel quale solo le violazioni che causano la nullità appaiono in grado di far accedere i lavoratori alle tutele più ampie e complete?

Lo spettro applicativo è potenzialmente molto vasto (sanzioni disciplinari nel pubblico impiego, patti contrattuali penalizzanti per il lavoratore, divieti nella contrattazione a termine ecc.), ma sinora la giurisprudenza di merito ha mostrato una certa timidezza (se non ignoranza del problema) e quella di legittimità ha affrontato il tema solo a proposito del licenziamento³⁵.

Com'è noto, la l. n. 92 del 2012 e il d.lgs. n. 23 del 2015 hanno ridotto lo spazio della tutela reintegratoria. Ad essa il lavoratore può accedere in senso pieno essenzialmente solo in caso di nullità del licenziamento.

³³ Per una articolata critica a questa tendenza v. M. LIBERTINI, *Le nuove declinazioni del principio di effettività*, in G. GRISI (a cura di), *op. cit.*, 32 ss.

³⁴ Cass. Sez. Un. 12 dicembre 2014, nn. 26242 e 26243, precedute da Cass. Sez. Un. 4 settembre 2012, n. 14828. V. in particolare il § 3.13.2 di Cass. n. 26242/2014.

³⁵ Per una prima analisi, v. L. DI PAOLA, *Rilevabilità officiosa delle nullità negoziali e diritto del lavoro: un tema da approfondire*, in *Riv. it. dir. lav.*, 4, 2015, 1113.

Nella pratica, accade però sovente, per molteplici ragioni, che il ricorso con cui si impugna il licenziamento trascuri di segnalare profili di illegittimità dell'atto di recesso, che pure emergono dai documenti prodotti dalle parti o dall'istruttoria svolta³⁶.

Quando tali vizi integrino un'ipotesi di nullità del recesso datoriale, ci si è chiesti se la citata giurisprudenza delle Sezioni unite sul rilievo officioso della nullità contrattuale possa essere trasposta al licenziamento, in contrasto con un filone giurisprudenziale piuttosto consolidato³⁷.

Inizialmente, la Corte di cassazione si è espressa in senso positivo, valorizzando proprio la funzione protettiva delle nullità lavoristiche e richiamando, sia pur genericamente, le indicazioni della Corte di giustizia.

In un caso di sanzione disciplinare irrogata a un dipendente di un'azienda appartenente al settore autoferrotranviario (in cui quindi il procedimento disciplinare era scandito da norme di legge imperative), impugnata dal lavoratore per uno specifico motivo, Cass. 28 agosto 2015, n. 17286 ha così argomentato:

il principio di rilevabilità d'ufficio delle nullità negoziali emergenti *ex actis* si estende (...) (contrariamente a quanto affermato da Cass. S.U. n. 14828/12) anche alle nullità cd. di protezione (...). La nullità d'una sanzione disciplinare per violazione dell'iter legislativo previsto per la sua irrogazione rientra – appunto – nella categoria delle nullità di protezione, atteso che la procedura garantistica prevista in materia disciplinare è inderogabile ed è fondata su un evidente scopo di tutela del contraente debole del rapporto (vale a dire del lavoratore dipendente).

³⁶ Nel caso deciso da Cass., 15 febbraio 1996, n. 1173, su cui v. più avanti, la parte ricorrente aveva addotto in primo grado il proprio stato di gravidanza, non però come causa di nullità del provvedimento di recesso ma come elemento a sostegno dello stato soggettivo di confusione che avrebbe giustificato il suo comportamento disciplinarmente rilevante.

³⁷ V. Cass., 15 febbraio 1996, n. 1173, Cass., 15 febbraio 2001, n. 2188, Cass., 21 dicembre 2004, n. 23683, Cass., 22 aprile 2005, n. 8474 e perfino Cass., 3 luglio 2015, n. 13673, la quale, pur giungendo dopo le Sezioni unite del 2014, non si interroga sul punto.

Più di recente, Cass., 24 marzo 2017, n. 7687, ha invece fatto prevalere un orientamento restrittivo, attraverso un percorso argomentativo più attento ai profili processuali delle azioni di nullità:

Nessuna di dette ragioni, poste a fondamento del principio della rilevanza officiosa, si presta a essere estesa alla impugnativa del licenziamento, che, da un lato, resta circoscritta all'atto e non è idonea a estendere l'oggetto del processo al rapporto; dall'altro non può essere equiparata all'azione con la quale si fanno valere diritti autodeterminati, attesa la molteplicità dei profili di nullità, annullabilità e inefficacia che possono incidere sulla validità in senso lato del recesso e che implicano la deduzione e la allegazione di circostanze di fatto che, per le peculiarità proprie del rito, devono entrare a far parte del *thema decidendum* e del *thema probandum* sin dal primo atto introduttivo. 12. Le considerazioni che precedono inducono, pertanto, il Collegio a ribadire l'orientamento di questa Corte richiamato al punto 7, in forza del quale non è consentita al ricorrente la tardiva deduzione di un vizio del procedimento disciplinare non dedotto nell'atto introduttivo né può il giudice rilevare d'ufficio una ragione di nullità del licenziamento diversa da quella eccepita dalla parte.

La giurisprudenza successiva di legittimità sembra essersi allineata all'indirizzo restrittivo³⁸.

Ora, per verificare la tenuta di tale orientamento, sono necessarie alcune precisazioni.

L'estensione al diritto del lavoro, e in particolare alle fattispecie di licenziamento, dei principi in tema di rilievo officioso della nullità, elaborati dalle Sezioni unite nel 2014, non può dirsi scontata. Essa passa attraverso il giudizio di compatibilità previsto dall'art. 1324 c.c., che è norma certo di non facile lettura.

Un rapido esame della giurisprudenza sull'art. 1324 mostra che l'incompatibilità è stata in passato affermata o per ragioni strutturali, legate cioè alle intrinseche caratteristiche dell'atto unilaterale, che per definizione non consente ad es. di appurare la comune intenzione delle par-

³⁸ V. Cass. 2 ottobre 2018, n. 23869; Cass. 11 dicembre 2018, n. 31987; Cass. 5 aprile 2019, n. 9675.

ti³⁹, o per ragioni funzionali, legate cioè al contesto nel quale quello specifico atto si inserisce⁴⁰.

In particolare, proprio in materia di licenziamento, ma con motivazione obiettivamente molto apodittica, la Cassazione, in un caso nel quale la ricorrente aveva allegato in primo grado il proprio stato di gravidanza, non però come causa del provvedimento di recesso ma come elemento a sostegno dello stato soggettivo di confusione che avrebbe giustificato il suo comportamento, aveva escluso che il giudice potesse «rilevare di ufficio (come è possibile invece, per la nullità, nelle azioni contrattuali) una causa di invalidità diversa da quella dedotta quale causa petendi»⁴¹.

Cass. n. 7687/2017 sembra in effetti porsi nel solco di tale indirizzo, allorché vede nella accentuata procedimentalizzazione dell'impugnativa dei licenziamenti un argomento contrario alla rilevabilità officiosa della nullità.

Senonché, il merito, o comunque l'effetto principale, delle pronunce delle Sezioni unite in tema di nullità è stato quello di avere introiettato nel sistema nazionale il principio di effettività e di aver proposto una rilettura dell'intera disciplina interna della nullità, comprese le norme generali, alla luce di questo principio.

In tal modo, la Cassazione ha realizzato la sintesi più avanzata possibile nella concezione dei rapporti tra diritto UE e diritto nazionale, mostrando di aver ben inteso la lezione di quella illustre dottrina, per la quale la supremazia del diritto dell'Unione europea non può inverarsi attraverso una meccanica opera di recepimento di singole regole, dovendo piuttosto il diritto UE essere inteso come «il diritto di ciascuno degli Stati assunto e valutato all'esito del necessario processo di integrazione tra le fonti interne e quelle di derivazione comunitaria»; il principio di supremazia non solo consente, ma «implica una modalità di

³⁹ V. da ultimo Cass. 6 maggio 2015, n. 9127.

⁴⁰ In tema di licenziamento e di impugnativa del licenziamento cfr. Cass. 1° settembre 1997, n. 8262, seguita da Cass., 4 marzo 1998, n. 2374 e più di recente da Cass. 20 settembre 2012, n. 15888 e Cass. 23 aprile 2014, n. 9182.

⁴¹ Cass., 15 febbraio 1996, n. 1173.

svolgimento del procedimento interpretativo e quindi suppone il passaggio attraverso criteri di classificazione di tipo categoriale»⁴².

Attraverso questa operazione, le Sezioni unite hanno collocato il principio di effettività e tutti i suoi corollari, tra cui il rilievo officioso, al centro del tradizionale sistema delle nullità, rendendo indispensabile confrontarsi con esso indipendentemente dal fatto che venga o meno in questione una tematica rientrante del raggio regolativo del diritto UE.

Ne consegue che, dopo l'intervento delle Sezioni unite, non solo devono dirsi vietate operazioni interpretative che mettano in discussione o anche solo tendano a minimizzare questo nucleo centrale, ma anche che la forza pervasiva del principio di effettività deve estendersi al giudizio di compatibilità ex art. 1324, garantendone una lettura per così dire al rialzo e non riduttiva.

In altri termini, l'incompatibilità tra disciplina del contratto e atti unilaterali non può essere affermata valorizzando proprio quegli aspetti che il principio di effettività mira a contrastare, cioè quelle norme che, indifferenti allo squilibrio economico/informativo esistente tra le parti, di fatto realizzano un deficit di tutela.

In particolare, quando Cass. n. 7687/2017 afferma – richiamando le Sezioni unite – che

la domanda volta a ottenere la dichiarazione di nullità, in quanto avente ad oggetto l'accertamento negativo dell'esistenza del rapporto contrattuale fondamentale, è equiparabile alla domanda di accertamento di diritti autodeterminati, inerenti a situazioni giuridiche assolute, articolate in base a un solo elemento costitutivo

⁴² N. LIPARI, *Categorie civilistiche e diritto di fonte comunitaria*, in E. DEL PRATO (a cura di), *Studi in onore di Antonino Cataudella*, Napoli, 2013, 1200. V. però G. SANTORO PASSARELLI, *Appunti sulla funzione delle categorie civilistiche nel diritto del lavoro dopo il jobs act*, in *Riv. dir. civ.*, 1, 2016, 627, secondo il quale le categorie «hanno una funzione strumentale e cioè servono a colmare le lacune del sistema e a spiegare fatti e valori dell'esperienza concreta ma non possono sovrapporsi ad essa ed ingabbiare o ingessare la materia sempre mutevole oggetto della nostra disciplina. Le categorie civiliste, quindi, non possono essere utilizzate per proporre soluzioni interpretative in contrasto con la normativa lavoristica che è pur sempre speciale».

e che dunque ad essa non può essere equiparata l'impugnativa di licenziamento,

attesa la molteplicità dei profili di nullità, annullabilità e inefficacia che possono incidere sulla validità in senso lato del recesso e che implicano la deduzione e la allegazione di circostanze di fatto che, per le peculiarità proprie del rito, devono entrare a far parte del *thema decidendum* e del *thema probandum* sin dal primo atto introduttivo

sembra trascurare che in realtà tale passaggio della motivazione delle Sezioni unite non costituisce la premessa, ma la conclusione del dirimpente *revirement*. L'equiparazione alle domande di accertamento di diritti autodeterminati è compiuta proprio al fine di liberare il giudizio di nullità, e dunque i poteri officiosi del giudice, dalle secche in cui lo aveva calato la giurisprudenza precedente, attraverso una equiparazione ai giudizi su diritti eterodeterminati.

Il § 6.13.6 della complessa motivazione di Cass. Sez. Un. 26242/2014 è chiarissimo:

la domanda di accertamento della nullità negoziale si presta allora, sul piano dinamico-processuale, a un trattamento analogo a quello concordemente riservato alle domande di accertamento di diritti autodeterminati, inerenti a situazioni giuridiche assolute, anch'esse articolate in base ad un solo elemento costitutivo. Il giudizio di nullità/non nullità del negozio (il *thema decidendum* e il correlato giudicato) sarà, così, definitivo e a tutto campo indipendentemente da quali e quanti titoli di nullità siano stati fatti valere dall'attore.

Le Sezioni unite hanno equiparato la domanda di nullità alle domande volte a far valere diritti autodeterminati, proprio nella consapevolezza che tradizionalmente l'azione di nullità veniva invece equiparata alla domanda volta a far valere i diritti eterodeterminati, in ragione della molteplicità dei vizi che possono affettare il contratto.

Quanto alle preclusioni di carattere processuale e in particolare alle decadenze, che il rilievo officioso delle nullità consentirebbe di aggirare, occorre a mio avviso fare attenzione a non cadere in un'inversione metodologica.

Preclusioni e decadenze non possono di per sé essere opposte come barriere al rilievo officioso delle nullità, se non altro perché esse stesse costituiscono un potenziale limite al pieno dispiegarsi del principio di effettività⁴³. Far operare congiuntamente queste due regole (divieto di rilievo officioso e preclusioni decadenziali) rischia di porre l'intera complessiva disciplina delle impugnative dei licenziamenti in contrasto con il principio di effettività.

Non si deve dimenticare del resto che uno dei tratti salienti che ha caratterizzato l'evoluzione giurisprudenziale, nel passaggio dalle Sezioni Unite del 2012 a quelle del 2014, è stata proprio l'estensione alle nullità protettive del potere di rilievo officioso. E tale estensione è stata operata osservando come

il potere del giudice, in questi ambiti, rafforza l'intensità della tutela accordata alla parte che, in ragione della propria posizione di strutturale minor difesa, potrebbe non essere in grado di cogliere le opportunità di tutela ad essa accordata (§ 3.12.1).

Natura protettiva delle nullità e rilievo officioso non possono essere disgiunte, ma devono agire nella medesima direzione, pena una insanabile contraddizione.

Anche il timore di una progressiva erosione del principio dispositivo non deve far dimenticare che esso costituisce, sin dalla sua origine liberale, la proiezione sul piano processuale del principio di libera disponibilità del diritto sostanziale⁴⁴. Con la conseguenza, se la logica non ci inganna, che il principio dispositivo ben tollera limitazioni ogni qual-

⁴³ Si veda al riguardo la sentenza della C. giust. UE, 20 ottobre 2016, C-429/15, *Danqua*, in cui i giudici di Lussemburgo hanno concluso che «il principio di effettività deve essere interpretato nel senso che osta ad una norma procedurale nazionale, come quella oggetto del procedimento principale, che assoggetta una domanda volta ad ottenere lo status di protezione sussidiaria ad un termine di decadenza di quindici giorni lavorativi a decorrere dalla notifica, da parte dell'autorità competente, della possibilità, per un richiedente asilo la cui domanda sia stata respinta, di presentare una siffatta domanda».

⁴⁴ Per una riflessione sui rapporti tra principio di effettività e principio dispositivo, ancorché in materia di protezione internazionale dei rifugiati, v. M. ACIERNO, M. FLAMINI, *Il dovere di cooperazione del giudice, nell'acquisizione e nella valutazione della prova*, in *Persona e mercato*, 1, 2017, 13 ss.

volta il diritto da tutelare in giudizio appartenga al novero dei diritti in tutto o in parte indisponibili; autorizza del resto a pensarlo il fatto che, nel nostro ordinamento, il principio dispositivo trovi radice, prima che nel codice di rito, nella disposizione introduttiva del titolo IV del libro VI del codice civile, dedicato alla tutela giurisdizionale dei diritti (art. 2907 c.c.) e che lo stesso art. 2907 elevi la pronuncia d'ufficio, sia pure in via d'eccezione, a strumento di tutela sostanziale, prima che a espressione del potere autoritativo⁴⁵. Contro gli eccessi di quest'ultimo vi è poi del resto la precisazione, affermata con nettezza dalle Sezioni unite, che il rilievo officioso non può mai sostituirsi immediatamente alla volontà della parte, ancorché debole, la quale può e deve essere aiutata a supplire a eventuali manchevolezze nella predisposizione della propria difesa, ma sempre in termini di proposta *ex art.* 101 c.p.c., cui essa può aderire o meno⁴⁶.

5.2. *Handicap, licenziamento discriminatorio e art. 2103 c.c.*

Ancor più spinosa è la questione del licenziamento del portatore di *handicap* per inidoneità fisica sopravvenuta.

La giurisprudenza della Suprema Corte ha più volte affermato che la legittimità del recesso è in tal caso condizionata alla previa e rigorosa verifica, da parte dell'imprenditore, della possibilità non solo di assegnazione del disabile a mansioni equivalenti o inferiori, ma anche di adattamenti organizzativi⁴⁷. E tale giurisprudenza è ben consapevole

⁴⁵ Sugli equivoci derivanti da una indebita sovrapposizione dei profili, sostanziale e processuale, del principio dispositivo, sia pure a proposito dei poteri istruttori del giudice, nonché sulle ragioni ideologiche di questa sovrapposizione, v. M. TARUFFO, *La prova nel processo civile*, in A. CICU, F. MESSINEO, L. MENGONI (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 2012, 96 ss., spec. 112-113.

⁴⁶ Ci si potrebbe a questo proposito chiedere se non sarebbe opportuno prevedere che la reazione della parte debole al rilievo officioso del giudice sia necessariamente accompagnata da una manifestazione di volontà della parte, attraverso ad es. il conferimento di una procura speciale, diversa e successiva rispetto alla procura alle liti.

⁴⁷ V. da ultimo Cass. 19 marzo 2018, n. 6798; Cass. 26 ottobre 2018, n. 27243.

che una simile verifica è imposta sia dai valori costituzionali, sia dal diritto di matrice eurounitaria, come interpretato dalla CGUE⁴⁸.

Il punto dolente è tuttavia dato dal criterio con il quale misurare la ragionevolezza degli adattamenti organizzativi.

L'art. 5 della direttiva 2000/78 stabilisce che:

Per garantire il rispetto del principio della parità di trattamento dei disabili, sono previste soluzioni ragionevoli. Ciò significa che il datore di lavoro prende i provvedimenti appropriati, in funzione delle esigenze delle situazioni concrete, per consentire ai disabili di accedere ad un lavoro, di svolgerlo o di avere una promozione o perché possano ricevere una formazione, a meno che tali provvedimenti richiedano da parte del datore di lavoro un onere finanziario sproporzionato. Tale soluzione non è sproporzionata allorché l'onere è compensato in modo sufficiente da misure esistenti nel quadro della politica dello Stato membro a favore dei disabili.

La corrispondente norma nazionale (art. 3, co. 3-*bis* del d.lgs. n. 216 del 2003)⁴⁹ è meno dettagliata, ma non può che essere interpretata alla luce della direttiva, la quale, come si è visto, sembra richiedere una valutazione di tipo quantitativo.

In molti casi, ciò è sufficiente a dirimere – in una direzione o nell'altra – i conflitti tra le esigenze del disabile e quelle organizzative.

Così, nel caso deciso da Cass. n. 6798/2018, è stata confermata la sentenza di merito che, sulla scorta di una c.t.u., aveva affermato l'illegittimità del licenziamento per non avere l'azienda adottato misure organizzative poco onerose, che il consulente aveva individuato nella bonifica dell'ambiente di lavoro e nella sua manutenzione secondo determinati accorgimenti⁵⁰.

Nel caso invece deciso da Cass. 26 ottobre 2018, n. 27243, l'adattamento organizzativo, per come in concreto accertato, avrebbe imposto

⁴⁸ V. C. giust. UE, 11 aprile 2013, C-335/11 e C-337/11, *HK Danmark*, e 11 settembre 2019, C-397/18, *Nobel Plastiques Iberica SA*.

⁴⁹ Tale comma è stato introdotto dal d.l. 28 giugno 2013, n. 76, convertito con modificazioni dalla l. 9 agosto 2013, n. 99, per sanare l'inadempimento dell'Italia accertato con la procedura d'infrazione sfociata in C. giust. UE, 4 luglio 2013, C-312/11, *Commissione c. Italia*.

⁵⁰ E v. anche Cass. 21 maggio 2019, n. 13649, in *Giur. it.*, 2019, 11, c. 2470.

la modifica delle mansioni di altri lavoratori. La Corte ha così confermato la decisione di merito che aveva rigettato l'impugnativa del licenziamento, considerando intangibili le posizioni degli altri lavoratori, in forza del divieto posto dall'art. 2103 c.c.

La soluzione adottata dalla Corte in quest'ultimo caso è comprensibile, ma ci si può interrogare se essa sia compatibile con un'interpretazione della norma eurounitaria (art. 5 della direttiva 2000/78) alla luce del principio di effettività.

Detto principio impone infatti di modellare il più possibile l'interpretazione delle norme attributive di diritti sulla *ratio* delle norme stesse e dunque non può non comprendere, nell'ipotesi del diritto antidiscriminatorio, una comparazione tra le posizioni soggettive che la condotta che viene di volta in volta in considerazione rischia di trattare in modo diseguale.

Una diversa soluzione non coglie l'essenza del diritto antidiscriminatorio ed equipara la valutazione degli adattamenti organizzativi compiuta in caso di licenziamento del disabile all'obbligo di *repêchage* di qualunque altro lavoratore.

Il diritto antidiscriminatorio non è infatti il diritto del 'tutto o niente', che accerta cioè solo la sussistenza o la insussistenza della disparità di trattamento, ma è anche il diritto (si pensi a tutta la storia delle *affirmative actions*) che deve farsi carico, in nome dell'effettività, dei possibili conflitti interni all'organizzazione in cui la parità di trattamento deve realizzarsi, risolvendoli eventualmente anche con il sacrificio (ragionevole, parziale) di coloro che non siano portatori del fattore discriminatorio (nella specie, l'*handicap*)⁵¹.

6. La nullità dei licenziamenti e la tutela reintegratoria

L'ultimo campo di indagine è il più difficile da esplorare.

Si è detto di come, a partire dalla l. n. 92 del 2012, gli spazi della tutela reintegratoria in caso di licenziamento illegittimo si siano progres-

⁵¹ Sul tema v. C. SPINELLI, *La sfida degli "accomodamenti ragionevoli" per i lavoratori disabili dopo il Jobs Act*, in *Dir. lav. merc.*, 1, 2017, 1 ss.

sivamente ridotti. In particolare, dopo la modifica dell'art. 18, l'art. 2 del d.lgs. n. 23 n. 2015 ha ulteriormente circoscritto l'ambito della tutela reintegratoria piena, limitandola a tre ipotesi: a) il licenziamento discriminatorio; b) il licenziamento orale; c) il licenziamento «ricongiungibile agli altri casi di nullità espressamente previsti dalla legge».

Intorno a quest'ultima dizione, obiettivamente più restrittiva rispetto a quella contenuta nel primo comma dell'art. 18 *post* Fornero⁵², si è aperto un dibattito dottrinale e per ora in minima parte giurisprudenziale, volto a comprendere la portata di tale riduzione⁵³.

In particolare, ci si chiede se l'uso della parola “espressamente” escluda dalla tutela reintegratoria ipotesi di licenziamenti che tradizionalmente la giurisprudenza considerava nulli, ma che la norma di riferimento non sanzionava esplicitamente con la nullità.

Si pensi al licenziamento ritorsivo, ma non discriminatorio, al licenziamento intimato in vista del trasferimento d'azienda (art. 2112 c.c.)⁵⁴, al licenziamento intimato prima dell'effettivo superamento del periodo di comporto (art. 2110 c.c.) o anche, ma qui il caso è più dubbio, al licenziamento intimato nel periodo di prova, sulla base tuttavia di un patto di prova nullo⁵⁵.

⁵² Nell'art. 18 novellato, la tutela reintegratoria era garantita contro il licenziamento «discriminatorio ai sensi dell'articolo 3 della legge 11 maggio 1990, n. 108, ovvero intimato in concomitanza col matrimonio ai sensi dell'articolo 35 del codice delle pari opportunità tra uomo e donna, di cui al decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 198, o in violazione dei divieti di licenziamento di cui all'articolo 54, commi 1, 6, 7 e 9, del testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, di cui al decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151, e successive modificazioni, ovvero perché riconducibile ad altri casi di nullità previsti dalla legge o determinato da un motivo illecito determinante ai sensi dell'articolo 1345 del codice civile».

⁵³ Per la soluzione più aperta v. M. MARAZZA, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs Act*, in *Arg. dir. lav.*, 2, 2015, 311 ss.; per una soluzione più articolata, ma tendenzialmente più restrittiva, G. SANTORO PASSARELLI, *Appunti sulla funzione delle categorie civilistiche nel diritto del lavoro dopo il jobs act*, cit.

⁵⁴ *Ma v. Cass.*, 4 febbraio 2019, n. 3186, in *Giur. it.*, 2019, 11, c. 2479, con nota adesiva di M. MOLLO, che ha reputato annullabile e non nullo il licenziamento intimato in vista della cessione d'azienda, ponendosi in discontinuità con *Cass.*, 6 marzo 1998, n. 2521.

⁵⁵ La giurisprudenza è contraria all'idea che la nullità del patto di prova vanifichi, di per sé, gli effetti del recesso e determini la ricostituzione del rapporto, preferendo piut-

In nessuno di questi casi vi è una norma regolatrice della materia che preveda espressamente la nullità del recesso. Dottrina e giurisprudenza vi giungevano e vi giungono per altre strade.

La tutela garantita contro tali ipotesi di licenziamento sarà allora quella reale o quella indennitaria? Può il principio di effettività giocare un ruolo in questo contesto? È ragionevole, in nome del principio di effettività e di equivalenza, che all'interno di un singolo ordinamento nazionale la tutela contro atti affetti da nullità (cioè carenza di potere) di pari intensità sia differenziata?

L'operazione ermeneutica non è sostanzialmente diversa da quella già condotta dalle Sezioni unite nel 2014 a proposito dei poteri di rilievo officioso del giudice, illustrata nel paragrafo precedente: si tratta di ricercare, negli interstizi del diritto privato e delle sue categorie, gli indizi di esistenza di un principio di effettività della tutela già immanente all'ordinamento interno.

Con alcune difficoltà aggiuntive: nel caso del rilievo officioso della nullità, si muoveva da una formula legislativa (quella dell'art. 1421 c.c.) anòdina quanto si vuole, ma che sicuramente indica all'interprete una precisa direzione, sicché si trattava "soltanto" di estendere l'applicazione di un meccanismo già esistente e codificato.

Nell'ipotesi qui considerata, invece, si coalizzano l'ostilità della lettera della legge e il problema, apparentemente inedito almeno nel campo del diritto del lavoro, di una scissione tra vizio dell'atto e sue conseguenze in termini di tutela.

Se in passato poteva apparire incongruo, ma comunque giustificato in nome del favore per il lavoratore, accomunare sotto l'ombrello della tutela reintegratoria la reazione a vizi (del licenziamento) della più varia natura, ben più difficile sembra, dal punto di vista tecnico e sistematico, prevedere una tutela differenziata in presenza di vizi omogenei, che il sistema sanziona cioè tutti con la nullità.

Con questo non si pretende certo di negare che possano esservi, all'interno di un istituto ormai molto frastagliato come quello della nullità, differenze in termini di gravità del vizio che a essa dà origine e con-

tosto riportare in tal caso il licenziamento al regime ordinario e richiedendo dunque una sua giustificazione con onere a carico del datore di lavoro: v. Cass., 12 settembre 2016, n. 17921.

seguenti differenze in termini di legittimazione ad agire, possibilità di convalida ecc.

Quel che non sembra possibile – perché contrario al principio di effettività come sopra enunciato – è che, una volta riconosciuta e dichiarata la nullità di un atto unilaterale espressione di un potere privato, una volta cioè accertato che il potere non vi era e che dunque l'atto non ha prodotto effetti, la vittima di questo abuso di potere possa non ottenere la ricostituzione della situazione anteriore, che, dal punto di vista giuridico, l'autore dell'atto non ha potuto intaccare.

La riaffermazione a largo raggio del principio di rilevabilità d'ufficio della nullità non può non incidere anche sul rango assunto dalla nullità stessa nella scala delle sanzioni che l'ordinamento pone a disposizione dei titolari degli interessi di volta in volta protetti e, come ulteriore conseguenza, sulla necessità di accompagnare la nullità stessa con gli strumenti restitutori più idonei.

Si è al riguardo osservato:

su un piano strettamente teorico, quando il potere sostanziale del datore sia privo dei necessari presupposti, conseguenza naturale del permanere in vita del rapporto contrattuale è che la sentenza che pronuncia l'illegittimità del licenziamento ordini la reintegrazione del prestatore nel posto di lavoro, realizzandosi così la ripetizione solenne di quel che derivava dal contratto (l'attuazione dell'obbligo di reintegrare serve, infatti, a riportare la situazione di fatto in linea con quella di diritto) ... il legislatore sostanziale non è "costretto" a prevedere, nel caso di licenziamento illegittimo, la tutela reale, ma non è neppure "libero" di configurare come vuole le conseguenze dell'illegittimo esercizio del potere⁵⁶

per poi aggiungere:

a ben vedere, la reintegrazione non è altro che una pronuncia restitutoria, con la quale, una volta accertata l'inefficacia del potere di licenziamento, il datore viene condannato alla rimozione degli effetti determinati con l'atto illegittimo e all'adeguamento della situazione materiale

⁵⁶ V. I. PAGNI, *L'effettività della tutela in materia di lavoro*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2, 2016, 215.

alla situazione giuridica, che l'esercizio di un potere privo di presupposti non era stato in grado di modificare⁵⁷.

La sensazione d'incongruità è poi accentuata dal fatto che il d.lgs. n. 23 del 2015, pur evidentemente non ignorando l'esistenza di altre ipotesi di nullità del licenziamento (per le quali la nullità non è cioè espressamente prevista), ché altrimenti non avrebbe introdotto, in discontinuità con il passato, la sottolineatura di cui stiamo trattando, nulla ha previsto per esse in termini di tutela. Gli "altri" licenziamenti nulli vengono a collocarsi in un limbo.

Delle due l'una infatti: o essi sono assimilati ai licenziamenti ingiustificati, cosicché l'art. 3 del d.lgs. n. 23 del 2015 consentirebbe a un atto di licenziamento nullo, che per definizione non produce effetti, di determinare l'estinzione del rapporto di lavoro, cioè proprio l'effetto vietato; oppure per gli 'altri' licenziamenti nulli riemerge la tutela di diritto comune, che però garantirebbe al lavoratore vantaggi analoghi se non superiori a quelli della tutela reintegratoria⁵⁸.

Contro questa interpretazione milita, come accennato, la lettera della legge, che potrebbe essere però superata attraverso la considerazione che, nelle ipotesi di nullità 'anonima', essa consegue comunque alla violazione di una norma proibitiva o impositiva di determinate condotte, in altri termini di una norma imperativa posta a protezione della parte debole del rapporto. La nullità del licenziamento in tali casi sarebbe dunque la conseguenza – sempre tramite il canale comunicativo dell'art. 1324 c.c. – dell'applicazione dell'art. 1418, primo e/o secondo comma, c.c., cioè delle norme generali in tema di nullità, che l'art. 2, d.lgs. n. 23 del 2015 non avrebbe il potere di escludere.

In senso difforme, la dottrina ha fatto notare come sia di ostacolo a tale conclusione l'inciso finale del primo comma dell'art. 1418, che fa conseguire la nullità dalla violazione di norme imperative, «salvo che la legge disponga diversamente»; poiché le ipotesi di licenziamento nullo

⁵⁷ V. I. PAGNI, *op. cit.*, 215, nt. 40.

⁵⁸ Così come avveniva, prima delle recenti riforme, per i licenziamenti nulli per illiquidità del motivo, cui fosse tuttavia inapplicabile l'art. 18 dello Statuto. V. Cass., 26 giugno 2009, n. 15093, in *Notiziario giurisprudenza lav.*, 2010, 64, e i precedenti ivi citati.

non espressamente previste dalla legge ricadrebbero automaticamente sotto l'ombrello della tutela indennitaria prevista dall'art. 3, d.lgs. n. 23 del 2015, tale ultima disposizione integrerebbe la previsione fatta salva dall'art. 1418 e il diverso regime sanzionatorio capace di escludere la tutela reale⁵⁹.

Questa lettura non può a mio avviso essere seguita, per almeno due ragioni.

La prima ragione ha a che fare con la storia della nullità virtuale, cioè con la storia del dibattito sulla sanzione più opportuna per i contratti illeciti.

La scelta operata dal legislatore codicistico nell'art. 1418, primo comma, costituisce l'esito di una accesa discussione avutasi nei decenni precedenti e non può dunque essere fraintesa. Una volta accertata la violazione di una norma imperativa, la sanzione naturale è la nullità, mentre le sanzioni alternative sono l'eccezione. Di qui l'esigenza che ogni eventuale deroga «discenda in ogni caso da una volontà del legislatore positivamente manifestata»⁶⁰, volontà che nel caso del licenziamento non pare riscontrabile.

La seconda ragione, ancor più dirimente, è che l'inciso finale dell'art. 1418, primo comma, si riferisce alle sanzioni per la violazione di norme imperative, diverse dalla nullità, mentre l'alternativa tutela reale/tutela indennitaria attiene al tipo di domanda proponibile dal lavoratore all'esito (logico) di un giudizio di nullità che, in ipotesi, dovrebbe essersi già completato. Anche dopo il *Jobs act* il momento dell'accertamento del vizio che affligge il recesso e il momento della tutela applicabile dopo che tale vizio è stato riscontrato restano separati; a dispetto delle apparenze, l'impugnativa di un licenziamento assomma in sé un'azione volta a far accertare di volta in volta la nullità o l'illegittimità dell'atto datoriale e un'azione accessoria che può essere, a seconda dei casi e delle denominazioni, un'azione restitutoria, risarcitoria, indennitaria⁶¹.

⁵⁹ G. SANTORO PASSARELLI, *Appunti sulla funzione delle categorie civilistiche nel diritto del lavoro dopo il jobs act*, cit.

⁶⁰ A. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Milano, 2003, 118.

⁶¹ V. I. PAGNI, *op. cit.*, 215, nota 40.

Pertanto, se pure dovesse concludersi che, nell'ipotesi qui considerata, trova applicazione l'art. 2 del d.lgs. n. 23 del 2015, ci troveremmo di fronte a una nullità non accompagnata da un'azione di restituzione/ripetizione, non certo alla violazione di una norma imperativa non sanzionata con la nullità.

AZIONI COLLETTIVE FRA TUTELA DEI DATI PERSONALI E TUTELA DEI CONSUMATORI: NUOVI STRUMENTI ALLA PROVA DEI FATTI

*Federica Casarosa**

SOMMARIO: 1. Introduzione. 2. Le azioni collettive quali strumenti per garantire l'effettività dei rimedi. 2.1. La proposta di direttiva sulle azioni rappresentative a tutela dei consumatori. 2.2. Le azioni collettive nel quadro del Regolamento Europeo a protezione dei dati personali. 3. L'efficacia delle azioni collettive – i limiti posti dalla giurisprudenza europea. 3.1. Il rapporto fra azioni individuali e azioni collettive. 3.2. L'effettività dei rimedi disponibili. 4. Rilievi conclusivi.

1. Introduzione

Le azioni collettive sono nuovamente al centro del dibattito politico (e conseguentemente di quello accademico) sia a livello europeo che a livello nazionale, a seguito degli interventi, rispettivamente, della Commissione Europea con il c.d. *New Deal for Consumers*¹ e del legi-

* PhD, Docente, Centre for Judicial Cooperation, Istituto Universitario Europeo.

¹ Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio e al Comitato Economico e Sociale Europeo, Un “New Deal” per i consumatori, 11 aprile, 2018, COM/2018/183 final, reperibile all’indirizzo <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX:52018DC0183>. Per un commento si veda R. CAPONI, *Ultime dall’Europa sull’azione di classe (con sguardo finale sugli Stati Uniti e il Dieselgate)*, in *Foro it.*, V, 2019, c. 332 ss.; A. CILENTO, *New deal per i consumatori: risultati all’altezza delle ambizioni?*, in *Contratto e Impresa*, 3, 2019, 1195; A. VAN DUIN, C. LEONE, *The Real (New) Deal: Levelling the Odds For Consumer-Litigants On the Need For a Modernisation, Part II*, in *Amsterdam Law School Research Paper No. 2019-24*, reperibile all’indirizzo <https://ssrn.com/abstract=3418275>; C. TWIGG-FLESNER, *Bad Hand? The ‘New Deal’ for EU Consumers*, in *European Union Private Law Review*, 15, 2018, 166-175; C. SCOTT, *Consumer Law, Enforcement and the New Deal for Consumers*, in *Eur. Rev. Priv. L.*, 6, 2020, 1279.

slatore nazionale con la legge 12 aprile 2019, n. 31². I due interventi hanno avuto iniziale stimolo dalle difficoltà pratiche incontrate dai cittadini nel riuscire ad ottenere un rimedio effettivo nel caso di comportamenti dannosi compiuti da imprese, banche, fondi di investimento, produttori di beni di consumo, prestatori di servizi telematici, e così via. Infatti, le recenti crisi finanziarie, nonché gli scandali che hanno coinvolto imprese quali *Volkswagen*, nel caso *Dieselgate*³ e *Facebook*, nel caso *Cambridge Analytics*⁴, hanno mostrato che gli effetti dannosi delle pratiche commerciali possono estendersi nei confronti di un numero amplissimo di soggetti, residenti in diversi stati, non soltanto europei⁵.

² L. 12 aprile 2019, n. 31, *Disposizioni in materia di azione di classe*, pubblicata in G.U. n. 92 del 18 aprile 2019. Tra i primi commenti si veda C. CONSOLO, *La terza edizione della azione di classe è legge ed entra nel c.p.c. Uno sguardo d'insieme ad una amplissima disciplina*, in *Corr. Giur.*, 6, 2019, 737 ss.; R. PARDOLESI, *La classe in azione. Finalmente*, in *Danno resp.*, 3, 2019, 301 ss.; G. PONZANELLI, *La nuova class action*, in *Danno resp.*, 3, 2019, 306 ss.; M. FRANZONI, *Azione di classe, profili sostanziali*, in *Danno resp.*, 3, 2019, 309 ss.; P.G. MONATERI, *La riforma italiana della class action tra norme speciali processuali e ricostruzione della tutela civilistica*, in *Danno resp.*, 3, 2019, 312 ss.; M. MALAVASI, G. RICCIARDI, *La nuova Class action: analisi delle principali disposizioni*, reperibile all'indirizzo http://www.dirittobancario.it/appro_fondimenti/profili-processuali/la-nuova-class-action-analisi-delle-principali-disposizioni.

³ I fatti alla base dello scandalo *Dieselgate* sono ben noti: nel 2015, la *United States Environmental Protection Agency* ha scoperto che la *Volkswagen AG* aveva installato un "defeat device" su vari tipi di veicoli delle sue marche, un programma in grado di rilevare quando un veicolo è stato testato al banco e ridurre la quantità di emissioni inquinanti, in modo che apparissero significativamente più basse (fino a quaranta volte meno) di quelle reali. Cfr. I. GARACI, *Il dieselgate. Riflessioni sul private e public enforcement nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Riv. Dir. Industriale*, 2, 2018, 61.

⁴ Lo scandalo è stato infatti esposto pubblicamente in due articoli pubblicati dal *Guardian* (<https://www.theguardian.com/news/2018/mar/17/data-war-whistleblower-christopher-wylie.facebook-nix-bannon-trump>) e dal *New York Times* (<https://www.nytimes.com/2018/03/17/us/politics/cambridge-analytica-trump.campaign.html>) entrambi del 17 marzo 2018.

⁵ Il caso *Cambridge Analytics* è esemplare in questo caso, poiché secondo le stime sono 87 milioni di profili *Facebook* che sono stati oggetto di profilazione senza il consenso dei titolari dei dati. Infatti, la raccolta dei dati è stata celata dietro ad un'applica-

Sia nel caso *Dieseldgate* che in quello di *Cambridge Analytics*, le autorità indipendenti a tutela dei consumatori (nel caso italiano l’Autorità garante della Concorrenza e del Mercato) e quelle a tutela della privacy hanno avviato d’ufficio delle procedure amministrative in risposta alle violazioni subite rispettivamente dai consumatori e dai titolari dei dati personali⁶; mentre molto raramente si sono presentati singoli consuma-

zione a quiz in grado di accedere non solo alle informazioni dei profili, ma anche a quelle dei c.d. ‘amici’.

⁶ Nel caso *Dieseldgate*, l’autorità Garante della concorrenza e del Mercato italiana ha chiuso nel 2017 il procedimento contro il gruppo *Volkswagen* con una sanzione di cinque milioni di euro. Più approfonditamente in I. GARACI, R. MONTINARO, *Public and Private Law Enforcement in Italy of EU Consumer Legislation after Dieseldgate*, in *J. Eur. Cons. Mark. L.*, 1, 2019, 29.

Nel novembre 2017, anche l’autorità olandese per i consumatori e i mercati ha concluso la sua indagine sulla condotta del gruppo *Volkswagen* nello scandalo *Dieseldgate* e ha inflitto un’ammenda di 450.000 euro.

Successivamente, la rete delle autorità pubbliche a tutela dei consumatori è intervenuta di comune accordo con la Commissione Europea adottando una posizione comune in cui si chiedeva che VW migliorasse le sue pratiche di informazione e stabilisse misure per i consumatori le cui automobili presentavano difetti dopo la cosiddetta “riparazione”. Si veda il *press release, Consumer Authorities and the European Commission urge Volkswagen to finalise repairs of all cars affected by emissions scandal*, 7 settembre 2017, reperibile all’indirizzo https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_17_3102. Cfr. anche M. FRIGESSI DI RATTALMA (a cura di), *The Dieseldgate - A Legal Perspective*, Cham, 2017.

Nel caso *Cambridge Analytics* Nel Regno Unito, l’Information Commissioner’s Office (ICO) ha multato *Facebook* per 500.000 sterline per aver violato la legge britannica sulla protezione dei dati. Si veda il provvedimento all’indirizzo <https://ico.org.uk/about-the-ico/news-and-events/news-and-blogs/2019/01/scl-elections-prosecuted-for-failing-to-comply-with-enforcement-notice>.

In Italia, nel giugno 2019, il Garante Privacy ha multato *Facebook* con una multa di un milione di euro e l’importo della sanzione si basava su diversi criteri, tra cui la dimensione del database, lo stato economico di *Facebook* e il numero dei suoi utenti sia nel mondo che in Italia. Si veda il provvedimento all’indirizzo <https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9121506>.

In Germania, nell’aprile 2018 il commissario per la protezione dei dati e la libertà d’informazione del Land di Amburgo ha avviato un procedimento contro *Facebook* sulla base della «raccolta di dati senza base giuridica». Tuttavia, il procedimento è stato poi chiuso a causa di questioni procedurali. Si veda all’indirizzo <https://www.spiegel.de>

tori o interessati di fronte ai tribunali nazionali in ragione delle stesse condotte dannose: i danni subiti erano così trascurabili per ciascun individuo da disincentivare l'avvio di una lunga e costosa procedura giudiziaria che poteva comportare un risarcimento per danni estremamente ridotto⁷. Inoltre, i soggetti offesi molto spesso non erano a conoscenza delle possibilità di ricorso a loro disposizione e, anche se lo fossero stati, tendeva ad essere antieconomico per un singolo individuo pagare spese giudiziarie, legali e di perizia che potessero superare il potenziale risarcimento. Di conseguenza, gli utenti non sono stati in grado di ottenere alcun ristoro per la violazione subita attraverso azioni individuali, a causa di limitazioni di natura economica e procedurale che incidono sul loro diritto di accesso alla giustizia⁸.

Il quadro precedente non intende negare l'importanza del ruolo deterrente e preventivo che viene svolto dalle autorità indipendenti, che peraltro in caso di sanzioni pecuniarie irrogate a carico delle imprese può stimolare l'adozione da parte delle imprese di comportamenti finalizzati alla protezione degli interessi collettivi efficaci, sotto la minaccia di ammende più elevate e di un controllo più rigoroso della condotta dell'impresa stessa⁹. Piuttosto, si sottolinea il fatto che, accanto a tali

/netzwelt/netzpolitik/facebook-und-der-cambridge-analytica-skandal-datenschuetzer-ca-spar-stellt-verfahren-ein-a-1231819.html.

⁷ A. GIUSSANI, *Le azioni di classe dei consumatori dalle esperienze statunitensi agli sviluppi europei*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1, 2019, 157; R. CAPPALLI, C. CONSOLO, *Class actions for continental Europe: A preliminary inquiry*, in *Temple International & Comparative Law Journal*, 6, 1992, 217-292; EU COMMISSION, *Green paper on consumer collective redress*, 27 novembre 2008, COM(2008)794 final.

⁸ Peraltro, in altri settori, come il diritto della concorrenza e il diritto ambientale, tali problematiche le richieste di risarcimento richiedono un'analisi fattuale ancora più complessa e le prove tendono ad essere inaccessibili per i singoli individui, il che spesso crea un rapporto rischi/benefici negativo e limita l'efficacia di un'azione una tantum richieste di risarcimento. S. BENEDI LAHUERTA, *Enforcing Eu Equality Law Through Collective Redress: Lagging Behind?*, in *Common Market Law Review*, 3, 2018, 783-818.

⁹ Sul ruolo delle Autorità indipendenti nella tutela degli interessi collettivi si veda C. HODGES, *Collective Redress: The Need for New Technologies*, in *Journal of Consumer Policy*, 42, 2019, 59-90. Per una disamina più generale del ruolo delle Autorità indipendenti nella tutela dei dati personali, si veda il contributo di Chiara Angiolini in questo Volume.

interventi sanzionatori, sono necessarie forme alternative di ricorso collettivo che possono ampliare i rimedi disponibili per i soggetti lesi, in particolare nei casi in cui l'opinione pubblica non abbia avuto un impatto così rilevante tale da incentivare l'avvio di procedimenti amministrativi così rapidi e immediati¹⁰.

Questo contributo si concentrerà dunque sul quadro normativo previsto a livello europeo per le azioni collettive, evidenziando le difficoltà di coordinamento che emergono nel caso di tutela dei consumatori e di tutela dei dati personali, sia a livello procedurale sia a livello sostanziale. In particolare, la sezione 2 fornirà una panoramica dei meccanismi di ricorso collettivo previsti rispettivamente dalla Proposta di direttiva sulle azioni rappresentative e dal Regolamento Generale per la Protezione dei Dati (in acronimo inglese, GDPR), mentre nella sezione 3 saranno affrontate le questioni emerse nella giurisprudenza europea e nazionale in merito all'utilizzo di azioni collettive. Seguiranno le conclusioni.

2. Le azioni collettive quali strumenti per garantire l'effettività dei rimedi

I meccanismi di tutela collettiva sono rimedi che comprendono un ampio numero di strumenti giuridici volti a risolvere le controversie attraverso forme di coordinamento delle istanze di più soggetti in un'unica azione o procedura. Secondo Hodges¹¹ si possono individuare diversi meccanismi di tutela collettiva nei diversi Stati Membri, fra cui il contenzioso collettivo privato, la costituzione di parte civile (che si

¹⁰ I. MANOKHA, *Surveillance: The DNA of Platform Capital - The Case of Cambridge Analytica Put into Perspective*, in *Theory & Event*, 4, 2018, 891-913; D. MESSINA, *Il Regolamento (EU) 2016/679 in materia di protezione dei dati personali alla luce della vicenda "Cambridge Analytica"*, in *Federalismi.it*, 2018, reperibile all'indirizzo <https://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=37234>.

¹¹ C. HODGES, *op. cit.*, 61. È da sottolineare che i meccanismi individuati sono declinati in modo diverso a livello nazionale, come per esempio il caso delle ADR e della costituzione di parte civile che nel sistema italiano possono essere attivate a livello individuale.

collega ad un'azione di natura penale), i già menzionati procedimenti di fronte alle autorità indipendenti, gli strumenti di soluzione alternativa delle controversie o ADR, ed i difensori civici o *Ombudsman*¹², cui si aggiunge anche la c.d. *actio popularis*, che consente ai cittadini e/o ad alcune organizzazioni di presentare un'azione legale nell'interesse pubblico, anche in assenza un soggetto offeso identificabile¹³.

Questo contributo si concentrerà solo sul primo strumento, differenziando le due possibili opzioni attraverso le quali le azioni collettive possono presentarsi, vale a dire: a) i meccanismi che consentono a un membro del gruppo interessato di promuovere un'azione a nome del gruppo (o azioni di classe) e b) il meccanismo che consente a un'entità rappresentativa di promuovere un'azione a nome del gruppo (o azioni rappresentative). In entrambi i casi, l'obiettivo dell'azione può essere risarcitorio (e/o restitutorio), riconoscendo a favore di ciascuno dei membri del gruppo i danni causati dalla violazione, o volto a conseguire effetti deterrenti, in particolare attraverso provvedimenti ingiuntivi che impediscano future violazioni¹⁴.

Le azioni collettive offrono l'opportunità di riunire più azioni legali in un unico procedimento giudiziale, riuscendo dunque ad ottenere vantaggi sia a livello individuale, grazie alla riduzione dei costi per il singolo ricorrente, sia a livello sistemico, grazie alla riduzione del numero

¹² Esulano da questa lista i casi di azioni che operano nel diritto del lavoro laddove è inesatto parlare di azioni collettive, poiché, come conseguenza dell'esistenza stessa dei rapporti di lavoro collettivi e dei contratti collettivi nazionali di lavoro, molto spesso le rivendicazioni individuali identiche contro gli stessi datori di lavoro sono presentate dai singoli lavoratori in modo indipendente davanti alla Corte. Cfr. F. CASAROSA, R. CALÒ, *Collective redress mechanisms: effectively protecting collective interests?*, in F. CASAROSA, M. MORARU (a cura di), *The Practice of Judicial Interaction in the Field of Fundamental Rights - The Added Value of the Charter of Fundamental Rights of the EU*, 2020, in corso di pubblicazione.

¹³ Cfr. L. FARKAS, *Limited enforcement possibilities under European anti-discrimination legislation – A case study of procedural novelties: Actio popularis action in Hungary*, in *Erasmus Law Review*, 3, 2010, pp. 181-196; S. BENEDI LAHUERTA, *Enforcing EU Equality Law*, op. cit., 787-788.

¹⁴ C. HODGES, op. cit., 59; T. BOSTERS, *Collective Redress and Private International Law in the EU*, The Hague, 2017; F. CAFAGGI, H.W. MICKLITZ (a cura di), *New Frontiers of Consumer Protection – the Interplay between Private and Public Enforcement*, Mortsel, 2009.

di cause omogenee pendenti di fronte ai tribunali, riducendo il rischio di conflitti giurisprudenziali circa la valutazione della condotta potenzialmente lesiva¹⁵.

Tali aspetti costituiscono il risvolto pratico del principio sancito dall'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE (CFR), in cui appunto è garantito un diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice o a un tribunale in caso di violazione dei diritti e delle libertà garantiti dal diritto dell'Unione europea. L'accesso alla giustizia è una sfida importante nel diritto dell'UE, che diventa sempre più pressante con l'incremento dell'economia globale in cui sia i beni che i servizi operano quasi univocamente a livello transfrontalieri¹⁶.

Tuttavia, numerosi sono i dubbi che sono sollevati da istituzioni europee e dalla letteratura accademica verso l'adozione di azioni collettive. Lasciando *a latere* le immediate questioni relative al bilanciamento fra intervento europeo e autonomia procedurale degli Stati Membri alla luce dei principi di sussidiarietà e proporzionalità¹⁷, si sollevano i seguenti argomenti: (1) un potenziale conflitto fra la libertà di ciascun soggetto di iniziare un'azione legale in forma individuale o aderendo ad una azione collettiva, e le condizioni per cui un individuo possa essere vincolato dall'azione collettiva¹⁸; (2) la difficoltà di raggiungere l'effetto deterrente e dissuasivo del rimedio¹⁹; (3) i rischi di incrementare le

¹⁵ A. GIUSSANI, *Aggregazione di cause e aggregazione di questioni nel contenzioso di serie*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 4, 2016, 1279 ss.

¹⁶ I. BENÖHR, *EU consumer law and human rights*, New York, 2013.

¹⁷ V. TRSTENJAK, P. WEINGERL, *Collective Actions in the European Union - American or European Model?*, in *Beijing Law Review*, 5, 2014, 155-162; H.L. BUXBAUM, *Class actions, conflict and the global economy*, in *Indiana J Global Legal Stud*, 21, 2014, 586; M. TARUFFO, *Some remarks on group litigation in comparative perspective*, in *Duke J Constitut Law Public Policy*, 11, 2001, 414; e l'ampia analisi delle critiche proposte in C. ISTVÁN NAGY, *Collective Actions in Europe - A Comparative, Economic and Transsystemic Analysis*, Cham, 2018, 11 ss.

¹⁸ Il tema verrà analizzato attraverso l'analisi del dialogo giudiziario nel par. 3.1.

¹⁹ COMMISSIONE EUROPEA, *Fitness check of consumer and marketing law and of the evaluation of the Consumer Rights Directive*, SWD(2017)209 Final, 23 maggio 2017, www.ec.europa.eu/newsroom/just/item-detail.cfm?item_id=59332. Il tema verrà analizzato attraverso l'analisi del dialogo giudiziario nel par. 3.2.

liti temerarie, con il conseguente accumulo di ritardi nel sistema giudiziario²⁰.

Tali aspetti si riflettono nelle scelte legislative adottate a livello europeo e (parzialmente) a livello nazionale come sarà descritto nel paragrafo seguente.

2.1. La proposta di direttiva sulle azioni rappresentative a tutela dei consumatori

Se storicamente il diritto (allora) comunitario allocava un ruolo di precipua importanza al singolo in quanto portatore di diritti conferiti a livello europeo, così come affermato nella sentenza *Van Gend en Loos*²¹, nel corso degli anni Ottanta si è affermato il superamento di questa visione puramente individuale e vi sono state aperture verso l'introduzione di meccanismi di *enforcement* collettivi. Successivamente, nei primi anni del 2010, la Commissione europea ha avviato un'iniziativa per «un approccio europeo coerente in materia di ricorsi collettivi»²² che è sfociata nell'adozione della Raccomandazione 2013/396/UE volta

²⁰ Inoltre, gli elevati costi di transazione del contenzioso possono essere utilizzati per spingere i convenuti a transigere nonostante lo scarso merito di alcuni crediti. Si veda l'analisi economica proposta in C. ISTVÁN NAGY, *op. cit.*, 37-38.

²¹ Si veda C. giust. UE, 5 febbraio 1963, C-26/62, *Van Gend & Loos c. Netherlands Inland Revenue Administration*, EU:C:1963:1. Dunque, la Corte di giustizia riconosceva un duplice profilo di controllo: l'uno condotto a livello istituzionale, dalla Commissione e dagli Stati membri, e l'altro condotto a livello individuale, dai titolari dei diritti. Ancor maggiore è la chiarezza di tale approccio nell'Opinione dell'AG Capotorti nel caso *Rewe* (C. giust. UE, 7 luglio 1981, C-158/80, EU:C:1981:71) in cui si afferma che «una persona che ha semplicemente un interesse all'esecuzione di una norma, o più precisamente, una persona che non ha un rapporto giuridico specifico basato sulla norma, non ha il diritto di invocare tale norma dinanzi ai tribunali (...) Qualsiasi altra opinione comporterebbe l'autorizzazione di un'azione popolare sulla base di disposizioni comunitarie direttamente applicabili, ma ciò sarebbe contrario alle tradizioni giuridiche comuni agli Stati membri e rischierebbe inoltre di dare luogo a gravi difficoltà pratiche nell'amministrazione della giustizia». Opinione dell'AG, 1850.

²² Si veda COMMISSIONE EUROPEA, *Joint information note: Towards a coherent European approach to collective redress: Next steps*, SEC(2010)1192, e COMMISSIONE EUROPEA, *Public consultation: Towards a coherent European approach to Collective Redress*, SEC(2011)173 final.

a promuovere lo sviluppo di principi coerenti di ricorso collettivo in tutti gli Stati membri per tutti i settori in cui potrebbe essere pertinente²³. In tale Raccomandazione l'approccio adottato dimostrava ancora come le istituzioni europee vedessero con sospetto le azioni collettive e richiedessero ampie garanzie a tutela del diritto del singolo di decidere se intentare azioni senza dover essere vincolato ad azioni collettive cui non avesse esplicitamente dato il consenso²⁴.

Dal 2013 nessun ulteriore intervento è emerso da parte del legislatore europeo fino al 2018 quando, nel quadro del già citato *New Deal* per i Consumatori, la Commissione Europea ha incluso una proposta di direttiva finalizzata a regolare le azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori, così da riformare la direttiva 22/2009 relativa a provvedimenti inibitori a tutela degli interessi dei consumatori²⁵. Per quanto l'iter di approvazione della direttiva sia ancora molto impegnativo²⁶, il testo finale passato al vaglio del Parlamento

²³ Raccomandazione della Commissione dell'11 giugno 2013 relativa a principi comuni per i meccanismi di ricorso collettivo di natura inibitoria e risarcitoria negli Stati membri che riguardano violazioni di diritti conferiti dalle norme dell'Unione (2013/396/UE), GUUE 26 luglio 2013 L 201/60.

²⁴ Tale aspetto si dimostra chiaramente nella preferenza verso i sistemi di *opt-in* per la partecipazione dei singoli alle azioni collettive, definendo come sistema *opt-in* quello in cui le persone fisiche o giuridiche che aderiscono all'azione dovrebbero farlo solo sulla base del loro esplicito e preventivo consenso. Esse dovrebbero poter aderire o ritirarsi dall'azione fino alla sentenza o alla risoluzione del caso. Cfr. Raccomandazione 2013/396, par. 21-24.

²⁵ Grazie alla decisione C. giust. UE, 28 luglio 2016, *Verein für Konsumenteninformation c. Amazon EU Sàrl*, C-191/15, (EU:C:2016:612), la Corte di giustizia aveva affermato l'invalidità delle clausole che potevano indurre il consumatore a credere erroneamente che la legge dello Stato Membro in cui aveva sede l'impresa governasse il contratto, contrariamente a quanto previsto dal Regolamento Roma I. Tale valutazione non poteva, peraltro, essere influenzata dal carattere collettivo dell'azione, poiché «la circostanza che tale azione non verta su contratti individuali concretamente stipulati è insita nella natura stessa di una simile azione collettiva e preventiva, nell'ambito della quale viene compiuto un controllo in astratto». Di conseguenza, le azioni collettive avviate dalle organizzazioni dei consumatori sono quindi considerate come un contributo all'efficacia della normativa in materia di tutela dei consumatori.

²⁶ In questo caso si applica il procedimento legislativo ordinario ex art. 294 TFUE, il cui progresso può essere osservato all'indirizzo https://eur-lex.europa.eu/procedure/EN/2018_89.

europeo e del Consiglio offre già numerosi spunti interessanti sui quale poter valutare l'effettività degli strumenti previsti dal legislatore europeo²⁷.

La proposta di direttiva si rivolge ad un vasto campo di applicazione, che include servizi finanziari, energia, telecomunicazioni, salute, ambiente, ecc., come previsto dall'allegato I alla direttiva, ed include anche la tutela dei dati personali, specificando che essa si applica soltanto nel caso di violazioni che ledono o possono ledere gli interessi collettivi dei consumatori. Tuttavia, la Proposta non chiarisce in che modo nello specifico caso della tutela dei dati personali quale coordinamento sussista fra le azioni rappresentative a tutela dei consumatori e quelle previste a tutela dei titolari dei dati, lasciando aperte numerose questioni²⁸.

La Proposta di direttiva individua due tipologie di azioni collettive:

- l'azione rappresentativa inibitoria: finalizzata all'emanazione di un decreto ingiuntivo di accertamento relativo alla violazione delle norme di legge e/o di cessazione della pratica, anche nel caso in cui essa non sia stata ancora messa in atto (ex art. 5 a della Proposta); e
- l'azione rappresentativa di natura c.d. risarcitoria: finalizzata alla emanazione di provvedimenti che obblighino il professionista a provvedere «all'indennizzo, alla riparazione, alla sostituzione, alla riduzione del prezzo, alla risoluzione del contratto o al rimborso del prezzo pagato, a seconda dei casi» (ex art. 5 b della Proposta)²⁹.

Poiché la Proposta di direttiva ha un obiettivo di armonizzazione minima, gli Stati Membri sono liberi di offrire livelli di tutela più elevati, permettendo l'adattamento delle norme al sistema giuridico nazionale, ciò appare evidente nel caso dei criteri utilizzati per individuare i soggetti legittimati ad agire. In questo caso, la Proposta lascia ampio spazio di manovra agli Stati Membri, permettendo loro di definire i criteri applicabili. Soltanto nel caso di azioni rappresentative di natura transfron-

²⁷ Si veda il Fascicolo Interistituzionale 2018/0089 (COD), n. 9223/20, 30 giugno 2020.

²⁸ Si veda *infra*, par. 2.2.

²⁹ È da sottolineare il fatto che l'azione c.d. risarcitoria, include provvedimenti che in realtà non potrebbero essere definiti tali sul piano civilistico. In generale, si veda G. ALPA, *La responsabilità civile. Parte generale*, Torino, 2010, 155 ss.

taliera vengo offerti dei criteri precisi a norma dell'art. 4 (3)³⁰. Ciò implica che la legittimazione attiva è allocata solo alle associazioni riconosciute e non a singoli individui che si facciano portatori di interessi collettivi dei consumatori³¹. L'ampia autonomia lasciata agli Stati Membri in merito ai criteri per la designazione degli enti legittimati a presentare un'azione rappresentativa a livello nazionale potrebbe inficiare gli effetti desiderati di armonizzazione, per quanto potrebbe essere ragionevole pensare che, ai fini di semplificazione, i legislatori nazionali adottino i criteri previsti per le azioni transfrontaliere anche per quelle nazionali.

La proposta di direttiva individua norme più dettagliate in merito ai principi generali da applicarsi sia nel caso di sistemi *opt-in*, sia nel caso di sistemi *opt-out*.

Sotto questo profilo, la proposta di direttiva sembra lasciare agli Stati Membri la possibilità di decidere fra *opt-in* e *opt-out*, sia nel caso di azioni di natura inibitoria che quelle di natura risarcitoria. Soltanto nel caso di azioni risarcitorie transfrontaliere la Proposta prevede un obbligo di adozione di sistemi *opt-in*. Questa scelta presenta un cambiamento rispetto al passato poiché nella Raccomandazione 2013/396 il legislatore europeo aveva invece segnalato il sistema *opt-in* come preferibile al fine di salvaguardare l'autonomia dei singoli cittadini nel decidere se e come adire il sistema giudiziario in relazione ad una specifica violazione³². Questa scelta legislativa dimostra un maggiore livello di fiducia nei confronti delle azioni collettive, tali da non ledere di per sé l'autonomia degli individui nel presentare un'azione in forma individuale o,

³⁰ La Proposta di direttiva richiede che le associazioni e le organizzazioni non governative offrano diverse garanzie di autonomia, indipendenza e competenza rispetto alla tutela dei consumatori, i.a. il riconoscimento da parte degli Stati Membri; la regolare costituzione e la precedente attività nell'ambito della tutela dei consumatori; il possesso di competenze e conoscenze nel suo settore di attività per poter intentare azioni transfrontaliere; l'indipendenza e la presenza di procedure interne atte a prevenire eventuali conflitti di interessi con i finanziatori; la solidità e stabilità finanziaria.

³¹ Ciò non implica che a livello nazionale possano essere previste azioni c.d. di classe che permettano al singolo individuo di presentare azioni a nome di un gruppo di consumatori.

³² Per un'analisi dettagliata circa le ragioni della preferenza verso il sistema *opt-in* si veda C. ISTVÁN NAGY, *op. cit.*

appunto, collettiva. Ciò appare conforme anche alla realtà poiché soltanto in dieci Stati Membri il sistema *opt-in* è quello implementato sia nel quadro della tutela dei consumatori, sia in altri settori, mentre negli altri prevale il sistema *opt-out*³³.

Un ulteriore aspetto rilevante ai fini della successiva indagine è quello relativo agli effetti delle decisioni laddove vi sia un'interazione fra enforcement amministrativo, operante attraverso l'intervento delle autorità garanti a livello nazionale, ed enforcement giudiziale. L'art. 10 della Proposta di direttiva afferma infatti che le decisioni definitive (indipendentemente dal contenuto inibitorio o riparatorio e dal carattere amministrativo o giurisdizionale dell'organo decidente) sono ritenute prove (liberamente valutabili da parte del giudice) che accertano l'esistenza o l'inesistenza di una violazione, ai fini di eventuali altre azioni risarcitorie innanzi a organi giurisdizionali nazionali nei confronti dello stesso professionista, per gli stessi fatti.

2.2. Le azioni collettive nel quadro del Regolamento Europeo a protezione dei dati personali

Come già evidenziato nell'esempio di *Cambridge Analytics*, anche il settore della tutela dei dati personali appare un settore in cui i rimedi collettivi possono avere un ruolo rilevante. Il Regolamento generale sulla protezione dei dati n. 2016/679 (GDPR) ha introdotto la possibilità per le persone interessate di esercitare i propri diritti anche attraverso associazioni e organizzazioni senza scopo di lucro. Le associazioni e le organizzazioni senza scopo di lucro sono infatti autorizzate, ai sensi dell'art. 80 GDPR, a rappresentare gli interessati anche dinanzi alle autorità nazionali di controllo e ai tribunali nazionali.

L'art. 80 GDPR individua tre diverse tipologie di azione:

- un'azione rappresentativa di natura inibitoria che permette agli enti autorizzati di esercitare le azioni definite negli artt. 77, 78 e 79 del Regolamento, sulla base di un rapporto di mandato;

³³ C. ISTVÁN NAGY, *op. cit.*, 32-33.

- un'azione rappresentativa di natura risarcitoria che permette agli enti autorizzati di esercitare il diritto a ricevere un risarcimento, sulla base di un rapporto di mandato;
- un'azione rappresentativa di natura inibitoria che permette agli enti autorizzati di agire senza mandato in caso di violazione dei diritti di una o più interessati.

Dunque, soltanto nel caso di azione inibitoria è consentito alle organizzazioni di poter agire anche senza un preventivo mandato da parte di titolari dei dati³⁴. Infatti, la norma europea impone l'adozione di strumenti di tutela collettiva solo per quanto riguarda l'azione rappresentativa inibitoria basata su mandato, laddove lascia agli Stati Membri la libertà di scegliere se introdurre nuovi rimedi collettivi di natura risarcitoria. Questa è infatti la scelta adottata dal legislatore italiano che ha introdotto all'art. 142 cod. privacy e nell'art. 10 del d.lgs. 150/2011, la possibilità per il soggetto titolare dei dati di dare mandato ad enti del terzo settore per perseguire rispettivamente il reclamo di fronte all'Autorità Garante dei dati personali e il ricorso di fronte al tribunale civile³⁵.

A differenza di quanto previsto nella Proposta di direttiva sulle azioni rappresentative a tutela dei consumatori, nel GDPR la legittimazione ad agire è chiaramente allocata alle associazioni o organizzazioni senza scopo di lucro regolarmente costituite secondo le norme nazionali applicabili, che dimostrino di essere attive nel settore della protezione dei diritti e delle libertà degli interessati con riguardo alla protezione dei dati personali.

La difficoltà che può emergere in questo caso deriva proprio da questo ultimo criterio, poiché nel caso in cui l'organizzazione sia stata costituita a tutela degli interessi di altre categorie di soggetti, come per esempio i consumatori o i lavoratori, lo specifico obiettivo della tutela

³⁴ Peraltro, il GDPR lascia aperta la possibilità agli Stati Membri di definire sistemi ibridi in cui l'associazione possa in sede di procedimento processuale permettere ai titolari dei dati di aderire attraverso mandato all'azione inibitoria.

³⁵ Per un'analisi più dettagliata si veda F. CASAROSA, *La tutela aggregata dei dati personali nel Regolamento UE n. 2016/679: una base per l'introduzione di rimedi collettivi?*, in D. POLETTI, A. MANTELETO, *Regolare la tecnologia: il Reg. UE 2016/679 e la protezione dei dati personali. Un dialogo fra Italia e Spagna*, Pisa, 2018, 235 ss.

dei dati personali dei consumatori o dei lavoratori potrebbe non essere né esplicitamente definita negli obiettivi statutari, né essere stata oggetto di precedente attività. Dunque, potrebbe limitarsi la legittimazione attiva nei confronti di soggetti che possono d'altronde garantire sia la competenza sia la finalità di tutela dei diritti e delle libertà degli interessati³⁶. Tale aspetto è stato analizzato dalla Corte di giustizia nel recente caso C-40/17 *Fashion ID GmbH & Co. KG* contro *Verbraucherzentrale NRW e.V.*³⁷ in cui il rinvio della corte tedesca di Düsseldorf includeva una questione relativa alla legittimazione attiva delle associazioni senza scopo di lucro che si occupino della tutela degli interessi dei consumatori in caso di violazione della normativa sulla protezione dei dati personali. La Corte di giustizia ha appunto affermato che la possibilità per un'associazione per la tutela degli interessi dei consumatori di promuovere un'azione giudiziaria contro il presunto autore di una lesione alla protezione dei dati personali risulta poter costituire una misura appropriata, ai sensi dell'art. 24 della direttiva 95/46. Anzi tale previsione normativa nazionale contribuisce alla realizzazione degli obiettivi della direttiva. Inoltre, la Corte di giustizia segnala la conformità di tale previsione all'art. 80 GDPR. L'assenza di una norma relativa alle azioni collettive

non implica affatto che gli Stati membri non potessero conferire loro tale diritto nella vigenza della direttiva 95/46, ma conferma, al contrario, che l'interpretazione di quest'ultima accolta nella presente sentenza riflette la volontà del legislatore dell'Unione³⁸.

³⁶ Questa è infatti l'esperienza emersa nella giurisprudenza tedesca con le decisioni Landgericht Berlino, 30/4/2013, caso *Apple*; LG Frankfurt a.M., 10/6/2016, caso *Sam-sung*, in cui le associazioni a tutela dei consumatori in merito a privacy policy incluse nel contenuto negoziale sulla base della loro limitata trasparenza, così citate in P. ROTT, *Data protection law as consumer law – How consumer organisations can contribute to the enforcement of data protection law*, in *EuCML*, 3/2017, 113.

³⁷ C. giust. UE, 29 luglio 2019, C-40/17, *Fashion ID GmbH & Co.KG* contro *Verbraucherzentrale NRW eV*, ECLI:EU:C:2019:629.

³⁸ C. giust. UE, C-40/17, *Fashion Id.*, par. 62.

Se la giurisprudenza nazionale in alcuni Stati europei ha affrontato la questione, risolvendola in modo positivo³⁹, in Italia la commistione fra tutela dei consumatori e quella dei titolari di dati personali non è mai emersa sino alla recente azione dell'Associazione Altroconsumo contro *Facebook*, presentata lo scorso 10 ottobre 2018 di fronte al Tribunale di Milano⁴⁰. L'azione è stata predisposta di concerto con altre tre associazioni nazionali a tutela dei consumatori⁴¹. Ciò dimostra l'opportunità e la necessità di verificare il coordinamento e l'effettività delle azioni collettive operanti a tutela dei consumatori e quelle a tutela dei titolari dei dati personali⁴². Dunque, le associazioni a tutela dei consumatori potranno beneficiare di una scelta circa quale azione preferire, se quella collettiva che soggiace alle regole previste dal Regolamento e relative norme di adeguamento, oppure quella che emergerà a seguito dell'implementazione della Proposta di direttiva: se dallo statuto al momento della presentazione dell'azione non potranno dimostrare gli obiettivi di tutela anche sotto il profilo dei dati personali, sarà sicuramente preferita l'azione collettiva prevista dalla Proposta di direttiva.

Purtroppo, l'assenza di ulteriori norme di dettaglio lascia al legislatore nazionale l'onere di specificare le regole procedurali da applicarsi alle azioni collettive, con il rischio di minimizzare l'obiettivo di armonizzazione perseguito dal GDPR⁴³. Alcuni aspetti rilevanti che possono emergere nella definizione delle regole di procedura applicabili alle

³⁹ Si veda *supra*, nota 36.

⁴⁰ Cfr. <https://www.altroconsumo.it/organizzazione/media-e-press/comunicati/2018/class-action-di-altroconsumo-contro-facebook-oggi-notificato-latto-e-inviata-una-nuova-diffida>.

⁴¹ Si tratta delle associazioni a tutela dei diritti dei consumatori Test-Achats in Belgio, OCU in Spagna e DecoProteste in Portogallo. Vedi <https://www.consumersinternational.org/news-resources/blog/posts/not-your-puppets-euroconsumers-interview/>.

⁴² Per una più ampia disamina delle similitudini fra le norme europee a tutela del consumatore e quelle a tutela del titolare dei dati personali, si veda M. RATTI, *Personal-Data and Consumer Protection: What Do They Have in Common?*, in M. BAKHOUM, B. CONDE GALLEGO, M.-O. MACKENRODT, G. SURBLYTĖ-NAMAVIČIENĖ (a cura di), *Personal Data in Competition, Consumer Protection and Intellectual Property Law - Towards a Holistic Approach?*, Berlin, 2018, 377-394.

⁴³ A. PATO, *The Collective Private Enforcement of Data Protection Rights In the EU*, disponibile all'indirizzo <https://ssrn.com/abstract=3303228>.

azioni collettive a tutela dei titolari dei dati personali sono legati anche alla definizione degli effetti delle decisioni, soprattutto nei confronti di coloro che non abbiano partecipato all'azione. Infatti, il GDPR come detto prevede un obbligo di mandato nel caso di azioni di natura risarcitoria, mentre invece non impone nessun obbligo nel caso di azione inhibitoria, lasciando agli Stati Membri l'opportunità di predisporre sistemi anche ibridi che permettano una successiva adesione al procedimento e dunque la possibilità per i titolari dei dati di vincolarsi agli esiti della decisione giudiziale.

L'azione collettiva infatti può risultare in una decisione che affermi la violazione delle norme relative ai dati personali ovvero il risarcimento del danno nei confronti dei soggetti interessati.

Laddove la condotta del titolare del trattamento sia dunque qualificata come lesiva dei diritti degli interessati mandanti dell'azione collettiva, quali effetti potrà avere tale declaratoria nei confronti dei soggetti che non hanno partecipato all'azione? Alla luce della lettera dell'art. 80(2) del GDPR appare evidente che il legislatore europeo ha riconosciuto la possibilità che gli Stati Membri adottino norme che permettano la rappresentanza degli interessi indipendentemente da forme di mandato. Questo permetterebbe, dunque, alle associazioni e organismi *no profit* di ottenere sentenze declaratorie della violazione delle norme sulla protezione dei dati personali cui possano seguire azioni c.d. *follow-on* da parte dei singoli interessati al fine di ottenere eventuale risarcimento circa i danni sofferti in ragione della violazione. Purtroppo, il legislatore italiano ha escluso tale ipotesi consentendo, esclusivamente l'opzione di azioni collettive basate su mandato⁴⁴. In tali casi, la decisione del Garante così come quella del tribunale potrà avere effetto giuridico nei confronti dei soli interessati mandanti dell'azione.

⁴⁴ Si veda il contenuto dei già citati art. 142 cod. privacy e nell'art. 10 del d.lgs. 150/2011.

3. L'efficacia delle azioni collettive – i limiti posti dalla giurisprudenza europea

Le azioni collettive sono state oggetto di diversi interventi della Corte di giustizia finalizzati a risolvere aspetti sia procedurali che sostanziali relativi al ruolo di tali strumenti. L'analisi di alcune di tali sentenze permette di osservare quali aspetti problematici si presentino nella prassi, e di conseguenza verificare se e come la Proposta di direttiva e il GDPR siano in grado di superare tali difficoltà.

Per vincoli di spazio i casi analizzati nel dettaglio saranno le decisioni Cause riunite C-381/14 e C-385/14, *Jorge Sales Sinués e Youssouf Drame Ba contro Caixabank SA e Catalunya Caixa SA*⁴⁵, e la decisione della Court of Appeal inglese in merito al caso *Lloyd v Google LLC* dell'ottobre 2019.

3.1. Il rapporto fra azioni individuali e azioni collettive

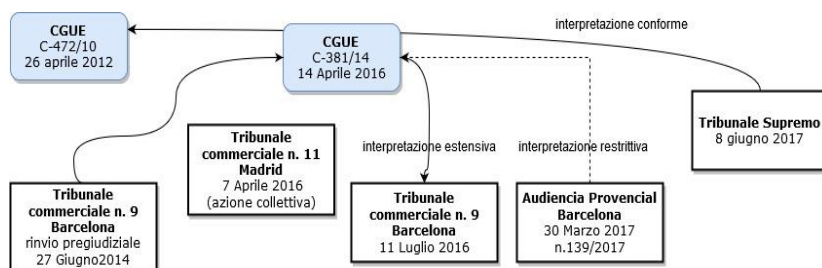


Figura 1 – il dialogo giudiziario nel caso Sales Sinués

I procedimenti di fronte alla corte di Giustizia riunivano tre casi simili in cui si intersecavano le sorti di azioni individuali presentate da singoli consumatori e la contestuale azione collettiva presentata contro

⁴⁵ 14 aprile 2016, ECLI:EU:C:2016:252. Per un'analisi più ampia dei casi relativi alla tutela dei consumatori nel dialogo giudiziario cfr. F. CAFAGGI, F. CASAROSA, *L'effettività dei rimedi nelle interazioni giudiziali fra corti nazionali e corti europee*, in P. GALLO, G. MAGRI, M. SALVADORI (a cura di), *L'armonizzazione del diritto europeo: Il ruolo delle corti*, Milano, 2018, 55 ss.

la stessa parte resistente. Per semplificazione si presenterà soltanto uno dei tre casi.

La causa aveva ad oggetto un contratto per la novazione di un mutuo con una banca spagnola contenente una clausola *suelo*, attraverso il quale la banca imponeva un tasso di interesse minimo stabile a prescindere dalle fluttuazioni dei tassi di mercato. In relazione a tale contratto, il sig. Sales Sinués presentava un'azione presso il Tribunale Commerciale n. 9 di Barcellona al fine di affermare la vessatorietà della clausola e dunque richiederne la nullità.⁹ Nello stesso periodo, un'associazione di consumatori presentava un'azione collettiva nei confronti della stessa banca di fronte al tribunale di Madrid al fine di ottenere una decisione inibitoria all'uso di clausole *suelo* nei contratti di finanziamento⁴⁶. In ragione della identità della condotta oggetto delle due cause, la banca aveva chiesto al giudice adito dal sig. Sales Sinués di sospendere il procedimento concernente l'azione individuale fino alla sentenza definitiva nel procedimento collettivo.

Il tribunale commerciale di Barcellona nel valutare la richiesta della parte aveva riscontrato una interpretazione restrittiva della disposizione nazionale applicabile in merito alla litispendenza, tale da imporre la sospensione automatica dell'azione individuale. Tale interpretazione, avrebbe avuto l'effetto di ridurre i rimedi disponibili per il consumatore in caso di clausole abusive, contrastando con quanto disposto dagli artt. 6 e 7 della direttiva n. 93/13. Dunque, il giudice aveva deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre una serie di questioni alla Corte di giustizia.

La Corte di giustizia nell'affrontare la questione ha segnalato, ai fini della nostra analisi, che gli obiettivi per l'azione individuale e quella collettiva possono essere diversi, dato che questi ultimi possono avere anche finalità soltanto dissuasive. La Corte, seguendo le conclusioni dell'Avvocato Generale, ha dunque sottolineato le differenze tra le due azioni, aderendo implicitamente alla tesi della complementarità proposta dalla Commissione ed adottata dall'Avv. Gen.⁴⁷. L'analisi della Cor-

⁴⁶ Causa avviata dall'Adicae (*Asociación de Usuarios de Bancos Cajas y Seguros*) contro 72 istituti bancari attraverso un'azione collettiva.

⁴⁷ Si veda anche l'Opinione dell'AG Szpunar, parr. 29-30.

te si è poi spostata sulle disposizioni procedurali applicabili alle azioni individuali e collettive.

Alla luce del principio di effettività, la Corte di giustizia ha valutato gli effetti della sospensione dell'azione individuale riconoscendo che, da un lato, la decisione in una azione collettiva potrebbe essere vincolante per il singolo consumatore, anche se non abbia deciso di parteciparvi; e d'altra parte, che ciò potrebbe impedire al giudice nazionale di valutare la pregressa negoziazione individuale delle presunte clausole vessatorie⁴⁸. Inoltre, neppure la valutazione di proporzionalità della norma ha poi modificato questo apprezzamento poiché né la coerenza tra le decisioni giudiziarie, né la necessità di evitare il sovraccarico dei tribunali avrebbe potuto giustificare tali misure⁴⁹. Questi elementi quindi hanno portato la corte a ritenere l'interpretazione della norma che richiede necessariamente la sospensione automatica come un ostacolo al raggiungimento degli obiettivi della direttiva 93/13. La decisione della Corte di giustizia quindi afferma che la norma nazionale spagnola andasse interpretata nel senso di un potere discrezionale del giudice nazionale di valutare l'opportunità di sospendere l'azione individuale sulla base della distinzione funzionale tra le due azioni⁵⁰.

Dunque, l'approccio della Corte di giustizia conferma la gerarchia esistente nella giurisprudenza europea fra azione individuale e azione collettiva, riconoscendo un primato alla prima e un ruolo complementare alla seconda⁵¹. Questo approccio può giustificarsi secondo l'interpre-

⁴⁸ Cfr. par. 39 della decisione in cui la C. giust. UE afferma «Una regola nazionale di tal genere si rivela quindi incompleta e insufficiente e non costituisce un mezzo né adeguato né efficace per far cessare l'uso delle clausole abusive, contrariamente a quanto prescrive l'articolo 7, paragrafo 1, della direttiva 93/13».

⁴⁹ Cfr. par. 41-42.

⁵⁰ Cfr. par. 43.

⁵¹ Infatti, già con il caso *Asociación de Consumidores Independientes de Castilla y León (ACICL) c. Anuntis Segundamano España SL*, 5 dicembre 2013, C-413/12, ECLI:EU:C:2013:800, la CGUE aveva affermato, alla luce dei principi di effettività e di equivalenza, che non vi erano violazioni in caso di un differente competenza territoriale in caso di azione individuale e azione collettiva, anche se la seconda portava ad una maggiore difficoltà per le associazioni a perseguire l'obiettivo di tutela dei consumatori. Confermando tale approccio anche nella sentenza C. giust. UE, 27 febbraio 2014, C-470/12, *Pohotovost' s. r. o. c. Miroslav Vašuta*, ECLI:EU:C:2014:101, in cui la

tazione della tutela giurisdizionale di un interesse individuale come potere *monopolistico*⁵² del titolare ad instaurare e proseguire il procedimento che si lega ad un rafforzamento degli strumenti di tutela giurisdizionale disponibile in ragione di una posizione di debolezza rispetto alla controparte professionale. Ma ciò non contempla in alcun modo il complementare aspetto relativo all'esigenza di offrire un rimedio effettivo laddove il singolo, proprio in ragione della sua posizione di debolezza, non riesca ad accedere a strumenti di *enforcement* efficaci.

Il dialogo fra la corte nazionale e la Corte di giustizia è poi proseguito nello svolgersi del procedimento individuale. La corte remittente ha infatti applicato il principio sancito dalla Corte di giustizia e ha continuato il procedimento individuale senza imporre la sospensione.

Nel corso del procedimento individuale, tuttavia, l'azione collettiva si è nel frattempo conclusa con la dichiarazione di vessatorietà delle clausole oggetto dell'azione e la sentenza inibitoria all'uso di tali clausole nei successivi contratti. Alla luce della sentenza nel procedimento collettivo, il Tribunale commerciale di Barcellona si è posto il dubbio circa gli effetti della sentenza rispetto all'azione individuale: poteva la sentenza valere come prova della vessatorietà della clausola anche nel procedimento individuale? Un'interpretazione restrittiva della decisione della Corte di giustizia avrebbe potuto disgiungere totalmente l'azione individuale da quella collettiva. Il Tribunale commerciale ha preferito una interpretazione più ampia del principio in cui si lascia alla parte la scelta di instaurare l'azione individuale, ma si consente, al fine di offrire «mezzi adeguati ed efficaci per far cessare l'inserzione di siffatte clausole [abusiv]»⁵³, all'azione individuale di poter fruire degli effetti positivi della sentenza nell'azione collettiva, i.e. alla luce della dichia-

C. giust. UE aveva affermato che, alla luce dei principi di equivalenza e di effettività, la normativa slovacca relativa all'inammissibilità dell'intervento di un'associazione per la tutela dei consumatori a sostegno di un determinato consumatore in un procedimento di esecuzione non violava la normativa europea.

Per la giurisprudenza italiana, si veda la decisione della Cassazione, Sez. Un., 2 febbraio 2017, n. 2610 che ha distinto nettamente l'azione a tutela di interessi collettivi e azione a fini risarcitori.

⁵² R. DONZELLI, *L'azione di classe a tutela dei consumatori*, Napoli, 2011

⁵³ Si veda la decisione del Tribunale Commerciale di Barcellona n. 9, n. 413/14-D3, 11 luglio 2016. Cfr. art. 7 (3) Direttiva 93/13.

razione di vessatorietà della clausola oggetto dell'azione collettiva, la stessa clausola poteva essere dichiarata nulla anche nell'azione individuale.

In questo caso, il tribunale commerciale richiama espressamente il principio di effettività dei rimedi a favore del consumatore, che porta il giudice spagnolo ad una valutazione ad hoc dei rapporti fra azione individuale e azione collettiva, rivedendo il modello di complementarità espresso dalla Corte di giustizia. Più specificamente la possibilità di contrasti giurisprudenziali sulla vessatorietà a seconda che il procedimento sia promosso da un singolo o da una associazione potrebbe confliggere con l'obiettivo di certezza, che nella sentenza della Corte di giustizia veniva ritenuto non rilevante, e soprattutto quello di effettività del rimedio. Salvo la valutazione delle circostanze concrete ex art. 4 della direttiva 93/13, la difformità di valutazione circa la vessatorietà a seconda che la tutela sia individuale o collettiva non sembrerebbe avere giustificazioni logiche.

Tale aspetto è stato poi affrontato anche nella decisione del Tribunale Supremo spagnolo nella sentenza n. 367/2017, dell'8 giugno 2017⁵⁴, in cui la suprema corte ha affrontato il problema dell'efficacia delle sentenze emesse nel quadro di azioni collettive rispetto a tre ipotesi: a) gli effetti di una sentenza in un'azione collettiva per la dichiarazione di nullità di una clausola abusiva su di una successiva controversia intentata da un'altra associazione di consumatori in merito alla stessa clausola; b) gli effetti sul procedimento in cui è promossa un'azione individuale da parte di una sentenza di rigetto di un'azione collettiva, in cui si conclude che tali sentenze sfavorevoli non hanno forza di giudicato; c) gli effetti che una sentenza di un'azione collettiva deve avere in una controversia successiva in cui è promossa un'azione individuale di nullità. Il Tribunale supremo nel risolvere il caso ad essa sottoposto, affronta soltanto l'ipotesi segnalata *sub c)*, e basa la propria argomenta-

⁵⁴ RJ 2017/2509. Il caso verteva su un'azione individuale in cui veniva contestata la vessatorietà di una clausola *suelo* già oggetto di una azione collettiva risolta a favore dell'istituto finanziario. Più ampiamente in F. CORDÓN MORENO, *Acción colectiva y acción individual para la defensa de los derechos de los consumidores*, in *Derecho Privado y Constitución*, 31, 2017, 217-242.

zione sulla sentenza della Corte di giustizia nel caso *Invitel*⁵⁵. Dunque, il Tribunale Supremo riconosce che la decisione che affermi la vessatorietà (e dunque la nullità) della clausola definita in sede di azione collettiva potrà avere effetto nei giudizi individuali⁵⁶.

La questione degli effetti dell'azione collettiva, per quanto oggetto di attenzione nella Proposta di direttiva relativa alle azioni rappresentative, non ha offerto chiare indicazioni sul coordinamento ai fini dell'effettività dei rimedi. Infatti, il già citato art. 10 della Proposta di direttiva affronta il tema degli effetti del giudicato in caso di più azioni (collettive e non) presentate contro la stessa parte. Come anticipato sopra, in questo caso le sentenze sono ritenute prove che accertano l'esistenza o l'inesistenza di una violazione ai fini di eventuali altre azioni riparatorie, c.d. azioni *follow up*, purché lo stesso danno non sia risarcito due volte agli stessi consumatori interessati⁵⁷. Rimane pertanto aperta la questione relativa alla situazione opposta in cui una sentenza abbia accertato l'inesistenza della violazione. In quanto l'art. 10 della Proposta di direttiva afferma che il giudicato dell'azione collettiva fa "prova dell'avvenuta violazione", ma nulla si dispone nel caso opposto⁵⁸.

⁵⁵ C. giust. UE, 26 aprile 2012, C-472/10, *Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság contro Invitel Távközlési Zrt*, ECLI:EU:C:2012:242.

⁵⁶ Più problematica per il Tribunale supremo è appunto la definizione di tali effetti che non possono essere quelli di *res judicata*.

⁵⁷ La prassi in alcuni paesi europei dimostra che il coordinamento fra azione amministrativa, di solito di fronte alle autorità garanti del mercato, e azioni collettive presentate di fronte al giudice è particolarmente utile ai fini della selezione delle azioni con maggiori chances di vittoria. Paradigmatica è la situazione in Francia e in Gran Bretagna, così come segnalato rispettivamente in A. BIARD, *Sale temps pour l'action de groupe... la nécessaire recherche d'outils alternatifs pour résoudre les litiges de masse*, in *Revue Lamy Droit Civil*, 157, mars 2018, 21-26; e B. HURST, *The "Tidal wave" of data protection-related class actions: Why were not drowning just yet...*, 2018, 11, reperibile all'indirizzo <https://www.twobirds.com/en/news/articles/2018/global/tidal-wave-of-data-protection-related-cases>.

⁵⁸ È utile segnalare che anche la stessa lettera dell'articolo 10 della Proposta di direttiva appare ambiguo, poiché afferma che il giudicato dell'azione collettiva fa «prova dell'avvenuta violazione». Invece, nulla si dispone nel caso in cui la sentenza abbia accertato l'inesistenza della violazione. Cfr. R. CAPONI, *Ultime dall'Europa sull'azione*

Un *escamotage* alternativo per ovviare a tale difficoltà, per quanto criticabile sotto gli aspetti che vedremo, si trova nella legge italiana in merito alle class actions. Ai sensi dell'art. 840 *sexies* c.p.c., novellato dalla legge n. 31/2019, nella fase 'di adesione' si prevede la possibilità per i componenti di una classe di aderire all'azione dopo che la sentenza di accoglimento dell'azione di classe è stata pronunciata dal giudice. In questo caso, tali soggetti si trovano a potersi giovare del giudicato definito *inter alios*, potendo usufruire di numerosi benefici: l'adesione è possibile solo nel caso in cui la decisione sia favorevole alla classe, i soggetti non sono tenuti a partecipare al procedimento, gli stessi evitano di sottoporsi al rischio della soccombenza. Questo strumento permetterebbe a coloro che avessero già introdotto un'azione individuale nei confronti del medesimo convenuto per i medesimi fatti di decidere se usufruire del giudicato e aderire all'azione, oppure di proseguire con l'azione individuale.

Se da un lato questo strumento agli occhi del legislatore nazionale prospettava un incentivo per effettività dell'azione di classe, il bilanciamento operato porta ad un chiaro sacrificio a carico del diritto di difesa della parte resistente e potrebbe risultare in una violazione il principio processuale del contraddittorio⁵⁹, che, così come evidenziato anche dalla giurisprudenza europea nel caso *Biuro podróży "Partner"*⁶⁰, si applica anche a favore del professionista⁶¹.

di classe (con sguardo finale sugli Stati Uniti e il Dieselgate), in *Foro it.*, 5, 2019, c. 332.

⁵⁹ M. MALAVASI, G. RICCIARDI, *La nuova Class action: analisi delle principali disposizioni*, reperibile all'indirizzo <http://www.dirittobancario.it/approfondimenti/profilo-processuali/la-nuova-class-action-analisi-delle-principali-disposizioni>, 36; G. Ponzanelli, *op. cit.*, 307.

⁶⁰ C. giust. UE, 21 dicembre 2016, C-119/15, *Biuro podróży "Partner" Sp. z o.o., Sp. komandytowa w Dąbrowie Górniczej contro Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów*.

⁶¹ La sentenza della Corte di giustizia, infatti, afferma che alla luce dell'articolo 47 CFR in caso di procedimento contro un professionista che non ha partecipato al procedimento che ha condotto alla dichiarazione di vessatorietà delle clausole, tale professionista deve godere di un diritto di ricorso effettivo sia avverso la decisione declaratoria, di vessatorietà sia avverso la decisione che fissi, eventualmente, l'importo di una sanzione.

3.2. L'effettività dei rimedi disponibili

Un aspetto critico relativo alle azioni collettive è quello legato all'effettività dei rimedi offerti dal legislatore nazionale in caso di violazione delle norme a tutela del consumatore e a tutela dei titolari dei dati personali. Infatti, le norme europee lasciano agli Stati Membri l'onere di individuare in caso di violazioni dei rimedi effettivi, proporzionali e dissuasivi⁶². Questo appare ancor più rilevante nel caso delle azioni collettive, ove, da un lato, ai soggetti interessati viene offerto un rimedio effettivo poiché permette l'accesso alla giustizia con un abbattimento dei costi unitari delle controversie⁶³; dall'altro, gli stessi soggetti potrebbero dover sopportare una riduzione (*rectius* una mancata personalizzazione) del quantum risarcitorio a favore di un danno forfettario alla luce dell'omogeneità delle richieste⁶⁴.

Nell'ambito della disciplina prevista dal GDPR non vi sono norme dettagliate in merito al risarcimento del danno nel caso di azioni collettive; soltanto l'art. 82 GDPR prevede un a norma generale secondo la quale chiunque abbia subito un danno materiale o morale a seguito di una violazione del regolamento sulla protezione dei dati ha il diritto di ottenere dal responsabile del trattamento o dall'incaricato del trattamento il risarcimento dei danni subiti⁶⁵.

⁶² F. CAFAGGI, P. IAMICELI, *The Principles of Effectiveness, Proportionality and Dissuasiveness in the Enforcement of EU Consumer Law: The Impact of a Triad on the Choice of Civil Remedies and Administrative Sanctions*, in *Eur. Rev. Priv. L.*, 3, 2017, 575 e ss., nonché il contributo di Fabrizio Cafaggi nella terza parte di questo Volume.

⁶³ Si veda I. PAGNI, *La giurisdizione tra effettività ed efficienza*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, 2, 2016, 401, che distingue fra effettività e efficienza dei rimedi, indicando come efficienza la «proporzionalità e rapidità della risposta dell'ordinamento giudiziario alla domanda di giustizia».

⁶⁴ Si veda A. GIUSSANI, *Aggregazione di cause e aggregazione di questioni nel contenzioso di serie*, cit., ove l'A. compara le logiche dell'azione di classe con quelle del servizio di trasporto in autobus: «il mezzo è senza dubbio più lento, e chi se ne avvale non viene sempre trasportato proprio alla sua esatta destinazione, ma l'abbattimento dei costi unitari permette l'accesso al sistema a chiunque e complessivamente alleggerisce il traffico cittadino».

⁶⁵ A differenza di altri atti legislativi dell'UE (ad esempio, la direttiva sui risarcimenti *antitrust*), il principio del risarcimento completo non viene richiamato. Per contro, il risarcimento del danno morale è specificamente previsto.

In assenza di specifiche linee guida da parte della Corte di giustizia in merito a tale questione, è utile analizzare la recente decisione della Court of Appeal inglese nel caso *Lloyd v Google LLC*⁶⁶.

Il 2 ottobre 2019 la Corte d'Appello inglese ha emesso una sentenza storica in merito al presunto uso improprio da parte di Google di dati personali di oltre 4 milioni di utenti iPhone tramite i *cookies* inseriti nel browser Safari⁶⁷.

Anche se questo problema è stato in precedenza oggetto di controversie in altri tribunali inglesi⁶⁸, questa decisione è particolarmente importante poiché la Court of Appeal ha stabilito che, anche in assenza di una specifica richiesta di risarcimento, i titolari dei dati personali hanno comunque diritto al risarcimento dei danni per la perdita del controllo nei confronti dei loro dati personali.

L'aspetto più importante della decisione, ai fini della presente analisi, è quello relativo all'ammissibilità dell'azione rappresentativa e la qualificazione del danno. Sotto il primo aspetto è necessario sottolineare che l'azione del sig. Lloyd era basata sull'art. 19.6 delle Civil Procedural Laws, secondo il quale un individuo può presentare un'azione collettiva a nome di più soggetti che abbiano lo stesso interesse, senza che vi sia la necessità di mandato antecedente l'inizio dell'azione⁶⁹. Dunque, per l'ammissibilità dell'azione deve essere possibile identificare l'interesse comune. Secondo la Court of Appeal questo punto doveva essere risolto affermando che i ricorrenti (ancorché indefiniti) avevano subito la stessa perdita, cioè la perdita del controllo dei loro dati e, per quanto riguardava l'identificazione, ogni persona interessata avrebbe saputo se avrebbe soddisfatto i termini di appartenenza alla classe⁷⁰.

⁶⁶ [2019] EWCA Civ 1599.

⁶⁷ Il caso infatti verteva sull'accusa nei confronti di Google di raccolta illecita di dati personali (generati dal mero uso del browser Safari sui proprietari di iPhone) attraverso l'uso di un 'DoubleClick Ad Cookie' senza il consenso degli utenti nel corso del 2011-2012.

⁶⁸ Si veda il caso *Google Inc. v Vidal-Hall & Ors* [2015] EWCA Civ 311.

⁶⁹ Si veda l'art. 19.6 relativo a «Representative parties with same interest».

⁷⁰ Si veda *Lloyd v Google LLC*, cit., par. 80.

Sotto il profilo della qualificazione del danno, la Court of Appeal interpreta l'art. 13 del Data Protection Act (DPA) alla luce dell'art. 8 CEDU e degli articoli 8 e 47 CFR. In particolare, la Court of Appeal ha ritenuto che il controllo dei dati avesse un valore economico e che quindi la perdita di tale controllo dovesse essere compensata:

Anche se i dati non sono tecnicamente considerati proprietà secondo il diritto inglese, la loro protezione ai sensi del diritto europeo è chiara. Ed è chiaro che le informazioni generate dal browser di una persona hanno un valore economico: ad esempio, possono essere vendute... Dunque, Google è stato in grado di vendere le informazioni generate dal browser raccolte da numerose persone a inserzionisti interessati ad inviare loro contenuti pubblicitari. Ciò conferma che tali dati, e il consenso al loro utilizzo, hanno un valore economico. Di conseguenza, a mio giudizio, il controllo di una persona sui dati o sulle informazioni generate dal browser ha un valore, quindi anche la perdita di tale controllo deve avere un valore⁷¹.

Inoltre, la Court of appeal ha confrontato la definizione di danno prevista all'art. 82 GDPR, che appunto conferisce ai singoli il diritto di ottenere il risarcimento dei danni materiali o morali subiti a causa della violazione del GDPR. Esaminando anche il considerando 85 del GDPR, la Court of Appeal ha rilevato che la nozione di danno materiale o morale può comprendere anche le situazioni in cui i singoli perdano il controllo sui loro dati personali. Di conseguenza la Court of Appeal conclude che i danni derivanti dalla perdita del controllo dei dati sono risarcibili ai sensi dell'art. 13 DPA, anche se non vi sono perdite pecuniarie. Una tale interpretazione secondo la corte peraltro era necessaria per garantire la disponibilità di un rimedio efficace⁷².

La decisione della corte inglese dimostra come il danno da trattamento dei dati potrebbe essere qualificato 'in *re ipsa*' e riconosciuto attraverso azioni collettive *opt-out* nei confronti di un numero indefinito di soggetti accomunati da un interesse omogeneo. Questa interpretazione si pone chiaramente in contrasto con quanto invece prevede la giurisprudenza italiana in caso di azioni individuali. Infatti, la Corte di Cas-

⁷¹ Si veda *Lloyd v Google LLC*, cit., par. 46-47 della decisione, traduzione dell'Au-trice.

⁷² Si veda *Lloyd v Google LLC*, cit., par. 42.

sazione ha più volte ribadito che il danno da trattamento dei dati, come ogni altra tipologia di danno non può ritenersi ‘in *re ipsa*’, ma va allegato e provato con qualsiasi mezzo, incluse le presunzioni semplici e la prova testimoniale che attesti uno stato di sofferenza fisica o psichica⁷³.

4. Rilevi conclusivi

La presente analisi chiarisce come ancora sotto il profilo dei rimedi collettivi nelle forme delle azioni di tipo rappresentativo l’approccio adottato dal legislatore europeo si sia modificato facendo emergere una maggiore fiducia nei confronti di tali strumenti di *enforcement*. Tuttavia, gli interventi europei mancano ancora di uniformità rispetto alle aree relative alla tutela dei consumatori e della protezione dei dati personali. Tale diverso approccio emerge sotto profili rilevanti nelle due discipline applicabili.

La legittimazione ad agire delle associazioni e organizzazioni *no profit* è individuata almeno in linee generali nella disciplina relativa alla tutela dei dati personali, laddove invece nessun criterio viene offerto dall’ultima versione della Proposta di Direttiva nell’ambito della protezione dei consumatori. In tale area, soltanto nel caso di azioni transnazionali si offrono criteri utili a definire i soggetti legittimati, che sperabilmente verranno tenuti in considerazione dai legislatori nazionali nella fase di implementazione della direttiva nel momento in cui essa venga adottata. Ciò sarebbe auspicabile, non soltanto in ragione di una semplificazione nella qualificazione dei soggetti legittimati a livello nazionale, ma anche in funzione di un più alto livello di armonizzazione a livello europeo.

⁷³ Cass., 26 settembre 2013, n. 22100; Cass., 25 settembre 2012, n. 16279; Cass. 10527/11. Tuttavia, proprio l’ampio utilizzo delle presunzioni fa sì che spesso la giurisprudenza di merito si avvicini molto al desumere il danno dall’illecito. In tal senso, esemplificativamente, Trib. Bari, 23 luglio 2010, n. 2637 (in *Giurisprudenzabarese.it* 2010). Più ampiamente in ReJus, Handbook on data protection, reperibile all’indirizzo https://www.rejus.eu/sites/default/files/content/materials/italian_casebook_data_protection.pdf.

Una diversa disciplina emerge anche per quanto riguarda l'adozione di sistemi *opt-in* o *opt-out*. Nella disciplina relativa alla tutela dei consumatori il legislatore europeo vincola gli Stati Membri al sistema *opt-in* (in cui i soggetti sono parte del procedimento e dunque soggiacciono agli effetti della decisione) soltanto le azioni transfrontaliere, mentre invece nelle azioni c.d. nazionali il legislatore può adottare sistemi anche ibridi, definendo, così come già previsto anche dall'attuale legge n. 31 del 2019, modalità di partecipazione al procedimento diverse dal solo modello di mandato o rinuncia esplicita⁷⁴. Diversamente, il GDPR prevede il solo modello di mandato preventivo nel caso di azioni collettive svolte da parte di associazioni o organizzazioni no profit nel caso di azioni di natura risarcitoria. Peraltro, se una apertura ad azioni rappresentative senza mandato emergeva dalla norma europea, in questo caso il legislatore italiano nella legge di adattamento del sistema italiano al GDPR ha escluso tale ipotesi, imponendo anche in azioni di natura inibitoria l'obbligo del mandato.

L'aspetto relativo agli effetti delle decisioni, invece, è assente nelle norme relative alle violazioni dei dati personali, laddove una scarsa indicazione emerge dal testo della Proposta di direttiva. In questo ambito, tuttavia, il ruolo delle corti nazionali appare rilevante. Il dialogo fra la Corte di giustizia e le corti spagnole presentato in questo contributo dimostra chiaramente l'impatto che il principio di effettività del rimedio, sancito dall'art. 47 CFR, possa avere l'effetto di modificare le norme di diritto procedurale a livello nazionale.

Le differenze potrebbero ragionevolmente sussistere fra le due aree; tuttavia, il problema di coordinamento potrebbe porsi nel caso in cui la violazione della disciplina dei dati personali possa essere allo stesso tempo qualificabile come violazione dei diritti dei consumatori. In questa ipotesi, non così peregrina, il soggetto vittima della violazione sarebbe allo stesso tempo titolare dei dati e consumatore e potrebbe decidere di partecipare ad una azione collettiva promossa da associazioni o organizzazioni no profit. Al momento attuale la scelta rimane a carico delle associazioni che valuteranno se preferire l'una o l'altro procedimento giudiziale alla luce dei vincoli previsti in ciascuno dei ca-

⁷⁴ Si veda l'art. 840-*sexies* c.p.c., novellato dalla legge n. 31/2019.

si. Tuttavia, sarà ancora una volta il giudice a valutare se l'azione collettiva che verte su contenuti informativi che dal punto di vista del consumatore sono di natura contrattuale possa dimostrare una compenetrazione fra gli aspetti consumeristici e quelli di tutela dei dati personali tale da riconoscere una implicita estensione anche nel caso di procedimenti instaurati da associazioni a tutela dei consumatori.

L'ACCESSO TO JUSTICE FUNZIONALE: L'EFFETTIVITÀ RIMEDIALE QUALE VEICOLO DI GARANZIA DEL DIRITTO ALLE PRESTAZIONI SANITARIE

*Lucia Busatta**

SOMMARIO: 1. *Introduzione. La salute nel diritto europeo.* 2. *Quando l'effettività del diritto alla salute transita attraverso i diritti procedurali.* 2.1. *La mobilità transfrontaliera dei pazienti quale canale di emersione del diritto ai rimedi effettivi per la garanzia di accesso alle prestazioni sanitarie: il livello europeo.* 2.2. *(segue): il livello nazionale.* 2.3. *Spunti di diritto comparato.* 3. *Rimedi effettivi e diritto alla salute degli stranieri: il nodo dell'accessibilità.* 4. *Conclusioni: la via procedurale all'effettività e le insidie di un diritto non sempre accessibile.*

1. Introduzione. La salute nel diritto europeo

Negli ultimi anni, gli interventi delle istituzioni dell'Unione europea nel campo della salute si sono progressivamente ampliati. Pur non godendo di una competenza propria quanto all'organizzazione dei servizi sanitari o alla garanzia delle prestazioni riguardanti la tutela del diritto alla salute, gli interventi dell'UE hanno gradualmente permeato i diritti nazionali, anche nello specifico ambito dell'assistenza sanitaria e della protezione del diritto alla salute delle persone¹.

Dal punto di vista delle fonti, infatti, l'art. 35 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, pur riconoscendo il diritto di ogni persona ad accedere alla prevenzione sanitaria e alle cure mediche, prevede che le condizioni per la garanzia di tale diritto siano stabilite a livello naziona-

* Collaboratrice di ricerca, Università degli Studi di Trento

¹ T. K. HERVEY, J. V. MCHALE, *European Union Health Law*, Cambridge, 2015, 30 ss.; S. PENASA, *Biodiritto e Unione Europea: primi spunti di riflessione*, in *BioLaw Journal*, 3, 2018, 73 ss.; se si vuole anche L. BUSATTA, *La salute sostenibile*, Torino, 2018, 205 ss.

le. A mente dell'articolo 168 TFUE, inoltre, «nella definizione e nell'attuazione di tutte le politiche ed attività dell'Unione è garantito un livello elevato di protezione della salute umana». In termini generali si può, quindi, osservare come, da un lato, l'Unione europea abbia sempre dimostrato – quantomeno formalmente – di rispettare la competenza degli Stati membri sull'organizzazione e gestione dei sistemi sanitari interni, mentre, dall'altro, sia comunque riuscita a incidere sugli ordinamenti nazionali, influenzando talvolta le modalità di garanzia in concreto del diritto alla salute².

Fra i diversi canali attraverso i quali il diritto europeo è riuscito ad orientare e, talvolta, anche a condizionare le soluzioni normative interne in materia di diritto alla salute, in generale, e di accesso alle prestazioni sanitarie, in particolare, si possono senz'altro menzionare le politiche europee in materia ambientale³, o gli atti adottati nell'ambito della libera circolazione delle merci, dei servizi e delle persone⁴.

Vi può essere, però, anche un altro modo di guardare al fenomeno, cambiando l'angolo visuale e spostandosi dall'osservazione dei singoli

² Per alcune riflessioni a riguardo cfr. N. LAZZERINI, *Il contributo della Corte di Giustizia alla formazione di un biodiritto europeo attraverso i diritti fondamentali*, in *BioLaw Journal*, Special Issue 2, 2019, 241 ss.

³ Per alcuni riferimenti circa l'intersezione tra politiche ambientali e per la salute dell'Unione europea, v. G. RAGONE, *La disciplina degli OGM tra Unione europea e Stati nazionali: a chi spetta il diritto all'ultima parola su questioni scientifiche controverse?*, in *BioLaw Journal*, 1, 2015, 118; S. CAVALIERE, *La regolamentazione degli organismi geneticamente modificati e il principio di precauzione alla luce della sentenza della Corte di giustizia UE, causa C-111/16*, in *Osservatorio costituzionale*, 1, 2018, 10; S. PENASA, *La "salute in tutte le politiche": presupposti teorici e fondamento costituzionale. Il Trentino come laboratorio istituzionale*, in *Federalismi.it, Osservatorio di diritto sanitario*, 7 febbraio 2014; F. MUNARI, *Il ruolo della scienza nella giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di tutela della salute e dell'ambiente*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 1, 2017, 137 ss.

⁴ Con riguardo al rapporto tra diritto alla salute e libera circolazione si vedano, *inter multis*, T. K. HERVEY, J. V. MCHALE, *European Union Health Law*, cit., 34 ss.; M. DANI, *Costituzione e integrazione europea: dalle "limitazioni della sovranità" alla trasformazione del diritto costituzionale*, in C. CASONATO (a cura di), *Lezioni sui principi fondamentali della Costituzione*, Torino, 2010, 329 ss.; M. INGLESE, *Le prestazioni sanitarie transfrontaliere e la tutela della salute*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1, 2012, 109 ss.

ambiti di normazione, alle funzioni e agli strumenti utili a rendere concretamente operativo l'accesso ai diritti. Da questo punto di vista, prendere in esame, ad esempio, il rapporto tra il diritto ad un ricorso effettivo *ex art. 47* della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (di seguito CDFUE)⁵ e gli strumenti per l'attuazione del diritto alla salute può rivelare un duplice profilo d'interesse.

Da un lato, considerare l'effettività rimediabile come funzionale e strumentale alla salute può contribuire, nel rapporto verticale tra istituzioni pubbliche e persona, ad evidenziare i vuoti di tutela, così come i possibili divari nel livello di garanzia delle prestazioni sanitarie, al fine di colmare eventuali deficit di protezione o specifiche condizioni di disegualianza. Da un altro lato, e in una prospettiva più ampia, il legame tra salute e rimedi giurisdizionali serve, come si cercherà di evidenziare nelle pagine che seguono, a dimostrazione del fatto che, con riguardo alla tutela del diritto alla salute e alla garanzia di prestazioni, la mera regolamentazione della materia sanitaria non è di per sé sola sufficiente a garantire l'effettività della salute. Ciò risulta essere particolarmente evidente proprio in quest'ambito e si applica tanto nella dimensione di diritto meramente interno, quanto in una prospettiva sovranazionale. Al fine di verificare se il diritto alle prestazioni è reso effettivo, in altre parole, è necessario valutare se la posizione giuridica della persona dinanzi alle decisioni sui criteri, sui modi, sui tempi di accesso alle prestazioni e sull'allocazione delle risorse sanitarie sia effi-

⁵ A riguardo è necessario precisare che le riflessioni che saranno sviluppate nei paragrafi che seguono tengono in considerazione, necessariamente, l'ambito di applicazione dei diritti enunciati nella Carta (*ex art. 51* CDFUE). Ne segue che, anche a motivo delle (relativamente) limitate competenze di cui l'Unione gode in materia sanitaria (soprattutto per quanto attiene al principale *focus* della trattazione, ossia il diritto ad accedere alle prestazioni sanitarie), si terranno in considerazione solamente gli ambiti nei quali il diritto alla salute – inteso nella sua dimensione di diritto sociale – interseca le competenze europee. A riguardo si veda P. MENGOZZI, *La rilevanza giuridica e l'ambito di applicazione della Carta alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Studi sull'integrazione europea*, 1, 2015, 23 ss. Circa i rapporti tra art. 51 e art. 47 della Carta, cfr. più recentemente anche A. RASI, *Effetti indiretti della Carta dei diritti fondamentali? In margine alla sentenza Commissione c. Polonia (Indépendance de la Cour suprême)*, in *European Papers*, 4(2), 2019, 615 ss. Sul punto si tornerà, comunque, più diffusamente nel prosieguo.

cacemente presidiata da strumenti che consentono al singolo di porsi utilmente in contatto con il soggetto responsabile per tali scelte e di contestare eventuali determinazioni a lui sfavorevoli. Di certo, quest'ultimo dato è maggiormente evidente in ordinamenti che, come il nostro, hanno scelto di organizzare il complesso degli strumenti, delle strutture e del personale occupati nella tutela e promozione del diritto alla salute in un sistema sanitario di tipo universalistico. In questo senso, accanto – e in via preliminare – al principio del diritto ad un ricorso effettivo, si pone quello spettro di diritti rientranti nel principio della buona amministrazione.

Cionondimeno, anche negli Stati nei quali l'organizzazione è ispirata al modello mutualistico o a quello privatistico, l'inevitabile commistione tra diritti sociali e di libertà e tra obbligazioni più o meno cogenti in capo ai pubblici poteri impone che a presidio di posizioni giuridiche potenzialmente anche molto delicate sia posta la possibilità di avvalersi in modo efficace di ricorsi giurisdizionali o para-giurisdizionali a tutela dei propri diritti⁶.

Da questo punto di vista, il carattere statale delle competenze in materia sanitaria, come si è anticipato, potrebbe apparire un ostacolo all'apertura di una riflessione sulla capacità del diritto previsto dall'art. 47 CDFUE di incidere positivamente sull'effettività della garanzia del diritto alla salute. A riguardo, bisogna, tuttavia, ricordare come le stesse istituzioni dell'Unione abbiano da tempo riconosciuto e riconfermato che l'*access to justice* rappresenta un principio, pur previsto dalla Carta, ma appartenente alle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri⁷. Inoltre, le considerazioni già sinteticamente sviluppate in riferimento alla commistione tra diritto europeo e diritti nazionali nel

⁶ Sui rapporti tra Carta dei diritti fondamentali e diritto alla salute cfr. J. MCHALE, *Fundamental Rights and Health Care*, in E. MOSSIALOS, G. PERMANAND, R. BAETEN, T.K. HERVEY (a cura di), *Health Systems Governance in Europe*, Cambridge, 2010, 282 ss.

⁷ Come da tempo affermato dalla Corte di giustizia, nella sentenza C-222/84, *Johnston*, 15 maggio 1986, par. 18. In argomento cfr. anche A. OSTI, *Teoria e prassi dell'access to justice*, Milano, 2016, 131 ss.; S. PRECHAL, *The Court of Justice and Effective Judicial Protection: What Has the Charter Changed?*, in C. PAULUSSEN ET AL. (a cura di), *Fundamental Rights in International and European Law : Public and Private Law Perspectives*, The Hague, 2016, 145 ss.

campo della salute e la progressiva influenza che gli interventi euro-unitari hanno esercitato sulle scelte normative interne suggeriscono che sia possibile individuare alcune proficue aree di intersezione tra quanto previsto dall'art. 47 della Carta e il diritto alla salute⁸. In altri termini, anche se formalmente le competenze dell'Unione sono molto limitate in materia sanitaria, la forza pervasiva del diritto europeo ha dimostrato di saper influenzare progressivamente anche il diritto strettamente nazionale.

Lo scopo del presente contributo consiste nel dimostrare come il diritto ad un ricorso effettivo (e, in via preliminare, anche il principio di buona amministrazione, con le dovute distinzioni) possa concorrere ad influenzare in modo significativo le scelte di diritto meramente interno, nel campo della salute.

2. *Quando l'effettività del diritto alla salute transita attraverso i diritti procedurali*

Il fenomeno di cui si è dato conto sinora, ossia la progressiva interazione del diritto europeo con la dimensione nazionale, anche in ambiti che tradizionalmente sono riservati alla competenza statale, appare particolarmente evidente, come si è detto, nel campo sanitario. La dimensione prestazionale del diritto alla salute rappresenta, proprio per questo motivo, il principale *focus* della presente analisi, in cui il diritto alla salute sarà analizzato sotto il profilo del diritto del singolo alle prestazioni mediche, quale veicolo attraverso cui le istituzioni pubbliche contribuiscono alla realizzazione in concreto del diritto alla salute⁹.

⁸ La capacità dell'art. 47 della Carta di porsi in relazione con gli altri diritti e con altre aree di diritto, anche di carattere eminentemente privatistico è efficacemente messa in luce in F. CAFAGGI, S. LAW, *Judicial dialogue in European private law: introductory remarks*, in IID. (a cura di), *Judicial Cooperation in European Private Law*, Cheltenham, 2017, 1 ss.; M. SAFJAN, *Fields of application of the Charter of Fundamental Rights and constitutional dialogues in the European Union*, in F. CAFAGGI, S. LAW (a cura di), *op. cit.*, 51 ss.

⁹ Sulle diverse declinazioni del diritto alla salute, che può essere inteso sia come diritto di libertà sia come diritto sociale, sia consentito rinviare alle ampie riflessioni sviluppate in L. BUSATTA, *La salute sostenibile*, cit., in particolare 31 ss.

In particolare, con riguardo al diritto ad accedere alle prestazioni sanitarie, pare che proprio la garanzia di rimedi effettivi possa essere considerata un importante veicolo attraverso cui il diritto europeo contribuisce al miglioramento dei quadri giuridici nazionali.

Prima di prendere più da vicino in esame il rapporto tra *access to justice* e diritto alle prestazioni, si rende necessaria una precisazione preliminare: dal punto di vista della tassonomia euro-unitaria, le prestazioni sanitarie sono considerate quali servizi ai sensi del Trattato¹⁰. Di conseguenza, alle questioni inerenti all'accesso alle prestazioni le istituzioni dell'Unione si sono sempre rapportate applicando gli schemi propri della garanzia delle libertà fondamentali, inclusi il divieto di restrizioni ingiustificate e le relative eccezioni¹¹.

Come ora vedremo, proprio prendendo in considerazione le restrizioni che taluni Stati membri, nel corso degli anni, avevano (o sembravano aver) apposto alla libera circolazione delle persone e dei servizi in campo sanitario, la Corte di giustizia ha spesso verificato se, oltre all'eventuale giustificabilità e proporzionalità di tali restrizioni, fossero stati previsti adeguati strumenti procedurali a favore del cittadino euro-

¹⁰ A partire dalla sentenza della Corte di giustizia nel caso C-286/82, *Luisi e Carbone c. ministero del Tesoro*, 31 gennaio 1984, par. 16. A riguardo sia consentito rinviare a L. BUSATTA, *La cittadinanza della salute nell'Unione Europea: il fenomeno della mobilità transfrontaliera dei pazienti, dalla libera circolazione alla dimensione relazionale dei diritti*, in *DPCE online*, 3, 2015, 136.

¹¹ A riguardo, si vedano L. BUSATTA, *La salute sostenibile*, cit., 210 e la giurisprudenza della Corte di giustizia citata. In argomento, la letteratura è ormai ricca. Senza pretese di completezza, cfr. D. MORANA (a cura di), *L'assistenza sanitaria transfrontaliera. Verso un welfare state europeo?*, Napoli, 2018; G. BOGGERO, *Gli ostacoli alla mobilità transfrontaliera in Italia*, in *Corti Supreme e Salute*, 2, 2018, 277 ss.; C. COLAPIETRO, *I diritti sociali oltre lo Stato. Il caso dell'assistenza sanitaria transfrontaliera*, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2018; L. UCCELLO BARRETTA, *Il diritto alla salute nello spazio europeo: la mobilità sanitaria alla luce della direttiva 2011/24/UE*, in *federalismi.it*, 19, 2014; G. DI FEDERICO, *L'accesso alle cure mediche nell'Unione europea tra diritti fondamentali e sovranità nazionali*, in *Quaderni Costituzionali*, 3, 2013, 679; M. INGLESE, *Le prestazioni sanitarie transfrontaliere e la tutela della salute*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1, 2012, 109; G. DI FEDERICO, *La direttiva 2011/24/UE e l'accesso alle prestazioni mediche nell'Unione europea*, in *RDSS: Rivista di diritto della sicurezza sociale*, 3, 2012, 683; G. URBANO, *Diritto alla salute e cure transfrontaliere*, Torino, 2009.

peo che desiderasse avvalersi delle norme derivanti dal diritto dell'Unione per fruire di prestazioni sanitarie in uno Stato membro diverso da quello di residenza. In tal senso, la Corte ha rimarcato con costanza la necessità che gli Stati membri si adoperino nella garanzia di effettività tanto dei procedimenti organizzativi interni ai sistemi sanitari statali quanto dei rimedi giurisdizionali o para-giurisdizionali a disposizione dei pazienti che ricevono prestazioni sanitarie in un altro Stato membro.

2.1. La mobilità transfrontaliera dei pazienti quale canale di emersione del diritto ai rimedi effettivi per la garanzia di accesso alle prestazioni sanitarie: il livello europeo

Per meglio comprendere le dinamiche di intersezione tra garanzia del diritto alla salute ed *access to justice*, si rende necessaria una sintetica contestualizzazione del fenomeno di cui si sta trattando e dell'approccio seguito dalle istituzioni dell'Unione per i pazienti europei e per la garanzia di un equilibrio interno dei sistemi sanitari statali.

Per mobilità transfrontaliera dei pazienti in Europa si intende la possibilità, per i cittadini europei, di accedere alle prestazioni sanitarie in un altro Stato membro, a determinate condizioni e a carico del sistema sanitario di affiliazione. Il fenomeno è andato acquisendo rilevanza (pur rimanendo relativamente ridotto in termini numerici) soprattutto tra la fine degli anni Novanta e i primi anni Duemila, periodo nel quale si è affastellata una giurisprudenza piuttosto densa della Corte di Lussemburgo¹².

¹² Fra le pronunce più rilevanti in tema di mobilità transfrontaliera dei pazienti, cfr. *Raymond Kohll contro Union des caisses de maladie*, 28 aprile 1998, C-158/96; *Abdon Vanbraekel e altri contro Alliance nationale des mutualités chrétiennes (ANMC)*, 12 luglio 2001, C-368/98; *B.S.M. Smits, coniugata Geraets, contro Stichting Ziekenfonds VGZ e H.T.M. Peerbooms contro Stichting CZ Groep Zorgverzekeringen*, 12 luglio 2001, C-157/99; *V.G. Müller-Fauré contro Onderlinge Waarborgmaatschappij OZ Zorgverzekeringen UA e E.E.M. van Riet contro Onderlinge Waarborgmaatschappij ZAO Zorgverzekeringen*, 13 maggio 2003, C-385/99; *Eredi di Annette Keller contro Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) e Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (Ingesa)*, 12 aprile 2005, C-145/03; *The Queen, su richiesta di Yvonne Watts contro Bedford Primary Care Trust e Secretary of State for Health*, 16 maggio 2006, C-372/04; *Aikaterini Stamatelaki*

La possibilità di ottenere cure mediche in uno Stato membro diverso da quello di residenza era prevista da tempo nel diritto europeo. In particolare, il regolamento sul coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale¹³, oltre a garantire il diritto dei cittadini europei e dei loro familiari che si recano all'estero per motivi di lavoro, a godere delle provvidenze sociali dello Stato membro ospitante, prevede anche una norma in base alla quale una persona possa essere autorizzata dal sistema sanitario di propria affiliazione a ricevere cure adeguate al suo stato di salute in un altro Stato membro. Le condizioni per tale autorizzazione includono un criterio di reciprocità (ossia che si tratti di una prestazione già inclusa fra quelle garantite dal sistema sanitario di appartenenza) e l'impossibilità, per le autorità dello Stato membro di residenza, di garantire tali cure entro un lasso di tempo accettabile¹⁴. Nel caso in cui l'autorizzazione sia concessa, il servizio sanitario di destinazione garantisce i trattamenti medici «per conto» del sistema sanitario di affiliazione e senza discriminazioni tra il paziente «straniero» e gli altri utenti. Dal punto di vista economico, il costo di tali prestazioni viene corrisposto direttamente dalle autorità sanitarie dello Stato di residenza, senza oneri aggiuntivi, ossia come se il paziente ricevesse le cure direttamente da parte del proprio servizio sanitario¹⁵.

Nel corso degli anni, come si è detto, una serie di controversie interne relative al diniego di autorizzazione a fruire di cure mediche all'estero opposte da alcuni sistemi sanitari nazionali a pazienti che ne avevano fatto richiesta e il successivo rifiuto di rimborsare le spese sostenute, hanno generato una non trascurabile serie di pronunce pregiudiziali della Corte di giustizia. I giudici di Lussemburgo hanno, così, progressi-

c. NPDD Organismos Asfaliseos Eleutheron Epagelmaton (OAEE), 19 aprile 2007, C-444/05; *Commissione europea v. Regno di Spagna*, 15 giugno 2010, C-211/08; *Elchivov*, 5 ottobre 2010 C-173/09, in Racc. 2010 I-08889; *Petru*, C. giust. UE, 9 ottobre 2014, C-268/13.

¹³ Si tratta del Regolamento (CEE) n. 1408/71 del Consiglio del 14 giugno 1971, relativo all'applicazione dei regimi di sicurezza sociale ai lavoratori subordinati e ai loro familiari che si spostano all'interno della Comunità, oggi sostituito dal Regolamento (CE) n. 883/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004 relativo al coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale.

¹⁴ Si veda l'art. 20 del Reg. n. 833 del 2004.

¹⁵ Tale sistema è illustrato anche in G. BOGGERO, *op. cit.*, 380-381.

vamente forgiato un sistema di garanzie (soprattutto di carattere procedurale) per i pazienti che ricevono prestazioni sanitarie all'estero, i cui costi sono imputabili ai sistemi sanitari di affiliazione¹⁶.

Le motivazioni della Corte sono sempre state incentrate sulla realizzazione della libera circolazione dei servizi (nei quali, come si è detto, vanno annoverate anche le prestazioni sanitarie) e i principi via via affermati hanno progressivamente assunto un peso tale da suggerire alle istituzioni euro-unitarie di adottare una direttiva nella quale consolidare l'esito di tale filone giurisprudenziale. La direttiva 2011/24/UE, approvata dopo un lungo periodo di discussione, si occupa dei diritti dei pazienti nell'assistenza sanitaria transfrontaliera e prevede che – laddove non possano trovare applicazione le norme del regolamento sul coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale – i pazienti abbiano diritto, a fronte del soddisfacimento di una serie di condizioni, di ottenere dal proprio sistema sanitario di iscrizione il rimborso delle spese sostenute per le cure mediche ricevute in un altro Stato membro¹⁷.

Da questo punto di vista, la direttiva sull'assistenza sanitaria transfrontaliera rappresenta un esempio significativo di incrocio tra differenti canali di intervento dell'Unione e competenze nazionali. Da un lato, a livello euro-unitario, le basi giuridiche della direttiva sono rappresentate dall'art. 114 TFUE (funzionamento del mercato interno) e dall'art. 168 TFUE (promozione di un alto livello di tutela della salute in tutte le politiche dell'Unione). Dall'altro lato, come si è già rammen-

¹⁶ In argomento, oltre alla letteratura già citata, cfr. G. DAVIES, *The Community's internal market-based competence to regulate healthcare: scope, strategies and consequences*, in *Maastricht J. of Eur. and Comp. Law*, 3, 2007, 215; M.L. FLEAR, *Developing Euro-Biocitizenship through migration for healthcare services*, in *Maastricht J. of Eur. and Comp. Law*, 3, 2007, 239; S.L. GREER, T. SOKOL, *Rules for Rights: European Law, Health Care and Social Citizenship*, in *Eur. Law J.*, 1, 2014, 66; R. BAETEN, *Cross-border patient mobility in the European Union: in search of benefits from the new legal framework*, in *Journal of Health Services Research & Policy*, 4, 2014, 195; C.M. RIEDER, *Cross-border Movement of Patients in the EU: A Re-Appraisal*, in *European Journal of Health Law*, 24, 2017, 1.

¹⁷ S. DE LA ROSA, *The directive on cross-border healthcare or the art of codifying complex case law*, in *Common Market Law Review*, 49, 2012, 15; G. DI FEDERICO, *La direttiva 2011/24/UE e l'accesso alle prestazioni mediche nell'Unione Europea*, cit., 693.

tato, i sistemi sanitari sono considerati un elemento centrale ai fini del raggiungimento degli elevati livelli di protezione dei diritti garantiti dagli Stati membri dell'Unione. A riguardo, inoltre, la competenza statale nell'organizzazione dei sistemi sanitari si estrinseca anche nella diversità di modelli e di approcci alla gestione dei servizi per la salute in ciascun ordinamento. I sistemi sanitari degli Stati membri differiscono, infatti, profondamente quanto a criteri individuali di accesso alle prestazioni mediche, condizioni di finanziamento o di rimborso delle spese sanitarie, modalità di garanzia dei trattamenti, ecc. In alcuni casi, inoltre, la struttura federale o regionale dello Stato può incidere anche sull'organizzazione interna dei servizi per la salute, tanto che questi si possono differenziare, soprattutto per le modalità organizzative, anche all'interno dei singoli Stati.

In questo articolato contesto, l'elemento che emerge tanto dalla saga giurisprudenziale di cui si è dato brevemente conto, quanto dal testo della direttiva concerne il dato per cui il diritto a fruire di cure all'estero a spese del sistema sanitario di affiliazione viene reso effettivo per mezzo di una serie di presidi di natura procedurale e organizzativa¹⁸.

In altre parole, la Corte, prima, e la direttiva, poi, non si limitano ad affermare l'esistenza del mero diritto a ottenere prestazioni sanitarie all'estero – che deriva direttamente dalle libertà sancite nei Trattati –, ma intendono assicurare che il relativo costo sia sostenuto (a fronte del soddisfacimento di specifiche condizioni) dal sistema sanitario di partenza e ne garantiscono il concreto funzionamento attraverso una serie di requisiti. Questi ultimi spaziano dalla definizione dei limiti e dei presupposti per autorizzare il paziente a recarsi all'estero per ottenere un trattamento garantito dal sistema sanitario di iscrizione, alla necessità di assicurare allo stesso un procedimento chiaro, trasparente e non discriminatorio. Nel novero dei diritti procedurali che la Corte di giustizia e

¹⁸ A questo riguardo, cfr. *inter multis*, L. BUSATTA, T.K. HERVEY, *Cross-border Healthcare and the 'Social Market Economy'*, in D. FERRI, F. CORTESE (a cura di), *The EU Social Market Economy and the Law: Theoretical Perspectives and Practical Challenges for the EU*, London, 2019, 197; L. BUSATTA, *La salute sostenibile*, cit., 224; G. BOGGERO, *op. cit.* Sui profili procedurali e amministrativistici, soprattutto di diritto interno, cfr. N. POSTERARO, *Assistenza sanitaria transfrontaliera in Italia e rimborso delle spese sostenute*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 2, 2016, 489.

la direttiva hanno riconosciuto ai pazienti che fruiscono di prestazioni sanitarie transfrontaliere è compreso anche il diritto a poter impugnare un eventuale diniego di autorizzazione nell'ambito di un ricorso giurisdizionale¹⁹.

A tale riguardo, è interessante osservare che, secondo la Corte di giustizia, affinché questo diritto sia effettivo, gli Stati membri devono fare in modo di garantire che i dinieghi di autorizzazione, emessi dalle amministrazioni sanitarie (o dalle istituzioni a tal fine preposte all'interno dei singoli sistemi sanitari) siano debitamente motivati e indichino le disposizioni e gli elementi di diritto su cui si fonda la decisione. Inoltre, le autorità giurisdizionali competenti sui ricorsi «devono potersi avvalere, se lo ritengono necessario per l'esercizio del controllo loro spettante, del parere di esperti indipendenti che presentino tutte le garanzie di obiettività ed imparzialità»²⁰.

Si può quindi evidenziare come l'eventuale mancanza di tali requisiti costituisca non solo una violazione dei profili sostanziali del diritto ad accedere alle prestazioni sanitarie transfrontaliere, ma configuri anche – in termini più ampi – una possibile violazione del principio di buona amministrazione²¹ e di quanto previsto dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea in punto di effettività dell'accesso alla giustizia.

¹⁹ Si tratta di quanto è stato rilevato dalla Corte stessa nella giurisprudenza citata. Per tutti, cfr. C. giust. UE, *Watts*, 16 maggio 2006, C-372/04, par. 116 ss., ove si richiamano anche i precedenti più significativi.

²⁰ Si vedano, ad esempio, C. giust. UE, sent. C-372/04, *Watts*, cit., par. 117; C. giust. UE C-56/01, *Inizan*, cit., par. 49.

²¹ A riguardo, bisogna precisare, in termini generali che il principio di buona amministrazione, sancito all'art. 41 CDFUE, inteso quale principio generale derivante dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, si applica a questi quando operano nell'ambito del diritto dell'Unione (come in questo caso). La questione, pur in ambito differente, è stata chiarita dalla Corte di giustizia nel caso, *H.N.*, 8 maggio 2014, C-604/12, ECLI:EU:C:2014:302, par. 49-50. Sul punto si veda, principalmente in materia di immigrazione, F. CAFAGGI (coord.), *Re-Jus CaseBook. Effective Justice in Asylum and Immigration*, 31 ottobre 2018, https://www.rejus.eu/sites/default/files/con_tent/materials/rejus_casebook_effective_justice_in_asylum_and_immigration.pdf (in particolare 62 ss.).

2.2. (segue): il livello nazionale

Una volta tratteggiato il quadro giurisprudenziale e normativo europeo di riferimento, è possibile prendere in esame il livello interno, anche alla luce delle diverse modalità di recepimento della direttiva che gli Stati membri hanno posto in essere.

I principi progressivamente elaborati dalla Corte di giustizia sono stati positivizzati nella direttiva 2011/24/UE attraverso la previsione di un sistema di previa autorizzazione²². Basato su una procedura amministrativa fondata su criteri obiettivi, non discriminatori e facilmente accessibili ai potenziali pazienti, lo schema autorizzatorio dovrebbe essere riservato, nelle legislazioni nazionali, alle prestazioni sanitarie maggiormente costose o rischiose. Essendo funzionale alla fruizione di prestazioni sanitarie in un altro Stato membro e al relativo rimborso dei costi, tale procedura deve concludersi con una decisione motivata, eventualmente impugnabile dall'interessato dinanzi ad un'autorità giurisdizionale (art. 9 della direttiva).

Nel nostro ordinamento, tale direttiva è stata recepita con d.lgs. n. 38/2014, il cui art. 10 indica la procedura amministrativa applicabile alle autorizzazioni preliminari alla fruizione di prestazioni sanitarie transfrontaliere o ad eventuali rimborsi. Per quanto qui di interesse, tale articolo prevede che di regola il procedimento debba chiudersi entro 30 giorni dalla richiesta presentata dal paziente, con un provvedimento di concessione (che indichi pure l'importo ammesso al rimborso) oppure con un diniego, entrambi motivati²³.

Oltre agli ordinari mezzi (amministrativi e giurisdizionali) di impugnazione, il decreto legislativo introduce anche un ulteriore canale attraverso il quale il paziente può chiedere il riesame all'amministrazione sanitaria di un eventuale diniego. In base a quanto previsto dall'art. 10,

²² Tale sistema dovrebbe rappresentare, comunque, un meccanismo residuale rispetto alla regola generale fondata sulla libera circolazione dei pazienti e disciplinata dall'art. 20 del Regolamento 883/2004, come espresso anche nella direttiva stessa (cfr. in particolare il *Considerando* n. 28).

²³ Sul punto si veda la ricostruzione in chiave critica del procedimento amministrativo per la previa autorizzazione e delle sue possibili implicazioni in N. POSTERARO, *op. cit.*

co. 9, del d.lgs. n. 38/2014, quindi, il paziente può proporre istanza al direttore generale dell'azienda sanitaria competente, che si esprime entro 15 giorni.

L'introduzione di tale tipologia di rimedio giustiziale, la possibilità di avversi degli ordinari mezzi di impugnazione amministrativa e il carattere comunque residuale di questo sistema di accesso alle cure oltre i confini statali rappresentano fattori che riducono significativamente il contenzioso giurisdizionale. In aggiunta, va anche segnalato il fatto che, in base al sistema introdotto dalla direttiva europea, la questione giuridica eventualmente oggetto di giudizio riguarda la possibilità di ottenere il rimborso per cure mediche di cui si è già beneficiato in un altro Stato membro dell'Unione europea, oppure l'illegittimità del diniego opposto dalla struttura sanitaria di iscrizione alla richiesta di autorizzazione a fruire di trattamenti sanitari transfrontalieri a spese del servizio sanitario di affiliazione. Le procedure introdotte dalla direttiva europea e recepite nel nostro ordinamento dal d.lgs. n. 38 del 2014 non mettono in discussione, quantomeno in astratto, la libertà di circolazione nello spazio dell'Unione per il cittadino UE, che può comunque accedere, a proprie spese, a trattamenti medici in altri Stati membri²⁴.

A riguardo, è utile evidenziare anche il fatto che, tra gli obiettivi della direttiva, fosse espressamente menzionata la necessità di portare maggiore chiarezza in tale specifico ambito del diritto dell'Unione, sia a causa dell'accresciuta rilevanza sociale del fenomeno della mobilità sanitaria transfrontaliera, sia per effetto della stratificazione di interpretazioni giurisprudenziali²⁵.

Trascorsi oltre cinque anni dal recepimento della direttiva nel nostro ordinamento, è quindi possibile sviluppare un primo bilancio circa il raggiungimento degli obiettivi tracciati dal testo normativo dell'Unione, tanto nel diritto interno quanto a livello europeo.

Dal punto di vista del contenzioso dinanzi alla Corte di giustizia UE, si possono considerare essenzialmente raggiunti gli obiettivi perseguiti dalla direttiva, dal momento che l'articolata saga giurisprudenziale, che aveva suggerito la necessità di un intervento normativo chiarificatore,

²⁴ Di conseguenza, la giurisdizione sugli eventuali provvedimenti di diniego spetta al giudice amministrativo, come argomenta anche N. POSTERARO, *op. cit.*, 519.

²⁵ Si veda, ad esempio il *Considerando* n. 8 della Direttiva *de qua*.

ha subito una indicativa battuta d'arresto. Recentemente è stata decisa una questione pregiudiziale relativa all'interpretazione di una norma della direttiva, concernente il mutuo riconoscimento di prescrizioni mediche²⁶, ma va sicuramente segnalato il fatto che dal 2014 non vi sono state altre pronunce significative relative all'interpretazione dei diritti connessi all'assistenza sanitaria transfrontaliera²⁷.

Diversamente, ciò che pare aprire prospettive più interessanti, anche in termini di effettività dell'accesso alla giustizia, risulta la dimensione nazionale.

A riguardo, e proprio nella prospettiva dell'interpretazione del diritto europeo e delle relative norme di recepimento a livello interno, suscita interesse una sentenza del Consiglio di Stato del 2018²⁸. Il caso concerneva il diniego di autorizzazione a fruire della procreazione medicalmente assistita all'estero e a ricevere *ex post* il rimborso delle spese sostenute.

Per quanto di maggiore interesse in questa sede, preme evidenziare come il collegio abbia, anzi tutto, colto l'occasione per pronunciarsi in modo definitivo circa la sussistenza della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sulle controversie attinenti ai dinieghi di autorizzazione adottati secondo quanto previsto dal d.lgs. n. 38/2014. Riprendendo in ampia parte le motivazioni del noto pronunciamento con

²⁶ C. giust. UE, *VIPA*, 18 settembre 2019, C-222/18, ECLI:EU:C:2019:751.

²⁷ Tale riduzione del contenzioso potrebbe essere dovuta all'introduzione, per mezzo della direttiva, dei diritti procedurali. Sul punto cfr. L. BUSATTA, T.K. HERVEY, *Cross-border Healthcare and the 'Social Market Economy'*, cit., 208. Va, peraltro, segnalato che è attualmente pendente dinanzi alla Corte di giustizia la decisione su una questione pregiudiziale proveniente dalla Lettonia e avente ad oggetto il rimborso per spese mediche sostenute da un cittadino lettone, testimone di Geova, in Polonia. Il caso presenta profili che rendono la futura decisione particolarmente interessante per l'intersezione tra fattore religioso e assistenza sanitaria. Il sistema sanitario lettone, diversamente da quello polacco, non poteva assicurare l'intervento chirurgico necessario per il paziente senza una trasfusione di sangue che, però, la persona, a motivo della propria fede religiosa, rifiutava. La Corte sarà chiamata a decidere se il diritto al rimborso di spese sanitarie sostenute all'estero si possa spingere anche a coprire casi come questo. *Veselibas ministrija*, C-243/19 conclusioni dell'Avvocato generale del 30 aprile 2020, ECLI:EU:C:2020:325.

²⁸ Cons. St., sez. III, sent. n. 5861/2018, pubblicata l'11 ottobre 2018.

cui i giudici amministrativi ritennero illegittimo il provvedimento con cui la Regione Lombardia negava la possibilità di accesso ad una struttura sanitaria regionale per ottenere l'interruzione dei trattamenti di sostegno vitale per Eluana Englaro²⁹, il Collegio ricorda che «la situazione del privato che 'dialoga' col potere e vi si contrappone assume la configurazione dell'interesse legittimo, tutelabile avanti al giudice amministrativo»³⁰. Ad essere caratterizzante in questo senso è l'esercizio, da parte dell'amministrazione, di un potere autoritativo all'esito di un procedimento iniziato su istanza di parte³¹.

La sentenza, inoltre, pone in evidenza alcuni importanti principi relativi all'onere motivazionale ricadente in capo all'amministrazione sanitaria che si pronuncia sulla richiesta di autorizzazione presentata dal paziente (par. 6.2). In particolare, ad avviso del giudice amministrativo, il sistema di autorizzazione preventiva previsto dalla direttiva e recepito dall'art. 8 del d.lgs. n. 38 del 2014 è eccezionale e derogatorio rispetto alla regola generale della libera circolazione del cittadino europeo. Di conseguenza, i dinieghi da parte dell'amministrazione sanitaria di iscrizione devono essere debitamente motivati; tale onere motivazionale, a mente dell'art. 8 stesso, comprende altresì l'indicazione della possibilità di avvalersi del trattamento richiesto nel circuito interno della sanità pubblica, anche se in altra Regione. In aggiunta, sottolinea il Consiglio di Stato, è necessario specificare anche se tale trattamento possa essere prestato «entro un termine giustificabile dal punto di vista clinico», indicando la relativa struttura e il tempo d'attesa³².

La pronuncia citata suscita interesse non solo poiché rappresenta uno dei più pregnanti arresti giurisprudenziali inerenti alla nuova disciplina, ma anche perché riprende – adattandolo al quadro normativo in-

²⁹ Cons. St., sez. III, sent. n. 4460/2014. Come si ricorderà, il distacco era stato autorizzato dalla Corte d'Appello di Milano (decreto 9.7.2008) nel giudizio di rinvio disposto dalla Corte di Cassazione (sent. 21748/2007).

³⁰ Cons. St., sent. n. 936/2018, par.5.2.vii.

³¹ La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sullo scrutinio di questo genere di provvedimenti, peraltro, era già stata confermata dal Consiglio di Stato nelle precedenti sentenze n. 1320 del 17 marzo 2014 e n. 19 del 17 gennaio 2014, concernenti il diniego di autorizzazione a fruire di cure all'estero (cfr. punto 5.3 della sentenza).

³² Si veda il par. 6 della sentenza.

terno – un principio sul quale era già intervenuta la stessa Corte di giustizia, pur pronunciandosi su un caso rispetto al quale il sistema introdotto dalla direttiva non trovava (ancora) applicazione³³.

2.3. *Spunti di diritto comparato*

L'esame degli strumenti adottati a livello interno per il recepimento di un atto normativo dell'Unione europea offre l'opportunità di verificare, tramite il metodo comparatistico, la tenuta delle soluzioni osservate rispetto a quelle similari elaborate in altri Stati membri. La peculiarità dell'oggetto di indagine consente, altresì, di verificare il grado di "resistenza" o di permeabilità al diritto euro-unitario di alcuni ordinamenti nazionali, accomunati – come nel caso che si vedrà ora – dalla medesima tradizione giuridica.

L'ordinamento europeo verso il quale la comparazione risulta, in questa disciplina, particolarmente efficace è quello spagnolo. Spagna e Italia, oltre ad essere accomunate dalla medesima tradizione giuridica e a condividere una forte caratterizzazione costituzionale verso i diritti sociali, presentano anche alcuni ulteriori fattori di analogia rilevanti per il *case study* che si sta qui affrontando. In particolare, si può rammentare come anche l'ordinamento iberico abbia scelto di organizzare la sanità per mezzo di un servizio di carattere pubblicistico, basato sul principio universalista e finanziato attraverso la fiscalità generale. Inoltre, il regionalismo differenziato che connota entrambi gli ordinamenti imprime alla gestione del sistema sanitario caratteristiche molto simili: in entrambi i Paesi, infatti, l'organizzazione e la gestione dei servizi sanitari spetta alle Regioni che – soprattutto in Spagna – hanno margini tal-

³³ C-268/13, *Petru*, 9 ottobre 2014. In commento alla sentenza cfr. M. FRISCHHUT, R. LEVAGGI, *Patient mobility in the context of austerity and an enlarged EU: the European Court of Justice's ruling in the Petru case*, in *Health Policy*, 119, 2015, 1293; M. CAPPELLETTI, *La mobilità sanitaria in Europa: tra casi giurisprudenziali e previsioni normative. Il recente caso Petru della Corte di giustizia*, in *BioLaw Journal*, 1, 2015, 175.

volta anche significativi per connotare in senso territoriale l'offerta di servizi e prestazioni mediche³⁴.

A fronte di questo terreno comune, l'elemento comparatistico su cui si desidera qui riflettere concerne il grado di recepimento dei principi di carattere generale che transitano attraverso il diritto alla mobilità transfrontaliera dei pazienti. Fra questi, appare interessante osservare quanto attiene al riconoscimento, anche in questo specifico ambito, di un diritto ad un rimedio giurisdizionale effettivo per i pazienti che ricevono assistenza sanitaria in un altro Stato membro.

A tal proposito, uno studio comparato tra Spagna e Danimarca si è proposto di indagare il grado di permeabilità giurisdizionale del diritto europeo da parte degli organi giudicanti dei due Paesi, con specifico riguardo all'assistenza sanitaria³⁵. Un profilo particolarmente interessante ai fini delle riflessioni che si stanno qui sviluppando concerne le modalità di recepimento degli strumenti che il diritto europeo prevede come funzionali alla realizzazione del diritto alla mobilità transfrontaliera dei pazienti nell'UE. Questi – come abbiamo visto – possono essere individuati nei c.d. diritti procedurali introdotti a presidio della mobilità sanitaria, che si concretizzano, da un lato, nel rigore del procedimento di valutazione delle prelieve autorizzazioni e dei relativi rimborsi e, dall'altro lato, nel diritto ad un rimedio effettivo in caso di diniego³⁶.

³⁴ Sul regionalismo della sanità in Spagna cfr. *inter multis*, S. GARCÍA-ARRESTO, M.B. ABADÍA-TAIRA, A. DURÁ, C. HERNÁNDEZ-QUEVEDO, E. BERNAL-DELGADO, *Spain: Health system review*, in *Health Systems in Transition*, 4, 2010, 1-295, xix-xx; J.M. PEMÁN GAVIN, *Asistencia sanitaria y Sistema Nacional de Salud*, Granada, 2005; J.J. RUIZ RUIZ, *El derecho a la salud en la actual crisis económica: los límites constitucionales a los recortes de prestaciones sanitarias y las exigencias de sostenibilidad del gasto social*, in S. GAMBINO (a cura di), *Diritti sociali e crisi economica. Problemi e prospettive*, Torino, 2015, 707; N.M. GARRIDO CUENCA, *La igualdad y cohesión del sistema nacional de salud. La protección de la salud en el modelo autonómico*, in AA. Vv., *Tratado de derecho sanitario*, Vol. I, Cizur Menor, 2013, 103 ss.

³⁵ D.S. MARTINSEN, J.A. MAYORAL DÍAZ ASENSIO, *A Judicialisation of Healthcare Policies in Denmark and Spain? The Universalist Healthcare Model meets the European Union*, in *Comparative European Politics*, 3, 2017, 414 ss.

³⁶ Sui diritti procedurali sia consentito rinviare ancora a L. BUSATTA, *La salute sostenibile*, cit., 224 ss. e letteratura ivi citata.

Mentre, come si è visto, il nostro ordinamento ha inserito una nuova tipologia di ricorso amministrativo, consistente nella possibilità di impugnare un eventuale diniego dinanzi al direttore generale dell'azienda sanitaria competente, per rendere maggiormente effettivi i diritti dei pazienti, la Spagna ha scelto una strada differente. Pur avendo recepito formalmente ciascuna parte della direttiva, il legislatore iberico si è limitato ad operare richiami e rinvii (peraltro di carattere generale e non alle singole norme) alla legge sul procedimento amministrativo³⁷. Ne segue che non solo non vengono introdotti nuovi rimedi giurisdizionali (o para-giurisdizionali) nell'ordinamento, ma che nemmeno la struttura del procedimento amministrativo viene adeguata alle peculiarità del diritto europeo³⁸.

Un esempio giurisprudenziale appare utile a suffragare queste riflessioni. In una sentenza del 2018, il Tribunal Superior de Justicia prende in esame la richiesta di rimborso di spese mediche sostenute all'estero da parte di una studentessa durante il periodo di Erasmus³⁹. Nonostante il caso riguardasse tangenzialmente la sanità transfrontaliera (la studentessa, infatti, aveva avuto bisogno di cure mentre si trovava all'estero, ma l'assistenza sanitaria non costituiva il motivo principale del suo viaggio), la decisione risulta interessante, proprio sotto il profilo della garanzia dell'*access to justice* in chiave europea: la Corte – pur confermando la legittimità del diniego di rimborso – si limita a segnalare il mancato rispetto delle norme sul procedimento amministrativo. La

³⁷ D.S. MARTINSEN, J.A. MAYORAL DÍAZ-ASENSIO, *op. cit.*, 428.

³⁸ L'atto normativo spagnolo di recepimento della direttiva sulla mobilità transfrontaliera dei pazienti è il Real Decreto n. 81/2014. Gli articoli 14 e 16 sono dedicati, rispettivamente, ai requisiti minimi del procedimento di rimborso e di previa autorizzazione e, salvo ripetere i profili sostanziali già previsti dalla direttiva, in riferimento agli aspetti di dettaglio del procedimento e agli strumenti di ricorso si limitano a rinviare alla legge generale sul procedimento amministrativo, legge n. 30 del 1992. In argomento v. M.T. REQUEJO, *Cross-border Healthcare in Spain and the Implementation of the Directive 2011/24/eu on the Application of Patient's Rights in Cross-border Healthcare*, in *European Journal of Health Law*, 1, 2014, 79; A. ROMANO, *Estudio comparado sobre la transposición de la Directiva en materia de asistencia sanitaria transfronteriza*, in *Derecho y Salud*, 26, 2016, 322.

³⁹ Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso, sent. n. 405/2018, ECLI: ES:TSJM:2018:6162.

struttura sanitaria avrebbe, infatti, dovuto informare la ricorrente della possibilità di applicare le norme sulla sanità transfrontaliera e sollecitarla, quindi, a formulare la propria istanza sulla base di tale normativa, soprattutto alla luce del fatto che la donna era ancora entro il termine di tre mesi previsto dalla legge per presentare siffatta richiesta⁴⁰.

Alla luce delle considerazioni sinora espresse e degli esempi prospettati, si può, anzi tutto, confermare il dato per cui la mobilità transfrontaliera dei pazienti rappresenta un *case study* molto efficace per l'indagine circa la reazione delle giurisdizioni interne ai principi di carattere generale derivanti dal diritto dell'Unione.

Il diritto a un ricorso effettivo, in questo caso, si qualifica quale presidio di carattere procedurale – e in questi termini funzionale – alla garanzia di effettività di un ambito molto specifico del diritto alla salute, nel quale le istituzioni dell'Unione possono esercitare le proprie competenze. Pur in assenza di un richiamo esplicito agli artt. 41 e 47 CDFUE, quanto preso in esame evidenzia in modo piuttosto efficace i margini a disposizione delle istituzioni euro-unitarie per garantire, nel campo della tutela del diritto alla salute, una piena attuazione del principio di effettività nell'accesso alla giustizia e le relative “reazioni” da parte delle giurisdizioni nazionali.

3. Rimedi effettivi e diritto alla salute degli stranieri: il nodo dell'accessibilità

Se l'angolo visuale offerto dalla sanità transfrontaliera pone in evidenza alcune peculiarità del rapporto tra effettività dei diritti nel diritto europeo ed accesso alla giustizia, un altro ambito specifico attinente alla tutela della salute consente di prendere in esame alcune criticità.

Nonostante, come abbiamo visto, sia riservata agli Stati membri la decisione sull'organizzazione interna della propria sanità, sulla garanzia delle prestazioni e sull'individuazione dei destinatari, la frequente intersezione della materia sanitaria con ambiti di competenza dell'Unione finisce per creare spesso interessanti commistioni. In questo quadro, la

⁴⁰ Cfr. Trib. Sup. de Justicia, sent. 405/2018, Cuarto Fundamento de Derecho.

garanzia del diritto alle cure per gli stranieri risente, in parte, del fenomeno di cui si è dato conto, poiché l'ambito delle migrazioni è progressivamente interessato dall'intervento delle istituzioni europee⁴¹.

Tralasciando una puntuale ricostruzione delle numerose sfaccettature che l'intersezione tra *access to justice* e condizione giuridica dello straniero possono offrire⁴², ciò che maggiormente interessa in questa sede concerne, ancora una volta, la strumentalità della garanzia di un ricorso effettivo per la realizzazione di un diritto costituzionale. Talvolta, infatti, è solamente attraverso il rimedio giurisdizionale che situazioni di particolare fragilità (quale quella in cui versa uno straniero bisognoso di assistenza sanitaria) possono ottenere la dovuta considerazione. Altre volte, come ora si vedrà, la categorizzazione che le norme di diritto europeo hanno necessariamente impresso al fenomeno migratorio per dare ad esso un ordine, può avere il risultato di creare alcune (o apparenti) lacune nella tutela dei diritti, soprattutto nel caso in cui le scelte del legislatore nazionale si dimostrino troppo rigide.

Alcuni esempi possono aiutare a meglio focalizzare le diverse traiettorie cui si sta facendo cenno.

L'intersezione tra diritto alla salute ed effettività giurisdizionale, nel diritto euro-unitario, è agevolmente dimostrata da due casi decisi nella medesima data dalla Corte di giustizia.

Con la sentenza *M'Bodj*, resa nel dicembre 2014, i giudici di Lussemburgo hanno stabilito che non rientra tra i requisiti per il riconoscimento della protezione sussidiaria (come definiti dall'art. 15 della c.d. Direttiva Qualifiche)⁴³ il rischio di deterioramento dello stato di salute di un cittadino di un Paese terzo, a meno che ciò non derivi da una privazione di

⁴¹ In argomento v. D. STRAZZARI, *Access to Justice e stranieri: l'effettività della tutela nella prospettiva pluri-ordinamentale*, in *Diritto costituzionale*, 3, 2018, 157 ss., ID., *Immigrazione e diritto a un ricorso effettivo: le variabili declinazioni ad opera della Corte di Giustizia*, presente in questo volume.

⁴² Su cui cfr. D. STRAZZARI, *op. cit.*

⁴³ Ci si riferisce alla Direttiva 2004/83/CE del Consiglio del 29 aprile 2004, recante norme minime sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta, in seguito rifiuta nella Direttiva 2011/95/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2011.

assistenza sanitaria inflittagli intenzionalmente⁴⁴. Ne segue che uno Stato membro non è tenuto al riconoscimento della protezione sussidiaria e della correlata assistenza sanitaria allo straniero, «qualora non esista alcuna terapia adeguata nel paese d'origine» (par. 47).

Tuttavia, in pari data, la Corte pubblicava una decisione su tematiche analoghe, nella quale la fragile situazione clinica del ricorrente viene combinata con il diritto ad un ricorso effettivo *ex art. 47 CDFUE*. Nel caso *Abdida*⁴⁵, i giudici di Lussemburgo fornivano alla c.d. Direttiva Rimpatri un'interpretazione decisamente garantista, affermando che gli Stati membri devono assicurare

un ricorso con effetto sospensivo contro una decisione di rimpatrio la cui esecuzione può esporre il cittadino interessato di paese terzo a un rischio serio di deterioramento grave e irreversibile delle sue condizioni di salute⁴⁶.

Ne consegue che lo Stato membro è tenuto a prendere in carico, nelle more della decisione giurisdizionale, le necessità primarie dello straniero gravemente malato (par. 59), pur non essendo in principio tenuto (in base a quanto deciso nel caso *M'Bodj*) a riconoscergli, poi, la protezione sussidiaria. Ciò non esclude, comunque, che allo straniero possa essere garantita, in base alle norme di diritto interno, la possibilità di rimanere nel territorio dello Stato ospitante per fruire di cure mediche, con un titolo di soggiorno differente.

Ancora, più recentemente, in un caso deciso nel 2017 e avente ad oggetto la richiesta di una cittadina di paese terzo richiedente protezione internazionale di non essere trasferita dalla Slovenia alla Croazia a motivo della gravità del proprio stato di salute e delle carenze sistemiche della procedura di asilo e delle condizioni accoglienza nello Stato membro competente a decidere la domanda⁴⁷, la Corte di giustizia ha

⁴⁴ C. giust. UE, *M'Bodj*, 18 dicembre 2014, C-542/13, ECLI:EU:C:2014:2452, par. 31.

⁴⁵ C. giust. UE, *Abdida*, 18 dicembre 2014, C-562/13, ECLI:EU:C:2014:2453.

⁴⁶ *Abdida*, C-562/13, par. 53.

⁴⁷ C. giust. UE, sent. *PPU - C. K. e a.*, 16 febbraio 2017, C-578/16, ECLI:EU:C:2017:127. Il caso riguardava una cittadina siriana e un cittadino egiziano che, dopo aver trascorso un breve periodo di Croazia, erano stati ammessi in un centro per richiedenti

avuto modo di indicare le valutazioni che le autorità interessate devono compiere di fronte a tali istanze. In particolare, secondo i giudici, qualora, nell'ambito del ricorso effettivo garantito dal diritto europeo⁴⁸, un richiedente asilo produca

elementi oggettivi [...] idonei a dimostrare la gravità particolare del suo stato di salute e le conseguenze significative e irrimediabili che potrebbe comportare un trasferimento nei suoi confronti, le autorità dello Stato membro interessato, ivi compresi gli organi giurisdizionali, non potranno ignorare tali elementi⁴⁹.

In questi casi, infatti, le circostanze oggettive che il richiedente asilo porta all'attenzione delle autorità (anche giurisdizionali) statali devono essere valutate adeguatamente, soprattutto con riguardo alle eventuali conseguenze del trasferimento. L'esecuzione della decisione potrebbe, infatti, determinare un trattamento inumano e degradante nei confronti dello straniero (*ex art. 4 CDFUE*); si infrangerebbe così un divieto al quale la Corte stessa attribuisce «carattere assoluto in quanto è strettamente connesso al rispetto della dignità umana, di cui all'articolo 1 della Carta»⁵⁰. Il punto di maggiore interesse ai fini della presente trattazione riguarda, ancora una volta, la relazione tra la garanzia del diritto

asilo della Slovenia ed avevano entrambi presentato in quest'ultimo Stato membro una domanda di asilo, rifiutata dalle autorità slovene in applicazione del Regolamento c.d. Dublino III. La donna, incinta al momento dell'ingresso in Slovenia, aveva portato a termine la gravidanza e partorito; la procedura per il trasferimento veniva quindi seguita solo dopo la nascita del minore. A seguito delle condizioni della gravidanza e di alcune complicazioni psichiatriche seguite alla nascita del figlio, tuttavia, la signora lamentava che le strutture di accoglienza croate non avrebbero potuto garantire un livello adeguato di assistenza a lei e al neonato. Veniva quindi impugnata la decisione delle autorità slovene sul trasferimento e l'autorità giurisdizionale investita della decisione sottoponeva una questione pregiudiziale alla Corte di giustizia.

⁴⁸ Si tratta dell'articolo 27 del Regolamento (UE) n. 604/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo o da un apolide (GU 2013, L 180, p. 31), c.d. Regolamento Dublino III.

⁴⁹ C-578/16, cit., par. 75.

⁵⁰ C-578/16, cit., par. 59.

alla salute dello straniero e l'effettività rimediale. Il diritto al ricorso effettivo racchiude in sé anche la garanzia che le autorità giurisdizionali adite prendano in adeguata considerazione gli elementi oggettivi portati in giudizio dal ricorrente e, qualora ritengano che essi non soddisfino i requisiti previsti dal diritto europeo, deve adottare le precauzioni necessarie affinché il trasferimento del richiedente asilo nello Stato membro competente a decidere la sua domanda sia effettuato in condizioni tali da tutelare la salute della persona⁵¹.

Quanto affermato nei casi qui menzionati rappresenta il precipitato, da un lato, della necessità di definire in termini chiari e inequivocabili quali siano i requisiti per soddisfare le condizioni per la protezione internazionale come prevista dal diritto euro-unitario e, dall'altro, dell'esigenza di garantire, anche in un campo del diritto in continua evoluzione come quello dell'immigrazione, l'applicazione effettiva dei diritti della Carta⁵².

A fronte di tale contesto, ci si può, quindi, chiedere quali possano essere le reazioni della giurisdizione interna e come essa possa efficacemente utilizzare i principi espressi dalla Corte di Lussemburgo.

Nel Regno Unito, ad esempio, una legislazione piuttosto rigida in materia di garanzia delle prestazioni sanitarie agli stranieri e la necessi-

⁵¹ C-578/16, cit., par. 96: «[...] spetta alle autorità dello Stato membro che deve procedere al trasferimento e, eventualmente, ai suoi giudici, eliminare qualsivoglia dubbio serio relativo all'impatto del trasferimento sullo stato di salute dell'interessato adottando le precauzioni necessarie affinché il suo trasferimento si svolga in condizioni che consentano di tutelare in modo adeguato e sufficiente lo stato di salute di tale persona. Nell'ipotesi in cui, tenuto conto della particolare gravità del disturbo del richiedente asilo interessato, l'adozione di dette precauzioni non sia sufficiente a garantire che il suo trasferimento non comporti il rischio reale di un aggravamento significativo e irrimediabile del suo stato di salute, spetta alle autorità dello Stato membro interessato sospendere l'esecuzione del trasferimento dell'interessato, e questo finché il suo stato gli renda possibile un trasferimento siffatto [...]». Eventualmente, prosegue la Corte, nel caso in cui la sospensione possa aggravare lo stato di salute della persona, lo Stato membro potrebbe esaminare la domanda d'asilo, applicando la clausola discrezionale di cui all'art. 17 del Regolamento Dublino III.

⁵² Per alcune riflessioni in argomento cfr. C. GULLOTTA, *Il diritto alla salute dei migranti nel pacchetto di proposte della Commissione sulla riforma del "diritto di asilo europeo" e nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 4, 2017, 729.

tà di garantire la soglia di protezione dei diritti della Cedu, secondo l'interpretazione ad essi data dalla Corte di Strasburgo, possono dar vita a soluzioni che, pur non soddisfacendo dal punto di vista sostanziale le richieste del ricorrente (ad esempio, in termini di riconoscimento di un valido titolo di soggiorno, oppure della protezione internazionale), riescono comunque ad assicurare il rispetto dei diritti procedurali dello straniero.

Un recente caso deciso dalla High Court rappresenta, in questo senso, un efficace esempio di tale commistione e della verifica giurisdizionale del rispetto dei diritti procedurali da parte delle autorità statali⁵³. La ricorrente, cittadina nigeriana gravemente malata di cancro, chiedeva che le fosse riconosciuta l'esenzione dal pagamento delle cure che stava ricevendo all'interno del servizio sanitario inglese (NHS). Contestualmente era pendente, dinanzi ad altra autorità giurisdizionale, il ricorso avverso il diniego che le autorità statali avevano opposto alla richiesta della donna di poter rimanere nel Regno Unito per «compassionate and compelling circumstances»⁵⁴. Con riguardo all'oggetto del giudizio, ossia l'esenzione dalle spese mediche, bisogna osservare che la possibilità di assicurare la gratuità delle cure, nel diritto migratorio inglese, è subordinata al verificarsi di specifiche condizioni, fra le quali si annovera anche lo *status* giuridico dello straniero a cui sia riconosciuta la protezione internazionale o che abbia presentato la relativa richiesta⁵⁵. La ricorrente, tuttavia, non aveva presentato siffatta domanda, ma

⁵³ High Court, *ERA, R (On the Application Of) v Basildon And Thurrock Hospitals NHS Foundation Trust & Anor* [2019] EWHC 1249 (Admin), 16 maggio 2019.

⁵⁴ In particolare, come si evince dal paragrafo 15 della sentenza citata, la donna aveva impugnato il diniego invocando l'art. 3 Cedu e le sue condizioni cliniche. La difesa della donna sosteneva, infatti, che il trasferimento in Nigeria avrebbe comportato, per il Regno Unito, la violazione delle obbligazioni derivanti dagli artt. 3 e 8 Cedu e, di conseguenza, la violazione anche dell'art. 6 dello Human Rights Act.

⁵⁵ La fonte di riferimento, in questo caso, è il *The National Health Service (Charges to Overseas Visitors) Regulations 2015*, il cui articolo 15, rubricato "Refugees, asylum seekers, supported individuals and looked after children", prevede la gratuità dell'accesso alle cure per gli stranieri titolari di protezione internazionale o che abbiano presentato la relativa chiesta. Nel caso di specie, la ricorrente era in attesa della pronuncia giurisdizionale sull'impugnazione del diniego di riconoscimento di protezione internazionale.

aveva chiesto che le fosse riconosciuto, per le sue gravi condizioni di salute, il titolo a restare nel Regno Unito, in quanto un suo eventuale rimpatrio avrebbe potuto essere configurabile come sottoposizione a trattamenti inumani e degradanti, in base alla soglia di gravità stabilita individuata dalla Corte di Strasburgo nell'interpretazione dell'art. 3 Cedu⁵⁶.

La Corte rigetta il ricorso, poiché la donna non può essere considerata una richiedente asilo in base alle norme di diritto dell'immigrazione inglese, dal momento che l'istanza della stessa esula dalla protezione internazionale (anche in base ai principi affermati dalla Corte di giustizia UE nel caso *M'Bodj*, su cui *supra*) e può, invece, essere considerata come richiesta di soggiorno di carattere umanitario. Ne segue che alla donna non può essere riconosciuta l'esenzione dal pagamento delle spese mediche.

La pronuncia citata è, comunque, interessante per le riflessioni in essa sviluppate, che richiamano indirettamente alcune considerazioni sull'accesso alla giustizia e sull'effettività dei rimedi. La High Court rileva che la qualificazione della condizione giuridica della straniera sarà oggetto della decisione da parte dell'autorità giurisdizionale competente. A riguardo, viene osservato come, proprio a motivo della rigidità del diritto dell'immigrazione inglese, per uno straniero nelle condizioni della ricorrente, che presenti una richiesta di permesso di soggiorno per motivi di carattere medico, sia difficile individuare il modulo corretto per inoltrare la propria domanda⁵⁷. Tant'è che, nel caso di specie, ci si trovava – appunto – in attesa del provvedimento del giudice sull'impugnazione del relativo diniego. Secondo la Corte, comunque, nella valutazione giurisdizionale di tali domande, è opportuno guardare alla so-

⁵⁶ Circa le questioni relative al diritto alla salute dello straniero e al fatto che la scarsa assistenza sanitaria fornita nel Paese di provenienza non possa costituire per sé un elemento sufficiente a garantire il diritto alla permanenza dello straniero sul territorio di uno Stato europeo cfr. L. BUSATTA, *La salute sostenibile*, cit., 69 ss.; A. GUAZZAROTTI, *I diritti sociali nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1, 2013, 20.

⁵⁷ Nelle parole della High Court: «The forms are not particularly flexible and it is not always obvious which one to use, even for a represented party» (par. 12).

stanza, non limitarsi alla forma della domanda⁵⁸. In questa pronuncia, la combinazione tra diritto alla salute e accesso alla giustizia per gli stranieri dimostra l'esistenza, come si è anticipato, di possibili lacune nella tutela dei diritti. Infatti, sebbene alla ricorrente fossero state garantite le prestazioni sanitarie di cui necessitava e nonostante ella avesse comunque avuto la possibilità di rivolgersi all'autorità giurisdizionale (peraltro formulando due distinte istanze dinanzi a diversi organi giudicanti), il quadro che traspare dalla lettura della sentenza evidenzia come, anzi tutto, il diritto alla salute si componga di diverse dimensioni. Queste comprendono certamente la garanzia delle prestazioni sanitarie, ma anche l'esenzione dal pagamento del relativo costo (aspetto non irrilevante, se si pensa che il pagamento delle cure può rappresentare una significativa barriera nell'accesso alla sanità, soprattutto per le categorie più fragili di stranieri, con i conseguenti rischi per la salute collettiva che ne possono derivare). In secondo luogo, poi, parte essenziale del diritto alla salute risulta essere anche la possibilità di adire un organo giurisdizionale per poter impugnare eventuali provvedimenti dell'amministrazione sanitaria limitativi del diritto a ottenere i trattamenti necessari. Elemento essenziale di questa specifica declinazione del diritto alla salute è rappresentato anche dalla garanzia di ottenere una decisione giurisdizionale in tempi compatibili con la propria situazione clinica.

Venendo, poi, al nostro ordinamento, l'adozione del decreto sicurezza del 2018 e la *vexata quaestio* del divieto di iscrizione anagrafica dei richiedenti asilo ha creato, come noto, non pochi problemi interpretativi proprio in relazione all'effettività dell'accesso alla sanità per questa particolare tipologia di stranieri⁵⁹.

⁵⁸ Testualmente: «to determine whether an overseas visitor is a person who has made an application falling within regulation 15(b), it is necessary to consider the nature of any application made as a matter of substance not form. The nature and grounds of the application must be considered, not the labels attached to them» High Court, *ERA*, cit., par. 35.

⁵⁹ Decreto-legge 4 ottobre 2018, n. 113, convertito con modificazioni dalla L. 1° dicembre 2018, n. 132, articolo 13. Su cui cfr. S. CURRERI, *Prime considerazioni sui profili d'incostituzionalità del decreto-legge n. 113/2018 (c.d. "decreto sicurezza")*, in *federalismi.it*, 22, 2018.; A. MORELLI, *La "ribellione" dei Sindaci contro il "Decreto*

Nonostante la novella legislativa non abbia – formalmente – intaccato il diritto dei richiedenti asilo ad essere iscritti al sistema sanitario (ex art. 34 del d.lgs. 286/1998, Testo unico dell'immigrazione) e ad essere, quindi, titolari delle prestazioni garantite dalla sanità italiana al pari dei cittadini, il requisito dell'iscrizione anagrafica pare(va) essere determinante, per consentire all'azienda sanitaria territorialmente competente di inserire il richiedente asilo tra i propri assistiti.

Quid iuris, dunque, di fronte a tale situazione? Quali rimedi giurisdizionali sono a disposizione del richiedente asilo? Le impugnazioni dei dinieghi di iscrizione anagrafica non si sono fatte attendere molto, dopo l'entrata in vigore della riforma del 2018⁶⁰. In particolare, ciò che desta interesse è la reazione giurisdizionale a tale norma, nel rapporto tra effettività dei rimedi e garanzia del diritto alla salute.

Le soluzioni prospettate dai diversi giudici chiamati a pronunciarsi sia sul diniego di iscrizione anagrafica opposto da alcuni Comuni sia sul (correlato) rifiuto di iscrizione al servizio sanitario da parte di alcune aziende sanitarie⁶¹, in assenza di certificato di residenza, suggeriscono alcune riflessioni proprio in tema di effettività dei rimedi giurisdizionali. Fra tali pronunce si può segnalare, ad esempio, il provvedimento con cui il Tribunale di Bologna ha ordinato al Comune di Reggio Emilia di procedere all'iscrizione anagrafica del ricorrente. L'ordinanza è resa in un procedimento cautelare e, ai fini delle riflessioni che si stanno sviluppando in questa sede, è interessante osservare come sia proprio tale strumento quello che consente di assicurare maggiore effettività ai diritti dello straniero. Infatti, proprio a motivo dell'irreparabilità e della gravità del pregiudizio che derivano dall'impossibilità di

sicurezza": la tortuosa via per la Corte costituzionale, in *Consulta online*, 7 gennaio 2019.

⁶⁰ Fra le principali pronunce, si vedano Trib. Firenze, ord. 18 marzo 2019 e ord. 7 dicembre 2020; Trib. Bologna, ord. 2 maggio 2019, ord. 23 settembre 2019, ord. febbraio 2020; Trib. Genova, ord. 22 maggio 2019; Trib. Prato, ord. 28 maggio 2019; Trib. Lecce, ord. 4 luglio 2019 e ord. 6 dicembre 2010; Trib. Napoli, ord. 10 luglio 2019; Trib. Ferrara, ord. 24 settembre 2019; Trib. Catania, ord. 1° novembre 2019; Trib. Roma, ord. 25 novembre 2019; Trib. Bergamo, ord. 14 gennaio 2020; Trib. Palermo, decreto 23 gennaio 2020; Trib. Bari, ord. 28 febbraio 2020. Tutte le pronunce citate sono reperibili sul sito www.asgi.it.

⁶¹ Vedasi, in particolare, Trib. Napoli, ord. 10 luglio 2019.

esercitare una serie di diritti e facoltà previsti dall'ordinamento, la tutela cautelare si dimostra efficace al raggiungimento dell'obiettivo richiesto dal ricorrente.

Con specifico riguardo alla garanzia effettiva del diritto alla salute, va segnalata l'ordinanza del Tribunale di Napoli del 10 luglio 2019, con cui è stata ordinata l'iscrizione al Servizio sanitario di un richiedente asilo, anche in assenza di iscrizione anagrafica. Nell'ambito di un procedimento *ex art. 702 bis c.p.c.*, il giudice ha affermato che il permesso di soggiorno per richiesta d'asilo costituisce il titolo comprovante la condizione giuridica soggettiva che, in base all'art. 34 del Testo Unico dell'immigrazione (d.lgs. n. 286 del 1998), consente l'iscrizione dello straniero al servizio sanitario nazionale. Il diritto alla salute dello straniero regolarmente presente sul territorio dello Stato prescinde, in altre parole, dalla sua iscrizione anagrafica e l'azienda sanitaria territorialmente competente sarà individuata attraverso le generalità indicate nel permesso di soggiorno.

Con la sentenza n. 186 del 2020, pubblicata il 31 luglio, la Corte costituzionale si è, infine, pronunciata sulle questioni di legittimità costituzionale del divieto di iscrizione anagrafica sollevate da alcuni tribunali⁶². Il giudice delle leggi ha dichiarato l'illegittimità delle disposizioni impugnate per la loro manifesta irragionevolezza, che si declina, da un lato, nell'incoerenza tra quanto previsto dal legislatore e la finalità dichiarata, di aumentare il livello di sicurezza pubblica e, dall'altro lato, nell'ingiustificata differenziazione tra categorie di stranieri, in base al titolo di permanenza⁶³. Il passaggio che, però, merita maggiore attenzione in relazione alle considerazioni che si stanno qui sviluppando riguarda la violazione della pari dignità sociale. Secondo la Corte, infatti, la «condizione di “minorazione” sociale senza idonea giustificazione» in cui vengono a trovarsi i richiedenti asilo che non possono essere

⁶² Trib. Ancona, ord. 29 luglio 2019; Trib. Milano, ord. 1 agosto 2019; Trib. Salerno, ord. 9 agosto 2019. I parametri di costituzionalità invocati comprendono gli artt. 2, 3, 10, 16, 77, 117, comma primo, (in relazione all'art. 14 Cedu e agli artt. 12 e 26 del Patto internazionale dei diritti civili e politici). In aggiunta a dette ordinanze di rinvio, risulta ancora pendente davanti alla Corte un rinvio da parte del Trib. Ferrara, ord. 24 settembre 2019, iscritta al registro degli atti di promovimento n. 40 del 2020.

⁶³ C. cost., sent. n. 186 del 2020, punto 4 del considerato in diritto.

iscritti all'anagrafe della popolazione residente si traduce in un più difficile accesso ai servizi. Sebbene, da questo punto di vista, il c.d. Decreto Sicurezza non abbia intaccato espressamente le condizioni di accessibilità ai servizi essenziali (come, ad esempio, quello sanitario)⁶⁴, la mera necessità di richiedere l'accesso in base al domicilio e non alla residenza ne rende, inevitabilmente, più complesso l'iter per il riconoscimento, «non fosse altro che per gli ostacoli di ordine pratico e burocratico connessi alle modalità di richiesta dell'erogazione»⁶⁵.

Anche in punto di effettività della tutela rimediabile, inoltre, alcune considerazioni possono essere mosse circa il fatto che, per vedersi riconosciuto il diritto all'assistenza sanitaria secondo quanto previsto dalla legge, è stato necessario che il richiedente asilo, nel caso deciso dal Tribunale di Napoli, stimolasse il diniego da parte dell'amministrazione sanitaria, al fine di poterlo impugnare in via giurisdizionale. La tutela cautelare, in questi casi, si è dimostrata l'unica via utile per fornire l'adeguata risposta all'istanza del ricorrente. Simili sono stati, poi, i percorsi che hanno gradatamente portato alle ordinanze di rimessione e alla pronuncia della Corte costituzionale.

È proprio questo elemento ad essere costellato di criticità, dal momento che si impone allo straniero un onere eccessivo rispetto alle tutele che, per legge, gli spettano e che non hanno subito modificazioni per effetto della novella legislativa. Il punto problematico, come evidenziato anche dalla Corte costituzionale, riguarda l'incertezza venutasi a creare per effetto di una riforma normativa che, a distanza di pochi mesi dalla sua approvazione, ha già incontrato una prima censura da parte del giudice delle leggi. Tal genere di interventi legislativi e le conseguenze che essi provocano determinano, inevitabilmente, dispendio di energie, di tempo e di risorse, anche pubbliche, nonché una oggettiva compressione dei diritti dei più deboli che, sia per la fragilità delle situazioni che vivono, sia per la carenza di mezzi, più difficilmente rie-

⁶⁴ L'articolo 34 del d.lgs. 286/1998, relativo al diritto-dovere dello straniero con permesso di soggiorno per richiesta di asilo ad iscriversi al Sistema sanitario nazionale, non risulta infatti intaccato dalla novella legislativa.

⁶⁵ C. cost., sent. n. 186 del 2020, punto 4.2. del considerato in diritto.

scono ad avere accesso ai rimedi che l'ordinamento mette loro a disposizione⁶⁶.

4. Conclusioni: la via procedurale all'effettività e le insidie di un diritto non sempre accessibile

Le considerazioni qui sviluppate e la rapida carrellata di pronunciamenti presi in esame consentono, ora, di tracciare alcune linee conclusive sul rapporto tra effettività dei rimedi giurisdizionali e diritto alla salute. Calare i principi del diritto europeo nella dimensione interna, e in modo particolare, nella quotidianità delle sentenze (anche di merito) permette di evidenziare quanto sia importante mantenere fisso il richiamo all'ampio spettro di tali diritti. In altre parole, mantenere i diritti enunciati nella Carta europea e appartenenti alle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, quale bussola del ragionamento del giudice, pur nei limiti di applicazione della Carta europea, consente di orientare la costruzione della giurisprudenza ad un livello di omogeneità condiviso tra i Paesi europei, pur nella diversità degli approcci nazionali al recepimento del diritto euro-unitario.

In secondo luogo, quanto preso in esame dimostra, ancora una volta che la giuridicizzazione del diritto europeo costituisce in larga parte il prodotto degli interventi della Corte di giustizia⁶⁷. Quest'ultima, a sua volta, nella sua funzione nomofilattica⁶⁸, è continuamente stimolata dai giudici nazionali, la cui sensibilità verso le questioni che investono il diritto dell'Unione europea ne rappresenta il primo e più concreto fattore di crescita. In questo circolo virtuoso, il precipitato degli approdi della giurisprudenza di Lussemburgo si riverbera, da un lato, sull'obiet-

⁶⁶ Per alcuni (pur ormai non recentissimi) rilievi critici circa i vuoti di effettività nella tutela giurisdizionale dello straniero, cfr. A. PUGIOTTO, "Purché se ne vada-no". La tutela giurisdizionale (assente o carente) nei meccanismi di allontanamento dello straniero, in *Diritto e Società*, 3-4, 2009, 482.

⁶⁷ Sul punto v. K. VEITCH, *Juridification, medicalisation, and the impact of EU law: patient mobility and the allocation of scarce NHS resources*, in *Medical Law Review*, 3, 2012, 362 ss.

⁶⁸ D. STRAZZARI, *op. cit.*, 183.

tivo generale di armonizzazione dei diritti nazionali che resta al centro degli interventi delle istituzioni europee e, dall'altro lato, ancora una volta, sulla funzione giurisdizionale interna. Ad essa, in particolare, si richiede il complesso compito di attuare, nella concretezza della quotidianità, i principi generali del diritto sovranazionale, nella loro veste di «decentralised enforcers of EU law»⁶⁹.

Da questo angolo visuale, il dialogo giurisdizionale e istituzionale sui profili di effettività della mobilità transfrontaliera dei pazienti, pur riguardando un ambito molto ristretto del più ampio settore della sanità, si dimostra molto efficace ad evidenziare quanto l'*access to justice* sia *funzionale* all'accessibilità ai servizi sanitari. Tale tematica, inoltre, pone al centro proprio l'effettività della tutela rimediale poiché la positivizzazione del diritto europeo ha tratto impulso, come si è visto, da un denso filone giurisdizionale nel quale il profilo rimediale rivestiva un ruolo non trascurabile.

L'effettività della tutela rimediale per gli stranieri, quando posta in relazione con il diritto alla salute, pone, inoltre, in risalto la necessità di presidiare opportunamente situazioni individuali caratterizzate da molteplici fattori di vulnerabilità. Accanto alla situazione clinica, infatti, si pongono le problematiche questioni collegate con la difficoltà nel garantire l'accessibilità ai servizi ai non cittadini e le criticità insite nell'individuazione del più efficace strumento rimediale o giurisdizionale per ottenere la tutela in concreto di un diritto fondamentale. Ed anche in questo caso, è da sottolinearsi la funzionalità della tutela giurisdizionale effettiva rispetto alla garanzia del diritto alla salute, che può essere assicurato in concreto solo grazie all'attivazione di un canale di impugnazione che possa fornire risposta in tempi adeguati.

È possibile concludere questa disamina rilevando come, sebbene nella giurisprudenza interna presa in esame i richiami espliciti all'art. 47 CDFUE non siano frequenti, i principi dell'accesso effettivo alla giustizia e della concretezza dei rimedi attivabili permeino in maniera talvolta determinante il diritto interno e contribuiscano a saldare

⁶⁹ D.S. MARTINSEN, J.A. MAYORAL DÍAZ ASENSIO, *op. cit.*, 418; R.D. KELEMEN, *Judicialisation, democracy and European integration*, in *Representation*, 3, 2013, 295.

quel dialogo virtuoso tra giurisdizioni che contribuisce all'accrescimento del diritto europeo e, per mezzo di esso, dei diritti nazionali⁷⁰.

⁷⁰ Sugli effetti che il “dialogo” tra Corti produce sulla tutela effettiva dei diritti (anche) sociali, *inter multis* cfr. A. RUGGERI, *Per uno studio sui diritti sociali e sulla Costituzione come “sistema” (notazioni di metodo)*, in *Consulta Online*, 2, 2015, 538-553; A. RUGGERI, *Crisi dello Stato nazionale, dialogo intergiurisprudenziale, tutela dei diritti fondamentali: notazioni introduttive*, in *Consulta Online*, 24.11.2014.

COLLANA
‘QUADERNI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA’

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

1. *L'applicazione delle regole di concorrenza in Italia e nell'Unione europea. Atti del IV Convegno Antitrust tenutosi presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento* - (a cura di) GIAN ANTONIO BENACCHIO, MICHELE CARPAGNANO (2014)

2. *Dallo status di cittadino ai diritti di cittadinanza* - (a cura di) FULVIO CORTESE, GIANNI SANTUCCI, ANNA SIMONATI (2014)

3. *Il riconoscimento dei diritti storici negli ordinamenti costituzionali* - (a cura di) MATTEO COSULICH, GIANCARLO ROLLA (2014)

4. *Il diritto del lavoro tra decentramento e ricentralizzazione. Il modello trentino nello spazio giuridico europeo* - (a cura di) ALBERTO MATTEI (2014)

5. *European Criminal Justice in the Post-Lisbon Area of Freedom, Security and Justice* - JOHN A.E. VERVAELE, with a prologue by Gabriele Fornasari and Daria Sartori (Eds.) (2014)

6. *I beni comuni digitali. Valorizzazione delle informazioni pubbliche in Trentino* - (a cura di) ANDREA PRADI, ANDREA ROSSATO (2014)

7. *Diplomatici in azione. Aspetti giuridici e politici della prassi diplomatica nel mondo contemporaneo* - (a cura di) STEFANO BALDI, GIUSEPPE NESI (2015)

8. *Il coordinamento dei meccanismi di stabilità finanziaria nelle Regioni a Statuto speciale* - (a cura di) ROBERTO TONIATTI, FLAVIO GUELLA (2014)

9. *Reti di libertà. Wireless Community Networks: un'analisi interdisciplinare* - (a cura di) ROBERTO CASO, FEDERICA GIOVANELLA (2015)

10. *Studies on Argumentation and Legal Philosophy. Further Steps Towards a Pluralistic Approach* - (Ed. by) MAURIZIO MANZIN, FEDERICO PUPPO, SERENA TOMASI (2015)

11. *L'eccezione nel diritto. Atti della giornata di studio (Trento, 31 ottobre 2013)* - (a cura di) SERGIO BONINI, LUCIA BUSATTA, ILARIA MARCHI (2015)

12. José Luis Guzmán D'Albora, *Elementi di filosofia giuridico-penale* - (a cura di) GABRIELE FORNASARI, ALESSANDRA MACILLO (2015)

13. *Verso nuovi rimedi amministrativi? Modelli giustiziali a confronto* - (a cura di) GIANDOMENICO FALCON, BARBARA MARCHETTI (2015)

14. *Convergences and Divergences between the Italian and the Brazilian Legal Systems* - (Ed. by) GIUSEPPE BELLANTUONO, FEDERICO PUPPO (2015) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/116513>)

15. *La persecuzione dei crimini internazionali. Una riflessione sui diversi meccanismi di risposta. Atti del XLII Seminario internazionale di studi italo-tedeschi, Merano 14-15 novembre 2014 - Die Verfolgung der internationalen Verbrechen. Eine Überlegung zu den verschiedenen Reaktionsmechanismen. Akten des XLII. Internationalen Seminars deutsch-italienischer Studien, Meran 14.-15. November 2014* - (a cura di / herausgegeben von) ROBERTO WENIN, GABRIELE FORNASARI, EMANUELA FRONZA (2015)

16. *Luigi Ferrari Bravo. Il diritto internazionale come professione* - (a cura di) GIUSEPPE NESI, PIETRO GARGIULO (2015)

17. *Pensare il diritto pubblico. Liber Amicorum per Giandomenico Falcon* - (a cura di) MAURIZIO MALO, BARBARA MARCHETTI, DARIA DE PRETIS (2015)

18. *L'applicazione delle regole di concorrenza in Italia e nell'Unione europea. Atti del V Convegno biennale Antitrust. Trento, 16-18 aprile 2015* - (a cura di) GIAN ANTONIO BENACCHIO, MICHELE CARPAGNANO (2015)

19. *From Contract to Registration. An Overview of the Transfer of Immoveable Property in Europe* - (Ed. by) ANDREA PRADI (2015) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/140085>)

20. *Diplomatici in azione. Aspetti giuridici e politici della prassi diplomatica nel mondo contemporaneo. Volume II* - (a cura di) STEFANO BALDI, GIUSEPPE NESI (2016) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/143369>)

21. *Democrazie e religioni: libertà religiosa, diversità e convivenza nell'Europa del XXI secolo. Atti del convegno nazionale Adec Trento, 22 e 23 ottobre 2015* - (a cura di) ERMINIA CAMASSA (2016)

22. *Modelli di disciplina dell'accoglienza nell'“emergenza immigrazione”*. *La situazione dei richiedenti asilo dal diritto internazionale a quello regionale* - (a cura di) JENS WOELK, FLAVIO GUELLA, GRACY PELACANI (2016)

23. *Prendersi cura dei beni comuni per uscire dalla crisi. Nuove risorse e nuovi modelli di amministrazione* - (a cura di) MARCO BOMBARDELLI (2016)

24. *Il declino della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato. Atti del IV Congresso nazionale SIRD. Trento, 24-26 settembre 2015* - (a cura di) GIAN ANTONIO BENACCHIO, MICHELE GRAZIADEI (2016)

25. *Fiat Intabulatio. Studi in materia di diritto tavolare con una raccolta di normativa* - (a cura di) ANDREA NICOLUSSI, GIANNI SANTUCCI (2016)

26. *Le definizioni nel diritto. Atti delle giornate di studio, 30-31 ottobre 2015* - (a cura di) FULVIO CORTESE, MARTA TOMASI (2016)

27. *Diritto penale e modernità. Le nuove sfide fra terrorismo, sviluppo tecnologico e garanzie fondamentali. Atti del convegno. Trento, 2 e 3 ottobre 2015* - (a cura di) ROBERTO WENIN, GABRIELE FORNASARI (2017)

28. *Studies on Argumentation & Legal Philosophy / 2. Multimodality and Reasonableness in Judicial Rhetoric* - (Ed. by) MAURIZIO MANZIN, FEDERICO PUPPO, SERENA TOMASI (2017) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/106571>)

29. *Il Giudice di pace e la riforma della magistratura onoraria. Atti del Convegno. Trento, 3-4 dicembre 2015* - (a cura di) GABRIELE FORNASARI, ELENA MATTEVI (2017) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/178978>)

30. *Il diritto in migrazione. Studi sull'integrazione giuridica degli stranieri* - (a cura di) FULVIO CORTESE, GRACY PELACANI (2017)

31. *Diplomatici in azione. Aspetti giuridici e politici della prassi diplomatica nel mondo contemporaneo. Volume III* - (a cura di) STEFANO BALDI, GIUSEPPE NESI (2017) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/184772>)

32. *Carlo Beduschi. Scritti scelti* - (a cura di) LUCA NOGLER, GIANNI SANTUCCI (2017)

33. *Diplomatici. 33 saggi su aspetti giuridici e politici della diplomazia contemporanea* - (a cura di) STEFANO BALDI, GIUSEPPE NESI (2018)
34. *Sport e fisco* - (a cura di) ALESSANDRA MAGLIARO (2018)
35. *Legal Conversations Between Italy and Brazil* - (a cura di) GIUSEPPE BELLANTUONO, FABIANO LARA (2018)
36. *Studies on Argumentation & Legal Philosophy / 3. Multimodal Argumentation, Pluralism and Images in Law* - (Ed. by) MAURIZIO MANZIN, FEDERICO PUPPO, SERENA TOMASI (2018) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/218719>)
37. *Assetti istituzionali e prospettive applicative del private antitrust enforcement nell'Unione europea. Atti del VI convegno biennale antitrust. Facoltà di Giurisprudenza. Trento, 6-8 aprile 2017* - (a cura di) GIAN ANTONIO BENACCHIO, MICHELE CARPAGNANO (2018)
38. *La Direttiva quadro sulle acque (2000/60/CE) e la Direttiva alluvioni (2007/60/CE) dell'Unione europea. Attuazione e interazioni con particolare riferimento all'Italia* - (a cura di) MARIACHIARA ALBERTON, MARCO PERTILE, PAOLO TURRINI (2018)
39. *Saggi di diritto economico e commerciale cinese* - (a cura di) IGNAZIO CASTELLUCCI (2019)
40. *Giustizia riparativa. Responsabilità, partecipazione, riparazione* - (a cura di) GABRIELE FORNASARI, ELENA MATTEVI (2019) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/234755>)
41. *Prevenzione dei sinistri in area valanghiva. Attività sportive, aspetti normativo-regolamentari e gestione del rischio* - (a cura di) ALESSANDRO MELCHIONDA, STEFANIA ROSSI (2019)

42. *Pubblica amministrazione e terzo settore. Confini e potenzialità dei nuovi strumenti di collaborazione e sostegno pubblico* - (a cura di) SILVIA PELLIZZARI, ANDREA MAGLIARI (2019)

43. *Il private antitrust enforcement in Italia e nell'Unione europea: scenari applicativi e le prospettive del mercato. Atti del VII Convegno Antitrust di Trento, 11-13 aprile 2019* - (a cura di) GIAN ANTONIO BENACCHIO, MICHELE CARPAGNANO (2019)

44. *Conciliazione, mediazione e deflazione nel procedimento davanti al giudice di pace. Esperienze euroregionali. Atti del Convegno. Trento, 10 maggio 2019* - (a cura di) SILVANA DALLA BONTÀ, ELENA MATTEVI (2020) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/259285>)

45. *Diritto e genere. Temi e questioni* - (a cura di) STEFANIA SCARPONI (2020)

46. *Le parti in mediazione: strumenti e tecniche. Dall'esperienza pratica alla costruzione di un metodo* - (a cura di) SILVANA DALLA BONTÀ (2020) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/269082>)

47. *Effettività delle tutele e diritto europeo. Un percorso di ricerca per e con la formazione giudiziaria* - (a cura di) PAOLA IAMICELI (2020)